

הגישה הכלכלית למשפט

הגישה הכלכלית למשפט

בעריכת

אוריאל פרוקצ'יה



המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים



THE ECONOMIC APPROACH TO LAW

EDITOR

URIEL PROCACCIA

The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative
Research and Comparative Law
The Faculty of Law
The Hebrew University of Jerusalem

הפקה: טלי פלד
עריכה לשונית: יהודית ידלין

מסת"ב 978-965-442-094-5 ISBN

©

זכויות היוצרים שמורות

תשע"ב-2012

נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835

טל' 02-9992099

פקס' 02-9992088

nevo@nevo.co.il

תוכן עניינים

25.....הקדמת העורך

פרקי מבוא

39..... פרק א: הקדמה כללית – אבי שמחון
39..... הקדמה
41..... א. על יעילות ורווחה
60..... ב. היצע וביקוש
63..... ג. מונופולים וקרטלים
68..... ד. "סיכון מוסרי" (Moral Hazard) ו"בררה שלילית" (Adverse Selection)
69..... סיכום

71..... פרק ב: כלכלה התנהגותית – מיה בר הלל, אוריאל פרוקצ'יה
71..... הקדמה
74..... א. תורת הערך
74..... 1. התופעה
75..... 2. נתונים מחקריים
78..... 3. יישומים משפטיים
81..... ב. אפקט הניסוח (framing)
81..... 1. התופעה
82..... 2. נתונים מחקריים
84..... 3. יישומים משפטיים
86..... ג. אפקט הבעלות (endowment effect)
86..... 1. התופעה
87..... 2. תוצאות מחקריות
90..... 3. יישומים משפטיים
94..... ד. ביטחון-יתר בהערכת הסתברויות
94..... 1. התופעה
94..... 2. נתונים מחקריים
99..... 3. יישומים משפטיים

הגישה הכלכלית למשפט

102.....	ה. הטיית החכמה לאחור מעשה (hindsight bias)
102.....	1. התופעה
102.....	2. תוצאות מחקריות
103.....	3. יישומים משפטיים
106.....	ו. הטיית העיגון (anchoring)
106.....	1. התופעה
106.....	2. תוצאות מחקריות
107.....	3. יישומים משפטיים
108.....	ז. תוספת קטנה לסיום הפרק
108.....	1. הטיות בהערכת ראיות
109.....	2. סטיות בהתנהגות
111.....	3. היפוכי העדפות
113.....	פרק ג: צדק – עוזי סגל
115.....	א. המשפט של Arrow
118.....	ב. העדפות חד-שיאיות
123.....	ג. ליברליזם
124.....	ד. תועלתנות
128.....	ה. תועלתנות ושוויון
130.....	ו. בעיות נוספות במודל התועלתני
133.....	איך לא להשתמש במודל התועלתני
134.....	ז. נכסים שאינם ניתנים לחלוקה
135.....	הביקורת של דיאמונד על הרסני
136.....	טיעונים בעד הטלת מטבע
137.....	טיעונים נגד הטלת מטבע
139.....	ח. פונקציות רווחה לא תועלתניות
140.....	ט. נתוח אקס אנטה ואקס פוסט (Ex Ante and Ex Post Analysis)
143.....	י. תביעות לא סימטריות
148.....	יא. שאלות נוספות וסיכום

דיני ממונות

153.....	פרק ד: דיני חוזים – עומרי בן שחר, יובל פרוקצ'יה
----------	---

תוכן עניינים

153	א. טעמים לכריתת חוזה
154	1. הרחבת גבולות חליפין
155	2. הסתמכות ובעיית הסחטן
156	3. חלוקת סיכונים
157	ב. חופש החוזים
158	ג. כריתת החוזה
159	1. הבעיות המתעוררות בתהליך הכריתה
159	(א) קושי בזיהויו של רגע הכריתה
160	(ב) השקעה תת־אופטימלית בהסתמכות טרום־חוזית
161	(ג) מזעור עלויות עסקה
161	2. ניתוח כלכלי של הכללים המרכזיים בדיני הכריתה
161	(א) העדה על גמירת דעת
162	(ב) דרישות הכתב והמסוימות
164	(ג) הצעה בלתי הדירה והחזרה ממנה
164	(ד) קיבול מפורש, קיבול בשתיקה, קיבול בהתנהגות וחזקת הקיבול
165	ד. חובת תום הלב במשא ומתן
166	1. חובת תום הלב במשא ומתן – מאפיינים כלליים
166	(א) חובת תום הלב – פתרון לדילמת האסיר
168	(ב) חובת תום הלב – עיקרון ולא כלל
169	2. חובת תום הלב במשא ומתן – מאפיינים קונקרטיים
169	(א) פרישה מאוחרת מן המשא ומתן
172	(ב) חובת גילוי
174	(ג) ניהול משא ומתן ללא כוונת התקשרות
175	(ד) אי־שוויון במכרז פרטי
175	ה. פגמים בכריתת החוזה ועילת הסיכול
175	1. כללי
176	2. טעות ידועה לצד שכנגד והטעיה
177	3. טעות שאינה ידועה לצד שכנגד
179	4. סיכול
180	5. כפייה
180	(א) כפייה במובנה המסורתי
181	(ב) כפייה כלכלית
181	(ג) מהו אילוץ השולל את חופש הרצון?
182	6. עושק

הגישה הכלכלית למשפט

185	1. פרשנות חוזים והשלמתם
185	1. כללי השלמה מן הדין
186	(א) עלויות עסקה
189	(ב) מידע לא סימטרי
191	(ג) השלמה לפי ההסדר הרצוי לצד שכנגד
192	(ד) השלמת המחיר
193	(ה) ברירות מחדל דביקות
195	2. נוהג חוזי
197	3. כללים קוגנטיים
198	(א) השפעות חיצוניות
199	(ב) מידע לא סימטרי
200	(ג) תום לב בקיום חיובים
200	ז. סעדים בשל הפרת חוזה
201	1. שיקולי יעילות
201	(א) קיום החוזה והפרתו
203	(ב) הסתמכות אופטימלית
204	(ג) ביטוח
205	(ד) אמצעי זהירות
206	(ה) היבטי יעילות נוספים
206	2. ניתוח כלכלי של סעדים בגין הפרת חוזה
206	(א) פיצויי ציפייה
207	(ב) אכיפה
209	(ג) השוואה בין פיצויי ציפייה לאכיפה
211	(ד) פיצויי הסתמכות
212	(ה) השבת רווחי הפרה
213	(ו) פיצויים עונשיים
215	(ז) פיצויים מוסכמים
217	3. הגבלות על זכות הפיצוי
217	(א) הקטנת הנזק ואשם תורם
218	(ב) מבחן הצפיות
220	(ג) ודאות הנזק
223	פרק ה: הגנת הצרכן – שמואל בכר, אורן בר-גיל
223	א. מבוא

תוכן עניינים

225	ב. כשלי שוק ועסקות צרכניות
226	1. מידע חסר
230	2. רציונליות חסומה
235	3. מידע חסר, רציונליות חסומה וחוזים אחידים צרכניים
235	(א) כללי
237	(ב) הימנעות מקריאת חוזים ומודל הצרכנים המתוחכמים
242	4. סיכום ביניים: על חוזים צרכניים ומוצרים צרכניים
245	ג. תגובות רגולטורית
246	1. "פטרנליזם רך" והטרוגניות צרכנית
248	2. גישור על פערי המידע וצמצומם: גילוי מידע ואיסור על פרסומות מטעות
252	3. כללי בררת מחדל
255	4. "תקופות צינון" וזכות חרטה צרכנית
260	5. חוזים מתמשכים
265	6. מעבר לפטרנליזם רך
266	7. אכיפה
269	ד. סיכום
271	פרק ו: דיני נזיקין – אריאל פורת
272	מבוא
273	חלק א: הרתעה אופטימלית
273	1. הרתעה אופטימלית לעומת הרתעה מקסימלית
274	2. מהי נקודת האופטימום שאליה יש לחתור?
275	3. חתירה לנקודת האופטימום על ידי הסדרה חקיקתית
276	4. הרתעת שוק
277	5. הרתעה, מידע וביטוח
279	6. יותר מגורם נזק אחד והתאורמה של Coase
281	7. מזיק וניזוק שיש יחסים חוזיים ביניהם
282	8. רשלנות לעומת אחריות מוגברת ומונע-הנזק הזול
283	9. רמת פעילות
286	10. בעיות נוספות של מידע וחסרונותיו של מבחן מונע-הנזק הזול
288	11. מבחן השוקל הטוב
290	12. אמצעי זהירות בלתי תלויים ורציפים
292	13. מהלכה למעשה: האם דיני הנזיקין מרתיעים?
294	14. הערה על פיזור נזק ועלויות מנהליות

הגישה הכלכלית למשפט

296 חלק ב: רשלנות
296 1. נוסחת לרנד הנד
299 2. הרתעת-חסר והרתעת-יתר
299 (א) היעדר טעויות
300 (ב) טעויות של המזיק או של בית המשפט
302 3. עלויות מניעה של צדדים שלישיים ושל הניזוק והסיכון לעיוות תמריצים
304 4. סיכנון העצמי של המזיק
306 5. חובת זהירות: צפיות טכנית ו"גולגולת דקה"
309 6. חובת זהירות: צפיות נורמטיבית
309 (א) השפעה שלילית על הפעילות
312 (ב) שיקולים מנהליים
313 (ג) הניזוק הוא שוקל טוב יותר או מפזר נזק טוב יותר
315 (ד) "דחייה על הסף"
316 חלק ג: סיבתיות
317 1. קשר סיבתי עובדתי
320 2. בעיות אינהרנטיות בהוכחת קשר סיבתי עובדתי
324 3. סיכונים עולתיים
326 4. קיזוז סיכונים
329 חלק ד: סעדים
329 1. פיצויים לעומת צווי
333 2. פיצויים בגין נזקי גוף
335 3. פיצויים בגין גרם מוות
335 (א) הפסד השתכרות
337 (ב) נכונות לשלם כמדד להערכת חיים
338 סוף דבר
339 פרק ז: דיני קניין – אברהם בל, גדעון פרחומובסקי
339 א. מבוא
340 ב. הגישה הכלכלית לדיני קניין – עיקריה ומגבלותיה
340 1. ההצדקה המסורתית לקיום הגנה על קניין והבעייתיות הטמונה בה
343 2. הקצאת זכויות קנייניות
344 3. עמעומן של זכויות הקניין בכתיבה הכלכלית
346 4. קניין כלכלי וקניין משפטי

תוכן עניינים

348	ג. התפתחות של זכויות קניין פרטיות
354	ד. ניתוח דוקטרינות ספציפיות
354	1. עקרון הרשימה הסגורה (numerus clausus)
356	2. חזקה נוגדת
359	3. שכירות
364	4. שיטות רישום
367	5. הפקעות
373	סיכום
375	פרק ח: קניין רוחני – אסף יעקב
375	מבוא
380	א. קניין רגיל וקניין רוחני: על הדמיון והשוני ביניהם
383	ב. קו התפר שבין קניין רגיל לקניין רוחני: הקושי בהפצת מידע
384	ג. קניין רוחני: שילוב של מודל סטטי עם מודל דינמי
387	ד. מודלים שונים של יצירה
390	ה. עיצוב מערכת תמריצים אופטימלית
391	ו. מהו ההחזר הנדרש על השקעה ביצירה?
392	ז. תמרוץ באמצעות חבילות זכויות שונות
394	ח. שליטה על מידת התמריץ באמצעות היקף חבילת הזכויות
400	ט. שליטה על מידת התמריץ באמצעות משך ההגנה המשפטית
408	י. תמרוץ אקס אנטה לעומת תמרוץ אקס פוסט
411	יא. ניהול אופטימלי של הזכות
414	סיכום ביניים
415	יב. העלויות הכרוכות בשיטת הקניין הרוחני
415	1. הפער שבין התועלת החברתית לתועלת האישית – הצורך להיות ראשון
417	2. הקצאת זכויות הקניין הרוחני ביחידות תת-אופטימליות
419	3. מתן זכות בלעדית – עלות ההדרה – הנטל העודף (Deadweight Loss)
423	4. הדרת צרכני מידע לעומת הדרת יצרני מידע
426	5. שימוש אסטרטגי לחיזוק/שימור כוח השוק של בעל הקניין הרוחני
431	6. רישום הזכות, תיחומה והגדרתה
439	7. עלויות אכיפה
439	8. עלויות נוספות
440	יג. צמצום עלויות הקניין הרוחני באמצעות מתן הגנות/פריווילגיות

הגישה הכלכלית למשפט

441	1. רישיון כפייה
444	2. ביטול פטנט
446	3. שימוש הוגן
455	יד. אלטרנטיבות לשיטת הקניין הרוחני הרווח
456	1. היעדר התערבות חקיקתית רגולטורית
465	2. סבסוד
465	סבסוד היצרן
470	סבסוד הצרכן
471	3. פרס
פרק ט: דיני עבודה – לילך לוריא, אורלי ליבל, יובל פלדמן	
477	מבוא
478	א. מדדי יעילות וכשלי שוק
478	1. מדדי יעילות בגישה הכלכלית
482	2. דיני עבודה וכשלי שוק
488	ב. משפט העבודה הפרטי
488	1. שכר מינימום
491	2. חוקי מגן והטבות מנדטוריות
495	3. הגבלות עיסוק ודיני קניין רוחני ביחסי עבודה
499	ג. משפט העבודה הקיבוצי
499	1. ביטחון תעסוקתי, פיטורין בשל סיבה מספקת ופיטורין ללא סיבה
506	2. התארגנות
510	3. ביזוריות וריבוי ארגונים
514	ד. הפליה בעבודה
514	1. פרדוקס הפליה
517	רגולציה והפליה בעבודה
518	2. האם מעבידים בוחרים להפלות?
519	סיכום
פרק י: מתקל דינים – אוריאל פרוקצ'יה, דפנה קפליוק	
521	הקדמה
525	א. חברות ציבוריות וחברות פרטיות
530	ב. בעיית ההשפעות החיצוניות

תוכן עניינים

530	1. כללי ברירת הדין ובעיית ההשפעות החיצוניות – הקדמה
531	2. החצנות אפשריות: המקרה של דיני הימאות
	3. אפיון הפתרון המוצע בשוק דיני הספנות, עם הצצה חטופה לשוק דיני הסודיות הבנקאית
535	ג. מקרה ביניים: דיני ניירות ערך
537	ד. האחדת דינים (הרמוניזציה)
540	1. הבעיה
540	2. האחדת דינים מהותיים – על שום מה?
541	3. בעד שימורן של שיטות משפט לאומיות
543	תחרות בשוק החוקים
543	התאמת חוקים לצרכים המגוונים של מדינות שונות
543	שיקולים של כלכלה פוליטית
545	4. האחדת דיני הברירה
548	ה. ברירת הדין בחוזים
549	1. מיפוי הבעיות
549	2. כאשר הצדדים בחרו בדין שיחול על התקשרויותיהם
550	(א) הדין שנבחר על ידי הצדדים אינו סותר כללים קוגנטיים במדינה רלוונטית
550	(ב) הדין שנבחר על ידי הצדדים סותר דינים "עקרוניים" במדינה רלוונטית
551	3. כאשר הצדדים לא בחרו בדין שיחול על התקשרויותיהם
553	ו. ברירת הדין בנוזיקין
555	1. הערות כלליות
555	2. תפריט של כללי ברירת דין בנוזיקין
556	3. הרהורים על הדין המיטבי
558	

משפט פומבי

565	פרק יא: משפט ציבורי – ברק מדינה
565	א. הקדמה: הסוגיות שבהן עוסק הניתוח הכלכלי של משפט ציבורי
568	ב. האסכולות המתחרות: האינטרס הציבורי לעומת ציבור האינטרסים
568	1. אסכולת "האינטרס הציבורי" (Republicanism)
50	2. אסכולת "ציבור האינטרסים" (Pluralism)
573	ג. הכרעה על ידי הציבור
574	1. מה מבטא הציבור בהצבעתו?
581	2. כיצד מצרפים העדפות?

הגישה הכלכלית למשפט

- ד. הכרעה על ידי נבחרי ציבור 591
1. דרך הפעולה הצפויה של נבחרי הציבור 591
 2. אמצעים לתמרוץ נבחרי הציבור לפעול לקידום האינטרס הציבורי 596
- (א) מנדט חופשי ומשמעת סיעתית 596
- (ב) הגבלת השפעתן של קבוצות אינטרסים על חברי כנסת ועל הליך החקיקה 600
- (ג) הגבלות על תוכן החקיקה מכוח הסדרים של "מסך בערות" 603
- (ד) הגבלת ההשפעה של קבוצות אינטרסים באמצעות תאוריות של פרשנות החקיקה 609
3. אמצעים שנועדו להבטיח ייצוג הולם לאינטרסים הרלוונטיים 614
- ה. הכרעה על ידי המנהל הציבורי 618
1. חלוקת הסמכויות בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת 618
 2. אופן הפעלת סמכויות המנהל 622
- ו. ביקורת שיפוטית 625
1. דרך הפעולה הצפויה של שופטים 626
 2. מאפיינים של הביקורת השיפוטית 630
 3. הכרה בזכויות יסוד חוקתיות 633
- ז. סיכום 634
- פרק יב: משפט פלילי – אלון הראל 637
- א. מבוא 637
1. כללי 637
 2. סקירה היסטורית 639
 3. תכלית הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי 641
 4. מבנה הפרק 642
- ב. העברייני הרציונלי בחברה ממקסמת-תועלת: הניתוח הכלכלי
- הקלסי של המשפט הפלילי 642
1. מבוא 642
 2. מהי התנהגות אנטי-חברתית? 643
 3. גבולות המשפט הפלילי: על התיחום בין סנקצייה פלילית לסנקצייה נזיקית 645
 4. תוחלת הסנקצייה הפלילית 649
 5. מרכיבי תוחלת הסנקצייה הפלילית: שיעורה של הסנקצייה הפלילית, הסתברות התפיסה 655
 6. הדוקטרינה המשפטית הפלילית 660

תוכן עניינים

660	(א) אופי הנורמות של המשפט הפלילי.....
662	(ב) יסוד עובדתי.....
664	(ג) יסוד נפשי.....
667	(ד) הגנות.....
668	(ה) הסנקצייה הפלילית.....
669	(ו) חובת הצלה וחובות פוזיטיביות.....
671	(ז) לא עכבא גנב חורא גנב: אמצעי הזהירות של הקרבנות והגנת אשם תורם.....
675	7. הפושע אצל השכן ירוק יותר – הכלכלה הפוליטית של החקיקה הפלילית.....
677	8. סכום ביניים והסתייגויות אפשריות.....
	ג. על העבריין שטרם למד רציונליות: תורת הנורמות החברתיות
678	והניתוח ההתנהגותי של המשפט הפלילי.....
678	1. מבוא.....
683	2. משפט צדק ויעילות: תורת הנורמות החברתיות והמשפט הפלילי.....
684	3. משפט וכלכלה התנהגותיים.....
684	(א) כיצד להעשיר את אוצר המדינה תוך שימוש בתורת הערך (prospect theory)?.....
685	(ב) אפקטים התנהגותיים של אי־ודאות: רולטת העונשים ורולטת ההסתברויות.....
688	(ג) ניבוי העתיד וניבוי העבר.....
690	4. סיכום: תורת הנורמות ומשפט וכלכלה התנהגותיים.....
691	ד. האושר והמשפט הפלילי.....
696	ה. סיכום ואתגרים לעתיד.....
697	פרק יג: משפט בינלאומי פומבי – איל בנבנישתי, עמיחי כהן.....
697	א. הקדמה.....
702	ב. ניתוח כשלי שוק והצורך בהסדרתם במשפט הבינלאומי.....
702	1. מצבי תיאום (קואורדינציה).....
704	2. בעיות של פעולה משותפת: דילמת האסיר ונגזרותיה.....
708	מצב קבוע של ניגוד אינטרסים.....
710	כשלי שוק בתוך המדינות.....
714	כשלים משולבים.....
716	ג. הכללים המבניים של המשפט הבינלאומי.....
716	1. מקורות המשפט הבינלאומי.....
717	אמנות.....
720	מנהג.....

הגישה הכלכלית למשפט

725	פרשנות מקורות המשפט
726	2. מוסדות אכיפה
726	עזרה עצמית (self help)
730	מוניטין
733	מוסדות ניהול ואכיפה
734	מוסדות שיפוט
737	ד. ריבונות, זכויות ריבוניות והקצאות אחרות של קניין
738	ריבונות כקניין פרטי
741	ה. מעמד המשפט הבינלאומי בתוך המדינה
744	ו. ניתוח כלכלי של דיני הלחימה
747	ז. סיכום: הערכת הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי

משפט עסקי

751	פרק יד: תאגידים – אוריאל פרוקצ'יה
751	הקדמה
752	א. הפירמה
753	1. פעילות כלכלית מחוץ לפירמה
753	2. פעילות כלכלית "בתוך" הפירמה
755	3. פירמה, שוק ומה שביניהם, ועל גודלן המיטבי של פירמות
757	4. הבחירה בסוג הפירמה
760	5. דיני הפירמה כמענה לבעיית הנציג – מבט ממעוף הציפור
764	ב. תכלית החברה
764	1. השאלה וחשיבותה
765	2. טענת השוירות
766	3. הכלל היעיל: השאת ערכה המצרפי של החברה על כל מרכיביה
770	4. בעיית הפילנתרופיה התאגידית
774	ג. האישיות המשפטית הנבדלת, הרמת המסך והגבלת האחריות
774	1. מושגי יסוד משפטיים
775	2. מהות הבעיה
775	3. מסגרת מושגית: ההשפעות החיצוניות של האחריות המוגבלת וגבולותיהן
781	ד. חובות זהירות ואמונים – מסגרת כללית
781	1. הקדמה

תוכן עניינים

783	2. חובות זהירות
788	3. חובות אמונים
793	ה. חובות אמונים – מקרים מיוחדים
793	1. הקדמה
793	2. רכישת שליטה "פרטית"
796	3. רכישת "דבוקת שליטה" בחברה שאין בה דבוקת שליטה
799	4. כמה היבטים הנוגעים לשימוש במידע-פנים
804	ו. זכויות הצבעה
804	1. צרור של שאלות
805	2. טעמים כלכליים להצמדת זכויות הצבעה לזרם התשואה מן החברה
808	3. התניות חוזיות על זכויות ההצבעה בחברה
809	4. על אדישותם הרציונלית של בעלי המניות
810	כמה הערות אגב על תביעות נגזרות ותובענות ייצוגיות
815	פרק טו: דיני מיסים – יורם מרגליות
815	א. מבוא
816	ב. מטרות מערכת המס
816	1. תיקון כשלי שוק
818	2. צדק חלוקתי
821	3. העלות הכרוכה בקידומו של צדק חלוקתי
823	ג. מי נושא בנטל המס?
825	ד. האם ראוי לקדם צדק חלוקתי באמצעות כללים משפטיים?
829	ה. שיעור מס שולי מול ממוצע (אפקטיבי)
832	ו. הצורך בראייה משולבת של מס ורווחה
841	ז. היוון הטבות מס
845	ח. הזוהת הכלכלית בין ניכוי (דחיית מס) לבין פטור
850	הקשר בין ניכוי לדחיית מס
851	סיכום
853	פרק טז: דיני הגבלים עסקיים – דיוד גילה
853	א. מהי "תחרות"?
855	ב. מדוע ראוי לקדם את התחרות?
857	ג. "תחרות" במציאות בדרך כלל איננה מושלמת

הגישה הכלכלית למשפט

- ד. היתרונות החברתיים של היות התחרות לא מושלמת 859
- הערה: השקעות קבועות אינן משפיעות על המחיר 860
- ה. סוגים של פגיעה בתחרות 862
1. השפעות חד-צדדיות 863
2. השפעות מתואמות 867
3. השפעה טורפנית 872
- ו. הגדרת השוק 874
- ז. חסמי כניסה והתרחבות 876
- ח. הסדרים אנכיים להסרת התחרות בין מפיצים של ספק מסוים 878
1. הסדרי הפצה בלעדית 879
- (א) הפצה בלעדית עם ספק יחיד 879
- (ב) הפצה בלעדית עם כמה ספקים 882
2. הסדר קביעת מחירים 883
- ט. גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין 885
- פרק יז: דיני פשיטת רגל – אלעזר ברקוביץ' 887
- א. הקדמה 887
- ב. "גדול מכדי ליפול" לעומת השיקול הכלכלי הצר 892
- ג. רעיון המאגר המשותף (Common Pool) 894
- ד. עלויות פשיטת הרגל 895
- ה. הגדרת המדד הכלכלי לבחינת יעילות דיני פשיטת הרגל 897
- ו. הפתרון היעיל בזמן הפנייה לבית המשפט 899
- ז. הפתרון היעיל בזמן הנפקת החוב 904
1. קונפליקט בין בעלי מניות לנושים לפני פשיטת רגל 907
- (א) השקעת-חסר ("צלו המאיים של החוב") 907
- (ב) השקעת-יתר (הגדלת סיכון הנכסים) 909
2. בעיות נציג: מנהל שכיר מול בעלי המניות/חוב 913
3. קונפליקט בין בעלי חוב שונים 914
4. הפרת חוזים ארוכי טווח עם עובדים וספקים 917
- ח. התייחסות לחוק הישראלי 919
- פרק יח: דיני ביטוח – רונן אברהם 925
- א. מבוא 925

תוכן עניינים

1.	מעט רקע היסטורי, מושגי וממסדי על אודות הביטוח.....	928
2.	תפקידי הביטוח, הסיבות לקיומו והשפעותיו על החברה.....	930
ב.	כשלי מידע והשפעתם על חוזי ביטוח יעילים.....	934
1.	כשלי מידע – כללי.....	934
2.	ברירה שלילית (Adverse Selection).....	935
(א)	פתרונות תאורטיים לבעיית הברירה השלילית.....	936
(ב)	פתרונות דוקטרינריים לבעיית הברירה השלילית.....	942
(ג)	ברירה שלילית – המחקר האמפירי.....	945
3.	ברירה שלילית הפוכה.....	948
4.	סיכון מוסרי (Moral Hazard).....	949
(א)	פתרונות חוזיים לבעיית הסיכון המוסרי.....	952
(ב)	פתרונות דוקטרינריים לבעיית הסיכון המוסרי.....	958
(ג)	סיכון מוסרי – המחקר האמפירי.....	964
5.	סיכון מוסרי הפוך.....	966
6.	סיכום ביניים.....	972
ג.	כשלים נוספים לחוזי ביטוח יעילים.....	972
1.	עלויות עסקה.....	973
2.	החצנות.....	974
3.	סיכונים תלויים סטטיסטית.....	977
4.	תמחור לא תחרותי.....	979
5.	סיכום.....	980
ד.	מסגרת תאורטית מוצעת – הגישה התכליתית – בין שני עולמות.....	981
ה.	סיכום.....	992

סדרי הדין ודיני הראיות

פרק יט: סדר הדין האזרחי – אלון קלמנט.....	997
מבוא.....	997
א. המודל הבסיסי.....	1000
1. ההחלטה אם לתבוע ולהתגונן.....	1001
(א) אילו תביעות יוגשו?.....	1001
(ב) אילו תביעות ראוי שיוגשו?.....	1003
2. ההחלטה כמה להשקיע בתביעה וכיצד לנהלה.....	1007
(א) כמה ישקיעו הצדדים בתביעה?.....	1007

הגישה הכלכלית למשפט

- 1009..... (ב) מהי ההשקעה הראויה בתביעה?
- 1010..... הערך במניעת טעויות בהליך המשפטי
- 1012 3. ההחלטה אם להתפשר
- 1012..... (א) מתי הצדדים לתביעה יגיעו לפשרה?
- 1015..... (ב) מתי רצוי שהצדדים יגיעו לפשרה?
- 1017 4. היחס בין ההחלטות השונות במהלך התביעה
- 1019 ב. השפעת עורכי הדין על ההליך
- 1020 1. שכר הטרחה של עורך הדין משולם לפי שעה
- 1022 2. שכר הטרחה של עורך הדין משולם באחוזים מסכום הזכייה
- 1026 ג. יישום המודל הבסיסי לניתוח כללי סדר הדין האזרחי
- 1026 1. כללי סמכות
- 1032 2. ניסוח כתבי טענות
- 1035 3. גילוי מסמכים ושאלונים
- 1040 4. סעדים זמניים
- 1044 5. סעד הצהרתי
- 1051 6. אגרות משפט
- 1054 7. ערעור
- 1061 סיכום
- 1063 פרק כ: סדר הדין הפלילי – אורן גזל-אייל
- 1063 א. מבוא
- 1064 ב. שיקול הדעת בהליך הפלילי
- 1064 1. שיקול הדעת – כללי
- 1066 2. ההחלטה על העמדה לדין
- 1067 3. הסדרי טיעון
- 1073 4. הפיקוח השיפוטי על שיקול הדעת המנהלי באכיפת החוק
- 1075 5. ההצדקות לשיקול הדעת הרחב והביקורת עליהן
- 1078 6. הסדרי טיעון והרשעות שווא
- 1083 ג. הזכות להליך הוגן, מעצרים וההשלכות החלוקתיות של כללים דיוניים
- 1083 1. ההשלכות החלוקתיות של הזכות להליך הוגן
- 1085 2. זכות השתיקה
- 1090 3. דיני מעצרים
- 1100 4. ייצוג ציבורי

תוכן עניינים

1102	ד. סיכום.....
1103	פרק כא: דיני ראיות – טליה פישר, אלכס שטיין.....
1103	מבוא.....
1105	א. מודל מזעור העלויות (Cost Minimization Model).....
1116	1. זכות השתיקה ככלל מהימנות.....
1120	2. ה־confessional penalty ככלל מהימנות.....
1126	ב. תפקיד דיני הראיות בהכוונת התנהגות ראשית.....
1127	1. עדות אופי למטרות הרשעה.....
1130	2. ההשפעה המעוותת של דיני הראיות על הכוונת התנהגות ראשית.....
1132	סיכום ומסקנות.....
1133	פרק כב: בתי משפט – משה ברניב.....
1133	א. מבוא – מערכת השפיטה השלטונית.....
1134	ב. בתי משפט וכשל שוק.....
1136	ג. בתי משפט ומוצרים ציבוריים והחצנה.....
1144	ד. התקדים.....
1152	ה. תקדים מחייב ומלאי התקדימים – מודל פוזנר לנדס.....
1153	ו. דיוק הפסיקה.....
1160	ז. הערעור והתפתחות דין.....
1165	ח. הנמקת הפסיקה.....
1170	ט. השופטים.....
1175	מפתחות.....

שלמי תודה

אהרן ברק ויהושע ויסמן לימדוני לחשוב כמשפטן. מייקל לוין גלה את אוזני כי בכל חיווי משפטי מסתתרת תובנה כלכלית. גם אם אינם יודעים זאת, שלושתם הם העורכים הנסתרים של ספר זה. תודה מיוחדת שלוחה למרכז הבינתחומי בהרצליה, שהיה לי בית אקדמי וחממה אינטלקטואלית מזה כעשר שנים. ללא תמיכתו הנמשכת של המרכז הבינתחומי כרך זה לא היה רואה אור.
א.פ.

הקדמה

הגישה הבין-תחומית למשפט

הגישה הבין-תחומית למשפט אינה מיועדת להוסיף נדבכים למדעים חוץ-משפטיים אלא להוסיף נדבכים לחשיבתו של המשפטן.

טענה זו נכונה בעינינו לכל גישה בין-תחומית למשפט, אך מאחר שעיסוקנו בגישה הכלכלית למשפט, נדגים אותה בדוגמה הפשוטה הזאת: נניח כי המחוקק סבור כי שוק האשראי יקר מדי, וברצונו להיחלץ לעזרת לוויים שידם אינה משגת לשלם תשלומי ריבית גבוהים. כתרופה למצוקתם של הלוויים המחוקק שוקל להטיל מגבלה על שערי הריבית, כפי שאכן נעשה בישראל מפעם לפעם¹ מכוחו של חוק הריבית, התשי"ז-1957. שתי שאלות מעניינות יכולות להתעורר בהקשר זה: האחת, אם ראוי לחוקק חוק מעין זה, והשנייה – בהנחה שחוקק – כיצד ראוי לפרש אותו. שתי שאלות אלה הן שאלות משפטיות, אך בשתייהן כדאי (למשפטן!) לדלות ממאגר הידע הכלכלי. באשר לשאלה הראשונה, התאוריה הכלכלית מורה לנו כי קביעתו של מחיר מרבי למוצר או שירות כלשהו (במקרה הנדון – כסף) יוצרת מצב שבו הביקוש למוצר או לשירות במחיר המרבי גבוה מן ההיצע.² עודף הביקוש יוצר מצב של מחסור, כלומר לא כל מי שמבקש לרכוש את המוצר או השירות במחיר המפוקח יכול להשיגו. ספק רב אפוא אם קביעת המחיר המרבי משרתת היטב את אוכלוסיית הלוויים, כי משטר של מחיר מרבי עלול להדיר את חלקם משוק האשראי מכול וכול, והנזק שבהם אף עשויים להיזקק לשווקים שחורים, שבהם עלות הכסף גבוהה מן המחיר שהיה נקבע בשיווי משקל ללא התערבות המדינה. שיקולים אלה שופכים מים צוננים על מי ששוקל פיקוח על מחירי הכסף, ועל פי רוב³ אפשר להסתפק בהם כדי לשלול את הרעיון בעודו באבו.

- 1 הדבר נעשה בישראל "מפעם לפעם" ולא דווקא דרך קבע, כי תחולתו של חוק הריבית מותנה בקיומם של צווים המפעילים אותו, והללו נחקקים ומבוטלים מפעם לפעם.
- 2 אילו היו הביקוש וההיצע באותו מחיר משתווים, היה זה מחיר "שיווי המשקל התחרותי", ולכן למחיר המרבי לא הייתה משמעות. יש משמעות למחירים מרביים רק כאשר הם נמוכים ממחיר שיווי המשקל התחרותי.
- 3 מדוע רק "על פי רוב"? הסיבה לסייג היא שקיימים מקרים מיוחדים שבהם יש הצדקה לקביעתם של מחירים מרביים. דוגמה בולטת למצב מעין זה היא כאשר המוצר או השירות מסופקים על ידי פירמה מונופוליסטית המנצלת את כוחה כדי לגבות מחירים הגבוהים ממחירי שיווי המשקל התחרותי, וקיימות עוד דוגמאות למצבים המצדיקים הטלת מחירים מרביים. עם זאת אין בכל אלה כדי להקהות את מה שנאמר בטקסט באשר למצבים ה"רגילים".

הגישה הכלכלית למשפט

אך נניח עתה כי הכנסת חוקקה את החוק, ותפקידו של הפרשן לפרש אותו. לעתים כוונתו של המחוקק כה ברורה, שהפרשן מנוע מלסטות ממנה אף אם אינו מסכים למדיניות העומדת בבסיס החוק. אך יש שהתמונה איננה ברורה כל כך. נשווה לנגד עינינו את מסכת העובדות שנגולה בפרשת בנק הפועל המזרחי נ' זורגר.⁴ בתקופה הרלוונטית שנדונה באותה פרשה חוק הריבית אסר על גביית ריבית העולה בשיעורה על 11% לשנה. השוק פיתח מעין מעקף למגבלה רגולטורית זו, שכונתה באותם ימים "תיווך שטרות". עסקת תיווך השטרות נעשתה בין שלושה שחקנים – מלווה, לווה ובנק מתווך. לקוחות של בנקים שחפצו להלוות את כספם הציעו הלוואות ללקוחות אחרים של הבנקים שחפצו ללוות כספים. הבנקים פעלו כמתווכים בין המלווים ללווים. המלווים קיבלו תמורת הלוואתם את הריבית החוקית המרבית בשיעור של 11% לשנה. הבנקים גבו תמורת שירותי התיווך שלהם עמלה בשיעור של כ-6%. התוצאה הייתה שמחיר ההלוואה ללווים הגיע ל-17% לשנה, כלומר יותר מן הריבית החוקית המותרת, והתשלום התחלק בין המלווים לבין הבנקים. מצב דברים זה חייב פרשנות של חוק הריבית: האם עסקת תיווך השטרות עומדת במגבלות החוק או לא? התכלית החקיקתית הייתה, בכירור, הגנה על ציבור הלווים מפני תשלומי נשך המכבידים עליהם למעלה מן המותר.

דעותיהם של שופטי בית המשפט העליון נחלקו: שופט המיעוט, השופט הלוי, ציין כי היו בפני בית המשפט ראיות למכביר שהעידו שעסקת תיווך השטרות באה לעולם מן הטעם שחוק הריבית "קבע תקרה של ריבית ברמה נמוכה יותר מרמת שיווי המשקל... חלק מן הלווים לא בא על סיפוקו... ולכן הוא מוכן לשלם ריבית גבוהה יותר מזו כדי להשיג את האשראי שבו הוא רוצה".⁵ השופט הסיק מראיות אלה את המסקנה כי עסקת תיווך השטרות מבקשת להערים על האיסור שבחוק הריבית, ולכן סבר כי יש לפסול אותה. אך זו הייתה מלכודת ששופטי הרוב לא נפלו לתוכה. ממלא מקום הנשיא זילברג הבין כי מי שמבקש לפסול את עסקת תיווך השטרות חייב לשקול גם את חלופותיה. וכך פסק: "המחוקק ידוע ידע כי אם הוא יגדיר את החוק בצורה האוסרת תיווך שטרות, ינהרו הלווים הפוטנציאליים בהמוניהם לסמטאות האפלות, ויפלו שם לתוך הלוע השחור של נושכי נשך שפלים, ללא כל פיקוח וללא כל השגחה. הן הכל יודו, כי התנהגותם של הבנקים בענייני גביית הריבית היא לאין ערוך פחות עושקת, יותר מכובדת ויותר בת פיקוח מזו של המלווים הפרטיים. על כגון זה כבר אמרו חכמינו ז"ל: 'מוטב שיאכלו ישראל בשר תמותות שחוטות, ואל יאכלו בשר תמותות נבילות'".⁶

4 ע"א 58/68 בנק הפועל המזרחי נ' זורגר, פ"ד כב(2) 652 (1968).

5 מתוך ציטוט של העדויות שהיו בפני בית המשפט, שם, בעמ' 661.

6 שם, בעמ' 659.

הקדמה

ניתוח פשוט זה של דיני ההלוואות חושף תובנה המשותפת לכל הגישות הבין-תחומיות למשפט. תובנה זו כופרת בהנחה כי המשפט הוא כאותו בור המתמלא מחולייתו ומסוגל לספק תשובות "נכונות" לשאלות משפטיות מתוך עיון בעקרונותיו הפנימיים בלבד. נבהיר טענה זו.

מעטים יחלקו על ההנחה כי תכליתו של המשפט היא להסדיר היבטים שונים של חיי האדם. מצב דברים זה יוצר קשר דו-קוטבי בין התחום המסדיר, הלוא הם כללי המשפט, לבין התחום המוסדר על ידיהם, קרי הפעילות האנושית שהמשפט מתייחס אליה. למשל, דיני הנישואין מסדירים חלק ממערכת היחסים של חיי המשפחה דיני השטרות מסדירים גזרה מחיי המסחר המשפט הבין-לאומי הפומבי דן ביחסים שבין מדינות ומוסדות בין-לאומיים. התובנה הבסיסית ביותר של כל העיסוקים הבין-תחומיים, שהגישה הכלכלית משתייכת אליהם, היא כי קשה לתת פשר הולם לכללי המשפט המסדירים ללא הבנה טובה של התחום המוסדר על ידיהם. הטעם לדבר פשוט. כללי המשפט מנוסחים במילים ובמשפטים. הסמנטיקה המשפטית, כמו לשון האדם בדרך כלל, ניתנת לפרשנויות רבות. על המשפטן לבחור מבין כל הפרשנויות האפשריות מבחינה סמנטית את הפרשנות המגשימה בדרך הטובה ביותר את התכלית שלשמה נוצרו כללי המשפט. תכלית זו אינה חבויה בתוך כללי המשפט עצמם. היא מתבקשת מהבנת התחום המוסדר על ידי המשפט. לכן הבנת התחום המוסדר חיונית לפרשנותו של כל כלל משפטי, ובלעדיה אין לו פשר הולם.

במה עוסקת הגישה הכלכלית למשפט?

הגישה הכלכלית למשפט עוסקת ביישום תובנות כלכליות בשאלות משפט. כדי להבין היטב משפט זה צריך להבין במה עוסקת הכלכלה, ומהו תוכןן של תובנותיה. כפי שיובהר בפרק א' להלן, הכלכלה עוסקת רק במוצרים ושירותים הנמצאים ב"מחסור" (להבדיל ממוצרים ושירותים "חופשיים", כמו למשל אוויר לנשימה, הזמינים בשפע לכל דכפין ולכן אין להם שווקים ומחירים). המוצרים והשירותים הנמצאים במחסור קרויים "מוצרים כלכליים". הכלכלה היא מדע התנהגותו הרציונלית של האדם המתייחסת למוצרים כלכליים. הנחת היסוד בכלכלה המכונה "נאור-קלסית" היא כי סוכנים כלכליים, כלומר צרכנים, פירמות וארגונים אחרים (כולל המדינה), מודעים להעדפותיהם באשר למוצרים הכלכליים וליכולתם לרכוש אותם, ופועלים באופן תבוני כדי לספק העדפות אלה. מוצרים ושירותים אלה אינם חייבים להיות גשמיים, וקל וחומר שאין הם צריכים להיות כספיים. אמנם סוכנים כלכליים מועדים להשיא את מה שחשוב להם (רווחה, רווחים, תועלת פרטית), אך אין מניעה כי יחפצו להשיא גם את מה שחשוב לזולתם (שוויון, חסד, שמירה על החוק, פילנתרופיה לסוגיה השונים). גם מה שחשוב לכל פרט אינו חייב להיות חומרי במובהק, ואין מניעה שיכלול יעדים כמו למשל התעמקות בתורת הזן, צריכת פנאי,

הגישה הכלכלית למשפט

סתם בטלה או עיסוקים רומנטיים. כל מה שנדרש הוא כי בהינתן מאווייו של הסוכן הכלכלי, יהיו אשר יהיו, יפעל הסוכן באופן רציונלי להגשמתם.⁷

מאחר שכל אדם מתומרץ לספק את מאווייו, די בהבנתם של תמריצים אלה ובהנחה כי כולנו משתדלים לנקוט אמצעים רציונליים כדי להגשים את מאוויינו, כדי לספק הסברים מניחים את הדעת למצבים שאנו נקלעים אליהם, וכן כדי לספק ניבויים סבירים למה שעומד להתרחש בחיינו בעתיד בעקבות אימוצם של כללי משפט חלופיים. מי שרותם תובנות כלכליות להבנת העולם ולניבוי התנהגות עתידית עוסק במה שמכונה "ניתוח כלכלי פוזיטיבי". מי שמבקש להסיק מן הניתוח הפוזיטיבי המלצות המתייחסות למה שרצוי שיקרה עוסק במה שמכונה "ניתוח כלכלי נורמטיבי". לרובנו יש אינטואיציה ברורה כי לכלכלה "יש מה לומר" בהתייחסה למה שמתרחש בשווקים מפורשים, כאלה שמתקיימות בהם עסקאות ממש (explicit markets): מי שמוכר שק חטים מוחזק בעינינו אינטואיטיבית כמי שמבקש להשיא את רווחיו וגם כמי שברוך כלל יפעל בדרכים רציונליות כדי להגיע אל היעד. אכן, הגישה הכלכלית למשפט התפתחה בראשיתה בענפי המשפט שזירת התרחשותם הם השווקים המפורשים, כגון דיני ההגבלים העסקיים, החוזים, הקניין והתאגידים. אך כפי שקוראי הספר הזה ייווכחו בנקל מתוך עיון בפרקיו, הנחת הרציונליות "תופסת" גם בשווקים שאינם מפורשים, שווקים "מרומזים" (implicit markets), למשל בענפי משפט כמו דיני החוקה, העונשין והפרוצדורה. בזירת אלה אין נעשות בדרך כלל עסקאות "אמתיות", אך אפשר לפרש את התנהגות השחקנים "כאילו" עשו אותן, ויש הסבורים כי ראשיתה האמתית של תנועת הגישה הכלכלית למשפט היא דווקא פריצת הדרך הזו, שהדגישה את המשותף בהתנהגות האנושית בשווקים המפורשים והמרומזים.⁸

- 7 תרומה מכרעת להבנת ה"פרויקט" הכלכלי כמקיף את מכלול התנהגויותיו הרציונליות של האדם קשורה בשמו של חתן פרס נובל לכלכלה גארי בקר. ראו באופן כללי את ספרו GARY BECKER, THE ECONOMIC APPROACH TO HUMAN BEHAVIOR (1976).
- 8 מאמר מפתח של גארי בקר מספק דוגמה טובה להחלת תובנותיה של הכלכלה בשווקים מרומזים, ובמקרה זה הדין הפלילי. ראו Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. OF POLITICAL ECONOMY 169 (1968). בקר ניתח את מערכת השיקולים העומדת לנגד עיניו של אדם השוקל לבצע עברה שהשלמתה המוצלחת עשויה להסב לו תועלת כלכלית. הוא הסביר כי יש לפרש את הסנקציה שתוטל עליו אם ייתפס ויורשע כ"מחיר". מחיר העברה הוא "תוחלת העונש", קרי המכפלה של הסנקציה שתוטל עליו בהסתברות שייתפס ויורשע. למשל, אם הסנקציה במקרה של הרשעה היא 100, והסתברות התפיסה וההרשעה היא 30%, תוחלת העונש היא 30. העברה לא תבוצע (על ידי עבריין אדיש לסיכון) אם התועלת הכלכלית מן העברה קטנה מ-30. בקר גם הסביר כי אפשר לקבוע כל תוחלת מחיר הרצויה למעצבי המדיניות או על ידי שינויים בסנקציה או על ידי שינויים בתוחלת התפיסה וההרשעה. למשל, אין הבדל בעצמת ההרתעה בין סנקציה בשיעור של 100, המלווה בהסתברות תפיסה והרשעה של 30%, לבין סנקציה בשיעור של 200,

הקדמה

עם צמיחת המוניטין של הגישה הכלכלית ככלי עזר אנליטי שאפשר להסתייע בו כמעט בכל שאלה משפטית עלה גם מספר העוסקים בנושא לא רק בצפון אמריקה, שהיא כור מחצבתה של הגישה הכלכלית, אלא גם בישראל וביבשת האירופית. מספרם של המאמרים התאורטיים המובילים במיטב הבימות העולמיות, השואבים את השראתם מן הגישה הכלכלית, גדול בהרבה ממספרם של המאמרים המשפטיים ה"טהורים", שאינם בין-תחומיים, והוא אף גדול ממספרם של המאמרים הבין-תחומיים המצויים בקו התפר שבין המשפט לבין כל דיסציפלינה אחרת (שאיננה כלכלה). הספרות העוסקת בנושא כוללת מספר לא מבוטל של מונוגרפיות,⁹ אנציקלופדיה מקיפה¹⁰ וכן כמה וכמה כתבי עת מובילים.¹¹ אין ספק כי שעתה של הגישה הכלכלית למשפט הגיעה. למרות כל זאת לא חסרים גם ספקנים המבקרים את התפשטותה של הגישה הכלכלית, וכפי שניווכח מיד, לאו דווקא מתוך נימוקים העומדים במבחן הביקורת.

דעות קדומות על הגישה הכלכלית למשפט

ההגדרה הרחבה של גבולות העיסוק בגישה הכלכלית למשפט עומדת בסתירה חדה למה ששיערו כמה חכמי משפט, הן מן האקדמיה הישראלית (ולא רק הישראלית!) והן מכס

המלווה בהסתברות תפיסה והרשעה של 15%. עד כאן הסבריו של בקר היו "פוזיטיביים". מכאן עבר בקר לפן ה"נורמטיבי". הוא המליץ על הגדלת הסנקצייה המלווה בהסתברות תפיסה והרשעה נמוכה יותר ולא על ההפך – סנקצייה נמוכה בהסתברות גבוהה. הסיבה היא שהגדלת הסנקצייה, במיוחד אם היא כספית, איננה גוזלת מקורות גדולים, ואילו הגדלת הסתברות התפיסה וההרשעה מחייבת השקעה גדולה במערכת הצדק הפלילי. מעצב המדיניות יכול אפוא לשלוט ברמת ההרתעה האופטימלית בעלויות הנמוכות ביותר אם יפעל לפי המרשם של בקר. היום ידוע לנו כי תובנותיו של בקר טעונויות ליטוש (למשל, עבריינים ידועים כרגישים להסתברות התפיסה וההרשעה יותר מאשר לגובה הסנקצייה גם כאשר שתי המכפלות מסתכמות באותה תוחלת), ובכל זאת תרומתו של בקר היא פורצת דרכים משום שייבאה את תובנות הכלכלה לעולם השווקים המרומוזים.

9 תקצר היריעה מלמנות את כולן. הבולטות שבהן הן RICHARD POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (7th ed., 2007); ROBERT COOTER, THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS (5th ed., 2008); MITCHELL POLINSKY, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS (2nd ed., 1989); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2003). נוסף על אלה התפרסמו מספר רב של ספרים המוקדשים לניתוח הכלכלי של פרקי משפט מסוימים, כגון נזיקין, חוזים או תאגידים.

10 Bouckaert, Boudwijn and Gerrit de Geest (eds.) ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (1999).

11 גם כאן תקצר היריעה מלציין את שמותיהם של כתבי העת המובילים. דוגמאות אחדות הן JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS; JOURNAL OF LEGAL STUDIES; JOURNAL OF LAW, ECONOMICS AND ORGANIZATION.

הגישה הכלכלית למשפט

השיפוט. לפי תפיסתם של אלה, הגישה הכלכלית למשפט עוסקת רק בפן אחד של מאוריי האדם והוא הרצון לצבור נכסים חומריים. מאחר שמטרותיו של המשפט רבות ומגוונות, בחינתם של נושאים משפטיים באספקלריה הצרה של הגישה הכלכלית כפי שהתפרשה על ידי חכמי משפט אלה עוררה בלבם את החשש כי ההיזקקות לה עלולה לרדד את הדיון המשפטי ולהניב תוצאות שהדעת אינה סובלתן.

ביטוי טיפוסי לתפיסה צרה זו של הגישה הכלכלית משתקף היטב בכתביו של אחד מענקי המשפט הישראלי, פרופסור גד טדסקי, שתלמידיו וממשיכי דרכו העיקריים איישו במשך עשרות שנים את העמדות הבכירות ביותר בעולם המשפט בארצנו. טדסקי ביטא לראשונה את תפיסתו אגב ויכוח אקדמי שהתפתח בעקבות פרשת אתא נ' שוורץ¹² והחלטה שניתנה באותה פרשה בבית המשפט העליון. אחת השאלות העיקריות באותה פרשה הייתה מהו הסעד הראוי על עוולת המטרד ליחיד: פיצויים או צו מניעה? בית המשפט החליט לבכר את הסעד המניעתי. האם פעל כראוי? שאלה מעין זו "מזמינה" ניתוח כלכלי, וניתוח מעין זה אמנם נעשה על ידי פרופסור אפרים קליימן מן החוג לכלכלה של האוניברסיטה העברית בירושלים.¹³ קליימן הציע במאמרו מגוון של שיקולים כלכליים התומכים בהעדפת הסעד של פיצויים דווקא.¹⁴ טדסקי הגיב על המלצותיו של קליימן במילים האלה: "אין בכוח המדע הכלכלי להטיל מצוות כפי שמטילתן תורה אתית (מוסרית או משפטית) שהיא, ורק היא, מוסמכת לדון בתכליות, להעריך לפיהן פעולות בני האדם הערכה מוחלטת, ולכן להטיל כללי התנהגות מוחלטים. מדע הכלכלה אינו תורה נורמטיבית אלא מדע סיבתי, הסברתי... אין בסמכותו להביע את הרצוי... תפקידו לקבוע אילו תוצאות תגרור פעולה זו או אחרת על המחירים, על השכר ועל הרווח, על הייצור וכדומה... הוא [קליימן] רואה את המדיניות המשפטית כאמצעי למטרה אחת, והיא הגברת הייצור, בהנחה האילמת-כאילו היא מובנת מאליה- שמטרה זו רצויה תמיד, ללא התחשבות בכל נימוק נגדי אפשרי..."¹⁵ דברים דומים השמיע טדסקי שנים אחדות לאחר מכן בתגובה למאמר אחר¹⁶

12 ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976).

13 אפרים קליימן "הפגיעה ממטרד ליחיד והתרופה המשפטית לה – הערות של כלכלן" משפטים ט 85 (1978).

14 ההבדל בין שני הסעדים הוא כי סעד מניעתי שולל את יכולתו של המזיק להתמיד בעוולתו, ואילו הסעד של פיצויים מכשיר כביכול את העוולה בהעמידו את הניזוק במצב שווה ערך, לפחות מבחינה כספית, למצב שהיה בו אלמלא נעשה המטרד. מאחר שהפעילות האנושית בכל אחד משני מצבים אלה היא שונה, אפשר לנתח מבחינה כלכלית איזה מבין השניים רצוי יותר מחברו.

15 גד טדסקי "אגב משפט אתא" הפרקליט לב 448, 457 (תשל"ט).

16 אוריאל פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לעירפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח 395 (תשמ"ט).

הקדמה

שהציע ניתוח כלכלי של סוגיה דיני התאגידים: "[הדין הדיספוזיטיבי] כדאי שהשפעתו תופעל במודעות לטובת הסדר רצוי, לטובת הצדק, החופש, השוויון ולטובת איזון סביר בין אינטרסים נוגדים. לא ייתכן שעל מזבח עניין לא חיוני, כמו ההזולה, אולי אף מפקפקת, בעלות העסקות, נקריב עניינים חשובים אחרים".¹⁷

למגינת הלב, הדרך שבה פירש טדסקי את השיקול הכלכלי ואת יכולתו להאיר שאלות פוזיטיביות ונורמטיביות המעניינות את המשפטן מצאה מסילה ללב שופטי בית המשפט העליון. למשל, בתקדים המפורסם בפרשת אדרס נ' הרלי אנד ג'ונס נטענה הטענה כי אין זה ראוי, מטעמים כלכליים, לפצות צד הנפגע מהפרת חיוב בשיעור העולה על הנזק שנגרם לו. בית המשפט הגיב בקביעה החגיגית כי "הגישה הכלכלית אינה נותנת די משקל לשיקולים שלא ניתן ליתן להם משקל כלכלי. דיני החוזים לא באו אך להגביר את היעילות הכלכלית. הם באו לאפשר חיי חברה תקינים. חוזה יש לקיים – ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתו – כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם".¹⁸ שאלה דומה נדונה במשפט בסט ביי, וגם בו העדיף בית המשפט להסתייג מהחלת הגישה הכלכלית בנימוק שאין היא מביאה בחשבון שיקולים שאינם קשורים לתכליותיו הרחבות יותר כביכול של המשפט. או בלשונו של פסק הדין: "גם אם יש משקל לשיקולים הכלכליים, אין הם בבחינת חזות הכול במסגרת המשפט הפרטי שבמרכזו רעיון הצדק המתקן".¹⁹ להשקפה זו, המפרשת את הגישה הכלכלית ברוחו של פרופסור גד טדסקי, יש עוד אסמכתאות למכביר בפסיקה, הן בבית המשפט העליון והן בבתי המשפט הנמוכים יותר.²⁰

לנוכח התפיסה הצרה של תכלית הגישה הכלכלית למשפט, אין פלא כי בתי המשפט בישראל סירבו לעשות בה שימוש מושכל ולהיעזר בה בליבון סוגיות משפטיות. אנו מקווים

17 גד טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו 5, 22 (תש"ן). לתשובה למאמר זה ראו אוריאל פרוקצ'יה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופסור גד טדסקי" עיוני משפט טו 385 (תש"ן). ברור לכל מי שעוסק בגישה הכלכלית למשפט כי המרחק בינה לבין תובנותיו של טדסקי הוא כמרחק מזרח ממערב. הגישה הכלכלית ממדלת הן בעיות "פוזיטיביות" (דהיינו, מה התוצאה הצפויה ממהלך פלוני) והן בעיות "נורמטיביות" (דהיינו אם מהלך אלמוני הוא מהלך רצוי). כדי לעצב מדיניות משפטית מושכלת יותר, המועשרת בשיקולים שלא הגישה הכלכלית היו נסתרים מן העין: STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 1 (2004). דפיו של ספר זה הם עדות מקפת לרוחב היריעה של הגישה הכלכלית למשפט.

18 ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלי אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988).

19 ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180 (1999).

20 למשל, השופט יוסף שפירא מירושלים קבע נחרצות כי "אנשי הגישה הכלכלית למשפט דוגלים במטרה להשיא את העושר הכלכלי, כשמדד היעילות לנגד עיניהם". ראו בש"א (מחוזי י-ם) 7783/07 החברה לאיתור והשבת נכסי ניצולי שואה נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 28.7.2009).

הגישה הכלכלית למשפט

כי ספר זה יתרום לשיפור ההבנה בדבר התרומה האפשרית של הגישה הכלכלית בפתרון בעיות משפטיות.

דעה קדומה אחרת המתייחסת לגישה הכלכלית למשפט מייחסת לעוסקים בה הטיה אידאולוגית "קפיטליסטית", או "שמרנית", מדי, ולכן לפי תפיסתם של בעלי דעה קדומה זו, אין היא אלא אמצעי לקידום של יעדי מדיניות הנמצאים בקצה אחד של הקשת הפוליטית.²¹ האמונה בזיהוי זה שבין הגישה הכלכלית לבין תפיסת עולם שמרנית עוררה לא מעט מדנים בין העוסקים בגישה הכלכלית לבין מי שמזהה את עצמו כמשתייך לקצה השני ("הליברלי") של הקשת הפוליטית. דעה קדומה זו מקורה ככל הנראה בעובדה שרבים מהעוסקים במשפט וכלכלה זוהו כשייכים לזרם השמרני. הדוגמה הבולטת ביותר לאישים מעין אלה הוא השופט (ולשעבר פרופסור באוניברסיטה של שיקגו) ריצ'רד פוזנר, שספרו *Economic Analysis of Law* שינה את עולם המשפט מן הקצה אל הקצה. אכן, ספר זה ותורתו של פוזנר בדרך כלל משקפים את תפיסת עולמו השמרנית של מחברם. אולם ענקי הכלכלה בימינו מזוהים עם מגוון רחב של השקפות עולם פוליטיות, מימין ומשמאל, מן הזרם השמרני ומן הזרם הליברלי, ואילו הגישה הכלכלית למשפט, בישמה את תובנותיהם בעולם המשפט, איננה שמרנית יותר או פחות ממה שהיא מיישמת, ואפשר למצוא בה תובנות מגוונות לרוב, היפות לכל השקפת עולם.

ביקורת דומה, אך לא זהה, לזו הקודמת היא שהגישה הכלכלית למשפט תרה אחר פתרונות שהם "יעילים" (על מושג היעילות ראו ביתר הרחבה בפרק א' להלן) תוך שהיא מזניחה שיקולים אחרים של המשפט, כמו למשל צדק. לגרסתם של המבקרים, ההתמקדות ביעד היעילות איננה במקומה כי כל מי שרגיש למורכבותו של המשפט חש כי עליו למלא מגוון יעדים, והיעילות איננה אלא אחד מהם. ביקורת זו איננה פשטנית ושגויה כקודמותיה, ואפשר להודות כי "יש בה משהו". אולם יש לציין, בנשימה אחת עם הודאה זו, כי הביקורת אינה מביאה בחשבון לפחות שלושה שיקולים מרכזיים: ראשית, הגישה הכלכלית למשפט מסוגלת לטפל, בעזרת הכלים המחקריים של הדיסציפלינה, בתופעות אנושיות מגוונות, הכוללות בין היתר את מושג הצדק הכלכלי בכבודו ובעצמו. פרק ג' להלן מוקדש כולו לכלכלת צדק. הפרק אמנם דן בנושאים מופשטים ואיננו חף מכתובה פורמלית, אך הקורא

21 ראו למשל Morton Horwitz, *Law and Economics: Science or Politics?* 8 HOFSTRA L. REV. 905 (1980). עמדה זו, שהגישה הכלכלית למשפט היא כלי שרת בידי מי שהשקפתו הכלכלית והחברתית היא בפינה הימנית של הקשת הפוליטית, מאפיינת רבים מאנשי "הגישה הביקורתית למשפט" (critical legal studies), שפרופסור הורביץ, היסטוריון גדול של המשפט, הוא מראשי דובריה. רוב המשתייכים לגישה הביקורתית למשפט הם אנשי שמאל, והפלוגתה שלהם עם אנשי הימין, המשתייכים לגישה הכלכלית למשפט, היא לגיטימית. אך הם טועים טעות קשה בהניחם כי קיים קשר הכרחי בין האידאולוגיה הימנית לבין ההשתייכות לקבוצת החוקרים המשתמשים בכלים כלכליים להארת מורכבותו של המשפט.

הקדמה

המשכיל יוכל לחלץ ממנו תובנות קונקרטיות רבות שהן רלוונטיות להחלטות מעולם המשפט. אכן, אחת ממטרותיו של פרק ג' היא להדגים את רוחב היריעה של הניתוח הכלכלי ואת עצמתו האנליטית מחוץ למחוזות הצרים של שיקולי היעילות. שנית, כפי שהודגש לא פעם בספרות, גם מי שמשווה לנגד עיניו את ההכרח להשיג יעדים מגוונים, שהיעילות אינה אלא אחד מהם, טוב יעשה אם לא יעצום עיניו לשאלות הממוקדות ביעילות. כל פתרון שאיננו יעיל מלווה במעין "תג מחיר", שראוי לשקול אותו כאשר חותרים להשגתם של פתרונות המיועדים להשגת יעדים חלופיים ליעילות. כך למשל גם מי שהיה חפץ, בעולם ללא עלויות, בחיטים ולא בשעורים, צריך לשאול, בעולם שיש בו עלויות, מהו תג המחיר של העדפת החיטים, ואם כאשר מביאים בחשבון את עלויות הבחירה, הריהי שווה בנזק המלך. שלישית ואחרונה, וכפי שיפורט ביתר הרחבה בפרק ט"ו להלן, יש הסבורים כי הדרך הנאותה להשגת יעדים חלוקתיים היא במישרין, באמצעות מערכת המס, ולא בעקיפין – באמצעות כלליו של המשפט המהותי או הדיוני. לגרסתם של אלה, מוטב שכל כללי המשפט יקדמו את יעד היעילות, ואם החלוקה שתנבע מהם תהיה "בלתי צודקת", יהיה אפשר לחלק את העוגה מחדש באופן "צודק" על ידי מערכת המס. הכללים היעילים מבטיחים "עוגה" גדולה יותר לחלוקה, ולכן אפשר לפרוס ממנה, גם לאחר החלוקה מחדש, פרוסות עבות יותר לכל המשתתפים.²²

הגישה הכלכלית ה"נאו-קלסית" למשפט וחלופותיה

כאמור, הנחת היסוד של הגישה הכלכלית למשפט, כמו של מדע הכלכלה הנאו-קלסי בדרך כלל, היא כי שחקני שוק מתנהגים באופן רציונלי. אין ספק בעינינו כי על פי רוב הנחה זו

22 נניח כי חברה פלוניית מורכבת משני שחקנים, רוביניזון וששת. עליה לבחור בין שני כללי משפט חלופיים: הכלל האחד, היעיל, מקצה 100 לרוביניזון ו-20 לששת. הכלל השני, הלא יעיל, מקצה 50 לכל אחד משני השחקנים. הכלל הראשון "יעיל" יותר כי העוגה המצרפית היא בגודל של 120, ואילו הכלל השני מניב עוגה מצרפית קטנה יותר, בגודל של 100 בלבד. במבט ראשון, שטחי, הכלל השני "צודק" יותר כי אין בו פערים בין שתי ההקצאות, ולעומת זאת הכלל הראשון איננו כזה. אולם מי שחפץ בעולם שוויוני יוכל בכל זאת לאמץ את הכלל הראשון ולחלק מחדש (באמצעות המערכת הפיסקלית) את ההכנסה המצרפית באופן שכל שחקן יקבל 60 במקום 50 שהיה מקבל אילו אומץ הכלל השני. קל גם לראות כי הכלל הראשון "צודק" מן הכלל השני אף על פי שגם אחרי החלוקה מחדש שניהם שוויוניים במידה שווה. אם הצדק החברתי נאחז בתורת מידות התלויה ברווחתם של בני האדם החיים באותה חברה, ככל שייטב לאותם בני אדם, כך הכלל "צודק" יותר. הכלל הראשון, בהיטיבו עם כולם (לאחר החלוקה מחדש) יותר מן הכלל השני, הוא גם הכלל ה"צודק". הנימוק האחרון שבטקסט – כי עדיף לחלק מחדש את העושר הלאומי באמצעות מערכת המס ולא באמצעות כללי המשפט המהותיים – בואר בהרחבה אצל LOUIS KAPLOW, STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE (2002).

הגישה הכלכלית למשפט

“עושה את העבודה”, כלומר יש בה כדי להסביר את המציאות הנצפית ואף לנבא התנהגות. למשל, כל כלכלן יכול לנבא כי עודפי ביקוש מייצרים עליות מחירים, ולכן אם יתבקש לנבא כיצד ישפיע גל של עלייה המונית לירושלים על מחירי הדירות בבירה, לא יתקשה למצוא פתרון לחידה. אולם בשני העשורים האחרונים הצטברו ראיות לא מעטות להתנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנחת היסוד הרציונלית ראיות אלה הצטברו בכמויות כאלה שלא סביר לא להזכירן, וראוי לנו לדון, ולו על קצה המזלג, בכמה מהשלכותיהן. לצורך כך הוספנו לרשימת הפרקים של ספר זה, שאינה קצרה בלאו הכי, גם את פרק ב' להלן, הדין במה שמכונה “כלכלה התנהגותית”, העוסקת בספקות שהתעוררו בנוגע להנחת הרציונליות העומדת ביסודה של הכלכלה הנאו-קלאסית ושל הזרם בגישה הכלכלית למשפט הנסמך עליה.

מבנה הספר ולמי הוא מיועד

בשער המבואות של ספר זה כללנו, מלבד הקדמה קצרה זו, שלושה פרקים: הפרק הראשון פורס בפני הקוראים כמה שיקולי יסוד במדע הכלכלה. מלבד חשיבותו העצמאית של הפרק, המציג בקליפת אגוז את מהותה של החשיבה הכלכלית, הוקפד להדגיש בו הדגשת-יתר את המושגים הכלכליים העיקריים שנידרש להם ביתר פרקי הספר. הדיון במושגים אלה ייתר את הצורך בביאורם על ידי כל אחד מן הכותבים בנפרד. הפרקים השני והשלישי עוסקים בכלכלה התנהגותית ובכלכלת צדק, שעל חשיבותם להבהרתה של התמונה הכללית כבר עמדנו לעיל. יתר שערי הספר עוסקים בהתאמה בפרקים השונים השייכים למשפט הפרטי, למשפט הפומבי, למשפט העסקי ולהליך המשפטי. הפרקים הכלולים בשערים אלה מכסים כמעט את כל תחומי של המשפט, ובכך יוכלו הקוראים להיווכח כי הגישה הכלכלית למשפט, כמו הכלכלה שממנה היא יונקת, מסוגלת להאיר באורה הייחודי מגוון רחב של פעילויות אנושיות, ואין היא מוגבלת רק לתחום העסקי, וקל וחומר שאין היא מוגבלת לזיהוים של מהלכים יעילים לצבירת נכסים חומריים.

בעיצוב מבנהו זה של הספר עמדו לנגד עינינו שני יעדים עיקריים: בראש ובראשונה חפצנו להביא את דברינו בפני מעצביו של הדין בישראל ברשות המחוקקת, ואולי עוד יותר מזה – ברשות השופטת. אף על פי שהגישה הכלכלית למשפט הפכה בעשרים השנים האחרונות לגישה המובילה בדיונים העיוניים באקדמיה הישראלית, ובמידה רבה גם בזו העולמית, רבות מתובנותיה לא חלחו אל המערכת השיפוטית, ובמיוחד לא אל שופטינו שהשלימו את הכשרתם המקצועית הפורמלית בעידן שקדם לעליית קרנה של הגישה הכלכלית למשפט. אנו משוכנעים שתובנות אלה, ככל שיעלה הרצון להטמיען בשיקוליהם של שופטי ישראל, יתרמו להשבחתו של המוצר השיפוטי ולמלאכת עשיית הצדק. מטרה נוספת של ספר זה היא להעמיד לרשות מורי המשפט בישראל ספר לימוד מקיף שיוכל

הקדמה

לשמש בסיס להוראת המקצוע במוסדות להשכלה גבוהה בישראל. הספר יוכל לשמש הן בסיס לקורס כללי בגישה הכלכלית למשפט והן כלי עזר למורי המשפט בישראל המעוניינים לשלב במסגרת הוראת המקצועות שהם מלמדים גם את ההיבט הכלכלי המתייחס לאותם מקצועות. לתפיסתנו, תלמיד משפטים שהשיקול הכלכלי נותר בעיניו כספר החתום לא השלים את תלמודו כראוי ולא יוכל להתמודד כשווה בין שווים עם בוגרים אחרים של המוסדות להשכלה גבוהה בישראל שנחשפו לתכנים הכלולים בספר זה. אם הספר ייקרא ויובן גם על ידי משפטנים וקוראים משכילים אחרים – יתווסף גם זה אל שכרנו.

הספר נכתב על ידי עשרים ושמונה מחברים שונים, ומטבע הדברים לא הוטלה מרות מערכתית על דעותיהם של הכותבים. כל פרק משקף את דעת כותביו, ואין הוא משקף בהכרח את דעותיהם של הכותבים האחרים.

א.פ., תשע"ב

פרקי מבוא

פרק א: הקדמה כללית

מאת

אבי שמחון*

הקדמה. א. על יעילות ורווחה. ב. היצע וביקוש. ג. מונופולים וקרטלים. ד. "סיכון מוסרי" (Moral Hazard) ו"בררה שלילית" (Adverse Selection). סיכום.

רשימת מושגים הכלולים בפרק זה

היד הנעלמה; משפט הרווחה הראשון; משפט הרווחה השני; ערך יעילות פרטו; יעילות קלדור-היקס; תחרות משוכללת; משחק סכום אפס; משפט קואס; מדד הרפינדייל לריכוזיות השוק; תחרות מונופוליסטית; השפעות חיצוניות/החצנות (Externalities); מסי פיגו; נטל עודף; שיווי משקל נאש; עלות ייצור שולית; יתרונות לגודל; עקומת לאפר; הפרדוקס של דאימונד; פונקציית ביקוש; פונקציית היצע; מונופול קרטל; מונופול טבעי; סיכון מוסרי (Moral Hazard); ברירה שלילית (Adverse Selection).

הקדמה

כלכלנים חושבים אחרת מרוב בני האדם.¹ בסקר שערך העיתון גלובס לקוראיו הוצגו להם נתוני חברה דמיונית שיכולה להגדיל את רווחיה במידה ניכרת באמצעות פיטורי עובדים. הקוראים, שהתבקשו לציין את משלח ידם, נשאלו מה היו עושים לו באו במקום מנהליה של החברה. כלכלנים הם שהמליצו לפטר את מספר העובדים הגדול ביותר ולאחריהם בוגרי מנהל עסקים, משפטנים ובעלי תארים אחרים, לפי סדר זה. מדוע היו הכלכלנים דווקא הם שהמליצו לפטר את מספר העובדים הגדול ביותר? האם משום שהחוגים לכלכלה הופכים

* המחלקה לכלכלה חקלאית, האוניברסיטה העברית.
1 Kirchaessner Gebhard, (Why) Are Economists Different?, CESIFO WORKING PAPER 1396 (2000).

את בוגריהם למנוכרים ולמנותקים ממצוקות אנוש? או שמא הכלכלנים יודעים דבר-מה שכל השאר אינם יודעים? ג'ון מיינארד קיינס, שפיתח תאוריה המצדיקה, ולפעמים אף מחייבת, מעורבות מצד הממשלה משיקולים של יעילות כלכלית, טען כי²

“The theory of economics does not furnish a body of settled conclusions immediately applicable to policy. It is a method rather than a doctrine, an apparatus of the mind, a technique of thinking, which helps its possessor to draw conclusions.”

השוני בין הכלכלנים מן הצד האחד ובין כל השאר מן הצד האחר נעוץ לפי קיינס בהכשרתם, ובייחוד ביכולתם לזהות חוסר יעילות. במציאות קורה לא פעם שהשאת (מקסום) התוצר המצרפי והשאת הרווחה החברתית אינן חופפות זו את זו ולפעמים אף מתנגשות זו בזו למרות הקרבה הרבה ביניהן. במקרים אלה נמצא לעתים קרובות מדי את הכלכלנים מצדדים ביעילות במקום ברווחה – למרות הכשרתם ולא בגללה. “למרות” ולא “בגלל” מפני שעל פי התאוריה הכלכלית היעילות היא האמצעי, והמטרה היא השאת הרווחה. התאוריה הכלכלית אינה מספקת כלים לקביעת סדרי עדיפות חברתיים אלא לוקחת אותם כנתונים. האם אדם יעדיף לחיות בחברה שכל חבריה משתכרים 10,000 ש”ח בחודש, או שמא להשתכר 13,000 ש”ח אך לחיות בחברה שאינה שוויונית? אין הכלכלנים מוכשרים יותר (או פחות) מן הסוציולוגים או מן המשפטנים או מכל אחד אחר לענות על שאלה זו.³ אף על פי כן אם תגדיר החברה את העדפויותיה, אין כמו הכלכלנים ללמוד ולברר מה הם האמצעים הדרושים כדי להשיגן.

בפרק זה אבקש להציג כמה מעקרונות היסוד של כלכלת מיקרו ולעמוד על שורשי המחלוקת הנטושה בין הכלכלנים לבין בוגרי דיסציפלינות אחרות ובין הכלכלנים לבין עצמם, בכל הנוגע ליעילות השוק ולקשר שבין יעילות לרווחה. מאחר שהפרק מיועד גם לאנשים חסרי השכלה פורמלית בכלכלה, יוצגו בו הסברים למושגים הדרושים לדיון.

JOHN CUNNINGHAM WOOD, JOHN MAYNARD KEYNES: CRITICAL ASSESSMENTS 42 (2nd ed., 1994). 2

למרות האמור לעיל בעשורים האחרונים הולך ומתפתח במסגרת הדיסציפלינה הכלכלית ענף חדש יחסית, הקרוי: “כלכלה התנהגותית”. ענף זה מנסה להתמודד עם השאלה מה הן העדפויותיהם של יחידים. הנושא ייסקר ביתר הרחבה בפרק הבא. 3

א. על יעילות ורווחה

נפתח במושג החשוב והטעון "היד הנעלמה". חתן פרס נובל ומחשובי הכלכלנים של המאה העשרים, רונאלד קואס, תיאר אותה בזו הלשון: "Coordination Of The Economic System By The Pricing System"⁴.

קואס טוען, ורוב הכלכלנים מסכימים עמו, שהיד הנעלמה אינה אלא מנגנון המחירי שבאמצעותו השוק מאותת ליצרנים על רמת הביקושים ומכוון אותם להגדיל את ההיצע כל אימת שמחירי המוצר גבוהים מעלות ייצורו.⁵ להמחשת הדברים, טלו לדוגמה את שוק העגבניות. בארץ יש מאות מגדלים עצמאיים, המספקים את תוצרתם לאלפי מרכולים. איש אינו מחליט מי ייצר כמה ומתי, ואף על פי כן אנו הצרכנים מקבלים בכל יום את הכמות שאנו חפצים בה במחיר סביר למדי. בכלכלה החופשית, שהמטרה של היד הנעלמה שורר בה, רשאי כל אדם לחכור גורמי ייצור, ובמקרה שלנו: אדמה, מים ועובדים, ולגדל כמה עגבניות שיחפוץ. המגדל הפוטנציאלי מעריך את המחיר שיוכל לקבל בתמורה לתוצרתו, ואם הוא סבור שביכולתו לייצר בעלות נמוכה מהמחיר ולהרוויח, הוא יעשה כן. כאשר יש מיעוט של תוצרת בשווקים, יביא עודף הביקושים לידי עליית מחיר. המחיר הגבוה ידרבן את המגדלים הקיימים להגדיל את התפוקה, ומגדלים נוספים – להיכנס אל מעגל הייצור. הכמות המיוצרת תגדל, והמחיר ירד, עד שישתווה לעלות הייצור. במקרה של שפע פתאומי או של ירידה חדה בביקוש ירד מחיר העגבניות והמגדלים יפסידו כסף – דבר שישפיע על מקצתם לצאת מהענף, ובעקבות זאת תקטן הכמות המיוצרת ומחירה יעלה. כך מנווט מנגנון המחירים את הכמות המיוצרת, ולמעשה את הקצאת גורמי הייצור במשק.

המקרה הבא ממחיש את יעילותה של היד הנעלמה. בסוף שנות התשעים פורסמו מחקרים רפואיים אחדים שחשפו את הערך התזונתי הרב הגלום בפרי הרימון. בעקבות זאת גדל מאוד הביקוש לרימונים, ומחירים עלה בכחמישים אחוז. החקלאים בישראל הגיבו במהירות על הזדמנות הרווח שנקרתה על דרכם והרחיבו את שטחי גידול הרימונים פי עשרה בתוך שבע שנים – עד שמחירים ירד, פחות או יותר, לרמתו הקודמת. מנגנון המחירים הביא לידי כך שהעלייה בערך שהצרכנים ייחסו לרימונים הסיטה משאבים, כגון אדמה,

R.Coase, *The New Institutional Economics*, 88 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 2, 72-74 (1998).

AN רעיון החפיפה של היד הנעלמה עם מנגנון המחירים מופיע בספרו של אדם סמית, INQUIRY INTO THE NATURE AND CAUSES OF THE WEALTH OF NATIONS, שנחשב לטקסט המכונן של מדע הכלכלה. מילטון פרידמן מפתח אותו עוד בספרו CAPITALISM AND FREEDOM.

מים, עובדים וכן הלאה, הרחק מן הייצור של פרות אחרים שערכם נמוך יחסית לרימונים אל עבר ייצור מוצר שערכו גבוה יותר בעיני הצרכן.

שערו מה היה קורה לו הייתה הממשלה מחליטה להיענות לטענה שכל אזרחי המדינה, ולא העשירים בלבד, זכאים למזון בריא במחיר סביר (כי אין שום סיבה להניח לבעלי המטעים, המשתמשים במשאבים השייכים לציבור כולו, כמו מים, אדמה ושמש, להתעשר על חשבוננו) ומונעת באמצעים חקיקתיים את העלאת המחיר. במקרה זה הייתה תפוקת הרימונים גדלה באטיות רבה, ופחות בני אדם היו נהנים שבע שנים לאחר מכן מצריכת רימונים. כאמור, הסיבה לגידול הדרמטי בתפוקה הייתה העלייה ברווחיות הענף והעובדה שרווח גבוה מן הרגיל נקרה על דרכם של היצרנים. רגולציה הפוגעת ברווחיות הייתה מעכבת, אולי אף מונעת, את הגידול האמור בתפוקה.

מנגנון המחירים, כלומר היד הנעלמה, מביא גם לידי התייעלות מתמדת בתהליך הייצור. ראו למשל שני טיפוסים של מגדלי עגבניות: הטיפוס האחד יעיל ויכול לייצר עגבניות בעלות של שני ש"ח לקילוגרם, והטיפוס האחר יעיל פחות ומייצר במחיר של שלושה ש"ח לקילוגרם. כל עוד המחיר גבוה משני ש"ח לקילוגרם, על אחת כמה וכמה אם הוא מעל לשלושה ש"ח, כדאי למגדלים מהטיפוס האחד, היעיל יותר, להרחיב את שטחי הגידול שלהם, שכן הם מרוויחים מכל קילוגרם נוסף של עגבניות שהם מגדלים. הדבר יביא לידי הגדלת התפוקה ויוריד את מחיר העגבניות עד לשני שקלים. הסיבה לירידת המחיר היא שכל עוד המחיר גבוה משני ש"ח לקילוגרם, ירוויחו המגדלים היעילים מכל קילוגרם נוסף שיגדלו, ולכן יגדילו את תפוקתם ובדרך זו יגרמו לירידת המחיר. ירידת מחיר של מתחת לשלושה ש"ח לקילוגרם תביא לידי כך שהמגדלים היעילים פחות – אלה שעלות הייצור שלהם היא שלושה ש"ח לקילוגרם – יפסידו, ועל כן יצאו מן הענף וישאירו בו אך ורק את המגדלים היעילים. מכאן שהיד הנעלמה מוציאה מן השוק יצרנים לא יעילים ומחליפה אותם ביצרנים יעילים מהם בתהליך נמשך של בררה טבעית. הנהנים העיקריים מכך הם הצרכנים שזוכים, בשווקים תחרותיים, למחירים נמוכים יותר ויותר. יתר על כן, מאחר שאדמה ושאר אמצעי הייצור שמשאירים המגדלים הלא יעילים אחריהם עוברים לידיהם של המגדלים היעילים, מתחולל תהליך של שיפור מתמיד ביעילות הקצאתם של גורמי הייצור – דבר המגדיל את סך הייצור במשק בעקבות הסטה של גורמי הייצור למקומות שבהם תפוקתם היא הגבוהה ביותר. אז המגדלים הלא יעילים שייפלטו מענף העגבניות ימצאו מקום עבודה אחר, אולי כשכירים בענפי ייצור אחרים במשק או כמגדלים בענפים אחרים שהם מוכשרים יותר לגדלם. מכאן שהיד הנעלמה מביאה לידי ניצול גורמי הייצור באופן היעיל ביותר האפשרי. עם זאת חשוב לזכור שתחרות ותנועה חופשית של גורמי ייצור (כפי שנראה בהמשך הדברים) היא תנאי הכרחי לתפקוד תקין של מנגנון המחירים.

עד כאן התאוריה, אך האם יש לה סימוכין במציאות? תולדות החקלאות בישראל ממחישים את העצמה שיש למנגנון השוק. עד לאמצע שנות השמונים של המאה הקודמת

שלט במשק הישראלי ה"תכנון". לו חפץ אדם כלשהו לגדל עגבניות, תפוחי אדמה, לייצר ביצים למאכל, חלב או לעסוק כמעט בכל ענף חקלאי (כמעט – כי מסיבות היסטוריות ענף ההדרים לא היה נתון למגבלות של תכנון, והוא נעשה למקור הייצוא החשוב ביותר של מדינת ישראל בעשורים הראשונים להקמתה. מפאת חשיבותו העצומה כמקור למטבע חוץ חששו להטיל על ענף זה פיקוח. מאוחר יותר חמקו גם תות השדה והפרחים מ"זרועותיו" של התכנון והפכו אף הם לגידולים מרכזיים בייצוא החקלאי בישראל), היה עליו לפנות למועצת הייצור הרלוונטית ששר החקלאות מינה ולקבל רישיון, וקרוב לוודאי שללא קשרים טובים עם השר ועם מפלגתו לא היה זוכה ברישיון המיוחל. מועצות הייצור היו ביטוי לחוסר האמון העמוק שהיה לאבות המייסדים במנגנון השוק. מנהיגים כדוגמת לוי אשכול ופנחס ספיר, שבאו ממחוזותיהן הנידחים של ארצות מזרח אירופה ושמעולם לא חוו את החיים בכלכלה מפותחת, חששו שללא תכנון ופיקוח מרכזי יהיו המחסור, או לחלופין עודפי מזון, לתופעות של קבע במדינה. רק בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים הוחלפה בהדרגה "עריצות" התכנון ב"עריצותה" של היד הנעלמה. מועצות הייצור כיום הן רק צל חיוור של גדולתן מקדם, והחקלאות הישראלית המירה את התכנון בשוק חופשי (להוציא החריגים העיקריים בענפי החלב והביצים). במבט לאחור מתברר שדווקא בעת שבה שלט התכנון ביד רמה – תכנון שנועד להגן על הצרכנים ולהקנות יציבות מחירים – היו מחירי העגבניות גבוהים בהרבה ופחות יציבים. מניתוח הרפורמה שהונהגה בשוק הפטם (עופות למאכל) למשל עולה ששחרור השוק ממגבלות התכנון הביא לידי התייעלות מרשימה בענף ואף לירידת המחיר בשיעור של עשרות אחוזים.⁶ לעומת זאת ענף החלב, שעדיין מנוהל באמצעות שיטת המכסות (חוק החלב שמקבע את המציאות הזו נחקק רק ב-2011), מאופיין במחירים גבוהים במידה רבה מבמרבית הארצות המפותחות.

פעם אחר פעם נמצא שרפורמות בכיוון השוק החופשי שמחליפות תכנון מרכזי של מחירים ומכסות מגדילות במידה רבה מאוד את יעילות השווקים ומוזילות את המחיר לצרכן. דוגמה מובהקת ליעילות כלכלת השוק היא סין, שמסוף שנות השבעים עוברת בעקיבות ובהתמדה תהליך של החלפת היד המכוונת ביד הנעלמה, וקצב צמיחתה – מסחרר ממש. אבל בה בעת מעוררת היד הנעלמה בעיות קשות; מנגנון המחירים מאלץ את היצרנים ואת נותני השירותים להיות דרוכים ולהתאמץ כל העת, שאם לא כן יוחלפו עד מהרה בטובים ובחרוצים מהם.

בשנות השמונים גרמו הרפורמות בחקלאות הישראלית למגדלים פרטיים וקיבוצים רבים לאבד את מקור פרנסתם ולקרוס מפני שלא עמדו בתחרות עם המגדלים החדשים והיעילים

6 א' שטרן "כלכלת אינטגרציות העופות בישראל" (עבודת מוסמך, המחלקה לכלכלה חקלאית ומנהל, בהדרכת ישראל פינקלשטיין האוניברסיטה העברית בירושלים, 2008).

שהצטרפו אל מעגל הייצור.⁷ אך גם אלה ששורדים נאלצים לעבוד קשה ולהשתכלל ללא הפסק מחמת כניסתם של גורמים חדשים ויעילים מהם אל המירוץ. למשל, בשנת 2010 ייצרו כשבעת אלפים חקלאים בישראל כמות כפולה מזו שייצרו ארבעים אלף החקלאים שהתפרנסו מן הענף שלושים שנה קודם לכן, ערב הרפורמות. כוחם של השווקים התחרותיים מקורו בתהליך הבררה הטבעית של המשתתפים בהם כשתוצאת הדבר היא שרק היעילים שורדים, אבל זוהי גם חולשת השווקים האלה מפני שהנשארים מאחור הם מכלל החברה ורווחתם חשובה אף היא. ובכלל כלום לא היינו מוותרים על מקצת העושר שלנו כדי להבטיח את עצמנו מפני תחרות שוחקת ומפני מאמץ מתמיד? מן הבחינה הזו מדינות אירופה המערבית היבשתית ולעומתן ארצות הברית הן דגמים מנוגדים: חוקי העבודה והמסחר של אירופה מעכבים את מהלכו החופשי של מנגנון המחירים, ובדרך זו מעמעמים את כוחות הבררה הטבעית.⁸ לפיכך התוצר לנפש באירופה נמוך בכרבע מזה שבארצות הברית, אך העובד האירופי מוגן יותר מעמיתו האמריקאי ועובד פחות ממנו.

משפטי הרווחה

משפטי הרווחה הם האמצעי בעל כוח ההשפעה הרב ביותר בעיני חסידי השוק החופשי, ולכן הם מצויים בשורש המחלוקת שבין השמאל ובין הימין הכלכלי. למרות שמם משפטי הרווחה מגדירים תנאים הכרחיים ומספיקים ליעילות השווקים, ולכן לפני שארחיב בתיאורם אגדיר את מושג היעילות כמו שהכלכלנים מבינים אותו. אפתח במושג שיפור פְּרָטו: הקצאה B היא שיפור פרטו ביחס להקצאה A אם לפחות אדם אחד מעדיף את הקצאה B על פני הקצאה A, ושום אדם אינו מעדיף את הקצאה A על פני הקצאה B. לשון אחר: שיפור פרטו מיטיב את מצבם של מקצת האנשים או כולם מבלי להרע את מצבו של שום איש אחר. הקצאה היא יעילה פרטו (פרטו אופטימלית) אם אין שום הקצאה אפשרית שהיא שיפור פרטו לעומתה. כלומר, הקצאת משאבים לקבוצת אנשים נתונה היא יעילה פרטו אם אין קיימת הקצאה חלופית המיטיבה עם מקצת בני האדם מבלי לגרוע ממצבו של איש.

7 על כך יש להוסיף את העובדה שבאותה העת הקטינה הממשלה את ממדי האשראי המסובסד במידה ניכרת. הקיבוצים וארגוני הקניות של החקלאים, שלא היו מורגלים להלוואות בשוק החופשי, נטלו הלוואות גדולות מדי בתקופה שבה הייתה הריבית גבוהה מאוד, ורבים מהם נזקקו אפוא לתמיכות ענק מן הממשלה, מה שלא מנע ממקצתם לצאת לחלוטין מענף החקלאות.

8 ב-2009 ניסתה הרשת הקמעונאית האמריקאית הגדולה והרווחית בעולם, וול-מארט, לחדור לאירופה, אולם לאחר שנים אחדות גילתה שחוקי העבודה והמסחר ביבשת הישנה אינם מאפשרים לה לנצל את יתרונותיה והחליטה לשים קץ לפעילותה האירופית.

הקצאה שאינה פרטו אופטימלית אפשר למצוא בתחום המסים. לדוגמה נניח שהוצע לי ללמד בקורס במכללה, ונניח גם שביטול הזמן והטרחה הכרוכים בדבר שוויים בשבילי 7,000 ש"ח, וכי שירותי ההוראה הייחודיים שלי שווים למכללה 10,000 ש"ח. מאחר ששיעור המס השולי שלי הוא 32 אחוזים (כלומר שייוותרו לי 6,800 ש"ח נטו), אבחר שלא ללמד מפני שהתמורה שתיוותר בידי אינה מפצה על ביטול הזמן והטרחה, והממשלה לא תגבה מס כלל. לו שיעור המס היה נמוך יותר – נניח 25 אחוזים – כולם היו מרוויחים: אני הייתי מקבל לידי 7,500 ש"ח נטו – שהם 500 ש"ח מעל למחיר הסף שלי; הממשלה הייתה גובה 2,500 ש"ח, והמכללה הייתה זוכה במורה מעולה. במילים אחרות, כל שיעור מס מתחת ל-30 אחוזים היה מביא לידי הקצאה עדיפה פרטו על פני המצב הנוכחי.

לעומת זאת: חלוקת סכום כסף נתון לקבוצה מוגדרת היא תמיד פרטו אופטימלית, מפני שכל שקל שמוקצה לפלוני נלקח בהכרח מאלמוני, ועל כן אי אפשר לשפר את מצבו של איש מבלי להרע את מצבו של איש אחר בקבוצה. ואין זה משנה אם הכסף ניתן כולו ליחיד או שהוא מחולק באופן שווה בין כולם – בשני המקרים אי אפשר לתת ליחיד כלשהו יותר מבלי לקחת מאחר, ולכן כל חלוקה שאין בה כדי לשנות את הסכום הכולל המחולק היא פרטו אופטימלית.⁹

אף על פי שבהסתכלות ראשונה המושג של יעילות פרטו נראה מושך מאוד, הדוגמה של חלוקת סכום כסף נתון ממחישה מה אין בו. כדי לחדד את הנקודה נניח לדוגמה שכמות המשאבים הכוללת בחברה היא 100. הקצאה של כל 100 היחידות ליחיד מסוים ואפס לכל השאר היא פרטו אופטימלית בדיוק כמו החלוקה השוויונית, אף על פי שרק מעטים יחלקו על ההערכה שחלוקה שוויונית עדיפה על פני זו שאינה שוויונית. מכאן שיעילות פרטו אינה בגדר תחליף להעדפות חברתיות. רעיון זה הוא מרכזי ולכן יש לחזור ולהדגישו. הקצאות רבות הן יעילות פרטו, אולם מבחינת הרווחה החברתית מקצתן גרועות מאוד, כמו למשל כאשר מעטים חולקים ביניהם את רוב העושר הלאומי. אף על פי כן יעילות פרטו אינה תמיד כרוכה בהגדלת סך כל המשאבים. למשל, אם מדיניות המביאה לידי שוויון רב יותר כרוכה בהקטנת העושה הלאומית, אי אפשר להשוות הקצאה בלתי שוויונית להקצאה שוויונית, שהרי המעבר מן האחת אל האחרת מרע את מצבם של מקצת בני האדם ומשפר את מצבם של אחרים. התוצר לנפש בשוודיה נמוך במידה ניכרת מזה שבארצות הברית אם כי הוא מחולק באופן שוויוני הרבה יותר. מסקרי דעת קהל עולה שיש קונצנזוס רחב בשוודיה על המצב הקיים לעומת החלופה האמריקנית. כלומר, מדיניות המביאה לידי שיפור פרטו היא

9 כל הקצאה במשחק סכום אפס, כלומר במשחק ש"עוגת המשאבים" בו היא נתונה ואינה תלויה בחלוקה, היא פרטו אופטימלית, מפני שהגדלת חלקו של פרט כלשהו תמיד תבוא על חשבון של פרט אחר.

לעולם טובה מזו שהיא משפרת על פניה, מפני שהיא משפרת את מצבם של מקצת בני האדם מבלי לגרוע ממצבו של איש. אולם המושג של יעילות פרטו אינו תחליף לשיקולים של רווחה חברתית, מפני שהקצאה יעילה יכולה להיות גם לא רצויה בעליל למרבית הפרטים בחברה.

בדרך כלל בפועל קשה לחולל שינויים בהקצאה לכמות רבה של בני אדם מבלי לפגוע באיש כדרישת שיפור פרטו וגם כאשר קיימת, תאורטית, הקצאה יעילה יותר קשה ליישמה. לפיכך יש חלופות להגדרת היעילות שאינן מבוססות על הקצאה ישירה, והידועה שבהן היא יעילות קלדור-היקס (Kaldor-Hicks). להמחשת ההבדל בינה לבין יעילות פרטו נתאר עירייה ששוקלת להרחיב כביש ראשי, המשמש עשרות אלפי בני אדם מדי יום ביומו. ההרחבה תיטיב מאוד עם משתמשי הדרך אך תפגע בתושבים הגרים בסמוך אליה. כדי שההרחבה תהיה יעילה פרטו, יש לגבות תשלום מן הנוסעים ולהעבירו לידיהם של תושבי האזור. ייתכן שמשתמשי הדרך היו מוכנים לשלם ברצון את הסכום הנדרש להרחבה, והתושבים הגרים בסמוך היו שמחים לסבול את המטרד בתמורה לפיצוי שהנוסעים ישלמו להם. אלא שלפעמים פעולה של הטלת מס ופיצוי אינה בת-ביצוע הלכה למעשה, ועל כן הרחבת הדרך אינה עדיפה פרטו על פני ההקצאה ללא הרחבה. על פי קריטריון הרווחה קלדור-היקס, אין צריך לפצות בפועל את תושבי האזור. די בקיום הקצאה תאורטית המשפרת את מצב כולם, כדי שהרחבת הדרך תהיה יעילה קלדור-היקס, והמצב ללא ההרחבה יהיה לא יעיל. לשון אחר: די בכך שמידת הנזק לנפגעים תהיה קטנה מתוספת התועלת לנהנים כדי להצדיק את השינוי, אף על פי שהנפגעים אינם מפוצים בפועל על עקב השינוי.

עתה, משהגדרנו את מושג היעילות, נוכל להציע הגדרה פורמלית למשפטי הרווחה. משפט הרווחה הראשון קובע שבהתקיים כמה הנחות, שיווי המשקל שיתקבל במשק תחרותי יהיה יעיל פרטו. כלומר, אם יתקיימו כמה תנאי יסוד, תביא היד הנעלמה של השוק החופשי את המשק לידי שיווי משקל באופן שלא יהיה אפשרי לשפר את מצבו של פרט כלשהו מבלי לפגוע באחר.

משפט הרווחה השני קובע שבהתקיים כמה הנחות, מערכת המסים ותשלומי העברה מתאימים יביאו במשק תחרותי לידי כל הקצאה יעילה שנחפוץ.

אם יתקיימו התנאים שעיקרם יפורט להלן, יהיו משפטי הרווחה "שיר הלל" לתחרות החופשית והבסיס העיוני שעליו עומדת הכלכלה הליברלית: המשפט הראשון הוא שבהיעדר התערבות מצד הממשלה תנווט אותנו היד הנעלמה של השוק החופשי אל עבר שיווי משקל יעיל; המשפט השני הוא שלא זו בלבד ששיווי המשקל יהיה יעיל, אלא שקיימת מערכת מסים והעברות שתביא אותנו לא רק אל משק יעיל אלא אל משק שהוא גם יעיל וגם "צודק" על פי התפיסה החברתית הרווחת מבחינת חלוקת המשאבים בין הפרטים בכלכלה. לפיכך גם אם ערך השוויון מונח לנגד עינינו, אל לה לממשלה להפריע לפעולתו

של השוק החופשי בכך שתייצר בעצמה מוצרים ושירותים, ודי לה כי תטיל מסים ותעניק קצבאות, והשוק כבר יביא לטוב מכל העולמות האפשריים. מאחר שההוכחות הפורמליות למשפטי הרווחה הן ברורות וקלות למדי,¹⁰ הרי אלה מוסכמים כמעט ללא ערעור ופקפוק על כל הכלכלנים. השאלה שעולה היא מה המידה שבה מתקיימות ההנחות הנדרשות כדי שמשפטי הרווחה יתקיימו במציאות. להלן יוגדרו כמה מושגים מרכזיים, ואחריהם יובאו ההנחות המרכזיות כנדרש למשפטי הרווחה.

אך לפני שאביא את ההנחות עצמן, אעמוד על מושג הערך בכלכלה הליברלית. כמעט כל כלכלן בעולם יסכים כיום שערך מוצר או שירות הוא המחיר שהיחיד מוכן לשלם בעבורו, או הסכום המינימלי שיהיה המוכר מוכן לקבל כדי לוותר עליו. מכאן שלעולם ערך הוא סובייקטיבי: כי לא כל בני האדם מעריכים באופן שווה מיני מוצרים שונים.¹¹ יתר על כן, מוצרים שעלות ייצורם שווה – יכול ערך כל אחד מהם להיות שונה מאוד מערכו של האחר: ערכו של בית פרטי בכפר שמריהו יכול להיות גבוה עד פי עשרה מערכו של בית פרטי השווה לו בכל דבר ועניין חוץ ממיקומו בירוחם. בעשורים שעברו עלתה עוד בעיה בעצם ההגדרה, כאשר התברר שלעתים קרובות המחיר שבני האדם מוכנים לשלם בעבור מוצרים ושירותים שונה מאוד מן המחיר שהיו מוכנים לקבל כדי לוותר עליהם לאחר שעברו לבעלותם. במילים אחרות, בני האדם נוטים "להתאהב" בדברים שברשותם, וערכם בעיניהם עולה מרגע שהם נעשים שלהם.¹² אך למרות הבעיה בהגדרת הערך עצם מהות התפיסה הליברלית גלומה בו, ועל פיה: רק היחיד לברו יכול לקבוע מהו ערך המוצר או השירות בשבילו.

להלן ההנחות הדרושות לקיום משפטי הרווחה:

1. שוק תחרותי. תחרות משוכללת מוגדרת כך: "מצב שבו חברות וצרכנים רואים במחיר המוצר דבר נתון, קרי ששום חברה או צרכן אינם יכולים לבדם להשפיע על מחירו של מוצר". תנאי זה יתקיים בדרך כלל אם בכל אחד מהשווקים קיימות חברות רבות המייצרות את אותו מוצר, או אם מתאפשרת תחרות בשל פתיחת השווקים לייבוא, וכל חברה הייתה יודעת שאם תעלה את מחירה ולו במעט, היא צפויה לאבד את כל לקוחותיה לטובת מתחרותיה. ככלל קשה מאוד למצוא שווקים שיש בהם תחרות משוכללת, וודאי שאין לומר שיש תחרות משוכללת בכל השווקים. בפועל קיימים כמה כללים העוזרים

G. DEBREU, THEORY OF VALUE: AN AXIOMATIC ANALYSIS OF ECONOMIC EQUILIBRIUM 10 (1959).

מרקס סבר, וממנו למדו כלכלנים של ברית המועצות לשעבר, שערך המוצר הוא מידת העבודה האנושית הישירה והעקיפה שיש להשקיע בייצורו, ולכן לשיטתו, ערך הוא מדד אובייקטיבי לעלות הייצור.

12 ראו: הפרק הבא לספר זה.

לקבוע אם שוק מסוים תחרותי אם לאו – כללים המשמשים ברוב המדינות המפותחות בהליך אישורן של בקשות למיזוגים של חברות או לדחייתן. אמנם הכללים מורכבים למדי, אך אפשר להיעזר ב"כלל האצבע", שלפיו אפשר לאשר מיזוג של חברות בענף אם מדד הרפינדייל לריכוזיות השוק (Herfindahl-Hirschman Index) בענף הוא נמוך מ-1,000. מדד זה הוא 10,000 כפול בסכום ריבוע נתחי השוק של כל אחת מן החברות בענף. לדוגמה, בשנת 2011 החזיקו כל אחת משלוש חברות הסלולר הגדולות בישראל בנתח של כ-30 אחוזים משוק הסלולר, ושאר החברות – בכ-10 אחוזים.

מכאן שמדד הריכוזיות הוא $[10,000(0.3^2 + 0.3^2 + 0.3^2 + 0.1^2) = 2800]$. לפי דוגמה אחרת, בשנת 2009 עמדה חלוקת האשראי לציבור על שיעור של 30 אחוזים לבנק הפועלים; 28.3 אחוזים לבנק לאומי; 16.1 אחוזים לבנק דיסקונט; 12.9 אחוזים לבנק המזרחי; 8.3 אחוזים לבנק הבינלאומי; 4.4 אחוזים – לכל השאר. מכאן שמדד הריכוזיות בענף הבנקאות בישראל היה ב-2009 – 2,216. משרד המשפטים האמריקני מסווג שווקים שהמדד בהם נמוך מ-1,000 כתחרותיים, אם המדד הוא בין 1,000 ל-1,800 – כריכוזיים במידה בינונית, ואם הוא מעל ל-1,800 – כריכוזיים מאוד. מכאן שבשנים האמורות ששוקי הסלולר והבנקאות בישראל היו ריכוזיים מאוד. גם במדינת ישראל נקוט, באופן לא פורמלי, על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים למנוע מיזוגים בענפים שבהם מדד הריכוזיות גבוה מ-1,800 ושהמיזוג יגדיל את המדד ביותר מ-50 נקודות.

חשוב לציין שריכוזיות נמוכה אינה תנאי מספיק לקיומם של שווקים תחרותיים. נדרשת גם זרימה חופשית של מידע. שווקים שמבנה המחירים שבהם או שהמוצרים שבהם מורכבים, לא יהיו תחרותיים גם אם מדד הריכוזיות שלהם נמוך מאוד.¹³ עובדה זו נעלמה מעיניהם של מתכנני הרפורמה שהונהגה בשנת 2005 בשוק ההון בישראל, והידועה כ"רפורמת בכר". כניסתם של שחקנים חדשים רבים לשוק קופות הגמל לא הפכה אותו לתחרותי, מפני שלרוב הצרכנים אין מידע די הצורך, והם אינם מבינים את מאפייני המוצר שהם קונים.¹⁴

מבנה שוק נפוץ למדי, המאופיין בקיומן של חברות רבות, ואשר עדיין מאפשר לכל חברה לקבוע מחיר אחר מזה של מתחרותיה, נקרא תחרות מונופוליסטית. מבנה זה אפשרי כאשר כל חברה מייצרת מוצר שונה במעט מזה של שאר החברות בענף, והמוצרים של כולן

13 P. Diamond, *A Model of Price Adjustment*, JOURNAL OF ECONOMIC THEORY 3 156-168 (1971).

14 לרפורמה האמורה היו השפעות חיוביות רבות ושונות על שוק ההון בישראל, ובעיקר הקטנת מידת ניגודי האינטרסים שבין חוב בנקאי לחוב שהונפק בשוק ההון. עם זאת קיימות עדויות שכוונת המתכננים להביא לידי תחרות לא עלתה יפה, והראיה היא העלייה המתמדת שחלה בשיעור דמי הניהול בשנים שלאחר הפעלתה.

הם תחליפים קרובים – אך לא מושלמים – אלה של אלה, כמו למשל שוק היין. אמנם קיימים יצרנים רבים, ולכן חברה בודדת קטנה מכדי להשפיע על המחיר הממוצע בענף, אך אם היא תעלה את מחיר המוצר שלה במעט, היא לא תאבד את כל לקוחותיה, וזאת בשל ייחודיותו של המוצר. תוצאת הדבר היא שכל אחת מהחברות תיהנה ממחיר גבוה מן המחיר שהיה נקבע בשוק שיש בו תחרות משוכללת למרות קיומן של חברות רבות המתחרות בשוק.

2. היעדר השפעות חיצוניות/החצנות (Externalities). השפעה חיצונית היא הפעולה של חברה או של יחיד המשפיעה על חברה או על יחיד אחרים שלא דרך השוק. השפעות חיצוניות הן משני הסוגים האלה: חיוביות או שליליות. מפעל מזהם יוצר השפעה חיצונית שלילית על סביבתו. הזיהום הוא השפעה חיצונית. דוגמה אחרת קשורה לדיג. למשל, לכל דייג בכינרת השפעה חיצונית שלילית על שאר הדייגים, מפני שהדיג שלו מצמצם את כמות הדגה באגם, ועל כן מקטין את התפוקה של שאר הדייגים. לעומת ההשפעה על התפוקה העובדה שהשלל שהדייג מביא אל השוק מורידה את מחיר הדגים בטבריה, ובדרך זו מקטין את הפדיון של עמיתיו – אינה בגדר השפעה חיצונית מפני שהשפעת הדיג על המחיר פועלת דרך השוק.

בהקשר הזה ייאמר שהעולם המפותח מאמץ בעשורים האחרונים שיטות התמודדות יעילות למדי עם מקצת ההשפעות החיצוניות, דוגמת הזיהום, באמצעות מסי פיגו (Pigou Tax). מסים פיגואניים מפצים את החברה על המפגע. למשל, אם יוטל על מפעל תשלום בשיעור התלוי ברמת הזיהום שהוא פולט, שיפצה את כל הנפגעים ממנו על פי נזקם במדויק, באופן שאחת היא לכל בני האדם אם המצב הוא ללא זיהום או מצב עם זיהום ופיצוי, הרי שהזיהום לא יפגע ביעילות החברתית.¹⁵ כפי שצוין בדיון על עקרון היעילות קלדור-היקס, אין חובה שהפיצוי יועבר לידי הניזוק, ודי שישולם על ידי המזיק, כדי שהלה יפנים את ההשפעה החיצונית ויימנע מ"ייצור-יתר" של הזיהום. בדומה לכך, אם תוטל אגרת דיג, וכך לו חולקה (ואין הכרח לחלקה בפועל) בין שאר הדייגים באגם, היו אלה מפוצים על הירידה בתפוקה שנגרמה להם מידי משלם האגרה לפי נזקם במדויק, הרי שההשפעה החיצונית הייתה מופנמת על ידי המשפיע מבלי לפגוע ביעילות. הטלת מס על מפגעים (חברתיים או כלכליים) עדיפה אפוא על איסור גורף על מפגעים ואינה בבחינת הטלת עונש על הפוגע אלא אמצעי להקצאה יעילה ותו לא.

15 חשוב להדגיש שתשלום בעבור הנזק הכולל לסביבה הוא תנאי מספיק אך לא הכרחי להשגת יעילות כלכלית. קיימים אמצעים אחרים, ובכלל זה סובסידיות למפעל המזהם לרכישת אמצעים להפחתתו, שמביאות לידי תוצאה יעילה.

נסביר את ההיגיון העומד מאחורי הטלת המסים הפיגויאניים: נניח שחברה כלשהי מסבה נזק בגובה X לסביבה. X כולל את העלויות המוחשיות, כגון ניקוי המפגע, אבל הוא כולל גם עלויות רעיוניות, כמו הסכום הכספי שכלל תושבי הסביבה היו מוכנים לשלם בעבור מניעת המפגע. לפיכך נטיל על החברה מס בגובה X . אם הרווח לחברה מהפעולה המזיקה יעלה על X , תהיה החברה מוכנה לשלם את המס מפני שהיא תרוויח גם לאחר תשלום המס, ואילו הסביבה שגבתה את המס תפוצה על נזקה, אך אם הפעולה הפוגעת אינה רווחית דייה כדי לפצות את החברה על המס, תעדיף החברה להימנע ממנה לחלוטין. מכאן שהטלת מסים פיגויאניים על השפעות חיצוניות שליליות מביאה לידי הקצאה יעילה מזו של איסור גורף על זיהום (שיפור פרטו – אם אפשר להעביר בפועל את הפיצוי אל הפרטים הסובלים – ושיפור קלדור-היקס – אם המדינה אינה מעבירה את כספי הפיצוי לידי הניזוקים אלא משתמשת בהם לצרכיה השונים).

התאוריה של השפעות חיצוניות היא העומדת בבסיס מערכת הכללים הבין-לאומית שנקבעה בעשורים שעברו כדי להתמודד עם בעיית הזיהום העולמי. הבעיה היא שקובעי המדיניות הבין-לאומיים ניסו להטמיע באותן אמנות מנגנונים דיפרנציאליים של פיצוי למדינות המפותחות ולמדינות המתפתחות. דא עקא שמנגנונים אלה מיטיבים באופן דרסטי כל כך את מצבן של המדינות המתפתחות, עד שמקצת המדינות המפותחות, ובראשן ארצות הברית, התנגדו להם, ולו מן הטעם שבעתיד הקרוב יהיו המדינות המתפתחות המקור העיקרי לזיהום העולמי.¹⁶

קיימות גם השפעות חיצוניות חיוביות כגון החיסון: מי שמתחסן נגד שפעת מקטין את סיכוייו לחלות, וזו התועלת הפרטית שלו מן החיסון. יתר על כן, אם המתחסן לא יחלה בשפעת, הוא לא ידביק אחרים ויצמצם את סיכויי הסובבים אותו לחלות בה, ובדרך זו יגדיל את התועלת של אנשים נוספים מהחיסון שקיבל. מאחר שמי שמתחסן אינו מתוגמל בדרך כלל על התועלת שהסביבה מפיקה מהתחסנותו, יש לחיסון השפעה חיצונית חיובית. מכאן שיהיה נכון לתמרץ אנשים להתחסן על ידי למשל הפחתה בדמי ביטוח הבריאות.

נהוג לראות במחקר ופיתוח בעל השפעות חיצוניות חיוביות. למשל, המצאה של מכשיר מסוים המוגנת בפטנט עשויה לפתוח פתח לייצורם של מוצרים משלימים, ובדרך זו לתרום לרווחיהן של חברות אחרות. חינוך והשכלה הם דוגמאות נוספות, בין השאר מפני ששיעור התעסוקה בקרב המשכילים גבוה והם חולים פחות, ועל כן גם קטנה היוקתם למערכת הרווחה ולשירותי הרפואה הציבוריים. לו כל אזרח היה נדרש לרכוש ביטוח בריאות או ביטוח אבטלה על פי רמת ההשכלה שלו למשל, הוא היה זוכה לתגמול בעבור השכלה דרך

16 כמובן יש הסבורים שהפעולה של שדולותיהן של תעשיות הנפט והכימיקלים הן שהובילו להתנגדות האמריקאית.

השוק (בצורה של הנחה בדמי הביטוח שעליו לשלם). אולם מאחר שדרכו של הביטוח הציבורי היא להתעלם מהשפעותיה החיוביות של ההשכלה על ההיזקקות לשירותיו, אין היחיד זוכה לתגמול המלא בעבור השכלתו, ולכן להשכלה השפעה חיצונית חיובית. וכמו שהטלת מסים פיגויאניים על השפעות חיצוניות שליליות מביאה לידי הקצאה יעילה יותר, כן גם מתן סובסידיות על פעילויות שהשפעתן החיצונית היא חיובית, כגון סובסידיה לאוניברסיטאות ולמחקר ופיתוח משפרת את היעילות.

בדיון שלעיל נקודת האור היא שלבעיית ההשפעות החיצוניות יש פתרון והוא שחברה או כל גורם אחר המייצר השפעות חיצוניות שליליות ישלמו בגין הנזק שגרמו, ומי שמייצר השפעות חיצוניות חיוביות – יתוגמל דרך מתן סובסידיות. השאלה היא מהו המנגנון הדרוש כדי להחיל את הפתרון של הפנמת הנזק או התועלת שאינם מתוגמלים דרך השוק – האם נדרשת התערבות מצד הממשלה כדי לאמוד את ההשפעות החיצוניות ולהכריע בכל מקרה ומקרה על שיעור המס או הסובסידיה המתאימים? ודאי שניסיון כזה יהיה מסורבל מן הבחינה הביורוקרטית ויצריך מעורבות פוליטית מוגברת – על כל ההשלכות ההרסניות הנלוות לכך. למרבה המזל, אפשר במקרים רבים להביא לידי הקצאה יעילה ללא מעורבות פרטנית של הממשלה. כדי להבין רעיון זה נידרש לאחת התובנות החשובות שהכלכלה מציעה לנו: משפט קואס. לפי משפט זה, כאשר מתאפשר סחר בהשפעות חיצוניות, וכשאין עלויות עסקה וזכויות הקניין מוגדרות היטב, יביא השוק לידי הקצאה יעילה ללא כל תלות בשאלה למי מוקנות זכויות הקניין.

כך דוגמה "מטרד הרעש". הנה למשל רחוב שרק שני דיירים גרים בו. אחד הדיירים, כנר חובב נלהב, מבקש לנגן ביום שבת בין השעות שתיים לארבע. לא נופתע כי שכנו אינו שבע רצון מנגינתו. נניח שערכה הכספי של התועלת שהכנר מפיק בכל פעם שמאפשרים לו לנגן הוא 200 ש"ח, וכי תשלום של 100 ש"ח יפצה את השכן בגין הרעש. מכאן שההקצאה היעילה היא שהנגן ינגן מפני שהתועלת שלו מהנגינה (200 ש"ח) גבוהה מן הנזק לשכן (100 ש"ח). אם אין שום איסור חוקי לנגן בשעות האמורות, כלומר אם לכנר מוקנית זכות "קניינית" לנגן, הרי הוא ינגן, ונגיע הלכה למעשה להקצאה יעילה. מנגד, אם קיימת תקנה עירונית האוסרת לנגן באותן השעות, נוכל לומר שלשכן מוקנית זכות "קניינית" לשקט. במקרה זה תגדל התועלת של שניהם אם יחליטו בעקבות משא ומתן חופשי ביניהם שבכל יום שבת בצהריים ישלם הנגן לשכן 150 ש"ח כפיצוי, ובתמורה לא יתלונן הלה על הרעש. גם במקרה זה נגיע להקצאה יעילה. לפיכך כאשר סחר בזכויות קניין הוא אפשרי, מגיעים להקצאה יעילה ללא תלות בשאלה מי הוא המחזיק בזכות.

אמנם דוגמה זו ממחישה את כוחו של השוק להביא לידי הקצאה יעילה, אך חשוב לזכור שאין די באפשרות קיומו של סחר בהשפעות חיצוניות. תנאים הכרחיים נוספים הם הגדרתן של זכויות הקניין והיעדר עלויות עסקה. זו אחת הסיבות העיקריות מדוע הכלכלנים מאמינים בחשיבותה הרבה של הגדרה ברורה וחדה של זכויות הקניין בכל תחום ותחום.

אשר לעלויות עסקה, המשפט מנוסח באופן דטרמיניסטי: "אין עלויות עסקה". אולם בפועל, ככל שעלויות העסקה נמוכות יחסית לרווח הפוטנציאלי ממנה, כן גדלה ההסתברות שהשוק יגיע לשיווי משקל יעיל. למעשה, יש לצפות להתרחשותה של עסקה "קואזיאנית" כל אימת שעלויות העסקה נמוכות מהרווח הכלכלי מן העסקה לשני הצדדים. לעתים קרובות מאוד הרכיב העיקרי בעלויות העסקה קשור באפשרות לאכוף חוזים בידי מערכת המשפט ורשויות האכיפה. מערכת משפט הגוררת את רגליה שנים רבות עד להכרעת הדין, ושפטיקותיה קשות לחיזוי גם בידי מומחים, מעלה את עלויות העסקה במידה רבה ופוגעת בתפקודה היעיל של המערכת הכלכלית.

3. התנהגות רציונלית היא התנהגות עקיבה עם השאיפה למקסם תועלת (רווחים) – ככל שמדובר בחברה), בכפוף למגבלות רלוונטיות.

קיימות שתי גישות במחקר הכלכלי: האחת – הגישה האמפירית – מנסה ללמוד על הכלכלה ולהסיק על השפעת המדיניות הממשלתית מתוך התבוננות בתופעות כלכליות. ידוע לדוגמה שעלייה בהכנסה מביאה בממוצע לידי עלייה בצריכה אם כי בשיעור נמוך משיעור העלייה בהכנסה. למשל, אם ההכנסה הפנויה (הכנסה לאחר מסים ישירים) של המשפחה גדלה ב-100 ש"ח, תגדל הצריכה שלה ב-80 ש"ח בלבד (במקרה זה נאמר ש"הנטייה השולית לצרוך" היא 0.8). תוצאה זו מבוססת על איך ספור מדידות, ומכאן שעל פי הגישה האמפירית הפחתת מסים בשיעור של מיליארד שקלים תגדיל את הצריכה הפרטית בכשמונה מאות מיליון שקל בסך הכול. על פי גישה זו, אין צורך להבין את מניעיהן של היחידות הכלכליות, ודי ללמוד את החוקיות האמפירית של פעולותיהן ואת תוצאותיהן של פעולות אלה. מכאן שאין חשיבות לשאלה מה בדיוק מניע יחידים וחברות ואם אלה נוהגים באופן רציונלי. גישה זו אפיינה את חסידי האסכולה הקיינסיאנית, ששלטה בכלכלה עד לשנות השבעים של המאה העשרים.

מנגד הגישה האחרת היא הגישה האנליטית. גישה זו מבוססת על כמה הנחות יסוד בדבר ההתנהגות האנושית, והיא מנסה להבין איך תופעות כלכליות נוצרות מתוך יחסי גומלין בין סוכנים במשק (יחידים, חברות והממשלה). הגישה מניחה שלכל יחיד יש פונקציית תועלת, וכי לחברות יש פונקציית רווח שאותה הם משיאים (ממקסמים) בכפוף לאילוצים כגון מגבלת תקציב ומגבלות מידע. מכאן נובע שאם יחידים ידעו שהפחתת מסים על ידי הממשלה היא זמנית בלבד, מפני שזו אינה מקטינה את הוצאותיה (דבר שיחייב אותה לשוב ולהעלות מסים בקרוב) – הם יחסכו ולא יצרכו את מרבית מיליארד השקלים

שבידם בעקבות ההפחתה כדי שיוכלו לממן את עליית המסים הצפויה תוך פגיעה מועטה בצריכתם העתידית.¹⁷

פונקציית תועלת סטנדרטית כוללת את התועלת שהיחיד מפיק מן הצריכה ומגלמת את התועלת השלילית שלו מאי-הוודאות באשר לצריכה עתידית. עקרונית, פונקציית התועלת אמורה להתחשב לא רק ברמת צריכה אלא גם במידת החשיבות שהיחיד מייחס לגורמים, כמו קביעות בעבודה, מידת הסיכון הגלומה בחיסכון שלו והביטחון הכלכלי. כמו כן אין מניעה תאורטית להניח שהתועלת ליחיד מושפעת לא רק מרמת הצריכה אלא גם משיעור העלייה או הירידה בצריכתו (אפשר שיחיד ששיעור הצריכה שלו עלה מ-3,000 ש"ח לכדי 5,000 ש"ח בחודש יהיה מאושר יותר מאשר אילו ירדה צריכתו מ-7,000 ש"ח ל-6,000 ש"ח בחודש) ומרמת הצריכה של אחרים, כלומר מרמת אי-השוויון הכללית שבסביבתו. אלא שהלכה למעשה קשה מאוד לנתח פונקציות תועלת מורכבות, ורוב המחקרים בכלכלה מתעלמים מהשפעתם של גורמים כמו שינוי ברמת הצריכה או אי-שוויון.¹⁸ הדרישה המרכזית מפונקציית התועלת היא שהיכולת לנבא את התנהגות הצרכנים באמצעותה תתאם את העדויות האמפיריות הרלוונטיות, כמו למשל שהנטייה השולית לצרוך תהיה קטנה מ-1. בשנות השבעים של המאה העשרים היה ניצחונה של הגישה האנליטית ברור לכול משהתברר כי הגישה האמפירית גרמה לטעויות קשות במדיניות ברמה המקרו-כלכלית כשהניעה את הכלכלנים הקיינסיאניים להמליץ על הגדלת הוצאות הממשלה ועל הפחתת הריבית. במהרה התברר, שהמלצות אלה, שממשלות רבות ששו לאמץ, החריפו מאוד את המשבר בדיוק כפי שחזו מילטון פרידמן ותלמידיו, המזוהים עם אסכולת שיקגו. בשני העשורים שלאחר מכן אימצו גם הנא-קיינסיאניים את הגישה האנליטית (ומכאן שמם "נא-קיינסיאניים"), ושקדו לבסס את התאוריה הקיינסיאנית על הנחות היסוד על התנהגות רציונאלית. השינוי המתודולוגי במדע הכלכלה, שחל עם המעבר לגישה האנליטית, הוציא

17 הטענה שהגדלת גירעון הממשלה תביא לירידה דומה בצריכה הפרטית ולכן לא תשפיע על הביקוש המצרפי נוסחה בצורתה המודרנית על ידי רוברט בארו ונקראת "שקילות ריקרדו", על שמו של הכלכלן בן המאה השמונה-עשרה דויד ריקרדו. בשנים האחרונות החריף הוויכוח סביבה במיוחד כאשר כלכלנים מהימין משתמשים בה לטעון שלא רק שהגירעון הענק של ממשלת ארצות הברית בשנים שלאחר המשבר של 2008 גורם לעיוות בהקצאת המקורות, אלא שגם אין בו כדי להביא להגדלת ביקושים ניכרת בגלל השפעתו השלילית על ביקושי הסקטור הפרטי.

18 בגלל הקושי הטכני לנתח את השפעת הגורמים הרבים המשפיעים על התועלת בוגר תואר שני בכלכלה יראה ברוב המקרים במהלך לימודיו אך ורק פונקציות תועלת המושפעות מרמת הצריכה הפרטית ומידת התנודתיות שלה. עם זאת קיימת ספרות המנתחת את השפעת השינוי ברמת התצרוכת על התועלת. זו נקראת Habit Formation, אלא שמרבית המחקרים בכלכלה מתעלמים ממנה.

בסוף שנות השבעים שכבה שלמה של כלכלנים אקדמיים לפנסייה מוקדמת, משום שהיו חסרי השכלה בחשבון דיפרנציאלי – תנאי יסוד למחקר בדיסציפלינה החדשה. ניצחונה של הגישה האנליטית הפך את תורת המשחקים לענף חשוב בכלכלה משום שהיא מספקת מסגרת לניתוח התנהגות רציונלית של יחידים וקבוצות ותיאור האינטראקציה ביניהם. תורת המשחקים סיפקה לכלכלנים כלים אנליטיים חדשים ורבי-עצמה כדוגמת המושג "שיווי משקל נאש"¹⁹ והוסיפה נדבך למידת התחכום המיוחסת ליחידים ולחברות. בעשורים שעברו גברה ההסכמה בקרב הכלכלנים (ובכלל זה רבים מאנשי תורת המשחקים), שתורה זו מציבה דרישות חמורות מדי לשחקנים; דרישות אלה אינן משקפות את ההתנהגות האנושית האופיינית, ומילוין עלול להרחיק אותנו מן ההבנה של מערכות כלכליות שבני אדם בשר ודם פועלים בהן. מעבודתם פורצת הדרך של טברסקי וכהנמן ומאין ספור מחקרים שנערכו בעקבותיה עולה שלא תמיד התנהגותם של בני האדם היא רציונלית. מדוע אפוא ממשיכים הכלכלנים להתעקש על הנחת הרציונליות?

שתי תשובות לשאלה: תשובה אחת מזכירה את המשפט האלמותי הפותח את "אנה קרנינה": "כל המשפחות המאושרות דומות זו לזו, אך המשפחות האומללות הן אומללות כל אחת על פי דרכה". התנהגות רציונלית מביאה לידי דפוס פעולה ברור, ולכן אפשר לחזותה מראש ולנתחיה. מנגד להתנהגות לא רציונלית אין דפוס ומבנה ברורים, ולכן קשה לחזות אותה,²⁰ זאת אומרת: קשה מאוד לנתח כלכלה המורכבת ממשפחות אומללות עד שמוטב, אולי, להניח שכל המשפחות מאושרות גם אם ידוע שהנחה כזו אינה מציאותית. התשובה השנייה מקורה בעובדה שהתנהגות רציונלית מתוגמלת בשוק לעתים קרובות על ידי רווחים: ככל שחברה או משקיע רציונליים יותר, כן גדל חלקם בתהליך של בררה טבעית, וגדלה השפעתם על כלל השוק. משקיע לא רציונלי לא ישגשג בשוק תחרותי וחופשי שכללי המשחק בו הוגנים. מכאן שהתנהגותם של השחקנים הדומיננטיים בשווקים קרובה לרציונלית גם אם מרבית היחידים באוכלוסייה אינם כאלה.

לסיכום, חשוב להדגיש שהתאוריה הכלכלית עשירה דייה לכלול תכונות אנושיות מורכבות יותר מרדיפה אחר בצע כסף בלבד, וכלולים בה גם תגמול בצורה של הוקרה

19 "שיווי משקל נאש" הוא צירוף פעולותיהם של כלל המשתתפים, כאשר לאיש מהם לא כדאי לשנות את פעולתו מפעולתם של שאר המשתתפים. בכביש דו-סטרי, אם כל הנהגים נוסעים בצד ימין של הכביש לא כדאי לשום נהג לנסוע בצד שמאל. על כן מצב שבו כולם נוסעים בצד ימין הוא "שיווי משקל נאש". בדומה לכך, לו היו כל הנהגים נוסעים בצד שמאל, לא היה כדאי לנסוע בצד ימין, ועל כן גם מצב זה היה שיווי משקל נאש.

20 ענף מחקרי שלם, שעם הפסיכולוגים הבולטים שבו נמנה הניאל כהנמן, שחוקר את ההתנהגות האנושית ומנסה לאתר דפוסי התנהגות שגם אם אינם רציונליים, אפשר לחזותם מראש. עם זאת מאמצים אלה עדיין רחוקים מאוד מכדי להבשיל לכדי מסגרת תאורטית שלמה.

במקום כסף והנכונות לוותר על הרווחה הפרטית למען רווחה חברתית. עם זאת צודקים המבקרים שטוענים נגד הכלכלנים שלעתים קרובות מדי הם מתעלמים מאותן מורכבויות אנושיות ומסתפקים בהנחה שפונקציית התועלת כוללת צריכה פרטית ותו לא. כאמור, סיבת הדבר אינה היעדר מודעות לאותן המורכבויות אלא קושי אנליטי לנתחן במסגרת מושגית כוללת. עם זאת יכול להיות שהעובדה שסטודנטים לכלכלה אינם נחשפים במהלך הכשרתם לאותן מורכבויות יאמצו בהמשך צורת חשיבה פשטנית מדי.

4. מערכת המיסוי אינה יוצרת נטל עודף. הנטל העודף של המס הוא ההפסד של כלל הגורמים במשק, שמקורו בעיוות שייגרם עקב הטלת מס בהקצאת המקורות שלאחריה. ראו את הדוגמה הקודמת של הצעת עבודה במכללה, שאסרב לה בשל המס. הנטל העודף הוא ההפסד של המכללה מכך שלא אועסק בה (השווי האמתי של שירותי ההוראה שלי פחות התשלום המוצע לי בסך 10,000 ש"ח) ועוד ההפסד שלי בסך 2,500 ש"ח (השכר בסך 10,000 ש"ח פחות עלות ההוראה שלי: 7,500 ש"ח). לו היה שיעור המס 20 אחוזים, היה ההפסד שלי מתקזז ברווח של הממשלה מן המס מבלי ליצור נטל עודף.

קשה מאוד למדוד את הנטל העודף, ויש כלכלנים הטוענים שהוא מגיע לכדי שני שקלים הפסד על כל שקל מס שולי שנגבה ואף יותר. אין פירוש הדבר שאם המדינה גובה מסים בסך 250 מיליארד ש"ח בשנה, הנטל העודף הוא 500 מיליארד ש"ח (כמעט כל הצריכה הפרטית השנתית ב-2011), מפני שאומדן זה תקף לשקל השולי של הגבייה. לעומת זאת קיימים סוגי מסים שאומדן הנטל העודף שלהם נמוך בהרבה. הבעיה היא שדווקא מסים שמאופיינים בנטל עודף נמוך – כגון ארנונה עירונית, מסים על דלק, מים לצריכה ביתית – הם מסים רגרסיביים, ואילו המסים הפרוגרסיביים – מס הכנסה ומס רווחי הון ומסי החברות – מאופיינים בנטל עודף גבוה.

הפסד התוצר שנגרם מהמסים הוא העומד מאחורי מה שידוע משנות השבעים ואילך כעקומת לאפר (Laffer Curve). ארתור לאפר טען שהורדת שיעורי המס תביא לידי גידול בסך כל הגבייה, מפני שהורדת שיעורי המס תעודד עלייה בהשקעות ובפעילות הכלכלית. לטענתו, הפחתת שיעורי המס מאלה שהיו נהוגים בשנות השבעים בארצות הברית תגדיל את בסיס המס בשיעור גבוה מהורדת שיעור המס, ומכאן שסך גביית המסים יגדל. רוב הכלכלנים מקבלים את הטיעון שבמשקים ששיעורי המס בהם גבוהים תביא הורדתם לידי גידול בגבייה. השאלה היא מה הם שיעורי המס שהורדתם תביא לידי גידול בסך כל הגבייה. מכאן שהוויכוח אינו על העיקרון אלא על שיעורי המס שבהם העיקרון תקף. חשיבות התשובה לשאלה הזו עצומה. ברור שאם הורדת שיעורי מס ההכנסה בישראל תביא לידי עלייה בסך כל הגבייה, יש להורידם לאלתר. כך למשל סבור בנימין נתניהו, שבכהונתו כשר אוצר וכראש ממשלה בשנות האלפיים כפה על אנשי הדרג המקצועי באוצר הורדה נמשכת של שיעורי מס ההכנסה ומס החברות. למרבה הצער, מאחר שהשפעת הירידה בשיעורי המס

עשויה להימשך לאורך שנים אחדות, ומסיבות אחרות, אין שיטה אקונומטרית אמינה די הצורך לספק תשובה ברורה על שאלה זו.²¹

משפט הרווחה השני תקף בהנחה שמסים ותשלומי העברה אינם כרוכים בנטל עודף. במציאות קשה למצוא מסים ממין זה, והמסים הקרובים ביותר אליהם ידועים בשם **Lump Sum Taxes**. מסים אלה אינם קשורים בפעילות כלכלית ואינם תלויים ברמת הכנסה. כך הם למשל "מסי הגולגולת", המחייבים כל איש לשלם מס קבוע ללא קשר להכנסתו. מאחר שאין ליחיד השפעה על סכום המס, הטלת המס אינה משנה את הקצאת המשאבים של יחיד זה, ועל כן אינה יוצרת עיוות. אולם אפילו מסי הגולגולת הם מעוותים; מס הגולגולת, המטיל עול כבד על מי שמשלמים אותו, יאלץ את בני האדם לעבוד יותר כדי לשלמו. הניסיון האחרון להטיל מס יעיל שכזה נעשה בימי שלטונה של ראש ממשלת בריטניה מרגרט ת'אצ'ר – מהמנהיגות החשובות והשנויות במחלוקת בכל תולדות בריטניה. ב־1989 השתכנעה ת'אצ'ר לנסות ולהחליף את מסי הרכוש הפרוגרסיביים המקומיים בשיעורי מס קבועים, שנקראו Poll Tax. ההתנגדות הציבורית העזה למס שכנעה את מפלגתה שאם לא תתנער מהמס ומראש הממשלה שכה התעקשה עליו, תאבד את השלטון, ואכן ת'אצ'ר הודחה מראשות המפלגה ומראשות הממשלה. מובן ששום מנהיג אחר לא ניסה להטיל מס זה שוב, למרות יעילותו המוכחת.

אין מחלוקת שהתנאים ההכרחיים לקיום משפטי הרווחה: שוק תחרותי; היעדר השפעות חיזוניות; הנחות שיחידים וחברות משיאים תועלת ורווחים; מסים אינם כרוכים בנטל עודף – אינם מתקיימים בצורתם הטהורה במציאות. הכלכלנים המזוהים עם השמאל מסיקים מכך שהמרחק בין המציאות הכלכלית ובין הנחות התאוריה הוא כה רב, עד שיכולתם של הכלכלנים להסיק מסקנות חד-משמעיות אינה עולה על זו של כל אדם משכיל ואינטליגנטי שלא למד כלכלה מימיו.

מנגד טוענים מרבית הכלכלנים שאמנם אין התנאים מתקיימים במלואם, אך הם מתקיימים בקירוב די הצורך, ועל כן יש להתייחס למשפטי הרווחה כתקפים במידה רבה. ככל שהמציאות תתקרב להנחות המודל, כמו שהאינטואיציה הבסיסית רומזת לנו, כן תגדל תקפות תחזיותיו. ככל שנסקוד על הגברת התחרותיות בשווקים השונים, ככל שניטיב להגדיר את זכויות הקניין, ככל שנקיים מערכת משפט שאת פסיקותיה אפשר לחזות מראש

21 ב־2010 פורסם מאמר בירחון היוקרתי לכלכלה *The American Economic Review*, שכתבו דויד וכריסטינה רומר, והגורס שכל הורדה בשיעור של 1 אחוז תוצר בשיעור המס בארצות הברית מביאה לידי עלייה בשיעור שלושה אחוזים בתוצר. מעניין שבאותה העת הייתה כריסטינה רומר ראש צוות היועצים לכלכלה של נשיא ארצות הברית ברק אובמה ואינה חשודה כשייכת לאסכולת שיקגו. מכל מקום לא ברור אם ייעצה לנשיא להפחית את שיעורי המס, שכן באותה תקופה הם לא הורדו.

ולאכוף ביושר ובמהירות, וככל שניצור מערכת מסים יעילה ששיעורי המס בה סבירים – כן תגדל יעילותם של השווקים ותושג הקצאה יעילה באמצעות השוק. עם זאת ראוי לזכור שקשה לנתח ולאמוד באופן מעשי את מידת ההשפעה שיש לפער בין ההנחות ההכרחיות לקיום תחזיותיהם של המודלים הכלכליים ובין עולם המציאות המורכב כל כך. דוגמה מפתיעה, שאולי אינה מעידה על הכלל אך עוררה עניין רב וזיכתה את הוגה בפרס נובל לכלכלה ב-2010, ידועה כ"פרדוקס של דאימונד"²².

דאימונד הציג מודל של שוק הכולל קונים ומוכרים רבים שלאיש מהם אין השפעה על המחיר הממוצע בשוק: שוק תחרותי לכאורה. אך בשונה מהמודל הקנוני הוסיף דאימונד עלויות חיפוש, כלומר: כל אימת שהצרכן מעוניין לקנות מוצר או שירות כלשהם, עליו לשלם מחיר בעבור חיפוש – בין בכסף ובין בזמן – הנחה סבירה ברוב המקרים. דאימונד מצא שהוספת עלויות חיפוש ולו מזעריות ובתנאים מסוימים תביא לידי כך שכל אחד מן המוכרים ינהג כמונופול. להמחשת הדברים הניחו שאני מחפש כרטיס טיסה לפריז, ושיש סוכני נסיעות רבים המתחרים ביניהם על כלל הקונים הפוטנציאליים. הניחו גם שאם קיבלתי הצעת מחיר שנראית בעיניי גבוהה מדי, אוכל בעלות קטנה למדי בכסף ובזמן לקבל הצעה נוספת מסוכן אחר, וכן הלאה עד שאמצא מחיר שיהיה סביר בעיניי ואקנה את הכרטיס. דאימונד גילה שגם אם עלות המעבר מסוכן נסיעות אחד למשנהו קטנה מאוד, ינהג כל סוכן כאילו הוא היחיד בשוק. תוצאה זו היא כה מפתיעה, עד שזכתה להיקרא "פרדוקס", כיוון שקיומם של מוכרים וקונים רבים אמור לגרום שמחיר הכרטיס יהיה קרוב מאוד למחיר התחרותי. מתברר שדי בעלות חיפוש קטנה ביותר כדי להעלות את המחיר במידה רבה. הסיבה לממצא המפתיע של דאימונד היא שגם אם סוכן הנסיעות היה מוריד את מחיר הכרטיס, היה המידע על כך מחלחל באטיות אל הצרכנים, והעלייה בכמות הכרטיסים שהסוכן מוכר לא הייתה מפצה אותו על הירידה במחירם. מחקרים נוספים מצאו שכאשר החברות מפרסמות הנחות במחיר שהן גובות, המחיר במודל החיפוש יורד אך עדיין נותר גבוה מהמחיר התחרותי במודל ללא חיפוש.

המאמר של דאימונד הביא לפריחתה של ספרות ענפה הידועה בשם "חיפוש". ספרות זו מנתחת את ההשפעה שיש לסטיות שונות מן ההנחה שלצרכנים יש מידע מלא על איכות המוצרים ועל מחיריהם. הלקח החשוב שאפשר ללמוד מספרות זו לענייננו הוא שלפעמים גם סטיות קטנות מהנחות המודל הקלסי עלולות להביא לידי סטיות גדולות מתחזיותיו. אך האם יש להסיק מן האמור לעיל שמקומם של משפטי הרווחה מוגבל לעולם הדמיון של המודלים הכלכליים ולוותר על האמונה בנפלאותיו של השוק החופשי? כלל וכלל לא. מן הפרדוקס של דאימונד עולה שהדברים לעולם אינם פשוטים כמו בספרי הלימוד

לכלכלה. עם זאת ואף על פי שאין בכוח התאוריה לבדה כדי לאפשר להסיק מסקנות מוחלטות, בחינה אמפירית של מידת ההצלחה הכלכלית של משטרים שונים הביאה את הזרם המרכזי במחשבה הכלכלית לאמץ את ההנחה שלפיה ככל שהכלכלה תשתחרר מכבלי התכנון והמעורבות הממשלתית, כן תגבר יעילות השווקים ותגדל עוגת המשאבים הכלכליים, שאפשר לחלקה בין היחידים בחברה. מכאן עולה המסקנה שיש לחתור להתגשמותן של ההנחות הללו במציאות, מפני שרק כך יהיה מיצוי המשאבים המוגבלים העומדים לרשותנו מיטבי.

משום כך דווקא הכלכלנים הימניים סולדים במיוחד מקיומם של מונופולים וקרטלים, וארצות הברית – הסמן הימני של המדינות המפותחות – מפעילה את הכלים הרגולטוריים הקשוחים ביותר להיאבק בהם משום שהם המכשול העיקרי בדרך למשק תחרותי, ולכן גם ליעילות כלכלית. במקרים רבים לא היסס המחוקק האמריקאי להגביל את זכויות הקניין – כדי למנוע ולו רק את האפשרות להתנהגות קרטליסטית ללא המתנה להוכחה להתנהגות כזו. למשל, נאסר בארצות הברית על חברות תשתית לעסוק בכמה תחומי פעילות (כגון גז וחשמל) באותה המדינה בה בעת למרות הסינרגייה האפשרית שיש בכך (בניגוד למציאות בישראל שבה רוב מפעלי ההתפלה מצויים בבעלותן של קבוצות עסקיות המחזיקות בנתחי בעלות גדולים בספקיות הגז הטבעי). חמורות עוד יותר הן המגבלות המוטלות בארצות הברית על החזקה צולבת בין חברות החזקה בנקאיות ובין חברות לא בנקאיות.^{24,23} קשיחותן של רשויות החוק של ארצות הברית בכל הקשור להגבלת כוחם של מונופולים וקרטלים היא כה מרחיקת לכת, עד שהן הורו לא פעם לפצל חברות בעלות כוח שוק רב לכמה חברות נפרדות שיתחרו זו בזו למרות הפגיעה הברורה שיש לדבר בזכויות הקניין של הבעלים. בשנות הארבעים למשל אסרו הרשויות על החזקה של יותר מתחנת רדיו אחת בכל עיר, ובעליהן של כמה תחנות באותה העיר נאלצו למכרן. הואיל וכך, רשת NBC פוצלה לשתי חברות נפרדות: NBC ו-CBS. בתחילת שנות השמונים פוצל מונופול הטלפוניה של

23 בשנות התשעים חלה שחיקה מתמדת במגבלות על החזקה הצולבת שהטילו רשויות הפיקוח. הטענה הייתה שההגבלות החמורות משנות הארבעים אינן רלוונטיות לעידן הגלובלי. לפיכך ב-1999 שונה החוק באופן שאפשר לתאגידים בנקאיים להחזיק בחברות תעשייתיות (באמתלה שהחזקה היא לצורך השבחה ומכירה עתידית). לאחר הזעזוע שחולל המשבר הפיננסי של 2008 שונתה החקיקה שוב, ועמה המגבלות על החזקות צולבות בתאגידים בנקאיים ובחברות תעשייתיות.

24 ועדת הריכוזיות, שהגישה את מסקנותיה ב-2012, המליצה להפריד בין גופים פיננסיים לבין החזקות ראליות, ומשום כך הרחיקה הוועדה לכת יותר מכול ממה שנקבע בכל מדינה אחרת בעולם, מפני שהיא חייבה גם הפרדה בבעלות בין גופים לא בנקאיים שמנהלים כספים, כגון חברות ביטוח ובין חברות ראליות.

AT&T לכמה חברות – הן בחלוקה גאוגרפית והן בחלוקה אנכית – לפי תחומי פעולה משלימים.²⁵

מן הבחינה התאורטית אין אפשרות לדעת אם ככל שתוסרנה המגבלות על שוק חופשי תגבר יעילות המשק, אך יש כמות רבה של עדויות היסטוריות שכך הם פני הדברים. דוגמאות אפשר למצוא ברפורמות שהנהיגו רונלד רייגן – בארצות הברית – ומרגרט ת'אצ'ר – בבריטניה. עד לתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת נחשבו שתיהן למדינות בשקיעה יחסית. מרבית המומחים צפו באותן השנים שמערב אירופה ויפן יעקפו בתוך עשורים מעטים את ארצות הברית ברמת התוצר לנפש, ואילו בריטניה, שכבר פיגרה באותן השנים אחרי צרפת וגרמניה, זכתה לכינוי "האיש החולה של אירופה". בשנות השמונים אחרי ששני המנהיגים האלה יישמו כמה רפורמות מרחיקות לכת כדי לקדם כלכלת שוק בארצותיהם, התהפכו היוצרות: ארצות הברית חידשה את ימיה כקדם ושבה להיות הכלכלה הראשונה בעולם – הן בתוצר לנפש והן בחדשנות טכנולוגית, בהשאיירה מאחור את יפן ומערב אירופה, ואילו בריטניה סגרה את הפער בינה ובין גרמניה וצרפת, ובמובנים רבים אף עברה אותן. עם זאת אפשר לטעון שאמנם הרפורמות שהנהיגו רייגן ות'אצ'ר הגדילו את התוצר הכללי במדינותיהם, אבל הן הגדילו גם את אי-השוויון, ועל כן ייתכן שפגעו ברווחה החברתית ולא שיפרו אותה. על כך אפשר להשיב שרייגן נבחר לכהונה שנייה ופרש אחרי שמונה שנים כאחד מנשיאיה הפופולריים ביותר של ארצות הברית, וכי מרגרט ת'אצ'ר הייתה מראשי הממשלה המעטים בכל תולדותיה של בריטניה שנבחרו לכהונה שלישית. יתר על כן, גם לאחר שהמפלגות היריבות עלו לשלטון במדינה, הן השאירו על כנו כמעט את כל הרפורמות, שלפני כן ניהלו מאבק כה קשה למניעתן.

דוגמה מובהקת ביותר להצלחתה של כלכלת השוק בשלהי המאה העשרים ובתחילת המאה העשרים ואחת היא סין. אף על פי שסין נשלטת בידי מפלגה קומוניסטית, היא מנהיגה באופן נחוש ועקיב רפורמות מקיפות מבית מדרשם של הכלכלנים השמרניים. תוצאת הדבר היא צמיחה כלכלית מהירה וממושכת שאין לה אח ורע. אפשר לטעון שהתהליך לווה בהגדלת פערים בחברה הסינית, שלא לדבר על בעיות סביבתיות קשות והתעלמות ברוטלית לעתים מקבוצות אוכלוסייה שונות. עם זאת יש לזכור כי עד שהרפורמות הונהגו בה ידעה סין מחזורי מוות ברעב של עשרות מיליוני בני אדם, ומאז שהונהגו מוגרו בה הרעב ותת-התזונה כמעט כליל, והיא מתקדמת במהירות מסחררת במדדי הפיתוח האנושי של האו"ם (Human Development Index).

25 בישראל הסמכות לפרק מונופולים מוקנית לכאורה גם לממונה על ההגבלים העסקיים, אלא שעד עתה הוא נרתע מלהשתמש בה. ועדת טרכטנברג המליצה: "להקל את התנאים שבהם רשאי הממונה להורות על הפרדת נכסים או על פירוק מונופולים, גם בהיבט האזורי". ההמלצה אושרה בממשלה ועומדת נכון למועד כתיבת שורות אלה בפני הכנסת לאישורה כחוק.

בשני החלקים להלן אציג ביתר פירוט את כלי הניתוח של הכלכלה הקלסית זה למעלה ממאה שנים – עקומות ההיצע והביקוש – ואשתמש בהם כדי להסביר מדוע תחרות משוכללת מביאה לידי הקצאה יעילה. מנגד אתאר איך כשלי שוק מביאים לידי שווקים לא תחרותיים ולקיומם של מונופולים וקרטלים, וכיצד אלה מעוותים את הקצאת המשאבים. לבסוף יידונו האמצעים להתמודד עם תופעות אלה. אפתח את הניתוח הכלכלי בהצגת עקומות ההיצע והביקוש.

ב. היצע וביקוש

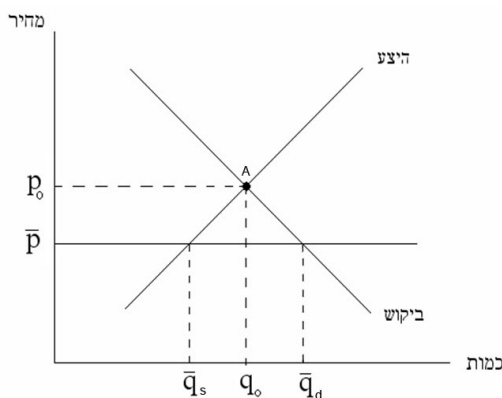
אפתח בתיאור עקומת ההיצע. עקומה זו משקפת את הקשר שבין מחיר המוצר ובין הכמות שהיצרנים מעוניינים לייצר. ככל שמחיר המוצר או השירות גבוה, כן כדאי ליצרנים לייצר כמות גדולה יותר מהם. אך בתנאים של תחרות משוכללת העקומה משקפת עוד דבר: את עלות הייצור השולית. עלות זו היא עלות ייצורה של יחידה (קטנה) אחת נוספת. התאוריה הכלכלית קובעת שבשווקים תחרותיים היצרנים קובעים את מחיר תוצרתם על פי העלות השולית בלבד, בהתעלם לגמרי מהשקעותיהם הקודמות. כדי להבין מדוע הנה למשל תהליך ייצורה של תכנה למחשבים: בשלב הראשון יש להעסיק צוות מפתחים לכתיבת התכנה; בשלב השני ייבנה פס הייצור של התקליטורים שהתכנה תוטבע בהם; לבסוף יוקם מערך השיווק. תהליך הפיתוח כרוך בהשקעת מיליוני שקלים, קודם שמופק ולו תקליטור אחד – שלצורך הדוגמה אאמור אותו ככעשרה מיליון שקלים. אחרי שהתכנה פותחה והוקם מערך הייצור והשיווק שלה, עלות הייצור של כל תקליטור נוסף והוספתו לחבילת התקליטורים הקיימת בדרכה אל החנות נאמד בשקל אחד. הניחו עתה שהשוק הפוטנציאלי הוא למיליון תקליטורים. מכאן שהעלות הממוצעת לייצור תקליטור אחד היא 11 ש"ח (עשרה מיליון ש"ח בשני השלבים הראשונים ועוד מיליון ש"ח, עלות הייצור של מיליון התקליטורים, כל זה מחולק במיליון תקליטורים), אך העלות השולית, קרי עלות הייצור של תקליטור אחד נוסף, לאחר שההשקעה הראשונית הושלמה – היא שקל אחד בלבד.

הניחו עתה שבדיוק כאשר שלב הפיתוח מגיע אל קצו מתברר שחברות אחרות סיימו גם הן לפתח תכנה זהה לחלוטין לזו הנמכרת ב-5 ש"ח לתקליטור. מאחר שהעלות הממוצעת לתקליטור (כולל עלויות הפיתוח) היא 11 ש"ח, אם היצרן שלנו יאלץ למכור את תוצרתו ב-5 ש"ח בלבד, הוא יפסיד 6 מיליון ש"ח. אולם הוא אינו יכול למכור במעל ל-5 ש"ח מפני שזהו מחירה של התכנה החלופית. לו ידע זאת היצרן, ודאי שלא היה נכנס אל השוק מלכתחילה. אך עתה לאחר שהוצאו עלויות הפיתוח, ומשהעלות השולית לייצור תקליטור היא שקל אחד, יוכל הלה לצמצם את הפסדיו למינימום אם ימכור את התכנה במעט פחות מ-5 ש"ח. ובכלל, גם אם יסתבר שהמתחרים מוכרים את תוצרתם במחיר נמוך מ-5 ש"ח, משהוצאו הוצאות הפיתוח יביא היצרן ביש המזל שלנו את הפסדיו למינימום אם ימכור את מלוא מיליון התקליטורים בכל מחיר מעל לשקל אחד, שהוא העלות השולית.

לאחר שהוחלט להיכנס אל השוק והושלמה העלות הנדרשת לפיתוח, יצרן הפועל בסביבה תחרותית יתעלם אפוא מהשקעתו הקודמת, הקרויה "עלות שקועה" (בתרגום מן האנגלית, שבה השם הקולע: Sunk Cost), שכן ממילא אין שום אפשרות להחזירה. אך כל עוד המחיר גבוה מעלות הייצור השולית, ייצר היצרן את המוצר וימכור אותו, ולא משנה מה עלותו הממוצעת. העובדה שבהחלטה כמה לייצר מתעלמים מכל ההוצאות הקודמות ומתמקדים בשאלה אם העלות השולית גבוהה ממחיר השוק, ורק בה, היא חשובה מאוד (אם כי קשה לעתים ללא-כלכלנים להפנימה). מסיבה זו עקומת ההיצע (ציור 1) מבטאת את עלות הייצור השולית בלבד.

נקודה חשובה נוספת היא השפעת העלות השולית על הכמות המיוצרת. נהוג לחשוב שמרמת תפוקה מסוימת ואילך גם העלות השולית גדלה, ובדוגמה שלנו מכמות מסוימת של תקליטורים ואילך עלות ההפקה של כל תקליטור אחד נוסף גדלה לשקל וחמש אגורות, ואז לשקל ועשר אגורות וכן הלאה. מכאן נובע שעקומת ההיצע, המשקפת את ההוצאה השולית, עולה משמאל לימין. כלומר, ככל שמייצרים כמות רבה יותר של יחידות, כן עולה העלות השולית של ייצורן.²⁶

ציור 1



מנגד עקומת הביקוש מציגה את הקשר שבין מחיר המוצר ובין הכמות שהצרכנים מעוניינים לקנות. ככל שמחיר המוצר גבוה, כן יהיו הצרכנים מעוניינים (להוציא מקרים

26 ההנחה האחרונה סותרת לכאורה את התובנות האינטואיטיביות שלפיהן במקרים רבים גידול בתפוקה יביא לידי ירידה בעלות השולית. התשובה על כך היא שגם כאשר חלה, בתחילה, ירידה בעלויות השוליות, הרי שברמת ייצור גבוהה דייה יעלו העלויות השוליות. בדרך כלל שיווי המשקל יתייצב על כמות מוצרים שבה העלות השולית גדלה, וזה יהיה תחום הכמויות המתאים לניתוח.

חריגים) לקנות ממנו פחות. לכן עקומת הביקוש יורדת משמאל לימין. מאחר שההנחה היא שהמחיר שהצרכנים מוכנים לשלם בעבור המוצר משקף את ערכו בעיניהם, הרי שעקומת הביקוש מתארת את ערך המוצר בעבור הצרכנים במשק.

בשוק תחרותי יתייצב מחיר שיווי המשקל על נקודה A – נקודת המפגש בין עקומות הביקוש וההיצע. מחיר המוצר יהיה Po והכמות המיוצרת – qo. סיבת הדבר היא שבמחיר נמוך

מ-Po, למשל במחיר \bar{p} , יהיה הביקוש למוצר (\bar{q}_d) גבוה מן ההיצע (\bar{q}_s), והתחרות בין הצרכנים על הכמות המוגבלת בשוק (מאחר שהם מעוניינים לקנות q_d והיצרנים מספקים רק q_s) תביא לידי עלייה במחיר. בדומה לכך, אילו היה המחיר גבוה מ-Po, היה ההיצע גבוה מן הביקוש, והתחרות בין היצרנים הייתה מביאה לידי ירידת מחירו. לפיכך שיווי המשקל יהיה בנקודה A.

מאחר שמחיר המוצר הוא Po, הוא ייוצר אך ורק בידי יצרנים שעלות הייצור השולית שלהם נמוכה מ-Po, מפני שרק הם יוכלו להרוויח ממכירתו. כמו כן מאחר שמחיר המוצר הוא Po, יקנו אותו רק הצרכנים שערכו של המוצר בשבילם גדול מ-Po או שווה לו, ואילו הצרכנים שערכו עבורם נמוך מ-Po לא יקנוהו. בתחרות משוכללת ייוצר אפוא המוצר על ידי היצרנים שעלות הייצור השולית שלהם קטנה מ-Po, ויצרכו אותו הצרכנים שבעיניהם ערכו עולה על Po. כלומר, כל מי שערך המוצר גבוה בעיניו מעלות ייצורו, והוא בלבד, יצרוך אותו. קשה להפריז בחשיבות התוצאה הזאת מפני שמשמעותה שהשוק (בתחרות משוכללת) "יודע" להקצות את גורמי הייצור טוב מכל מתכנן מרכזי: אם ורק אם עלות הייצור השולית בפועל נמוכה מערך המוצר לצרכנים, הם יצרכו אותו, ולכן זוהי ההקצאה היעילה ביותר האפשרית.

אך מה באשר לצרכנים שיישאר בלי המוצר מפני שאינם מוכנים לשלם Po בעבורו? מקצתם ודאי אינם זקוקים לו, ומכאן ערכו הנמוך בעיניהם, ואולם בעיני מקצתם שווה המוצר פחות מ-Po – לא מחמת ערכו הנמוך אלא בשל ערכו הגבוה של הכסף בעיניהם. במילים אחרות, בידי הקבוצה השנייה מעט כסף, ועל כן היא ענייה מכדי להרשות לעצמה את המוצר תמורת Po ש"ח.

נרחיב בנקודה האחרונה בעזרת דוגמה. נניח שעלות הייצור של מכונת מדגם מסוים היא 50,000 ש"ח (נתעלם מעלויות נלוות של פרסום, שיווק וכו'). בכלכלת שוק רק מי שערך הרכב עולה בעיניו על 50,000 ש"ח ירכוש אותו. נוכחנו שהדבר יעיל. הבעיה היא שהסיבה שערך המכונת בעיני חלק מהצרכנים נופל מהסכום האמור אינה נעוצה בתועלת הגלומה בה בשבילם אלא בכך שהם מפיקים תועלת רבה יותר מהכסף – מפני שיש להם פחות ממנו.

מה הדרך הנכונה לסייע למי שאין ביכולתם לרכוש את המכונת? האם בכך שנספק להם מכונת מוזלת, כלומר בסבסוד המוצר? לכך מתייחס משפט הרווחה השני. האפשרות שהממשלה תשתתף בעלות הייצור ובכך תוזיל אותו ליצרן אינה הדרך הנכונה, מפני

שהעלות הכוללת לחברה (ולא חשוב איך היא מתחלקת בין היצרן לממשלה) בייצור המכונית היא עדיין 50,000 ש"ח, וערכה לצרכן נמוך מ-50,000 ש"ח. נזכור שבשביל הצרכן העני ערכו של הכסף גבוה יותר (זו הסיבה שהוא לא רכש את המכונית לכתחילה), ולכן הוא יעדיף שהסובסידיה תגיע במזומן ישירות לחשבון הבנק שלו ולא דרך מכונית מוזלת.

ומה בדבר קביעת מחיר מקסימום, כגון \bar{p} ? ההבדל מן האפשרות הקודמת הוא בכך שעלות הסיוע מגולגלת מהממשלה אל היצרנים. הבעיה במקרה זה היא שהיצרנים יקטינו את הכמות שהם מייצרים ל- q_s , מפני שבמחיר p הם מפסידים על כל יחידה נוספת מעל q_s . התוצאה תהיה שהכמות המיוצרת תקטן – תוצאה שאינה יעילה, שכן ללא מחיר מקסימום הייתה הכמות המיוצרת q_0 , כלומר, הכמות $q_0 - q_s$ הייתה מיתוספת, ומאחר שעלות הייצור ב- q_s קטנה מ-50,000 ואילו התועלת שמפיקים הצרכנים גדולה מ-50,000, הרי שייצור של q_s מכוניות אינו יעיל לחברה. באופן פרדוקסלי, לא רק שקביעת מחיר מקסימום אינה גורמת לבני אדם רבים יותר ליהנות מהמוצר, אלא אף מביאה לידי הקטנת מספר האנשים שיצרכו אותו. יתר על כן, מאחר שמחיר מקסימום גורם גם לייצור כמות קטנה מהביקוש, יידרש מנגנון הקצאה אחר, כדוגמת תלושים, המתנה בתור, או כמובן קשרים טובים עם מישהו בשרשרת ההקצאה.

יצוין שבמשק המודרני תלושים אינם חזון נפרץ, אך כולנו מתנסים לעתים בהקצאה דרך תורים וקשרים. מערכת הבריאות היא דוגמה כאובה להקצאה שלא באמצעות כוחות השוק. השאיפה החברתית לנתק את רמת הכנסה, מן הצד האחד, מנגישותה של רפואה מעולה, מן הצד האחר, הביאה לידי כך שבמרבית המדינות המפותחות הקצאת שירותי הבריאות אינה נעשית באמצעות השוק. תוצאת הדבר היא הקצאה בלתי יעילה, תורים ארוכים ותופעות של פרוטקציה. ואף על פי כן אפילו בקרב הכלכלנים השמרנים קשה למצוא תומכים רבים להצעה שהממשלה תשאיר בידי כוחות השוק את ניהולה של מערכת הבריאות. גם הניסיון לשלב את פעולת השוק עם רגולציה ממשלתית מצליח במידה מוגבלת בלבד. ארצות הברית – יותר מכל מדינה אחרת – ניסתה לשלב את השוק החופשי עם רגולציה ממשלתית; התוצאה היא הוצאות שירותי בריאות כבדות, שמעיקות על האזרחים, על החברות ועל תקציבי הממשל הפדרלי פי שניים ויותר מהמוצע במדינות המפותחות. גם התוצאות של מערכת הבריאות בארצות הברית כפי שמשקפות בתוחלת החיים טובות פחות מבישראל ומבמרבית המדינות המפותחות. הסיבה היא קיומם של כשלי שוק רבים, נושא שיידון להלן.

ג. מונופולים וקרטלים

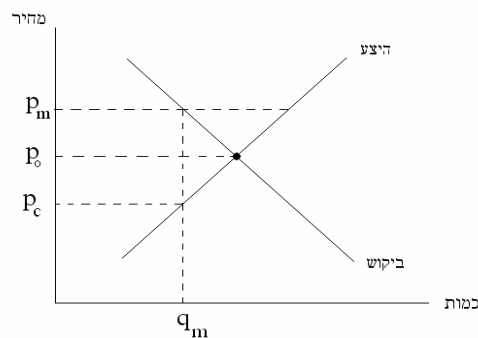
כשלי שוק שכיחים מקורם בקיומם של מונופולים וקרטלים. להלכה, לחברה יחידה יש כוח מונופוליסטי כל אימת שהיא רואה לפניה עקומת ביקוש יורדת משמאל לימין, קרי כשהיא

יכולה, להשפיע על מחיר המוצר באמצעות הכמות שהיא מייצרת. לדוגמה, הקטנת הכמות שמונופול המלט "נשר" מייצר תגרום לעליית מחירו. קיימים מקרים שבהם ירידה קטנה יחסית בתפוקה תביא לידי עלייה חדה במחיר ולעלייה ברווחי החברה המונופוליסטית. מונופול מרוויח בדרך כלל מצמצום ברמת התפוקה שלו יחסית לכמות שהייתה מיוצרת בשווי משקל תחרותי. בניגוד למונופול, הפחתת הכמות שהחברה היחידה מייצרת בשוק תחרותי לא תשפיע על המחיר מפני שתפוקתה קטנה מכדי שתשפיע על כלל השוק, ומכל מקום, החברות המתחרות יגדילו את תפוקתן ויתפסו את נתח השוק שהיה בידה בעבר. לכן ירידה בתפוקה של חברה בשוק תחרותי תקטין את רווחיה, ושווקים תחרותיים יאופיינו בתפוקה גבוהה מזו שבשווקים מונופוליסטיים ובמחירים נמוכים משלהם.

קרטל הוא הסדר בין כמה חברות בענף בקשר לכמויות המיוצרות על ידי כל אחת שנועד להגדיל את רווחיהן. הקרטל, כמו המונופול, יודע שבאמצעות צמצום התפוקה הוא יוכל להעלות את מחירה, ועל כן הוא בוחר לייצר כמות קטנה יותר ולמכור אותה במחיר גבוה מן הכמות ומן המחיר שהיו נקבעים בתנאי תחרות. את העיות בחלוקת ההכנסות אפשר לתקן על ידי הטלת מסים על הבעלים של המונופול או הקרטל, אך את העיות בהקצאת המשאבים אפשר לתקן אך ורק באמצעות התערבות רגולטורית, כפי שנראה להלן.

כדי לבאר זאת נתבונן בצירור 2. בתנאי תחרות מחיר השוק יהיה P_0 . בהיעדר תחרות יעלה המונופול את המחיר ל- P_m והכמות שתיוצר תהיה q_m . מעקומת ההיצע אפשר להסיק שעלות הייצור השולית היא P_c שקלים ליחידה, ולפיכך ערך המוצר לצרכנים – P_m – יהיה גבוה מעלות ייצורו. מכאן שאפשר לייצר יחידות נוספות בעלות (P_c) נמוכה מערכו של המוצר לצרכן (P_m), ולפיכך הקצאת המשאבים במקרה של מונופול או קרטל אינה יעילה.

ציור 2



מסיבה זו מופעלת במדינות המפותחות אסדרה (רגולציה) מקיפה ועמוקה למדי, ובכל מדינה קיימים מוסדות ומפקחים בדומה ל"רשות להגבלים עסקיים" הישראלית, ומפקחי מחירים במשרדי ממשלה שונים, שתפקידם לאכוף אותה. לדוגמה, אפשר להורות על מחיר

מקסימום, כלומר לאסור על החברה לגבות מחיר גבוה מ-Po. במקרה זה תייצר החברה את הכמות שהייתה מייצרת במצב של שיווי משקל תחרותי, שהרי עד לאותה כמות היא מרוויחה על כל יחידה נוספת שהיא מייצרת. הבעיה היא שבמציאות אין המפקחים רואים את עקומות ההיצע והביקוש לנגד עיניהם, ועל כן אינם יודעים מה היה המחיר לו התקיים בענף שיווי משקל תחרותי. התוצאה היא משא ומתן בין החברות לפקידי הממשלה, שתוצאתו תמיד טובה פחות משיווי משקל תחרותי, ולכן היעד הוא לפעול להגברת התחרות בשוק.

במגזרים מסוימים, כגון מגזרי הבנקאות והביטוח למשל, הפיקוח נמסר לידיהם של מפקחים ייעודיים בתחום, כמו המפקח על הבנקים או על הביטוח. התחומים היחידים שפטורים מפיקוח הם ייצור תוצרת חקלאית ושיווקה ותחום המקרקעין. ייצור תוצרת חקלאית טרייה פטור במידה כזו או אחרת מפיקוח במרבית המדינות המפותחות כדי לאפשר את קיומם של קואופרטיבים של חקלאים. ההיגיון העומד מאחורי הפטור לחקלאים הוא שהתאגדות של חקלאים קטנים בפעולות כמו קניית תשומות והובלת התוצרת אל השוק תביא לידי חיסכון בעלויות הייצור – חיסכון שיגולם בסופו של דבר במחירי מזון נמוכים יותר לצרכן.²⁷ לעומת הפטור לחקלאים פטור מכוח דיני ההגבלים העסקיים לשיווק חקלאי קיים רק במדינות מפותחות מעטות, והוא שריד לתקופה אחרת, שבה הייתה מערכת השיווק מצויה ברובה בבעלות החקלאים, ותכליתה הייתה להגדיל את הכנסתו של המגזר החקלאי, שהיה בימים הראשונים לקום המדינה המגזר המועדף על השלטון.²⁸

לכאורה הרווחים הגבוהים שמונופולים וקרטלים מפיקים ימשכו חברות נוספות אל הענף, ואלה, שייאבקו להשיג נתח בשוק, יגבירו את התחרות. אלא שהימצאותם של קרטלים ומונופולים בחלקים גדולים של הכלכלה מעלה את השאלה אילו כשלים מאפשרים את קיומם. בכלכלה מודרנית קיימות לכך שתי סיבות עיקריות: ראשית, מונופולים וקרטלים רבים שומרים על מעמדם עקב יתרונות לגודל. יתרון לגודל פירושו שעלות הייצור הממוצעת פוחתת ככל שהתפוקה גבוהה יותר. דוגמאות מובהקות ליתרון לגודל אפשר למצוא בענף החשמל או התקשורת – הן תקשורת הסלולר הן זו הקווית. ברשתות החשמל או בתקשורת הקווית לעתים קרובות הכבלים המשמשים להולכה אינם מנוצלים במלואם. אין כמעט הבדל בעלות פריסתם של קווים בין עירוניים המיועדים לספק את צורכיהם של

27 Y. Kachel, I. Finkelsthain, *The Agricultural Exemption from Antitrust Regulations: A License for Cartel or Necessary Evil for Cooperation?*, JOURNAL OF RURAL COOPERATION 38(1), 20-55 (2010).

28 A. Reich, *The Agricultural Exemption in Antitrust Law: A Comparative Look at the Political Economy of Market Regulation*, 42 TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL 843 (2007).

מיליון צרכנים או של שלושה מיליון. תשתית סלולר, הפרוסה על פני כל הארץ בעלות של חמישה מיליארד שקלים, יכולה לספק את צורכיהם של מיליון צרכנים או של חמישה מיליון, כי מרגע שהונחה, העלות ליצרן של כל צרכן נוסף היא אפסית. אך הנחת רשת חשמל או תשתית תקשורת חדשה על ידי חברה נוספת עולה סכומי עתק. כאשר השוק קטן עד כדי כך שהקצאה יעילה מחייבת חברה אחת ויחידה, נאמר שקיים מונופול טבעי. מכיוון שהיתרונות לגודל קיימים בדרך כלל בכל הנוגע לרשת או לתשתית ולא לייצור, הפתרון – כמו במקרה של רשת החשמל והתקשורת – הוא להפריד בין ההספקה לבין הייצור. במצב האידיאלי הייתה חברה אחת מופקדת על רשת החשמל, וחברה אחרת על תשתית התקשורת, ואילו את החשמל ומכירת שירותי תקשורת היו מבצעות חברות רבות שמשמשות באותה התשתית ומתחרות על המחיר לצרכן. לעומת מודל זה אפשר לטעון שמונופולים שהם ספקי רשת או תשתית יהיו בעלי כוח השפעה כה רב, עד שהם יגבו את כל הרנטה העודפת ששני מגזרים אלה גובים עתה. במילים אחרות, קיים חשש שהמחיר לצרכן לא יפחת, מפני שהמונופול האחראי להספקה ידאג לגבות את כל הרווח האפשרי. מן הצד האחר ההפרדה תצמצם את תחומי פעילותו של המונופול והיקפיה, ובכך תקל במידה רבה את מלאכת הפיקוח של הרגולטור.

כשל השוק האחר הוא בעיית המידע החלקי של הצרכן. לעתים קרובות אין הצרכנים מבינים די הצורך את השירות המסופק להם ואינם מכירים לאשורן את התכונות של המוצר שהם קונים. ניטול דוגמה מענף קופות הגמל: אחד העקרונות שעמדו ביסודה של הרפורמה המקיפה והעמוקה של שנת 2005 בענף קופות הגמל בישראל (רפורמת בכר) היה שהקופות ינוהלו בידי גופים רבים שיתחרו זה בזה לשם השגת תשואות גבוהות יותר במחיר נמוך יותר לצרכן. לשם כך הוקל מאוד המעבר של החוסכים מקופה לקופה, הבנקים הודרו מהשוק כדי לאפשר כניסת שחקנים חדשים, ונוצר מאגר מידע ממשלתי באינטרנט, פשוט ככל האפשר, לספק מידע על התשואות ומידת הסיכון בקופות השונות. בשנים הראשונות לאחר הנהגת הרפורמה גדל מאוד מספר הגופים המנהלים, אולם עד תום העשור מספרם פחת, דמי הניהול עלו במידה ניכרת, ובדיעבד אין עדות לשיפור בניהול הכספים.

הסיבה למצב דברים זה היא שלרוב המכריע של החוסכים אין הכלים להבין את קופת הגמל שברשותם. כל חברה מחזיקה בכמה קופות המתמחות במגזרים שונים של שוק ההון – מניות, אג"ח ממשלתיות, אג"ח קונצרניות, אג"ח שקליות מט"ח ועוד. אנשי המכירות של החברה מבליטים את התשואה שהשיגו הקופות שהשקיעו במסלול, שהתברר בדיעבד כמוצלח ביותר, בהתעלם מן המסלולים המוצלחים פחות. בדרך זו יכולה כל חברה לשווק את עצמה כטובה ביותר בשוק. דרך ההשוואה הנכונה היא לבדוק את התשואה אל מול הסיכון – דבר המחייב להשתמש בכלים שמעטים בלבד מכירים. רק מומחה ידע לעשות את ההשוואה הדרושה בין המוצרים השונים, והיעדר ידע זה בידי הצרכנים הוא מכשול על הדרך לתחרות בענף. יתר על כן, מאחר שהצרכנים אינם מבינים את תכונות המוצר, אין

היצרנים (קופות הגמל) חשים להציע להם מוצר טוב יותר, ואכן מרבית מאמציהם מכוונים לא להשגת תשואות גבוהות יותר אלא לשיווקן של הקופות שבבעלותם. תחרות, מעצם הווייתה, מבוססת על יכולת הצרכן להשוות את איכות המוצר המוצע ואת מחירו, אלא שבהיעדר מידע על טיב המוצר אין החברות מתחרות ביניהן על מחיר המוצר או על איכותו אלא על ה"עטיפה" שלו ותו לא. לא ייפלא אפוא שהרפורמה הביאה לידי עלייה דרמטית בהוצאות השיווק בענף קופות הגמל ואין עדות ששיפרה את ביצועי החברות בענף. מרבית המונופולים והקרטלים, כמו גם מגזרי הבנקאות, הביטוח, התקשורת, החשמל והמים הם תולדה של היתרונות לגודל או היעדר המידע. בענפי התקשורת, החשמל והמים מקורם של היתרונות לגודל ברשת ההספקה או בתשתיות, ובענפי הביטוח וניהול חסכונות הציבור – במורכבות המוצר. היתרונות לגודל בבנקאות נובעים מ"אפקט הרשת", קרי ככל שרבים הלקוחות של בנק מסוים, כן רבים סניפיו וההצטרפות אליו נעשית לכדאית ללקוחות נוספים. עיין האינטרנט מחליש את השפעתם של היתרונות לגודל בענפי החשמל והתקשורת, בהיותן בנות החלפה במידה גדלה והולכת – דבר המגדיל את פוטנציאל התחרות בהן. הבעיה היא היעדר נחישות מצד הממשלה להיאבק במונופולים רבי-עצמה. ממשלות רבות חששו מלהתעמת עם מונופולים ועם כלי התקשורת הקשורים עמם ברשת של אינטרסים, והעניקו להם זכויות שהעמידו מכשול על הדרך לפירוקם. וכך במקום שהתקשורת תזכיר לממשלה שאין זו רק זכותה – אלא גם חובתה – להתערב בפעילותם של מגזרים אלה ולפקח עליהם כראוי, בחרה לא פעם להבליט טענות בדבר זכות הקניין ובעקרונות של שוק חופשי – כנשק נגד התערבותה. לכן חשוב להזכיר שעצמתו האדירה של השוק החופשי תלויה ביעילות הכלכלה, אשר מותנית בתורה בקיומה של תחרות. משק לא תחרותי הוא עיוות של הכלכלה הליברלית ולא ביטוי שלה. ולבסוף יצוין שלמקצת המונופולים והקרטלים יש הצדקה כלכלית, כמו לדוגמה אלה המוגנים בפטנט. במקרה הזה המונופול הוא תוצאה של ידע ייחודי שנרכש בהשקעה במחקר ופיתוח, ושוללי ניתנה לו הגנה בפטנט, לא הייתה ההשקעה ברכישת הידע נעשית מלכתחילה. סוג זה של מונופולים שכיח למדי בישראל בתחומי התכנה, המכשירים הרפואיים והתרופות, אך מרבית תוצרתו מיוצאת לחו"ל, ועל כן השפעתו על רמת המחירים בישראל מוגבלת למדי.

עד כאן דנו בכשלים שמקורם במבנה של השוק ובאופן שבו חברות דומיננטיות עלולות לנצל את כוחן המונופוליסטי כדי להשיג רווחים מופרזים, או מה שקרוי בעגת הכלכלנים: רווחים מעל לנורמלי.²⁹ בסעיף הבא נדון בכשלים שמקורם בהיעדר מידע על השותף לסחר. כשלים אלה אינם מוגבלים למבני שוק מסוימים, והם שכיחים למדי בחיים הכלכליים.

29 רווח נורמלי נחשב לרווח בשיווי משקל תחרותי.

ד. "סיכון מוסרי" (Moral Hazard) ו"בררה שלילית" (Adverse Selection)

"סיכון מוסרי" מוגדר כנזק שייגרם לאחרים כל אימת שיחיד, או חברה, אינם נושאים בתוצאות מעשיהם, או לחלופין אינם מקבלים את מלוא תמורתם. לו נאלצו המעשנים או השמנים לשלם מכיסם את מלוא המחיר של העישון שלהם או של עודף משקלם, אפשר שהיו משנים את התנהגותם. במציאות מערכת הבריאות הממלכתית אינה מפלה בין בני אדם על פי דפוסי התנהגותם, ולכן החברה בכללותה נושאת – דרך מערכת הבריאות הציבורית – בעלות העישון וההשמנה. מנקודת מבטו של היחיד אפוא אין הוא נושא בעלות של פעולותיו בעצמו, אלא הציבור כולו, והדבר מתמרץ אותו לנהוג באופן בלתי יעיל.

להמחשת הדברים, הנה לדוגמה תחום ביטוח כלי הרכב: ביטוח מכונית מפני נזק שעלול להיגרם לה מקטין את התמריץ לנהיגה זהירה, שהרי במקרה של תאונה תכסה חברת הביטוח את מרבית הנזק. מכאן שעצם קיומו של ביטוח יביא לידי גידול בכמות התאונות.³⁰ דוגמה חשובה אחרת היא מערכת קצבאות התמיכה. כדי להביא לידי הקצאה שוויונית הממשלה מספקת קצבאות תמיכה כפונקצייה של רמת הכנסה, קרי קצבאות גדולות למשתכרים מעט. אך קיים חשש שקצבאות אלה יתמרצו את מקבליהן שלא לצאת לעבוד. למשל: יחיד מייצר ערך של 30 ש"ח לכל שעת עבודה. יחיד זה יודע שאם יעבוד יותר, תעלה הכנסתו מעל לסף המזכה אותו בקצבה, ובניכוי אבדן הקצבה ישתכר בפועל 15 ש"ח לכל שעה נוספת.³¹ אפשר ש-15 ש"ח לא יפצו אותו על עבודתו, ובתגובה הוא יעדיף שלא לעבוד. התוצאה תהיה הקצאה בלתי יעילה ואבדן תוצר למשק.

תופעה נפוצה אחרת קרויה: "ברירה שלילית", שהגדרתה במילון Palgrave למונחים כלכליים היא זו:³²

"A market exhibits adverse selection when the inability of buyers to distinguish among products of different quality results in a bias towards the supply of low-quality products."

הדוגמה הקלסית היא שוק המכוניות המשומשות. מכונית היא מה שהכלכלנים מכנים "Experience Good", קרי מוצר שהצרכן לומד את טיבו המדויק רק לאחר קנייתו. ידוע

A. Cohen, *Asymmetric Information and Learning: Evidence from the Automobile Insurance Market*, THE REVIEW OF ECONOMICS AND STATISTICS 87, 197-207 (2005)

31 ברמות הכנסה נמוכות המס האפקטיבי בישראל (חיבור מסי הכנסה ובריאות, ביטוח לאומי והפסד מס הכנסה שלילי) מתקרב ל-50%.

32 C. Wilson, *Adverse Selection*, The New Palgrave Dictionary of Economics. Second Edition. Eds. Steven N. Durlauf and Lawrence E. Blume. Palgrave Macmillan (2008)

ששיעור מסוים מהמכוניות פגום באופן שמתגלה רק בזמן השימוש (lemon). בבקשכם לרכוש מכונית משומשת אתם מבינים שאם בעיני בעלי המכונית היא מצוינת, הסיכוי שיבקש למכור אותה נמוך מאשר אם היא גרועה בעיניו. לפיכך שיעור המכוניות הגרועות בשוק המכוניות המשומשות כולו יהיה גבוה משיעורן בכלל המכוניות מאותו הדגם. אפשר לתאר את הבעיה באופן דינמי כך: בעלי מכוניות שהתברר לאחר קנייתן שהן גרועות ירצו למכרן מהר יותר מבעלי מכוניות שהתברר שהן טובות. מאחר שקונים פוטנציאליים מבינים זאת, יקטן הביקוש למכוניות המשומשות, ועקב כך ירד מחירן. לפיכך מוכרים פוטנציאליים שיש ברשותם מכוניות באיכות ממוצעת ומעלה, יימנעו מלמכרן, שכן מחיר המכונית משקף את ערכה של מכונית טובה פחות מהממוצע. הבנה זו תקטין עוד את הביקוש ואת מחיר המכוניות המשומשות – דבר שיביא לידי המנעות ממכירתן גם של המכוניות המעט פחות טובות, וחוזר חלילה, עד ששיעור המכוניות הגרועות בשוק המשומשות יהיה גבוה במידה ניכרת משיעורן על הכביש.³³

תופעת "הברירה השלילית" מסבירה גם מדוע אין חברות הביטוח מציעות ביטוח שיניים, שכן להצעה זו ייענו בני אדם שיודעים כי צפויות להם הוצאות גבוהות על טיפולי שיניים יותר משייענו לה בעלי שיניים בריאות. מכאן שעלות הטיפולים של מי שבחר לרכוש את הביטוח תהיה גבוהה מן העלות של ממוצע האוכלוסייה. חברת ביטוח שמבינה זאת תציע פרמיה גבוהה כל כך עד שרק בעלי שיניים בעייתיות במיוחד ירכשו ביטוח. ושוב, התוצאה תהיה שחברת הביטוח תיאלץ להוציא כסף רב מאוד על טיפולי השיניים של מבוטחיה, ועל כן לא תציע ביטוח שכזה מלכתחילה. פתרון אפשרי לברירה השלילית הוא ביטוח אוניברסלי שיכפה על כלל האוכלוסייה לרכשו. קרוב לוודאי שכל האזרחים היו מעדיפים ביטוח זה כל עוד אין הם יודעים מה מצב שניהם. עם זאת גם ביטוח אוניברסלי אינו מתגבר על בעיית הסיכון המוסרי, מפני שקיומו של הביטוח יהיה תמריץ שלילי לכל יחיד לטפל כראוי בשיניו.

סיכום

לכאורה, משפט הרווחה השני משאיר מקום לאופטימיות כי הוא מראה שאפשר – באמצעות מנגנון השוק ובעזרת מערכת מסים וקצבאות – להגיע לידי כל הקצאה שנחפוץ, ובייחוד הקצאה יעילה ושוויונית. אולם על הדרך להקצאה שוויונית ויעילה עומדים מכשולים רבים. מקצת מכשולים אלה, כגון החצנות חיוביות ושליליות, מונופולים

G.A. Akerlof, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, THE QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 84(3), 488-500 (1970)

וקרטלים, מצריכים את התערבות הממשלה בפיקוח, ומקצתם – כמו בעיות הסיכון המוסרי והברירה השלילית – מצריכים מערכת תמריצים מתוחכמת. אך האם עלינו להסיק מהמורכבות העצומה של המערכת הכלכלית ומן הכמות הרבה של כשלי שוק ומן המשברים החוזרים ונשנים בה, שהתאוריה הכלכלית אינה אלא מבנה אינטלקטואלי מרשים, שידו קצרה מלהכריע בשאלות של מדיניות, וכי אין לנו אלא לפנות אל השכל הישר ואל המצפון הפנימי כדי שידריכו אותנו?

בתשובה על שאלה זו יש לזכור שכל המדינות המפותחות, ללא יוצא מן הכלל, נוקטות מדיניות כלכלית ליברלית. גם שוודיה וצרפת, שמיקומן בקצה השווינוי בקרב המדינות המפותחות, מקפידות הקפדה יתרה על קיומם של שווקים תחרותיים ומשאירות את מרבית פעילות הייצור בידי הסקטור הפרטי. מן הצד האחד אין בנמצא מדינה מפותחת – ולא הייתה – שסטתה במידה ניכרת מעקרונות הכלכלה הליברלית מבלי שנפגעה מן הדבר פגיעה כה חמורה, עד שאזרחיה תבעו ממנה להשיב את מדיניותה השמרנית משכבר הימים. בנוסף, קיימות דוגמאות רבות למדינות שהנהיגו רפורמות שוק וחוו פריחה כלכלית עצומה (אם כי לאמתו של דבר, לא אחת רפורמות שמרבית הכלכלנים תמכו בהן בעת הנהגתן הסתיימו בכישלון חרוץ). לפיכך המסקנה אשר עולה היא שלמרות כשליה הרבים תורת הכלכלה היא המצפן הטוב ביותר העומד לרשותנו אף על פי שנדרש עוד מאמץ אינטלקטואלי רב כדי שנדע כיצד אפשר לשלב טוב יותר יעילות כלכלית ושוויון.

פרק ב: כלכלה התנהגותית

מאת

מיה בר הלל, * אוריאל פרוקצ'יה **

הקדמה. א. תורת הערך; 1. התופעה; 2. נתונים מחקרניים; 3. יישומים משפטיים.
ב. אפקט הניסוח (framing); 1. התופעה; 2. נתונים מחקרניים; 3. יישומים משפטיים.
ג. אפקט הבעלות (endowment effect); 1. התופעה; 2. תוצאות מחקריות; 3. יישומים משפטיים.
ד. ביטחון-יתר בהערכת הסתברויות; 1. התופעה; 2. נתונים מחקרניים; 3. יישומים משפטיים.
ה. הטיית החכמה לאחר מעשה.
ו. הטיית העיגון (anchoring); 1. התופעה; 2. תוצאות מחקרניים; 3. יישומים משפטיים.
ז. תוספת קטנה לסיום הפרק; 1. הטיית בהערכת ראיות; 2. סטיות בהתנהגות; 3. היפוכי העדרפות.

הקדמה

"האדם הכלכלי" (homo economicus), שקווי היסוד לדמותו שורטטו בפרק א לעיל ובפרק ג להלן, איננו דומה למרבית האנשים שאנחנו פוגשים ברחוב. בראש ובראשונה האדם הכלכלי הוא "רציונלי" באופן מוחלט. הוא יודע להשתמש בכישוריו השכליים הבלתי מוגבלים כדי לברור לו את האופציות המיטביות מבחינתו גם כאשר מספרן של האופציות הוא רב, כשהשוואה ביניהן קשה, וכשחישוב התועלת המופקת מכל אחת מהן מורכב

* המחלקה לפסיכולוגיה והמרכז לחקר הרציונאליות, האוניברסיטה העברית.
** בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה והמרכז לחקר הרציונאליות, האוניברסיטה העברית.

ומסובך.¹ האדם הכלכלי הוא גם אנוכי, ותמיד בוחר את מה שטוב בשבילו – אפילו אין הדבר מיטיב עם זולתו.

לענייננו חשובה במיוחד היא הנחת הרציונליות. האדם הרציונלי, כהגדרתם של אחדים, הוא אדם המודע למטרותיו והנוקט אמצעים מיטביים בהתחשב במידע המצוי בידיו כדי לקדם מטרות אלה. בהגדרתם של אחרים האדם הרציונלי הוא אדם שבחירותיו מבין חלופות מקיימות כמה אקסיומות של עקיבות שנתפסות כחיוניות. דוגמה לאקסיומה של עקיבות היא אקסיומת הטרנזיטיביות, הדורשת מאדם המעדיף את א על ב ואת ב על ג שיעדיף את א על ג.² התנהגות רציונלית מעין זו עומדת בבסיסה של הכלכלה הנאו-קלאסית, שרבות מתובנותיה "מתמוטטות" אם אין מניחים אותה כהנחת יסוד.

תהיה ההגדרה של התנהגות רציונלית אשר תהיה, תצפיות יכולות לבדוק אם בני אדם אמתיים מקיימים אותה. הבדיקה נעשית באמצעות הכלכלה ההתנהגותית, שהיא ענף מעורב של כלכלה ופסיכולוגיה, שמיועד לערוך תצפיות מעין אלה, ובמידת האפשר אף מניח תשתית עיונית לפירוש הממצאים. כפי שעולה מתצפיות אלה, הנחת הרציונליות העומדת בבסיסה של הכלכלה הנאו-קלאסית, שרבות מן התובנות הכלולות בספר זה (אך לא כולן!) מבוססות עליה, מופרת לעתים קרובות בדרכי התנהלותן של הבריות. לא זו גם זו, טיפוסים הסטיות מן הפרדיגמה הרציונלית הנצפים במישור האמפירי ניתנים במקרים רבים לחיזוי מראש בגלל היותם שיטתיים.

תכליתה של הכלכלה ההתנהגותית היא אפוא להציע תאוריה כלכלית תיאורית אשר מוסיפה הולמות אמפירית לתאוריה הנאו-קלאסית הנורמטיבית, ובכך מביאה בחשבון את דרכי ההתנהגות הנצפים הלכה למעשה. כשם שהגישה הכלכלית למשפט מיישמת תובנות כלכליות בעולם המשפט, כך גם גישת הכלכלה ההתנהגותית למשפט (behavioral law and economics) מיישמת בעולם המשפט את תובנותיה שלה.

יישומן של תובנות הכלכלה ההתנהגותית, הן בתאוריה הכלכלית עצמה והן בהארת היבטים חבויים בעולם המשפט, איננו פטור ממחלוקות כבדות, שרבות מהן נותרו בלתי פתורות. נזכיר לשם דוגמה רק שתי ביקורות שכיחות על הרלוונטיות של העיסוק בכלכלה התנהגותית: אחת היא שגם אם התצפיות האמפיריות נעשות כהלכה, ואפשר להסיק מהן כי פרטים בחברה מתנהגים התנהגות לא רציונלית, אין לכך אלא השפעה זניחה על מה

1 Stephan Levitt and John List, *What Do Laboratory Experiments Measuring Social Preferences Reveal About The Real World?*, 21 THE JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 153 (2007)

2 פון נוימן ומורגנשטרן הוכיחו כי מרשימה קצרה של אקסיומות של עקיבות אפשר להוכיח שאפשר למדוד את התועלת המופקת מבחירה בחלופות שונות, וכל זה במספרים "קרדינליים" (כגון 1, 2, 17 וכדומה). להצגה פשוטה של הוכחה זו ראו DUNCAN LUCE AND HOWARD RAIFFA, *GAMES AND DECISIONS: INTRODUCTION AND CRITICAL SURVEY* 23-31 (1957).

שמכונה "שוק". כוחות השוק מונעים על ידי המוני פרטים שה"טעויות" שלהם, כלומר אותן סטיות מן הפרדיגמה הרציונלית, מקזזות זו את זו, ולעתים קרובות אף מתקנות את עצמן לאחר שהפרטים חוו את עלויות הטעות. המסתייגים מן הכלכלה ההתנהגותית מצביעים כראיה לדבריהם אלה על כוחה המנבא של הכלכלה הנאו-קלאסית ואף טוענים כי הדיוק בהנחותיה של הכלכלה הזאת איננו קריטי לכוחה של התאוריה.³ לשון אחרת, הכלכלה הנאו-קלאסית "עושה את העבודה" גם אם פה ושם הנחותיה ההתנהגותיות אינן מתקיימות הלכה למעשה.

ביקורת שכיחה אחרת על הכלכלה ההתנהגותית היא שתצפיותיה מעוררות בעיות מתודולוגיות קשות. נטען למשל כי צורת ניסוח השאלות מנחה את הנשאלים להשיב את התשובות שהחוקרים מצפים להן. ברוח זו נטען גם כי אין הרי ניסוי במעבדה, צורת הניסוי המקובלת על הכלכלנים ההתנהגותיים, כהרי התנהגותן של הבריות בעולם האמתי. לדוגמה, סל התשלומים במעבדה הוא בהכרח קטן ממה שצפוי לבני אדם בחייהם כשהם עומדים בפני בחירה "אמתית", בעיקר כזו שמשמעותיותה הכלכלית הן הרוח גורל. במעבדה מחיר הטעות הוא קטן, ולכן במגבלות הזמן והמאמץ המחשבת, מה שהנשאלים מוכנים להשקיע בבחירה הוא הרבה יותר צנוע מאשר בעולם האמתי, שבו המחיר שהיה נגבה מהם אילו עשו טעות "אמתית" בשאלה "גדולה" הוא גדול. הכלכלנים ההתנהגותיים דוחים בדרך כלל סוגי ביקורת אלה. הם מציינים למשל כי תובנות רבות אינן נשענות כלל על ניסויים במעבדה אלא על תצפיות על הנעשה ב"עולם האמתי". גם כאשר לניסויים במעבדה, הם נוקטים שיטות מתוחכמות כדי להוכיח את תקפותם אף על פי שאינם ניזונים מנתונים השאובים מחיי המעשה.⁴

במסגרת פרק זה לא נעסוק בדילמה זו. תכליתנו היא להניח בפני הקוראים מעין "תפריט טעימות" של תובנות הכלכלה ההתנהגותית, ולהניח למתעניינים לברר לעצמם באיזו מידה הם מוכנים להשתכנע. מטבע הדברים לא נוכל לסכם בפרק זה את כל תובנותיה של הכלכלה ההתנהגותית או להציע יישומים משפטיים המתבססים על כולן. נסתפק אפוא בכמה דוגמאות בלבד. במלאכה זו נציג בפני הקוראים כמה תופעות, ובכל הצגה שלושה חלקים עיקריים: בראשון נציין כיצד הכלכלה הנאו-קלאסית הייתה ניגשת לבעיה פלונית; בשני נציג

3 טענה זו מוצאת חיזוק בסברה הרווחת בין כלכלנים שתאוריה טובה אינה חייבת להסתמך על הנחות מדויקות. מבחנה של התאוריה היא ביכולתה להסביר את המציאות ולנבא התנהגות, ולכן גם אם הנחות המודל אינן מדויקות, אין זה מן הנמנע שהדיוק נחוץ כדי שהתאוריה "תעשה את העבודה". ראו לעניין זה למשל Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS* 3 (1953).

4 לדוגמה, כדי להתגבר על הקושי הנובע מערכם הנמוך של התגמולים המוצעים במעבדה (לחוקר אוניברסיטאי אין תקציבי ענק שהוא יכול "לבזבז" על תשלומים גבוהים לנבדקיו), נעשתה סדרה של ניסויים על נבדקים החיים במדינות עניות במיוחד (למשל בנגלדש), שם גם הסכומים הקטנים יחסית של תקציבי המחקר שקולים כנגד שכר של חודשי עבודה רבים.

בפני הקוראים ממצאים אמפיריים הסותרים את הנחותיה של הכלכלה הנאו-קלאסית; בשלישי נעמוד על הרלוונטיות המשפטית מהחלטה של תוכנת הכלכלה ההתנהגותית.

א. תורת הערך

1. התופעה

אחת ההנחות הבסיסיות ביותר של הכלכלה הנאו-קלאסית היא שמקבלי החלטות משיאים את תועלתם. תועלת זו ניתנת לתיאור באמצעות "פונקציית תועלת" (utility function), והתורה המלווה פונקצייה זו מכונה "תורת התועלת". המשתנים על הציר האופקי יכולים להיות סוגים שונים של "טובין" (בראש וראשונה כסף, אך גם מקרקעין, שעות פנאי, וכיו"ב). המשתנה על הציר האנכי הוא הערך הסובייקטיבי שהפרט מפיק מטובין אלה, הנקרא "תועלת". אף על פי שלכל אדם יכול שתהיה פונקציית תועלת משל עצמו, השונה מזו של זולתו, תורת התועלת מניחה את קיומן של תכונות מסוימות המשותפות בדרך כלל לפונקציות התועלת של כל בני האנוש.

צורה אופיינית של פונקציית תועלת מעין זו מתוארת בתרשים הזה:

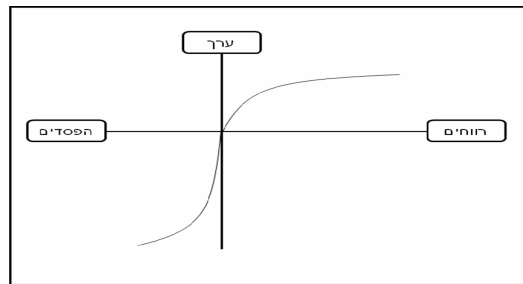


עיון בתרשים חושף תכונה מרכזית של פונקציית תועלת אופיינית זו: ככל שהעושר גדל, גם התועלת גדלה, אולם הקצב שבו היא גדלה הולך ופוחת. תכונה זו מכונה "תועלת שולית פוחתת" (decreasing marginal utility), והיא מבוטאת גרפית בצורתה הקעורה של פונקציית התועלת. בצד שמאל של התרשים, מימין לראשית הצירים, גידול בעושר מגדיל את התועלת בשיעור מסוים, וככל שעושרנו גדל ואנו מתרחקים ימינה מראשית הצירים, גידול בעושר מגדיל את התועלת בשיעורים הולכים ופוחתים. קל להבין את האינטואיציה המסבירה

תכונה זו: כמה היינו נהנים מתוספת חודשית של 500 ש"ח למשכורתנו לו הייתה זו 3,000 ש"ח לחודש, לעומת אותם 500 ש"ח לו היו מתווספים למשכורת חודשית של 30,000 ש"ח. כמה עבודות פורצות דרך בכלכלה התנהגותית הוכיחו כי תורת התועלת, שכוחה רב לה כתורה נורמטיבית המציעה כיצד ראוי לו לאדם רציונלי לנהוג, אינה מתארת בצורה נאותה את התנהגותן של הבריות בפועל. חלוצי התובנות הללו היו הכלכלן הרברט סיימון⁵ בשנות החמישים של המאה העשרים וצמד הפסיכולוגים הישראליים עמוס טברסקי ודניאל כהנמן בשנות השבעים שלה, והן זיכו את הוגיהן בשני פרסי נובל בכלכלה⁶ (ב-1978 וב-2002). אחריהם נהו עוד רבים אחרים. סיימון הראה בעיקר שבני אנוש הם יצורים בעלי מגבלות רבות – מגבלות של זיכרון, של יכולת חישובית ושל משאבים כגון זמן וכוחות – העלולות למנוע מהם לאתר את המהלכים האופטימליים ולנהוג על פיהם. כהנמן וטברסקי שללו את תקפותה האמפירית של תורת התועלת והעמידו במקומה תורה חלופית, הקרויה "תורת הערך" (Prospect Theory). תורת הערך צועדת צעד אחד קדימה ביחס למשנתו של סיימון, שכן היא מראה שטיבה של הקוגניציה האנושית איננו מאפשר לרוב הבריות לנהוג תמיד באופן אופטימלי, אפילו בבעיות פשוטות שאינן מאתגרות את המגבלות שסימון דיבר עליהן.

2. נתונים מחקריים

פונקציית הערך שהניחו כהנמן וטברסקי מתוארת בתרשים הזה:⁷



- 5 הרעיון שהגה סיימון בשנת 1955 הוא "הרציונליות החסומה". חסומה על שום מה? סיימון טען כי הנחתה הבסיסית של התאוריה הכלכלית הנאו-קלאסית בדבר רמתה האופטימלית של היעילות האנושית כאשר עסקינן בבחירה צרכנית שגויה; הרצון למקסם בחירה זו ברמתה האופטימלית יקר מדי לביצוע, ויכולותיו של בן האנוש לחשב את הדרך לכך מוגבלות. משום כך יסתפק ב"תוצאה בקירוב", קרי בתוצאה נסבלת ומספקת, ולא דווקא אופטימלית. ראו עוד במאמרו המכונן Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 THE QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 99-188 (1955).
- 6 טברסקי לא זכה להימנות עם חתני הפרס כי נפטר לפני השנה שבה זכה כהנמן בפרס.
- 7 הדוגמאות שבפסקה זו לקוחות, בצורה זו או אחרת, מעבודתם המרכזית של טברסקי וכהנמן משנת 1979. ראו Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 ECONOMETRICA 313 (1979).

פונקציית הערך שונה במובהק מפונקציית התועלת בשלוש תכונות עיקריות:

א. היחס לסיכון. כנאמר לעיל, מהפונקצייה האופיינית של תורת התועלת נובעת התכונה הגלובלית של "שנאת סיכון"⁸. תכונה זו מוגדרת כהעדפה של תוחלתו של הימור על פני ההימור עצמו,⁹ והביטוי הדיאגרמטי שלה הוא צורה קעורה, שתיאורה ממלא את התרשים כולו. פונקציית הערך דומה לפונקציית התועלת בצדו הימני של התרשים, מה שמבאר מדוע גם לפי תורת הערך נעדיף רובנו לקבל 1,000 ש"ח בוודאות ולא 2,000 ש"ח בהסתברות של חצי. אולם מצורתה של פונקציית הערך אפשר לראות כי אם מדובר בהפסדים, הגלגל מתהפך (למשל, נעדיף להפסיד 2,000 ש"ח בהסתברות של חצי מאשר להפסיד בוודאות 1,000 ש"ח). ואמנם כפי שאכן עולה מניסויים רבים, כאשר מדובר בהפסדים רובנו דווקא מעדיפים הימורים (או כפי שהם מכונים לעתים, "הגרלות") על פני תוחלתם. סוג זה של העדפה נקרא "אהבת סיכון". דפוס של שנאת סיכון בתחום הרווחים ואהבת סיכון כאשר מדובר בהפסדים איננו מתיישב עם פונקציית התועלת האופיינית, אך נגזר מפונקציית הערך, שבתחום ההפסדים (שמאלה מראשית הצירים) צורתה קמורה.

ב. שנאת הפסד. מחקרים מראים כי רובנו נעדיף לדחות הימור שבו הסתברות של 50% להרוויח 1,000 ש"ח והסתברות של 50% להפסיד 1,000 ש"ח. רבים מאתנו יסרבו להימור כזה אפילו אם הרווח האפשרי יוגדל ל-1,500 ש"ח ואף ל-2,000 ש"ח אף על פי שתוחלת הרווח (האובייקטיבי) מהימור כזה חיובית (שכן הרווח האפשרי עולה על ההפסד האפשרי, באותן הסתברויות).¹⁰ תכונה זו נקראת "שנאת הפסד". לכאורה העדפה זו ניתנת להסבר גם באמצעות שנאת סיכון, כך: אם נצרף את התוצאות האפשריות לסטטוס קוו (נכנה אותו "W" – קיצורה של המילה "wealth"), כנדרש בפונקציית התועלת, ההעדפה המדוברת פירושה העדפת התועלת של W על פני ההימור שנייב לנו בסופו של דבר את התועלת הנגזרת מעושר ברמה של W + 1,500 בהסתברות של חצי, ואת התועלת הנגזרת מעושר ברמה של W - 1,000 בהסתברות של חצי. העדפה זו – יכולים היינו לחשוב – איננה אלא שנאת סיכון, הגם שבממדים קיצוניים למדי. אולם הכלכלן המהולל קנת' ארו הוכיח, עוד בשנת 1971,¹¹ כי מקבל החלטות רציונלי שפונקציית התועלת שלו תואמת את תורת התועלת יעדיף תמיד הימור "קטן" (כלומר שתוצאותיו קטנות ביחס ל-W, כמו בדוגמה

8 המילה "סיכון" מציינת בתורת ההחלטה אי-ודאות ולא סכנה.

9 התוחלת של הימור מוגדרת כמכפלת תוצאותיו האפשריות בהסתברות קבלתן. לדוגמה, התוחלת של הימור שבו על פי הטלת מטבע זוכים ב-2,000 ש"ח או בלא כלום היא אפוא $2000 \times \frac{1}{2} + 0 \times \frac{1}{2} = 1000$.

10 תוחלת הרווח מהימור שיש בו הסתברות של חצי לזכות באלפיים ש"ח והסתברות של חצי להפסיד 1,000 ש"ח היא 500 ש"ח $(2000 \times \frac{1}{2} - 1000 \times \frac{1}{2} = 500)$.

11 ראו לעניין זה, KENNETH ARROW, ESSAYS IN THE THEORY OF RISK-BEARING (1971).

שלנו) בעל תוחלת חיובית על פני הסטטוס קוו, וזאת משום שבהימורים קטנים כגון זה שלפנינו פונקציית התועלת חייבת להיות בקירוב ליניארית (אף על פי שאם מתבוננים בכולה "בבת אחת" היא אמנם קעורה).¹² במילים אחרות, פונקציית התועלת בדרך כלל איננה סובלת שנאת סיכון במידה שכזו, למרות צורתה הקעורה.¹³ לעומת זאת הממצא האמפירי שרובנו דוחים גם הימורים קטנים למרות תוחלתם החיובית מתיישב היטב עם רגישותנו להפסדים שהיא גדולה מרגישותנו לרווחים שווי גודל, עובדה שמבוססת באמצעות התלילות הגדולה יותר של פונקציית הערך בתחום ההפסדים (הזרוע השמאלית) בהשוואה לתחום הרווחים (הזרוע הימנית). שוב, לתכונה זו קוראים "שנאת הפסד".

ג. נקודת התייחסות. נניח כי פלוני קיבל זה עתה מענק בסך 1,000 ש"ח, ועליו לבחור מבין שתי חלופות: א. הפסד ודאי ומידי של 100 ש"ח; ב. הפסד של 200 ש"ח בהסתברות של חצי. רוב האנשים בוחרים באפשרות השנייה (נזכור כי רובנו שוחרי סיכונים בתחום ההפסדים). על פי תורת התועלת, זאת הייתה צריכה להיות דרך החשיבה של פלוני: מכיוון שזוה עתה קיבלתי מענק של 1,000 ש"ח, הרי שאם נבחר באפשרות הראשונה, יישאר לי רווח ודאי ומידי של 900 ש"ח. לעומת זאת האפשרות השנייה תיתן לי רווח של 1,000 ש"ח בהסתברות של חצי, ואחרת – רווח של 800 ש"ח. בכל מקרה ההימור מוביל רק לרווחים, ולא להפסדים. כזכור, כאשר מדובר ברווחים רובנו דווקא שונאי סיכון, ואכן בבחירה בין 900 ש"ח ודאיים לבין הטלת מטבע בין 1,000 ש"ח ל-800 ש"ח, רובנו מעדיפים את הרווח הוודאי בסך 900 ש"ח. אם כן, מדוע רוב הנשאלים לעיל מעדיפים את ההימור המשולב המקורי על פני תוחלתו? התשובה היא שמיד עם קבלת המענק השתנתה נקודת התייחסות שלהם (ראשית הצירים שלהם "זוה" באלף ש"ח ימינה), ולפיכך ההימור כפי שהוא מוצג הוערך כהימור בין הפסדים ולא בין רווחים. אכן, תורת התועלת מניחה שראשית הצירים קבועה במקומה, ואילו תורת הערך ממוקדת בנקודת התייחסות, המשתנה תדיר לפי מצבי העושר המשתנים של הבריות.

12 כפי שצינו קודם, אמנם סביר להניח כי תוספת של 500 ש"ח למשכורת החודשית "תשמח" את מי שמשכורתו 3,000 ש"ח יותר משתשמח את מי שמשכורתו 30,000 ש"ח. סיבה אינטואיטיבית לכך היא שכל תוספת לשכר דל "קונה" לבעליה צורכי חיים חיוניים יותר משהייתה "קונה" לבעלי שכר דשן. אך בהימורים קטנים, נניח של 20 ש"ח, קשה להניח כי רמת חייו של המהמר תשתנה בהרבה אם יזכה בהימור או יפסיד בו. אם בכל זאת רובנו מעדיפים 20 ש"ח על סיכוי של חצי לקבל 40 ש"ח, סביר לתלות זאת בשנאת הפסד יותר מבשנאת סיכון.

13 מבלי להיכנס לעובי הקורה נציין כי פונקציות שקעירות מספקת כדי להסביר העדפות שכאלה מובילות לסתירות נוספות. קוראים מעוניינים מופנים להוכחת הטענה ב- Matthew Rabin, *Risk Aversion and Expected Utility Theory: A Calibration Theorem*, 68 *ECONOMETRICA* 1281 (2000).

בתורת הערך ה"נשאים" (carriers) של ערך הם שינויים בעושר ולא מצבי עושר סופיים, כפי שמניחה תורת התועלת. העובדה שבתורת הערך שינויי מצב לרעה מתנהגים אחרת משינויי מצב לטובה (כמתואר על ידי שתי הזרועות שונות-הצורה של פונקציית הערך) משבשת את אפשרות המעבר בין הפונקציות ומונעת ניסוח מחדש של בעיית החלטה במונחי שינויי מצב כבעיית החלטה במונחי מצבים סופיים – ולהפך.

3. יישומים משפטיים

ייתכן שהיותנו רגישים לשינויים במידת העושר שלנו יותר מאשר למצבי העושר הוא תכונה שלא נעלמה גם מהמחוקק וההותירה רישומה בענפים רבים של המשפט. דוגמה לכך היא שיעור חבותו של בעל לזון את אשתו על פי דין תורה, שלעניין זה הוא גם דין המדינה.¹⁴ שיעור זה נקבע על פי הכלל ההלכתי הידוע כ"עולה עמו ואינה יורדת עמו". לפי כלל זה, אישה דלת אמצעים הנישאת לבן זוג אמיד ממנה זכאית למזונותיה ברמה התואמת את אורח חייו ואת יכולתו של בן הזוג (כלומר היא "עולה עמו"). לעומת זאת אישה שבאה מבית אמיד מזה של בן זוגה זכאית שבן זוגה יזון אותה ברמה התואמת את הרגליה מבית הוריה, ואין היא צריכה להסתפק ברמה התואמת את אורח חייו ויכולתו של בן הזוג (כלומר אין היא "יורדת עמו"). לכאורה, הוראת דין בעלת אופי סוציאלי המזכה אישה במזונותיה הייתה צריכה לשאת אופי שוויוני. כל הנשים היו צריכות להימדד באותו סרגל המאפשר להן רמת חיים סבירה המתחשבת בנסיבות חייו ויכולתו של בן הזוג. ואולם אם מטרת הדין איננה להעניק לנשים רמות חיים שוות באופן אובייקטיבי, הנחשבות למספיקות, אלא רמות תועלת שוות מן העושר הניתן להן, יש להביא בחשבון את נקודת ההתייחסות שביחס אליה חווים את השינויים. נקודת ההתייחסות הזאת כאן היא רמת חייה של האישה בטרם נישואיה.

הדוגמה הבאה נקיה פחות, מהיותה ניתנת גם לפרשנות אחרת. גמלאות סוציאליות, כמו למשל דמי אבטלה, גמלת נפגעי עבודה וכיוצא באלה, מבוססות לעתים קרובות על הכנסתו של הזכאי להן (בכפוף לתקרה סטטוטורית). מאחר שמטרת הגמלאות היא סוציאלית, נשאלת השאלה מדוע שיעור הגמלה אינו אחיד לכולם. אפשר להצדיק תוצאה דיפרנציאלית זו על יסוד מערכת השיקולים שנדונה לעיל, קרי מניעת שינויים דרסטיים לרעה ברמת ההכנסה. עם זאת דמי הביטוח המשתלמים בעד הזכות לגמלאות גם הם יחסיים לגובה ההכנסה, ולכן התוצאה הדיפרנציאלית ניתנת להסבר חלופי על יסוד הטיעון שמי ששילם דמי ביטוח גבוהים יותר זכאי לגמלאות מוגדלות.

14 ע"א 508/70 נתוביץ נ' נתוביץ, פ"ד כה(1) 603 (1971).

אהבת סיכון בהפסדים, היינו הנתון האמפירי שרוב הבריות "מעדיפות סיכונים" כאשר מדובר בהפסדים, כפי שעולה מתורת הערך אך לא מתורת התועלת, מתאימה יפה לתופעות מעניינות רבות בעולם המשפט. נסתפק כאן בדוגמה אחת – חשיפתו של רציונל פסיכולוגי למוסד "הבניית הענישה" במשפט הפלילי הדיוני. כידוע, בשנים האחרונות הוצעו, ואף יושמו, רפורמות מרחיקות לכת בדיני הענישה. בעבר היה נהוג שעברות פליליות תגדרנה רק את עונשי המקסימום הצפויים לעבריינים, ולבתי המשפט הוענק שיקול דעת רחב איזה עונש להשית על עבריינין, מאפס ועד למקסימום הקבוע בחוק. לעומת זאת כיום מקובל במדינות שונות להגביל את שיקול הדעת, או בלשון נקייה יותר, "להבנות" אותו. שיקול דעת "מובנה" הוא גרסה מרוככת של ענישה על פי תעריפון סטטוטורי, ולכל עברה, המלווה בנסיבות כאלה או אחרות, התעריפון מתאים עונש קבוע, או כמעט קבוע.¹⁵ הרטוריקה הנלווית להבניית שיקול הדעת בענישה נאחזת בדרך כלל בטעמים של צדק אפקטי – השאיפה להחיל תוצאות עונשיות דומות על התנהגויות עברייניות דומות, ולא לתלות את העונש בגחמותיו של הפוסק או במאפייניו האישיים (הנבדלים מן המאפיינים האישיים של פוסקים אחרים הנדרשים לסוגיות דומות). מובן מאליו כי להבניית שיקול הדעת בענישה יש גם חסרונות לא מעטים. העבריינים הם כה שונים אלה מאלה, ונסיבות ביצוע העברה הן לעתים קרובות כל כך ייחודיות לכל אחד מהם, עד שאי־התחשבות בשיקולי ענישה פרטיקולריים נתפסת לעתים קרובות כבלתי ראויה. אחרי הכול, גם אם יש להחיל תוצאות דומות על מעשים דומים, יש להחיל תוצאות שונות על מעשים שונים.

מבלי להכריע בשאלה הערכית הזאת אפשר לציין כי התופעה של אהבת סיכון בהפסדים מספקת סיבה פסיכולוגית להצדקת ההבניה של שיקול הדעת בענישה. נניח לשם הפשטות כי בשיטה "מובנה" העונש התעריפי הוא חמש שנות מאסר, ואילו בשיטה המבוססת על שיקול דעת תוחלת העונש היא חמש שנים, אך הוא יכול לנוע בין אפס לבין עשר שנים, על פי החלטתו של מי שמפעיל את שיקול הדעת. מאחר שעונש הוא בוודאי "הפסד", סביר לצפות שעבריינים יעדיפו את ההגרלה על פני תוחלתה. במילים אחרות, חמש שנות מאסר ודאי מרתיעות יותר מן ההגרלה, היינו מהאפשרות להיכלא לתקופת מאסר לא ידועה מראש, גם אם תוחלתה היא חמש שנים. לכן אם אחת המטרות העיקריות של דיני הענישה היא

15 בארצות הברית הוחק חוק פדרלי – Sentencing Reform Act, 1984, אשר על פי הנחיותיו נעשתה הבניית ענישה בעברות פדרליות מסוג פשע וכמה סוגי עוונות חמורים. בעקבות הדוגמה הפדרלית התקבלו הנחיות ענישה בכמחצית ממדינות ארצות הברית. בשעת כתיבת שורות אלה בוחנת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הצעת חוק ממשלתית המיועדת להנהיג הבניית ענישה גם בארצנו, אך להצעה זו קמו מתנגדים רבים, וגורלה עדיין לוט בערפל.

להרתיע עבריינים, ובכך לצמצם את ממדי הפשיעה, הבניית שיקול הדעת בענישה מבחינה זו היא רעיון טוב.¹⁶

התובנות המתייחסות להבניית שיקול הדעת בענישה ישימות במידה רבה גם במשפט הפרטי, ככל שהוא מתייחס לשיקולי הרתעה, ובמיוחד ככל שהוא מתייחס לעולות מכוונות, שבהן איננו חוששים ל"הרתעת-יתר". למשל, דיני הנזיקין מרבים לאחרונה לחייב מזיקים לשלם לניזוקים פיצויים ללא הוכחת אשמה ובכך לשחרר את הצדדים מן השקלא וטריא הכרוך באומדן שיעור הפיצויים. יש לכך דוגמאות רבות, כגון על פי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 וחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. כל החוקים האלה מזכים את הקרבן בפיצוי ששיעורו נקבע בגוף החוק. פיצוי זה אמנם נקבע כסכום מרבי ולא כסכום קשיח שאין לסטות ממנו, אולם יש לשער כי מרבית השופטים נאחזים בסכום מרבי זה כבמעין עוגן שהסטיות ממנו מועטות. ככל שהשערה זו נכונה, ובהנחה שבהעדרו סכום הפיצוי היה יכול להיות גבוה יותר או נמוך יותר, יש בכך כדי להגביר את ההרתעה, כי המזיק רואה לנגד עיניו סכום קבוע ולא רק הגרלה.¹⁷

עוד תכונה שהדגשנו בפרשנותנו לתורת הערך היא שנאת ההפסד. להלן שתי דוגמאות המבהירות את כוחה של תכונה זו בעולם המשפט: השכירים שבנו יודעים כי מלבד שכר עבודה "רגיל" אנו זוכים לסוגים שונים של הטבות סוציאליות הנדרשות על ידי החוק (למשל זכאות לגמלאות הביטוח הלאומי). חלק מן הפרמיה הנדרשת למימון ההטבות מנוכה מהשכר, ואילו חלק אחר, לעתים חלק הארי, משולם על ידי המעביד. מאחר שהמעביד אחת היא לו אם יוגדל השכר תוך פטירתו מתשלום "חלקו" למימון ההטבות הסוציאליות או שהשכר יהיה נמוך יותר אך הוא ידרש להוסיף עליו את סכום ההטבות – מי שמשלם את הפרמיה בסופו של דבר הם השכירים (או ליתר דיוק, עול התשלום מתחלק בין הצדדים על פי הגמישויות היחסיות של הביקוש וההיצע). מדוע אפוא השכירים משחקים את המשחק, מחלקים את הפרמיה לשני חלקים ועומדים על כך שהם ישלמו רק את מקצתה

16 ראו Alon Harel & Uzi Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Detering Crime*, 6 AMERICAN LAW AND ECON. REV. 276 (1999).

17 הפיצוי ללא הוכחת נזק איננו מתיימר לבוא במקום זכותו של הקרבן להוכיח את נזקו במקרים שבהם הנזק עולה על שיעור הפיצויים ללא הוכחת נזק. במצב דברים זה ברור שעצמת ההרתעה עולה כי תוחלת הפיצוי עולה גם היא, שהרי הקרבן ישתמש בזכותו להוכיח את נזקו רק במקרים שבהם הנזק עולה על שיעור הפיצויים ללא הוכחת נזק. לכן תפריט הפיצויים בחוקים דלעיל מגביר את ההרתעה בשני מובנים מצטברים: גם בהעלותו את תוחלת הנזק (לצורך מסקנה זו אין אנו נזקקים לתובנותיה של הכלכלה ההתנהגותית) וגם בקבועו שיעור פיצויים קבוע ואינו מסתפק רק בהגרלה.

ואילו המעביד ישלם את יתרתה? תשובה אפשרית אחת היא שכך תשלום הפרמיה הנדרשת למימון ההטבות הסוציאליות "כואב" לשכירים פחות ממה שהיה אילו הוגדל שכרם אך היו נדרשים להפריש חלק גדול יותר ממנו לתשלום הפרמיה. התוספת לרווחתם עקב הגדלת שכרם בסכום נתון הייתה קטנה מן הגריעה מרווחתם עקב הגדלת חלקם בתשלום הפרמיה באותו שיעור: פונקציית הערך על פי תורת הערך תלויה ברביע השלילי יותר מברביע החיובי.

דוגמה נוספת נוגעת למס חברות. בארצות רבות, ובהן ישראל, חברות נדרשות לשלם מס חברות נוסף על חובתם של בעלי המניות לשלם מס על הרווחים שהם מפיקים מן החברה. ברור שתשלום המס על ידי החברה הוא מעין פיקצייה. מי שמשלם למעשה את המס הוא מי שעושרו נגזר מעושרה של החברה, כלומר בעלי המניות. מדוע אפוא אין ממסים את בעלי המניות בשיעור גבוה יותר ופוטרים את החברה מחובותיה כ"נישום"? יש לציין כי הואיל ושיעור המס הנגבה כמס חברות הוא קבוע, יש לו מאפיינים רגרסיביים ברורים לעומת מס ההכנסה הנגבה מיחידים, שהוא פרוגרסיבי. מס החברות גם יוצר עיוותים רבים, כגון בין הנפקה במניות לבין הנפקה באיגרות חוב (הריבית על איגרות חוב, שלא כמו דיבידנד על מניות, ניתנת לניכוי מבסיס מס החברות), או בין חלוקת הרווחים לבעלי המניות לבין הותרתם בתוך החברה. הסבר פסיכולוגי אפשרי הוא שיתרונו של מס החברות הוא בעצם עמימותו – איש אינו מפנים את העובדה כי הוא משלם את המס, ולכן הצער הנגרם מתשלומו קטן מהצער מתשלום באותו שיעור שהיה נגרם אילו רווחיהם של בעלי המניות היו גדולים יותר אך חלק גדול יותר מהם היה מנוכה כמס.¹⁸

ב. אפקט הניסוח (framing)

1. התופעה

בסעיף הקודם ראינו ממצאי מחקרים שלפיהם קיימות סטיות התנהגותיות רבות מתורת התועלת. למשל, כאשר מדובר ברווחים אנו נוטים להעדיף את תוחלתו (החיובית) של הימור על פני ההימור עצמו, אך כאשר מדובר בהפסדים אנו נוטים להעדיף הימור על תוחלתו (השלילית). בסעיף זה נסביר שאפילו העדפות אלה אינן בהכרח "אמתיות" (במובן שיוסבר מיד) אלא נתונות בקלות למניפולציה. נגדיר העדפה כ"אמתית" כאשר היא מתייחסת למושאי הבחירה עצמם, למשל העדפת טעמו של תפוח על פני זה של אגס.

18 רעיונות אלה הובעו על ידי Edward McCaffrey, *Cognitive Theory and Tax*, in BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 398 (Cass Sunstein ed., 2000).

העדפה לא תיחשב "אמתית" במובן זה כאשר היא תלויה בנוסח שבו מושאי הבחירה מוצגים לבוחר. למשל, אם מישו מעדיף תפוחים על פני אגסים, היינו מצפים שלא יעדיף pears על פני apples רק משום שמושאי הבחירה הוצגו הפעם בשפה האנגלית. הצורך להתייחס לדברים על פי מהותם ולא על פי הדרך שבה הם מתוארים עובר כחוט השני בעולם המשפט. למשל, ברי לכול כי עסקת "מכר חוזר", למרות שמה, איננה אלא משכון בתחפושת.¹⁹ כמו כן ההבחנה בין "שכירות מקרקעין" ל"רישיון להחזיק במקרקעין" היא הבחנה מהותית (ולא סמנטית גרידא), ולכן אין שומעים למי שמשכיר מקרקעין אך מכנה את חוזה השכירות בשם "רישיון". גם דיני המסים מתעלמים דרך קבע מ"עסקאות מלאכותיות" שלמרות כינוייהן המטעים תכליתן אינה אלא הימנעות ממס. והנה מסתבר כי כאשר בקבלת החלטות עסקינות, "החיים והמוות הם ביד הלשון". כלומר, לעתים קרובות הבחירה בין חלופות איננה נעשית בשל מה שהן אלא בשל הניסוח הלשוני שמתאר אותן. במילים אחרות, מקבל החלטות עשוי להעדיף חלופה א על פני חלופה ב כאשר הדילמה מוצגת לו באופן אחד, ואת ב על פני א אם היא מוצגת לו בניסוח לשוני אחר – וזאת גם כאשר לית מאן דפליג שמדובר באותן חלופות בדיוק. עריצותה של הדרך שבה נעשה במוחנו עיבוד הנתונים עד לשלב היווצרותה של ההעדפה מוליד את מה שמכונה "אפקט הניסוח" (framing effect), ולתיאורו של נושא זה אנו פונים עתה. כפי שיתברר, יש לממצא זה השלכות בעלות חשיבות על הגישה הכלכלית למשפט.

2. נתונים מחקרניים

גם ללא נתונים מחקרניים ניסיון החיים מלמד אותנו כי לעתים מזומנות אנו משנים את יחסנו לסובב אותנו על פי הדרך שבה הוא מתואר. ידועה המימרה בעולם דובר האנגלית על האב הרחום המוליך את בתו לחופה ולבו דואב על שהוא מוסר אותה כביכול לידי זר, והנה הוא מתנחם כאשר אומרים לו ש"אין הוא מאבד בת אלא זוכה בכך". הנתונים המחקריים תומכים באופן מלא באינטואיציה הזאת. בעולם האמתי שינוי בתיאור או בניסוח יכול לחולל שינוי במידע של המחליט, או לפחות במידע שעולה על דעתו של המחליט, או לסמן הבדלים שכדאי להביאם בחשבון ושלא הובאו קודם לכן וכדומה. אפשר להתווכח אם "אפקט הניסוח" הוא שינוי מדומה או שינוי אמתי. אולם בניסויים שנעשו קל לשלוט בכל המשתנים עד כדי כך שההבדל בין החלופות העומדות לבחירה יהיה, לכל הדעות, הבדל ניסוחי גרידא. הניסוי המפורסם ביותר המדגים את אפקט הניסוח נקרא בשם "בעיית השפעת האסימטיות", שנוסה עד היום ברבבות נשאלים (הגם שלא כולם בניסויים מבוקרים), ובהם

19 סעיף 2(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 קובע כי "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא".

גם אנשים מתחום מדיניות הבריאות:²⁰ נשאלים מתבקשים לדמות לעצמם כי על פי מידע שהגיע לידם עומדת להתחולל בחורף הקרוב מגפה קשה של שפעת אסיאתית מזן חדש ואלים. ההערכה היא כי אם לא ייעשה דבר, 900 בני אדם ימותו מן המגפה. קבוצה אחת מתבקשת לבחור בין שתי תכניות פעולה כדלקמן:

תכנית א: אם תאומץ תכנית פעולה זו, יינצלו חייהם של 600 בני אדם.

תכנית ב: אם תאומץ תכנית פעולה זו, יכולה להיות לה אחת משתי תוצאות אפשריות: אם היא תעלה יפה, יינצלו כל 900 האנשים. הסיכוי לאפשרות זו מוערך בשני שלישים. אולם יש סיכוי של שלישי שהתכנית לא תצליח, ואז לא יינצל איש.

הקבוצה השנייה מתבקשת אף היא לבחור בין שתי תכניות פעולה כדלקמן:

תכנית ג: אם תאומץ תכנית פעולה זו, ימותו 300 אנשים.

תכנית ד: אם תאומץ תכנית פעולה זו, יכולה להיות לה אחת משתי תוצאות אפשריות: אם היא תעלה יפה, לא ימות אף אחד. הסיכוי לאפשרות זו מוערך בשני שלישים. אולם יש סיכוי של שלישי שהתכנית לא תצליח, ואז ימותו כל 900 האנשים.

קל לראות כי תכנית א זהה לתכנית ג. בשני המקרים יינצלו 600 בני אדם ו-300 בני אדם ימותו. כמו כן תכנית ב זהה לתכנית ד. בשתי התכניות יש סיכוי של שלישי שכל 900 בני האדם ייספו במגפה, וסיכוי של שני שלישים שכולם יינצלו. לכן יש טעם לצפות שמי שמעדיף את א על ב יעדיף גם את ג על ד, ולהפך. כך היה נוהג אדם רציונלי אשר העדפותיו עקיבות ו"אמתיות" (במובן שהוגדר לעיל). אך לא זו תוצאת הניסויים: בקבוצת הנשאלים הראשונה מרבית הנבדקים מעדיפים את תכנית א על פני תכנית ב, שהיא ההעדפה המבטאת "שנאת סיכון". לעומת זאת בקבוצת הנבדקים השנייה רובם העדיפו את תכנית ד על פני תכנית ג, שהיא ההעדפה המבטאת "אהבת סיכון".

מדוע השתנו ההעדפות אף על פי שלא השתנו החלופות? הבחירה שהוצגה בפני הקבוצה הראשונה נקטה לשון שכיוונה ל"רווחים", כי התוצאות תוארו במונחים של הצלת נפשות. הבחירה שהוצגה בפני הקבוצה השנייה נקטה לשון שכיוונה ל"הפסדים", כי התוצאות תוארו במונחים של קרבנות הנספים במגפה. עינינו הרואות, העדפתן של הבריות נקבעת לעתים קרובות לא על פי התוצאות הסופיות (כאן: גודל האוכלוסייה לאחר המגפה ובחירת האסטרטגיה להתמודד עמה) ואפילו לא על פי סימנם או עצמתם של השינויים מנקודת ההתייחסות (כמה ימותו וכמה יינצלו), אלא על פי דרכי הניסוח הלשוני שבהן מוצגות החלופות (כלומר על פי מקומו של הדגש המפורש – באלה שימותו או באלה

20 Amos Tversky and Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 211 SCIENCE 453 (1981).

שיינצלו).²¹ שתי החלופות הכירו גם בניצולים וגם בנספים, אך לשון הניסוח הפכה אותן מ"רווחים" לכאורה ל"הפסדים" לכאורה ועוררה את ההתייחסויות הפסיכולוגיות התואמות.

3. יישומים משפטיים

אפקט הניסוח נוכח כמעט בכל פינה, שהרי גם אם נרצה להימנע ממנו אין לנו בררה אלא לנסח היגדים באמצעים לשוניים. כיוון שהשפה מאפשרת לנו לתאר מצבים זהים בצורות שונות, מתברר שתוצאות הבחירה עשויות להיות תלויות, או לפחות מושפעות, לא ממהותם של מושאי הבחירה אלא מן הדרך שבה הם תוארו מן הבחינה הלשונית. ההקפדה על ניסוח "ניטרלי", הממזער את ההטיה ההתנהגותית הנובעת מן הניסוח, איננה תמיד קלה לביצוע (אם כי לעתים איננה בלתי אפשרית). לדוגמה, בבעיית השפעת האסימטריות היה אפשר לציין גם את מספר הניצולים וגם את מספר הנספים הצפויים מן הבחירה בכל אחת משתי האסטרטגיות המוצעות לבחירה).

ברי שלא כל בחירה באחת מחלופות הניסוח נועדה להטעות, ואפילו לא לכוון את התנהגותו של הזולת או להשפיע עליה. להלן שתי דוגמאות, שלפחות הראשונה שבהן היא שפירה, כלומר איננה מכוונת להשפיע על התנהגותו של הזולת (אך בכל זאת משפיעה עליה).

דוגמה ראשונה: כידוע, תאגידים המפעילים כרטיסי אשראי גובים עמלה המשולמת על ידי הספק (ברור שהספק אינו אלא המשלם הפורמלי, שהרי עלותה של העמלה מתחלקת בין הספק ללקוח על פי הגמישויות היחסיות של הביקוש וההיצע). הספקים מצדם היו מעדיפים לקבל תשלום במזומן כדי לחסוך את תשלום העמלה. לכן יש המציעים ללקוחותיהם הנחת מזומן. הצעה זו יכולה להימסר ללקוחות באחת משתי הדרכים האלה:

נוסח א: מחיר הסחורה הוא 100 ש"ח, אולם לקוחות המשלמים במזומן יהיו זכאים להנחה של 5 ש"ח.

נוסח ב: מחיר הסחורה הוא 95 ש"ח, אולם לקוחות המשלמים בכרטיס אשראי יחויבו בתוספת עמלה בשיעור של 5 ש"ח.

הגם שהבחירה המוצעת ללקוחות זהה בשני הנוסחים (היינו, עלות הסחורה למשלמים בכרטיס אשראי גבוהה ב-5 ש"ח מעלות הסחורה למשלמים במזומן), דרך ב, כפי שהוכח במחקרים, מעודדת לקוחות לשלם במזומן יותר משדרך א מעודדת זאת. הסיבה היא שדרך א מציגה את הפרש המחירים כמעין בונוס או "רווח" ללקוח המשלם במזומן, ואילו דרך ב

21 הדוגמה השלישית בפסקה ב בפרק על תורת הערך אף היא מדגימה אפקט של ניסוח: בניסוח אחד המענק ההתחלתי נתפס כמשולב עם בעיית החלטה, ובניסוח האחר הוא נתפס כלא משולב עמה, מה שגורר החלטות הפוכות זו לזו.

מציגה את ההפרש כמעין קנס או "הפסד" ללקוח המשלם בכרטיס אשראי. הערך הסובייקטיבי החיובי של הבונוס קטן בשיעורו מהערך הסובייקטיבי השלילי של קנס שווה גודל, ולכן הלקוחות שירצו להימנע מהקנס יהיו רבים מהלקוחות שיתפתו לקבל את הפרס. ייתכן שדרך "ניטרלית" יותר היא דרך שלישית כדלקמן:

נוסח ג: מחירה של סחורה זו הוא 95 ש"ח למשלמים במזומן ו-100 ש"ח למשלמים בכרטיס אשראי.

דוגמה שנייה: דוגמה זו דרמטית יותר. כידוע, אדם שנפגע מעוולה נזיקת זכאי לפיצוי, בין היתר על ה"כאב וסבל" (pain and suffering) שנגרמו לו מן העוולה. להבדיל מראשי נזק אחרים, שאומדנם הוא אובייקטיבי (למשל הוצאות אשפוז), אומדן הנזק ה"כללי" המתייחס לכאב וסבל נתון לשיקול דעתו של הפוסק. כמחצית מכלל הפיצויים הנפסקים בארצות הברית בתביעות רשלנות רפואית ותביעות על נזקים שנגרמו ממוצרים פגומים הם פיצויים על כאב וסבל. מהו שיעור הפיצויים ה"נכון" על ראש נזיקין זה? לפנינו שתי דרכים לאומדן הנזק, שכל אחת מהן יכולה לשמש בסיס להדרכת המושבעים (או השופטים המקצועיים). דרך א: על המושבעים לפסוק לטובת התובע סכום ששייב אותו למצב שהיה בו אלמלא ניווק, עד כמה שאפשר לעשות זאת באמצעים כספיים.

דרך ב: על המושבעים לאמוד את הפיצוי על הכאב והסבל כסכום שלפי דעתם התובע היה מסכים לקבל מן המזיק תמורת הסכמתו לסבול את מעשה הנזיקין שבוצע נגדו. ההבדל בין שתי הדרכים ברור: בדרך א נקודת ההתייחסות מציגה את התובע כמי שכבר נגרם לו הנזק, ועתה יש לפסוק לו פיצויים, שבהשוואה לסטטוס קוו הם "רווחים". בדרך ב נקודת ההתייחסות מציגה את התובע כמי שטרם נפגע אך עתה הוא "מוכר" משהו שעוד יש לו (למשל שלמות גופו) תמורת כסף. הכסף נועד לפצות אפוא על "הפסדים". בניסוי שנעשה בנושא זה הוכח כי הפיצויים בסעיף הכאב וסבל הנפסקים כאשר נקודת ההתייחסות צופה לכיוון ההפסדים הם בערך כפולים בשיעורם מן הפיצויים באותו סעיף כאשר נקודת ההתייחסות צופה לכיוון הרווחים.²²

הדין מצווה על הפוסק "להשיב את המצב לקדמותו", אך איך משיבים את המצב לקדמותו? לכל שופט (או חבר בחבר המושבעים) יכול שתהיה גרסה משלו, ואף אחת מהן איננה "מוטעית". יש שופטים שימשיגו את הקושיה במונחים של רווח לתובע, כלומר ישאלו את עצמם מהו הפיצוי ההולם למי שכבר נגרם לו הנזק, ולכן יפסקו פחות; יש שופטים שימשיגו את הקושיה במונחים של הפסד לתובע, כלומר ישאלו את עצמם כמה

22 ראו לעניין זה Edward McCaffrey, Daniel Kahneman and Matthew Spitzer, *Framing the Jury: Cognitive Perspective on Pain and Suffering Awards*, in BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 259 (Cass Sunstein ed., 2000).

היה התובע מבקש כדי "למכור" לנתבע את שלמות גופו, ולכן יפסקו יותר. גם לפרקליטים, הטוענים לכאן או לכאן, יש תפקיד בתאטרון האבסורד הזה. פרקליטו של התובע, אם הוא מודע לאפקט הניסוח, יקפיד להתייחס אל "השבת המצב לקדמותו" כ"מכירה" של שלמות הגוף תמורת כסף. פרקליטו של הנתבע, אם הוא מודע לאפקט הניסוח, ייטיב לעשות אם יתייחס אל "השבת המצב לקדמותו" כפיצוי המיטיב עם התובע לאחר שכבר נגרם לו הנזק. תוצאת המשפט יכול שתהיה תלויה בהיטות הרטורית היחסית של שני הפרקליטים, ומי מהם יותיר את חותם הנרטיב שלו בלב השופט. האם כוחו של הנרטיב חזק יותר אצל מי שיש לו "זכות המילה האחרונה"? זוהי כבר סוגיה אחרת, שבה לא נדון בפרק זה.²³

ג. אפקט הבעלות (endowment effect)

1. התופעה

הטיה התנהגותית נוספת הגוררת סטיות ברורות מן הפרדיגמה הרציונלית קרויה "אפקט הבעלות". פירושו הפשוט של אפקט זה הוא כי אנשים מייחסים ערך רב יותר למה שהוא שלהם מאשר לאותו דבר שאיננו שלהם. תכונה זו באה לידי ביטוי למשל בהיותו של המחיר המרבי שאנו מוכנים לשלם בעד טובין שונים שעדיין אינם בבעלותנו, נמוך בדרך כלל בהרבה מן המחיר המינימלי שהיינו מוכנים לקבל עבור אותם טובין שהם כבר "שלנו", אילו התבקשנו לנקוב במחירם ולהיפרד מהם. המחיר שבו היינו מוכנים לרכוש טובין אלה מכונה "הנכונות לשלם" (willingness to pay), ואילו המחיר שבו היינו מוכנים למכרם, כשהם שלנו, מכונה "הנכונות לקבל" (willingness to accept). אם לחזור בניסוח שונה על מה שכבר נאמר, בדרך כלל מחיר הנכונות לקבל גבוה בהרבה ממחיר הנכונות לשלם.²⁴ תופעה התנהגותית זו אינה עולה בקנה אחד עם הנחותיה של הכלכלה הנאו־קלאסית, שהרי עלינו לזכור, אחת מהנחות אלה היא שהתועלת מטובין תלויה בערכם בשבילנו, אך לא בשאלה אם כבר רכשנו עליהם בעלות או עדיין לא. לכאורה אנו אמורים לדעת מהו

23 נתונים מחקריים מראים כי לעתים יש יתרון למי שטוען ראשון כי כל מה שייאמר לאחר מכן ייתפס על רקע מה שכבר נאמר. אפקט זה מכונה "אפקט הראשונות" (primacy effect). אולם לעתים מי שדובר אחרון הוא זה שנחרת בזיכרון טוב מקודמיו, ולכן יש לו יתרון בשכנוע. אפקט זה מכונה "אפקט המילה האחרונה" (effect recency).

24 ראו Daniel Kahneman, Jack Knetsch and Richard Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias*, 5 J. OF ECON. PERSPECTIVES 193 (1991).

“ערכו” של מוצר כלשהו בשבילנו ולהיות נכונים לרכשו במחיר נמוך מאותו ערך, ולהיות נכונים למכרו במחיר גבוה מאותו ערך – אך הערך הזה חד הוא. אפקט הבעלות דומה, שלא לומר זהה, לשתי תופעות סמוכות: האחת מכונה “הטיית הסטטוס קוו” (status quo bias), והשנייה קרויה “הטיית בררת המחדל” (bias default). הטיית הסטטוס קוו מתייחסת למצבי עניינים כמו שאפקט הבעלות מתייחס לטובין, כלומר: מצב עניינים מסוים מוערך כאשר הוא המצב הנוהג יותר משהוא מוערך כאשר הוא איננו נהוג. כאשר “הערך המוסף” של מצב עניינים מעצם היותו נהוג גדול דיו, הוא יכול להביא גם למה שקרוי “היפוך העדפות” (preference reversal), כלומר שבהשוואה של מצב א למצב ב – אם א נהוג אז א מועדף, ואם ב נהוג אז ב מועדף. גם הקשר בין הטיית בררת המחדל לבין אפקט הבעלות קל להבנה: הטיית בררת המחדל היא הנטייה שלא לנקוט יזמה כדי לשנות את מצב הדברים שאנו נתונים בו. הטיית בררת המחדל גוררת הן את אפקט הבעלות (נטייתו של הבעלים לדבוק במה שיש לו גדולה מנטייתו של מי שאינו בעלים לעשות מעשה ולהפוך לבעלים של הנכס) והן את הטיית הסטטוס קוו. למרות הדמיון הרב בין הטיית בררת המחדל לבין הטיית הסטטוס קוו קיימים מצבים שבהם שתי הנטיות אינן מתלכדות, ולכן יש טעם להבחין ביניהן. כדי לעמוד על ההבחנה נתאר לעצמנו שכספו של פלוני מושקע בתכנית חיסכון כלשהי, שאפשר להאריך את תקופתה. היותו של כספו פלוני מושקע באותה תכנית הוא הסטטוס קוו. בהתקרב מועד הפירעון הבנק המנהל את התכנית מצפה להוראותיו של פלוני כיצד עליו לנהוג – האם רצונו של פלוני לחדש את התכנית על פי תנאיה המקוריים, או “לצאת” ממנה ולהזדכות בתמורה? הבנק יכול לפנות לפלוני ולהודיע לו כי אם לא יקבל הוראה נוגדת, תכנית החיסכון תחודש על פי תנאיה המקוריים; או הוא יכול להודיע לו שאם לא יקבל הוראה נוגדת, יפרע את התכנית ויזכה את הלקוח במזומנים. אף על פי שהסטטוס קוו הוא יחיד, הטיית בררת המחדל עשויה להשפיע על הלקוח לבחור בדרכים מנוגדות, על פי מהותה של בררת המחדל.²⁵

2. תוצאות מחקריות

לפני נבדקים הוצגו שני מוצרים – ספל וטבלת שוקולד – שהיה אפשר לרכושם במחיר דומה בחנות הספרים האוניברסיטאית. לקבוצה אחת העניקו את טבלת השוקולד, אולם אפשרו

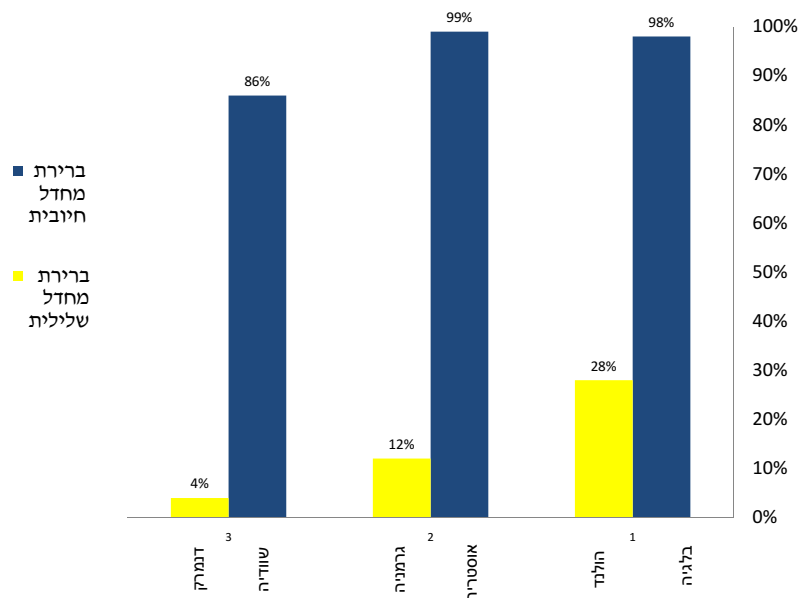
25 ראו לעניין זה Ilana Ritov, *Status Quo and Omission Biases*, 49 J. OF RISK AND UNCERTAINTY (1992).

למי שרצה בכך להמירה בספל. רק כ-10% בחרו לעשות כן. לקבוצה האחרת העניקו (בנפרד) במתנה את הספלים, וגם לחבריה אפשרו להמירם בטבלת השוקולד. שוב רק כ-10% עשו כן. לכאורה לפני כל הנבדקים בשתי הקבוצות ניצבה אותה החלטה בדיוק: האם לקחת הביתה את הספל או את השוקולד? התברר שהתשובה תלויה במענק שקיבלו. מי שקיבלו ספל העדיפו את הספל. מי שקיבלו שוקולד העדיפו את השוקולד. הפרשנות הפסיכולוגית לתוצאה זו היא שהנבדקים לא הציגו לעצמם את בעיית ההחלטה כבחירה בין ספל לשוקולד אלא שאלו את עצמם "האם אני מוכן לוותר על הספל (או השוקולד) שלי בעבור שוקולד (או ספל)?" ויתור על ספל הוא הפסד הספל – הגם שההפסד "מפוצה" ברווח של שוקולד. לאחרים, השגת הספל, שהיא רווח, תלויה בויתור על השוקולד – שזהו הפסד. הן את השוקולד והן את הספל מעריכים הנבדקים שבבעלותם הוא נמצא יותר מאשר אלה שיכולים להשיג אותו בסחר חליפין. החפץ, יהא אשר יהא, שווה לבעליו יותר מאשר למי שאיננו בעליו, מה שמקטין את הנטייה לסחור בו.

בווריאציה קצת שונה, חלק מהנבדקים קיבלו מוצר (מוצרים שונים בניסויים שונים) וחלק קיבלו סכום כסף שווה בערכו למחיר השוק של המוצר. גם כאן כמעט שלא נצפה סחר, כי בעלי המוצר לא נטו למכור אותו, ונעדרי המוצר לא נטו לקנות אותו. המינימום שדרשו המוכרים עלה על המקסימום שהיו הקונים מוכנים להציע, ולפיכך כמעט לא היה מסחר. ממצא זה לא השתנה גם כאשר הניסוי אפשר למידה, ותנאיו היו חיקוי לתנאי שוק. אחת ההדגמות היותר מרשימות להטיית בררת המחדל נוגעת לתרומת איברים. בארצות אירופה השונות יש כאלה שבהן מותר לקצור איברים מהמת למטרות השתלה אלא אם המנוח הטיל על כך איסור מפורש, ויש כאלה שבהן אסור לקצור איברים מהמת אלא אם כן חתם המנוח בעודו בחייו על היתר מפורש לעשות כן. שיעור ההסכמה לתרומת איברים הוא כ-90% ומעלה במקרה הראשון, ו-20% בערך ואף פחות מכך במקרה השני. כך למשל השיעור הוא 86% בשוודיה, שבה בררת המחדל היא חיובית, לעומת 4% בדנמרק – שם בררת המחדל היא שלילית; כמעט 100% באוסטריה, שם הבררה היא חיובית לעומת 12% בגרמניה, שם הבררה היא שלילית; 98% בבלגיה (בררת מחדל חיובית) לעומת 28% בהולנד (בררת מחדל שלילית). אמנם אין זה ניסוי מבוקר אלא תצפית מהעולם האמיתי, אך ההנחה שאופי האוכלוסייה בכל אחד מצמדי המדינות הללו אינו שונה שוני מהותי, מלמדת שזהו "ניסוי טבעי" שממנו אפשר ללמוד על חשיבותה של בררת המחדל.²⁶

26 Eric Johnson and Daniel Goldstein, *Defaults and Donations Decisions*, 78 *TRANSPLANTATIONS* 1713 (2004).

תרומת איברים – שיעורי הסכמה בפועל או במשתמע



לפני שנמשיך יש לסייג מעט את היקפה של הטיית הבעלות. לא בכל מקרה הבעלות משנה את ההתייחסות לנכס. דוגמה בולטת לנכס שאין עליו אפקט בעלות הוא כסף מזומן. ההערכה של אנשים לשטר בן מאה ש"ח זהה בין שהשטר נמצא בבעלותם ובין שלא. הוא הדין גם בפריטים שאנשים מחזיקים בהם לא למטרות צריכה (ובכללם אספנות) אלא מלכתחילה למטרות סחר וחליפין. למשל, אדם יכול לייחס ערך מיוחד לשעון היד שהוא עונד, בשל היותו שלו, אך בעל חנות ממכר לשעוני יד שממנו רכש את השעון משקיף על המלאי העסקי שלו כעל מצבור של נכסים נחלפים (fungible), כאילו היו, לעניין זה, שטרות של כסף מזומן. אצל שכמותו אי אפשר להבחין בקיומו של אפקט הבעלות.²⁷ ההתייחסות

27 נתונים מחקרניים מראים כי הטיית הבעלות נחלשת ככל שהנדקקים נחשפו למקרים רבים יותר שבהם נזדמן להם להחליף את מה ש"שלהם" במה שאינו "שלהם", כלומר ההתנסות השוקית (market experience) מחלישה את עצמת ההטייה. ייתכן שממצאים אלה מספקים הסבר נוסף לאי-נטייתם של סוחרים לייחס ערך מיוחד למלאי העסקי שברשותם, כי הם צוברים התנסות שוקית שכיחה באותו מלאי. ראו John List, *Does Market Experience Eliminate Market Anomalies?* 118 QUARTERLY J. OF ECON. 41 (2003).

אל ניירות ערך סחירים דומה בדרך כלל להתייחסות של סוחר למרכולתו יותר מאשר להתייחסותו של צרכן לרכושו.

3. יישומים משפטיים

אחת התובנות החשובות ביותר בגישה הכלכלית למשפט עוצבה בידי רונלד קואס (Coase) במאמר פורץ דרך משנת 1960, שהפך למאמר המשפטי המצוטט ביותר בכל הזמנים ("התאורמה של קואס").²⁸ קואס הראה כי הפרדיגמה הנאו-קלאסית מנבאת שבעולם נטול הוצאות עסקה כל הקצאת זכויות שאיננה יעילה לא תשרוד אלא תוחלף בהקצאת זכויות יעילה (אם רק מתירים לפרטים לסחור בזכויותיהם). לא נרחיב את הדיבור על הנושא מעבר לנדרש ונסתפק בדוגמה פשוטה.

נניח כי במעלה נהר שוכן מפעל המזרים את שפכיו אל תוך הערוץ. במורד הנהר שוכן כפר דייגים המתפרנסים מן הדיג, וזיהום האפיק מסב להם נזקים. הדין יכול להקצות למפעל זכות לזהם את הנחל או לחלופין להקצות לדייגים זכות למים נקיים. לכאורה שתי הקצאות חלופיות אלה גוררות שני מצבי עולם שונים: במקרה הראשון המים מזוהמים, ובמקרה השני הם זכים וטהורים. אולם בעולם קואסיאני, שאין בו עלויות עסקה, הקצאה התחלתית זו לא תשנה בסופו של דבר, כי מה שיקבע את רמת זיהום המים בנהר תלוי בערך היחסי שהצדדים מייחסים לזכות השנויה במחלוקת ולא להקצאה המשפטית של הזכות לאחד הצדדים. כדי לראות זאת נניח תחילה שיעיל יותר להתיר את הזיהום, כלומר הנזק למפעל מהפסקת הזיהום עולה בשיעורו על הנזק לדייגים ממים מזוהמים. או אז גם אם הדין יקצה לדייגים זכות למים נקיים, המפעל יכול לרכוש את הסכמתם של הדייגים להמשך הזיהום בסכום העולה על הנזק שייגרם להם אך נופל מנזקי הפסקת הזיהום למפעל. לעומת זאת אם נניח כי ההקצאה היעילה מחייבת להגן על הדייגים (קרי נזקי הזיהום במורד הנהר עולים בשיעורם על נזקי הפסקת הזיהום בסביבת המפעל), הרי שגם אם הדין יקצה את זכות הזיהום למפעל, הדייגים יכולים לקנות את הסכמת המפעל להפסקת הזיהום בסכום העולה על נזקי המפעל מהפסקת הזיהום אך נמוך משיעור הנזק לדייגים ממים מזוהמים.²⁹

28 ראו Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. LAW AND ECONOMICS 1 (1960).
 29 תיאור זה מבהיר מדוע הנחת היסוד של קואס הייתה שהוצאות העסקה הן קטנות (קואס הניח למעשה אפס הוצאות עסקה, אך הנחה חזקה זו אינה נדרשת ברוב הסיטואציות המתעוררות בחיי המעשה). נניח כי הנזק למפעל מהפסקת הזיהום הוא 100 והנזק לדייגים מזיהום המים הוא 50. במצב זה יעיל יותר לאפשר למפעל לזהם את המים. אך נניח כי ההקצאה ההתחלתית היא דווקא "לטובת" הדייגים, אך הוצאות העסקה הן 60, כלומר הן עולות בשיעורן על התועלת המצרפית מן הסחר בהקצאה ההתחלתית (שהיא כמובן 50=100-50). במצב דברים זה

עולם אידאלי זה עלול להיות מופר, אפילו ללא כל הקשיים האחרים שאפשר להעלות על הדעת, אם רק נביא בחשבון את אפקט הבעלות. עצם הקצאתה של הזכות לאחד מן הצדדים צפויה להגדיל את ערכה של הזכות בעיניו, ולכן המחיר המינימלי שיהיה מוכן לקבל כדי לוותר עליה עלול להיות גבוה מן המחיר המרבי שהצד השני יהיה מוכן לשלם כדי לרכוש אותה. אילו הייתה ההקצאה הפוכה, היה ערכה עולה דווקא בעיני הצד השני, ולכן היו מתמעטים המקרים שבהם היה הצד הראשון רוכש אותה לעצמו. הנה כי כן, להקצאה ההתחלתית של הזכויות, תהיה אשר תהיה, יש בכל זאת השפעה על מצב העולם בתוקף היותה הסטטוס קוו, ולפיכך יהיה קשה יותר להמיר אותה בהקצאת זכויות חלופית.³⁰

אפקט הבעלות ניכר בבירור ביחסים המשפטיים שבין הפרט לבין השלטון. דרכו של השלטון, שהוא שולח תדיר את ידו לכיסם של האזרחים. יש לכך דוגמאות אין ספור, והבולטת שבהם היא חובתם של אזרחי המדינה לשלם מסים. עם זאת חוקים שונים (וחוקות שונות) אוסרים על השלטונות לנכס לעצמם זכויות מסוימות השייכות לאזרחים (לכצע את מה שמכונה בחוקה האמריקאית "taking") אלא תמורת פיצוי הולם. למשל, אין מפקיעים את מקרקעיו של אדם אלא תמורת תשלום שווי השוק ההוגן שלהם לבעלים. מדוע רשאית המדינה לדלדל את נכסי הפרט באמצעות מיסוי אך לא באמצעות הפקעה? ייתכן שהסיבה היא כי אפקט הבעלות מוצק במיוחד בנכסים בני הפקעה (על פי רוב: מקרקעין) ומורגש פחות במה שנלקח מן האזרחים בדרכי מיסוי רגילות (כסף).

לכאורה היה אפשר לספק הסבר חלופי על רקע הטענה כי מיסוי הוא "כללי", כלומר חל תחולה שווה על כל אזרחי המדינה, ואילו הפקעה מתמקדת ב"קרובן" אינדיווידואלי, ואין זה צודק להקריב את האינטרס הפרטי למען רווחת הכלל. כדי להעריך טענה זו נזכור כי המדינה רשאית לפגוע בערך קניינו של הפרט גם מבלי לנכס אותו לעצמה, כגון על ידי שינוי ייעוד המקרקעין הסמוכים (הפיכתו של מה שהיה אזור מגורים לאזור תעשייה או תכנון כביש מהיר וסואן, או מסילת ברזל, בסמוך למגוריו של פלוני), וזאת ללא תשלום כל פיצויים לנפגע. סוג זה של "מיסוי" מתמקד, ממש כמו הפקעה גמורה, ב"קרבות" מסוימים, ואין הוא מתפזר על פני האוכלוסייה כולה, ובכל זאת נשללת מאותם "קרבות" ההגנה הניתנת להם במקרים של הפקעה. ההגנה הייחודית של דיני ההפקעה איננה מעוגנת אפוא רק בייחודו של הקרובן – כפי שהיה אפשר לסבור ממבט ראשון.

לא יהיה כדאי לצדדים לשאת בהוצאות העסקה, ואזי ההקצאה ההתחלתית הבלתי יעילה תיוותר על מכונה.

30 ראו Daniel Kahneman, Jack Knetch and Richard Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, 98 J. OF POLITICAL ECONOMY 1325 (1990).

נחזק את האינטואיציה הזו עוד יותר: בראשית ימיה של ארצות הברית לא הונהג בה מס הכנסה. הניסיונות הראשונים להנהיג מס זה נתקלו בביקורת חוקתית ונפסלו על ידי בית המשפט העליון, ואילו היום ידועה האמרה האמריקאית העממית כי רק שני דברים הם ודאיים: המוות ומס הכנסה. היש דרך פסיכולוגית לפרש את השינוי ההיסטורי? בוודאי יש רבות. אחת מהן היא שבימים הרחוקים ההם תיק הנכסים של ציבור משלמי המסים כלל בעיקרו נכסים שאפקט הבעלות בהם היה מוצק במיוחד, כגון חוות חקלאיות וקבוצות אוכלוסייה של עבדים. כדי לממן מס בקנה מידה גבוה, היה הנישום חייב לממש חלק מנכסיהם אלה. היום תיק הנכסים הטיפוסי של הציבור מורכב מנכסים נחלפים, כגון כסף וניירות ערך. מימונו של המס "כואב" הרבה פחות, כי הוויתור על נכסים ממין זה איננו מועצם על ידי אפקט הבעלות.³¹

ועוד באותו נושא: אחד המסים השנואים ביותר על קבוצות אוכלוסייה רחבות הוא מס העיזבון, אך ההתנגדות לו יוקדת במיוחד באזורים חקלאיים.³² לכאורה דווקא מס העיזבון היה צריך להיתפס כצודק במיוחד. יש בו אלמנטים פרוגרסיביים ברורים, ויש בו כדי להקטין את היתרון של מי שמזלו שיחק לו להיוולד להורים עשירים גם אם לא תרם דבר לשפע שפקד אותם, ואפילו אם גרע ממנו בכזבזנות או בסכלות. אולם מס עיזבון, שלא כמו מסים אחרים, מחייב את הנישום לעתים קרובות להנזיל (to liquidate) נכסים משפחתיים, שאפקט הבעלות בהם חזק במיוחד. למשל, נחלה חקלאית (homestead) יכולה להיות שווה הרבה כסף, אך הטלת מס עיזבון בגינה אינה ניתנת למימוש בדרך כלל ללא מכירתה והפיכתה לכסף מזומן.³³ באזורים חקלאיים עצמת ההתנגדות למס העיזבון היא החזקה ביותר כי באזורים עירוניים היורשים שהגיעו לבגירות עוזבים בדרך כלל את הבית, ואין הם

31 ראו Uriel Procaccia and Uzi Segal, *Supermajoritarianism and the Endowment Effect*, 55 THEOREY AND DECISION 181 (2003).

32 ראו דיוני בית הנבחרים האמריקאי מיום 4 באפריל, 2001, בעמ' 5442 לדברי הבית משנה זו. מי שאינו רוצה להרחיק עדותו לארצות הים, די לו שייזכר בסיפורם של המלך אחאב ונבות היזרעאלי. המלך הציע לנבות כרם חלופית טובה משלו, ולחלופין הציע לו פיצוי כספי נאות, אך נבות המרה את פי המלך (מה שעלה לו בחייו) וסרב לכל הצעותיו.

33 שיקולים אלה לא נעלמו מעיניהם מעצבי מדיניות המס בישראל. ניסיונות חוזרים ונשנים להנהיג מחדש מס עיזבון בישראל, לרבות המלצות הכלולות בוועדת הרפורמה הקרויה על שם יושב הראש שלה "ועדת בן בסט", וכן הצעת חוק פרטית ממרס 2010 שהוגשה על ידי שתי חברות כנסת (סולודקין ויחימוביץ) נתקלה בהצהרה הבאה מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת: "לא ברור איך יתבצע תשלום מס על העיזבון כאשר העיזבון מועבר בצורת נכס קבוע שקשה, או לא כדאי לממש חלק ממנו" (למשל, בית גדול או חברה משפחתית).

תופסים את בית ההורים כביתם (ורבים מהם שמחים למכרו כשהוא נופל לידיהם בירושה). לעומת זאת בני איכרים, שרבים מהם הם "דור המשך" להוריהם, רואים עצמם בעלי זכויות בקרקע עוד לפני שהיא עוברת לבעלותם, ולכן הטיית הבעלות שלהם מורגשת בעצמה יותר רבה.

נסיט את מבטנו אל הטיית בררת המחדל. היישום הבולט ביותר לעין נוגע למערכת הדינים המרשים, הדיספוזיטיביים. התאוריה הכלכלית הנאו-קלאסית מייצגת לדינים אלה תפקיד עיקרי אחד והוא לשמש מעין "חוזה אחיד" אוטומטי החל על הצדדים שבחרו שלא לסטות מהוראותיו. תכליתו של חוזה אחיד זה היא לחסוך בהוצאות עסקה, שכן בלעדיו היו הצדדים מחויבים לטרוח בקביעה מפורטת (ויקרה) של אותן הוראות שהדין המרשה מספק להם בחינם. חוק המכר למשל מכיל הוראות שמרבית הצדדים הסבירים היו רוצים להחיל על עסקאותיהם בלאו הכי, ושהודות לחלותו כבררת מחדל הם פטורים מלנסחן בעצמם. תפקידו של הדין המרשה הוא לחקות את הכוונה המשוערת של הצדדים, שהרי אם חקינותו איננה מדויקת והצדדים נאלצים להתנות עליו, הדין המרשה מחמיץ את ייעודו לחסוך בהוצאות העסקה. הכלכלה ההתנהגותית שופכת אור חדש על הדין המרשה. בהיותו בררת המחדל, סביר להניח כי רבים יימנעו מלהתנות עליו אף אם היו נמנעים מלהתנות עליו גם אילו הוראותיו היו שונות, ואפילו הפוכות, ואפילו במצבים שבהם עלויות העסקה הכרוכות בהתנאה על הדין המרשה אינן גבוהות. מכאן יש להסיק כי לדין המרשה תפקיד נוסף על חיסכון בעלויות העסקה: הדין המרשה גם יוצר נורמות של התנהגות, בדומה לדינים כופים (קוגנטיים). ההבדל בין דינים קוגנטיים לדיספוזיטיביים בא לידי ביטוי רק במקרים קיצוניים שבהם סלידתם של הצדדים מן הדין המרשה היא כה גבוהה עד שהם נאלצים להתנות עליו אף על פי שבהיותו בררת המחדל יש להם נטייה לקבלו ללא שינויים.

בררת המחדל מותירה חותם ברור גם בעולמן של התובענות הייצוגיות. האם היינו רוצים כי שיעור גבוה יותר של מי שכשירים להצטרף לתובענה ייצוגית יעשה כן או שיעור נמוך יותר? זוהי שאלה יפה, שלא נעסוק בה כאן. אך מי שיודע את התשובה לשאלה זו יכול בקלות להוביל אל היעד הרצוי. כידוע, אפשר לקבוע בחוק שני סוגים של בררות מחדל הפוכות: אפשר לקבוע כי התובענה מוגשת בשם כל התובעים הפוטנציאליים למעט מי שביקש להוציא את עצמו מן הכלל (opt out), אך אפשר גם לקבוע כי רק מי שביקש במפורש להימנות עם רשימת התובעים ייכלל במסגרת התובענה הייצוגית (opt in). בהתחשב בהטיית בררת המחדל ברור ששיעור התובעים שישתופפו יחד תחת כנפיה של התובענה הייצוגית יהיה במקרה הראשון הרבה יותר גבוה מאשר במקרה השני.

ד. ביטחון-יתר בהערכת הסתברויות

1. התופעה

כבר נאמר ש"הסתברות היא המדריך לחיים". אנו מכלכלים את צעדינו – החל מהחלטה יום-יומית ופעוטה כגון מתי כדאי לחצות את הרחוב וכלה בהחלטות הרוח גורל כגון מתי לפתוח במלחמה – תוך התחשבות בסיכויים של התוצאות האפשריות של החלטותינו (והימנעות מהחלטה גם היא סוג של החלטה). המנתח (וגם המנתח) יחליט אחרת כאשר הערכות הסיכויים תשתנינה; המשקיע בוחר אפיקי השקעה על פי הערכות סיכויים; עורך הדין פורס בפני מרשיו תרחישים שונים על הסתברויותיהם וכדומה. אם הערכות של סיכויים הן בלתי מציאותיות, ההחלטות המתבססות עליהן עלולות לעלות ביוקר יותר מהחלטות שהמחליט כן הביא בחשבון הערכות אלה.

מכשיר מדידה הוא "מכיל היטב" אם כאשר הוא מורה על מדידה מסוימת – זוהי אכן המדידה הנכונה. למי שעושה דיאטה או קונה מצרכים בשוק חשוב שהמאזניים תהיינה מכוללות, למי שקובע פגישות או מתאמן בריצה חשוב שהשעון יהיה מכיל, ולמי שמטפל בתינוק חולה חשוב שהמדחום יהיה מכיל היטב. כך גם למי שמחליט החלטות בתנאי אי-ודאות חשוב שהערכות הסיכויים תהיינה מכוללות כהלכה. האם זהו המצב לאשורו? בקיצור – ברור שכדאי למעריכי סיכויים להיות מכילים היטב, ולהלן יוסבר כיצד בודקים כיוול של אומדני הסתברות.

2. נתונים מחקריים

התאוריה הנאו-קלסית מניחה שהסתברויות סובייקטיביות מצייתות לכללי תורת ההסתברות, וקל להראות שמי שהסתברויותיו סוטות שיטתית מכללים אלה עלול להפוך למה שנקרא "משאבת כסף". אולם הנתונים המחקריים אינם תומכים בהנחה זו. הממצא המרכזי בהערכת הסתברויות הוא שאנו בטוחים מדי ביכולותינו לנבא ניבויים "נכונים". אנו מפריזים בסיכויים שניבוינו יתאמתו ומתקשים להאמין שאנחנו טועים הרבה כל כך כפי שהמציאות מוכיחה.

נפתח בכמה הבהרות.

נניח כי ראובן התובע ושמעון הנתבע מביאים את ריבם לדין. אילו הסכימו ביניהם מראש על סיכויי של התובע לזכות בתביעתו, חזקה עליהם שהיו מתפשרים (על כך ראו להלן). אך קורה גם קורה כי ראובן מעריך את סיכויי תביעתו ב-80%, ובה בעת שמעון מעריך כי סיכויי שלו להדוף את תביעתו של ראובן הם 70% (ולכן ממילא סיכויי תביעתו של ראובן הם רק 30%). הערכה שונה זו של סיכויי התביעה מרחיקה מן הצדדים את אפשרות הפשרה, כי כל אחד מהם מאמין שסיכויי להצליח בבית המשפט גדולים משל

יריבו. עם זאת ברור שלפחות אחד משני הצדדים טועה, שהרי הסיכויים שהתובע יזכה ושהנתבע יזכה חייבים להסתכם ב-100% ולא ביותר מזה. מי מהם טועה, וכיצד אפשר לדעת זאת?

ראשית, יש לומר שאין שיטת מדידה אובייקטיבית המתייחסת לסיכויים לזכות בתביעה, שלא כמו המדידות של משקל, זמן או טמפרטורה שהוזכרו לעיל. לא יעמוד לנו כאן גם מבחן התוצאה, משום שהן זכייה בתביעה והן הפסד בתביעה מתיישבים עם סיכוי של 70% לזכייה – המותר סיכוי של 30% להפסד.³⁴ אולם אפשר במקום מבחן של תוצאה יחידה לערוך מבחן של תוצאות מרובות. על פי מבחן זה נקבץ יחד מקרים רבים שבהם פלוני העריך את סיכויי התרחשותם של אירועים דומים ב-70% ומעלה. אם האומדן היה מכויל כהלכה, ואם מדובר על מספר גבוה דיו – נניח 40 מקרים לפחות – כי אז יש לצפות שבלמעלה מ-25 מהם (70% מ-40 הם 28) אכן המאורע יתרחש. אם יתברר כי מספר הזכיות היה נמוך מכך – נניח אפילו רק 22 – יש בכך כדי להטיל ספק בהערכותיו של אותו פלוני. נמהר ונאמר כי גם פקפוק זה איננו בבחינת הוכחה ללא עוררין שפלוני הגזים, כי גם כזאת יכול שיתרחש במקרה. ובכל זאת הסיכוי ל-22 זכיות או פחות מתוך 40 מקרים שלהם הייתה "באמת" הסתברות זכייה של 70% הוא רק כ-3% – קטן בהרבה מהסיכוי של 30%, שהוא סיכוי ההפסד בתביעה בודדת שיש לה 70% סיכויי הצלחה. ככל שהבסיס יכול מקרים רבים יותר, וככל ששיעורי הזכייה בפועל יהיו נמוכים מאלה המצופים על פי ההסתברות המוערכת, יקל להגיע למסקנה שהערכותיו של פלוני היו שגויות.

לסיכום, אדם נקרא "מכויל היטב" כאומדן הסתברויות אם לכל דרגת ביטחון של P% שעליו דיווח מספר גדול מספיק של פעמים, בכ-P% מהפעמים מאורע המטרה אכן התרחש.³⁵ בפועל קשה לדעת אם מישהו מכויל היטב או לא, כי לא תמיד מתקיימים תנאי הבדיקה. תנאים כאלה מתקיימים אצל מי שמעריכים הסתברויות באופן שגרתי ומנהלים רישום אמין של התוצאות בדיעבד (לדוגמה תחזיות גשם יומיות של חזאי מזג אוויר) או אצל נבדקים בניסויים שבהם נכפו התנאים הנדרשים.

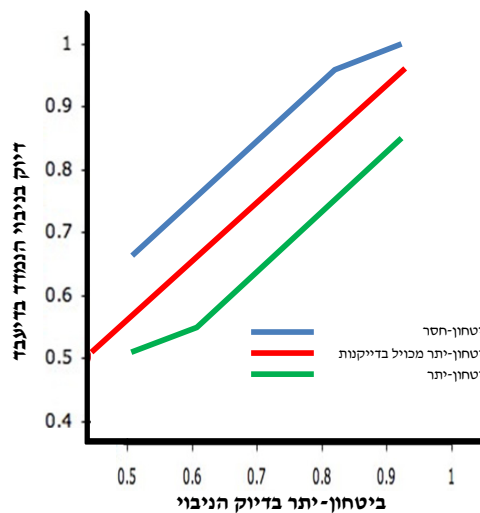
באופן אנקדוטלי, כולנו מכירים את הסיטואציה שבה הובטח לנו "כמעט בטוח" שהמכונית תחזור מן המוסך למחרת, שהטכנאי יגיע לפני הצהריים, שהתכשיר יעלים את קמטינו, שעלות השיפוץ תהיה מתחת לסכום שהקצבנו וכדומה, אך התחזית אינה מתקיימת. אם לא נחשוד בהטעיה מכוונת של המבטיחים, אין מנוס מלומר שהם לוקים בביטחון-יתר,

34 לדוגמה, ביטחון של 5/6 באפשרות להעלות כל מספר פרט ל-6 בהטלה יחידה של קובייה כשרה איננו מסתבר כשגוי בדיעבד גם אם הקובייה נפלה על המספר 6.

35 ראו S. Lichtenstein, B. Fischhoff, and L.D. Phillips, *Calibration of Probabilities: The State of the Art to 1980*, in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES Chapter 22 (D. Kahneman, P. Slovic and A. Tversky Eds., 1982).

שכן מבטיחים הם יותר ממה שראוי להבטיח אובייקטיבית. דיון זה עסק בזירה האנקדוטלית. נעבור עתה לדיון החורג מעבר לה. קיימות שלוש פרדיגמות ניסוייות עיקריות שבהן נבדקה מידת הכיול של אנשים באומדנים של דרגת ביטחון.

בפרדיגמה אחת נותנים לנבדקים מבחן ארוך מאוד (לפעמים מאות שאלות) במתכונת רב-כורה, ובדרך כלל בשאלות של ידע כללי. הנבדקים מתבקשים לבחור אחת התשובות ולציין לידה את מידת ביטחונם שאכן בחרו בתשובה הנכונה. בהנחה שנתונות N תשובות לבחירה, מידת ביטחונם של הנשאלים יכולה לנוע בין $1/N$, כאשר לנשאלים אין כל מושג באשר לזיהוי התשובה הנכונה, ובין 100% – כאשר הם מעריכים כי התשובה הנכונה ידועה להם בוודאות (אגב, בקרב אלה שאין מסבירים להם מדוע אין זה ראוי לרדת מתחת ל- $1/N$, קורה שעושים כך). עכשיו ממינים את תשובותיהם לקטגוריות ביטחון. למשל, אם היה זה מבחן 5-בררות, מקבצים את השאלות על פי דרגת הביטחון שהמשיבים הביעו: דרגות ביטחון מ- 20% עד 30% , מ- 30% עד 40% וכולי. בכל קבוצת שאלות כזאת מחשבים את שיעור התשובות הנכונות ומציירים עקומת כיול כדלהלן. עקומת הכיול של נשאל מכויל היטב צריכה ליפול קרוב לקו הכיול המושלם. אולם הממצא השכיח הוא שלא זה מה שקורה למרבית הנבדקים, אלא שבאופן טיפוסי עקומות הכיול נופלות מתחת לקו הכיול המושלם, והפער בין הקווים הולך וגדל ככל שדרגת הביטחון המובעת גדולה יותר. עקומות כיול שכאלה מצביעות על ביטחון-יתר: כאשר נבדקים בטוחים ב- 100% , הם צודקים רק בכ- 70% - 80% ; כאשר הם בטוחים ב- 90% , הם צודקים רק בכ- 60% וכולי.



פרדיגמה שנייה ששימשה בניסויי כיוול מתאימה במיוחד להקשרים שבהם נדרשים אומדנים כמותיים. נבדקים קיבלו שאלות רבות שהתשובה עליהן היא מספר (כגון "מה גודל אוכלוסייתה של יוון?", "כמה שנים חי שוברט?", "מה הייתה עצמת הרעש שפקד ב-2010 את האיטי?"). בפרדיגמה זו השאלות הן "פתוחות" ולא שאלות רב-בררה. לאחר ציינם את הניחוש הטוב ביותר שלהם הם מתבקשים לספק עוד שני מספרים, אחד גבוה מהמספר שנתנו, ואחד נמוך ממנו. על שני המספרים, כך נאמר לנבדקים, להיות כאלה שהם בטוחים ב-90% שהתשובה הנכונה היא ביניהם. נניח למשל שמישהי איננה יודעת כמעט דבר על חיי שוברט פרט להיותו מלחין קלסי, ולכן בתור אומדן הניחוש שלה הוא לתוחלת החיים דאז – 50. מכיוון שאיננה בטוחה בכך כלל, היא מביאה בחשבון שייתכן ששוברט מת צעיר יותר, וייתכן שמת מבוגר יותר. אבל היא בטוחה למדי – 90% בטוחה – שהוא לא היה צעיר מ-40 בערך או מבוגר מ-70 בערך. במקרה זה ייאמר שרווח הביטחון של 90% שלה הוא בין 40 ל-70 (יש לשים לב שרווח ביטחון של 90% איננו יחיד, בפרט אם איננו חייב להיות סימטרי סביב האומדן הטוב ביותר). כמובן, היא הייתה יכולה גם לתת רווח ביטחון מ-10 עד 120, ובכך להיות בטוחה כמעט ב-100% שהוא מכיל את התשובה הנכונה. אבל לא זה מה שהיא התבקשה לעשות. לו התבקשה לתת רווח ביטחון של 99%, או אפילו של 99.9%, הייתה אכן צריכה להרחיב אותו מעבר ל-40-70 לכיוון של 10-120. לאחר שמסתיימת המטלה בודקים לגבי כל שאלה אם התשובה הנכונה מוכלת ברווח הביטחון שצוין על ידי הנבדקים. אצל נבדק מכויל היטב התשובה הנכונה צריכה להיכלל ברווחי הביטחון שנתן בכ-90% מהשאלות. אם שיעור החריגות גדול מ-10% במידה ניכרת, יש להניח כי הרווחים היו בממוצע צרים מדי – וזוהי עדות לביטחון-יתר. אולם אם שיעור החריגות קטן הרבה יותר מ-10%, הרווחים היו מסתמא רחבים מדי, מה שמעיד על ביטחון-חסר. הממצא בפרדיגמה זו, כמו בקודמתה, הוא של ביטחון-יתר. בדרך כלל, למעלה מ-30%-40% מהתשובות הנכונות אינן נכללות ברווחי ה-90% שנבדקים נותנים. בפרדיגמה הזו התברר גם שזה ממש לא משנה – וודאי שזה לא משנה מספיק – אם הנבדקים מנסים לייצר רווח ביטחון של 90%, 95% או 99%. הרווחים כולם צרים מדי, וכולם דומים מדי זה לזה. ככולם כ-50% מהתשובות הנכונות נופלות, בדרך כלל, מחוץ לרווחי ביטחון של 90% ומעלה.

הפרדיגמה השלישית מתאימה למצבים שבהם ביטחון-היתר מתייחס להערכת ראיות. כאשר מנסים להסיק מסקנה מעדויות, שני מרכיבים של העדות חשובים: עצמתה ומשקלה. עצמתה של ראיה מתייחסת לתוכנה, למידה שבה הראיה מצביעה על אירוע המטרה.

משקלה של ראיה מתייחס למקורה, למידה שבה הראיה אמינה.³⁶ למשל, נניח שהמשטרה עצרה נהג ועשתה לו בדיקת אלכוהול. תוצאת הבדיקה היא הראיה להיותו שיכור. עצמת הראיה היא דיאגנוסטיות המדידה – ככל שנמדדה רמה גבוהה יותר של אלכוהול בדם, כך הראיה לשכרות חזקה יותר. אולם המשקל שיש לתת לראיה תלוי באמינות המכשיר. במקרה קיצוני, אם נניח שהמכשיר פגום ומניב מספרים באופן אקראי, אין לייחס לתוצאות הבדיקה כל ערך, תהיה התוצאה הדיאגנוסטית שעליה הוא מראה אשר תהיה. ממחקרים פסיכולוגיים רבים מתברר שאנשים מייחסים משקל-יתר לעצמתן של ראיות ומשקל-חסר לאמינותן. למשל, הביטחון בהיותו של נהג בגילופין כשנעצר יהיה חזק יותר כאשר המדידה קיצונית והמכשיר איננו מדויק מאשר כאשר המדידה רק שולית, אך המכשיר אמיין לחלוטין. דעה נחרצת של חבר שאיננו מומחה לדבר (למשל: "הסרט היה איום ונורא" או "יופי של מכונת כביסה") עושה רושם משכנע יותר על מרבית הבריות מאשר דעה נחרצת פחות של מקור טוב (למשל דירוג 7 בסולם מ-1 עד 10 של מאות צרכנים).

באחד הניסויים המפורסמים בפרדיגמה זו, שהפך לקלסיקה,³⁷ קבוצת פסיכולוגים קליניים התבקשה לנחש דפוסי התנהגות של מטופל מסוים, זוסף קיד שמו, על סמך אינפורמציה שסופקה להם. הנה דוגמה למתכונת השאלות שעליהן התבקשו הקלינאים לענות: "יחסו של קיד לאמו הוא זה: א. אהבה והערכה לעקרונותיה; ב. השלמה מתוך חיבה עם חסרונותיה; ג. שילוב של הערכה והתנגדות; ד. דחייה שלה ושל אמונותיה; ה. חיבה לכאורה מתוך תחושת חובה." לצד כל תשובה שבחרו ציינו הקלינאים את מידת ביטחונם. האינפורמציה על קיד סופקה להם בשלבים, ובכל שלב ניתן מידע חדש. בשלב הראשון נאמר רק שקיד "בן 29, לבן, רווק ושירת בצבא במלחמת העולם השנייה. הוא בוגר קולג' ועובד כעוזר מנהל בסטודיו של קישוטי פרחים". בשלבים הבאים הם קיבלו כל פעם דף וחצי של תיאורים על ילדותו (שלב 2); על שנות התיכון והמכללה (שלב 3); על שנות השירות הצבאי ועד להיותו בן 29 (שלב 4). משלב לשלב עלתה מידת ביטחונם של הקלינאים בדיוק ניבוייהם, מ-33% בשלב הראשון ל-53% בשלב האחרון, ואילו מידת הדיוק עצמה כמעט שלא השתנתה (היא נעה בין 23% ל-28%; יש לזכור כי גם למי שמנחש ניחוש "עיוור" יש תוחלת דיוק של 20%). הסיבה לדיוק הנמוך איננה נעוצה דווקא בחולשתם של הקלינאים, שכן חומר ביוגרפי מהסוג שקיבלו הוא באמת בעל ערך דיאגנוסטי נמוך. אך הם "אשמים" בביטחונם שהם אכן יודעים משהו על מושא ניחושיהם, שהלך וגבר.

36 דאו D. Griffin and A. Tversky, *The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence*, 24 COGNITIVE PSYCHOLOGY 411 (1992).

37 דאו S. Oskamp, *Overconfidence in Case-Study Judgments*, 29 THE JOURNAL OF CONSULTING PSYCHOLOGY 261 (1965).

3. יישומים משפטיים

לתופעת ביטחון-היתר בניבוי השלכות משפטיות רבות. נסתפק בשתי דוגמאות. בית משפט הנדרש להכריע בפלוגתה עובדתית בוחר בין חלופות, למשל החלופה שהנאשם במשפט פלילי ביצע את המעשה המיוחס לו בכתב האישום והחלופה שהנאשם חף מפשע. אם בית המשפט בטוח בהתרשמותו ממהלך המשפט בתוצאה מסוימת יותר ממה שראוי לו להיות בטוח, כלומר הסיכוי שטעו גדול ממה שנדמה לשופטי המותב, סביר להניח כי מספר הטעויות משני הסוגים (הרשעה של חפים מפשע וזיכוי של אשמים) גדול ממה שבית המשפט מעריך. סביר להניח כי בצד פושעים רבים המהלכים חופשי בתי הכלא מאוכלסים במספר לא מבוטל של קרבנות שלא חטאו.³⁸ חלק מן הבעיה נפתר באמצעות דיני הראיות הפליליים הדורשים כי האשמה תוכח "מעבר לכל ספק סביר", וזאת כדי למנוע את התוצאה הבלתי נסבלת מבחינה חברתית של הוקעה וענישה של חפים מפשע. עם זאת יש לצפות כי מספר גדול מדי של שופטים השתכנעו כי האשמה הוכחה מעל לכל ספק סביר אך הלכה למעשה פני הדברים אחרים. רמז לכך אפשר למצוא בסטטיסטיקה המדאיגה שלפיה מספר המורשעים בעברות פליליות קרוב למאה אחוזים מכלל המועמדים לדין.³⁹ הוכחה מדעית יותר אפשר לדלות מתוך הממצאים האמפיריים המחרידים שעידן ה-DNA שחרר לאוויר העולם, כי מספר הכלואים על לא עוול בכפם, ובהם נדונים למוות, הוא רב.⁴⁰ בד בבד סביר להניח, אם כי אין לנו נתוני DNA היכולים לאשש את ההשערה, כי

38 יש לציין כי שתי הטעויות, בניגוד למה שאפשר לסבור ממבט ראשון, יכולות לדור זן בצד זן. נניח כי באוכלוסייה של אלף נאשמים קיימים חמש מאות שביצעו את העברה וחמש מאות חפים מפשע. נניח כי בשל ביטחון-היתר של השופטים הם טועים בעשרה אחוזים מן המקרים, כלומר מרשיעים חמישים נאשמים חפים מפשע ומזכים חמישים נאשמים שביצעו את העברה. המספר הכולל של המורשעים הוא אמנם חמש מאות, שהוא המספר ה"נכון", אך אין אלה חמש מאות הנאשמים שהיו צריכים להימצא אשמים: חמישים מתוך אלה יוצאים לחופשי, ואת מקומם תופסים חמישים נאשמים חפים מפשע.

39 שיעור ההרשעות בבתי המשפט בישראל קרוב למאה אחוזים מכלל העבריינים המועמדים לדין. מספר זה כולל כמובן גם הרשעות המבוססות על עסקאות טיעון, גם הרשעות "חלקיות" וגם הרשעות על עברות קלות. אך בכל זאת שיעור ההרשעות מדאיג ביותר. ראו לעניין זה את נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ב-<http://www1.cbs.gov.il>. יש לציין כי גם שיעור ההרשעות בעברות חמורות הוא גבוה ביותר. ראו את נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ב-http://www1.cbs.gov.il/shnaton58/st11_03.pdf. לעוד נתונים המתייחסים לכלל ההרשעות ראו http://www1.cbs.gov.il/shnaton61/st11_04.pdf.

40 נתונים רבים המתייחסים לתופעה זו לוקטו על ידי צוות "פרויקט החפות" (Innocence Project), המנוהל על ידי הפקולטה למשפטים ע"ש בנימין קרדו בניו יורק. במסגרת פרויקט זה תועדו מאות מקרים של הרשעות שווא, כולל כאלה שהעונש שהושט עליהן היה עונש מוות. לפרטים נוספים ראו אתר האינטרנט של הפרויקט ב-<http://www.innocenceproject.org>

מספרם של האשמים שזוכו בדין גדול מן המספר המיטבי שלהם, כלומר גדול ממרווח הטעות הנובע מאליו בשל רמת ההוכחה הגבוהה הנדרשת במשפטים פלייליים. שני פניה של אותה הטיה מסתכמים בהשערה שמספר הטעויות במשפטים פלייליים, לכאן ולכאן, גדול ממה שנדמה לשופטים היושבים בדין.

האפשר להסיק מכך מסקנה נורמטיבית? אנו סבורים שכן. בהנחה שעלותה החברתית של טעות בהרשעה נחשבת גדולה בהרבה מעלותה החברתית של טעות בזיכוי, ייתכן שצריך להיזהר יותר לפני שמכריעים את הדין לחובתו של נאשם. המסר לשופטים הוא פשוט: "אל תבטלו את האפשרות שהספק שהבחנתם בו הוא ספק סביר; גם אם אתם נוטים להקל בערכו, ייתכן ששיקול דעתכם מוטה יותר ממה שנדמה לכם". ברור כי שופטים שנהגו כך יזכו מספר גדול יותר של נאשמים שעברו את העברה. אך עלותה של טעות זו קטנה בהרבה מעלותה של הטעות ההפוכה.

הטיה דומה, אך לא זהה, להטיית ביטחון-היתר בניבוי היא נטייתן של הבריות ללקות באופטימיות-יתר, כלומר בהפרזה בסיכוייהן לצלוח בשלום סיטואציות מסוכנות ("לי זה לא יקרה"). הטיה זו יכולה לשפוך אור על תופעה מעניינת בחיי המשפט בישראל (ובמקומות אחרים בעולם). בשנת 1999 ניתנו בישראל 527,734 פסקי דין על ידי בתי המשפט הרגילים של המדינה (בית המשפט העליון, המחוזי והשלום) בעניינים אזרחיים.⁴¹ נוסף על כך ניתנו פסקי דין רבים על ידי ערכאות שיפוטיות אחרות, כגון בתי הדין לעבודה, בתי הדין הדתיים ועוד.⁴² זהו מספר גדול מאוד והוא אומר דרשני. בדרך כלל הצדדים מכירים את הסכסוך שביניהם על כל צדדיו, וצריכה להיות להם יכולת סבירה להעריך את תוצאותיו. כפי שצינו בדברי הפתיחה, אילו היו הערכות הצדדים באשר לתוצאות ההליך שוות, או אפילו קרובות, לא היה הסכסוך מגיע לשלב של הכרעה שיפוטית והיה מסתיים בפשרה; צדדים רציונליים מתדיינים ביניהם רק כאשר לפחות אחד מהם טועה בהערכת-יתר של ההסתברויות לטובתו.⁴³ בשל היכרותם של הצדדים את הסכסוך מקרוב – אותו סכסוך עצמו – כיצד קורה שבמקרים רבים כל כך הם חלוקים בהערכתם את תוצאות ההתדיינות?

וכן ראו Keith A. Findley, *Learning From Our Mistakes: A Criminal Justice Commission to Study Wrongful Convictions*, 38 CAL. W.L. REV. (2002) 333.

41 התמונה המדויקת לשנת 1999 מבהילה אף יותר, שכן בפועל נדונו סך של 1,089,580 (!) תיקים בבתי המשפט האזרחיים.

42 רק לשם המחשה נציין כי בשנת 1999 נתבררו 100,443 תיקים בבתי הדין הרבניים, ו-8701 עניינים בבתי הדין השרעיים.

43 נניח לשם הדגמה כי התובע מבקש סעד של 1,000 ש"ח וסבור שיש לו סיכוי של 60% לזכות בתביעה. אזי בהתעלם מממד הוצאות המשפט, תוחלת הרווח שלו מהגשת התביעה היא 600 ש"ח. אילו סבר הנתבע כמוהו כי סיכויי הצלחת התביעה הם 60%, כלומר תוחלת הנזק שלו מן התביעה התלויה ועומדת נגדו היא בסך 600 ש"ח, היה כדאי לתובע לקבל 600 ש"ח בפשרה

אדם קרוב אצל עצמו, ולכן סביר להניח כי הערכת הצדדים את סיכויי זכייתם אינה שווה: התובע מאמין שסיכויי זכייתו רבים ממה שאדם ניטרלי היה מאמין, ואילו הנתבע מאמין שסיכויי זכייתו של התובע קטנים ממה שהיה סביר בעיניו של מתבונן מן הצד. הטיה זו מרחיקה את ההסתברויות ששני הצדדים מייחסים לסיכויי הצלחת התביעה זו מזו; עד כדי כך, שלמרות קיומן של הוצאות המשפט הסכסוך עלול להגיע להכרעה שיפוטית במקום להסתיים בפשרה. למשל, אם סכסוכים דומים לסכסוך הנתון מסתיימים ב-70% מן המקרים לטובת התובע, התובע מועד לשגות ולהניח כי הם מסתיימים לטובתו ב-90% מן המקרים, ואילו הנתבע עשוי לסבור כי ההסתברות היא רק 50%. במקרה כזה הסכסוך עלול להיגרר להכרעה אף על פי שטוב היה לו להיגמר בפשרה, בעיקר כאשר הוצאות המשפט הן רבות.⁴⁴

התבוננות מעין זו על הדינמיקה של הסכסוך מספקת רציונל טוב לתנועה הדוגלת ביישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, ובעיקר גישור ופישור. המגשר והמפשר מעריכים עם הצדדים יחד את איכות תביעתו של התובע נגד הנתבע, ובכך מקרבים את הערכות הצדדים באשר למה שיקרה בהליך משפטי מלא, אם אכן יתרחש. הפישור מצליח לא הודות למאמצי פיוס בין הצדדים העושים אותם סלחנים יותר אלה כלפי אלה, אלא הודות לכך שהם מספקים לשני הצדדים הערכה משותפת באשר לתוצאות ההליך. הפשרה מושגת בסופו של דבר הודות לאינטרס העצמי של כל אחד מן השחקנים ולא הודות לנכונותו לנהוג בנדיבות כלפי יריבו.

ובכך לחסוך לו את הוצאות המשפט, וגם לנתבע היה כדאי לשלם 600 ש"ח ובכך לחסוך לו את הוצאות המשפט. תוצאה זו מתעצמת אם הנתבע סבור כי סיכויי של התובע עולים על 60% (למשל אם הוא סבור שסיכויי התובע הם 80% כדאי לו, גם בהתעלם מן ההוצאות, להתפשר על כל סכום שאינו עולה על 800 ש"ח). אם הוצאות המשפט הן רבות, היינו צריכים לצפות לפשרה גם אם התובע מעריך את סיכוייו לזכות בתביעה יותר מכפי שהנתבע מעריך את סיכוייו של התובע לזכות במשפט.

44 אם הסעד המבוקש הוא 1,000 ש"ח, התובע מעריך את סיכוייו ב-90%, הנתבע מעריך את סיכויי התובע ב-50%, והוצאות המשפט הן 300 ש"ח (נניח לשם הפשטות שכל צד נושא בהוצאותיו, כלומר כל צד נושא בהוצאות בסך 150 ש"ח ללא קשר לתוצאות המשפט), התובע לא יסכים לפשרה ששיעורה נמוך מ-750 ש"ח (תוחלת הרווח מפסק הדין פחות הוצאות התובע), ואילו הנתבע לא יסכים לשלם בפשרה יותר מ-650 ש"ח (תוחלת ההפסד מפסק הדין ועוד הוצאות הנתבע). מאחר שהמקסימום שהנתבע מוכן לשלם לתובע בפשרה נופל מן המינימום שהתובע מוכן לקבל בפשרה, הסכסוך יופנה להכרעה שיפוטית אף על פי שיפה היה לו להסתיים בפשרה.

ה. הטיית החכמה לאחר מעשה (hindsight bias)

1. התופעה

לעתים קרובות אנחנו נדרשים להעריך את סיכויי התרחשותו של אירוע כלשהו, כגון שמחר ירד גשם, שנסיעה במהירות מופרזת תיגמר בתאונה, או שמדינה שכנה מתכננת נגדנו מתקפה צבאית. במקרים אחדים, שרבים מהם מתרחשים בחיים הציבוריים והמשפטיים, אנחנו נדרשים להעריך סיכויים אלה בדיעבד, הגם שכבר ידוע לנו מה התרחש הלכה למעשה. למשל, כאשר משתוללת שרפה בכרמל אנו יכולים לשאול את עצמנו כיצד היינו מעריכים את הסיכוי לשרפה שכזו ביום לפני שהתרחשה; כאשר קרתה תאונה אנו עשויים לתת דעתנו על השאלה אם היה אפשר לצפות אותה וכדומה. לאחר מלחמת יום הכיפורים עסקו רבים בשאלה אם ה"קונצפצייה" שייחסה סבירות נמוכה מאוד למלחמה שכזו הייתה סבירה. הטיית "החכמה שלאחר המעשה" היא העובדה שהעתיד נראה הרבה יותר ברור כאשר מסתכלים עליו בדיעבד. ניסויים רבים הראו שבני האדם מעריכים את הסתברותו של מאורע מסוים כגדולה יותר אם הם נשאלים על כך כשכבר נודע להם שהמאורע אכן התרחש.

2. תוצאות מחקריות

הטית החכמה בדיעבד קרויה גם "דטרמיניזם זוחל" (creeping determinism) על שום התחושה שמה שקרה היה בלתי נמנע גוברת לאחר מעשה, הגם שמלכתחילה היה האירוע הנדון לוט באי־ודאות. הפסיכולוג ברוך פישוהוף ערך כבר בשנות השבעים סדרת מחקרים מרשימה על היבטים וביטויים שונים של הטייה זו. בניסוי שהוא ככל הנראה המפורסם ביותר בסוגו סיפר פישוהוף למשתתפים על פרשה היסטורית שהתרחשה בראשית המאה התשע־עשרה בהרי בנגל בין צבא הגרילה של הגורקה מנפאל לבין הצבא הבריטי ששלט אז באזור. לאחר מתן רקע קצר התבקשו הנשאלים לנחש מה קרה לאחר מכן וכיצד התפתח הקונפליקט. הוצעו להם ארבע חלופות:

א. הבריטים ניצחו

ב. הגורקה ניצחו

ג. היעדר הכרעה צבאית, ללא הסדר שלום

ד. היעדר הכרעה צבאית, עם הסדר שלום

הנשאלים נחלקו לחמש קבוצות. הנשאלים מן הקבוצה הראשונה לא קיבלו כל מידע נוסף והתבקשו לתת את הערכת הסיכויים שלהם לכל אחת מהתוצאות האפשריות. לנשאלים מן הקבוצה השנייה, השלישית, הרביעית והחמישית נאמר, בהתאמה, כי אפשרויות א, ב, ג או ד התרחשו הלכה למעשה, ורק אז הם התבקשו להעריך את הסיכוי של כל אחת מארבע

התוצאות האפשריות כפי שהיו מעריכים אותו לולא ידעו מהי התוצאה. במילים אחרות, כל אחת מחמש הקבוצות נשאלה שאלה זהה, אך לכל אחת מהן היה מידע שונה על מה שהתרחש, וארבעת האחרונות למעשה התבקשו לענות כאילו היו בקבוצה הראשונה. מובן שלנשאלים שהשתייכו לשלוש מתוך ארבע הקבוצות האחרונות נמסר מידע שקרי, אך הנבדקים לא ידעו זאת (מיד עם תום הניסוי קיבלו את המידע הנכון). התברר שהתרגיל המנטלי הזה של התעלמות ממידע קיים והניסיון להיכנס לנעליו של מי שמידע זה איננו מצוי ברשותו, לא צלח. קבוצה שדווח לה על מידע פלוני – בין שהיה נכון או שקרי – העריכה את הסיכוי של התוצאה המתאימה לאותו מידע כגבוה מזה שהעריכה הקבוצה שלא קיבלה כל מידע על התוצאה, ובדרך כלל (אם כי לא תמיד) עד כדי הפיכתה לתוצאה הסבירה ביותר.⁴⁵

בניסוי אחר שנעשה במשותף עם רות בייט ביקש פישהוף מן הנבדקים, ערב ביקורו ההיסטורי בסין של הנשיא ניקסון, לנחש תוצאות אפשריות של הביקור. לאחר הביקור, כאשר הישגיו כבר היו ידועים, נתן להם שאלון זהה וביקש מהם לשחזר את התשובות שנתנו קודם. גם כאן התברר שהתוצאות שהתממשו בפועל הוערכו על ידי הנשאלים כבעלות הסתברויות גבוהות יותר, ואילו לאלה שלא התממשו ייחסו הנשאלים סיכויי התממשות קטנים מאלה שהעריכו מלכתחילה. עולה מכאן שלא זו בלבד שהנבדקים לא הצליחו לדמות בדיעבד את אי-הוודאות של מי שאינם יודעים את התוצאות בזמן הערכת ההסתברויות מלכתחילה, אלא שאפילו לא היו מסוגלים לשחזר את אי-הוודאות שהם עצמם חוו לפני היוודע התוצאות.⁴⁶

3. יישומים משפטיים

בגלל הטיית החכמה לאחר מעשה יש מי שמוכן לוותר לחלוטין על כלי בדיקה בדיעבד נוסח ועדות חקירה ממלכתיות שתפקידן מוגדר כמציאת "אשמים" במאורעות אסוניים שקרו בעבר.⁴⁷ במקרים מעין אלה ועדת החקירה מתבקשת לשער מה הייתה הסתברות התרחשותו של האסון לאחר שכבר אירע ותוצאותיו היו ידועות לכול. דוגמאות לכך הן

45 ראו Baruch Fischhoff, *Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty*, J. OF EXPERIMENTAL PSYCHOLOGY: HUMAN PERCEPTION AND PERFORMANCE 288 (1975).

46 ראו Baruch Fischhoff and Ruth Beyth, *I Knew it Would Happen: Remembered Probabilities of Once Future Things*, 13 ORGANIZATIONAL BEHAVIOR AND HUMAN PERFORMANCE 1 (1975).

47 ישראל ליבליך "ועדת חקירה מן ההיבט הפסיכולוגי" עיון ויישום בפסיכולוגיה: קובץ לזכר ישראל ליבליך (בקלמן בנימיני (עורך), 1990).

ועדת אגרנט שנתנה דעתה על מערכת השיקולים של הדרג המדיני והצבאי ערב מלחמת יום הכיפורים, או ועדת השופט כהן שחקרה את אסון סברה ושתילה. סביר מאוד להניח כי בסיטואציה מעין זו חברי הוועדה עלולים להחליט על ממצאים מרשיעים גם אם לא היו חוזים את התוצאה המזיקה מראש אילו התבקשו לעשות כן בזמן אמת. איננו בטוחים שאנו שותפים למסקנה גורפת זו, שלפיה אין כל ערך לוועדות חקירה ממלכתיות, אך מצטרפים אנו לקריאה כי ועדות מעין אלה חייבות להזהיר את עצמן מפני סכנותיה של ההטיה. זה הדין גם בממצאים של רשלנות. עצם העובדה שפלוגי ניזוק ממעשיו של אחר עלולה להטות את שיקול דעתם של הדיינים באופן שיאמינו בדיעבד כי הנזק היה בר צפייה מראש גם אם לא היו מגיעים לממצא דומה אילו ניצבו בנעליו של המזיק בזמן אמת.

הערה אחרונה זו משליכה בבירור על אחת מתובנותיה הפופולריות ביותר של הגישה הכלכלית למשפט. כידוע, עולת הרשלנות כוללת בחובה שלושה מרכיבים עיקריים והם חובת הזהירות, הפרתה של החובה וקימו של הנזק שנגרם מהפרת החובה. נמקד את המבט במרכיב השני, הפרת החובה. לעניין זה טבע השופט לרנד הנד (Learned Hand) נוסחה מפורסמת, שזכתה לכינוי "נוסחת הנד". לפי נוסחה זו, פלוגי מפר את חובת הזהירות שלו כלפי הניזוק אם, ואך ורק אם, עלות מניעתה של התאונה קטנה מתוחלת הנזק. אכן, יישומה של הנוסחה אמור להוביל לתוצאות יעילות, שבהקשר זה פירושן מזעור הסכום של עלות התאונות ועלות מניעתן. לא היינו חפצים למשל שנהגים יאטו את מהירות נסיעתם "יותר מדי" (למשל למהירות שיא של 25 קמ"ש) אף על פי שברי לנו שלו עשו כן היו נחסכות תאונות רבות. זאת הואיל ועלויותיה של האטה דרסטית שכזו עלולות בשיעורן על הנזק הנגרם במהירויות הנוכחיות. גם בית המשפט העליון שלנו, שידו אינה "קלה על ההדק" באימוצן של תובנות כלכליות, יישם לא אחת את נוסחת הנד. אולם כיצד נאמוד את תוחלת הנזק? זהו כמובן המספר המתקבל ממכפלת עלות התאונה בהסתברות התרחשותה. למשל, אם ידוע שבזמן כרוי בחצריו של פלוגי עלול לגרום לתאונת נפילה שעלותה 100,000 ש"ח, ושהסיכוי לתאונה שכזו במשך תקופת קיומו של הבור היא 10%, תוחלת הנזק של קיום הבור היא 10,000 ש"ח. אם קיימת חובת זהירות, חייבים לקיים אותה בכל עלות שאינה עולה על התוחלת הזו. אולם כאשר דנים בהתנהגותו של המזיק רק לאחר שהשלים את מעשה הנזיקין, כלומר רק לאחר שהנזק כבר התרחש, אומדן ההסתברות של הנזק, ולכן גם של תוחלת הנזק, עלול להיות מוטה כלפי מעלה. התוצאה אז תהא בלתי יעילה כי נידרש

לעמוד בעלויות זהירות גבוהות מתוחלת הנזק האמתית של מעשינו, זו הנאמדת "בזמן אמת", ללא השפעת החכמה שלאחר מעשה.⁴⁸

מעניין שלא הכול הם קרבנות של הטיה זו. יוצא מן הכלל אפשר למצוא בדיני התאגידים. נושאי משרה בתאגיד (דירקטורים, מנהלים) חבים לחברה חובת זהירות, שעל הפרתה הם עלולים להידרש לשלם לחברה פיצויים. בארצות הברית התפתחה בצד הדוקטרינה הכללית המכירה בקיומם של "יחסי רעות" בין נושאי המשרה לבין התאגיד (כלומר בקיומה של חובת זהירות של נושאי המשרה לתאגיד), עוד דוקטרינה אחת הקרויה "כלל שיקול הדעת העסקי" (business judgment rule או BJR). משמעותה המעשית של דוקטרינת ה-BJR היא כי בית המשפט לא ישים את שיקול דעתו בדיעבד תחת שיקול דעתם של נושאי המשרה בזמן אמת, ובכך יימנע מהטלת חובת פיצוי על הפרת חובת הזהירות של נושאי המשרה אלא אם הפרה זו לוותה בחוסר תום לב (למעשה הפרת חובת אמונים) או ברשלנות גסה (gross negligence). כיצד להסביר תופעה זו? להלן פרשנות אפשרית: מאחר שהסתברות התרחשותו של הנזק, ולכן תוחלת הנזק, כפי שהיא נתפסת על ידי הדיין היושב בדין בדיעבד מוגזמת כלפי מעלה, נדרש כלל "מקזו", שעל פיו אין להתחשב בתוחלות נמוכות יחסית. רק אם הדיין היושב לדין בדיעבד משתכנע (בשל הטיית החכמה לאחר מעשה שהוא עצמו נתון לה) שתוחלת הנזק הייתה גבוהה מאוד (מקרים של חוסר תום לב או רשלנות גסה), יש מקום, ואפילו בדיעבד, להטיל חובת פיצוי על נושא המשרה.

שאלה נאה היא על שום מה כלל ה-BJR איננו אלא חריג אשר תחולתו איננה משתרעת על פני כל דיני הרשלנות, ואולי אף למעלה מכך – על פני כל הסיטואציות שבהן דיינים מתבקשים להעריך בדיעבד הסתברויות, או מאפיינים כמותיים אחרים (כגון שיעור הנזק), של תוצאות שכבר ידועות להם. ואמנם, ראוי למצוא מנגנונים שיקזזו הערכות הסתברותיות הנעשות בדיעבד לרוחב כל החזית. אך אם השאלה איננה עקרונית (כלומר אם צריך להיות הבדל בין התנהגותם הרשלנית של נושאי משרה לסוגים אחרים של התנהגות) אלא פרקטית, אפשר להעלות כמה סיבות אפשריות. אחת מהן היא שהפעלת אמת מידה גבוהה מדי על נושאי משרה הייתה משתקת באחת את הפעילות המשקית התאגידית, ששם המשחק שלה הוא "נטילת סיכונים". לעומת זאת הטלת אחריות חמורה מדי על נהגים, או אפילו על גנרלים, היא "שגיאה" שהמשק יכול לסבלה מבלי לחוש בעצמתה או בחומרתה. שמרנות יתרה, במילים אחרות, נתפסת בהקשר העסקי כחמורה יותר מאשר בהקשרים אחרים. אך

48 ראו לעניין זה, Kim Kamin and Jeffrey Rachlinski, *Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*, 19 LAW AND HUMAN BEHAVIOR 89 (1995).

מכל מקום, הסבר לקיומה של ההבחנה חורג מד' אמותיו של פרק זה, ולכן נותר אותו עתה בצריך עיון.

1. הטיית העיגון (anchoring)

1. התופעה

נניח שאנו מתבקשים להעריך את אורכו של נהר הירדן. כל בר בי רב יודע שהירדן ארוך מן הירקון וקצר מן הנילוס. אף על פי כן אפשר להשפיע על אומדן אורכו של הירדן על ידי הזכרת אחד משני הנהרות האלה. למשל, אם נשאל: "אורכו של הירקון הוא 28 ק"מ. מה אורכו של הירדן?" נקבל אומדן קטן בהרבה ממה שנקבל אם נשאל: "אורכו של הנילוס הוא 6,650 ק"מ. מה אורכו של הירדן?" באזכור אורכו של הנהר האחר ניתנה למעריך נקודת מוצא שממנה הוא מתחיל את אומדנו (28 ק"מ? טוב, אבל הירדן ארוך הרבה יותר. נראה לי שהוא בערך..."; לעומת: "6,650 ק"מ? טוב, אבל הירדן הרבה יותר קצר. נראה לי שהוא בערך..."). הממצאים מורים שנקודת מוצא זו משמשת מעין עוגן במשכה אליה את האומדן באופן שבדרך כלל ה"תיקון" שאנו עושים איננו מספיק.

2. תוצאות מחקריות

הניסויים המקוריים בעיגון היו בין הראשונים שדווחו על ידי כהנמן וטברסקי. כבר אז היה ברור שמספרים יכולים לשמש עוגן לא רק כאשר הם רלוונטיים לאומדן המבוקש (כמו במקרה של אורכי הנהרות) אלא גם כאשר הם מקריים. לדוגמה, לפני נבדקים סובבו גלגל מזלות אשר עליו הופיעו המספרים מ-0 עד 100, והם התבקשו לנחש איזה אחוז מחברות ארגון האומות המאוחדות הן מדינות אפריקאיות. לאחר שגלגל המזלות סובב, התבקשו הנבדקים קודם כול לומר אם המספר שעלה בגורל נראה להם נמוך מדי או גבוה מדי כתשובה אפשרית לשאלה, ורק אז לתת את האומדן הטוב ביותר שלהם. נבדקים שבגורלם עלה מספר גדול נטו לתת אומדן יותר גבוה מאלה שבגורלם עלה מספר קטן יותר. למשל, האומדן של אלה שהגרילו את המספר 65 היה 45%, ושל אלה שהגרילו את המספר 10 היה 49.25%

ההסברים לתופעת העיגון רבים ומגוונים, אך כולם מסכימים על הקלות שבה אפשר לקבל אותה. כדי ליצור את ההטיה לא נדרש אלא לדחוס לתודעתו של האומדן מספר כלשהו,

49 ראו Amos Tversky and Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE, NEW SERIES 1124 (1974).

שרירותי ככל שיהיה, והצורך להתייחס אליו די בו כדי לגרום לו להשפיע, כלומר "לגרור" את האומדן לכיוון העוגן המוצע.

גם שופטים מקצועיים אינם חסינים בפני הטיית העיגון. לפני קבוצה של שופטים מקצועיים ומנוסים תוארו פרטיה של עברת גנבה, והנבדקים התבקשו לחוות דעתם על העונש הראוי. הקבוצה חולקה לשתי תת-קבוצות. לפני כל אחת מהן הוטל זוג קוביות. ללא ידיעתם של הנבדקים היו הקוביות מוטות באופן שסכום המספרים שנצפה על ידי תת-קבוצה אחת היה 3 (כלומר קובייה אחת "נפלה" על המספר 1 והשנייה על המספר 2), וסכום המספרים שנצפה על ידי תת-קבוצה אחרת היה 9. השופטים נשאלו תחילה אם מספר חודשי המאסר שראוי להטיל בגין אותה עברה גדול או קטן מסכום המספרים שצפו בהם, ולאחר מכן נשאלו כמה חודשי מאסר ראוי להטיל. תת-הקבוצה שצפתה במספר 3 סברה, בממוצע, שהעונש הראוי הוא 5 חודשי מאסר. תת-הקבוצה שצפתה במספר 9 סברה, בממוצע, כי העונש הראוי הוא 8 חודשי מאסר.⁵⁰ כמו במקרה הקודם (גלגל המזלות) היה ברור לנבדקים לחלוטין שהמספרים שניטעו בתודעתם היו מספרים מקריים, שאין להם רלוונטיות כלשהי לשאלת הניסוי, ובכל זאת היה בהם כדי ליצור עיגון שהשפיע על התוצאה.

3. יישומים משפטיים

ידועה התופעה שבה תובעים במשפטים אזרחיים נוטים להגזים כלפי מעלה בהערכת הפיצויים המגיעים להם, ולעתים הם דורשים סכומים לא ריאליים. לכאורה תופעה זו היא פרדוקסלית בהתחשב בכללי האגרה הנהוגים בבתי המשפט, שלפיהם גובה האגרה הוא פונקצייה של גודל התביעה. על שום מה ישלם התובע אגרה מוגדלת לחינם כאשר איננו מאמין כלל כי יוכל לזכות בסכומים המבוקשים? הסבר סביר לכך הוא שהסכום המוזכר בכתב התביעה יוצר "עוגן" להערכת סכום הפיצויים, בעיקר בענפי משפט שבהם גובה הפיצוי איננו מפורש בכללי משפט ברורים אלא באומד דעתו של הדיין (למשל פיצויי "כאב וסבל", "פיצויים עונשיים" או פיצויים בשל גריעה כזו או אחרת מהנאות החיים). תובע רציונלי עשוי לנפח את סכום הפיצויים הנתבע על ידיו כל עוד תוספת הפיצוי הצפויה לו בשל עוגן ההתייחסות הגבוהה גבוהה מתוספת האגרה שעליו לשלם בשל ניפוח סכום הפיצויים.

קיומה של הטיית העיגון והחשש להשפעתה גם על שופטים מקצועיים גורמים לנו להציע יחס ספקני להרבה מאוד הלכות שבמרכזן מצוי הרעיון שלפעמים קוראים לו "מתחם

50 Birte Englich, Thomas Mussweiler and Fritz Strack, *Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making*, 32 PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY BULLETIN 188 (2006).

הסבירות" ולעתים בשמות אחרים המרמזים על תפיסה דומה. למשל, בית משפט לערעורים פליליים איננו נוטה להתערב בעניין חומרתם של עונשי מאסר, גם אם הוא עצמו היה גוזר עונש אחר על הנאשם, אם העונש שהושת בבית המשפט דלמטה איננו חורג מן הסביר. בית המשפט הגבוה לצדק אינו נוטה להפוך את החלטות הרשות השלטונית המשיכה אם אין הן חורגות באופן קיצוני ממה שנדמה כראוי בעיני בג"ץ. הערכת שווי של מומחה לניירות ערך של חברה תיראה לבית המשפט הנדרש לאשר אותה כ"סבירה" וראויה לאימוץ אם לא ניתנה הערכת שווי סותרת השונה ממנה שוני מהותי. אולם יש להביא בחשבון כי מה שנראה לבית המשפט "סביר" או כמצוי "במתחם הסבירות" איננו שיפוט המנותק מן העוגן שהובא לדיעתו, וייתכן מאוד שאילו סדר הדברים היה הפוך, כלומר בית המשפט היה נדרש לתת את הערכתו תחילה, והערכתו של הזולת הייתה נמסרת לו רק בדיעבד, היה ההבדל בין שתי ההערכות הופך לדרמטי, ולכן אימוצה של ההערכה החיצונית היה נתפס כחורג ממתחם הסבירות. למשל, אין זה בלתי אפשרי שאילו בית משפט לערעורים פליליים היה יושב בבית משפט של ערכאה ראשונה היה העונש שהיה משית על העבריין שונה שוני קיצוני מן העונש שהושת למעשה על ידי הערכאה הראשונה. אך לאחר שהערכאה הראשונה כבר גזרה את העונש, ושיעורו של עונש זה הובא לדיעתו של בית המשפט שלערוור, הצטמצם הפער בין שני שיעורי העונש עד כדי דחיקתו אל תוך מתחם הסבירות.

ז. תוספת קטנה לסיום הפרק

קצרה היריעה מלפרט את כל התופעות בשיפוט והחלטה שמחקר פסיכולוגי חשף ושיש להן נגיעה לכלכלה התנהגותית בכלל ולמסקנותיה של כלכלה זו למשפט בפרט. קיימת ספרות לא מועטה של ספרים ומאמרים מסכמים (אמנם לא בשפה העברית) אשר הקורא המעוניין יכול להרחיב בהם את השכלתו בנדון. הסתפקנו בפרקנו במבחר מצומצם מהתופעות ודילגנו על עוד רבות. כדי לסבר את האוזן, להלן רשימה קצרה של הטיות ותופעות נוספות שיוצגו כאן רק ברמיזה.

1. הטיות בהערכת ראיות

כאשר עסקנו לעיל בהטיית הניסוח, ציינו איך המילים שבעזרתן מנוסחות החלופות לבחירה יכולות להשפיע על הבחירה. קיימים משתנים נוספים שמאפיינים ראיות ויכולים להשפיע על הערכתן. אחת מהן מתייחסת לתזמונו של המידע. לאינפורמציה שמוצגת ראשונה יש השפעה גדולה במיוחד על השיפוט הסופי, אפקט הקרוי אפקט הראשונות (primacy effect). הרושם שמותיר מידע ראשוני זה משפיע על האופן שבו ראיות מאוחרות יותר נתפסות, נזכרות או מתפרשות. גם לאינפורמציה שמוצגת אחרונה יש השפעת-יתר (recency effect)

משום שהרושם שהיא מותירה איננו יכול עוד להתקלקל או להידחק הצדה על ידי אינפורמציה חדשה נוספת – היא נותרת בחזקת "המילה האחרונה". ייתכן אפוא ש"כדאי" להעלות על דוכן העדים את העד המשכנע ביותר, ואולי גם יש יתרון למי שנושא את נאום הסיכום שלו אחרון. מכל מקום ברור שהשפעתם של היגדים הנערכים בסדר א, ב, ג, ד, ה איננה זהה להשפעתם של היגדים הנאמרים בסדר אחר, למשל ה, ד, ג, ב, א.

אפקט קשור לאפקט הראשונות נקרא הטיית האישוש. זהו שם גג לאוסף של נטיות מסוגים שונים שכולם פועלים להטיית הכף לטובת ההשערה שבה אוהז שופט הראיות. די שהשאלה המנחה שופט האמור להחליט באשר למגדרו של פלוני תהיה "בדוק אם X הוא אישה?" לעומת "בדוק אם X הוא גבר?" כדי להעלות את הסיכוי ש-X [ת]ייראה כאישה. מתברר שניסוח ההשערה לבדיקה מטה את סוג האינפורמציה שמחפשים, את סוג האינפורמציה שזוכרים, את סוג האינפורמציה שממנה מתרשמים וכדומה. הטיית האישוש גם מתייחסת לעובדה שאסטרטגיות של בדיקת השערות מוטות כלפי העדפה לחיפוש ראיות שיכולות לאשש והזנחה יחסית של ראיות שעשויות להפריך גם כאשר כוחן הדיאגנוסטי של אלה האחרונות עשוי להיות רב יותר. למשל, הראו לנבדקים ארבעה קלפים שעליהם הופיעו האות A, האות B, הספרה 4 והספרה 5, והם התבקשו לומר אילו קלפים יש להפוך כדי לבדוק אם נכונה ההשערה ש"כל קלף שבצדו האחד אות שהיא תנועה (vowel) יש בצדו השני מספר שהוא זוגי". כמעט כל הנבדקים מבקשים להפוך את הקלף A (שהוא אכן הכרחי לבדיקת ההשערה, ומה שמצדו השני יכול לאשש אותה או להפריך אותה), ולמעלה ממחציתם מבקשים להפוך גם את הקלף 4 (שמה שמופיע מצדו השני איננו מעלה מההשערה ואיננו מוריד ממנה), וכמעט אין מי שמבקש להפוך את הקלף 5 – אף על פי שמה שמצדו השני יכול להפריך את ההשערה. הזנחת הקלף המפריך נזקפת אף היא ל"הטיית האישוש". הטיה זו חשובה במיוחד בהקשר של חקירות, משום שבצורתה הקיצונית היא כמעט מבטיחה שחוקרים שגיבשו השקפה מסוימת מוקדם בתהליך החקירה יתחזקו יותר ויותר באמונתם עם התקדמות החקירה לעומת המידה הראויה מבחינה נורמטיבית.

אם הטיית הראשונות חלה על אותן ראיות, אך בדרך שונה, הטיית האישוש גורמת שהראיות הנאספות עצמן משתנות בגלל ההשערה ההתחלתית.

2. סטיות בהתנהגות

אם ההטיות דלעיל היו הטייות באמונות ודעות, הסטיות להלן הן סטיות בהתנהגות בפועל. לא מקרה הוא שאנו קוראים להן "סטיות" ולא "הטיות", משום שהמילה "הטיה" מתארת רק את היותן של ההתנהגויות שונה ממה שהתאוריה הנאו־קלאסית מנבאת, אך הסטיות – כפי שנראה מיד – הן דווקא מהסוג הנחשב רצוי וראוי חברתית יותר מהנורמה הרציונלית, ולכן לא נקרא להן "הטיות". כאן נמנה סטיות מן ההנחה שהאדם הרציונלי הוא אנוכי

לחלוטין, ותמיד בוחר את מה שמיטבי לו עצמו. הנחה זו עמדה לא אחת למבחן בתחום שנקרא "משחקים אקספרימנטליים", שבו צפו איך אנשים משחקים בפועל כמה מן המשחקים הידועים בתורת המשחקים המתמטית. יש תלי תלים של ניסויים בפרט בשני משחקים – דילמת האסיר ומשחק האולטימטום. במשחק האולטימטום לשחקן ראשון יש "עוגה" ששווייה, נניח, 100 זהובים. הוא מציע לשחקן השני חלוקה של העוגה – X זהובים לעצמו ו- $100-X$ זהובים לחברו. השחקן השני יכול לקבל את ההצעה, ואז העוגה מתחלקת על פי ההסכמה, או לסרב להצעה, ואז העוגה נעלמת, ואיש אינו מקבל דבר. תורת המשחקים גוזרת מן ההנחה ששני השחקנים הם רציונליים ושניהם גם יודעים ששניהם רציונליים, את הניבוי שהשחקן השני יקבל כל הצעה חיובית שהיא, משום שכל סכום חיובי עדיף על לא כלום. ממילא אפוא השחקן הראשון יכול להציע כל חלוקה שהיא מתוך ביטחון מוחלט שהיא לא תידחה. דא עקא, שלא כך קורה בפועל. ההצעה השכיחה היא של חלוקה שוויונית (הגם שזו הממוצעת נמוכה מעט יותר), וטוב שכך, משום שהשחקן השני נוטה לדרחות הצעות "מעליבות", וכאשר ההצעה נמוכה מדי, הוא מעדיף להיותר בלא כלום על פני ההשפלה הכרוכה בקבלתה.

במשחק הקרוי "דילמת האסיר" יש לכל אחד משני שחקנים בררה בין שני מהלכי פעולה, ומבנה המשחק הוא שהמהלך הנקרא הרבה פעמים "בגידה" עולה על זה הנקרא "שיתוף פעולה" – בין שהשחקן השני בוחר אף הוא בבגידה, או שהוא מצדו בוחר בשיתוף פעולה. לדוגמה, ראו את מטריצת התשלומים להלן, שבה המספר משמאל מייצג את התשלום לשחקן השורות, והמספר מימין את התשלום לשחקן הטורים.

	משתף פעולה	בוגד
משתף פעולה	5,5	0,10
בוגד	10,0	1,1

ברור שהשורה התחתונה דומיננטית בשביל שחקן השורות, והטור הימני דומיננטי בשביל שחקן הטורים. בגלל דומיננטיות זו כל שחקן "רציונלי" יבחר באסטרטגיה של "בגידה" – והתוצאה הסופית, בתא הימני התחתון, תהא גרועה לשני השחקנים יותר מזו שהייתה מתקבלת לו שניהם כאחד (אך רק שניהם כאחד, ולא אחד מהם בלבד) היו בוחרים ב"שיתוף פעולה" – ראו התא השמאלי העליון. הממצאים האמפיריים הם שתמיד קיימים שחקנים שמשחקים את האסטרטגיה הנשלטת. שיעורם היחסי משתנה על פי גורמים רבים ושונים, ויכול להיות גם גבוה מאוד. מכל מקום, כל בחירה שכזו איננה רציונלית, אך מוצאים אותה לא רק בקרב התמימים או השוטים.

קיימות הטיות התנהגותיות גם בהקשרים לא-אסטרטגיים. הטיית "ההוצאה האבודה" (sunk cost) היא ההשפעה על החלטה עתידית שיש להוצאה שאותה כבר אין להשיב, אך

קשה להתעלם ממנה. לדוגמה, השאלה אם לצאת מהצגה באמצע או לוותר על מנה במסעדה שכבר הוחל באכילתה, או להמשיך להשקיע בפיתוח טנק, או להמשיך להשקיע בקו רכבת חדש, צריכה להיות תלויה אך ורק בשיקולי עלות-תועלת של התמדה לעומת נטישה של הפעולה. אולם מתברר שמי שכבר השקיע הרבה (בכרטיס למופע, במנה, בטנק, ברכבת) נוטה להתמיד במהלך יותר ממי שנמצא באותה נקודת החלטה בדיוק, אך ללא אותו רקע של הוצאה אבודה.

ג. היפוכי העדפות

קיימת רשימה ארוכה של מצבים אשר בהם יכולים לגרום לאותו אדם עצמו, כשהוא ניצב בפני אותה בחירה עצמה, להפוך את העדפותיו בגלל מניפולציה של גורם שמבחינה נורמטיבית לא היה צריך להשפיע על ההעדפה. למשל: כאשר אנשים מתבקשים לבחור בין סיכוי של 90% לרווח של 10 ש"ח לעומת סיכוי של 10% לרווח של 90 ש"ח, רוב הנשאלים מעדיפים את הראשון, אך כאשר הם נשאלים כמה היו מוכנים לשלם לכל היותר עבור ההימור, רוב הנשאלים מוכנים לשלם עבור ההימור השני יותר מאשר עבור הראשון; כאשר שואלים אנשים אם הם מעדיפים 100 ש"ח היום או 110 ש"ח מחר, רובם מעדיפים 100 ש"ח היום, אך כאשר הם נשאלים אם הם מעדיפים 100 ש"ח בעוד שנה או 110 ש"ח בעוד שנה ויום, הם מעדיפים לקבל 110 ש"ח; מי שאיבד כרטיס יקר (300 ש"ח) למופע נוטה לקנות כרטיס אחר למופע פחות ממי שאיבד 300 ש"ח במזומן; רכבת דוהרת לעבר קבוצת אנשים שעומדים על הפסים מבלי שיהיה סיפק בידם לברוח בזמן ולהינצל: קיימת אפשרות פעולה שתציל אותם במחיר מותו של אדם אחד בלבד, שאיננו במועדים למוות. רוב הנשאלים בוחרים במות האחד על פני מות הרבים אם הדבר ניתן למימוש על ידי הפנותם את הרכבת לפסים אלטרנטיביים שעליהם ניצב רק אדם אחד שלא יספיק להימלט, אך בוחרים במות הרבים ולא האחד אם ההצלה כרוכה בהשלכה על הפסים של אדם אחד שגופו יכול לעצור את הרכבת בטרם תפגע בקבוצת האנשים שעל הפסים; ועוד כהנה וכהנה.

הפסיכולוג והכלכלן הרברט סיימון זכה בפרס נובל בכלכלה על רעיון הרציונליות החסומה שלו, שלפיה המגבלות האנושיות (בזיכרון, ביכולת חישובית, בזמן, בכוחות ובמשאבים אחרים) אינן מאפשרות בחירה אופטימלית במובן המוחלט ומחייבות בחירה שהיא לאו דווקא הטובה ביותר אלא טובה דייה, בכפוף לאותן מגבלות. המחקר הפסיכולוגי מאז זמנו חשף נתונים חשובים המשפיעים על האופן שבו בני אדם חושבים ופועלים, שמהם אפשר להסיק כי הבעיה איננה רק מגבלות, אלא שהשכל האנושי פועל בדרכים שאינן מאפשרות, עקרונית וכללית, את סוג העקיבות שנדרשת מאדם רציונלי. למעשה, מי שבקי בפסיכולוגיה דיו יכול לתמרן אנשים לסוגים מסוגים שונים של בחירות ושיפוטיות תמוהים ומזורים ביותר, אם לא בעצמה אז לפחות בכיוון, וזאת כמעט ללא מעצורים או עיכובים.

לזכותנו ולהגנתנו הקמנו מערכים רבים של שיפוט והחלטה אשר קיימים בהם נהלים ותקנים שאינם נתונים או ניתנים לחולשות אנושיות. כשם שאפשר להפעיל מטוס אוטומטי "ללא טייס" שאיננו נתון לאילויות תפיסתיות, לעייפות או לשיכרון חושים, כך קיימות מערכות של שיפוט והחלטה שפועלות מכוח תכנון מוקדם ואינן מצריכות שיקול דעת אנושי בתפקודן השוטף (כגון טבלאות אקטואריות לחישוב פרמיות ביטוח, אלגוריתמים לקנייה או מכירה של מניות, נוסחאות לקבלת מועמדים למוסדות להשכלה גבוהה ונוהלי פעולה במקרה של סימפטומים מסוימים אצל חולים). המערכת המשפטית, על חוקיה, טקסיה ונהליה, מנסה אף היא להסדיר הסדרה אופטימלית ושיטתית אספקטים רבים של ההתנהלות האנושית. הבנת ההתנהלות האנושית בכלל ושל כלכלה התנהגותית בפרט יכולה לסייע הן בהבנה והן בהבניה של אספקטים שונים במשפט. פרק זה כולו יועד לפתוח צוהר להבנת מרכזיותם של מדעי האדם האמפיריים ככלי להבנה טובה יותר של מערכת המשפט.

פרק ג: צדק

מאת

עוזי סגל*

א. המשפט של Arrow. ב. העדפות חר־שיאיות. ג. ליברליזם. ד. תועלתנות. ה. תועלתנות ושוויון. ו. בעיות נוספות במודל התועלתני. ז. נכסים שאינם ניתנים לחלוקה. ח. פונקציות רווחה לא תועלתניות. ט. נתוח אקס אנטה ואקס פוסט (Ex Ante and Ex Post Analysis). י. תביעות לא סימטריות. יא. שאלות נוספות וסיכום.

בעיות רבות במשפט ובכלכלה עוסקות בהקצאת מקורות. מי יירש את נכסי צלפחד או את כרם נבות? מי תוכרו אמו הביולוגית של היילוד החי ומי אמו של התינוק המת? מי זכאי לאזרחות ישראלית מכוח חוק השבות? למי שייכים התמלוגים ממרבצי הזהב שהתגלו בתל שקמונים? ולכמה ראשי חץ גרעיניים זקוק הצבא?

בעיות הקצאה נפתרות בדרך כלל באמצעות שווקים. כולנו מעוניינים לגור בוילה על שפת הים, אך מספרן של הווילות מצומצם והן יימכרו למרבה במחיר. מספר המלפפונים החמוצים שנרצה לצרוך תלוי במחירם – ככל שהוא יעלה נרצה לצרוך פחות, אך עם זאת, ככל שיעלה מחירם ייפתחו עוד מפעלי חמוצים. בסופו של דבר ייקבע המחיר לפי הביקוש וההיצע, ובשיווי משקל תהיה הכמות המבוקשת שווה לכמות המיוצרת. כל מי שיוכל להרוויח במחיר השוק ייצר מלפפונים חמוצים, וכל מי שיעריך קופסת מלפפונים ביותר ממחירה בשוק יקנה אותה.

אולם לא כל בעיית הקצאה ניתנת לפתרון שוק. כדי שיתקיים שוק חייבים להגדיר את זכויות הקניין, אבל זו היא כמובן בעייתן של בנות צלפחד – למי שייכים נכסיו של המנוח, לבנותיו או לשבטו? ולמי שייכים מרבצי הזהב, לבעלי הקרקע? לחופרים? למדינה? או שמא לשבטי הנוודים שחיו באזור בעבר? כדי שיתקיים שוק חייבת להיות משמעות למושג הבעלות. אבל כיצד אפשר להגדיר בעלות על השירותים המיוצרים על

* המחלקה לכלכלה, בוסטון קולג'.

ידי כלי נשק גרעיניים? ואם יהיה שוק לשירותים אלו, מי יסכים לקנות אותם? הרי מספיק ששכני ישרם עבורם, וממילא גם אני אהנה מאותה הגנה!

קיימים שווקים שאיננו רוצים שיתקיימו גם אם אין בעיה מעשית בקיומם. אין שום בעיה טכנית בהקמת שוק לאברים מתורמים מתים. זכויות הקניין ניתנות להגדרה פשוטה – יורשי המת יורשים את אבריו (כפי שהם יורשים את אוסף הבולים שלו) ואבריו ימכרו למרבה במחיר.¹ כשם שהמנוח רשאי לצוות שאוסף הבולים שלו ייקבר עמו, הוא רשאי לצוות שאבריו ייקברו עמו, וכשם שיורשיו רשאים שלא למכור את אוסף הבולים, כך הם לא יהיו חייבים למכור את האברים. אפשר כמובן לטעון שהאפשרות למסחר באברים תעודד את ייצורם על ידי קיצור חייו של התורם הפוטנציאלי, אבל מאותו טעם בדיוק יש לאסור על מסחר באוספי בולים. הסיבה שאיננו מתירים מסחר באברי מתים היא תרבותית – בין השאר לא ראוי בעינינו למסרם למרבה במחיר – אבל אין בכך כדי לפטור אותנו מהצורך למצוא מנגנון הקצאה לאברים שנתרמו.

מטרתנו בפרק זה היא לדון במנגנוני הקצאה שאינם מבוססים על שווקים. במקרה אופייני שבו נדון תצטרך קבוצה של פרטים (שופטים, בעלי מניות, בני זוג, תושבי עיר, חברי כנסת) להחליט כיצד לדרג פעולות אפשריות (גזירת עונשו של נאשם, שכר המנהלים בחברה, הכול כלול או אוהל סיירים, פארק או חניון, חינוך או ביטחון). מובן מאליו שאם חברי הקבוצה תמימי דעים וכולם מדרגים את הפעולות האפשריות באותו אופן, הרי שזה יהיה גם הדירוג החברתי, ולכן במקרים שבהם נדון תמיד יהיו חילוקי דעות בין חברי הקבוצה. עם זאת חברי הקבוצה מעוניינים להגיע להסכמה ומודעים לכך שכל הסכמה כרוכה בפשרה. מטרתנו היא להציג פתרונות אפשריים להחלטות קבוצתיות ולהראות כיצד שיקולים טבעיים של צדק ושוויון יכולים וצריכים להשפיע על מנגנוני ההחלטה והחלוקה.

הגישה שננקוט היא גישה פורמלית ולפעמים אף כמותית. כפי שנראה, אחת הבעיות המרכזיות שבפניהן נעמוד היא שלעתים קרובות רעיונות אינטואיטיביים עומדים בסתירה זה לזה, ולכן נצטרך למצוא דרכים לפשר לא רק בין אנשי החברה אלא גם בין הרעיונות עצמם. מנגד פעמים רבות נראה שלרעיונות פשוטים יש עצמה מוגבלת בפתרון בעיות חברתיות, ולכן ננסה לחזק אותם ולהוסיף להם שיקולים כמותיים שיאפשרו לנו להחליט מהי הפעולה החברתית הטובה ביותר.

1 מובן שהגדרה זו היא אמנם אפשרית, אך לא הכרחית. אפשר גם לקבוע שאברי המת אינם חלק מן העיזבון ולכן אינם שייכים ליורשים, ממש כשם שאפשר לקבוע שתואר אצולה (או למעשה כל נכס אחר) אינו עובר בירושה.

הערה ביביליוגרפית

הפניות למאמרים ולספרים שבהם הופיעו לראשונה הרעיונות שבהם נדון מופיעות בהערות שוליים. הספרות בנושאים שבהם נדון היא עצומה, ואין טעם לתת כאן אפילו רשימה מצומצמת של הספרים המרכזיים בתחום. שלושת הספרים הבאים דנים בהרחבה רבה בנושאים שבהם נדון בפרק זה, ובשלושתם (בעיקר בראשון) יש רשימה ממצה של המאמרים והספרים החשובים בתחום

1. Kamm, F.M.: *Morality, Mortality* (2 vols). Oxford UP, 1993-1996.

2. Mueller, D.C.: *Public Choice III*. Cambridge UP, 2003.

3. Roemer, J.E.: *Theories of Distributive Justice*. Harvard UP, 1998.

ומקור נוסף שממנו רבים נוטים להתעלם: ויקיפדיה. רוב המאמרים (באנגלית) הקשורים לנושאי פרק זה שבהם עיינתי נראו לי מדויקים.

א. המשפט של Arrow

הבעיה שתיארנו בסעיף הקודם היא בעיה כללית, ואפשר להציגה כך: בקבוצה n פרטים, ועליה לדרג k פעולות אפשריות. לכל אחד מהפרטים דירוג משלו של הפעולות השונות, ומטרתנו היא לנסח כלל הגיוני שיאפשר לנו לבנות מדירוגי הפרטים דירוג חברתי. במילים אחרות, מטרתנו היא לדרג כל שתי פעולות אפשריות ולקבוע מי משתיהן עדיפה בעיני הקבוצה.

לבעיה זו יש פתרון פשוט ועתיק ימים – כלל רוב. הקבוצה תעדיף את הפעולה x על פני הפעולה y אם רוב חברי הקבוצה מעדיפים את x על y . למנגנון זה יתרונות רבים. הוא קל להפעלה והוא איננו מפלה. לכל אחד מחברי הקבוצה אותו משקל, ואין עדיפות לדעתו של פרט אחד על פני פרט אחר. האם כלל רוב הוא הפתרון האידיאלי לדירוג פעולות? נעיין בדוגמה הזאת:

במאהל המשפחתי שלושה בוגרים: אברהם, שרה והגר. לפני המשפחה שלוש פעולות אפשריות:

x : לגרש את הגר

y : לגרש את ישמעאל

z : לגרש את הגר ואת ישמעאל

לכל אחד מחברי הקבוצה דירוג משלו. אברהם מעדיף לגרש את הגר ולא את ישמעאל, והאפשרות הגרועה ביותר מבחינתו היא לגרש את שניהם. שרה מעוניינת להפטר מישמעאל (אבל לא מהגר), ולכן מבחינתה אפשרות y עדיפה על z שעדיפה על x . להגר חשוב יותר מכול לחיות עם בנה. אם עליה להיפרד ממנו היא מעדיפה שהוא

יישאר עם לפחות אחד מהוריו. נסמן ב " $>$ " את היחס "עדיף מ-" ונקבל את הדירוגים האלה:

- אברהם: $x > y > z$ (קראו: פעולה x עדיפה על y שעדיפה על z).
- שרה: $y > z > x$.
- הגר: $z > x > y$.

אברהם והגר מעדיפים את x על y (לשרה העדפות הפוכות). הרוב מעדיף את x על y , ולכן זו גם העדפת הקבוצה. אברהם ושרה מעדיפים את y על z , ולכן זו היא העדפת הקבוצה. אבל שרה והגר מעדיפות את z על x , ולכן מכלל רוב נקבל שפעולה x עדיפה על y , עדיפה על z , ו- z עדיפה על x . איזו פעולה תבחר המשפחה מהקבוצה $\{x, y, z\}$? לכל פעולה שתבחר יש רוב שמעדיף פעולה אחרת. אי אפשר לבחור את x כי הרוב מעדיף את z , אי אפשר לבחור את z כי הרוב מעדיף את y , ואי אפשר לבחור את y כי הרוב מעדיף את x .

בעיה זו ידועה בשם פרדוקס הבחירה או הפרדוקס של קונדורסה.² יש לשים לב לכך שמהפרדוקס לא נובע שכלל רוב חייב להוביל למעגל שוטה של העדפות. אם העדפותיה של הגר היו $x > z > y$ (עדיף לילד לחיות עם אביו העשיר ולא עם אמו חסרת הבית). הרי שכלל רוב היה קובע ש x עדיפה על y (אברהם והגר), y עדיפה על z (אברהם ושרה), ו x עדיפה על z (אברהם והגר). הדירוג החברתי היה אפוא $x > y > z$. מנגד, כפי שראינו כלל רוב עשוי ליצור מעגלים.

האם יש כללי דירוג סבירים שלא יובילו אותנו לעולם למעגלי העדפות? על שאלה זו ענה Kenneth Arrow כשהציג והוכיח את משפט אי-האפשרות המפורסם הקרוי על שמו. Arrow הניח שראוי שהדירוג החברתי יקיים את הדרישות הבאות:

1. כלליות: כלל הדירוג החברתי חייב לפעול בכל פרופיל העדפות אפשרי. במלים אחרות, החברה איננה יכולה לפסול מראש שום יחס העדפה שיכול להיות לפרטים המרכיבים אותה.
2. שלמות: כל פרט חייב להיות מסוגל לדרג כל זוג פעולות אפשריות, וגם החברה חייבת להיות מסוגלת לדרג כל זוג פעולות אפשריות.
3. טרנזיטיביות: אם פרט מעדיף את הפעולה x על y ואת y על z , הוא גם מעדיף את x על z . יתרה מזו, אם החברה מעדיפה את הפעולה x על y ואת y על z , היא חייבת להעדיף את x על z .
4. תמימות דעים: אם כל הפרטים בחברה מעדיפים את הפעולה x על הפעולה y , גם החברה חייבת להעדיף את x על y .

2 Condorcet: פילוסוף צרפתי, 1743-1794.

5. אי-תלות באלטרנטיבות לא רלוונטיות: הדירוג החברתי של כל זוג פעולות x ו- y תלוי אך ורק בדרך שבה מדרגים הפרטים בחברה שתי פעולות אלו. במילים אחרות, אם הפרטים בחברה משנים את דעתם אבל אף אחד מהם לא שינה את הדרך שבה הוא מדרג את הזוג $\{x, y\}$, הרי שגם הדירוג החברתי של שתי פעולות אלו לא ישתנה.

6. אין דיקטטור: אין פרט שהדירוג החברתי תמיד יהיה זהה לדירוג שלו.

נדון בקצרה בהנחותיו של Arrow. הנחת הכלליות דורשת שהכלל שאנו מחפשים יתאים לכל פרופיל אפשרי של העדפות. במובן זה המטרה של Arrow איננה פתרון בעיה מסוימת אלא קביעת כללים שלפיהם נפתור בעיות עתידיות. ההבדל הוא כמו זה שבין משא ומתן לסיום סכסוך עבודה נתון ובין חקיקה המסדירה יחסי עבודה בין עובדים ומעסיקים.

הנחת השלמות דורשת מכל פרט להיות מסוגל לדרג כל שתי פעולות אפשריות. אמנם במקרים רבים יהיו פרטים שלא יוכלו לעשות זאת, אבל חוסר היכולת יופיע בדרך כלל במקומות שבהם נדרשת הכרעה מקצועית. למשל: האם לדעתך עדיף שביערות הכרמל יטעו אורנים או אלונים? סביר להניח שבשאלות ערכיות יוכלו רוב הפרטים להכריע בין כל שתי אלטרנטיבות.

החלק השני של הנחת השלמות דורש מהחברה להיות מסוגלת לדרג כל שתי אפשרויות. לכאורה אפשר לבוא ולטעון שדרישה זו חזקה מדי – מדוע בכלל שיהיה אכפת לנו איך החברה מדרגת שתי פעולות שכולם מדרגים אותן נמוך בסדר ההעדפה שלהם, ועל כן אין שום סיכוי שנבחר בהן? התשובה לשאלה זו דורשת כלי ניתוח החורגים ממסגרתו של פרק זה, אבל נציין כאן שגם אם נוותר על הנחה זו, ובמקום לדרוש דירוג חברתי מלא של כל הפעולות האפשריות נסתפק בבחירתה של החברה בפעולה כלשהי, גם אז נקבל תוצאות דומות לאלו של Arrow (שאותן נציג מיד)³.

הנחת הטרנזיטיביות דורשת שאף לא אחד מהפרטים, וגם לא החברה עצמה, ינועו במעגלים. דרישה זו חיונית אם אנחנו מעוניינים למצוא כלל שיהיה אפשר להשתמש בו. כפי שראינו לעיל, אם החברה מעדיפה את x על y , את y על z , ואת z על x , היא לא תוכל להחליט מה לבחור מתוך הקבוצה $\{x, y, z\}$.

ההצדקה להנחת תמימות הדעים היא שהחברה איננה יכולה להיות "חכמה" מכלל הפרטים המרכיבים אותה. יתרה מזו, אין לחברה ערכים נוספים על אלה הכלולים בהעדפותיהם של הפרטים. ציוויים דתיים רלוונטיים רק אם הם משפיעים על

3 אריאל רובינשטיין דן בסוגיות אלו בפרק העשירי של ספרו בתאוריה מיקרו כלכלית. הספר (באנגלית) ניתן להורדה באתר <http://arielrubinstein.tau.ac.il/Rubinstein2007.pdf>.

העדפותיהם של הפרטים. אבל אם כל הפרטים בחברה רוצים לרקד סביב עגל הזהב, כי אז אין לצו "לא תעשה לך פסל וכל תמונה" שום תוקף. הנחת אי-התלות היא הבעייתית ביותר ונדון בה בהרחבה בהמשך. ההצדקה העיקרית להנחה זו היא התוכנה שהעדפות חברתיות על פעולות חברתיות שונות נקבעות לפי הפעולות ולפי דעתם של הפרטים עליהן, אבל לא לפי דעתם של הפרטים בסוגיות אחרות. עם זאת חשוב לציין שההנחה איננה דורשת שנתייחס לדעתם של כל הפרטים – כלל דירוג חברתי שמתעלם מדעתם של גברים וגוזר את ההעדפות החברתיות מהעדפותיהן של הנשים בלבד איננו סותר את הנחת אי-התלות. מטרתו של Arrow הייתה לאפיין את כל כללי הדירוג החברתיים המקיימים את כל הדרישות דלעיל. מטרה זו הושגה במשפט הבא:

משפט אי-האפשרות של Arrow: אין כלל דירוג חברתי שמקיים את כל הדרישות 1-6. הוכחת המשפט חורגת מגבולותיו של פרק זה. המעוניינים יכולים לעיין בגרסתו המקורית של המשפט בספרו של Arrow⁴ וכן בהוכחות מודרניות יותר, שהן גם הרבה יותר קלות להבנה. שלוש הוכחות שכאלו מובאות במאמרו של Geanakoplos⁵. המשפט ידוע גם בגרסה אלטרנטיבית: אם כלל הדירוג החברתי מקיים את הדרישות 1-5, החברה היא חברה דיקטטורית. ברור שהמסקנה מהמשפט מדאיגה ביותר: איננו מסוגלים ליצור שום מנגנון סביר שיאפשר לנו לפשר בין העדפותיהם של הפרטים בחברה. עיקר הפרק שלפנינו עוסק בפתרונות אפשריים לבעיה זו. השאלה שנשאל היא על אילו מהדרישות של Arrow נרצה לוותר כדי להגיע לפתרון חברתי.

ב. העדפות חד-שיאיות

הנחת הכלליות דרשה שכלל הדירוג החברתי יוכל לפעול בכל פרופיל העדפות אפשרי. אבל האם אנחנו באמת רוצים להתחשב בדעותיהם של פרטים שדוגלים באיסור קיום יחסי מין בין יהודים וערבים או בהפרדת המרחב הציבורי בין גברים ונשים? רבים מאתנו סבורים שלא. אבל לשם כך אין צורך לפסול את העדפותיהם של הפרטים הללו. כל שעלינו לעשות הוא להחליט שפעולות כאלה אינן כלולות בקבוצת הפעולות האפשריות.

נעניין עם זאת בדוגמה הבאה: על החברה להחליט עד איזה שבוע בהיריון להתיר הפלות. הועלו שלוש הצעות:

- | | |
|---|---|
| .K.J. ARROW, SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL VALUES (1951) | 4 |
| J. Geanakoplos, <i>Three brief proofs of Arrow's impossibility theorem</i> , ECONOMIC THEORY 26, 211-215 (2005) | 5 |

x : עד סוף השבוע העשירים

y : עד סוף השבוע העשירי

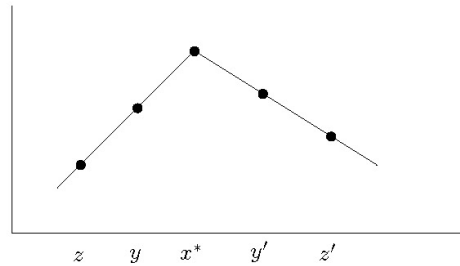
z : איסור גורף על הפלות

מפלגה 1 מדרגת את שלוש הפעולות האלו כך: $x > y > z$. הדירוג של מפלגה 2 הוא $x > z > y$, והדירוג של מפלגה 3 הוא $z > x > y$. מפלגה 1 סבורה שאין מקום להתערבות חברתית בשאלת ההפלות אלא אם כן העובר עשוי להתקיים בכוחות עצמו. מפלגה 2 מאמינה שאין להתיר הפלות אחרי השלב שבו העובר מקבל צורת אדם, ומוטב לאסור הפלות ולא להתירן מעבר לשלב זה. אבל איך נוכל להסביר את העדפותיה של מפלגה 3? מפלגה זו סבורה שיש לאסור הפלות מכול וכול. מדוע אפוא מעדיפה מפלגה זו להתיר הפלות עד השבוע העשירים ולא העשירי? והאם עלינו כחברה להתחשב בהעדפות שכאלו?

סביר שלא. אין פגם בפעולות שהצגנו, אבל העדפותיה של מפלגה 3 אינן סבירות ולכן נפסול אותן. מתברר שאם נתעלם מהעדפות שכאלו נוכל להשתמש בכלל רוב ולא נמצא את עצמנו חשופים לפרדוקס הבחירה של קונדורסה. התנאי לכך הוא שפרופיל ההעדפות החברתי מקיים תכונה הקרויה חד-שיאיות (single peakedness), שאותה נגדיר מיד. עם זאת נציין שבהגבילנו את ההעדפות האפשריות אנחנו מוותרים על ההנחה הראשונה של Arrow, היא הנחת הכלליות. מאחר שכך, התוצאה שנציג איננה סותרת את המשפט של Arrow, שהרי הוא הוכיח שאין אפשרות למצוא כלל פעולה חברתי שיקיים את הנחת הכלליות (ואת שאר ההנחות).

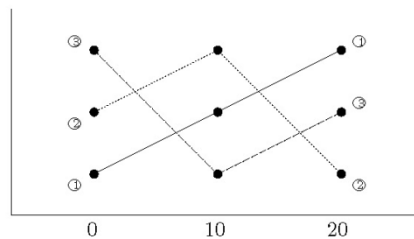
כדי שנוכל לדבר על העדפות חד-שיאיות, נניח שקבוצת הפעולות החברתיות ניתנת להצגה כנקודות על ציר המספרים (למשל: אורך השירות הצבאי, תקציב משרד הדתות או רמת זיהום האוויר במפרץ חיפה). נאמר שהעדפותיו של פרט i על ציר המספרים הן חד-שיאיות אם קיימת על גבי הציר חלופה פלונית שהיא הרצויה ביותר בעיניו, וככל שהוא "מתרחק" ממנה (ימינה או שמאלה), כך הולכת העדפתו לחלופות האחרות ומתמעטת. פרופיל ההעדפות החברתי הוא חד-שיאי אם העדפותיו של כל פרט הן חד-שיאיות כמוכן האמור.

פורמלית, נאמר שהעדפותיו של פרט i על ציר המספרים הן חד-שיאיות אם קיימת פעולה x שנחשבת בעיניו כטובה ביותר; לכל שתי פעולות y ו- z באופן ש- $x > y > z$, הפרט מעדיף את x על y ואת y על z , ולכל שתי פעולות y' ו- z' באופן ש- $z' > y' > x$, הפרט מעדיף את x על y' ואת y' על z' (ע' ציור 1).



ציור 1

הדירוגים של מפלגות 1 ו-2 הם חד-שיאיים. לדעת מפלגה 1, 20 היא הפעולה הטובה ביותר, וככל שנרחיק ממנה שמאלה יורע מצבנו. לדעת מפלגה 2, הנקודה הטובה ביותר היא 10, וסטייה ממנה – לשני הכיוונים – איננה רצויה. ההעדפות של מפלגה 3 אינן חד-שיאיות. הנקודה הטובה ביותר לדעת מפלגה זו היא אפס, אבל אף על פי ש- $20 > 10 > 0$, מעדיפה מפלגה זו את התוצאה 20 על פני 10 (ע' ציור 2).



ציור 2

אם נגביל עצמנו להעדפות חברתיות חד-שיאיות, כלומר למצב שהעדפותיו של כל אחד מן הפרטים בחברה הן חד-שיאיות, הרי שכלל רוב יוביל את החברה לדירוג מלא וטרנזיטיבי של הפעולות החברתיות. נניח למשל ש- $x > y > z$, ושלדעת החברה x

עדיפה על y שעדיפה על z : $x > y > z$ ו- $y > z$ נוכיח עתה שהחברה מעדיפה את x על z :
 $x > z$. נניח למשל $x = 10, y = 5, z = 0$.

אם לדעת החברה הפעולה x עדיפה על הפעולה y , הרי שלפחות חצי מהפרטים בחברה מעדיפים את x על y , כלומר הם מעדיפים 10 על 5. אם פרט כלשהו מעדיף 10 על 5, הרי שלדעתו הנקודה האידאלית גדולה מ-5 (אם היא הייתה קטנה מ-5 הוא היה מעדיף את 5 על 10), ומאחר שהעדפותיו חד-שיאיות, הרי שהוא גם מעדיף את 5 על 0. מאחר שהעדפותיו טרנויטיביות, הוא מעדיף את 10 על 0, ולכן מתברר שלמעלה ממחצית המצביעים מעדיפים את 10 על 0. מכלל רוב נובע עתה שהחברה מעדיפה את 10 על 0.

כלל רוב מאפשר לנו לדרג כל שתי פעולות אפשריות וגם למצוא את הפעולה הטובה ביותר בדירוג החברתי. נניח שחמישה חברי הנהלה בעלי העדפות חד-שיאיות צריכים להחליט בכמה להעלות את שכר העובדים בחברה. נסמן ב- s_i את נקודת השיא של חבר הנהלה i . למשל, אם $s_2 = 20$, הרי שחבר הנהלה מס' 2 סבור שיש להעלות את שכר העובדים ב-20%, וככל שנתרחק מערך זה נקבל (לדעתו) פתרונות טובים פחות. החציון של קבוצת מספרים הוא אותו מספר שחצי מהקבוצה נמצא מעליו וחצי מתחתיו. לדוגמה, החציון של הקבוצה 3, 6, 17, 1, 61 הוא 6, ואילו החציון של הקבוצה 8, 4, 5, 10 הוא כל מספר בין 5 ל 8. לכלל רוב הפועל על יחסי העדפה חד-שיאיים התכונה הנאה הבאה:

משפט החציון: נניח שלכל הפרטים העדפות חד-שיאיות על ציר המספרים, ונסמן ב- s_i את נקודת השיא של פרט i . נקודת החציון של הקבוצה s_1, \dots, s_n היא (ה)פעולה (ה)טובה ביותר בדירוג החברתי המבוסס על כלל רוב.

קל לראות מדוע המשפט נכון. נניח שבחברה חמישה פרטים, והנקודות האופטימליות לדעתם הן 5, 20, 35, 40, ו-50. מאחר שהעדפותיהם חד-שיאיות, הרי שלפחות שלושה פרטים (מס' 3, 4, 5) מעדיפים את 35 על 5 ועל 20, ולפחות שלושה פרטים (מס' 1, 2, 3) מעדיפים את 35 על 40 ו-50. במילים אחרות, כלל רוב יבחר ב-35, שהיא נקודת החציון.⁸

6 שימו לב להבדל בין $>$ ו- $>$. המשמעות של $x > y$ היא המספר x גדול מהמספר y . המשמעות של $x > y$ היא שהכמות x עדיפה על פני הכמות y . כפי שראינו בדוגמת ההפלות, ייתכן ש $x > y$ אבל $y > x$.

7 D. Black, *On the rationale of group decision making*, JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 56, 23-34 (1948).

8 במקרה הכללי נניח שהחציון הוא השיא של פרט j , כלומר s_j . נבחר לדוגמה $x > s_j$ ונראה שהחברה מעדיפה את s_j על x . פרט j וכל הפרטים בחברה שהשיא שלהם נמוך מ- s_j

משפט החציון פותר לכאורה את הבעיה שהצבנו לנו – למצוא דרך פשוטה והגיונית שבה קבוצה של פרטים יכולה לדרג אוסף של פעולות אפשריות. לרוע המזל, המשפט נכון רק כשהעדפות הן חד-שיאיות, והעדפות חד-שיאיות חייבות להניח שקבוצת הפעולות נמצאת על ציר המספרים. השאלות המעניינות ביותר בצדק חלוקתי עוסקות בפעולות שאינן ניתנות לכימות ואף אינן מסודרות בשום סדר טבעי. למשל: האם עדיף להשקיע בחינוך או בביטחון? האם להתיר הפרדה בין גברים ונשים בתחבורה ציבורית? ומה באשר להפליה מתקנת? משפט החציון איננו רלוונטי לבעיות שכאלו.

בעיה אחרת היא שגם כשאפשר להשתמש במשפט החציון לא ברור כלל אם התוצאה אכן רצויה. שלושה שופטים דנים בגורלו של נאשם שהואשם ברצח אביו. השופט הראשון סבור שהיות שבשבועות שקדמו לרצח סיפר הבן לכל מי שהיה מוכן לשמוע שהוא מתכוון לרצוח את אביו שרימה אותו בכספי ירושת אמו, ויתרה מזו, יומיים לפני הרצח כתב לאהובתו (לשעבר) שירצח את אביו, הרי שבית המשפט חייב למצוא אשם ברצח בכוונה תחילה. לעומתו, השופט השני השתכנע מטיעוני הסנגור שלמעשה אין שום ראיה חותכת הקושרת את הנאשם לפשע, ולכל היותר אפשר להרשיע את הנאשם בפציעה (בשוגג) של המשרת הזקן של אביו.

השופט השלישי נמצא בין שני השופטים האחרים – מצד אחד לא הייתה לדעתו לנאשם כוונה לרצוח את אביו, אך מצד שני ברור לו שהנאשם פגע לא רק במשרת אלא גם באביו. מאחר שהוא נמצא בין שני השופטים האחרים, הרי שלפי משפט החציון (כלומר, אם נשתמש בכלל רוב) ייקבע עונשו של הנאשם אך ורק על ידי שופט זה!

עם זאת ראוי לציין שכלל החציון מעודד את הפרטים בחברה לגלות את דעתם האמתית, או לפחות לא לשקר בעניינה. נניח ששלושת השופטים תומכים בעונשים של 20 שנות גלות (השופט המחמיר), פיצויים למשרת (השופט המקל) וחמש שנות גלות (השופט השלישי). אף אחד מהשופטים לא ירוויח מתמיכתו בעונש שלדעתו איננו העונש האידאלי. לדוגמה, אם השופט המחמיר (התומך בעשרים שנות גלות) יטען שלדעתו העונש הנכון הוא שלוש שנות מאסר, הרי שזה יהיה עונשו של הנאשם אף על פי שאם השופט המחמיר היה אומר את האמת, היה הנאשם מקבל את העונש החציוני (חמש שנים) שהשופט המחמיר מעדיף על פני שלוש שנים.

מעדיפים את s_j על x (שהרי העדפותיהם חד-שיאיות). למעלה ממחצית הפרטים מעדיפים את s_j על x , ולפי כלל רוב אלו הן גם העדפותיה של החברה. בדומה לכך אנו רואים שהחברה מעדיפה את s_j על כל $x < s_j$.

ג. ליברליזם

הגישה שהצגנו עד כה הניחה שדעתם של כל הפרטים חשובה. אבל קיימים מצבים רבים שבהם לבחירה בין שתי פעולות השפעה מצומצמת ביותר, ורק מספר קטן של פרטים יחוש בהבדל שבין שתי הפעולות. מספר ראשי החץ הגרעיניים של צבא פרידוניה ישפיע על כל תושבי המדינה. לעומת זאת הבחירה בין הרחבת כביש הגישה לקיבוץ הגלילי חרולי צוקים לבין שיפוץ בית הכנסת ביישוב תשפיע קרוב לוודאי רק על תושבי הקיבוץ עצמו. האם באמת ראוי לשאול לדעתם של תושבי השפלה בסוגיה זו?

הכלכלן אמרטיה סן (Sen) בדק מה קורה אם נחליף את הנחת אי-התלות באלטרנטיבות לא רלוונטיות בעיקרון הליברלי הבא:

ליברליזם: אם הבחירה בין שתי הפעולות x ו- y משפיעה אך ורק על פרטים בקבוצה S , וכל חברי קבוצה זו מעדיפים את x על y , הרי שזו תהיה גם ההעדפה החברתית, ללא קשר לדעתם של הפרטים שאינם בקבוצה S .⁹

ההצדקה לעיקרון מבוססת על התובנה שהעובדה שלחברי הקבוצה יש דעה בכל סוגיה איננה מחייבת את החברה להתחשב בדעתם. דעתם של אלו שעשויים להיפגע (או להרוויח) מהבחירה החברתית חשובה. דעתם של האחרים חשובה פחות. מההגדרה נובע שאם הבחירה בין שתי פעולות משפיעה על פרט יחיד, ההעדפה החברתית בין שתי פעולות אלו תהיה כהעדפותיו של אותו פרט.

הבעיה הראשונה היא שלא ברור כלל מה הכוונה במילה "משפיעה". האם אני מושפע מכך שיוסי ורינה מתחתנים? ואם רינה היא גרושתי ויוסי הוא (או היא) חברי הטוב ביותר? ומה אם יוסי ורינה הם אח ואחות? מדוע במקרה זה נראה לנו שראוי לאסור על השניים להתחתן? מדוע על המחוקק להכריע בשאלה מה, אם בכלל, יחבוש רוכב אופניים על ראשו? ומנגד, האם יש ספק שמכירת חמץ בפסח בפרהסיה גורמת לרבים עגמת נפש? האם במקרה זה נאמר שאיסור המכירה משפיע רק על הקונים או גם על אלו ששמחת חגם מושבתת למראה החמץ בראש חוצות?

סן העלה בעיה אחרת. בעזרת דוגמה פשוטה להפליא הוא הוכיח שגם אם נמיר את הנחת אי-התלות בהנחת הליברליזם, עדיין נמצא את עצמנו חשופים למעגלים לא טרנזיטיביים. נניח שבחברה שני פרטים, רם ויעל. עומד לרשותם עותק יחיד של פרסום תועבה X (בדוגמה המקורית של סן פרסום ה"תועבה" הוא ספרו של ד"ה לורנס "מאהבה של לידי צ'טרלי"). הזמנים משתנים... לרוע המזל, מצבו של עותק זה כה

A. Sen, *The Impossibility of a Paretian Liberal*, JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 9
78, 152-157 (1970).

ירוד, שלכל היותר רק אחד מהשניים יוכל לעיין בו. בפני החברה עומדות אפוא שלוש פעולות אפשריות:

x : רק רם יקרא את הספר

y : רק יעל תקרא את הספר

z : שניהם לא יקראו את הספר

לדעת יעל הדבר הנכון הוא לגנוז את הספר. אך אם נגזר על מישהו לקרוא אותו, מוטב שהיא תקרא ולא רם, שהרי היא בוגרת ונבונה ממנו. העדפותיה הן אפוא $x > y > z$. לדעת רם ולדעת הביקורות שקרא עליו, "מאהבה של לידי צ'טרלי" הוא ספר נפלא ומרחיב אופקים, ולכן תהיה זו לדעתו שגיאה לא לקרוא את הספר כלל. אף על פי שהוא מעוניין לקרוא אותו, הוא סבור שנפלה לידו הזדמנות פז לפתוח בפני יעל דלתות לעולמות חדשים, ולכן הוא מעדיף שהיא תקרא את הספר ולא הוא. העדפותיו הן $z > x > y$. כיצד תדרג החברה את האפשרויות הללו?

נשווה ראשית את x ל- z . בשני המקרים יעל לא תקרא את הספר, אבל הבחירה משפיעה על רם. לפי העיקרון הליברלי תכריע החברה לפי העדפותיו של רם, ולכן היא תעדיף את x על z . בדומה לכך הבחירה בין y ל- z לא תשפיע על רם אלא על יעל בלבד, ולכן הדירוג החברתי של שתי פעולות אלו יהיה כדירוגה של יעל: $y > z$. לבסוף עלינו להשוות את x ל- y . אבל מאחר ששני הפרטים מושפעים מהבחירה, ומאחר ששניהם מעדיפים את y על x , גם החברה תקיים $x > y$. קיבלנו אפוא שהחברה מעדיפה את x על z , את z על y , אבל גם את y על x , והחברה חייבת להפר את הנחת הטרנזיטיביות. במילים אחרות, ליברליזם, גם אם נתעלם מהבעייתיות המוסרית שבו, איננו פותר את בעיית המעגלים הלא טרנזיטיביים.

ד. תועלתנות

במגרש החניה שבקניון מסומנים מקומות החניה הקרובים ביותר לכניסה כמקומות השמורים לנכים. למותר לציין שאלו הם המקומות הנחשקים ביותר. הקצאת מקומות אלו לנכים יעילה פרטו,¹⁰ משום שכל חלוקה שתיקח מקומות אלו ותתיר בהם חניה לכול תרע את מצבם של הנכים. אבל גם הקצאת המקומות לעורכי דין (במקום לנכים) יעילה פרטו, שהרי גם במקרה זה חלוקה מחדש תרע את מצבם של עורכי הדין. מדוע אפוא יש חניית נכים ואין חניית עורכי דין?

התשובה ברורה. אמנם כולם רוצים לחנות קרוב ככל האפשר לכניסה, אבל המאמץ הנדרש מנכה להגיע מחניה רגילה לכניסה גדול בהרבה מהמאמץ הנדרש מאדם שאיננו

10 להגדרת מושג היעילות עיינו לעיל בפרק א.

נכה. גם אלו שאינם נכים נאלצים להתאמץ מעט יותר ולכתת את רגליהם מהחניה המרוחקת מהשער, אבל טרחה יתרה זו היא קלת ערך לעומת הנטל שיוטל על הנכים אם ייאלצו לחנות בחניה רגילה.

טיעונים מסוג זה הם מובנים מאליהם, אבל הם נעדרים מהניתוח שהצגנו עד כה. נניח שבחברה שלושים פרטים, ובהם עשרה נכים (קבוצה A). שאר העשרים אינם נכים, והם מחולקים לשתי קבוצות, עשרה גברים (B) ועשר נשים (C). במגרש החניה שלושים מקומות, ובהם עשרה קרובים לכניסה ועשרים מרוחקים. בפני החברה עומדות שלוש פעולות אפשריות:

x : להקצות את המקומות המועדפים לקבוצה A

y : להקצות את המקומות המועדפים לקבוצה B

z : להקצות את המקומות המועדפים לקבוצה C

ההעדפות של כל הפרטים בקבוצה A הן $x > y \sim z$. ההעדפות של חברי קבוצה B הן $y > x \sim z$, ואילו ההעדפות של חברי C הן $z > x \sim y$. הקבוצות סימטריות לחלוטין (כל פרט מעדיף שקבוצתו תזכה במקומות הקרובים לכניסה והוא אדיש בין שתי הקבוצות האחרות), ולכן אין סיבה שהחברה תעדיף קבוצה אחת על האחרות. במסגרת המודל של Arrow אין משמעות לכך שקבוצה A זקוקה למקומות יותר משאר הקבוצות, שהרי במסגרת המודל של Arrow כל מה שאנחנו יודעים הן ההעדפות של הפרטים ולא עצמתן.

הבעיה היא כמובן איך להשוות בין עצמות העדפותיהם של הפרטים השונים, או במילים אחרות, באיזה "סרגל" נשתמש כדי להשוות ביניהם. לכאורה אפשר להשתמש בכסף כדי למדוד עצמת העדפות. סביר שנכים יסכימו לשלם הרבה יותר מנהגים אחרים עבור מקום חניה קרוב לפתח הבניין, ולכן נוכל להסיק שראוי לתת להם את מקומות החניה האלו. אבל האם נישאר איתנים בדעתנו גם אם יתברר שהזוכה בלוטו מוכן לשלם עבור המקום המועדף יותר מנכה שחי מקצבת סעד? התכונה החשובה ביותר של סרגל – שכל יחידה לאורכו מודדת אותו גודל – איננה מתקיימת בהערכה כספית שהרי לעני ולעשיר ערך שונה לסכום כסף נתון.

הפתרון לבעיית ההשוואה הוא שימוש בתועלות. לכל פרט תועלת מהפעולות החברתיות השונות, והחברה תעדיף פעולה x על פעולה y אם סך התועלות מ- x עולה על סך התועלות מ- y . רעיון זה, הידוע בשם תועלתנות, הופיע במאה השמונה-עשרה אצל בנת'אם (Jeremy Bentham). רעיון זה זכה בשנת 1861 לניתוח פילוסופי מעמיק על ידי ג'. ס. מיל (John Stuart Mill) במאמרו Utilitarianism. בשנת 1955 פרסם ג'והן הרסני (John Harsanyi) מאמר העומד עד היום ביסוד הגישה הפורמלית לצדק חלוקתי. במאמר

זה הוא הציג הנחות סבירות שמהן נובע שעל החברה לבחור לדרג פעולות חברתיות לפי סך התועלות המופק מהן.¹¹

הנחת המוצא של הרסני היא שכשהחברה יכולה לבחור בין שתי הפעולות החברתיות x ו- y , היא יכולה גם לבחור כל הגרלה בין השתיים. נסמן את ההגרלה "פעולה x בהסתברות p ופעולה y בהסתברות $1-p$ " בביטוי $(x, p; y, 1-p)$. נסמן הגרלות חברתיות באותיות P, Q, R, \dots . הרסני הניח שלכל אחד מהפרטים בחברה יש העדפות באשר להגרלות חברתיות, ולחברה עצמה יש העדפות באשר להגרלות אלו. ההנחות המרכזיות של הרסני הן אלו:

1. אם כל הפרטים בחברה מעדיפים את ההגרלה החברתית P על ההגרלה החברתית Q , אז גם החברה מעדיפה את P על Q .

2. נניח שעלינו לדרג את שתי ההגרלות המורכבות האלה:

א. X : הטלת מטבע בין ההגרלות החברתיות P ו- R . אם המטבע תיפול "ראש" תפעיל החברה את ההגרלה החברתית P , ואם המטבע תיפול "זנב" תשתמש החברה בהגרלה R .

ב. Y : הטלת מטבע בין ההגרלות החברתיות Q ו- R . אם המטבע תיפול "ראש" תפעיל החברה את ההגרלה החברתית Q , ואם המטבע תיפול "זנב" תשתמש החברה בהגרלה R .

פרט i יעדיף את X על Y אם, ורק אם, הוא מעדיף את P על Q . ובאותו אופן: החברה מעדיפה את X על Y אם, ורק אם, היא מעדיפה את P על Q . הנחה זו ידועה בשם "אי-תלות".

ההנחה הראשונה היא כמובן הנחת תמימות הדעים שהניח גם Arrow. ההנחה השנייה ראויה לעיון מעמיק משום שכפי שנראה היא מובילה לתוצאות מפתיעות למדי. ההצדקה להנחה זו מבוססת על הניתוח הבא: נניח שאנחנו יודעים שהמטבע תראה "זנב". במקרה זה אין זה משנה מה בחרנו, X או Y , שהרי בשני המקרים נקבל את ההגרלה החברתית R . הבחירה בין X ל- Y משנה אם המטבע מראה "ראש". במקרה זה נקבל או את P (אם נבחר את X) או את Q (אם נבחר את Y). הדירוג של X ו- Y צריך אפוא להיות זהה לדירוג של ההגרלות החברתיות P ו- Q . דרישה זו מתקיימת באשר להעדפותיהם של הפרטים וגם באשר להעדפות החברתיות. הרסני הוכיח את המשפט הבא:

משפט התועלתנות של Harsanyi: אם מתקיימות שתי ההנחות שהנחנו למעלה, אז לפרט i יש פונקציית תועלת u_i מפעולות חברתיות, ותועלתו מההגרלה החברתית, אז

J. Harsanyi, *Cardinal welfare, individualistic ethics, and interpersonal comparisons of utility*, JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 63, 309-321 (1955) 11

לפרט $(x, p; y, 1 - p)$ היא $pu_i(x) + (1 - p)u_i(y)$. החברה משקללת את תועלותיהם של הפרטים ומעניקה לפרט i את המשקל $\alpha_i > 0$. הערך החברתי של הפעולה x הוא:

$$\alpha_1 u_1(x) + \dots + \alpha_n u_n(x)$$

משמעותו של המשפט היא כדלהלן: ראשית הדרך שבה מעריך פרט כלשהו (למשל פרט i) את ההגדלה החברתית היא לפי התורה הידועה בשם "תוחלת התועלת". לפי תורה זו, הפרט מחשב את התועלת u_i שלה יזכה מכל אחת מהתוצאות האפשריות (התועלת מהתוצאה x היא $u_i(x)$) והוא מכפיל תועלת זו בהסתברות שיקבל את התוצאה. במילים אחרות, מבחינתו של פרט i הערך של התוצאה x בהסתברות p הוא $pu_i(x)$. אחרי שחישב ערך זה לכל התוצאות, סוכם הפרט את המכפלות הללו ומקבל את ערכה של ההגדלה.

הערכה החברתית של הפעולה x מתבצעת באופן הבא: כל פרט מחשב את תועלתו מפעולה זו (תוך שימוש בתועלת שבאמצעותה הוא מחשב את תועלתו מהגדרות). התועלת של כל פרט i מוכפלת במשקלו האישי α_i (שאותו נותנת לו החברה). לבסוף אנו סוכמים את הערכים האלו ומקבלים את הערך החברתי של הפעולה x .

נשתמש במשפט התועלתנות לניתוח בעיית מקומות החניה. נניח שהתועלת של הנכים מחניה קרובה היא 20, והתועלת שלהם מחניה מרוחקת היא 10. התועלת של אלו שאינם נכים (קבוצות B ו-C) מחניה קרובה היא 15 ומחניה מרוחקת 8. נניח שלכל הפרטים משקל זהה (כלומר, לכל i מתקיים $\alpha_i = 1$). הסכום המשוקלל של התועלות מהפעולה x (הקצאת המקומות המועדפים לנכים) הוא

$$10 \times 20 + 20 \times 8 = 360$$

לעומת זאת הסכום המשוקלל של התועלות מהפעולות y ו- z הוא

$$10 \times 10 + 10 \times 15 + 10 \times 8 = 330$$

החברה תעדיף להקצות את המקומות הקרובים לנכים כי פעולה זו מביאה למקסימום את סכום תועלות הפרטים. במילים אחרות: $x > y \sim z$.

ננתח את בעיית שילוחיה של הגר. כזכור עמדו בפני אברהם, שרה והגר שלוש פעולות אפשריות – x : לגרש את הגר, y : לגרש את ישמעאל, ו- z : לגרש את הגר ואת ישמעאל. התועלות של אברהם, שרה והגר נתונות בטבלה הזאת:

z	y	x	
0	90	100	אברהם: $x > y > z$
50	100	0	שרה: $y > z > x$
100	0	10	הגר: $z > x > y$
150	190	110	סכום התועלות

לפי הגישה התועלתנית, הדירוג החברתי של שלוש הפעולות הוא $y > z > x$. הסיבה שפעולה y עדיפה על x אף על פי שרוב הפרטים בחברה מעדיפים את x על y היא שבמעבר מ- x ל- y אמנם משתפר מצבם של אברהם והגר, אבל רק במעט. לעומת זאת מצבה של שרה יורע במאוד בגלל המעבר. הגישה התועלתנית רגישה לא רק למספרם של הפרטים אלא גם לגודל הנזק והרווח שהם מפיקים מהמעבר מפעולה אחת לאחרת.

דוגמה זו גם מסבירה מדוע הנחת האי-תלות באלטרנטיבות לא רלוונטיות חזקה מדי. נניח שהתועלת של אברהם מפעולה y היא 10 ולא 90:

z	y	x	
0	10	100	אברהם: $x > y > z$
50	100	0	שרה: $y > z > x$
100	0	10	הגר: $z > x > y$
150	110	110	סכום התועלות

אף על פי שאף לא אחד שינה את הדרך שבה הוא מדרג את הפעולות החברתיות, ובפרט לא את הדרך שבה הוא מדרג את הפעולות y ו- z , השינוי בעצמת ההעדפות של אברהם שינה את הדירוג החברתי, ועכשיו נקבל $z > y(\sim x)$ ולא $y > z(\sim x)$.

ה. תועלתנות ושוויון

המודל התועלתני איננו בהכרח שוויוני. אם עלינו להעניק שקל לאחד מקבוצה של פרטים, ניתן אותו לפרט שיפיק ממנו את תוספת התועלת ("התועלת השולית") הגבוהה ביותר ולא לפרט העני ביותר (אלא אם כן נציין זאת במפורש, אנו מניחים שלכל הפרטים אותו משקל בפונקציית התועלתנית). אם אין זכויות קניין, וביכולתנו להקצות מחדש את כל המקורות החברתיים, הרי שלפי המודל התועלתני נעביר מקורות מפרטים בעלי תועלת שולית נמוכה לאלו שהתועלת השולית שלהם גבוהה. ניתוח זה מוביל למסקנה הבאה:

טענה 1: אם פונקציות התועלת של כל הפרטים מייצגות תועלת שולית פוחתת, הפתרון התועלתני ישאף להשוות את התועלות השוליות של הפרטים ולא את תועלותיהם המוחלטות.

הטענה תלויה בהנחה שהתועלת השולית פוחתת, כלומר ככל שנוסיף וניתן כסף לפרט כלשהו, התועלת שהוא יפיק מכל שקל נוסף תלך ותפחת. אם התועלת השולית של פרט i רבה מזו של פרט j , נוכל להעלות את סכום התועלות אם נעביר מקורות מפרט j לפרט i : תוספת התועלת של פרט i ממקורות אלו גבוהה מהפסד התועלת של פרט j .

מאותם מקורות. מאחר שהתועלת השולית פוחתת, העברה זו תוריד את התועלת השולית של i ותעלה את התועלת השולית של j . לעומת זאת אם התועלת השולית עולה, ההעברה תגדיל עוד יותר את התועלת השולית של i ותקטין את זו של j . בהמשך הדיון נניח שהתועלות השוליות פוחתות. נביא עתה כמה מסקנות מטענה 1.

נניח שעלינו לחלק סכום כסף נתון x בין n פרטים סימטריים – לכולם אותה פונקציית תועלת u ולכולם אותו רכוש התחלתי w . מטרתנו היא אפוא לתת לפרט i את הסכום x_i המקיים:

1. החברה תשתמש בכל המקורות העומדים לרשותה ולא תתעלם מחלק מהם:

$$x_1 + \dots + x_n = x$$

2. החלוקה היא כזאת שאי אפשר יהיה להגדיל את סכום התועלות של הפרטים. לכל חלוקה y_1, \dots, y_n כך ש $y_1 + \dots + y_n = x$ (כלומר, לכל חלוקה אפשרית שמשתמשת בכל המקורות העומדים לרשותנו) מתקיים:

$$u(x_1) + \dots + u(x_n) \geq u(y_1) + \dots + u(y_n)$$

אם לפרטים תועלת שולית פוחתת מכסף, החלוקה האופטימלית היא שוויונית – כל אחד מהפרטים יקבל x/n . הסיבה לכך פשוטה – מאחר שלכל הפרטים אותה פונקציית תועלת, אם פרט i יקבל יותר כסף מפרט j , תהיה התועלת השולית שלו נמוכה מזו של j , בסתירה לטענה 1.

מסקנה זו נכונה רק בתנאי שהתועלת השולית פוחתת. אם התועלת השולית עולה, נקבל שהחלוקה האופטימלית תיתן את כל הסכום לאחד הפרטים (ואפס לשאר). נניח ששני פרטים, i ו- j , מקבלים סכום כסף חיובי, למשל $x_i \geq x_j > 0$. נעביר כסף מפרט j לפרט i , ומאחר שהתועלת השולית של i גדולה מזו של j , סכום התועלות יגדל. ההנחה שהתועלת השולית פוחתת סבירה ומקובלת, אבל כפי שמראה הדוגמה הבאה, איננה מספיקה לכך שהחלוקה תהיה שוויונית. נניח שעלינו לחלק 2,000 ש"ח בין אברהם וכת שבע. לפני החלוקה יש לאברהם 900 ש"ח ולכת שבע 1,600 ש"ח. פונקציית התועלת של אברהם היא $100\sqrt{x}$, ופונקציית התועלת של כת שבע היא $500\sqrt{x}$. לשני הפרטים תועלת שולית פוחתת מכסף.¹²

התועלת השולית שיפיק אברהם מהשקל הראשון שיקבל היא:

$$100\sqrt{901} - 100\sqrt{900} = 1.66$$

12 מתמטית, תועלת שולית פוחתת שקולה לדרישה שהנגזרת השנייה של פונקציית התועלת שלילית. דרישה זו מתקיימת במקרה שלנו.

לעומת זאת אם נתן לבת שבע את 2,000 השקלים, התועלת השולית שלה מהשקל האחרון תהיה

$$500\sqrt{3600} - 500\sqrt{3599} = 4.17$$

מאחר שהתועלת השולית של שני הפרטים יורדת, ומאחר שהתועלת השולית של אברהם מהשקל הראשון (וממילא מכל השקלים שיבואו בעקבותיו) פחותה מהתועלת השולית של בת שבע מהשקל האחרון (וממילא מכל השקלים שבאו לפניו), הרי שהפתרון התועלתני יורה לתת את כל סכום הכסף לבת שבע. דוגמה זו מצביעה על אחת מהבעיות העיקריות במודל התועלתני (ובכל מודל שנשען על תועלתיהם של הפרטים) – בדרך כלל החלוקה האופטימלית איננה שוויונית. יתרה מזו, המנגנון התועלתני מעדיף אותם פרטים בחברה שביכולתם להפיק את התועלת הגבוהה ביותר מהנכסים העומדים לחלוקה. אלו שתומכים במודל התועלתני טוענים שדווקא תכונה זו של המודל מעודדת שוויוניות, שהרי התועלת השולית שיפיקו עניים משקל נוסף רבה מהתועלת השולית שיפיקו עשירים משקל נוסף. התוקף האמפירי והפילוסופי של הנחה זו שנוי במחלוקת.

1. בעיות נוספות במודל התועלתני

נעיין פעם נוספת בסוגיית ההקצאה של מקומות החניה. המסקנה שאליה הגענו הייתה שמטעמים תועלתניים נקצה את המקומות הסמוכים לכניסה לנכים (ולא לשאר הפרטים). מסקנה זו תקפה אם לכל הפרטים משקל זהה. אבל נניח שהחברה משתמשת במשקלות 1 לנכים, 4 לגברים שאינם נכים, ו-0.5 לנשים שאינן נכות. כזכור, דנו בשלוש פעולות אפשריות:

x : להקצות את המקומות המועדפים לקבוצה A

y : להקצות את המקומות המועדפים לקבוצה B

z : להקצות את המקומות המועדפים לקבוצה C

במקרה זה נקבל שהרווחה החברתית (Welfare) היא (בכל מקרה, המחובר הראשון הוא התועלת של הנכים, השני הוא התועלת של הגברים והשלישי של הנשים):

$$W(x) = 10 \times 1 \times 20 + 10 \times 4 \times 8 + 10 \times 0.5 \times 8 = 560$$

$$W(y) = 10 \times 1 \times 10 + 4 \times 15 + 10 \times 0.5 \times 8 = 740$$

$$W(z) = 10 \times 1 \times 10 + 10 \times 4 \times 8 + 10 \times 0.5 \times 15 = 495$$

והדירוג החברתי של הפעולות האפשריות הוא $y > x > z$, כלומר נקצה את המקומות המועדפים לגברים שאינם נכים. בדומה לכך, אם נשתמש במשקלות 1 לנכים,

0.5 לגברים שאינם נכים ו-4 לנשים שאינן נכות, נקבל את הדירוג החברתי $z > x > y$ ונקצה את המקומות המועדפים לנשים. אנו רואים אפוא שכל אחת משלוש הפעולות יכולה להיות הפעולה האופטימלית, ובלבד שנבחר את המשקלות המתאימים. הבעיה נובעת מכך שהמודל של הרסני לא קובע את המשקלות אלא רק מציין שקיימים משקלות. אפשר כמובן להציע סיבות מדוע ראוי שלכל הפרטים יהיה משקל זהה, אבל זו הנחה שיש להניחה במפורש (ולהצדיקה). יתרה מזו, כפי שנראה מיד, הנחה זו איננה מובנת מאליה כלל.

שני פרטים שלהם פונקציות התועלת \sqrt{x} ו- $5\sqrt{x}$ יתנהגו באותו אופן בבואם לבחור בין הגרלות שונות. לדוגמה: שניהם אדישים בין ההגרלות $(100, 0.5; 0, 0.5)$ ו- $(625, 0.2; 0, 0.8)$. מאחר שכך, אין באפשרותנו לדעת מהן פונקציות התועלת ה"אמתיות" של הפרטים השונים. אבל חישובי הרווחה ישתנו כמובן לחלוטין אם נשתמש בתועלת $5\sqrt{x}$ במקום בתועלת \sqrt{x} . האם זה מובן מאליה שבמקרה כזה נרצה לתת לשני הפרטים אותו משקל?

דרך אפשרית לפתרון שתי הבעיות – בחירת המשקלות וקביעת התועלות – היא "עיגון" התועלות של הפרטים בשתי נקודות באופן שיקבע את המשקלות ואת התועלות. נניח שעלינו לחלק סכום כסף נתון y בין n פרטים שתועלותיהם הן u_1, \dots, u_n . נקבע את משקלו של פרט i באופן הבא:

$$\alpha_i = \frac{1}{u_i(y) - u_i(0)}$$

כלומר, המשקל שהחברה נותנת לפרט i קטן ככל שהתועלת שיפיק מקבלת הסכום הכולל x גדולה יותר. במקרה זה נקבל מהמודל של הרסני שהחלוקה האופטימלית היא זו שמביאה למקסימום את הסכום:

$$\alpha_1 u_1(x_1) + \dots + \alpha_n u_n(x_n) = \frac{u_1(x_1)}{u_1(y) - u_1(0)} + \dots + \frac{u_n(x_n)}{u_n(y) - u_n(0)}$$

מודל זה, המכונה לעתים "תועלתנות מנורמלת"¹³, פותר את שתי הבעיות שהצגנו. ראשית, הוא מגדיר את המשקלות. מלבד זאת הכפלת התועלת של פרט כלשהו בקבוע

13 E. Karni, הוצע פחות או יותר בעת ובעונה אחת בשלושה מאמרים שונים: A. Dhillon, J.F. Mertens, *Relative utilitarianism*, *ECONOMETRICA* 67, 471-98 (1999); U. Segal, *Let's agree that all dictatorships are equally bad*, *JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY* 108, 569-589 (2000). שני המאמרים הראשונים אינם מיועדים לקוראים ללא רקע מתמטי מתקדם.

חיובי לא תשנה את החלוקה האופטימלית. נניח למשל שנחליף את התועלת של פרט i בפונקצייה $5u_i$ (כפי שראינו, אין הבדל בהתנהגותם של פרט שפונקציית התועלת שלו היא u לפרט שפונקציית התועלת שלו היא $5u$). החלוקה האופטימלית לא תשתנה משום ש-

$$\frac{u_i(x_i)}{u_i(y)-u_i(0)} = \frac{5u_i(x_i)}{5u_i(y)-5u_i(0)}$$

במודל זה המשקלות של הפרטים תלויים בגודל הנכס y העומד לחלוקה (הביטוי $u_i(y)$ מופיע במכנה של הגדרת α_i). גם במונח זה שונה המודל הזה מהמודל הבסיסי של הרסני. נניח שעלינו לחלק y ש"ח בין שני פרטים. פונקציות התועלת שלהם הן:

$$u_1(x) = 2\sqrt{x} \quad u_2(x) = x$$

לפי המודל התועלתני הפשוט, שבו לכל הפרטים אותו משקל (1), עלינו למצוא x_1 ו- x_2 המביאים למקסימום את הסכום:

$$2\sqrt{x_1} + x_2$$

באופן ש- $x_1 + x_2 = y$. הערכים האופטימליים הם $x_1 = 1$ ו- $x_2 = y - 1$, כלומר הפרט הראשון מקבל שקל אחד, והפרט השני מקבל את שאר הסכום. הערך האופטימלי של x_1 קבוע ואיננו תלוי בגודל הנכס העומד לחלוקה (y).

לעומת זאת במודל התועלתני המשוקלל עלינו למצוא x_1 ו- x_2 המביאים למקסימום את הסכום:

$$\frac{2\sqrt{x_1}}{2\sqrt{y}-2\sqrt{0}} + \frac{x_2}{y-0} = \frac{\sqrt{x_1}}{\sqrt{y}} + \frac{x_2}{y}$$

באופן ש- $x_1 + x_2 = y$. במקרה זה הערכים האופטימליים הם $x_1 = y/4$ ו- $x_2 = 3y/4$. במודל זה שני הפרטים יקבלו חלק קבוע מגודל הנכס, ותקבולי שניהם יעלו ככל שהנכס העומד לחלוקה גדול יותר.

הערה על פונקציות התועלת: נניח שעלינו להחליט עד איזה שבוע בהיריון להתיר הפלות, נסמן ערך זה ב- t , ומוכן שעלינו להניח ש- $0 \leq t \leq 40$. נניח שבחברה שלושה פרטים, ופונקציות התועלת שלהם מ- t הן –

$$u_1(t) = 300 - (t - 20)^2$$

$$u_2(t) = t - 20$$

$$u_3(t) = \begin{cases} 100, & t = 0 \\ -\infty, & t > 0 \end{cases}$$

פרט 1 סבור שהמדיניות האופטימלית היא להתיר הפלות עד סוף השבוע העשירי. לדעת פרט 2 יש להתיר הפלה בכל שלב, ולדעת הפרט השלישי יש לאסור הפלות.

התועלת שלו מאיסור מוחלט על הפלות היא 100, אבל כל היתר להפלה, ואפילו ביום הראשון להיריון, נתפס בעיניו כאסון, ו"תועלתו" מההיתר היא מינוס אינסוף. ניתן לפרטים את המשקלות $\alpha_3, \alpha_2, \alpha_1$ ונקבל שהרווחה החברתית לפי המודל הבסיסי של הרסני היא

$$W(t) = \begin{cases} -100\alpha_1 - 20\alpha_2 + 100\alpha_3, & t = 0 \\ -\infty, & t > 0 \end{cases}$$

ולכן הפעולה האופטימלית היא לאסור הפלות. זו הפעולה האופטימלית ללא קשר למשקלות שניתן לפרטים (כל עוד הם חיוביים), ופעולה זו תהיה הפעולה האופטימלית גם אם נסיף לחברה עוד ועוד פרטים מהסוג הראשון והשני. כדי להימנע ממצבים שכאלו שבהם אחד הפרטים בחברה כופה את דעתו על החברה כולה ללא קשר למשקלו היחסי, נניח תמיד שכל התועלות חסומות מלמטה ומלמעלה. במילים אחרות, התועלת של הפרטים לעולם איננה אינסוף או מינוס אינסוף.

איך לא להשתמש במודל התועלתני

לשדה התעופה מגיעים שני סוגים של נוסעים: סוג r וסוג s . כולם חייבים לעבור בדיקה ביטחונית. לבדיקת פרט מסוג r נדרשות חמש דקות, ולבדיקת פרט מסוג s נדרשות עשרים דקות. תועלתו של כל פרט מהמתנה של t דקות (כולל הבדיקה עצמה) היא $40 - t$. בתור עומדים 10 נוסעים. מספר 1 ו-6 הם מסוג s , וכל השאר מסוג r . בשדה שתי עצמות בדיקה, והשעה היא 8 בבוקר. אם הנוסעים ייבדקו לפי מקומם בתור, זמן ההמתנה והתועלת של הפרטים השונים יהיו כבטבלה הבאה:

פרט	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
בדיקה: מ-	8:00	8:00	8:05	8:10	8:15	8:20	8:20	8:25	8:30	8:35
עד-	8:20	8:05	8:10	8:15	8:20	8:40	8:25	8:30	8:35	8:40
תועלת	20	35	30	25	20	0	15	10	5	0

סכום התועלות הוא 160.

במקום התור המקורי הוצע לבדוק את הנוסעים באופן הבא: ראשית את שמונת הנוסעים מסוג r (לפי הסדר בו הם עומדים), ואחר כך את שני הנוסעים מסוג s . זמן ההמתנה והתועלת של הפרטים יהיו עתה כבטבלה הזאת:

פרט	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
בדיקה: מ-	8:20	8:00	8:00	8:05	8:05	8:20	8:10	8:10	8:15	8:15
עד-	8:40	8:05	8:05	8:10	8:10	8:40	8:15	8:15	8:20	8:20
תועלת	0	35	35	30	30	0	25	25	20	20

סכום התועלות עכשיו הוא 220. האם ראוי שנעדיף את השיטה השנייה על הראשונה? תשובה אפשרית היא "לא", שהרי הם עומדים בתור, ולכן יש להם 'זכויות קניין' שהארגון מחדש ישלול מהם". נתעלם מהעובדה שהמודל התועלתני יכול לשמש גם להקצאה מחודשת של המקורות החברתיים וננסח את הבעיה ניסוח מעט שונה: עשרת הנוסעים הגיעו כולם באותו זמן. האם מוטב לבדוק אותם לפי השיטה הראשונה או שמא לפי השנייה? וכיצד תשתנה התשובה אם ידוע ששני הפרטים מסוג s הם נכים המרותקים לכיסא גלגלים והסיבה להימשכות הבדיקה עשרים דקות היא שיש צורך לפרק את הכיסא ולהרכיבו מחדש? ואם הנוסעים מסוג s שייכים לקבוצת מיעוט אתני או דתי? ברור שעל ההכרעה החברתית באיזה סדר לבדוק את הנוסעים להביא בחשבון לא רק את סכום התועלות אלא גם שיקולים אחרים. בפרק זה לא נעסוק בשיקולים חיצוניים שכאלה, אבל חשוב לזכור שהם קיימים, והתעלמות מהם עשויה להוביל לדרכי פעולה שמוטב שלא ננקוט אותן.

ז. נכסים שאינם ניתנים לחלוקה

הדוגמאות האחרונות עסקו בשאלה כיצד לחלק עוגה נתונה בין פרטים שונים. מספר רב של בעיות חברתיות ומשפטיות ניתן לפתרון באמצעות הכלים התאורטיים שדנו בהם. למשל, כיצד לחלק נחלות ביישוב חדש, חלוקת ירושה בין יורשים במקרה שהנפטר לא השאיר צוואה, חלוקת מקומות חניה או חלוקת מטלות משק הבית (בבעיה האחרונה ההקצאה היא של "נכסים" בעלי ערך שלילי, אבל אפשר לנסח אותה באופן חיובי – ההקצאה היא של הזכות לא לבצע מטלות מסוימות). כפי שראינו, אפשר להשתמש במודל התועלתני גם במצבים שבהם הבעיה החברתית איננה חלוקת נכסים אלא בחירת פעולה אופטימלית (למשל את מי לגרש מהמאהל המשפחתית). אבל לעתים על החברה להקצות מוצרים – או זכויות – שמעצם טבעם אינם ניתנים לחלוקה ליחידות קטנות, ויש לתתם בשלמות לאחד מהפרטים.

אמנון ותמר זקוקים בדחיפות להשתלת כליה. אם לא יקבלו כליה ביממה הקרובה ימותו, אבל לרשותנו כליה אחת בלבד (ואין סיכוי שנמצא כליה מתאימה נוספת ביממה הקרובה). למי ניתן את הכליה? לשאלה זו אפשר להציע מגוון רחב של תשובות אפשריות. למשל:

1. למרבה במחיר. נציע את הכליה למכירה (פומבית), והחולה שיסכים לשלם יותר בעבורה יזכה בה. זו שיטה פשוטה, מהירה וזולה להפעלה. אבל האם היא הוגנת? האם נכון הוא בעינינו להעניק חיים לפי עושרם של החולים? ובעיקר, האם ראוי הוא בעינינו להשתמש בשיטה זו כשידוע לנו שיש מתאם גבוה בין רמת רכוש ומאפיינים אתניים?
2. לפי סל של קריטריונים, למשל גיל, מצב משפחתי, תרומה לחברה, מצב בריאותי וכו'. אבל –

- א. גיל: האם גיל צעיר הוא יתרון או חיסרון? האם עדיף תינוק בן יומו על פני צעיר בשנות העשרים לחייו? והאם זכותו של אדם בן חמישים פחותה מזו של אדם בן שלושים? או שמא עדיפה? האם השיקול הרלוונטי הוא מספר השנים שנשארו לאדם או מספר השנים שכבר חי (ועמך הזיכרונות והמחשבות שחשב שייעלמו ברגע שימות)?
- ב. מצב משפחתי: האם ראוי להפלות לרעה אנשים בעלי העדפות חד-מיניות? לא די בכך שבחלק גדול מארצות תבל אסור להם להינשא, אלא שכשיזדקקו לכליה נטען שזכותם פחותה משום שאין להם משפחה?
- ג. תרומה לחברה: האם שירות חובה הוא תרומה לחברה? ושירות בצבא הקבע? ומי תורם לחברה יותר – רב, מורה, רופא או שרברב? (האם נזקקת אי פעם באמצע הלילה לרב או מורה? ומה עם רופא ושרברב?)
- ד. מצב בריאותי: האם מצב בריאותי רעוע הוא יתרון או חיסרון בשיקולים הכרוכים בהקצאת כליות להשתלה? מצד אחד מי שמצבו הבריאותי יותר טוב ישרוד יותר בקלות את ההשתלה, אבל מצד שני קרוב לוודאי שהוא זקוק פחות לכליה!

ונניח אפילו שהצלחנו להחליט מה הם הקריטריונים הרלוונטיים. כיצד נוכל לשקלל אותם? האם מוטב לתת את הכליה לחולה רווק בן שלושים שמצבו הבריאותי שפיר או לחולה בת 50, אלמנה המטופלת בשבעה ילדים, שמצבה הבריאותי רעוע?

3. באמצעות הגרלה, למשל על ידי הטלת מטבע. נקדיש את שארית הפרק להשלכות החברתיות של שימוש בהגרלות להקצאת מקורות שאינם ניתנים לחלוקה.

הביקורת של דיאמונד על הרסני

ננתח את בעיית הקצאת הכליה תוך שימוש במודל התועלתני. כדי לפשט את הדיון נניח שהתועלת של כל אחד מהפרטים מקבלת הכליה היא 10, ותועלתם מאי-קבלת הכליה היא אפס. החברה אדישה בין שני הפרטים, ולכן פונקציית הרווחה החברתית תיתן לשניהם אותו משקל (למשל 1). נסמן ב- x את הפעולה "לתת את הכליה לאמנון" וב- y את הפעולה "לתת את הכליה לתמר". התועלות וסכומן נתונים בטבלה הזאת:

פעולה	אמנון	תמר	סכום
x	10	0	10
y	0	10	10

סכום התועלות משתי הפעולות הוא 10, והחברה אכן אדישה ביניהן, כלומר היא אדישה אם תינתן הכליה לאמנון ואם לתמר.

נסמן ב- z את הפעולה "הטלת מטבע בין אמנון ותמר". אמנון רואה לפניו הגרלה שבה סיכוי של 50% שיקבל תועלת 10 וסיכוי של 50% שיקבל תועלת אפס, ולכן תוחלת (או ממוצע) התועלת הצפויה לו היא 5. בדומה לכך רואה תמר הגרלה שבה יש לה סיכוי של 50% לקבל תועלת אפס ו-50% סיכוי לקבל תועלת 10, ולכן תוחלת התועלת שלה אף היא 5. נוסיף פעולה זו לטבלה ונקבל

פעולה	אמנון	תמר	סכום
z	5	5	10

כלומר, הטלת המטבע לא שינתה את מצב החברה. במאמר קצר להפליא משנת 1967 טען פיטר דיאמונד¹⁴ שתוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת. אם החברה אדישה בין שתי פעולות, הטלת מטבע בין השתיים תשפר את מצבה.

נעייין בדוגמה אחרת. בדרכו לטרויה מוצא עצמו הצי היווני תקוע במצר אוליס ללא רוח. קלכס החוזה מורה לאגממנון, מפקד היוונים, להקריב את בתו איפיגניה לאלה ארטמיס. אגממנון מזמן אותה ואת אמה קלימינסטרה בהבטחת שווא שמטרתו להשיא לאכילס. כשהן מגיעות, וקלימינסטרה מבינה למה זקוק אגממנון לבתו, היא אומרת לו (מתוך תרגומו של אהרן שבתאי למחזה "איפיגניה באוליס" של אוריפידס, שורות 1196-1200):

צריך היית להגיד: "אכיים,
רוצים אתם לשוט לפריגיה? אז קבעו
על פי גורל בתו של מי צריכה למות".
יש לקיים שוויון ואין למסור
דוקא את ילדתך קרבן ליוונים

קלימינסטרה כמובן מוטה, אבל הטענה שלה משכנעת אף על פי שמדובר בבתה: אם צריך להקריב קרבן, הדרך שבה נבחר הקרבן משנה, והדרך הנכונה לבחור בקרבן היא בהגרלה. כפי שראינו, המודל התועלתני איננו מסוגל להבחין בין חלוקה שרירותית של הכליה לבין הקצאתה בהגרלה – בכל המקרים הרווחה החברתית היא 10.

טיעונים בעד הטלת מטבע

קלימינסטרה אומרת: "יש לקיים שוויון", ואכן הטלת מטבע נתפסת כפעולה שוויונית. לפני הטלת המטבע יש לכל אחד מהפרטים אותו סיכוי לזכות בכליה (או אותו סיכוי לא

P.A. Diamond, *Cardinal welfare, individualistic ethics, and interpersonal* 14
comparison of utility, JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 75, 765-66 (1967)

להיות מוקרב לאלים). שוויוניות זו נעלמת כמובן ברגע שהמטבע הוטלה (ואמנון או תמר עלו בגורל), אבל ודאי שבהטלת מטבע פרק הזמן השוויוני ארוך מבמנגנון המקצה את הכליות באופן שרירותי. ההנחה הבסיסית העומדת ביסוד טיעון זה היא שהחברה והפרטים שבה רואים בשוויון ערך שראוי לעודדו. מחקרים רבים מראים שזה אכן המצב.

הטלת מטבע איננה רק שוויונית אלא גם הוגנת. ברור שבסופו של דבר מקבל הכליה יחיה והשני ימות, וברור גם שהוא יעדיף להפוך את ההחלטה. אבל קשה לערער על תוצאה של הטלת מטבע – היא איננה מפלה – ולכן קל יותר לפרט שהפסיד לקבל אותה. הקצאת הכליה משפיעה לא רק על אמנון ותמר אלא גם על אלו שצריכים להחליט מי יקבל את הכליה. קיימים כמובן מי שנהנים מהחלטות החורצות את גורלם של אחרים לשבט או לחסד, אך מסיבות ברורות אנו מעדיפים שלא לתת להם להכריע בשאלות שכאלו. הרבה יותר קל למחליט להסיר ממנו את עול ההחלטה ולהטילו על המטבע. וכמובן, הטלת מטבע היא מנגנון הכרעה פשוט, מהיר וזול.

טיעונים נגד הטלת מטבע

הרסני (ואחרים) טענו שההצדקות שהבאנו להטלת מטבע מבוססות על הבנה לא נכונה של מהות הבעיה ושל המנגנון המקרי. השוויון שעליו דברנו הוא שוויון לכאורה בלבד. בסופו של דבר נהיה חייבים לתת את הכליה לאחד, ולאחד בלבד, משני הפרטים. לשוויון הרגעי שמושג עד להטלת המטבע אין שום משמעות מעשית, והחשיבה עליו מסיטה את תשומת הלב מאופייה הלא-שוויוני בעליל של בעיית החלוקה שעלינו לפתור. העובדה שאמנון ותמר יעדיפו הטלת מטבע על פני חלוקה שרירותית גם היא מטעה. הרי כל מצב וכל הכרעה ניתנים לתיאור כמנגנון מקרי. למשל, מכירת הכליה למרבה במחיר, או מסירתה לבעל העיניים הכחולות, לצעיר מהשניים, או לגבר יכולים להתפרש כתוצאה מקרית (בעולם אלטרנטיבי היה המפסיד יכול להיות עשיר, בעל עיניים כחולות, צעיר או גבר).

גם הטענה שאלו שעליהם להחליט מי יקבל את הכליה מעדיפים לסמוך על המטבע נובעת מטעות בהבנת המשמעות של החלטות. המטבע איננה כובלת את ידינו ואיננה מחייבת אותנו לעשות מאומה. אם אמרנו שניתן את הכליה לאמנון אם המטבע תיפול "ראש", והמטבע נפלה "ראש", עדיין אנחנו יכולים לעשות כרצוננו ולתת את הכליה לתמר (או לאמנון). זו אשליה עצמית להאמין שהמטבע מחייבת אותנו לעשות משהו. אנחנו בוחרים לפעול "לפי המטבע", אבל באותה מידה היינו יכולים לפעול בדרך ההפוכה. טענת נגד זו מאבדת כמובן מתוקפה אם אותו פרט שבסמכותו להקצות את הכליה חתם על חוזה עם אמנון ותמר שלפיו עליו להטיל מטבע ולפעול לפיה, שאם לא

כן יהיה חייב לשלם קנס. אבל אפילו טיעון נגד זה לוקה בחסר – קרוב לוודאי שהצד המפסיד יהיה מוכן לשלם את הקנס מכיסו ובלבד שיזכה בכליה. ההחלטה שלא לאפשר לו לעשות זאת היא החלטה של המקצה, והיא דומה להחלטה לפעול לפי המטבע במקרה שאין קנס.

לבסוף, אם אכן ראוי להטיל מטבע, הרי שעלינו להיות עקיבים. העובדה שהטלנו מטבע איננה משנה את העובדה שאנחנו מעדיפים להטיל מטבע, ולכן עלינו לחזור ולהטיל מטבע פעם אחר פעם. ברור שלא נעשה זאת, ולכן אל לנו להטיל מטבע כלל (או למצער מצבה של החברה לא ישתפר בעקבות הטלת מטבע).

טיעון אחרון זה נדחה מכול וכול, ובאופן בלתי תלוי, על ידי הכלכלן מרק משינה והפילוסוף אד מקקלנן.¹⁵ כדי להבהיר מדוע הטיעון מופרך הציע משינה את הסיפור הזה: אימא הביאה הביתה חתיכת עוגה שאיננה ניתנת לחלוקה (הדובדבן שעל קצפת המרגרינה יימעך אם ננסה לחתוך אותו...). מאחר שהיא אוהבת את שני ילדיה אביגיל ובנימין במידה שווה, היא מחליטה להטיל מטבע ביניהם. בנימין מבקש ממנה לחתום על ההצהרה "אני מעדיפה להטיל מטבע בין אביגיל ובנימין על פני נתינת העוגה לאביגיל". אימא מסכימה שאלו הן אכן העדפותיה וחותרת על ההצהרה. היא מטילה מטבע, ואביגיל זוכה. אבל כשהיא עומדת לתת את העוגה לאביגיל, שולף בנימין את ההצהרה החתומה ומבקש מאימא להטיל את המטבע פעם נוספת, שהרי זה בדיוק מה שכתוב בהצהרה. האם עליה באמת להטיל את המטבע פעם נוספת?

ננסה סיפור שונה. בדרכו מן השדה נכנס עשו לסעוד במזללה של ז'קו. לשאלת המלצר הוא נוהם שהוא מעדיף מנת נזיד ערשים על פני עוגת הבית. אחרי שגמע שלוש פנכות של נזיד, מבקש עשו עוגה. האם אפשר לומר שהוא איננו עקיב – הוא שינה את העדפותיו? מובן שלא. כשהעדיף נזיד על עוגה הוא היה רעב. אחרי שהערה אל קרבו שלוש פנכות הוא כבר איננו רעב אלא כמה למאכל מתוק. לא העדפותיו הן שהשתנו אלא הנסיבות, ובעיקר היסטוריית הצריכה שלו.

דבר דומה קורה לאימא בסיפור. כשהכריזה שהיא מעדיפה להטיל מטבע היא עדיין לא "צרכה" הגרלה בין הילדים. אחרי שהמטבע הוטלה, היא כבר איננה אדישה בין הילדים אלא מעדיפה לתת את העוגה לזוכה (אביגיל). לו חתמה אימא על הצהרה שלמה ומפורטת יותר, המתארת טוב יותר את תחושותיה, הייתה מנסחת אותה כך: "אם אני אדישה בין אביגיל לבנימין, אני מעדיפה להטיל מטבע על פני נתינת העוגה לאביגיל".

M. J. Machina, *Dynamic consistency and non-expected utility models of choice under uncertainty*, J. ECON. LITERATURE 27, 1622-1668 (1989);
E. F. McCLENNEN, RATIONALITY AND DYNAMIC CHOICE (1990)

במילים אחרות, התנהגות עקיבה איננה דורשת הטלה חוזרת כשם שאיננה דורשת מעשו ללעוט נזיד עד אשר יצא מאפו.

בעשרים השנים האחרונות זכתה הביקורת של דיאמונד על הרסני לתשומת לב רבה מצד תאורטיקנים העוסקים במודלים של צדק חלוקתי, ורובם מסכימים שהמודל של הרסני מצומצם מדי ויש טעם להרחיבו באופן שיוכל להכיל מצבים שבהם החברה מעדיפה ממש להטיל מטבע. אבל כפי שנראה, ההרחבה של המודל הביאה בכנפיה שאלות ותובנות חדשות.

ח. פונקציות רווחה לא תועלתניות

כפי שראינו, אם חברה שמשמשת בפונקציית רווחה תועלתנית אדישה בין שתי פעולות חברתיות, היא אדישה גם בין שתי פעולות אלו והטלת מטבע ביניהן.¹⁶ פונקציות רווחה כלליות יותר יאפשרו לנו לנתח העדפות להגרלות חברתיות. נדון בקצרה בשלוש הפונקציות הבאות:

נש (Nash): $W_N(u_1, \dots, u_n) = u_1 \times \dots \times u_n$ מכפלת (ולא סכום) התועלות. פונקצייה זו קרויה על שמו של ג'וזף נש משום שהיא הכללה לפתרוננו לבעיית המיקוח. בגישה התועלתנית התרומה של כל פרט לרווחה החברתית איננה תלויה במצבם של האחרים. אבל אם הרווחה החברתית היא מכפלת התועלות, תרומתו של כל פרט גבוהה יותר ככל שמצבו גרוע יותר. נניח שבחברה שלושה פרטים ותועלותיהם הן 2, 4, ו-6. מכפלת התועלות היא

$$W_N(2,4,6) = 2 \times 4 \times 6 = 48$$

נניח שאנחנו יכולים להעלות את תועלתו של אחד מהפרטים ביחידת תועלת אחת. מוטב שיחידה זו תינתן לפרט הראשון. ואמנם

$$W_N(3,4,6) = 72, \quad W_N(2,5,6) = 60, \quad W_N(2,4,7) = 56$$

ננתח את בעיית הקצאת הכליה באמצעות פונקצייה זו ונקבל:

פעולה	אמנון	תמר	רווחה
x	10	0	0
y	0	10	0
z	5	5	25

16 אפשר להוכיח שאדישות זאת נובעת מההנחה שההעדפות החברתיות מקיימות את הנחת אי-התלות.

הפונקצייה של נש מעדיפה את הפעולה z , הטלת המטבע, על פני הפעולות x ו- y שבהן הכליה ניתנת לאחד מהפרטים ללא הטלת מטבע.

רולס (Rawls): $W_R(u_1, \dots, u_n) = \min \{u_1, \dots, u_n\}$ הרווחה החברתית זהה למצבו של הפרט שמצבו הוא הגרוע ביותר (במידת מה, זו דעתו של הפילוסוף ג'ון רולס). שלא כפונקציות הרווחה התועלתנית ושלא כמו נש, אצל רולס שינוי בתועלת של פרט כלשהו משפיע על הרווחה החברתית רק אם רמת התועלת שלו היא הנמוכה ביותר. ננתח את בעיית הקצאת הכליה באמצעות פונקצייה זו ונקבל:

פעולה	אמנון	תמר	רווחה
x	10	0	0
y	0	10	0
z	5	5	5

גם הפונקצייה של רולס מעדיפה את הפעולה z על הפעולות x ו- y .
סכום ריבועים: $W_S(u_1, \dots, u_n) = (u_1)^2 + \dots + (u_n)^2$ הרווחה הברתית איננה סכום התועלות אלא הסכום של ריבועיהן. ננתח את בעיית הקצאת הכליה באמצעות פונקצייה זו ונקבל—

פעולה	אמנון	תמר	רווחה
x	10	0	100
y	0	10	100
z	5	5	50

בשונה מהאחרות, לפי פונקצייה זו מוטב לחברה שלא להטיל מטבע. באופן כללי, פונקציית רווחה המבוססת על סכום ריבועי התועלות מעדיפה אי-שוויון. למשל, אם עלינו לחלק 100 ש"ח בין שני פרטים, והתועלת שלהם מכסף היא סכום הכסף עצמו, הרי שלפי הפונקצייה W_S הדבר הטוב ביותר הוא לתת את כל הכסף לאחד משני הפרטים.

ט. נתוח אקס אנטה ואקס פוסט (Ex Ante and Ex Post Analysis)

כשדנו בסוגיית הכליה ראינו שאפשר להשיג שוויון בין שני הפרטים עד לרגע הטלת המטבע, אבל מרגע שהוטלה המטבע נחזור לאי-שוויון המקורי שבו פרט אחד מקבל את הכליה והשני לא. נקרא לשלב הראשון, עד להטלת המטבע, אקס אנטה, ולשלב השני, אחרי הטלת המטבע, אקס פוסט. עד כה ראינו שהדרך להשוות פעולות חברתיות היא תוך התבוננות באופן שבו הן מחלקות תועלות בין הפרטים. בסעיף זה נדון בשאלה

האם חלוקת התועלת הרלוונטית היא החלוקה אקס אנטה או החלוקה אקס פוסט. הדוגמה להלן תבהיר מדוע השאלה חשובה ומדוע התשובה לה איננה מובנת מאליה: נניח לצורך הדיון שעונש מוות מרתיע רוצחים. הפרטים שומרי החוק בחברה מודאגים משתי אפשרויות שבהן הם עשויים לקפח את חייהם: א. רצח; ב. הוצאה להורג בגלל טעות שיפוטית. כדי לפשט את הדיון נניח ששתי האפשרויות נוראות באותה מידה, ולכן מטרתו של כל פרט היא להקפיד שהסיכוי שאחד משני המאורעות האלו יקרה יהיה נמוך ככל האפשר. נסמן את נטל ההוכחה במשפטי רצח ב- p . כלומר, בית משפט ירשיע את הנאשם ברצח אם הוא משוכנע שהסיכוי שהנאשם ביצע את הפשע הוא p או יותר. ככל ש- p גבוה יותר, כן פוחת הסיכוי להרשעה בטעות. לעומת זאת ככל ש- p גבוה יותר, פוחתת ההרתעה של עונש המוות, כי מספר גדול יותר של חשודים שלמעשה ביצעו את העברה מזוכים בדין.¹⁷

נניח שעל פרט כלשהו בחברה להחליט מה צריך להיות ערכו של p . לפרט אין שיקולים מוסריים, ומטרתו היחידה היא להגן על עצמו (הוא עצמו לא ירצח בשום מקרה, ולכן הדבר היחיד שמעניין אותו הוא מה הם סיכוייו להירצח או להיות מוצא להורג בטעות). נסמן ב- $q(p)$ את ההסתברות שהוא יורשע ויוצא להורג בטעות, ונסמן ב- $r(p)$ את ההסתברות שהוא יירצח. שתי ההסתברויות הן פונקציות של p , וכפי שראינו, q יורדת עם p ו- r עולה עם p . מטרתו של הפרט היא אפוא להציע אותו ערך של נטל הוכחה p כדי שסכום ההסתברויות $q + r$ יהיה נמוך ככל האפשר. התשובה לשאלה הזו איננה תלויה בהעדפותיו של הפרט אלא תלויה בפונקציות q ו- r . מאחר שכך, אם נניח שכל הפרטים בחברה נמצאים באותה רמת סיכון, הרי שכל הפרטים יציעו אותו ערך אופטימלי של נטל הוכחה p . נסמן ערך זה ב- p^* . מאחר שכל הפרטים תמימי דעים וכולם סבורים שזהו נטל ההוכחה האופטימלי, הרי שעל החברה לאמץ ערך זה. בעקבותיו יעמוד כל אחד מהפרטים בחברה בפני הגרלה שבה יש לו סיכוי של $q(p^*) + r(p^*)$ למות, וסיכוי של $1 - q(p^*) - r(p^*)$ לחיות. החברה נמצאת במצב של שוויון מוחלט – כולם ניצבים בפני אותה הגרלה בדיוק. יתרה מזו: אם נניח כמקודם שהתועלת של כל אחד מהפרטים ממוות היא 0 ומחיים 10, הרי שלכל הפרטים תהיה גם אותה (תוחלת) תועלת:

$$10(1 - q(p^*) - r(p^*))$$

17 הדיון בחלק זה מבוסס על A. Harel, Z. Safra and U. Segal, *Ex-post egalitarianism and legal justice*, JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION 21, 57-75 (2005).

אין שום סיבה שבעולם להניח שהערך האופטימלי p^* הוא "מעבר לספק סביר". למעשה, סביר מאוד להניח שהערך האופטימלי הוא כזה שבעקבותיו יוצאו אנשים להורג בטעות. מובן שאיש איננו רוצה להרוג חפים מפשע. אבל אם הדרך היחידה שבה אנו יכולים להקטין את מספר הטעויות הוא בהגדלת מספר הנרצחים, ומספר אלו שיירצחו בשל העלאת נטל ההוכחה גדול ממספרם של אלו שלא יוצאו להורג בטעות, הרי שההצעה לקבוע את נטל ההוכחה ברמה p^* נשמעת מזעזעת פחות. למעשה, אנחנו נוהגים באופן דומה במתן שירותי בריאות. ידוע לנו ששיעור קטן מהאנשים שקיבלו חיסון נגד שפעת עשויים לחלות ולמות מהחיסון. אך אם לא נחסן את האוכלוסייה יהיה מספר המתים גבוה בהרבה. היעד החברתי "אפס תקלות בעקבות החיסון" יוביל אותנו למדיניות חיסון לא נכונה.

נניח לדוגמה $p^* = 0.95$, וההסתברויות לרצח ולטעות משפטית הן

$$q(0.95) = 0.01, \quad r(0.95) = 0.02$$

במילים אחרות, אם נטל ההוכחה הוא 0.95 כי אז חשוף כל פרט בחברה לסיכון של 1% שהוא יורשע ויוצא להורג בעוון פשע שלא הוא ביצע, וכל פרט עומד בפני סיכון של 2% שיירצח על ידי מישהו אחר. אם החברה גדולה מספיק, פירוש הדבר הוא שבערך מאית מחברי החברה יוצאו להורג בטעות, ובערך שתי מאיות יירצחו בידי אחרים. עבר זמן מה, ואלו שנרצחו אינם אתנו עוד. המשטרה פתרה את כל מקרי הרצח והנאשמים עמדו לדין. חלקם זוכו, רובם נמצאו אשמים, והם יושבים בתאם ומחכים – שנים ארוכות – לביצוע גזר דינם. אבל עכשיו נוצר מצב חדש, השונה מהותית מהמצב החברתי הראשוני. מאית מהאוכלוסייה יושבת ומחכה להוצאתה להורג על לא עוול בכפה. המצב החברתי כבר איננו שוויוני. למעשה, קשה למצוא אי-שוויון קיצוני מזה שבו אנו נמצאים. שני פרטים זהים לחלוטין בהתנהגותם – שניהם לא הרגו ולא העלו על דעתם להרוג – אחד הולך מדי ערב לביתו וישן שנת ישרים במיטתו, השני יוצא מדעתו מאימה בתאו המבודד כשהוא ממתין ליום שבו יוצא להורג. מלודרמטי מדי? אולי. אבל אי-השוויון הזה נראה לנו דבר שעלינו להימנע ממנו. לשם כך עלינו להעלות את נטל ההוכחה, כלומר לבחור ערך לא אופטימלי של p . בעקבות הערך הגבוה מדי יירצחו יותר אנשים, וסך מספר המתים יהיה גדול משהיה. אבל אנחנו מוכנים "לשלם" במספר נפגעים גדול יותר ובכך להפחית את התועלת אקס אנטה של כל הפרטים כדי להשיג יותר שוויון אקס פוסט. לא בכל מחיר – שאם לא כן

לא נוכל להוציא לעולם נדונים להורג¹⁸ – אבל החשיבה החברתית הנכונה כוללת בד בבד שיקולי יעילות אקס אנטה ושיקולי צדק ושוויון אקס פוסט. הניתוח שהצגנו תקף לא רק לשאלת נטל ההכחה. בעיה דומה מתעוררת כשעל החברה להחליט כמה להשקיע באמצעי זהירות ומניעה. קרוב לוודאי שסימון שבילים, קיבוע חבלים וחציבת מדרגות יקטינו את מספר הנפגעים בתאונות במדבר יהודה. יתרה מזו, סביר שזו הדרך הזולה ביותר להוריד את מספר הנפגעים. נניח שיש שני מדבריות זהים לחלוטין אלא שבאחד הושקע כל התקציב באמצעי הבטיחות שמנינו (ולכן המטיילים יודעים שאם ייפגעו לא יהיה מי שיחלץ אותם), ואילו במדבר השני כמעט שלא השקיעו באמצעי בטיחות, אבל אם תקרה תאונה ינסו לחלץ את הנפגעים. אם הסיכון למוות במדבר הראשון נמוך מבשני (כי מספר התאונות קטן בהרבה), מטיילים רציונליים יעדיפו מדבר זה, ולכן השיקול החברתי הנכון אקס אנטה הוא להשקיע את כל הכסף באמצעי בטיחות ולא לחלץ נפגעים. אבל מאחר שידוע לנו שכשתקרה תאונה ייווצר אי-שוויון קיצוני בין הנפגעים לשאר האוכלוסייה ומאחר שאנו יודעים שאי-שוויון זה יפריע לנו, המדיניות האופטימלית אקס פוסט היא לשמור את הכסף (או לפחות את רובו) ולהשתמש בו לחילוץ נפגעים. המדיניות ה"נכונה" היא אפוא פשרה בין השתיים – השקעה באמצעי בטיחות – אבל לא ברמה האופטימלית – ושמירת חלק מהתקציב לחילוץ נפגעים.

י. תביעות לא סימטריות

עד כה עסקנו בשאלה כיצד להקצות כליה בין שני חולים הזקוקים לה, והנחת המוצא שלנו הייתה שהחברה אדישה בין שני הפרטים. אבל מה קורה אם איננו אדישים ביניהם? למשל, מה תהיה הפעולה החברתית האופטימלית אם לאמנון סיכוי של 50% לשרוד אחרי ההשתלה, ולתמר סיכוי של 25% בלבד? ואם הסיכוי שלה הוא 40%? 49%? 49.99%? הגישה התועלתנית חד-משמעית בסוגיה זו – הכליה תוקצה לפרט בעל הסיכויים הטובים יותר (בהנחה שלשניהם אותה תועלת מחיים וממוות). נסמן את הסיכוי שאמנון ישרוד ב- α ואת הסיכוי של תמר ב- β . נניח שהחברה משתמשת בהגרלה החברתית "ניתן את הכליה לאמנון בהסתברות p ולתמר בהסתברות $1-p$ ". הסיכוי של אמנון לשרוד הוא אפוא $p\alpha$ (כדי להשאר בחיים עליו לזכות בהגרלה החברתית וגם

18 זו המדיניות שעליה המליצו ר' טרפון ור' עקיבא במשנה (מכות א' י"א): רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם. ר' שמעון בן גמליאל אומר: אף הן מרבין שופכי דמים בישראל. רשב"ג מצביע במפורש על התחלופה בין הרתעה ומניעת טעויות.

לקלוט את הכליה), והסיכוי של תמר הוא $(1-p)\beta$. אם התועלת שלהם מחיים היא 10 (ואפס ממות), הרי שתוחלת התועלת של אמנון היא $10p\alpha$, וזו של תמר היא $10(1-p)\beta$. סכום התועלות הוא אפוא

$$10p\alpha + 10(1-p)\beta$$

וכפי שקל לראות, אם $\alpha > \beta$, כלומר אם הסיכויים של אמנון טובים מאלו של תמר, הרי שהערך האופטימלי של p הוא 1 (וניתן את הכליה לאמנון). לעומת זאת אם $\alpha < \beta$ הערך האופטימלי של p הוא אפס (וניתן את הכליה לתמר). במילים אחרות, המודל התועלתני מורה לתת את הכליה לאותו פרט שסיכוייו לשרוד הם הגבוהים ביותר. מהי המדיניות האופטימלית לפי המודלים של נש ושל רולס? לפי נש, הרווחה החברתית היא מכפלת התועלות, כלומר:

$$W_N = [10p\alpha] \times [10(1-p)\beta] = 100\alpha\beta p(1-p)$$

הערך המקסימלי של ביטוי זה מתקבל כאשר $p = 0.5$. מסקנה זו נכונה לכל זוג ערכים α ו- β . כלומר, לא משנה מה הם הסכויים של כל אחד מהפרטים לשרוד, לפי הפונקצייה של נש הדבר הנכון לעשות הוא להטיל מטבע הוגנת ביניהם. בפונקציית הרווחה הרולסיאנית הרווחה החברתית זהה לרווחתו של הפרט שמצבו גרוע משל כל האחרים. גישה זו קוראת להשוואת התועלות של הפרטים. אם התועלת של אחד מהפרטים גבוהה מזו של פרט אחר, הרי שנוכל להקטין את ההסתברות שלו לקבלת הכליה (ולהגדיל את ההסתברות של הפרט השני) והרווחה החברתית תגדל. ההסתברות p , המשווה את התועלות של שני הפרטים, פותרת את המשוואה:

$$10p\alpha = 10(1-p)\beta \Rightarrow p = \frac{\beta}{\alpha+\beta}$$

למשל, אם הסיכויים של אמנון לשרוד הם 50% ושל תמר 25% (כלומר, $\alpha = 0.5$ ו- $\beta = 0.25$), הרי שהמדיניות המומלצת על ידי הפונקצייה של רולס היא לתת את הכליה לאמנון בהסתברות 1/3 ולתמר בהסתברות 2/3.

שתי הפונקציות מציעות התנהגות חברתית תמוהה. לפי הפונקצייה של נש אין חשיבות לסיכויי ההישרדות של הפרטים – בכל מקרה ניתן לשניהם אותו סיכוי לקבל את הכליה. לפי הפונקצייה של רולס יש להטות את ההסתברות לקבלת הכליה דווקא לכיוונו של אותו פרט שסיכוייו להינות ממנה פחותים מאלו של הפרט השני. גם המדיניות הנובעת מהפונקצייה התועלתנית מטרידה – לפי פונקצייה זו ניתן את הכליה לפרט שסיכוייו לשרוד גבוהים יותר גם אם ההבדל בין הסיכויים של שני הפרטים מזערי. נציג עתה פונקציית רווחה חברתית הפותרת את הבעיות שבפונקציות האחרות. נגדיר את פונקציית "סכום השורשים" באופן הבא:

פרק ג: צדק

$$W_{SR}(u_1, \dots, u_n) = \sqrt{u_1} + \dots + \sqrt{u_n}$$

הרווחה החברתית מההגרלה הנותנת את הכליה לאמנון בהסתברות p ולתמר בהסתברות $1 - p$ היא

$$\sqrt{10p\alpha} + \sqrt{10(1-p)\beta}$$

והערך האופטימלי של p הוא $p = \alpha/(\alpha + \beta)$. למשל, אם הסיכויים של אמנון ותמר הם 50% ו-25%, הרי שהמדיניות האופטימלית היא לתת את הכליה לאמנון בהסתברות $2/3$ ולתמר בהסתברות $1/3$. לפונקציית הרווחה החברתית הנתונה על ידי סכום שורשי התועלות יתרונות אחדים:

א. אם לשני הפרטים אותו סיכוי לשרוד ($\alpha = \beta$), ההגרלה האופטימלית נותנת לשניהם אותה הסתברות.

ב. ככל שסיכויי ההישרדות של פרט מסוים עולים (והסיכויים של הפרט השני אינם משתנים), תעלה ההסתברות שלו לזכות בכליה.

ג. היחס שבין ההסתברויות של שני הפרטים בהגרלה האופטימלית שווה ליחס שבין הסיכויים שלהם לשרוד. ההסתברויות בהגרלה הן

$$p = \frac{\alpha}{\alpha + \beta}, \quad 1 - p = \frac{\beta}{\alpha + \beta} \implies \frac{p}{1-p} = \frac{\alpha}{\beta}$$

תכונה זו מתיישבת עם ההגדרה של הפילוסוף ג'והן ברום (John Broome) לחלוקה צודקת במקרה של תביעות לא סימטריות – "היחס בין ההסתברויות שהחברה נותנת לפרטים צריך להיות שווה ליחס בין התביעות שלהם".¹⁹ נראה עתה כמה שימושים לעיקרון של ברום תוך ניצול פונקציית הרווחה של סכום השורשים.²⁰

דוגמה 1: באי פלוני אירעה רעידת אדמה ושרדו אותה שלושה פרטים: אחד גבוה ושניים רזים. משקלו של הגבוה הוא 100 ק"ג ומשקלם של הרזים 50 ק"ג כל אחד. סירה בעלת קיבולת של 100 ק"ג יכולה להפליג לאי ולהציל כפי יכולתה, אבל מצבם של השורדים כה נואש שמי שלא ייאסף בהפלגה הראשונה לא ישרוד. הבחירה פשוטה – אחד גבוה או שניים רזים?

19 J. Broome, *Selecting people randomly*, ETHICS 95, 38-55 (1984)
20 U. Segal, *Fair bias*, ECONOMICS AND PHILOSOPHY 22, ראו על הפונקציה ושימושיה, 213-229 (2006).

נשתמש בהגרלה חברתית ונציל את שני הרזים בהסתברות p ואת הגבוה בהסתברות $1-p$. כהרגלנו נניח שהתועלת של כל פרט מחיים היא 10 (ואפס ממוות) ונקבל שהתועלת של כל אחד מהרזים מההגרלה היא $10p$ והתועלת של הגבוה היא $10(1-p)$. סכום שורשי התועלות הוא

$$2\sqrt{10p} + \sqrt{10(1-p)}$$

והערך האופטימלי של p הוא 0.8. ערך זה מתיישב עם הצעתו של ברום, משום שאפשר להבין את ההגרלה החברתית כך: הגבוה מקבל הסתברות 0.2, וכל אחד מהרזים מקבל הסתברות כפולה, כלומר 0.4. אם אחד הרזים עולה בגורל, הרי שהטבע מעניק לרזה השני את האפשרות להצטרף לסירה. העובדה שבסופו של דבר הסיכוי של כל אחד מהרזים לשרוד הוא פי ארבעה מהסיכוי של הגבוה היא שילוב של שני מקורות – הטבע שנתן יתרון כפול לרזים והחברה שנתנה לרזים סיכוי כפול.

דוגמה 2: נעייץ פעם נוספת בסוגיית הכליה. נניח הפעם שאם אמנון יקבל את הכליה סיכויי לשרוד הם 70%, ואם לא יקבל אותה סיכויי הם 30%. לעומת זאת לתמר סיכוי של 50% לשרוד עם הכליה ו-10% בלעדיה. במילים אחרות, הכליה נותנת למקבל אותה תוספת של 40% סיכוי לשרוד, אבל לאמנון סיכוי התחלתי גבוה יותר. ההגרלה החברתית הנותנת את הכליה לאמנון בהסתברות p (ולתמר בהסתברות $1-p$) תוביל ל(תוחלות) התועלות האלה:

$$\text{אמנון: } 0.7 \times 10p + 0.3 \times 10(1-p)$$

$$\text{תמר: } 0.1 \times 10p + 0.5 \times 10(1-p)$$

אם נשתמש בפונקציית הרווחה של סכום שורשי התועלות, נקבל שהערך האופטימלי של p הוא 0.25. כלומר, ניתן את הכליה לאמנון בהסתברות 0.25 ולתמר בהסתברות 0.75. באופן כללי נסמן את סיכויי ההישרדות של אמנון ותמר כך:

	עם	בלי
אמנון	a	b
תמר	c	d

נניח שהכליה נותנת לאמנון ולתמר אותה תוספת סכוי לשרוד. כלומר:

$$a - b = c - d$$

לפי פונקציית סכום השורשים הפעולה החברתית הטובה ביותר היא זו:
1. אם ההסתברות של תמר לשרוד עם הכליה נמוכה מזו של אמנון בלעדיה ($c < b$) ניתן את הכליה לתמר.

2. אם ההסתברות של תמר לשרוד בלי הכליה גבוהה מזו של אמנון עמה ($d > a$) ניתן את הכליה לאמנון.

3. אם ההסתברות של תמר לשרוד עם הכליה היא בין ההסתברויות של אמנון ($a > c > b$), או אם ההסתברות של אמנון לשרוד עם הכליה היא בין ההסתברויות של תמר ($c > a > d$), ניתן את הכליה לאמנון בהסתברות $(c - b)/2(a - b)$. למשל, אם $a = 0.7$, $b = 0.3$, $c + 0.5$, ו- $d = 0.1$, ניתן את הכליה לאמנון בהסתברות $0.2/0.8 = 0.25$.

דוגמה זו מצביעה על אחד היתרונות בשימוש בפונקציית רווחה חברתית: אנחנו יכולים להציע פעולה אופטימלית גם כשלא ברור לנו באופן אינטואיטיבי מהי הפעולה הטובה ביותר.

דוגמה 3: בחברה אלף פרטים, ואחד מהם נתפס על ידי שודדי ים המאיימים להרגו אלא אם ישוחררו חבריהם הכלואים בבתי הסוהר. שחרור האסירים יסכן את הפרטים בחברה, וההסתברות למוות של כל אחד מאותם פרטים (עקב השחרור) היא p . מהו הערך המקסימלי של p שבשבילנו נבצע את העסקה?
אם לא נבצע את העסקה, יהיו 999 פרטים עם תועלת 10 ופרט 1 עם תועלת אפס. אם נבצע את העסקה, יהיו אלף פרטים שכל אחד מהם יעמוד בפני ההגרלה

$$(10, 1 - p; 0, p)$$

ותוחלת התועלת שלו תהיה אפוא $10(1 - p)$. בגישה התועלתנית הרווחה מהמצב הקיים היא $999 \times 10 = 9990$, והרווחה מהעסקה היא $1000 \times 10(1 - p)$. החברה תעדיף את העסקה כל עוד ההסתברות p קטנה מ- $1/1000$. במילים אחרות, החברה תבחר במדיניות שבה תוחלת מספר ההרוגים הוא הנמוך ביותר.
נראה עתה למה מובילה פונקציית הרווחה המבוססת על סכום שורשי התועלות. הרווחה מהמצב הקיים היא $999 \times \sqrt{10}$, והרווחה אחרי העסקה היא $1000\sqrt{10(1 - p)}$. העסקה עדיפה כל עוד

$$1000\sqrt{10(1 - p)} \geq 999\sqrt{10} \Leftrightarrow p \leq \frac{1000^2 - 999^2}{1000^2} = \frac{2}{1000}$$

לפי גישה זו, כל עוד המספר הצפוי של הרוגים הוא פחות משניים, תעדיף החברה לפזר את הסיכון באופן אחיד בין כל החברים בה.

בכל הדוגמאות שדנו בהן מתעורר עימות בין השיקולים אקס אנטה לשיקולים אקס פוסט. אם נבצע את עסקת האסירים כש- $p = 2/1000$, בסופו של דבר ימותו שניים (בממוצע) במקום אחד. חברה הדוגלת בשוויון עשויה למרות זאת לבצע את העסקה כי היא מבטיחה שוויון עד לשלב שבו ימותו אותם שני פרטים (השתמשנו בניחוח דומה כשדנו בשאלת נטל ההוכחה האופטימלי). בהקצאת הכליות אנו עשויים להגיע למצב

שבו החולה בעל הסיכויים הנמוכים יותר לשרוד הוא שיקבל את הכליה, וכו'. זה המחיר שעלינו לשלם עבור העדפותינו לשוויון.

יא. שאלות נוספות וסיכום

מטרת פרק זה הייתה להראות שחשיבה פורמלית עשויה לעזור לנו בפתרון בעיות שבהן חברה מעוניינת להקצות מקורות העומדים לרשותה אבל איננה רוצה, או איננה מסוגלת, לעשות זאת באמצעות מנגנוני שוק. היתרון בגישה הפורמלית הוא בהכריחה אותנו להבין מהו המחיר החברתי והמוסרי שאנחנו משלמים כשאנחנו מעדיפים מדיניות זו או אחרת. לשוויון יש מחיר, וחשוב שנדע על מה אנחנו מוותרים למענו. לעומת זאת גם ל"יעילות" יש מחיר, וחברה שמאמצת תמיד את התוצאה שבה סכום התועלות הוא הגבוה ביותר עשויה למצוא את עצמה במצב של אי-שוויון קיצוני.

בפרק זה דנו במספר קטן של בעיות. נזכיר בקצרה כמה בעיות נוספות שאפשר לדון בהן בכלים דומים לאלו שהזכרנו, אם כי כל אחת מהבעיות זקוקה לפיתוח נוסף של כלים אלו.

מהו שוויון? בספרו "החבצלת האדומה" מציין אנטול פראנס כי "על העניים לחיות על פי השוויון המלכותי של החוק, האוסר על העשירים ועל העניים לישון מתחת לגשר, לקבץ נדבות ולגנוב לחם". עתה משאנו יודעים למה איננו מתכוונים בדברנו על שוויון, עדיין עלינו להגדיר מהו שוויון: בהזדמנויות? בתוצאות? ושוויון בין מי למי – בין כולם? בין פרטים זהים? בין פרטים דומים? נבהיר שאלות אלו בעזרת דוגמאות.

דוגמה 1: צילי וגילי זהות בכול חוץ מהבדל אחד: צילי אוהבת תפוחים ומתעבת אגסים; גילי אוהבת אגסים ושונאת תפוחים. כיצד נחלק ביניהן 12 תפוחים ו-12 אגסים – שישה מכל פרי לכל אחת, או שמא ניתן את התפוחים לצילי ואת האגסים לגילי?²¹
דוגמה 2: האחים מקס ומוריץ מתקשים במתמטיקה. בלי עזרה יהיה ציונם 60. כל שעה שיבלה מקס בלימוד מתמטיקה עם אמו תעלה את ציונו בחמש נקודות. כל שעה שיבלה מוריץ עם אמו תעלה את ציונו בשתי נקודות. מהי הדרך הנאותה שבה תקצה האם את שבע השעות העומדות לרשותה בין שני ילדיה – רק עם מקס? רק עם מוריץ? שלוש שעות וחצי עם כל אחד מהם? שעתיים עם מקס וחמש עם מוריץ (הקצאה אחרונה זו תוביל לאותו ציון לשני הילדים – 70)?

דוגמה 3: ראובן מכיר קונה המוכן לקנות את המהדורה הראשונה של "הארי פוטר ואבן החכמים" ב-900 ש"ח. שמעון מצא עותק של הספר (במצב טוב מאוד) במכירת

21 עיין במאמר M.E. Yaari, M. Bar-Hillel, *On dividing justly*, SOCIAL CHOICE & WELFARE 1, 1-24 (1984).

העורפים של הספריה הלאומית ושילם בעבורו 100 ש"ח. לראובן ושמעון אין כל עניין בספר, וכל מטרתם היא למכור אותו למרבה במחיר. מהו המחיר ההוגן שבו ימכור שמעון את הספר לראובן? 500 ש"ח (וכך כל אחד מהם ירוויח 400 ש"ח) או 300 ש"ח (וכך כל אחד מהם ישלש את השקעתו)?

דוגמה 4: חנה ופנינה עובדות במאפיית "גם אופה וגם עיפה". חנה לשה בזריזות עשרים כיכרות בשעה, ואילו פנינה (העושה כמיטב יכולתה) מצליחה ללוש רק עשר כיכרות בשעה. מהו השכר ההוגן לשתייהן – אותו שכר לשעה? אותו שכר לכיכר לחם? שוויון בין-דורי: לרשותנו משאב בכמות מצומצמת (למשל נפט). אם נצרוך יותר מדי ממנו לא יישאר לדורות הבאים מספיק, ורווחתם תהיה נמוכה מזו שלנו. האם – ואיך – עלינו להביא בחשבון את הרווחה של הדורות שיבואו?

פתרון אפשרי אחד הוא שהחברה תתחשב רק באותם פרטים שנמצאים בה היום, ופרטים אלו יביאו בחשבון את הדורות הבאים (משום שכל פרט חושב על רווחת צאצאיו, והם יחשבו על צאצאיהם, ומאחר שכך כל פרט יביא בחשבון את כל הדורות שיבואו). הבעיה בגישה זו היא שרוב הפרטים בחברה מתקשים לחשוב על הרווחה העתידית שלהם עצמם. פירושה המעשי של ההנחה שהם ידאגו בכוחות עצמם לדורות שיבואו הוא להתעלם מאותם דורות. לעומת זאת, מה צריך להיות המשקל של הדורות העתידיים? האם ניתן לפרטים שעדיין לא נולדו אותו משקל שאנחנו נותנים לחברי החברה החיים היום? מאחר שאנחנו מקווים שמספר הדורות שיבואו יהיה אינסופי, משמעות הדבר היא שהמשקל של הדור הנוכחי חייב להיות אפס, ואם נשתמש במקדם היוון, הרי שבכך נודה שהדורות העתידיים חשובים פחות מאתנו.

מי חבר בחברה? המודלים שהוצגו בפרק זה עסקו כולם בשאלה כיצד יכולה קבוצה נתונה של פרטים בעלי העדפות שונות לפעול כקבוצה. אבל מי הם חברי הקבוצה ומי מחליט מי שייך ומי לא שייך לקבוצה? מתי ואיך הופכים מהגרים להיות חלק מהקבוצה? ביום שבו יובא הסכם שלום למשאל עם, האם יצביעו התושבים הפלסטינים של ירושלים כחלק מאזרחי ישראל או כחלק מאזרחי הרשות הפלסטינית? ומי יחליט בסוגיה זו – ישראל? הרשות? התושבים עצמם? הציבור הישראלי מוכן ודורש לתת סיוע מיוחד לניצולי שואה. אבל מי הוא ניצול שואה? האם ילד ששהה במלחמה במנזר צרפתי הוא ניצול שואה? והאם חשובה לנו תפיסתו העצמית של אותו אדם – אם הוא רואה בעצמו ניצול שואה? מיהו שחור – אדם שאחד מאבות אבותיו נולד באפריקה? רוב אבותיו? ולפני כמה דורות? האם יש מבחן גנטי הקובע מיהו שחור, ואם יש מבחן כזה, האם היינו רוצים להשתמש בו? האם יש חשיבות לדמיון – או חוסר הדמיון – הגנטי בין קבוצות שונות של העם היהודי? מי יקבע מיהו יהודי – הרבנות? האדם עצמו? משרד הפנים?

לרוע המזל השאלות האלו אינן תאורטיות, ויש להן השלכות עצומות על חייהם של רבים. השאלה מיהו יהודי קובעת במידה רבה את מעמדו של אדם בישראל – מרגע לידתו ועד למותו. ייתכן שיש לשאלה תשובה אובייקטיבית, למשל מי שהוא צאצא של אחד השלדים במערת המכפלה, כפי שיוכח בבדיקת רקמות והשוואתן למיפוי הגנטי של אותם שלדים. למותר לציין שהגדרה זו דינה להיפסל על הסף שהרי היא מונעת מגרים להיחשב יהודים ולעומת זאת מאפיינת ערבים כיהודים (שלא לדבר על הרעיון המופרך לחפש קשר גנטי בין דמויות בעלות אופי מיתולוגי ובני אדם חיים). יתרה מזו, גם אם קיימת תשובה אובייקטיבית, ההחלטה לאמץ אותה כהגדרה החברתית היא כשלעצמה החלטה חברתית.

אין בספרות המדעית תשובה טובה לשאלה כיצד מחליטים מי שייך לחברה.²² העובדה שלא לכל שאלה יש תשובה משביעת רצון אסור לה שתגרום לנו לדחות את הגישה הפורמלית לצדק. אחת הסיבות לכך שלא לכל שאלה יש תשובה היא שהצבנו לעצמנו רף גבוה מאד בדרישתנו ממודל שיוכל לפתור מכלול שלם של בעיות ולא רק בעיה מסוימת העומדת לפנינו. אין ספק שחלק מהבעיות שבפניהן אנו עומדים היום ייפתרו לפני שתופיע המהדורה הבאה של ספר זה. גם אין ספק שפתרונות ותשובות אלו יובילו לבעיות חדשות.

22 עיין במאמר A. Kasher, A. Rubinstein, *On the Question 'Who is a J?': A Social Choice Approach*, LOGIQUE ET ANALYSE 160, 385-395 (1997).

דיני ממונות

פרק ד: חוזים

מאת

עמרי בן שחר, * יובל פרוקצ'יה **

א. טעמים לכריתת חוזה; 1. הרחבת גבולות חליפין; 2. הסתמכות ובעיית הסחטן; 3. חלוקת סיכונים. ב. חופש החוזים. ג. כריתת החוזה; 1. הבעיות המתעוררות בתהליך הכריתה; 2. ניתוח כלכלי של הכללים המרכזיים בדיני הכריתה. ד. חובת תום הלב במשא ומתן; 1. חובת תום הלב במשא ומתן – מאפיינים כלליים; 2. חובת תום הלב במשא ומתן – מאפיינים קונקרטיים. ה. פגמים בכריתת החוזה ועילת הסיכול; 1. כללי; 2. טעות ידועה לצד שכנגד והטעיה; 3. טעות שאינה ידועה לצד שכנגד; 4. סיכול; 5. כפייה; 6. עושק; 7. פרשנות חוזים והשלמתם; 1. כללי השלמה מן הדין; 2. נוהג חוזי; 3. כללים קוגנטיים; 4. סעדים בשל הפרת חוזה; 1. שיקולי יעילות; 2. ניתוח כלכלי של סעדים בגין הפרת חוזה; 3. הגבלות על זכות הפיצוי.

א. טעמים לכריתת חוזה

הניתוח הכלכלי של דיני החוזים מבקש להתחקות אחר השפעת הדין החוזי על התנהגות הצדדים ועל רווחתם, וכן לעמוד על האופן שבו ניתן לעצבו כך שישא את הרווחה החברתית. לצדדים לחוזה יש מטרות ואינטרסים שאותם הם מבקשים לקדם באמצעות העסקה. הדין האוכף עסקה זו כ"חוזה", ומעניק תרופות בשל הפרתו, מקנה יציבות לעסקה ומאפשר לתכננה ולהסתמך עליה. הוא אף מרחיב באופן דרמטי את סוגי העסקאות שיכולים הצדדים לכרות, את סוגי הנכסים שבאפשרותם לייצר ואת טיב ההתמחויות שבכוחם לרכוש. להלן נתאר את הטעמים להגנה המשפטית על חיובי הצדדים ואת התכליות השונות שמבקשים הצדדים להגשים באמצעותה.

* בית הספר למשפטים, אוניברסיטת שיקאגו.
** בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה.

1. הרחבת גבולות חליפין

העסקה משפרת את מצבם של שני הצדדים כאחד. כל צד נותן ומקבל, אך התוצאה אינה סכום אפס כי אם שיפורה של הרווחה הפרטית והמצרפית. עצם הסכמתם הרצונית של הצדדים לעסקה מעידה כי העסקה משפרת את רווחתם. המידע שיש לכל אחד מן הצדדים על העדפותיו "נרתם" ליצירתה של הקצאת מקורות חדשה, המיטיבה עם שני הצדדים כאחד. לשם הגשמתה של הקצאה חדשה זו אין המתכנן החברתי נדרש לאסוף את המידע בעצמו, לקבוע את הפעולות והתשלומים או להתערב בתוכנה של העסקה.

אך למשפט תפקיד חשוב במימוש הפוטנציאל האדיר של עסקאות משפרות-רווחה. ללא אכיפה משפטית ניתן היה בנסיבות מסוימות לכרות הסכמי חליפין, אך הסכמים אלה היו מוגבלים בתוכנם ובהיקפם. אפשר היה לכרות עסקאות שבהן הצדדים מקיימים את חיוביהם בעת ובעונה אחת, אולם בהיעדר אכיפה משפטית היה קשה יותר "להבטיח" קיום של חיוב עתידי. בהיעדר אכיפה משפטית, מוכר, למשל, היה מתקשה להעניק אחריות לאיכות המוצר, הואיל וזו חייבת להישען על הבטחה. עובד היה מתקשה להסתמך על ההבטחה הבלתי אכיפה לקבלת שכר. היה מתעורר קושי בכריתת עסקאות מורכבות, עסקאות רבות-משתתפים או עסקאות ביטוח.

כמובן, בהיעדר אחריות משפטית היו מתפתחים ביתר שאת מנגנוני "משמעת" חלופיים. למשל, משתתפים בשוק היו מבקשים לפתח מוניטין כדי להפיג את החשש מפני אי-קיום של חיובים עתידיים. מעסיקים היו אולי משלמים שכר גם בהיעדר סעדים כנגד הפרה, משום שהימנעות מתשלום היתה מרתיעה אחרים מלהתקשר עמם בעתיד. גם במאה העשרים ואחת קיימים שווקים שנעדרת מהם אכיפה משפטית ניכרת. למשל, עסקאות באתר האינטרנט eBay מחייבות קונים לשלם למוכרים אנונימיים לפני קבלת המכר, אף שהאפשרות לכפות את קיום ההבטחה היא מוגבלת. אך למוכרים יש דירוג מוניטין רב-חשיבות, וקונים רבים נמנעים מרכישה ממוכר אשר לא צבר משובים חיוביים בעסקאות קודמות. משמע, גם בהיעדר אכיפה משפטית אפקטיבית עסקאות יכולות להתממש. מוניטין, במידה מסוימות ובנסיבות מסוימות, עשוי לשמש תחליף למשפט.

עם זאת חשוב להכיר בכך שהישענות על מוניטין כמנגנון אכיפה יחיד היתה מגבילה במידה רבה את מגוון העסקאות האפשריות. בעולם כלכלי הנסמך על מוניטין בלבד היו מתחרים חדשים מתקשים להיכנס לשווקים, והתחרות היתה נחלשת. עסקאות בין זרים היו מתמעטות. יתרה מזאת, הסנקציה על הפרה היתה מתבטאת בהימנעות כוללת מכריתת עסקאות חדשות, הימנעות שבצידה אמנם כוח מרתיע אך גם עלות חברתית כבדה. לצד המוניטין פועלים כמה מנגנוני משמעת לבר-משפטיים נוספים: שימוש בכוח עשוי לגרום לקיום הבטחות (למשל בעולם התחתון); סנקציות מוסריות ודתיות עשויות לדרבן קיום התחייבויות ו"נדרים", שהרי הפרת התחייבות היא לעתים קרובות גם עוול מוסרי או דתי; וחייבים עשויים לאותת על כוונתם לקיים באמצעות העמדת בטוחה, או על ידי

חשיפתם מראש לפגיעה על ידי הנושה במקרה של הפרה.¹ אך מנגנונים אלה גם הם, מוגבלים כמובן מטיבם והשפעתם מצומצמת.

2. הסתמכות ובעיית הסחטן

נהוג לחשוב שאכיפת הבטחות משמעה הגנה על הנבטח. הנבטח ביצע את חלקו ופיתח "אינטרס ציפייה" כי התמורה תתקבל. הפגיעה באינטרס זה ותיקון העוול שנגרם לו מצדיקים הושטה של סעד. זו השקפה הנסמכת בבסיסה על תפיסת הצדק המתקן ועל ראיית הדברים בדיעבד – *ex post*. הגישה הכלכלית מטילה ספק בכך שזהו הרציונל העיקרי להצדקת אכיפה משפטית של חוזים. הסיבה היא פשוטה: בעולם ללא הבטחות אכיפות צדדים אינם צפויים לפתח כלל אינטרס ציפייה. הידיעה כי הבטחות אינן אכיפות צפויה להוביל להימנעות מן העסקה מלכתחילה, ובפרט להימנעות מביצוע החיוב המוקדם.

השאלה העיקרית אפוא אינה כיצד לקדם את עניינו של הנבטח אלא כיצד לקדם את זה של המבטיח. בעת הכריתה המבטיח ניצב בפני בעיה: אם יקבל את התמורה מראש, הוא צפוי שלא לעמוד בפני הפיתוי להפר את הבטחתו לאחר מכן. אולם הנבטח יחזה זאת, ועל כן יימנע ממתן התמורה מראש. יוצא אפוא שהמבטיח אינו יכול להתחייב. אייכולתו להעניק הבטחה אמינה, כזו שאחרים יכולים להסתמך עליה, מונעת ממנו את האפשרות לכרות עסקאות מלכתחילה. באופן כללי יותר, היא פוגעת בכוחו לקדם את עניינו באמצעות חליפין. אילו רק היה יכול, היה כובל עצמו כך שלא יוכל להפר, או לכל הפחות לכך שאם יפר תושת עליו סנקציה כבדת משקל.

לבעיה זו של המבטיח חשיבות מיוחדת בהקשר של ייצור. נניח כי יצרן מתבקש על ידי לקוח לייצר מוצר מיוחד. עלות הייצור ליצרן היא 100, ואילו ערך המוצר ללקוח הוא 200. היצרן והלקוח ירוויחו שניהם אם יסכימו לעסקה, נניח במחיר של 150. אך מיהו הראשון שיפעל? אם הלקוח ישלם מראש, הרי שבהיעדר אכיפה ייקח היצרן את הכסף וייעלם. אך הלקוח יצפה התרחשות זו ועל כן יסרב לשלם מראש. ואם היצרן יספק את הסחורה ראשון, ועל הלקוח יהיה לשלם רק בדיעבד, הרי שאז הלקוח ינהג באופן אופורטוניסטי ויימנע מתשלום. גם במקרה זה יצפה היצרן התרחשות זו ויסרב לספק את המוצר מראש.

האם ניתן לפתור את הבעיה אם היצרן ישלם את הייצור מראש ואז יתקשר בעסקת חליפין ב־זמנית עם הלקוח? התשובה היא בשלילה, משום שבנסיבות אלה תתעורר בעיה חדשה – היא בעיית הסחטן (*holdup*). אם היצרן כבר ייצר את המוצר, הרי שבעת החליפין עלות הייצור היא כבר עלות שקועה. עתה, משאי אפשר עוד להשיב את הגלגל לאחור,

1 ראו למשל Anthony T. Kronman, *Contract Law and the State of Nature*, 1 J. L. ECON. & ORG., 5 (1985).

יסכים היצרן למכור את המוצר בכל מחיר, אפילו יהא נמוך מ-100. אם למשל הלקוח יכול להצהיר באופן אמין כי לא ישלם למעלה מ-50, היצרן יאלץ לקבל את הצעתו, שהרי בדיעבד הכנסה של 50 טובה מ-0. משמע, היצרן יצפה כי לאחר הייצור, בהגיע שלב החליפין, ההסכמה מראש על מחיר של 150 לא תכובד. בשלב זה ינהלו הצדדים משא ומתן מחודש לקביעת מחיר בתחום שבין 0 ל-200. אם היצרן חושש שהלקוח יוכל להכתיב מחיר הנמוך מ-100, הרי שהוא יימנע כליל מן הייצור. מכאן, שבעיית הסחטן עלולה למנוע ייצור של מוצרים. לא כך באשר לכל מוצר – מוצרים המכונים לשוק הרחב ייוצרו מראש ויוצעו לממכר למרבה במחיר, והתחרות בין צרכנים תפיג את החשש מסחטנות. אך השקעות במוצרים או שירותים שהם ייחודיים ליחסים עם שותף מסוים (relationship specific investments) תפחתנה.

עולה אפוא שההצדקה הכלכלית לאכיפת הבטחות אינה הגנה על אינטרס הנבטח בלבד אלא בעיקר על זה של המבטיח. הבטחה עשויה לדרבן את הזולת להירתם לקידום מטרותיו של המבטיח, אך רק אם ההבטחה אמינה. האינטרס של המבטיח לעודד הסתמכות על ההבטחה עומד ביסוד ההצדקה לאכיפת הבטחות והסכמים.

3. חלוקת סיכונים

אחת המטרות המרכזיות של צדדים לעסקה היא לחלק ביניהם סיכונים. יש עסקאות שבהן הסיכון הוא המוצר היחיד המחליף ידיים (למשל עסקאות ביטוח); יש עסקאות שבהן הסיכון הוא מרכיב דומיננטי בעסקה לצד מרכיבים אחרים (למשל עסקאות בניירות ערך); אך כמעט בכל עסקה הסיכון והקצאתו הם לפחות מרכיבים נלווים. למשל, רכישת מוצר רגיל במחיר שוק כוללת מרכיב הנוגע לתועלת מן השימוש בו (מוצר תמורת כסף) ומרכיב של הקצאת סיכון (ההימור שהמחיר היום עדיף על זה שייקבע מחר). הסיכון הוא נטל, אך יש צדדים היכולים לשאת בנטל זה ביתר קלות. הם יכולים "לפזר" אותו, להקטין אותו או לחיות עמו בעלות נמוכה. תמורת תשלום, המומחים לנשיאה בסיכון ישמחו ליטול אותו על עצמם.

יותר מכל מוצר אחר, המסחר בסיכונים מחייב אכיפה משפטית, כיוון שהצדדים אינם יכולים לבצע בו חליפין בזמנית. למשל, מבטח המקבל תמורה מראש בעבור ההבטחה לכסות נזק עתידי אם יתרחש אינו יכול לממש את הבטחתו אלא בעתיד. יתרה מזאת, טבעה של עסקה המקצה סיכונים הוא כי אחד הצדדים "יתחרט" עליה בדיעבד: מהמר אשר רכש כרטיס הגרלה שלא זכה בפרס יתחרט בדיעבד על הרכישה, ואילו מהמר שמכר את הכרטיס הזוכה יתחרט על המכירה. למבטיח אפוא תמריץ כבד-משקל להפר את הבטחתו, ואכיפה משפטית נחוצה כדי להתגבר על תמריץ זה. שיקולי מוניטין אמנם עשויים לתמרץ צדדים לקיים את הבטחותיהם, אך ככל שמדובר בהבטחות לתשלום גבוה יותר, כך יפחת משקלו היחסי של תמריץ זה.

ב. חופש החוזים

עד כה דובר בטעמים שבגינם רצויה אכיפה משפטית של חוזים, כאשר כלל הרקע הוא כי לצדדים נתון חופש חוזים: החופש לקבוע אם להתקשר בחוזה, וכן החופש לעצב את תוכנו על פי רצונם.

הגישה הכלכלית לדיני החוזים מציעה הצדקה אינסטרומנטלית לחופש החוזים. אחת ההבחנות החשובות העולות מן הגישה הכלכלית היא כי התערבות קוגנטית בתוכן החוזה עלולה לפגוע ברווחתם של שני הצדדים כאחד. זו תובנה בסיסית, אך השלכותיה עמוקות. התובנה היא פשוטה: כל עוד הצדדים חופשיים לקבוע את המחיר, הרי שכל הוראה בדין המיטיבה לכאורה עם צד אחד תגרום להעלאה במחיר שצד זה נדרש לשלם. ההשפעה על המחיר מתקיימת ללא תלות בכוח המיקוח היחסי של הצדדים וללא תלות בסוג החוזה או במושא ההסכמה.

השפעתו של הדין על המחיר החוזי היא בעלת חשיבות מרחיקת לכת. משמעותה היא כי דיני החוזים מוגבלים בכוחם לשנות את התוצאות החלוקתיות של ההסכמה החוזית. כל עוד הרגולציה הקוגנטית אינה חולשת גם על המחיר, הרי שהמחיר צפוי להיות מושפע מן ההתערבות. בפרט, כל התערבות לטובתו של צד אחד תנוטרל באמצעות עדכון של המחיר לרעתו. למשל, אם הדין מחייב אחריות יצרן רחבה, או אוסר על תניות בוררות חובה בחוזים צרכניים, או מפרש חוזי ביטוח לטובת המבוטחים, או מצמצם את עילות הפיטורין בחוזה עבודה, הרי שהמחירים החוזיים יעודכנו: צרכנים ישלמו יותר עבור מוצרים או עבור השחרור מעול בוררות החובה; מבוטחים ישלמו פרמיות גבוהות יותר עבור הכיסוי הביטוחי הנוסף; ועובדים יקבלו שכר נמוך יותר תמורת הביטחון התעסוקתי המוגבר.

בהינתן עדכונן של המחיר, ההתערבות אינה צפויה להגשים את מטרותיה החלוקתיות. כאשר "הצד החלש" מוכן לשלם את עלותה של ההוראה החוזית המיטיבה, יש להניח כי "הצד החזק" יכול את התניה בחוזה גם ללא התערבות כופה ויגבה ממנו את מחירה. לפיכך בנסיבות אלה ההתערבות הכופה אינה נחוצה ואינה מועילה. ההתערבות תהיה בעלת נפקות רק כאשר הצד החלש איננו מוכן לשלם מרצונו את מחיר ההטבה. אך בנסיבות אלה ההתערבות תוביל לפגיעה ברווחתו של הצד החלש: בהינתן העדכון הצפוי במחיר הוא יאלץ לשלם את מחירה של הטבה שאין הוא מעוניין ברכישתה: בעוד שהצד החלש היה מעדיף לרכוש בזול מוצר חוזי באיכות נמוכה יותר, הוא ימצא עצמו מחויב לרכוש ביוקר מוצר חוזי שאיכותו גבוהה יותר. דומה הדבר לרגולציה המחייבת חברת תעופה להטיס את כל הלקוחות במחלקה ראשונה. אמנם התנאים משופרים, אך בהתחשב בתוספת המחיר שיידרשו לשלם, רוב הלקוחות ייפגעו מן ההתערבות. התערבות קוגנטית בתנאים אלה איננה מהווה מכשיר אפקטיבי להגשמתן של מטרות חלוקתיות. במקרה הטוב היא חסרת השפעה, כאשר ההטבה היתה ניתנת גם אלמלא ההוראה הכופה, ואילו במקרה הגרוע היא מובילה

לפגיעה ברווחתו של הצד החלש, באשר היא מחייבת אותו לרכוש את ההטבה בניגוד לרצונו.

הדין עשוי אולי לנסות להשיג בכל זאת תוצאות חלוקתיות באמצעות הגבלת האפשרות לעדכן מחירים. למשל, דיני העבודה עשויים לחייב מתן הטבות שונות לעובד וגם לחייב תשלום של שכר מינימום. דיני הגנת הצרכן יכולים לחייב הטבות צרכניות וגם לקבוע תקרות מחיר (למשל על ידי הגבלת שיעור הריבית בחווי הלוואה). אך גם כאן יכולתו של הדין להטיב עם הצד שביקרו הוא חפץ היא מוגבלת. הצד שכנגד עדיין עשוי לנטרל התערבויות אלה, בין בהימנעות מן העסקה לחלוטין, בין באמצעות שינוי הסדרים חוזיים אחרים אשר אינם נתונים לרגולציה קוגנטית, ובין בניסיון לשנות את מעמדה המשפטי של העסקה באופן המוציאה מגדרי תחולתו של הדין הקוגנטי. למשל, מעסיק יכול להימנע מלשכור עובדים אם השכר והתנאים שהדין כופה יקרים מדי או לאפיין את ההתקשרות עם העובד כחווה קבלני ובכך לעקוף את דיני העבודה. המלווה יכול להימנע מלהציע אשראי ללווה מסוכן או לדרוש בטוחות יקרות יותר. יוצא אפוא שכדי להניב תוצאה חלוקתית הדין נדרש לשלוט בו-זמנית בכלל תנאי החוזה, בדרכי אפיונו המשפטי של החוזה, ואף בעצם ההחלטה אם לכרתו מלכתחילה.

המסקנה העולה מדיון זה היא כי התערבות כופה תתקשה להגשים מטרות חלוקתיות. עם זאת אין בכך כדי לשלול את האפשרות כי התערבות קוגנטית תהא רצויה בנסיבות שבהן נדרש תיקון של כשל שוק. כך למשל, בעסקאות צרכניות שונות מתעורר לעתים חשש כי לקוחות אינם ערים לעלויות סמויות או לתניות פטור הקבורות בעומקו של החוזה האחיד. במקרה זה המחיר אינו משקף את הערך האמיתי שמייחסים הלקוחות לתניות החוזה אלא את אי מודעתם לתוכנו. רגולציה המבקשת למנוע פרקטיקות אלה עשויה אפוא לתקן כשל שוק הנובע ממידע לא סימטרי ובכך לתרום להקצאה יעילה יותר של המקורות. התערבות אף עשויה להיות רצויה אם בלעדיה יגרום החוזה להשפעות חיצוניות שליליות. למשל, חוזה לביצוע פשע או חוזה ליצירתו של קרטל עשויים לשפר את רווחתם של הצדדים לו אף שהשפעתם החברתית הכוללת היא שלילית. אף בנסיבות אלה התערבות כופה עשויה להוביל לשיפור ברווחה החברתית. לדיון מפורט יותר בכשלי שוק אלה, ראו סעיף 3.1. שכותרתו "כללים קוגנטיים".

ג. כריתת החוזה

כאמור לעיל, הכוח לכרות חוזה שאוב מהסכמתם של הצדדים, וממנה בלבד. למעט במקרים חריגים אין הדין מגבילים בקביעת תוכנו של החוזה ואין הוא מתלה את כריתתו ברצונו של

איש זולתם.² זו אף מהותם הגרעינית של דיני הכריתה. עם זאת לדיני הכריתה מגוון תפקידים נוספים החורגים מקביעתו של חופש החוזים כעקרון יסודי. דיני הכריתה מבקשים להתמודד עם כמה בעיות פתולוגיות המתעוררות ביצירתה של ההסכמה החוזית. בפרק זה נדון ראשית במהותן של בעיות אלה, ולאחר מכן נעבור לדון באופנים השונים שבאמצעותם מתמודדים עמן דיני הכריתה.

1. הבעיות המתעוררות בתהליך הכריתה

(א) קושי בזיהוי של רגע הכריתה

מעשה הכריתה יוצר הבחנה דיכוטומית בין הצהרות נטולות נפקות בעולם המשפט לבין מחויבויות שהמשפט מכיר בהן ומקנה להן תוקף מחייב.³ האפשרות המעשית לזהות את רגע הכריתה היא אפוא בעלת חשיבות רבה. עם זאת זיהוי של רגע קריטי זה אינו תמיד נקי מקשיים. לעתים מה שנחזה כהסכמה אינו מבטא מפגש רצונות אמיתי, ולעתים משא ומתן שנדמה היה לאחד הצדדים כי נכשל, למעשה השתכלל לכדי חוזה תקף. התקשורת בין הצדדים עלולה להשתבש. שיבוש זה עשוי לנבוע מן הקושי הקוגניטיבי להביע מסרים ולקלטם, ועשוי לנבוע מתקלה בפעולתו של אמצעי התקשורת המשמש את הצדדים בהעברת המסרים ביניהם.

אי-בהירות באשר לתוקפו המחייב של ההסכם עלולה בתורה להוביל לשורה של תוצאות בלתי רצויות. צד הטועה לחשוב כי נקשר חוזה אשר למעשה לא נכרת, עלול להשקיע באופן בלתי רצוי בהסתמכות על אותו חוזה, וכן לאבד הזדמנויות חוזיות חלופיות שהיו אחרת מגיבות לו רווח. בדומה לכך צד הטועה לחשוב כי לא נקשר חוזה, אף כי למעשה נכרת, עלול להימנע מהשקעה רצויה בהסתמכות או להתקשר בחוזים נוגדים.

דיני הכריתה עשויים למלא תפקיד קונסטרוקטיבי במזעורה של אי-הבהירות הנוגעת לתוקפו המשפטי של ההסכם. ואכן, כמה מן הכללים המרכזיים של דיני הכריתה ניתנים להצדקה בדרך זו. העיקרון המנחה את דיני הכריתה בהקשר זה הוא עקרון ההקצאה של עלות התקלה אל המונע הזול שלה. דיני הכריתה מסבים את נזקי התקלה אל הצד אשר מצוי היה בעמדה נוחה יותר למנוע. בכך הם מתמרצים את הצדדים לפעול מלכתחילה באורח יעיל למניעת השיבוש בתקשורת ביניהם. בהקשר זה יידונו הכללים הנוגעים לרכיב ה"העדה" על גמירת הדעת ולדרישות הכתב והמסוימות.

2 ראו סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן – חוק החוזים הכללי).

3 זאת, אלא אם יש בהצהרות הטרומ-חוזיות משום חוסר תום לב במשא ומתן. ראו סעיף 12 לחוק החוזים הכללי.

(ב) השקעה תת-אופטימלית בהסתמכות טרום-חוזית

קושי נוסף שעשוי להתעורר במהלך המשא ומתן לכריתת חוזה נוגע לתמריץ החסר של הצדדים להשקיע בהסתמכות טרום-חוזית. עצם הפניית המשאבים לצורך ניהול המשא ומתן היא השקעת הסתמכות כזאת. כך גם ההחלטה לוותר על הזדמנויות אלטרנטיביות בעת ניהול המשא ומתן או ההחלטה לעמוד בדרישות סף שהעמיד הצד שכנגד כתנאי לנכונותו להתקשר בחוזה. דיני הכריתה מבקשים בין היתר לעודד את הצדדים להשקיע בהסתמכות באופן יעיל, כלומר אם ורק אם תשואתה של ההשקעה עולה על עלותה.

בהיעדר יד מכוונת מתעורר החשש כי רמת ההסתמכות בה יבחרו הצדדים בשלב הטרום-חוזי תהיה נמוכה מזו האופטימלית. חשש זה נובע משתי בעיות מובחנות זו מזו: האחת היא בעיית הסחטן, אשר נדונה בחלק הקודם. לאחר השקעת ההסתמכות עלותה של ההשקעה הופכת לשקועה. לפיכך צד המשקיע בהסתמכות טרום כריתת החוזה מסתכן כי לא יוכל להבטיח את החזר השקעתו. כך למשל, נניח כי בטרם סוכמו תנאי ההתקשרות צד משקיע עלות של 100 כדי להגדיל את הרווח החוזי ב-120. בעת המשא ומתן העלות – בגובה 100 – כבר שקועה, ולפיכך אינה משפיעה על תנאי ההתקשרות. המשא ומתן נסב אפוא רק על אופן חלוקת התשואה על ההשקעה – בגובה 120. אולם בשלב זה אינו תוקע לידו של המשקיע כי חלקו בתשואה יעמוד על 100 לפחות. השאלה כיצד תחולק התשואה נגזרת מכוח המיקוח היחסי שלו בעת ניהול המשא ומתן, שלעתים לא יהיה די בו כדי להבטיח החזר של מלוא עלות ההשקעה. אך בהיעדר ביטחון ביכולת החזר של עלות ההשקעה, ההשקעה עשויה שלא להתבצע כלל מלכתחילה. זהו אפוא טעם אחד לחשש מפני הסתמכות-חסר בשלב הטרום-חוזי.⁴

החשש השני נובע מן הקושי של הצד המסתמך להעריך את ההסתברות כי הצד שכנגד יהיה נכון, בסופו של התהליך, להתקשר עמו בחוזה. נניח למשל כי ראובן מצהיר כי אם שמעון יעמוד בתנאי סף מסוימים, אז יאות, בהסתברות גבוהה, לכרות עמו חוזה. נניח עוד כי ההשקעה בקיומם של תנאי הסף היא יעילה, בהתחשב בהסתברות הכריתה האובייקטיבית. האם לאור הכרזתו זו של ראובן יבצע שמעון את ההשקעה האמורה? התשובה היא כי לא בהכרח. שמעון יודע כי לראובן כדאי להצהיר על קיומה של הסתברות כריתה גבוהה, אפילו אם היא למעשה נמוכה. זאת, משום שמנקודת מבטו של ראובן השקעתו של שמעון תגדיל את הרווח החוזי אם החוזה ייכרת, ואין בצדה כל עלות לראובן

Richard Craswell, *Offer, Acceptance, and Efficient Reliance*, 48 STAN. L. REV. 481 4 (1996); Lucian Arye Bebchuk, Omri Ben-Shahar, *Precontractual Reliance*, 30 J. LEGAL STUD. 423 (2001); Avery Katz, *When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*, 105 YALE L.J. 1249 (1996)

אם החוזה לא ייכרת. בהיעדר סיכון להפסדים יבקש אפוא ראובן לתמרץ את שמעון להשקיע מעבר למידה היעילה. אך שמעון, בהבינו את טיב האינטרס של ראובן, עלול שלא להשקיע מלכתחילה, אפילו כאשר ההשקעה יעילה. במילים אחרות, הקושי להעביר מסרים אמנים בעת המשא ומתן עלול להוביל להסתמכות-חסר.⁵ דיני הכריתה מתמודדים עם החשש להסתמכות-חסר באמצעות הכללים הנוגעים להצעה בלתי הדירה. דיני תום הלב במשא ומתן, אשר יידונו בפרק ד, מיועדים אף הם להשפיע על תמריץ ההסתמכות בשלב זה.

(ג) מזעור עלויות עסקה

דיני הכריתה קובעים אילו מסרים והתנהגויות נדרשים כדי להביא לידי כריתת חוזה. לקביעה זו השלכה על עלויות העסקה בשני היבטים. ההיבט אחד, נוגע לעלות כריתתו של חוזה ששני הצדדים מעוניינים בכריתתו; ההיבט האחר, נוגע לעלות הנדרשת לשם הימנעות מכריתת חוזה כאשר אחד הצדדים אינו מעוניין בכריתתו. בין שני היבטים הללו מתקיים קונפליקט: ככל שנדרשים מסרים אקטיביים ובהירים יותר כתנאי לכריתת החוזה, כך מתייקרת כריתתם של חוזים רצויים, ונעשה זול יותר להימנע מחוזה בלתי רצוי; וככל שמספיקים מסרים פסיביים ועמומים יותר לשם הכרה בכריתת החוזה, כך מוזלת הכריתה ומתייקרת ההימנעות ממנה.

הדין האופטימלי, מנקודת מבט זו, הוא אפוא זה המזעיר את מצרף העלויות הכרוכות בכריתה ובהימנעות ממנה. את דיני הכריתה אפשר להצדיק גם על יסוד השפעתם בהיבט זה. בהקשר זה יידונו להלן הכללים הנוגעים לקיבול בהתנהגות, קיבול בשתיקה וחזקת הקיבול.

2. ניתוח כלכלי של הכללים המרכזיים בדיני הכריתה

(א) העדה על גמירת דעת

התנאי המרכזי לכריתת חוזה הוא כי הצדדים יעידו על גמירת דעתם להתקשר בו. הדרישה איננה לגמירת הדעת כשלעצמה כי אם ל"העדה" עליה. החוזה אינו נכרת עם גיבושו של מפגש רצונות אלא עם גיבושו של ביטוי חיצוני למפגש הרצונות, כפי שמעידים עליו

5 התנהגות סחטנית ואופורטוניסטית בשלב הטרם-חוזי עשויה לספק הסבר לפסקי דין מרכזיים. ראו, למשל, *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965); ע"א 829/80 שכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579 (1983); Jason Scott Johnston, *Communication and Courtship: Cheap Talk Economics and the Law of Contract Formation*, 85 VA. L. REV. 385 (1999).

דבריהם של הצדדים והתנהגויותיהם. אם העידו הצדדים על רצונם המשותף לכרות חוזה, הרי שהחוזה נכרת אפילו אם היה הדבר מנוגד לרצונו הפנימי של מי מהם; ואם רצו בכך שניהם באופן פנימי אך מי מהם לא ביטא רצון זה כראוי, הרי שמעשה הכריתה לא השתכלל.

את ההתמקדות בביטוי החיצוני של הרצון אפשר להסביר בתכליתם של דיני הכריתה למזער את העלויות הנובעות מכשל תקשורתי בין הצדדים. מקורו של כשל זה עשוי להיות בשניים: אפשרות אחת היא כי המסר המובע אינו משקף נאמנה את רצונו הפנימי של הצד אשר הביע אותו. זוהי תקלה הנובעת מדרך העברתו של המסר, ועל כן המונע היעיל יותר שלה הוא הצד המשדר. אפשרות שנייה היא כי רצונו של המשדר הובע כהלכה, אך בתהליך עיבודו של המסר בתודעתו של הנמען חלה תקלה, ובעקבותיה הוא הובן לא נכון. המונע היעיל יותר של תקלה זו הוא הצד הקולט. תכליתו הרצויה של הדין היא להבטיח כי כל אחד מן הצדדים – המשדר והקולט – יפעל ללא רשלנות בתחומו, ובכך יתרום את חלקו למניעת הכשל התקשורתי. כלל ההעדה על גמירת הדעת, כפי שנקבע בחוק החוזים ופורש בפסיקה, מגשים תכלית זו, באשר הוא מסב את עלות התקלה אל הצד הרשלן.

(ב) דרישות הכתב והמסוימות

הכתב והמסוימות טומנים בחובם יתרונות מובהקים שלאורם יחפצו הצדדים לקיימם לעתים קרובות. הכתב והמסוימות מסייעים בידי הצדדים להגדיר במדויק את היקף חיוביהם ובכך הם תורמים למניעתן של אי-הבנות. הם מצמצמים את ההסתברות כי יתפתח סכסוך משפטי ומפחיתים את עלויותיו של סכסוך כזה כאשר הוא מתפתח.

עם זאת לדרישות הכתב והמסוימות גם חיסרון מובהק, המתבטא בייקורן של עלויות העסקה. על אף יתרונותיו של הכתב מבחינת הצדדים, לעתים קרובות הם מעדיפים לכרות חוזים בעל פה או בהתנהגות. למרות חשיבותה של המסוימות לא תמיד הם מקפידים לקיימה (טלו למשל לקוח המזמין משקה במסעדה מבלי לברר תחילה את מחירו). היותור על הכתב והמסוימות נובע מן העובדה שבהתחשב בערכה הכולל של העסקה ובהסתברות הנמוכה כי יתפתח סכסוך משפטי במורד הדרך, קיומם כרוך בעלויות עסקה גבוהות מדי. לאור זאת עולה השאלה כיצד ניתן להצדיק את אופיין הקונגטי של דרישות הכתב והמסוימות. לכאורה, אם בחרו הצדדים לוותר על הכתב או להותיר תנאים מסוימים בלתי מפורטים – ובכך לחסוך בעלויות עסקה – האם אין בכך כדי להעיד על רצונם בדיוק בחוזה כזה? מדוע לשלול את כוחם לקבוע את ההסדר הרצוי בעיניהם?

טעם אפשרי אחד נעוץ בחשש לרציונליות מוגבלת של הצדדים. אם הצדדים עלולים להתחייב בחוזה מתוך דחף אימפולסיבי וללא שקילה מושכלת של משמעויותיו, הרי שדרישות הכתב והמסוימות עשויות לשמש בתפקיד מרסן, שיש בו כדי למנוע כריתה של חוזים בלתי רצויים. טעם נוסף, או חלופי, עשוי לנבוע מן ההשפעה שיש להיעדרם של כתב

ומסוימות על עלויות המערכת, הכרוכות בהתדיינות משפטית. בהיעדר הסכמה על פרטיה היסודיים ביותר של העסקה, ובהיעדר תיעוד כתוב של הסכמות אלה, עלויות ההתדיינות צפויות לעלות באופן ניכר. בחלק מעלויות אלה נושאת המדינה, המקיימת את ההליך השיפוטי. הצדדים, בהחליטם אם ועד כמה להשקיע בהפחתת ההסתברות להתדיינות משפטית, עלולים להחזין עלויות אלה ולהשקיע מעט מדי במניעתו של הסכסוך. חובות הכתב והמסוימות עשויות אפוא להתפרש כאמצעי להפנמתה של השפעה חיצונית זו.

עם זאת עמדתו של אחד מאתנו (בן שחר) היא כי בהצדקה האחרונה אין ממש, משום שאת ההשפעות החיצוניות שמטילים הצדדים על המדינה אפשר להפנים באמצעות גביית תשלום, או אגרה נוספת, בעת הגשת התביעה, באופן אשר יגלם את עלויותיו של ההליך במלואן. והיות שאין הכרח לסבסד את ההליך, אף קשה להצדיק על בסיס זה את החלתם של כללי הכתב והמסוימות ככללים קוגנטיים. לעומת זאת עמדתו של האחר (פרוקצ'יה) היא כי הפנמתן של ההשפעות החיצוניות באמצעות הסרתו של הסבסוד היא פתרון מוקשה, משום שהסבסוד משרת תכלית אחרת, שתסוכל אם הסבסוד יופסק. סבסוד ההליך מוזיל את עלות התביעה לצדדים ובכך מחזק את כוחו המחייב של החיוב החוזי. ככל שעלויות ההתדיינות גבוהות יותר לצדדים, כך האיום בתביעה עקב הפרה מאבד מאמינותו, ובהתאם לכך פוחת ערכה של ההסכמה החוזית מלכתחילה. לפיכך סבסוד מסוים עשוי להיות רצוי, ובהנחה שכך, הרי שבד בבד יש להבטיח כי הצדדים לא ינצלוהו לרעה. אם אפשר להפחית עלויות התדיינות כבדות באמצעות השקעה טריוויאלית – זו הנדרשת לשם קיום הכתב והמסוימות – הרי שעשוי להיות מקום לחייב את הצדדים לבצע השקעה זו.

ככל שאופיין הקוגנטי של דרישות הכתב והמסוימות ניתן להצדקה, הרי שהצדקה זו נחלשת במידה רבה כאשר אי-קיומן הוא תולדה של התנהגות אופורטוניסטית של אחד הצדדים למשא ומתן. נניח למשל כי צד ממתין לקיום חיוביו של חברו ולאחר מכן מבקש להתחמק מקיום חיוביו שלו על יסוד היעדרם של כתב או מסוימות. במקרים אלה התכלית להגן על צדדים בעלי רציונליות מוגבלת, או הבנה מוגבלת של הדין, מחייבת דווקא להכיר בתוקפו של החוזה על אף אי-קיומה של החובה. בדומה לכך, התכלית לחסוך בעלויותיה של המדינה, ככל שהיא עומדת, עשויה דווקא לחייב הרתעה של התנהגות אופורטוניסטית מעין זו – שאלמלא היא לא היה מתעורר הצורך בהתדיינות משפטית מלכתחילה. הבחנות אלה מתיישבות עם הדין הנוהג בישראל, הקובע כי דרישות הכתב והמסוימות הן אמנם קוגנטיות, אולם בעת התנגשות ביניהן לבין עקרון תום הלב, ככלל ידו של עקרון תום הלב על העליונה.⁶

6 באשר לדרישת הכתב, הלכה זו נקבעה בע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996). דרישת המסוימות רוככה במידה רבה לנוכח בעיה זו בדיוק. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 284-282, סעיף 8.17 (תשנ"א) והפסיקה המצוטטת שם.

(ג) הצעה בלתי הדירה והחזרה ממנה

הצעה בלתי הדירה כובלת את המציע להצעתו כבר עם מסירתה לניצע, אף לפני שהניצע הספיק לשקלה, וממילא לפני שהחליט אם לקבלה אם לאו. כבילה מוקדמת זו עשויה להידרש כאשר עצם לימוד ההצעה על ידי הניצע מהווה השקעת הסתמכות ניכרת. כך למשל, הצעה לשיתוף פעולה עסקי עשויה לחייב בחינה מורכבת של פעילויות הצד שכנגד, איתנותו הפיננסית, איכות ההנהלה והעובדים, זכויותיו וחביותיו החוזיות וטיבו של הערך המוסף הצפוי מן המיזם המשותף. בחינה מדוקדקת זו מכונה לעתים בחיי הכלכלה והמסחר בדיקת נאותות ("due diligence"), וכל מי שחווה בחינה מעין זו יכול להעיד על עלויותיה הגבוהות. השקעה זו בלימוד ההצעה היא השקעת הסתמכות, באשר היא מניבה תשואה חיובית אם ורק אם בסופו של דבר נכרת החוזה.

בנסיבות שבהן היקפה של ההסתמכות הנדרשת הוא ניכר, כבדוגמה שלעיל, וההצעה היא הדירה, הרי שהניצע ייטה להסתמכות-חסר אשר תוביל בתורה לדחייתן של הצעות אף כאשר יש בהן פוטנציאל לשיפור רווחתם המשותפת של הצדדים (על הטעמים להסתמכות החסר ראו סעיף א.2.). במנגנון ההצעה הבלתי הדירה יש כדי להביא כשל זה על תיקונו. כאשר המציע מחויב להצעה, הרי שהסתמכות הניצע לא תוגבל עקב החשש כי המציע יחזור בו מנכונותו להתקשר; ובהינתן קיבועם של תנאי ההצעה ההסתמכות אף לא תצומצם עקב חשש לסחטנות. שתי הבעיות אשר היו עשויות להוביל להסתמכות-חסר יבואו אפוא על פתרונן.

(ד) קיבול מפורש, קיבול בשתיקה, קיבול בהתנהגות וחזקת הקיבול

דיני הכריתה כאמור מגדירים את אופיים של המסרים שעל הצדדים לבטא כדי שהדין יכיר בהסכמתם כבחווה מחייב. בכך הם משפיעים הן על עלות כריתתו של חוזה, והן על עלות ההימנעות מכריתתו של חוזה. ככל שנדרשים מסרים בהירים ומפורשים יותר לשם כריתת החוזה, כך עולה עלות הכריתה ופוחתת עלות ההימנעות ממנה. לפיכך תכליתם של דיני הכריתה, מנקודת מבט זו, היא למזער את מצרף העלויות המושפעות בו-זמנית מטיבה של הדרישה המשפטית.

על פי הכלל הבסיסי, כריתת חוזה מחייבת הבעת רצון מפורשת ואקטיבית. אי-מעשה ככלל אינו מספק את הדרישה להעדה על גמירת דעת. כלל זה משקף את העובדה שמספר ההצעות הנדחות עולה לאין שיעור על אלה המתקבלות. טלו למשל הצעות המשוגרות בתפוצה צרכנית רחבה באמצעות מכתבים, הודעות דואר אלקטרוני או התקשרויות טלפוניות אוטומטיות; או טלו הצעות לציבור המתפרסמות באמצעות מודעה או הצגת חלון ראווה. לו נדרש סירוב מפורש כדי להימנע מקשירת הקשר החוזי בגין הצעות מעין אלה, הרי שעלויות הדחייה היו מרקיעות שחקים. יתרה מזאת, במציאות מסוג זה הצעות רבות היו

מתקבלות בשתיקה – לא משום רציון אלא אך משום שעלות דחייתן היתה עולה על המטרד הכרוך בהתקשרות החוזית. בהינתן יחס א-סימטרי בין מספר ההצעות הנדחות לאלה המתקבלות, כלל בסיסי זה משרת אפוא את תכלית מזעורן של עלויות העסקה.⁷ עם זאת דיני הכריתה מכירים בכמה חריגים לכלל זה, שהמשותף להם הוא כי בכלום מתהפך שיעורן היחסי של ההצעות המתקבלות לעומת אלה הנדחות. כאשר התנהגותו של הניצע מאופיינת בכך שלא ניתן לפרשה באופן סביר אלא כהבעת רצון להתקשר בחוזה, הרי שניתן לראות בה העדה על גמירת דעת. למשל, כאשר הניצע מתחיל בביצוע חיוביו על פי החוזה, שאין יסוד להנחה כי היה מבצעם אלמלא רצה בקשר החוזי, הרי שניתן לראות בכך קיבול אף אם הסכמתו לא הובעה באופן מילולי. או כאשר הניצע הזמין את ההצעה אך לא הגיב לה לאחר שנמסרה לו, הרי ששתיקתו עשויה להתפרש כקיבול.⁸ לבסוף, הדין מכיר באי-מעשה כהעדה על גמירת דעת כאשר בהצעה אין אלא כדי לזכות את הניצע. במקרה זה, מטעמים מובנים, ההנחה היא כי שיעור ההצעות המתקבלות עולה על אלה שנדחות. לפיכך בנסיבות אלה שתיקה מספיקה לשם כריתת החוזה, ואילו ההימנעות מכריתה מחייבת פעולה אקטיבית ומפורשת.⁹

ד. חובת תום הלב במשא ומתן

הסכם הופך מחייב מבחינה משפטית רק לאחר שנכרת. עם זאת זכויות וחובות משפטיות עשויות לצמוח גם לפני שנכרת החוזה, וזאת אפילו אם בסופו של התהליך החוזה לא נכרת כלל. מקורן של חובות וזכויות אלה הוא, בעיקרו של דבר, בחובת תום-הלב במשא ומתן.¹⁰ בפרק זה נדון תחילה במאפייניה הכלליים של חובת תום הלב במשא ומתן ובהצדקות לקיומה מנקודת מבט כלכלית. לאחר מכן נעבור לדון ביישומיה הקונקרטיים של החובה.

7 סעיף 6(ב) לחוק החוזים הכללי. ראו גם Avery Katz, *Transaction Costs and the Legal Mechanics of Contract Formation: When Should Silence in the Face of an Offer be Construed as Acceptance?*, 9 J.L. ECON. & ORG. 77 (1993); Avery Katz, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, 89 MICH. L. REV. 215 (1990).

8 כך קורה לעתים קרובות בעסקאות ביטוח. ראו למשל, ע"א 723/80 לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' חיים, פ"ד לו(2) 714 (1982).

9 סעיף 7 לחוק החוזים הכללי.

10 במהלך המשא ומתן עשויות לצמוח זכויות וחובות גם מכוח מקורות משפטיים נוספים, כגון דיני הנזיקין, דיני עשיית עושר ולא במשפט או דיני המכר. עם זאת הדיון במקורות אלה חורג ממסגרתו של פרק זה.

חובת תום הלב אינה עשויה מעור אחד. היא אינה חובה יחידה כי אם אגד של חובות. ביסודן של חובות המשנה השונות עומדות תכליות שונות, שהגשמתן מחייבת שימוש באסטרטגיות רגולטוריות שונות. נדון אפוא בנפרד בכמה מיישומיה המרכזיים של החובה: איסור על פרישה מאוחרת (ואופורטוניסטית) ממשא ומתן; חובת הגילוי; ניהול משא ומתן ללא כוונת התקשרות; והפרת עקרון השוויון במכרז פרטי.

1. חובת תום הלב במשא ומתן – מאפיינים כלליים

ההצדקות הקונוונציונליות לחובת תום הלב אינן נשענות על שיקולי יעילות. על פי ההשקפה המקובלת, המחקק בהקשר זה זנח את שיקולי היעילות לטובת ערכים אחרים, כגון אמון, אלטרואיזם, התחשבות והגנה על החלש. עם זאת מן הניתוח הכלכלי עולה כי לא זו בלבד שחובת תום הלב אינה סותרת את תכלית היעילות, אלא שהיא אף הכרחית להגשמתה. זאת, משום שחובת תום הלב משמשת מכשיר לשיפור רווחתם המשותפת של הצדדים – בין בדרך של מניעת הבזבז הכרוך בהתנהגות אופורטוניסטית ובין בדרך של השלמת חללים בחוזה בדרך המתיישבת עם רצונם. ההתבוננות שמציעה הגישה הכלכלית על חובת תום הלב היא התבוננות תוצאתית. תום הלב הוא תווית – שם קיבוצי – לאוסף הכללים שיש לאמצם כדי להבטיח את יעילות המשא ומתן. מן הניתוח הכלכלי של חובת תום הלב עולה כי בדרך כלל השיקול הכלכלי עולה בקנה אחד עם אלה הלב-כלכליים: התנהגות מתחשבת והגונה היא ככלל גם התנהגות יעילה. אולם בשל הבסיס הנורמטיבי המובחן שעליו מושגת הניתוח הכלכלי אין כמובן הכרח הגדרתי כי התלכדות זו תישמר בכל סוגיה וסוגיה.

(א) חובת תום הלב – פתרון לדילמת האסיר

הצדקה כללית לנחיצותה של חובת תום הלב במשא ומתן, מטעמי יעילות, מגולמת בהשקפה כי היא משמשת פתרון לדילמת אסיר. בעת המשא ומתן כל צד בוחר אם לנקוט באסטרטגיה "יונית", המבקשת להגשים את האינטרס המשותף של הצדדים, או באסטרטגיה "נצית", שתכליתה להגשים את האינטרס העצמי בלבד. כך למשל, צד המגלה בזמנו מידע פרטי אף שהגילוי עשוי להפחית את חלקו ברווח החוזי הכולל, נוהג באופן "יוני". מנגד, צד המנצל את מצוקתו של האחר נוהג באופן "נצי". לכל צד אינטרס "לסטות" מן המתכונת היונית ולנהוג באופן נצי, וזאת ללא תלות בשאלה כיצד נוהג כלפיו הצד שכנגד. למשל, בין אם צד אחד חושף מידע ובין אם לאו, לצד האחר כדאי להסתיר את המידע שברשותו ולמצות ממנו את מלוא היתרון הפרטי. בין אם צד אחד מנצל את מצוקותיו של הצד האחר ובין אם לאו, לצד האחר כדאי לנצל את מצוקותיו של הראשון. אך הואיל ותמריץ זה פועל באופן הדדי, הרי שבשיווי משקל שני הצדדים צפויים לנהוג כנצעים.

זאת, אפילו כאשר שניהם ככלל היו מעדיפים להימצא בשיווי משקל שיתופי יותר, שבגדרו שניהם נוהגים כיונים. התנהגות נצית של שני הצדדים מובילה לאבדן רווחה: היא פוגעת ביעילותו של החוזה ומייקרת את הליך כריתתו. כך למשל, אי-גילוי מידע מונע מן הצדדים לתכנן את העסקה באופן מושכל, גורם להשקעות מיותרות, לאבדן של הזדמנויות רצויות יותר, ואף להחלטות התקשרות שגויות. בד בבד הציפייה כי הצד שכנגד ינהג כנץ עלולה להוביל את הצדדים להשקיע ב"התגוננות": הם עשויים לבדוק כל מצג של היריב לעומקו, להשקיע עלויות מיותרות באיסוף מידע, לרכוש ייעוץ משפטי יקר וכיוצא בזה. השקעות אלה בהתגוננות מהוות בזבוז, משום שניתן לחסכן באמצעות התנהגות יונית. חובת תום הלב מתקנת אפוא את הכשל שיוצרת דילמת האסיר. היא מאפשרת לצדדים – ומחייבת אותם – לקיים את ההסדר המקדם את רווחתם המשותפת. שיתוף פעולה זה דרוש לא משיקולים מוסריים או אלטרואיסטיים אלא משיקולי יעילות והגדלת הרווחה.

מן האמור לעיל עולה כי החובות המגולמות בעקרון תום הלב הן על פי רוב חובות שהצדדים היו מסכימים לאמץ מרצונם לו כרתו הסכם מקדמי באשר לכללי המשחק שיחולו בתהליך המשא ומתן. ככל שלצדדים חשובה היכולת להסתמך על מצגים הדדיים, להימנע מאי-הבנות ולהביא לסיום מוצלח של המשא ומתן, הרי שכללי התנהגות המשרתים מטרות אלה היו נכללים בהסכם כזה. חובת תום הלב אפוא אינה אלא הוראה משלימה המחקה את רצון הצדדים. הואיל ויקר, או בלתי מעשי, להקדים כל משא ומתן בריטואל כריתה של הסכם מקדמי, הדין מספק הסכם שכזה "מן המדף".

מובן שעל פי ראייה זו, על חובת תום הלב להיות דיספוזיטיבית בלבד, ועליה לאפשר לצדדים שאינם חפצים בכלל משחק זה או אחר להתנות עליו. אולם מקובל בדין הישראלי לסבור כי חובת תום הלב היא קוגנטית, כך שאין הצדדים רשאים לכרות הסכם מקדמי הפוטר אותם מעולה. האם בכך יש משום סתירה לעקרונותיו של הניתוח הכלכלי? התשובה היא כי סתירה זו חלשה במידה ניכרת ממה שעשוי להיראות במבט ראשון. זאת משום שבמובנים רבים אופיו הקוגנטי של עקרון תום הלב הוא מדומה בלבד. אמנם אין בכוחה של הסכמת הצדדים כדי לשלול את תחולתה של חובת תום הלב ככזו, אך לעתים קרובות יש בה כדי להוציא את ההתנהגות הרלוונטית מגדר תחולתו של האיסור. כך למשל, חובת תום הלב עשויה לשלול את זכות הפרישה המאוחרת מן המשא ומתן. אך למרות זאת יש להניח כי אם הצדדים הסכימו מראש כי תישמר הזכות לפרישה מאוחרת מטעמים מסוימים, והחלטות ההסתמכות של הצד שכנגד התבססו על כך, הרי שפרישה מאוחרת בנסיבות אלה לא תיחשב כהפרת החובה. בדומה לכך, חובת תום הלב עשויה לחייב את בעליו של מכרז פרטי לנהוג בשוויון כלפי המתמודדים השונים. אך אם בעל המכרז הודיע מראש כי הוא עשוי לקבל בסופו של התהליך גם הצעות שלא עמדו בתנאי המכרז, והמתמודדים כלכלו את

צעדיהם על סמך הודעה זו, הרי שבקבלת הצעה כזאת הוא לא ייחשב כמי שהפר את חובת תום הלב.¹¹

אכן, כאשר התנהגות היא אופורטוניסטית, היא ככלל איננה מתבצעת בהסכמה; ואילו הסכמה, כאשר היא ניתנת, שוללת בדרך-כלל את אופיה האופורטוניסטי של ההתנהגות. להסכמה אפוא נפקות גדולה על מרחב השתרעותה של החובה. אופייה הקוגנטי של החובה מתבטא אפוא רק בכך שהצדדים מנועים מלהתנות עליה באופן גורף – באופן שאינו מביא לכלל ביטוי את אופייה הקונקרטי של ההתנהגות מושא ההסכמה. אין הדין מכיר בהסכמה הקובעת באופן כוללני כי "חובת תום-הלב לא תחול על החוזה", או כי "הצדדים רשאים לרמות זה את זה". כדי שתוכר כתקפה, על ההסכמה להתייחס מפורשות להתנהגות מסוימת, באופן המעיד על הבנתו המלאה של הנפגע הפוטנציאלי בדבר טיבה של ההתנהגות. אופייה הקוגנטי של החובה הוא אפוא אמצעי להבטחת איכותה של ההסכמה. אין הוא שולל כשלעצמו את נפקותה המשפטית של הסכמה רצונית ומלאה.

(ב) חובת תום הלב – עיקרון ולא כלל

לחובת תום הלב שוליים רחבים של עמימות. בהבחנה שבין "כללים" ל"עקרונות", חובת תום הלב היא דוגמה מובהקת ל"עיקרון". אין היא מתארת את טיבה של ההתנהגות הנדרשת לפרטיה. היא מסתפקת בקביעתה של הנחיית מסגרת כללית ומותרת לבתי המשפט מרחב ניכר של שיקול דעת בעיצוב תוכנה הקונקרטי. פרשנותה של החובה מתפתחת בהדרגה ולאורך תקופת זמן ארוכה.

לשיטת הסדרה באמצעות עקרונות ישנם יתרונות וחסרונות.¹² ככלל, כללים הם אמצעי אפקטיבי יותר מעקרונות להכוונת התנהגות. כאשר גבולות האסור והמותר נהירים יותר יכול הפרט הכפוף לנורמה לכלכל את מהלכיו באופן ודאי יותר. מלבד זאת, שכיחותן של התדיינות משפטיות נמוכה יותר, שכן תוצאתו של ההליך צפויה יותר. עם זאת עקרונות עמומים נהנים גם מיתרון מובהק לעומת כללים. קביעת נורמה שלפיה על הצדדים למשא ומתן "לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" מצריכה השקעה מועטה בלבד של משאבים מצדו של המחוקק. אין היא מחייבת עמידה מראש על דרכי ההתנהגות השונות שבהן עשוי צד לנהוג שלא בתום לב, או על דרכי ההתמודדות הרצויות עם התנהגויות אופורטוניסטיות

11 ראו ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989); ע"א 4850/96 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה, פ"ד נב(5) 562 (1998).

12 לניתוח כלכלי של סוגיה זה ראו Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992).

לסוגיהן. את עיצוב תוכנה הקונקרטי של הנורמה מותיר המחוקק להכרעתו של בית המשפט.

השימוש בעקרונות עשוי אפוא להיות רצוי בנסיבות שבהן לבית המשפט עדיפות על פני המחוקק ביצירתו של תוכן פרטני בנורמה המשפטית. יתרון זה בולט כאשר הפעילות האסורה עשויה ללבוש מגוון רחב של צורות, שאת אופיין הקונקרטי קשה לצפות מראש. יתרונו של בית המשפט נובע מכך שאת מלאכתו הוא מבצע רק לאחר מעשה, כאשר טיבה של ההתנהגות נחשף. המדיניות המשפטית מתפתחת תוך הישענות על מידע קיים וללא צורך לחזותו לפני מעשה ובאופן היפותטי.

האיסור על התנהגות אפורטוניסטית עשוי להצריך שימוש בעיקרון בשל הפנים הרבות והמגוונות שהתנהגות כזאת עשויה ללבוש. לחוסר יושר מגוון רחב של היבטים וצורות, ואין זה אפשרי לאסור בנפרד על כל תוואי התנהגותי קונקרטי העומד בניגוד לתכליתה של הנורמה. יתרה מזאת, צורותיה של התנהגות אפורטוניסטית משתנות ומתחדשות עם הזמן. לו נוסחה הנורמה כאוסף של כללים האוסרים על התנהגויות קונקרטיות, הרי שהיו נמצאות דרכים חדשות לעקיפת האיסור. כדי לסתום את הפרצות, על הנורמה לקבוע איסור כללי המוגדר על פי התכלית העומדת ביסודו, ולא כתיאור פרטני של התנהגויות קונקרטיות. מובן שגם אם אפשר להצדיק את עצם קיומם של שולי עמימות, שאלה נפרדת היא מהו רוחבם האופטימלי של שוליים אלה. לאור יתרונותיו של הכלל הפרטני רצוי לקבוע גם תוכן קונקרטי בחובת תום הלב ככל שהחובה נוגעת לדפוסי התנהגות שכיחים, שאת אופיים ניתן לצפות מראש בעלות נמוכה יחסית. בדפוסים שכיחים אלה נדון להלן.

2. חובת תום הלב במשא ומתן – מאפיינים קונקרטיים

(א) פרישה מאוחרת מן המשא ומתן

ככלל כריתת החוזה היא הרגע שבו מתגבש החיוב החוזי. החל מרגע הכריתה הסתמכותם של הצדדים על החוזה היא מוגנת: בעת הפרה הנפגע זכאי לתרופה המבטיחה את מלוא התשואה על הסתמכותו (תחת סעד האכיפה או פיצויי הציפייה), או לכל הפחות לתרופה המבטיחה החזר בגין עלויות ההסתמכות, שבעקבות הפרה לא הניבה את התשואה הצפויה ממנה (תחת פיצויי הסתמכות). לעומת זאת לפני כריתת החוזה ההסתמכות היא ככלל בלתי מוגנת: אם צד הסתמך על החוזה טרם כריתתו, וחוזה בסופו של דבר לא נכרת, הרי שבנזקי ההסתמכות עליו לשאת בעצמו, ואין הדין מגלגל אותם לפתחו של הצד שכנגד. מטעם זה נודעת חשיבות ליצירתו של קו הבחנה ברור בין השלב החוזי לזה הטרומ-חוזי, שעל יצירתו אמונים דיני הכריתה (ראו סעיף ג.1. (א)).

על אף שלילת ההגנה על ההסתמכות הטרומ-חוזית, יש השקעות הסתמכות שרצוי, ולעתים אף הכרחי, לבצע לפני כריתת החוזה. הדוגמאות המובהקות לכך הן עלות ניהולו

של המשא ומתן עצמו; עלות העמידה בתנאי סף שמציב הצד השני למשא ומתן; או ויתור על הזדמנויות אלטרנטיביות. בסעיף ג.1. (ב) נדונו שני חששות העלולים להוביל לרמת הסתמכות נמוכה מדי בשלב הטרם-חוזי: החשש האחד נובע מן האינטרס של הצד שאינו מסתמך להציג מצג כוזב – אופטימי מדי – באשר להסתברות כי בסופו של תהליך יאות לכרות את החוזה; ואילו החשש השני נובע מחשיפתו של המסתמך לסחטנות בעקבות השקעתו. בפרק זה אף נדון פתרון אחד לבעיה זו, בדמותה של ההצעה הבלתי הדירה.

עם זאת מנגנון ההצעה הבלתי הדירה אינו יכול לפתור את הקושי בכל מערכת נסיבות. לעתים צד יירתע ממתן הצעה בלתי הדירה, מן הטעם שבשלבים המוקדמים של המשא ומתן הוא טרם השתכנע כי הוא עצמו מעוניין בקשר החוזי. המשא ומתן אינו תהליך של מיקוח בלבד אלא גם תהליך של למידה על אודות הפוטנציאל הגלום בהתקשרות החוזית. בטרם הובררה מהותו של קשר זה, הצעה בלתי הדירה עשויה על כן שלא להינתן.

נדרש אפוא פתרון נוסף להשקעת החסר בהסתמכות בשלב הטרם-חוזי. חובת תום הלב במשא ומתן עשויה לספק פתרון כזה. נחשוב ראשית על ההתמודדות של דיני תום הלב עם בעיית הסחטן, באמצעות הדוגמה הכללית הבאה: לצד נתונה האפשרות לבצע השקעת הסתמכות בעלות של 100 שקלים, שתעלה את תועלתו מן החוזה ב-150 שקלים. בהינתן ההסתברות הגבוהה כי הצדדים ירצו בסופו של תהליך לכרות את החוזה, השקעה זו היא רצויה ויעילה. עם זאת היא עלולה שלא להתבצע, שכן היא חושפת את המשקיע לסכנת סחיטה: שני הצדדים מבינים כי אם השקעה תבוצע, כדאי יהיה למשקיע לשלם עד 150 שקלים יותר כדי למנוע את כישלון המשא ומתן, לעומת המחיר שהיה מוכן לשלם לשם כך אלמלא ההשקעה. לפיכך אם לצד השני נתון כוח מיקוח, ההשקעה תאפשר לו לסחוט מן הצד שהשקיע עד 150 שקלים יותר כתנאי לכריתת החוזה. אך אם הסכום הנסחט יעלה בפרט על 50 שקלים, הרי שבסופו של דבר יצא המשקיע נפסד מהשקעתו. החשש מסחיטה עלול אפוא לסכל את ההשקעה למרות יעילותה.

כעת נניח, עם זאת, כי דיני תום הלב נכנסים לתמונה. על פי דינים אלה, אם המסתמך מסרב להיכנע לתביעותיו הסחטניות של הצד שכנגד ועקב כך המשא ומתן נכשל, הרי שהוא זכאי לפיצויי הסתמכות בגובה 100 שקלים. כיצד משפיעה התערבות משפטית זו על תמריץ ההסתמכות? בהתקיים זכות זו לפיצוי ייקרה ההסתמכות את עלות כישלוננו של המשא ומתן לא ב-150 שקלים, כבמקרה הקודם, כי אם ב-50 שקלים בלבד. בהתאם לכך, 50 שקלים הם כעת הסכום המרבי שיוכל הצד שכנגד לסחוט ממנו עקב ההסתמכות. לפיכך אף שהמסתמך עדיין חשוף למידה מסוימת של סחטנות, חשש זה צומצם. בפרט, הוא צומצם מספיק כדי

להבטיח כי המסתמך לא יצא נפסד מן ההשקעה. בהינתן תוצאה זו, ההשקעה לא תימנע עקב החשש מסחטנות.¹³

ומה באשר לטעם השני, הגורם להסתמכות-חסר? כזכור, הסתמכות-החסר עשויה אף לנבוע מן החשש כי הסתברות הכריתה נמוכה מכפי שהציגה הצד שכנגד. גם בנסיבות אלה הכלל המזכה את המסתמך בפיצויי הסתמכות צפוי לתקן את תמריצי ההשקעה. הטלת עלות ההסתמכות על הצד אשר אחראי למצג הכוזב גורמת לו להפנים את הנזק הנלווה למצגו. בכך יש כדי להרתיעו מהצגת המצג הכוזב מלכתחילה, ולשוות אופי אמין להצהרותיו. חובת תום הלב מפיגה אפוא גם חשש זה.

הניתוח שלעיל מצביע אפוא על היתרונות הגלומים בפיצויי ההסתמכות כאמצעי להתרעה מפני התנהגות אופורטוניסטית בשלב המשא ומתן. עם זאת יש לשים לב כי הניתוח מתבסס על ההנחה כי ניתן לזהות בדיעבד, לאחר משא ומתן נכשל, כי התנהגות אופורטוניסטית אכן התרחשה. הנחה זו היא לעתים קרובות מוקשה. כאשר המשא ומתן אינו צולח, יהיה זה קשה, באופן טיפוסי, לקבוע אם ההסתברות שהוצגה מלכתחילה להצלחתו היתה מופרזת. ובדומה לכך, כאשר משא ומתן מגיע לידי מבוי סתום, יהיה זה קשה לקבוע בוודאות אם אי-ההצלחה נבעה מתביעות סחטניות, או שמא מן הטעם הפשוט יותר, שלצדדים הוברר כי אין באפשרותם להפיק תועלת משותפת מן הקשר החוזי.

קשיים אלה מעוררים ספק בדבר רציותו הכוללת של כלל הפיצוי בהקשר זה, משום שהפעלת הכלל בנסיבות בלתי מתאימות עלולה להסב נזק. נזק זה עשוי ללבוש שתי צורות עיקריות: ראשית, אם צדדים עשויים לחוב בפיצוי אף כשהתנהגותם היא ללא רבב, הרי שכלל הפיצוי עלול להרתיעם מלהיכנס אל המשא ומתן מלכתחילה. בעקבות זאת הזדמנויות לקשר חוזי רצוי עלולות שלא להתממש. שנית, הפעלת הכלל בהיעדר התנהגות אופורטוניסטית עלולה לגרום להשקעת-יתר בלתי יעילה של הצד המסתמך. אם עלות ההשקעה מופנית לפתחו של הצד שכנגד גם כאשר הוא נוהג כשורה, הרי שהצד המסתמך

13 עם זאת התוצאה המנבאת השקעה אופטימלית רגישה להנחות שעשויות, בנסיבות מסוימות, שלא להתקיים. למשל, אם נניח לחלופין כי התשואה y נתונה על ידי משתנה מקרי, וכי הֶאֱלִיזְצִיָה של y מתבררת לצדדים לפני מועד הכריתה, הרי שהשקעות יעילות עשויות שלא להתבצע למרות ההגנה המשפטית. כדי לראות זאת נניח כי השקעה בעלות x מניבה את התשואה $y_H > x$ בהסתברות p , ואחרת היא אינה מניבה כל תשואה. נניח עוד כי $py_H > x$, ועל כן ההשקעה יעילה. בהינתן פיצויי הסתמכות המשקיע עשוי להיסחט בסכום מרבי של $y_H - x$, באופן אשר יעמיד את התשואה הפרטית על ההשקעה על $p(y_H - (y_H - x)) = px$. תשואה פרטית זו נמוכה מ- x , ועל כן ההשקעה היעילה לא תבוצע למרות ההגנה המשפטית. עם זאת גם בסיטואציה מעין זו פיצויי ההסתמכות מצמצמים את כוח הסחיטה, ועל כן ככלל צפויים להשפיע באופן חיובי על תמריץ ההסתמכות.

אינו מפנים עוד את מלוא עלותה של ההשקעה. ההשקעה נחזית בעיניו כאטרקטיבית יותר מערכה החברתי האמיתי. הוא צפוי אפוא להשקיע בהסתמכות גם כאשר ההשקעה היא בלתי יעילה.¹⁴ ערכו של עקרון תום הלב במשא ומתן בהקשר זה תלוי אפוא במידת הדיוק שבה מאבחן בית המשפט את קיומה של ההתנהגות האופורטוניסטית, שהיא מקור החשש להסתמכות-החסר. ככל שבידו לזהותה באורח מדויק יותר, כך גדלה התועלת שעשויים הצדדים להפיק מחובת תום הלב. אולם אם החשש לשגיאות שיפוטיות הוא כבד, הרי שהנזק שבהפעלת החובה עלול לעלות על תועלתה.

יש בהקשר זה לזכור כי בעיית הסחטן עשויה לבוא לידי פתרון באופן חלופי, באמצעות מנגנון ההצעה הבלתי הדירה, שנדון לעיל. אפשרות נוספת, ברוח דומה, היא לקבוע כי צד למשא ומתן המציג מצג בדבר תנאי ההתקשרות המקובלים עליו יהא כבול למצגו.¹⁵ משמעותה של כבילה זו היא כי בנסיבות שבהן צד חוזר בו ממצג לאחר שהצד שכנגד הסתמך עליו, יחוב המציג בנזקי ההסתמכות. כלל זה עשוי לפתור את בעיית הסחטן, משום שבהינתן המצג, הניצג לא יחשוש עוד מסחיטה מאוחרת אשר תמנע את החזר עלות ההשקעה. ומאחר שפיצוי ההסתמכות מותירים מרחב סחטנות מסוים, כפי שהוסבר לעיל, למציג יהא תמריץ לכבול עצמו במצג מלכתחילה ולעודד באופן זה את ההסתמכות.

(ב) חובת גילוי

ההצדקה הכלכלית לחופש החוזים נסמכת על הניבוי לפיו החלטות התקשרות אוטונומיות נוטות להוביל לכריתתם של חוזים יעילים. ניבוי זה מותנה, עם זאת, בהנחה כי החלטות ההתקשרות מתקבלות על סמך מידע הנתון לצדדים באופן סימטרי. כאן יש להדגיש כי אין הניבוי תלוי בהנחה כי המידע הוא מלא דוקא; הוא עומד בעינו גם כאשר נטועה בו אי-ודאות. אך על אי-ודאות זו להיות משותפת לשני הצדדים בעת הכריתה כדי שהחלטות ההתקשרות תתקבלנה באורח יעיל. כאשר המידע איננו סימטרי, הרי שצד עלול להתקשר בחוזה אפילו כאשר קיים מידע המעיד על אי-יעילותו. בדומה לכך, צד עשוי להירתע מכריתתו של חוזה יעיל בשל החשש שמא קיים פרט נסתר המשליך באופן שלילי על ערכו. מידע בלתי סימטרי יוצר אפוא "כשל" הפוגע ביעילותן של החלטות ההתקשרות. המשפט, בתורו, עשוי למלא תפקיד בתיקונו של כשל זה.

14 ראו Bebachuk & Ben Shahr ו-Katz, לעיל הערה 4.

15 ראו Bebachuk & Ben Shahr, לעיל הערה 4; Omri Ben-Shahar, *Contracts without Consent: Exploring a New Basis for Contractual Liability*, 152 U. PA. L. REV. 1829 (2004).

מן האמור לעיל עולה כי בהיעדר טעמים נוגדים, חובת גילוי היא ככלל רצויה. עם זאת קיימים טעמים העשויים בכל זאת להצדיק את צמצומה: טעם אחד נוגע לחשש כי הטלת חובת הגילוי תגרום לכך שמידע לא יירכש מלכתחילה.¹⁶ רכישת מידע היא לעתים תוצר של השקעת הסתמכות טרום-חוזית, שבעלויותיה נושא רוכש המידע לבדו. חובת הגילוי בנסיבות אלה פירושה חיובו של רוכש המידע לחלוק את התשואה על השקעתו עם הצד שכנגד אף שהצד שכנגד לא השתתף במימונה. למשל, נניח כי קונה השקיע משאבים באיתורה של קרקע שחבויים במעמקיה עתודות של נפט. אם יחויב לגלות מידע זה לבעל הקרקע הרי שמחירה יאמיר, ובפרט ישקף את מלוא ערכה. כתוצאה מכך, ההשקעה לא תניב עבור הקונה כל תשואה, ומלכתחילה הוא לא יבצעה. חובת הגילוי עלולה אפוא לסכל השקעות יעילות במידע. וככל שמידע רלוונטי לא יירכש מלכתחילה, הרי שאיש לא יפיק תועלת מעצם קיומה של חובת גילוי לגביו.

את הטעם לפטור מחובת הגילוי על בסיס זה יש, עם זאת, לסייג בשני סייגים מרכזיים: הסייג האחד הוא כי על הפטור מגילוי להינתן רק כאשר המידע נרכש בדרך של השקעת משאבים ולא בדרך אקראית. לעתים מידע נרכש ללא צורך בהשקעת משאבים, למשל כאשר בעלים של נכס לומד על פגמיו כתוצאה נלווית לשימושו בנכס. מאחר שתכליתו של הפטור היא למנוע השקעת-חסר ברכישת המידע, ברי כי אין בתכלית זו כדי להצדיק פטור מגילוי אם לא נדרשה השקעה לשם רכישתו.

הסייג השני הוא כי על הפטור מגילוי להינתן רק כאשר המידע שנרכש הוא בעל ערך חברתי, כלומר מידע שיש לחברה עניין לעודד את רכישתו. לא כל מידע שצד עשוי לרכוש טרם הכריתה מקיים תכונה זו. למשל, צד עשוי לרכוש מידע שלפיו מחיר השוק של נכס צפוי לעלות בתוך זמן קצר, ועל סמך מידע זה לבצע עסקאות קנייה ומכירה של הנכס לפני השינוי ולאחריו. למעט במקרים מיוחדים, לפעולה זו אין השלכה על סך העושר החברתי אלא על דרך חלוקתו בלבד.¹⁷ לפיכך אין זה יעיל לעודד את רכישתו בדרך של מתן פטור מגילוי. נהפוך הוא: ההשקעה במידע כזה גוזלת משאבים מבלי שיש בה כדי ליצור ערך חברתי מצרפי. לעומת זאת קיימים סוגי מידע שרכישתם עשויה להגדיל את סך העושר

16 Anthony T. Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, 7 J. LEG. STUD. 1 (1978); Richard Craswell, *Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere*, 92 VA. L. REV. 565 (2006)

17 לפעולה זו עשוי להתלוות ערך חברתי כאשר הרכישה משפיעה על מחיר השוק של הנכס, ובכך תורמת לתמחורו הנכון. נניח למשל כי משקיע בודד יודע כי נייר ערך מתומחר בחסר, ועל כן רוכש את נייר הערך באופן המעלה את מחירו. פעולתו של המשקיע הבודד נועדה לשפר את רווחתו האישית, אך בעקיפין היא גם הביאה לידי כך שנייר הערך ישקף באופן קרוב יותר את ערכו, והקצאת המקורות השוקית תיעשה יעילה יותר.

המצרפי. למשל, ערך רב טמון במידע הנזכר בדוגמה שלעיל, לפיו קיימות עתודות נפט במעמקיה של חלקת קרקע. בהינתן מידע זה, ניתן לעשות שימוש אחר, יעיל יותר, בחלקת הקרקע, שיעלה את ערכה החברתי. כאשר המידע שנרכש הוא בעל ערך חברתי, עשוי אפוא להתגבש טעם לעודד את רכישתו, באמצעות הענקת פטור מחובת הגילוי.

מלבד התכלית לעודד השקעה אופטימלית ברכישת מידע בעל ערך חברתי, כמה וכמה טעמים מעשיים עשויים להצדיק אף הם את הגבלתה של חובת הגילוי. הטלתה של חובת גילוי כרוכה בייקור עלויות העסקה הן בשידור המידע והן בקליטתו. כמו כן חובת גילוי רחבה עלולה לגרום להצפת מידע באופן המסיט את תשומת הלב של נמען הגילוי מן העובדות המרכזיות במקום להאיר את חשיבותן. חובת גילוי עשויה אף לעורר אי-ודאות מסדר שני בדבר אופן הגילוי הנדרש והיקפו. גילוי באופן שאינו בולט מספיק עשוי להוביל להטעיית הנמען, המניח כי חובת הגילוי קוימה אף שאינו ער לאופן שבו היא מומשה למעשה (למשל בסעיף נסתר או "באותיות הקטנות"). לבסוף, הטלתה של חובת גילוי צפויה להגדיל את עלויות המערכת הכרוכות בהתדיינות משפטיות סבוכות, הסבות על השאלה אם החובה קוימה בנסיבות קונקרטיות אם לאו, ומה היה מצבו התודעתי של הנתבע כאשר למידע האמור בשלב המשא ומתן. כל אלה מקשים את מלאכת ההתוויה של קו גבול ברור המבחין בין מידע שרצוי לחייב את גילוי לבין מידע שיש לאפשר את הותרתו נסתר.¹⁸

(ג) ניהול משא ומתן ללא כוונת התקשרות

ככלל משא ומתן מיועד לברר את רציותו של הקשר החוזי. אולם לעתים צד למשא ומתן פועל ממניע אחר לחלוטין, שאותו הוא מסתיר מן הצד שכנגד. למשל, צד עשוי לנצל את המשא ומתן כאמצעי להטבת עמדת המיקוח שלו במשא ומתן אחר; כאמצעי לרכישת מידע עסקי רגיש על אודות מתחרה; או כאמצעי למניעת כריתתו של חוזה אחר, בין שותפו למשא ומתן לבין צד שלישי. המשותף לפרקטיקות אלה הוא כי בכולן המשא ומתן איננו מנוהל לשם מימוש מטרתו המוצהרת. צד המנהל משא ומתן בדרך זו מיטיב את מצבו שלו תוך החצנת עלויות על הצד שכנגד.

חובת תום הלב משמשת אמצעי להפנמת נזק זה על ידי המזיק. כאשר המשא ומתן לא היה מיועד להוביל לכריתת חוזה כלל, הרי שהנזק החברתי שגרמה התנהגותו של המזיק מתבטא בעלויות ההסתמכות שבהן נשא הניזוק בעת המשא ומתן. פיצוי בגין עלויות אלה, לרבות בגין אבדן הזדמנויות אלטרנטיביות, צפוי להוביל להפנמת הנזק במלואו.

Omri Ben-Shahar, Carl E. Schneider, *The Failure of Mandated Disclosure*, 159 U. Pa. L. Rev. 647 (2011) (forthcoming).

(ד) אי-שוויון במכרז פרטי

כאשר אדם עורך מכרז פרטי ומעמיד דרישות מסוימות כתנאי לזכייה, לעתים אין הוא רשאי להעדיף מועמד שלא עמד באותן דרישות על פני מועמדים שעמדו בהן. הוא מחויב בקיום כללי הפרוצדורה שנקבעו לבחירת ההצעה הזוכה. הטעם שניתן לכלל זה בדין הנוהג יסודו בעקרון השוויון, שהורתו במשפט הציבורי, אך בתחום זה קנה לו אחיזה גם בתחומי המשפט הפרטי – באמצעות חובת תום הלב. עם זאת חובת השוויון בהקשר זה אינה חובה קוגנטית, ובעל המכרז יכול להשתחרר ממנה אם הודיע על כך למועמדים מלכתחילה.¹⁹ כלל זה ניתן להצדקה גם על סמך הניתוח הכלכלי של דיני החוזים, אולם ההצדקה הכלכלית אינה נשענת על שיקולי צדק בדיעבד או על השאיפה להגן על המועמדים. על פי הגישה הכלכלית, עקרון השוויון רצוי כברירת מחדל, משום שהוא מבטא את רצונם המשותף של מרבית הצדדים בעת עריכת המכרז. בנקודת זמן זו המחויבות לשוויון מקדמת את עניינם של הצדדים כולם: היא מאפשרת למשתתפים להסתמך בביטחון וללא חשש מסחטנות; והיא משמשת בידי עורך המכרז אמצעי למשיכת משתתפים לתחרות באופן המגדיל את רווחיו הפוטנציאליים. יש אפוא בסיס להנחה כי במרבית המקרים עורכי המכרז ירצו ליטול על עצמם מחויבות זו מרצון.

עם זאת ייתכנו גם מקרים שבהם אי המחויבות לשוויון תהיה יעילה יותר. אלה הם מקרים שבהם השקעת ההסתמכות הנדרשת אינה גדולה, וכאשר שימור האופציה להתקשר בעסקאות אלטרנטיביות היא בעלת ערך ניכר לבעל המכרז. ככל שהעדפה זו חולשת על מיעוט מן המקרים ולא על רובם, הרי שראוי להותיר את חובת השוויון כברירת המחדל. אולם כדי לאפשר למחזיקים בהעדפה ההפוכה לממש את מטרותיהם, ראוי גם לשמר את אופיו הדיספוזיטיבי של הכלל, ולאפשר לעורך המכרז להשתחרר מחובת השוויון בהתקיים התנאה מפורשת.

ה. פגמים בכריתת החוזה ועילת הסיכול

1. כללי

ככלל כאשר לצדדים נתונה האפשרות לקבוע אם להתקשר בחוזה, ובאילו תנאים, הם צפויים לכרות חוזים רק כאשר יש בהם כדי לשפר את רווחתם המשותפת. ככל שאין בחוזים כדי לפגוע ברווחתו של צד שלישי, הרי שחוזים הנכרתים בדרך זו ייטו לתרום לרווחה

19 ראו עניין בית יולס ועניין קל בניין, לעיל בהערה 11.

החברתית. עם זאת במצבים חריגים עשוי הרציונל הרגיל להכרה בתוקפו המשפטי של החוזה שלא לחול. דיני הפגמים והסיכול עוסקים בשלושה מצבים חריגים מסוג זה.²⁰ החריג האחד נוגע למצבים שבהם החלטת הכריתה נסמכה על מידע חלקי או שגוי, שלאורו החוזה לא שיפר למעשה את רווחתם המשותפת של הצדדים. במצבים אלה עוסקות דוקטרינות הטעות, ההטעיה והסיכול. החריג השני נוגע למצבים שבהם צד עושה שימוש אופורטוניסטי בתוקף שמקנה המשפט להסכמה לכרות חוזה, ולפיכך שלילת הכרה זו צפויה להוביל לתוצאות יעילות יותר. בכך עוסקת עילת הכפייה. החריג השלישי עוסק במצבים שבהם החוזה נכרת תוך ניצול מצוקה קשה שנתון בה הצד שכנגד, המעמידה בספק את יעילותו, והופכת את קיומו לבלתי צודק באורח קיצוני. בכך עוסקת עילת העושק. בסעיפים שלהלן נדון ביתר פירוט בעילות השונות ובתכליותיהן.

2. טעות ידועה לצד שכנגד והטעיה

כאשר צד נותן את הסכמתו להתקשר בחוזה מחמת טעות, והצד שכנגד נושא באשם לטעות זו, הרי שבנסיבות מסוימות נתונה לצד שטעה הזכות לביטול החוזה ולהשבה. אשמו של הצד שכנגד עשוי להתבטא בכך שגרם לטעות ביודעין, בין בדרך של מצג שווא אקטיבי ובין בדרך של הפרת חובת גילוי; והוא עשוי להתגבש אפילו כאשר גרם לה שלא ביודעין, אך בנסיבות העניין היה צריך להיות מודע לה, והיה צריך למנעה.

תרופות הביטול והשבה בנסיבות אלה משרתת שתי תכליות מובחנות: ראשית, כאשר חוזה נכרת מחמת טעות, הרי שנשמט הבסיס להנחה כי עצם כריתתו מעידה על יעילותו. כך למשל, כאשר קבלן רוכש קרקע חקלאית בחשבו בטעות כי ניתן לבנות עליה מבנה למגורים, הרי שאין להניח כי דווקא הוא הבעלים היעיל ביותר של הקרקע, בהינתן כי ניתן להשתמש בה לצורכי חקלאות בלבד. אכן, תנאי לגיבושה של עילת הטעות הוא קיומו של קשר סיבתי בין הטעות לבין החלטת ההתקשרות, שמשמעותו היא כי אלמלא הטעות לא היה נכרת החוזה. בנסיבות אלה תומכים אפוא שיקולי היעילות דווקא בביטולו של החוזה ובהשבת הנכסים לבעליהם המקוריים.

שנית, לו הכיר הדין בתוקפו המחייב של החוזה בנסיבות אלה, הרי שהיה הדבר מעודד השקעה בלתי יעילה ביצירת ההטעיה, וכן השקעה בלתי יעילה בהתגוננות מפניה. הצד המיועד היה תר אחר דרכים להערים על הצד שכנגד ומשקיע בחיפוש אחר שותף חוזי נוח להערמה. ואילו הצד הבלתי מיועד היה אז משקיע בלימוד העובדות בכוחות עצמו ובמזעור

20 פרק זה אינו דן בחוזה למראית עין, שבמהותו אינו מהווה פגם בכריתה, אף שפורמלית הסדרתו קבועה בפרק הפגמים שבחוק החוזים הכללי.

ההסתמכות על מצגיו של הצד שכנגד. זכות הביטול המוקנית לצד שטעה מסירה את התמריץ להשקעות בלתי רצויות אלה.

הזכות לביטול ולהשבה ניתנת להפעלה בד בבד עם זכויות נוספות. צירוף זכויות זה נדרש משום שבביטול ובהשבה עצמם אין די כדי לכוון את תמריצי ההתנהגות באופן אופטימלי. לו היה הצד הטועה זכאי רק לסעדי הביטול וההשבה, לא היה הצד שכנגד מפנים את מלוא עלות הטעות שאותה היה יכול למנוע. בפרט, הוא לא היה מפנים את עלויות ההסתמכות של הטועה, וודאי שלא היה מפנים את מלוא הרווח החוזי שנמנע ממנו. כדי ליצור תמריץ התנהגות אופטימלי יש אפוא להטיל סנקצייה נוספת על הצד הרשלן שבאמצעותה תושלם מלאכת ההפנמה. ואכן, על פי הדין הקיים, כאשר הצד שכנגד נגוע באשם, הרי שהצד שטעה זכאי לסעדים נוספים על פי עילות אחרות, שהמרכזיות שבהן הן עילת חוסר תום הלב במשא ומתן; עוולות התרמית ומצג השווא הרשלני על פי דיני הנזיקין; ועילת אי-ההתאמה לפי דיני המכר.

3. טעות שאינה ידועה לצד שכנגד

טעויות עשויות כמובן להיגרם גם כאשר הצד שכנגד לא ידע עליהן ואף לא היה צריך לדעת עליהן. על טעויות אלה חלה עילת הטעות שאינה ידועה לצד שכנגד. ההסדר המשפטי החל על טעויות מסוג זה מעניק שיקול דעת רחב לבית המשפט לקבוע את טיבה של התוצאה המשפטית. בית המשפט רשאי להכריז על ביטול והשבה או לחלופין להורות על קיום החוזה; ואם בחר בחלופת הביטול, הרי שהוא רשאי לחייב את מבקש הביטול בפיצויי הסתמכות.

ההצדקה לביטולו של החוזה במקרה של טעות כזאת נשענת על הרציונל הראשון מתוך השניים שצוינו לעיל באשר לטעות ידועה: כאשר הטעות היא סיבת כריתתו של החוזה, והוא לא היה נכרת אלמלא הטעות, הרי שאין להניח כי הקצאת המקורות הנגזרת ממנו היא יעילה. לפיכך שיקולי היעילות תומכים בהחזרתם הפיזית של המקורות אל בעליהם הטרומ-חוזיים.

עם זאת יש לשים לב כי לסעדי הביטול וההשבה השלכה נוספת, החורגת מהשלכתם על הקצאת המקורות לאחר גילוי הטעות. סעדים אלה, בפרט, משפיעים על האופן שבו מחולקים סיכוני הטעות בין הצדדים בעת הכריתה. כשסעדי הביטול וההשבה ניתנים ללא סעד נוסף הם מייצגים דרך חלוקה אחת, שבגדרה כל צד נושא בסיכון לנזקי ההסתמכות שלו עצמו. אך אפשר כמובן להעלות על הדעת גם מפתחות חלופיים לחלוקה. דרך אפשרית אחרת היתה לחייב את המבטיח לשלם פיצויי ציפייה לנבטח. זהו למעשה הסעד הכספי בגין

הפרה, הניתן כעניין שבשגרה, בהתממש סיכונים ההופכים את קיום החוזה לבלתי יעיל.²¹ דרך שלישית היא לחלק את עלויות הטעות באופן שווה בין הצדדים.²² בנסיבות שונות הצדדים יעדיפו מנגנוני חלוקה שונים, על פי העדפות הסיכון שלהם, ובהתאם לשאלה האם ניתן לרכוש ביטוח ביחס לסיכון הרלוונטי.

על רקע זה יש הסוברים כי על בתי המשפט להפעיל את חלופת הביטול אם, ורק אם, הם מוצאים כי הנושא היעיל יותר בסיכון הוא הצד המבקש את קיום החוזה. יתרונה של גישה זו בכך שהיא מבקשת להתחקות אחר חלוקת הסיכונים המסוימת שהצדדים חפצו בה בעת הכריתה.²³ אולם גם גישה זו אינה נקייה מקשיים. לבית המשפט קשה בדרך כלל לעמוד בדיעבד על חלוקת הסיכונים שהיו הצדדים מסכימים עליה, באופן היפותטי, מראש. אך חמור מכך, גם לו הנחנו כי בית המשפט יכול לעמוד על העדפות סיכון אלה, עדיין לא היה בכך כדי להעיד על חלוקת הסיכון הרצויה במקרה של טעות. זאת משום שבניגוד לאינטואיציה רווחת, אין זה ברור אם הקניית הזכות לבטל את החוזה מחמת טעות מצמצמת את מידת חשיפתו לסיכון של הצד המבטל או מרחיבה אותה.²⁴

כדי לראות מדוע, נניח כי המבטיח הוא שונא-סיכון, ואילו הנבטח אדיש לסיכון. לכאורה היה אפשר לחשוב כי ראוי במקרה זה להקנות למבטיח את זכות הביטול כדי לצמצם את חשיפתו לסיכון. אולם הקושי הוא בכך שהקניית זכות הביטול לא בהכרח תוביל לתוצאה זו. מן הצד האחד האפשרות להשתחרר מן החוזה בנסיבות מכבידות אכן מפחיתה את הסיכון שלו הוא חשוף, שאר הדברים שווים. אולם שאר הדברים אינם שווים. משמועברים סיכונים הטעות לפתחו של הנבטח, הרי שהנבטח ידרוש פיצוי בגין נכונותו לשאת בהם, באמצעות שינוי במחיר החוזה. עובדה זו תוביל בתורה לעלייה בערכו של אינטרס הציפייה של הנבטח. לפיכך בנסיבות שבהן המבטיח יבקש שלא לקיים את חיוביו שלא מחמת טעות מוכרת, הוא יחויב בפיצוי גבוה יותר. כל פעולתה של עילת הטעות אם כן היא הסבה של סיכון ממצבי עולם שבהם החוזה אינו מקוים מחמת טעות למצבי עולם שבהם הוא אינו מקוים מחמת הפרה. המאזן בין שתי השפעות מנוגדות אלה ישתנה לפי נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, והוא אשר יקבע את השפעתה הכוללת של עילת הטעות

21 ראו דיון בחלק 7.2.1 להלן.

22 Gideon Parchomovsky, Peter Siegelman & Steve Thel, *Of Equal Wrongs and Half Rights*, 82 N.Y.U.L. REV. 738 (2007).

23 Richard A. Posner, Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEG. STUD. 83 (1977).

24 Alan O. Sykes, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World*, 19 J. LEGAL STUD. 43 (1990).

על חלוקת הסיכונים בין הצדדים. לאור דברים אלה נראה אפוא כי האפשרות להתחקות בדיעבד אחר חלוקת הסיכונים שהצדדים היו מסכימים לה מראש היא דחוקה למדי. כאמור, נוסף על סעדי הביטול וההשבה, בית המשפט אף רשאי לחייב בפיצויי הסתמכות את הצד אשר ביקש את הביטול. מנקודת מבט כלכלית כלל זה משרת תכלית של הפנמה: בנסיבות שבהן רשלנותו של צד זה היא שגרמה לטעות, הרי שבית המשפט רשאי להטיל עליו את עלויותיה; ואילו בנסיבות שבהן אין הוא נושא באשם, בית המשפט רשאי לפטרו מחבות זו.²⁵

4. סיכול

עילה קרובה לעילת הטעות היא עילת הסיכול. ההבחנה המרכזית שבין הטעות לסיכול נוגעת למועד. עילת הטעות עוסקת במצבים שבהם החוזה נכרת על רקע מציאות שהתהוותה טרם הכריתה, שהצדדים לא היו מודעים לה; ואילו עילת הסיכול עוסקת בעיקרו של דבר במצבים שבהם התהוותה מציאות לאחר מועד הכריתה באורח שהצדדים לא צפו בעת שהתקשרו בחוזה.

עילת הסיכול אינה מקנה זכות ביטול כמו עילת הטעות, אך היא מובילה לתוצאה דומה באמצעות הקניית חסינות למבטיח מפני הסעדים של פיצוי ואכיפה. כמו כן קבוע בעילה זו הסדר המעניק שיקול דעת לבית המשפט אם להורות על השבה, ואם להטיל על המבטיח חובת שיפוי בגין הוצאות ההסתמכות של הנבטח.

עילות הטעות והסיכול מעלות שאלות דומות. במאורע מסכל יש כדי להפוך את קיום החוזה לבלתי יעיל בדיעבד. לפיכך משיקולים של הקצאת מקורות יעילה ההשתחררות מן החוזה עשויה להיות רצויה. אולם גם עילת הסיכול משפיעה לא רק על הקצאת המקורות בדיעבד אלא גם על חלוקת הסיכונים בין הצדדים מראש, ועל המאמצים שישקיעו הצדדים במניעת המאורע המסכל.

בפרט, עילת הסיכול צפויה ליצור תמריצי זהירות חלשים מדי מצדו של הנבטח. זאת, משום שכאשר הנבטח מתרשל באי-מניעתם של נזקי הסיכול, אין הוא חב בגין הנזק שנגרם עקב כך למבטיח. הסעד המושט למבטיח מתמצה בחסינות המוקנית לו מפני תביעת פיצויים ואכיפה של הנבטח כלפיו; אולם אין הוא מזכה אותו בסעד כספי בעבור נזקי ההסתמכות שלו עצמו. עם זאת על פי הצעת חוק דיני ממונות, לבית המשפט תוקנה בעתיד הסמכות להורות על תשלום פיצויי הסתמכות גם מן הנבטח אל המבטיח. בכך עשוי קושי זה לבוא על תיקונו.²⁶

25 סעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי.

26 סעיף 132 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595.

בדומה לעילת הטעות, גם ביחס לעילת הסיכול נטען כי אפשר להצדיקה על סמך השפעתה הפוטנציאלית על חלוקת הסיכונים בין הצדדים.²⁷ על פי גישה זו, תפקידו של בית המשפט הוא להכיר בעילת הסיכול כאשר הנבטח הוא הנושא היעיל יותר בסיכון שהתממש. אלא שמאותם הנימוקים שצוינו בהקשר לעילת הטעות, עילת הסיכול אינה יכולה להגשים תכלית זו במלואה. גם כאשר שנאת הסיכון של המבטיח עולה על זו של הנושה, עדיין אין בכך כדי להבטיח כי שחרורו מן החיוב ישקף את העדפת הצדדים בעת הכריתה. ההכרה בסיכול משפיעה על חשיפת הסיכון של המבטיח בשתי דרכים מנוגדות (ראו סעיף ה.3. לעיל). לפיכך עצם שנאת הסיכון היתרה שלו אינה מלמדת על רציות ההכרה בטענת הסיכול. את מאפייניה הקונקרטיים של עילת הסיכול קשה אפוא להסביר על סמך שיקולים אלה.

5. כפייה

(א) כפייה במובנה המסורתי

החזקה שלפיה חוזים הם יעילים נשענת על ההנחה כי כריתתם היא וולונטרית. ההחלטה האוטונומית להתקשר בחוזה היא המעידה על כך שהחווה אכן צפוי לשפר את רווחתו של המתקשר, ובהיעדר השפעות חיצוניות – גם את הרווחה החברתית הכוללת. אולם חזקה זו כמובן חדלה מלעמוד כאשר כריתת החוזה היא תולדה של כפייה.

הנימוקים להקניית זכות לביטול ולהשבה בנסיבות של כפייה דומים לאלה שהוצגו בנוגע לעילת ההטעיה והטעות הידועה לצד שכנגד. טעם אחד הוא כי הכפייה שומטת את הבסיס להנחה כי הקצאת המקורות הנגזרת מן החוזה היא יעילה. העברת מקורות מיד ליד מכוחו של חוזה שנכרת בכפייה אינה שונה במהותה מהעברת מקורות בדרך של גזל, שאיננו מעוגן בחוזה כלל. לפיכך הביטול וההשבה מקבלים צידוק מטעמי יעילות בהקצאת המקורות.

טעם שני הוא כי בהיעדר הכרה בזכות הביטול צפויות להתקבל החלטות השקעה בלתי רצויות. הצד הכופה עלול להשקיע ביצירת הנסיבות שתאפשרנה את פעולת הכפייה או תקלנה עליה. למשל, הכופה עשוי להשקיע באיסוף מידע אישי של הנכפה באמצעות חוקר פרטי ולאיים כי יחשפו בפני הציבור אם לא ייכרת חוזה בתנאים הרצויים לו. השקעה זו היא ככלל משוללת ערך חברתי, והכרה בטענת הכפייה עשויה להסיר מלכתחילה את התמריץ לבצעה. בדומה לכך, בהיעדר הכוח להשתחרר, הנכפה צפוי להשקיע בהתגוננות מפני הכפייה. בפרט הוא צפוי להשקיע בהסתרת חולשותיו ובהעצמת כוחו לעמוד אל מול

27 ראו Posner & Rosenfield, לעיל הערה 23.

איומים של כופים פוטנציאליים. השקעה זו עשויה להיות יעילה בהינתן הכפייה, אך ברי כי עדיפה החלופה של מניעת הכפייה ומניעת הצורך להשקיע במגננה מפניה.

(ב) כפייה כלכלית

לעתים האיום העומד ביסוד הכפייה אינו איום לפגיעה בגוף, ברכוש או בשמו הטוב של הנכפה כי אם איום בהפרת חוזה. בפרט, צד לחוזה עשוי לאיים כי יפר את חיוביו החוזיים אלא אם יאות הצד שכנגד לשנות את תנאי החוזה באופן חד-צדדי לטובתו. ככלל, אמנם, איום בהפרת חוזה לא ייחשב כשלעצמו כפייה, כל עוד עומדת לנפגע הזכות לתרופה המגנה באופן אפקטיבי על אינטרס הקיום שלו. אולם לעתים התרופה שיכול הנפגע לממש בפועל היא חלקית בלבד. כך למשל, המאיים עשוי להיות חדל פירעון באופן המונע את מימוש הסנקציה התרופתית נגדו, או שנזקי ההפרה עשויים ללבוש אופי ספקולטיבי, רגשי או סוביקטיבי באופן המונע את האפשרות להוכיח את מלוא היקפם. נוסף על כך, הסעדים הנתונים לנפגע לעתים קרובות אינם מפצים עבור מלוא עלויות האכיפה. במקרים אלה ההפרה עשויה להסב נזק ממשי לנפגע למרות זכאותו הפורמלית לתרופה. האיום בהפרת החוזה אינו שונה אפוא במהותו בנסיבות אלה מכל איום אחר בגרימת נזק. הדין עשוי לפיכך לראות בחוזה החדש, שנכרת עקב האיום בהפרה, כחוזה הנגוע ב"כפייה כלכלית", המגבשת לנפגע זכות לבטלו לאחר מכן.

הבעיה שדוקטרינת הכפייה הכלכלית פותרת בהקשר זה היא בעיית הסחטן, שנודונה לעיל בהקשרים נוספים. למאיים בסיטואציה הנדונה כוח מיקוח רב יותר בשלב מאוחר מזה שהיה לו בעת כריתת החוזה המקורי, בשל השקעות ההסתמכות שביצע המאויים בתקופת הביניים. שינוי תנאי החוזה הוא אפוא אמצעי להסבת התשואה להשקעת ההסתמכות מן הנכפה אל הכופה מבלי שהאחרון השתתף במימון עליוותיה. בהיעדר הגנה מפני סחטנות מסוג זה יירתע הנכפה הפוטנציאלי מלהסתמך מלכתחילה, וערכו של הקשר החוזי ייפגע. אך בהקניית זכות הביטול הדין מסייע לפתרון של בעיה זו: בהכירו בזכות הביטול הדין מאפשר לנכפה להצהיר כי הוא מקבל את תכתיביו של הכופה לשינוי בתנאי החוזה, אך להתכחש לחוזה המתוקן בשלב מאוחר יותר. בכך עילת הכפייה הכלכלית שומטת את הבסיס למעשה הכפייה: מאחר שהסכמתו המאוחרת של הנכפה אינה "תופסת", השימוש באיום כאמצעי להשגתה אינו מניב לו כל תועלת מלכתחילה.

(ג) מהו אילוץ השולל את חופש הרצון?

אחת השאלות הקשות בדיני הכפייה – בין שהיא כפייה "רגילה" ובין "כלכלית" – היא כיצד ראוי להתוות את הקו המבחין בין איום לגיטימי לבין איום החוצה את גבול המותר, שיש בו כדי לשלול את חופש הרצון. הספרות המשפטית והפילוסופית מתמודדות עם

שאלה זו באמצעות שורה של הבחנות אשר ברובן נוגעות לניתוח מצבו של המאויים: האם זכויותיו הופרו? האם ציפיותיו הלגיטימיות סוכלו? האם האיום ניצל באופן בלתי מוסרי מצוקה מיוחדת שבה היה שרוי? האם היתה נתונה לו ברירה או יכולת לתבוע סעדים נגד המאיים?²⁸

הניתוח הכלכלי מוסיף לכל אלה נקודת מבט חלופית – ניתוח התמריצים של הצד המאיים. בפרט, הניתוח הכלכלי שואל: כיצד היה המאיים פועל אילו ידע שדיני החוזים אינם אוכפים את העסקה שלה הסכים המאויים, בשל עילת הכפייה? האם המאיים היה מממש את איומו, או שמא "מתקפל" ומציע תנאים חלופיים, סבירים יותר, לצד המאויים? דהיינו, האם האיום היה אמין בעת שנעשה או שמא היה זה איום סרק שבסופו של דבר לא היה ממומש? נניח למשל כי ספק מאיים כי יפר את חוזהו עם הלקוח אלא אם האחרון יסכים להעלאת המחיר. אם מדובר באיום סרק, הרי שכלל המאפשר את איומו של החוזה החדש אכן ישיג את מטרתו, כפי שנדון לעיל. אולם אם האיום אמין והספק אכן מעדיף להפר את החוזה על פני קיומו במתכונתו המקורית, הרי שאז הקניית זכות הביטול בדיעבד רק תרע את מצבו של הנכפה. מאחר שהנכפה לא יוכל להתחייב באופן אמין לחוזה החדש, הוא יאלץ לסבול את התוצאה הרצויה לו עוד פחות – הפרת החוזה. במצב זה מוטב אפוא כי הדין יימנע מלאפיין את ההסכמה בין הצדדים ככפייה אף על פי שהושגה בתנאים קשים ללקוח. אם לא כן, עילת הכפייה תימצא פוגעת דווקא בצדדים אשר להגנתם היא מבקשת לצאת. במקרים אלה ייתכן כי הדרך האפקטיבית לסייע לצד המאויים היא ליצור הרתעה מפני שימוש באיומים מסוג זה, באמצעות ענישה אפקטיבית יותר של המאיים.²⁹

6. עושק

ככלל דיני החוזים אינם מתערבים בתוכן הסכמתם של הצדדים. עקרון חופש החוזים מקנה להם אוטונומיה רחבה, מוחלטת כמעט, בקביעת ההסדר הרצוי להם מבחינת תוכנו. עם זאת דיני העושק הם חריג לעיקרון רחב זה. דיני העושק עוסקים במצבים שבהם ההסכמה הושגה בדרך של ניצול כוחו המוחלש של העשוק, ושבהם אכיפת ההסכמה היתה מובילה לתוצאה

28 למשל, במשפט הישראלי נקבע, מפי השופט חשין, כי כפייה כלכלית היא תולדה של "לחץ שיש [בן] פסול מוסרי-חברתי-כלכלי, ואשר חיי עסקים ומסחר תקינים והוגנים לא יוכלו לשאתם", וכי על לחץ זה להיות "בלתי ראוי", כלומר לחץ ש"לצד התם [אין] חלופה מעשית וסבירה שלא להיכנע [לו]". ראו ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד, פ"ד מח(5) 705, 719-721 (1994).

29 Steven Shavell, *Contractual Holdup and Legal Intervention*, 36 J. LEGAL STUD. 325 (2007); Oren Bar-Gill, Omri Ben-Shahar, *The Law of Duress and the Economics of Credible Threats*, 33 J. LEGAL STUD. 391 (2004).

בלתי מאוזנת באורח חריג וקיצוני. בנסיבות אלה זכאי הצד העשוק לסעדי ביטול והשבה נוסף על הפיצויים מכוח עילת תום הלב במשא ומתן.

טענת העושק עשויה להתגבש כאשר צד מתקשר בחוזה עקב מצוקה חריפה, חולשה שכלית או גופנית או חוסר ניסיון.³⁰ בנסיבות מסוימות אפשר להצדיק התערבות על פי עילת העושק על סמך שיקולים דומים לאלה של עילות הכפייה, ההטעיה והטעות הידועה לצד שכנגד.³¹ למשל, בנסיבות שבהן החוזה נכרת עקב חולשתו השכלית של הצד שכנגד או עקב חוסר ניסיונו, הרי שקשה יותר להניח כי עצם כריתתו של החוזה מעידה על יעילותו. לחשש זה משנה תוקף כאשר החולשה השכלית או חוסר הניסיון נוצלו במודע על ידי הצד שכנגד, וכאשר בחינה אובייקטיבית של תנאי החוזה מובילה אל המסקנה כי הם מוטעים באופן בלתי סביר ביחס למקובל. עילת העושק, בהיבט זה, נוגעת אפוא למצבים שבהם החוזה לא נכרת בשל הפוטנציאל הגלום בו להיטיב את רווחתם המשותפת של הצדדים; הוא נכרת מחמת הרציונליות המוגבלת של הצד העשוק, שהצד השני היה מודע לה וניצל לה לרעה.

אולם עילת העושק אינה מוגבלת למצבים שבהם הרציונליות של העשוק מוטלת בספק. כך למשל, יש להניח כי אדם השרוי במצוקת רעב ומסכים לשלם סכום בלתי סביר בגובהו לשם רכישת מזון, עשוי לזכות לאחר מכן בתביעת עושק. תביעה כזו לא תהא מבוססת על אי-יעילותו של החוזה או על אי-הרציונליות שבבסיס החלטת ההתקשרות של העשוק. היא גם לא תהא מבוססת על המגמה להרתיע את העושק מיצירת המצוקה במכוון, שכן על פעולות מכוונות מעין אלה חולשת עילת הכפייה, המייתרת את הצורך בעילת העושק. ההכרה בעילת העושק נשענת על שיקולי הגינות, החיצוניים לשיקול היעילות ולחשש מפני אי-רציונליות של העשוק.

האם עקרונות ההגינות החלים במקרה זה ניצבים בקונפליקט עם שיקולי היעילות? ככלל התשובה היא בשלילה. עקרונות הצדק והיעילות יכולים ככלל לדור בכפיפה אחת. עילת העושק מגבילה את אופני החלוקה של הרווח החוזי המגולמים בעיקרו של דבר במחיר, וככלל אין היא משפיעה על תמריצי ההתנהגות של הצדדים, שמהם נגזרת יעילותו של החוזה. כל עוד הצדדים רשאים להסכים על מחיר שלא יהיה בו משום עושק ושיאפשר לשני הצדדים להפיק תועלת ורווח (לפי העניין), אפשר בדרך כלל להגשים את מטרות הצדק ואת תכלית היעילות בעת ובעונה אחת. נניח למשל כי למוכר כדאי למכור כיכר לחם בכל מחיר הגבוה מ-5 שקלים, אך הקונה, העומד לגווע מרעב, מוכן לשלם כל מחיר שיש

30 ראו סעיף 18 לחוק החוזים הכללי.

31 לניתוח עילת ה-unconscionability במשפט האמריקאי ברוח זו ראו Richard A. Epstein, *Unconscionability: A Critical Appraisal*, 18 J.L. & ECON. 293 (1975).

בידו להשיג, נניח 100,000 שקלים. כל מחיר הנע בין 5 ל-100,000 שקלים הוא אפוא מחיר יעיל, שכן הוא מוביל לשיפור ברווחתם של שני הצדדים כאחד. הבחירה הקונקרטית במחיר מסוים בטווח המחירים הזה משפיעה רק על דרך חלוקתו של הרווח המצרפי בין הצדדים ולא על היקפו הכולל. לפיכך אם ייקבע למשל כי החוזה ייחשב לנגוע בעושה אם המחיר שיאומץ יעלה על 50 שקלים, הרי שאז יתהווה לצדדים התמריץ לכרות חוזה במחיר הנמוך מ-50 שקלים. ואם כך, הרי שעילת העושה תגשים את יעדיה החלוקתיים מבלי להקריב את יעילותו של החוזה.

אולם תוצאה אופטימית זו אינה נכונה תמיד. לעתים המחיר החוזי משפיע לא רק על חלוקת הרווח בין הצדדים אלא גם על תמריצי הפעולה שלהם. טלו למשל חוזה בין שדכן לבין רווק המבקש להשתדך, אשר מתנה את שכרו של השדכן בהצלחת השידוך.³² המחיר החוזי במקרה זה משמש לא רק לקביעת התמורה שלה יזכה השדכן אם יצליח במלאכתו אלא גם ליצירת תמריץ לשדכן להתאמץ במציאת שידוך ראוי. לפיכך הגבלת השכר לרמה נמוכה מזו שהצדדים היו מסכימים לה באורח וולונטרי עלולה להוביל להפחתה במידת המאמץ של השדכן, אשר תוביל בתורה לפגיעה הן ברווחתו של השדכן והן בזו של הלקוח (שלא לומר, ברווחתה של הכלה!). ההתערבות במחיר עלולה לגרוע אפוא במקרה זה מיעילותו של החוזה.

בנסיבות שבהן עילת העושה פוגעת ביעילות החוזה, כבדוגמה שלעיל, הרי שמתעורר ספק גם באשר לכוחה של עילת העושה להגן באופן אפקטיבי על הצד העושה. הפגיעה ביעילות החוזה משמעה כי הרווח החוזי בכללותו נמוך ממה שהיה יכול להיות אלמלא ההתערבות; ובהינתן עוגה חוזית קטנה יותר העומדת לחלוקה צפויים שני הצדדים להיפגע. הניסיון להיטיב עם הצד החלש באמצעות עילת העושה עלול אפוא להתברר כניסיון בלתי צליח: מצד אחד הדין עשוי להבטיח כי חלקו של העושה ברווח הכולל יהיה גדול יותר; אך מנגד הוא מקטין את גודלו של השלם שממנו חלק זה נגזר. לשם הדגמה של אפשרות זו נניח כי בהיעדר התערבותה של עילת העושה הלקוח והשדכן היו מסכימים על שכר טרחה גבוה במיוחד, המותנה במציאת שידוך מתאים, וכי בעקבות זאת היה השדכן מפנה את מלוא מרצו להבטחת הצלחתה של משימתו. נניח עוד כי בשל התערבותה של עילת העושה ייאלץ השדכן לגבות שכר טרחה נמוך יותר, שבגיניו תרד גם מידת המאמץ שיהיה מוכן להשקיע בהצלחת השידוך. החלתה של עילת העושה תשפיע אפוא על הלקוח בשתי דרכים מנוגדות: מצד אחד היא תיטיב עמו באמצעות השפעתה על גובה שכר הטרחה, אך מצד אחר היא תסב לו נזק בגלל השינוי שהיא תחולל בהסתברות כי ימצא שידוך הרצוי לו. השפעתה הכוללת על רווחתו תיגזר אפוא מן היחס שבין השיקולים הנוגדים.

32 ראו ע"א 4839/92 גנו נ' כץ, פ"ד מח(4) 749 (1994).

1. פרשנות חוזים והשלמתם

דיני הפרשנות וההשלמה עוסקים בשאלה כיצד נקבע תוכנה של הנורמה החוזית. תהליך הזיהוי של תוכן החוזה בנוי שלבים-שלב. בשלב הראשון בוחן הפרשן את תחולתו של כלל קוגנטי על הסוגיה הנדונה. בהיעדר תחולה כזאת עובר הוא לבחון את תניות החוזה המפורשות, ומפעיל עליהן את כללי הפרשנות של השיטה. אם תניות החוזה, על פי פרשנותן, אינן מספקות פתרון אף הן, הרי שמשמעות הדבר היא כי החוזה מכיל חלל הזקוק להשלמה. לשם השלמת החלל פונה הפרשן ראשית אל הנוהג הפרטי ולאחריו אל הנוהג הכללי, השוקי, ואם אלה אינם מספקים פתרון, הוא בוחן אם חלים בסוגיה כללי ההשלמה מן הדין – הכללים הדיספוזיטיביים. לבסוף, אם מקורות אלה כולם אינם מספקים פתרון, הרי שעקרון תום הלב משמש אמצעי השלמה שיורי.

בפרק זה נדון בשלוש שאלות מרכזיות: ראשית, כיצד רצוי לעצב כללי השלמה מן הדין; שנית, מהו התפקיד שממלאים נהגים פרטיים וכלליים ומהו היחס ביניהם לבין תניות החוזה המפורשות; ושלישית, מהן ההצדקות הכלכליות לכללים קוגנטיים.

1. כללי השלמה מן הדין

המשפט ברובו אינו אלא אוסף של כללי השלמה מן הדין. כללי השלמה מן הדין – כללים דיספוזיטיביים – אינם מכתבים את התוצאה כעניין שבכפייה אלא מציעים הסדר החל רק אם לא הוחלף מפורשות על ידי הצדדים. הדין מספק הוראות "מן המדף": הצדדים חופשיים לאמצן – על ידי השארת חלל מכוון או מקרי, והם רשאים לדחות, על ידי אימוץ מפורש של הוראה נוגדת. כללי ברירת מחדל שכאלה ממלאים תפקיד רב-חשיבות בתחומי משפט רבים ולא רק בדיני החוזים. דיני ירושה למשל מורכבים ברובם מהוראות השלמה המקבלות תוקף כל אימת שלא הוחלפו מפורשות בצוואה. דיני קניין רבים, כמו למשל הוראות החלות על בתים משותפים, הם אוסף של כללי השלמה מן הדין שאפשר להחליפם בהסכם מפורש בין הדיירים. דיני חברות הם ברובם כללים המסדירים את היחסים בין בעלי העניין בחברה אם לא בחרו בהסדר מפורש אחר. וגם מחוץ למשפט הפרטי והמסחרי, ניתן למצוא שלל כללי השלמה, למשל כללים הנוגעים להשלמת חללים שבחוק: בתי משפט, באכפס חוק, עשויים להיתקל בהוראה חסרה או סתומה – בחלל חוקי – ולהשלימו על פי כלל הקובע את ברירת המחדל.

אחת התרומות הבולטות של הגישה הכלכלית למשפט היא בפיתוח מסגרת תאורטית לניתוח והבנה של כללי ברירת מחדל ולעיצובם האופטימלי. בטרם פותחה התאוריה הכלכלית של השלמת חללים השאלה מהי ברירת המחדל הרצויה נתפסה כנגזרת משיקולים אד הוק, המיוחדים לעובדות המקרה. לא אובחן קשר למשל בין כלל הקובע מהו הרוב הנחוץ להכרעה באסיפת בעלי מניות לבין כלל הקובע מתי הצעה חוזית היא בלתי הדירה.

שניהם כללי השלמה דיספוזיטיביים, אך תוכנם הרצוי בכל אחת מן הסוגיות נתפס כבלתי תלוי. לא עוד. פריצת הדרך של הגישה הכלכלית אפשרה התבוננות מאוחדת בשאלות אלה והכרה בכך שהתשובות להן נשענות על עקרונות אחידים. כלל ברירת המחדל עשוי להשתנות מתחום לתחום, ממצב למצב ומחלל לחלל, אך המתודולוגיה לזיהוי הכלל הרצוי ולהצדקתו היא אחידה. מרחב השיקולים שצריך להנחות שופטים – במלאם את החללים השונים בתוכן – נשען על היגיון משותף.

הסיבה שאפשר לנתח כללי השלמה מן הדין מתחומים שונים – חוזים, חברות, ירושה, בתים משותפים, יחסי ממון בין בני זוג, ועוד – במשותף, ולבססם על נדבך אחד, נעוצה בהכרה בקיומן של סיבות אחידות להיווצרותם של חללים. חללים בחוזה או בצוואה או בכל מסמך משפטי אינם מקריים. התופעה של קיום החללים היא תופעה סדרתית. חללים הם "כשלים" שיטתיים המאפיינים את הליך עיצוב החוזה. אבחון כשלים אלה הוא שלב חיוני ויסודי בזיהוי הפתרון, הקובע כיצד למלאם. כלל ברירת המחדל הוא התרופה אשר המשפט מספק לפגם אי-השלמות, וככל תרופה אחרת, איכותו תלויה בזיהוי הנכון של מקור הבעיה ובמידת ההתאמה שבין הבעיה לבין הפתרון המוצע לה.³³ מדוע אפוא קיימים חללים בחוזה?

(א) עלויות עסקה

סיבה אחת, החשובה ביותר, היא העלות הכרוכה בעריכתו של חוזה שלם. חוזה המסדיר סדרה ארוכה של אפשרויות עתידיות במפורש כרוך בהשקעה יקרה. על הצדדים לדמיין מגוון עצום של תרחישים אשר רובם ככולם יתרחשו בהסתברות נמוכה. כדי להימנע מחללים, על הצדדים להסכים על ההסדר שיחול בכל אחד מן התרחישים, לנסח אותו ולוודא שניסוח ההוראות השונות אינו כולל ניגודים וחללים משל עצמו. יתרה מזאת, גם כאשר חשיבותו של החוזה מצדיקה השקעה ניכרת בניסוח (למשל בחוזים צרכניים, בפוליסות ביטוח המופצות בתפוצה רחבה, או בחוזים פיננסיים המשפיעים על סכומי עתק), מובן כי אין אפשרות לכתוב חוזים שלמים. אין ספור מצבים עתידיים אינם ניתנים לצפייה

33 לניתוח כלכלי של כללי ברירת המחדל, ראו: Richard Craswell, *Contract Law: General Theories*, in 3 *ENCYCLOPEDIA OF LAW & ECONOMICS* 1-24 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit DeGeest, eds., 2000); Ian Ayres, *Default Rules for Incomplete Contracts*, in 1 *THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW* 585 (Peter Newman ed., 1998); *Symposium on Default Rules and Contractual Consent*, 3 *S. CAL. INTERDISC. L.J.* (1983); *Symposium on Default Rules in Private and Public Law*, 33 *FLA. ST. U. L. REV.* (2006).

ולהסדרה מראש. בשפה עצמה טבועה עמימות בלתי נמנעת, והיא מוגבלת מטבעה. ככל שתטרח אולי יפחתו החללים, אך לא ייעלמו.

בהתחשב בעלות הכבדה הכרוכה בניסוח חוזים שלמים יותר תפקידם הרצוי של כללי ברירת המחדל הוא חיקוי רצון הצדדים. כללים "חקיניים" רצויים כי הם חוסכים לצדדים ניסוח מפורש, מפרך וטרחני, וכמובן גם יקר, של ההוראה המבוקשת. כשם שחווה אחיד או כל טופס סטנדרטי חוסכים ניסוח והפקה של מסמך מיוחד לכל עסקה ספציפית, כן כללי השלמה חקיניים מפחיתים את עלויות הכתיבה של החווה. אין הם אלא חווה אחיד שמוצע על ידי המחוקק. ציפייתם של הצדדים כי הדין ישלים את החווה בכללים הרצויים להם מאפשרת להם להותיר חללים רבים ובכך לחסוך בעלויות הכריתה.

העיקרון החקיני הוא עיקרון צנוע. על פי עיקרון זה, אין הדין הדיספוזיטיבי יכול לקדם מטרות נעלות יותר, כגון צדק חלוקתי, שוויון או הגנת הסביבה. אין הוא יכול לקדם אלא מטרה טכנית של חיסכון ויעילות בהליך הכריתה. היה והדין יאזור אמביציה ויבקש להגשים תכליות אחרות באמצעות כללי השלמה שאינם חקיניים, הוא ייכשל. הצדדים, בהכירם כי הדין אורב להם ומתכוון להשלים חללים בחווה בהוראות שאינן מתיישבות עם רצונם, ייזוהו וזהירות יותר. הותרת חלל בחווה תהפוך אז לאסטרטגיה מסוכנת ויקרה. בעקבות זאת יכתבו הצדדים חוזים שלמים יותר, ארוכים יותר, יקרים יותר, אשר אינם מותרים מקום ותחולה לכללי ברירת המחדל. הדין האמביציוזי, הלא-חקיני, לא זו בלבד שיוביל לייקור העסקה אלא שהוא אף לא יגשים את מטרותיו הערכיות, שכן הצדדים ייטו להתנות עליו.³⁴ דוגמה בולטת לכך הוא דין אחריות המוכר בעסקאות מכר צרכניות. יש לשער שמשיקולים חלוקתיים ופוליטיים חקיקה צרכנית מקנה לקונה-הצרכן הגנה רחבה. כלל ברירת המחדל בשיטות משפט רבות קובע שעל היצרן להעניק אחריות נדיבה, לספק מוצר באיכות לא-ירודה, לתקן פגמים ולפצות את הקונה אם סבל נזק ממוצר פגום. אך זוהי חקיקה דיספוזיטיבית. היצרן מצדו רשאי להתנות על כך, ולרוב אכן מנסח חווה הכוללת הוראות אחריות מפורטות, המאיינות את הוראת הדין הדיספוזיטיבי ומחליפות אותו בהוראות פטור (דינים קוגנטיים עשויים להגביל תניות פטור, אך אלה אינם כללי השלמה מן הדין). ההוראה המשלימה, אשר נקבעה באופן שאיננו חקיני, לא שינתה דבר בהרכב הזכויות של הצדדים אך הוסיפה עלות ניסוח ליצרן. אמנם עלות ההדפסה של פסקאות ספורות נוספות היא כשלעצמה עלות טריוויאלית, אך העלות החברתית הכרוכה בכך אינה זניחה כלל. חוזים ארוכים הם קריאים פחות, מצריכים ייעוץ משפטי יקר יותר ומסרבליים את

34 ראו אוריאל פרוקציה "זה חווה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח 395 (1989) Ayres; לעיל הערה 33; Charles J. Goetz, Robert E. Scott, *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions Between Express and Implied Contract Terms*, 73 CAL. L. REV. 261 (1985).

הליך הכריתה. בדומה לכך, תקנון מצוי לבית משותף אינו יכול לקדם ערכים כגון איכות הסביבה או דאגה לחלש. דיני חברות דיספוזיטיביים אינם יכולים לקדם זכויות של סקטורים בלתי מיוצגים. דיני ירושה אינם יכולים לקדם עדיפויות חברתיות. בכל הדוגמאות הללו, ובאין-ספור אחרות, יכולתו של המנסח לעקוף את הוראת הדין על ידי התנאה אד הוק מסכלת את התכלית החברתית של הדין ומייקרת את הליך הכריתה.

תרומתה של הגישה הכלכלית אינה מתמצה אך בתובנה זו – בטענת אי-הרלוונטיות של המשפט הלא חקייני – אלא אף בפיתוח אמת מידה לזיהוי תוכנו של הדין החקייני. כללים דיספוזיטיביים חקייניים הם אלה אשר משיאים את התועלת המשותפת של הצדדים לחוזה. לאמור, בקביעת ההוראה החוזית בכל הקשר שהוא, רצונם של הצדדים הוא לאמץ את ההסדר היעיל ביותר. דעתם של הצדדים אינה נתונה כלל להשלכות החלוקתיות של ההסדר אלא רק להשלכותיו על הרווח החוזי המצרפי שיהיה אפשר להפיק מן העסקה. הטעם להעדפה זו של הצדדים היא פשוטה. כאשר הסדר פלוני מעצים את ערכה הכולל של העסקה, הצדדים כולם יכולים לחלוק רווח גדול יותר. באמצעות התאמה של המחיר החוזי – או כל תניה אחרת שהשפעתה היא חלוקתית טהורה – יכולים הם לחלק מחדש את העווגה הגדולה יותר כרצונם, ובכך להגשים גם את הסכמתם בהיבט החלוקתי. למשל, יצרן מונופוליסטי חזק המייצר מוצר חיוני במחסור יעדיף להעניק לקונים אחריות יצרן מקיפה אם – ורק אם – היצרן הוא המבטח היעיל ביותר. אם תניית האחריות אכן יעילה, הרי שעם הקנייתה הוא יוכל במקביל להעלות את מחיר המוצר בסכום המצוי בתווך – בין העלות הכרוכה בהקניית האחריות לבין הערך (הגבוה יותר) שמקנה האחריות לצרכן. התוצאה היא אפוא שכאשר ההוראה יעילה, אימוצה מאפשר שיפור ברווחה הן של היצרן והן של הצרכן. אם לעומת זאת האחריות אינה יעילה, כלומר עלותה ליצרן עולה על הערך שהיא מניבה לצרכן, הרי שבהקנייתה לא ניתן לשפר את רווחתם המשותפת של הצדדים. לפיכך צדדים רציונליים לא יבחרו לאמצה.

הצדדים אפוא מעוניינים כי הדין יספק להם כללי השלמה יעילים המשיאים את התועלת המשותפת. כללים חקייניים עשויים לבוא בשתי צורות. לעתים הכלל החקייני נקבע באופן אחיד עבור מערכות יחסים חוזיות מגוונות. למשל, הכלל הקובע כי על הנפגע מהפרת חוזה להקטין את נזקו הוא בעל תחולה רחבה וכללית. כך גם הכלל הקובע כי בהיעדר בחירת דין ופורום יחולו הדין והפורום של מקום העסקה. במקרים אלה מטרתו של הדין החקייני היא למקסם את רצונו של הרוב. אם למשל 90% מן המתקשרים מעדיפים את כלל א' ו-10% מעדיפים את כלל ב', הרי שברירת המחלל היעילה היא א', הואיל והיא חוסכת עלויות

התנאה ל-90% מן המתקשרים, בעוד שכלל ב' היה מצריך התנאה מפורשת על ידי 35.90%³⁵ אולם לעתים הכלל החקייני תפור לפי מידותיהם של צדדים קונקרטיים. מהותו של הכלל הממקסם במקרה זה משתנה מעסקה לעסקה. כזה הוא כלל ההשלמה המפנה אל הנוהג הפרטי של הצדדים. מובן שהצדדים מפיקים תועלת רבה יותר מכללים התפורים במדויק לפי מידותיהם. אולם מטעמים מובנים לא תמיד אפשר לספק כללים כאלה בעלות סבירה ועל כן הדין כולל בחובו כללים משני הסוגים.

(ב) מידע לא סימטרי

טעמים נוספים לקיומם של חללים בחוזה מקורם בשיקולים אסטרטגיים של הצדדים: הצדדים עשויים לקבל החלטה מושכלת להותיר חלל גם כאשר זול וקל למלאו, וזאת כדי להימנע מפגיעה ביכולת המיקוח ולהימנע מפגיעה ברווח הפרטי שהם מצפים להפיק מן החוזה. דוגמה בולטת לשיקולים אסטרטגיים מסוג זה היא ניצולו של מידע לא סימטרי. לעתים מלאכת ההשלמה של חללים משדרת כשלעצמה מידע שצד מעוניין למנוע את העברתו לצד שכנגד. דוגמה מוכרת לכך הוא חוזה הממון בין בני זוג נישאים. לעתים מקובל לערוך חוזה מפורש המסדיר את התוצאות הכלכליות של הנישואין והמפרט את התוצאות הממוניות הנלוות להחלטת פירוד. אולם לרוב הצדדים לקשר נמנעים מלנסח חוזה מפורש אף כי הם מודעים לכך שניסוח מדויק יחסוך עלויות פוטנציאליות בהסתברות לא מבוטלת. יש לשער כי הצדדים נמנעים מניסוח החוזה הממוני לא מפאת תמימותם או אי-יכולתם לצפות מצבים בלתי נעימים, ולנסח הוראות המתאימות להם. הם נמנעים מכך דווקא משום שהם מתוחכמים ומודעים היטב לאפשרויות. עבור צדדים מתוחכמים ניסוח הסכם מפורש הוא איתות מרומז של מידע. ככל שבן או בת הזוג מאמינים כי הסיכוי לפרידה או לסכסוך ממוני גבוה יותר, וככל שהוא או היא מאמינים כי הסיכוי לפתור בעיות ממוניות בעתיד, אם יתעוררו, נמוך יותר, כן עולה החשיבות שבהסדרת סוגיות אלה מלכתחילה. לפיכך צד המתעקש לכרות חוזה ממוני מפורש מאותת כי הוא "טיפוס" אשר מאמין פחות בעמידות היחסים וביכולת התקשורת העתידית של הצדדים, ומייחס הסתברות גבוהה יותר להתפתחותו של סכסוך ממוני. ככל שצד עומד על ניסוח מפורש יותר, כך מתעצם כוחו האינפורמטיבי של האיתות. פרט שכזה ייתקל בקשיים בכניסה לקשר הנישואין מלכתחילה או ייאלץ לוותר בתחומים אחרים של היחסים כדי לפצות את הצד שכנגד בגין הקושי שהתגלה – הקושי שאותת – באמצעות הדרישה לכתיבתו של חוזה מפורש.

Lucian A. Bebchuk, Steven Shavell, *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale*, 7 J. L. ECON. & ORG. 284 (1991) 35

במילים אחרות, תניה מפורשת, גם אם היא יעילה וזולה לכתיבה ואף אם היא חוסכת עלויות סכסוך בדיעבד, עשויה מטיבה להעיד על תכונה נסתרת של הצד המנסח. שחקן ספורט המתעקש על סעיף תשלום בעת פציעה מאותת על נטייתו להיפצע. צד מסחרי המתעקש לקבל זכות לבטל את החוזה מאותת על נטייתו לפרוש מן היחסים בטרם עת. קבלן המבקש לכלול סעיף הפוטר אותו מאחריות על ביצוע באיחור מאותת על נטייתו שלא לעמוד בלוח הזמנים. ובעל פוליסת ביטוח המבקש כיסוי מפורש ומורחב לסיכונים מסוימים מאותת על נטייתו להיחשף לסיכונים אלה ועל ההסתברות הגבוהה להתממשותם. איתותים אלה יהיו לרועץ לבעל המידע, שכן הצד שכנגד יקלוט אותם וידרוש בגינם "פיצוי" באמצעות שינוי במחיר. לפיכך הצד המיועד יעדיף לעתים לשתוק – להותיר חלל בחוזה – לסבול את ההוראה המשלימה של החוק, ובלבד שלא יועבר האיתות אל הצד שכנגד.³⁶

כיצד יש לעצב דין משלים במצבים שבהם החלל הוא אסטרטגי? במאמר רב השפעה טענו Ayres & Gertner כי על הדין לתמרץ צדדים לגלות את המידע החסר כדי להוביל לניסוח יעיל ומדויק של החוזה.³⁷ הם טבעו את המונח "כללי השלמה עונשיים" (penalty default rules), שעל פיהם הדין ישלים את החוזה – לא בהחלטה של הוראה חקיינית, הרצויה לצדדים – אלא דווקא בתניה שהיא בלתי רצויה לצד המחזיק במידע הנסתר, ושעל כן תדרבן אותו להתנות עליה. ככל שההוראה המשלימה מכבידה יותר על הצד המיועד, יגברו תמריציו להחליפה בהוראה אחרת, מפורשת, גם אם ייחשף עקב כך מידע פרטי. תוצאה זו רצויה ככל שהיא מבטיחה כי החוזה ייכרת על סמך מידע סימטרי, שסיכוייו לשפר את רווחתם המשותפת של הצדדים גבוהים יותר. על פי גישה זו מטרת הדין המשלים אינה אך להשלים את החוזה בדיעבד אלא למנוע את היווצרות החלל מלכתחילה. להבדיל מדין חקייני, המעודד את הצדדים להותיר חללים והפועל כאשר הותרת החלל רצויה כשלעצמה (בשל השפעתה על עלויות העסקה), ברירות מחדל עונשיות מיועדות לצמצם חללים, והן פועלות במצבים שבהם הותרת החלל אינה יעילה.

הדוגמה הקלאסית שהציעו Ayres and Gertner לכללי השלמה עונשיים היא הדין המגביל את הזכות לפיצויים בגין הפרה באמצעות מבחן הצפיות. על פי כלל השלמה זה, הנפגע מהפרת חוזה אינו רשאי להיפרע כפי נזקן המלא אלא רק בגין הפסדים צפויים שהמפר היה יכול לחזות באופן סביר. בדיון שלהלן על תרופת הפיצוי ננתח כלל חשוב זה ביתר פירוט. לענייננו עתה, יש לזכור כי זהו כלל משלים, משמע כלל שהצדדים רשאים

Kathryn E. Spier, *Incomplete Contracts and Signalling*, 23 RAND J. ECON 432 (1992); 36
Jason Scott Johnston, *Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract*
Default Rules, 100 YALE L.J. 615 (1990)

Ian Ayres, Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory* 37
of Default Rules, 99 YALE L.J. 87 (1989)

לחרוג ממנו בהוראה מפורשת ולקבוע במקומו זכות פיצוי רחבה יותר. למשל, לקוח של חברת משלוח אשר איבדה את דבר הדואר שלו או איחרה במסירתו זכאי לקבל פיצוי. על פי כלל ההשלמה, הפיצוי לא יכסה בהכרח את מלוא הנזק אלא יוגבל בנוקו של לקוח ממוצע בנסיבות דומות. לקוח השולח חבילה יקרה במיוחד, שהפסדיו גבוהים מן הרגיל, יכול לשריון את זכותו לפיצוי מלא רק אם יחשוף זאת בעת חתימה על חוזה המשלוח, ובכך יהפוך את הנזק הגבוה לצפוי. הלקוח הוא הצד המודע מלכתחילה לגובהו של הנזק, וכלל ברירת המחל מניעו לחשוף מידע זה.

דוגמה בולטת נוספת לכלל השלמה עונשי היא כלל הפרשנות נגד המנסח (contra proferentem). כאשר המנסח הוא הצד המתוחכם, הצד המבין כי קיים חלל או הצד המסוגל להבהיר תניה עמומה, דיני ההשלמה ממלאים את החלל בהוראה שאינה רצויה לצד זה. המטרה היא לגרום לו לנסח את ההוראה ביתר בהירות ושלמות, דהיינו להשתמש בתחכום ובמידע שברשותו כדי להבהיר את ההסדר החוזי במפורש. חוזי ביטוח למשל מפורשים לאורו של כלל זה, ואכן גורמים לחברות ביטוח לטרוח ולנסח את תניות החוזה ביתר דקדקנות.

יש לציין כי הקו האנליטי המפריד בין דין חקייין לדין השלמה עונשי אינו חד לחלוטין. כפי שהסברנו לעיל, גם דין חקייין עשוי לעודד צדדים להתנות עליו תוך חשיפת מידע. דרישת הצפיות למשל היא לא רק הוראה משלימה עונשית אלא גם הוראה חקיינית בסביבה הטרוגנית. היא מעניקה למרבית הצדדים – אלה שנוקם "רגיל" – זכות פיצוי בגין נזקם המלא ומדרבנת את המיעוט לחרוג ממנה. ההוראה אפוא חקיינית בשביל הרוב ועונשית בשביל המיעוט.

(ג) השלמה לפי ההסדר הרצוי לצד שכנגד

הספרות הכלכלית הציעה אמות מידה נוספות להשלמת חוזים. לעתים החוזה כולל בחובו חלל אשר הצדדים בחרו להותיר במכוון. למשל, סוגיה אשר הצדדים מתקשים להכריע בה עשויה להישאר פתוחה מתוך הסכמה כי תוסדר לאחר זמן, או על יסוד הסכמה כי יכריע בה צד שלישי, ולעתים מתוך תקווה כי חשיבותה של הסוגיה תתפוגג עם הזמן. במקרים מעין אלה אין משמעות לחיקוי רצון הצדדים, משום שלצדדים רצונות מנוגדים. הדין מתקשה במילוי חללים מכוונים מסוג זה, וקשה להצביע על פתרון פוזיטיבי דומיננטי. הפתרון ההיסטורי למצבים אלה הוא אי-אכיפתו של החוזה, מן הטעם שהותרת החלל או "ההסכם להסכים" מעידים על היעדרה של גמירת דעת. הפתרון המודרני נוטה להשלים גם חללים אלה באמצעות כללים חקייניים, המשקפים נוהג פרטי או כללי, על אף האינדיקציה להתנגדותו של צד אחד לפחות להסדר זה. בסדרת מאמרים הציע אחד מאתנו לאמץ באופן רחב פתרון אחר: הצד המעוניין באכיפת החוזה תוך השלמתו רשאי לעשות כן, ובלבד

שיסכים למילוי החלל בהסדר הרצוי לצד השני. לכל צד אפוא תהא נתונה האופציה לאכוף את החוזה, בכפוף להשלמת החללים בתניות המיטיבות עם הצד שכנגד.³⁸ כך למשל, אם הצדדים לעסקת קומביניציה הסכימו כי בעל הקרקע יקבל שלוש מתוך שבע הדירות שייבנו אך לא הגיעו להסכמה אילו שלוש מתוך השבע, יהא הקבלן זכאי לאכוף את העסקה, ובלבד שלבעל הקרקע תהא נתונה הזכות לבחור את שלוש הדירות הרצויות לו. ובדומה לכך, בעל הקרקע יהא זכאי לאכוף את החוזה, ובלבד שלקבלן תהא נתונה הזכות לבחור אילו שלוש דירות יוענקו לבעל הקרקע.

(ד) השלמת המחיר

לעתים החלל החוזי נוגע למחיר עצמו. כאשר חסר זה מהותי מאוד, עשויה להתקבל המסקנה כי החוזה משולל מסוימות, ועל כן אינו אכיף כלל. אולם בנסיבות שבהן החסר מהותי פחות, היעדרו של מחיר לא ישלול את תוקפו של החוזה כולו, ובית המשפט יידרש לקבוע "מחיר ראוי".³⁹ מה משמעותה של הוראה זו? ניתן להעלות על הדעת דין חקיין אם קיים מחיר שוק אחיד ומקובל. אולם בהיעדר מחיר אחיד קשה לזהות את כלל ההשלמה החקייני, משום שתניות מחיר שונות עשויות להיות יעילות באותה המידה. כפי שהוסבר לעיל, כשקיימת הברירה בין הוראה יעילה להוראה בלתי יעילה, ניתן להניח כי הצדדים יעדיפו את החלופה היעילה, שכן יש בה כדי להיטיב עם שני הצדדים כאחד. אולם הבחירה בין רמות מחיר שונות אינה משפיעה ככלל על יעילות החוזה אלא רק על אופן חלוקתו של הרווח החוזי. האינטרס של הצדדים בקביעת המחיר הוא אפוא אינטרס מנוגד. לפיכך כאשר תניית המחיר נותרת כחלל, מתעורר קושי מיוחד להתחקות אחר תוכנה של ההוראה שהיו הצדדים מאמצים בהסכמה. היה אולי אפשר לסבור שבהיעדר קביעה מפורשת של מחיר ראוי כי הדין ישלים את הלקונה בקביעת מחיר המוטה לטובת הצד החלש, הצרכן, או כל צד אחר שהדין חפץ ביקרו. לא כן. גם כאן תורמת הגישה הכלכלית להבנה כי היכולת של המשפט להשיג תוצאות חלוקתיות רצויות מוגבלת עד מאוד. דין המבקש להשיג תוצאות מעין אלה ידרבן את הצד החזק, היצרן, המונופול, להכתיב מחיר מפורש. צד מתוחכם זה יבין כי אי-קביעתו של מחיר תוביל להשלמה לא רצויה וידאג להשתמש בכוח המיקוח שלו ובתחכום העודף שלו להכתיב מחיר אחר. המסקנה היא אפוא כי הדין גם כאן חייב להיות

38 Omri Ben Shahr, "Agreeing to Disagree": Filling Gaps in Incomplete Contracts, 2004 Wis. L. Rev. 389. בדין הנוהג כלל זה מוכר כ"עקרונן הביצוע האופטימלי". ראו, למשל, ע"א 3380/97 תמגר חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן, פ"ד נב(4) 686, 673 (1998); ת"א (מחוזי חי') 522/05 סליבי נ' חוסין (פורסם בנבו, 30.6.2008).

39 ראו סעיף 46 לחוק החוזים הכללי.

חקיין. כאשר התניה החסרה היא תניה חלוקתית טהורה, על הדין לשאול כיצד היו הצדדים מיישבים את החסר אילו נקראו לכך, ולנסות לחקות תוצאה זו. כל עמדה אחרת, כל ברירת מחדל שאפתנית יותר, תנוטרל על ידי הוראה מפורשת בחוזה.⁴⁰

(ה) ברירות מחדל דביקות

התוכנות שהוצגו לעיל מבוססות על ההנחה כי הוראות השלמה בלתי רצויות – שאינן חקיניות או עונשיות – תנוטרלנה על ידי הצדדים באמצעות התנאה מפורשת. הנחנו כי הצדדים יכולים לנסח הוראות המשנות את ברירת המחדל. כמובן, עשויים להתעורר מצבים שבהם הצדדים יעדיפו שלא להשקיע בהתנאה, כאשר עלויות העסקה גבוהות מדי. כאשר מדובר למשל בהוראות הנוגעות למצבים נדירים (למשל חלוקת סיכונים בעת רעידת אדמה) או בהוראות של מה בכך (למשל מי ישלם אגרת בולים), הצדדים יעדיפו להישען על ברירות המחדל גם אם הן בזבזניות או לא רצויות, כדי לחסוך בעלויות עסקה.

אך הניתוח הכלכלי אף מאיר מצבים שבהם הצדדים ייטו לדבוק בברירת המחדל הבלתי רצויה גם כאשר היא בעלת חשיבות, וגם כאשר זול יחסית לנסח הוראה חלופית. טעם אחד לכך הוא כי עצם הדרישה להחלפתה של ברירת המחדל עשויה לשדר מידע לא רצוי לצד שכנגד.⁴¹ כפי שהוסבר לעיל, עצם ביטוי של הרצון להתנות על ברירת המחדל כרוך באיתותו של מידע פרטי, ובחשיפת מידע זה המאותת עלול לשלם מחיר יקר. הספורטאי המבקש לכלול תניה המעניקה לו פיצוי בעת פציעה חושף את נטייתו להיפצע; מועמד לעבודה הדורש כי יוקנה לו ביטחון תעסוקתי מאותת כי הוא רואה הסתברות ממשית כי המעביד יבקש לפטרו. יתרה מזאת, עצם הדרישה להסדיר סוגיה בהוראה מפורשת במקום להסתמך על ברירת המחדל עשויה להעיד על קטנוניותו של הדורש, על כי הוא מקנה חשיבות מוגזמת להסכמה החוזית הפורמלית, וכי הוא מסוג הפרטים הקשובים פחות לנורמות בלתי כתובות של התנהגות שיתופית ואתיקה חוזית. צד המתעקש על הסדרה מפורשת חושף עצמו כמי שמדקדק בקוצו של יוד, ושעל אחרים להיזהר במהלכיהם עמו. כשם שבן זוג המבקש הסדר ממון מפורש מעיד כי הוא סומך פחות על נורמות של רצון טוב, תום לב ושיתוף, וכי הוא רואה הסתברות גבוהה לפירוד, כן צד מסחרי התובע לפרט

Omri Ben Shahr, *A Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 COLUM. L. REV. 40 (2009), 396.

41 Scott Johnston, לעיל הערה 36.

באופן מלא כל זכות וכל הוראה, מעיד כי הוא צופה את התהוותו של סכסוך, וכי הוא מתכוון להתעקש על זכויותיו באופן דווקני.⁴²

כאשר כלל ברירת המחדל מקובל בעסקאות רבות, יקשה על צדדים מסוימים לחרוג ממנו גם אם הם רואים תועלת בהוראה חלופית. שוב, הצעה של צד להחליף את הכלל המקובל בהוראה אחרת עלולה להישמע כתרגיל, כמוקש אשר המציע מנסה לטמון. החשש מן הבלתי נודע, מן הבלתי מוכר, עלול לגרום לצד שכנגד לחשוש, להסס ואף להימנע מן העסקה.⁴³ כך למשל, מחקרים אמפיריים הראו כי מתקשרים, אפילו מתוחכמים, מעדיפים להשתמש בנוסחים חוזיים מוכרים גם כשאלה אינם משיאים את התועלת מן העסקה, ובלבד שלא לסטות מן הדרך הסלולה והמוכרת.⁴⁴ מחקר אחר הראה כי הצדדים אינם מחליפים את ברירת המחדל, בין שהיא קובעת כלל מסוים ובין שהיא קובעת את היפוכו. למשל, בשיטה האנגלו-אמריקאית והישראלית, ברירת המחדל קובעת שהצעה חוזית היא הדירה. לעומת זאת בשיטת המשפט הגרמנית ברירת המחדל היא כי הצעה חוזית היא בלתי הדירה. בשתי השיטות קל לצדדים להפוך את ברירת המחדל, אך בשתי השיטות הנורמה היא לקבלה ולא להפכה.⁴⁵

בנוסף, הצדדים עשויים להפיק ערך רב משימוש בתבניות מוכרות, משום שהשימוש בהם מקובל בשוק. בעגה הכלכלית תופעה זו מוכרת כ"החצנת רשת" (network externality): מצב שבו ערכו של מוצר נובע לא רק מתוכנו או ממהותו אלא גם מכך שנעשה בו שימוש על ידי אחרים. השפה החוזית, ובכללה כללי ההשלמה, הם בעלי ערך לא רק מחמת תוכנם אלא גם משום שקהילה משפטית שלמה מכירה אותם ומורגלת בהם. השימוש בנוסח חוזי מקובל מאפשר הסתמכות על תקדימים שיפטיים שפירשו אותו בעבר והתמצאות קרובה במבנהו על חלקיו השונים. כל אלה גורמים לצדדים להעדיף את השימוש בהוראות המוכרות גם אם אינן אופטימליות במקרה קונקרטי.⁴⁶

התובנה כי כללי השלמה מן הדין עשויים להיות "דביקים" מלמדת כי דרך עיצובם משפיעה לא רק על עלויות העסקה או על התמריץ לחשוף מידע. אם ברירת המחדל היא "דביקה", הכלל המסופק על ידי הדין עשוי בסופו של דבר לקבוע את תוכנו של ההסדר

Lisa Bernstein, *Social Norms and Default Rules Analysis*, 3. S. CAL. INTERDISC. L.J. 59 42
(1993).

Omri Ben-Shahar, John A. E. Pottow, *On the Stickiness of Default Rules*, 33 FLA. ST. U. 43
L. REV. 651 (2006).

Stephen Choi, Mitu Gulati, *Innovation is Boilerplate Contracts: An Empirical 44*
Examination of Sovereign Bonds, 53 EMORY L.J. 929 (2004).

ראו Ben Shahar & Pottow, לעיל הערה 43. 45

Marcel Kahan, Michael Klausner, *Standardization and Innovation in Corporate 46*
Contracting (or "The Economics of Boilerplate"), 83 VA. L. REV. 713 (1997).

החוזי. אם הכלל אינו יעיל, הוא עלול לפגוע ברווחת הצדדים. ראוי אפוא שכלל ברירת המחדל יהיה יעיל, כלומר יספק לצדדים את ההוראה שהיו בוחרים בה לו ניהלו משא ומתן נקי מכשלים אסטרטגיים וללא עלויות עסקה.

האם לאור היבט זה של כלל ההשלמה עשויים מחוקק או שופט בכל זאת לפעול לקידום ערכים אחרים, כגון צדק חלוקתי או מטרת סוציאליות? הם עשויים לסבור, בצדק, שכאשר ברירת המחדל "דביקה", הצדדים עשויים שלא להתנות עליה ותחת זאת להותיר על כנו את הכלל המסופק מן הדין. אך גם במקרה זה התקווה לקדם מטרת חלוקתיות תתברר. אמנם הצדדים לא יחליפו את ההוראה המשלימה בהוראה מפורשת, אך הציפייה שההוראה המשלימה תסיט רווחה מצד אחד למשנהו תגרום להם לעדכן את המחיר החוזי. למשל, מחוקק סוציאלי עשוי לכלול ברירת מחדל שלפיה הקונה יקבל אחריות מקיפה ונדיבה מן המוכר למשך תקופה ארוכה. ייתכן שהוראה זו "דביקה", הואיל ומוכרים רציונליים לא ירצו לבטלה מחשש שיהיה בכך משום העדה על איכות נמוכה של המוצר. אך המוכרים יעריכו את עלותה של אחריות זו ויעלו את המחיר החוזי. הקונים יקבלו אפוא אחריות אך יאלצו לשלם עבורה. ברירת המחדל שללה מהם אפוא את האפשרות לבחור במוצר שאין בצדו אחריות, ושעלותו נמוכה יותר.

2. נוהג חוזי

לעתים קרובות אפשר למלא חלל חוזי לא באמצעות ברירת מחדל סטטוטורית אלא בדרך של היקש מניסיון העבר, כפי שנצבר בין הצדדים עצמם, או כפי שהתקבע ביחסים שבין צדדים אחרים בחוזים דומים. ואכן, הנוהג הפרטי והנוהג הכללי מהווים מקור להשלמת חללים בדין הנוהג. בדיני המכר למשל זהו מכשיר השלמה רב-עצמה. בין סוחרים נודעת לעתים משמעות מיוחדת למושגים מסוימים, ומתפתחות פרקטיקות מקובלות משותפות. סוחרים נוהגים לשוב ולהתקשר עם אותם צדדים שוב ושוב, ועל כן טבעי הוא כי מתפתחים הרגלים, נקבעות סדירויות והבנות בלתי כתובות. אין זה מפתיע אפוא שהמשפט אף הוא מאמץ הרגלים והבנות אלה ורואה בהם מקור להשלמת חללים. ההצדקה לכך היא איתנה: בהינתן הפעלתו של כלל השלמה זה צדדים המצפים כי הרגלים יקוימו, יכולים לחסוך את ניסוחם המפורש של הנהגים בכל פעם מחדש. גם אם המחוקק או השופט סבורים כי הנוהג מייצג תופעה בלתי רצויה (למשל, הקונה החזק משלם למוכר החלש באיחור ניכר), אין בכוחו לשנותה. כל ניסיון להתגבר עליו באמצעות הימנעות מאכיפת הנוהג רק יגרום לצדדים לנסח הוראה מפורשת שתסכל את התכלית המונחת בבסיס ההתערבות, ובה בעת לייקר את עלות ההתקשרות.

שאלה חשובה נוגעת למיקומו של הנוהג החוזי בהיררכיה של הנורמות החוזיות. ברור כי נוהג הוא מקור השלמה הגובר על הוראות ההשלמה הסטטוטוריות הכלליות. הנוהג הוא דין חקיין עם רזולוציה גבוהה יותר. הוא מזהה את רצונם של הצדדים ואת כוונתם בהסתמך

על תכונותיהם שלהם או בהסתמך על הרגלים של צדדים באותו שוק, מקצוע, סקטור או אזור גאוגרפי. ההתבוננות היא ממוקדת יותר, ההקשר רלוונטי יותר, ועל כן הסיכוי לזהות נכונה את התוצאה הפרשנית החקיינית גבוה יותר.

שאלה קשה יותר ובעלת חשיבות פרקטית נוגעת למיקומו של הנוהג החוזי בהיררכיה ביחס להוראות החוזה המפורשות. אם החוזה כולל הוראה מפורשת וברורה, אך הצדדים נהגו בדרך אחרת וסטו מן ההוראה בקיום החוזה בעבר, האם על בית המשפט לאכוף את ההוראה המפורשת או שמא את הנוהג הסוטה ממנה? לכאורה התשובה ברורה: הוראות מפורשות גוברות, הואיל והוראות משלימות, ובכללן הנוהג, נדרשות רק כאשר נפער חלל בהוראות החוזה המפורשות. אולם הנטייה בשיטות משפט רבות היא דווקא לאמץ את ההוראה הנובעת מן הנוהג גם כאשר היא סותרת את לשון החוזה המפורשת, תוך קביעה כי הסטייה מן ההוראות המפורשות משקפת ויתור משתמע על הזכות החוזית – ויתור הנלמד מן הנוהג. ואכן, יש היגיון ברור בתוצאה זו. אמנם ייתכן כי הצדדים קבעו הוראה מסוימת בחוזה מתוך כוונה קונקרטית כי היא תעמוד על כנה אפילו אם הצדדים סטו ממנה בעת ביצוע החוזה; אולם אפשרות סבירה לא פחות היא כי ההוראה המפורשת אינה משקפת עוד את רצון הצדדים ואת כוונתם המשותפת, וכי אלה באים לידי ביטוי מדויק יותר בדרך התנהגותם בפועל.

אך בהעדפת הנוהג על פני ההסכמה המקורית גלום קושי טבוע. אם התכלית המונחת ביסוד גישה פרשנית זו היא לאפשר גמישות במערכת היחסים החוזית – להתאים את הטקסט לקונטקסט, להכיר במשמעויותיהן הדינמיות של ההוראות הכתובות – הרי שחשוב להבחין כי גישה זו עלולה להוביל גם אל התוצאה ההפוכה. הנכונות של צד לאפשר סטייה מן ההוראה הכתובה, ולאפשר לנוהג חוזי בלתי כתוב להתגבש, תצטמצם אם בכך תסוכל זכותו לשוב ולאכוף את ההוראה המקורית בעתיד. גישה המעניקה לנוהג מעמד בכירות הופכת כל סטייה מן ההוראה הכתובה להכרעה עקרונית ורבת ערך. צד אשר היה מוכן בנסיבות מסוימות להסכין עם סטייה מזדמנת ממערך הזכויות המקורי יסרב לכך אם הסטייה תתפרש כויתור המחייבו גם בעתיד. במקום להגביר את הגמישות, החשש הוא כי היא תצומצם.⁴⁷

תובנה זו רלוונטית למשפחה שלמה של כללים משפטיים המכירים בשחיקתה של זכות באמצעות הפרתה. הגישה שלפיה נוהג חוזי גובר על תניה מפורשת היא אך דוגמה אחת ל"דין שחיקה". דיני ההתיישנות הם דוגמה נוספת: צד שאינו פועל לאכיפתה של הזכות

Omri Ben Shahr, *The Tentative Case Against Flexibility in Commercial Law*, 66 U. CHI. L. REV. 781 (1999); Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 U. PA. L. REV. 1765 (1996).

מאבד לבסוף את הכוח לאכפה. כך גם דוקטרינת החזקה הנוגדת (adverse possession) בדיני הקניין: בעל קניין המתיר לאחר לעשות שימוש נוגד בנכס ואינו תובע את סילוקו מאבד את זכותו, ואילו המפר רוכש זכות מוכרת להמשיך בשימוש. בדומה לכך, דוקטרינת הנטישה (abandonment) בתחום סימני המסחר קובעת כי בעל סימן שלא פעל לאכיפת זכותו ייחשב למי שננטשה, ובעתיד אחרים יורשו, כעניין שבדין, להשתמש בסימן גם ללא רשותו. ההגנה הקניינית על סימן המסחר אף היא נשחקת אפוא באמצעות הפרתה. בשיטות משפט מסוימות אפילו חוקים הם בני שחיקה. הוראה בדין הפלילי או תקנה מנהלית שאינם נאכפים על ידי השלטון עשויים להישחק מכוח דוקטרינת ה־desuetudo. בכל הדוגמאות הללו הרציונל המקובל הוא לאפשר התאמה גמישה של זכויות פורמליות אל המציאות. כאשר המציאות משתנה ומעידה על אי־קיומה בפועל של זכות פורמלית, הרי שהזכות מחליפה את פניה ומותאמת למציאות החדשה. זוהי תפיסה ריאליסטית של זכויות, שלפיה המציאות, הניסיון והנורמות ההתנהגותיות גוברים על מקורות פורמליים. אולם הניתוח הכלכלי מגלה שתובנה זו היא חלקית, ובמידה מסוימת נאיבית. כאשר הדין מתרגם היעדר אכיפה כויתור או כשחיקה, סביר לצפות כי בעלי זכויות יפעלו ביתר מרץ לאכיפת זכויותיהם מלכתחילה ולמניעת יצירתה של מציאות חדשה. המציאות, אשר התפיסה הריאליסטית מקדשת, היא אנדוגנית: הדין המבקש לחקותה – הוא עצמו גורם לה שלא להשתנות. הדין מכיר בשינוי המציאות כבסיס לשינוי במערך הזכויות, אך אגב כך הוא מגביר את התמריץ לאכוף זכויות פורמליות. שני הכוחות הללו פועלים אפוא בכיוונים מנוגדים: האחד פועל לשחיקת זכויות ולהטבה עם המפר, ואילו השני פועל לשריון זכויות ולהטבה עם בעל הזכות. בסופו של דבר השפעתם של כוחות אלה מתקזזת.⁴⁸

3. כללים קוגנטיים

קיימות כמובן הצדקות רבות לכללים קוגנטיים הנשענות על שיקולים לבר-כלכליים. תרומתה של הגישה הכלכלית לחשיבה על כללים קוגנטיים באה לידי ביטוי בשתי תובנות מרכזיות: ראשית, הגישה הכלכלית מסייעת בזיהוין של השפעות לוואי בלתי מכוונות של הוראות קוגנטיות, בנסיבות בהן ההסדר הקוגנטי מנוגד לרצון הצדדים. כפי שהוסבר לעיל, מעצב מדיניות המבקש לקדם ערכים של צדק חלוקתי באמצעות כללים קוגנטיים עלול למצוא עצמו פוגע בצדדים, ובפרט בצד החלש. למשל, דין המונע מחייב להעניק בטוחות אישיות או למשכן חפצי בית בסיסיים, עלול לגרום להעלאת שיעור הריבית שייאלץ לשלם או לסיכולה של עסקת האשראי כולה. בדומה לכך דין המחייב מעביד להעניק ביטחון

Omri Ben Shahr, *The Erosion of Rights by Past Breach*, 1 AM. LAW. ECON. REV. 190 48 (1999).

תעסוקתי לעובדיו עלול להוביל להפחתת שכר או להעסקה בהיקף מצומצם יותר. משמע, כללים חוזיים קוגנטיים הם אמצעי מוקשה להשגתם של יעדים בתחום המדיניות הציבורית והסוציאלית. הצדדים יכולים לנטרל את השפעתו של ההסדר הקוגנטי באמצעות התאמת המחיר או דרך הימנעות מן החוזה. אם ההסדר מנוגד לרצונם, יש לצפות כי ינקטו את האמצעים העומדים לרשותם כדי לעקפו, ובכך ינטרלו במידה רבה את השפעתו המיטיבה. כללים קוגנטיים הסוטים מן הקריטריון החקייני ככלל מזיקים לצדדים, וככלל מזיקים יותר מדינים דיספוזיטיביים בעלי תוכן זהה.

אך התובנה הנוספת, השניה, שמציע הניתוח הכלכלי היא כי כללים קוגנטיים עשויים בכל זאת להועיל בהתקיים "כשל שוק" – מצב שבו אין לצפות כי הצדדים יגיעו אל ההסדר היעיל בכוחות עצמם. כללים קוגנטיים המעוצבים כהלכה עשויים לתקן כשלים אלה. נדון להלן בשניים מן הכשלים המרכזיים שעשויים לבסס הצדקה לכללים קוגנטיים: השפעות חיצוניות ומידע לא סימטרי.⁴⁹

(א) השפעות חיצוניות

חוזה עשוי להסדיר פעילות שיש בה כדי לגרום נזק לצד שלישי. הצד הנפגע עשוי להיות אדם מסוים (למשל, בחוזה לחיסולו של אדם אחר) או קולקטיב (למשל, בחוזה שביצועו יביא לפגיעה באיכות הסביבה). חוזים מסוג זה עשויים להיות בלתי אכיפים. דיני הביטוח למשל אינם אוכפים חוזי ביטוח מסוימים: אין לרכוש ביטוח על חייו של אדם זר, אין לרכוש ביטוח אחריות לנזק מכוון, ואין לרכוש ביטוח לכיסוי החורג מגובה הנזק. מגבלות אלה מונעות מן החשש כי הכיסוי הביטוחי יתמרץ מבוטחים לפגוע באחרים. דוגמאות רבות לאיסורים הנוגעים לתוכן החוזה מצויות בתחום ההגבלים העסקיים. צדדים אינם רשאים לכרות הסכמים המובילים לפגיעה בתחרות. למשל, הסכמי אי־תחרות, שלפיהם צד מתחייב שלא לחזור אל השוק לאחר פקיעת החוזה, מגבילים את המסחר, ועל כן הדין מגביל אותם. בשיטות מסוימות הם אסורים לחלוטין, ובשיטות אחרות הם מותרים רק בכפוף למגבלות של זמן ומקום. ההצדקה לכך היא שהנפגעים מהסכמי אי־תחרות אינם רק אלה שקיבלו על עצמם מגבלה זו ומתקשים עתה למצוא פרנסה, אלא גם הצרכנים בשוק שנמנעת מהם ההנאה מן התחרות בין הספקים. ייתכן שגם הכלל האוסר על תניות פטור לנזקי גוף ניתן להצדקה על בסיס שיקולים אלה. קונה הרוכש מוצר או שירות רשאי לפטור את הספק מאחריות לנזקים הנובעים משימוש במוצר, אולם הדין מסרב לעתים לאכוף תניות פטור לנזקי גוף. הסבר אפשרי לכך הוא כי

Lucian A. Bebchuk, *The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law*, 89 COLUM. L. REV. 1395 (1989).

הקונה שנגרם לו נזק גוף יכול לעתים קרובות להישען על צד שלישי לשם התמודדות עם הנזק. טלו קונה שרכש ביטוח רפואי המפזר את עלות הטיפול בין כלל המבוטחים. במקום שמחירו של מוצר מסוכן ישקף את עלותו הכוללת, חלק מן העלות מגולגלת החוצה – אל המשתתפים במערך הביטוח הרפואי. הדבר גורם לעודף רכישה של המוצר המסוכן ולייקור מופרז של הביטוח.

(ב) מידע לא סימטרי

הצדקה נוספת להתערבות קוגנטית מבוססת על קיומו של מידע חסר. כאשר כריתת החוזה נובעת מאי-ידיעה של עובדה רלוונטית, מתעורר החשש כי החוזה אינו מוביל לשיפור רווחה. חשש זה הוא העומד ביסוד ההצדקה לדיני הטעות וההטעיה ולחובת הגילוי במשא ומתן. אולם מידע לא סימטרי עלול לפגוע בצדדים גם בדרך נוספת. לעתים בכוחו לגרום לכריתתם של חוזים בלתי יעילים – לא בשל תמימותם או בורותם של הצדדים – אלא דווקא בשל תחכום. למשל, דיני התרופות מגבילים את כוחם של הצדדים להסכים לפיצויים עונשיים. זהו כלל קוגנטי שלכאורה קשה להצדיקו. אך ייתכן כי ההצדקה נובעת מן החשש כי צד יסכים ליטול על עצמו חבות בפיצוי עונשי על מנת לאותת מידע בסביבה שבה המידע אינו סימטרי. למשל, ספק המעוניין לפרוץ לשוק חדש עשוי להיתקל בלקוחות המטילים ספק במהימנותו ובאמינות מוצריו. בכוחו לשדר את אמינותו על ידי נטילתו של נטל נוסף, בדמות חבות בפיצויים עונשיים, במקרה של הפרה. זו מעין ערובה לכך שההבטחה נשענת על תמריצים איתנים. הקושי העולה מכך הוא כי האיתות עצמו – הפיצוי העונשי – עשוי להיות בלתי יעיל.⁵⁰ הוא עלול להוביל להחלטות בלתי יעילות של הספק במישור הביצוע או ההפרה, והוא עלול לגרום לזהירות-יתר.

שיקולים דומים עשויים להצדיק כללים בדיני הזכיינות ובדיני העבודה, לפיהם הצדדים אינם רשאים להסכים מראש כי בעתיד יוכלו לסיים את החוזה ביניהם ללא עילה. בדיני עבודה המעביד נדרש בנסיבות מסוימות להצדיק את הפיטורין בקיומו של טעם מספק. בדומה לכך דיני הזכיינות לעתים מגבילים את כוחו של הבעלים לסיים את קשר הזכיינות בהיעדר עילה מוצדקת. החשש הוא כי עובדים או זכיינים יסכימו לוותר על האינטרס שלהם בביטחון רק כדי לאותת על אמינותם, וכדי להגביר את סיכוייהם לזכות בחוזה ההעסקה או הזכיינות מלכתחילה. תניות אלה אמנם משיגות את מטרתן, אך אין הן יעילות בהכרח. הן עשויות למשל להטיל על המאותת סיכון שאינו יעיל, לפגוע בתמריציו להשקיע ביחסים לאורך זמן ולחשוף אותו לסכנת סחיטה בשלב מאוחר יותר.

50 ראו Philippe Aghion, Benjamin Hermalin, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, 6 J.L. ECON. & ORG. 381 (1990).

(ג) תום לב בקיום חיובים

מקובל לחשוב כי הצדקתה של חובת תום הלב בקיום חיובים בשיקולים ערכיים לבר-כלכליים. אולם נקודת המבט הכלכלית עשויה להעמיק את הבנתו של מושג זה ולשפוך אור על גבולותיו הרצויים, על דרכי הפעלתו ועל סוגי הכשלים שהוא עשוי לסייע בתיקונם. כלל חוסר תום לב היא התנהגות שהצדדים לא היו מסכימים מלכתחילה להרשותה. במובן זה החובה שוב ניתנת לפירוש כדין חקיקין, המבקש לממש את רצונם של הצדדים להשיא את רווחתם המשותפת מן החוזה. תובנה זו אינה ברורה מאליה, שכן לכאורה ניתן היה לחשוב כי התנהגות בחוסר תום לב היא "משחק-סכום-אפס", העברה טהורה, שבגדרה רווחו של אחד הוא הפסדו של האחר. אך למעשה גם העברות טהורות ex post עלולות לגרוע מן הרווחה המצרפית של הצדדים בשל השפעותיהן על התנהלותם ex ante, טרם ההעברה. צד הצופה כי חברו ינהג בדרך אופורטוניסטית – יבקש לנצל פרצות בנוסח החוזה, לעמוד באופן דווקני על קוצו של יוד או לסטות מרוח החוזה – ידאג לנקוט אמצעי זהירות רבים יותר כדי להתגונן מהתנהגות זו. ההפסד החברתי הוא אפוא בהשקעת-היתר באמצעי זהירות. כשם שהמשפט שומר על זכויות הקניין של פרטים ברכוש פיזי ובכך חוסך מהם את הצורך לבנות גדרות וביצורים סביב רכושם, כך הדין החוזי שומר על הזכות החוזית וחוסך מן המתקשרים את הצורך לבנות סביבה גדרות וירטואליים.

חובת תום הלב במובן זה מתפקדת אפוא כמקור לפרשנות והשלמה המבוסס ביסודו על עקרונות חקייניים. אך כאמור החובה נתפסת בדרך כלל לא רק כמקור לפרשנות והשלמה אלא גם כמקור לחיובים קוגנטיים. עם זאת מהותה הקוגנטית של החובה היא מהות מורכבת, ובפרט חלשה מכפי שעשוי להיראות במבט ראשון. לדיון בהיבט זה של החובה ראו סעיף ד.1. (א).

ז. סעדים בשל הפרת חוזה

דיני התרופות הם בעיקרם דינים דיספוזיטיביים. תפקידם להשלים את החוזה כאשר הוא שותק באשר לטיבו של הסעד, אך לפנות את הדרך להחלתו של סעד אחר כאשר הצדדים מביעים את רצונם בכך. פרק זה יעסוק אפוא בשאלה מהם מאפייניו של כלל השלמה האופטימלי לתניית הסעד בגין הפרת חוזה. בשולי הדברים הוא יעסוק גם באספקטים הקוגנטיים של דיני התרופות וידון בהשלכותיהם ובהצדקות האפשריות להם.

מנקודת מבטו של הניתוח הכלכלי, אמות המידה לאפיונו של סעד אופטימלי הן אותן אמות המידה המשמשות לאפיונם של כללי השלמה בכלל (ראו פרק ו). כלל השלמה אופטימלי יהא בדרך כלל זה החקייני, שיש בו כדי לבטא את רצונם של מרבית הצדדים במצבים דומים. מהו אפוא הסעד שיש להניח כי מרבית הצדדים מעוניינים בו? ככלל

לצדדים רצוי סעד יעיל, כלומר סעד שיש בו כדי להשיא את ערכו הכולל של החוזה. קריטריון היעילות משקף את רצונם המשותף אפילו כאשר כוח המיקוח שלהם אינו סימטרי. בניגוד לאינטואיציה רווחת, גם הצד ה"חזק" יעדיף את הסעד היעיל אף אם בכוחו להשיג את הסכמת שותפו לסעד המקנה לו זכויות מפליגות יותר. המעבר מסעד בלתי יעיל לסעד יעיל מגדיל את העוגה החוזית הכוללת. באמצעות התאמתו של מחיר החוזה ניתן להבטיח כי מפיסת העוגה הנוספת ייהנו שני הצדדים כאחד. הם שניהם אפוא יעדיפו את הסעד היעיל על פני כל חלופה אחרת.

כעת עולה אפוא השאלה מהם מאפייניו של הסעד היעיל. שאלה זו היא בעלת מורכבות מסוימת, שמקורה בעובדה כי ליעילות היבטים שונים. סעד פלוני עשוי להיות יעיל מבחינות מסוימות ובלתי יעיל מבחינות אחרות. לא קיים סעד שהינו יעיל מכל בחינה אפשרית. יעילותו היחסית של הסעד היא פונקציה של סך השפעותיו, ואלה עשויות להשתנות בהתאם לנסיבות הקונקרטיות, ולאופי העדפותיהם של הצדדים. בדיון שלהלן נעסוק אפוא באפיון ההיבטים השונים של הסעד המשליכים על יעילותו. לאחר מכן נעבור לדיון קונקרטי יותר בסעדים המוכרים בדיני התרופות ונבחן את מידת יעילותם היחסית על סמך ההיבטים השונים שנסקרו.

1. שיקולי יעילות

(א) קיום החוזה והפרתו

החלטה מרכזית המושפעת מן הסעד על הפרת החוזה היא ההחלטה אם לקיים את החוזה או להפר אותו. החלטה זו משפיעה על יעילות החוזה דרך השלכותיה על הקצאת המקורות בין הצדדים. הקיום הוא יעיל כאשר הערך שמייחס הנבטח לקיום החיוב עולה על עלותו למבטיח. ובהתאם לכך, הקיום הוא בלתי יעיל כאשר עלותו למבטיח עולה על התועלת שהוא צפוי להסב לנבטח. הפרת החוזה, במקרה האחרון, היא אפוא "הפרה יעילה".

אילו יכלו הצדדים לכרות חוזים שלמים ומפורטים ("complete and contingent contracts", כלומר חוזים שאינם זקוקים להשלמה, הרי שלא היתה מתעוררת האפשרות להפרה יעילה. זאת משום שבגדרו של חוזה שלם ומפורט החיוב החוזי עצמו היה מסויג למצבי עולם שבהם התועלת מן הקיום עולה על עלותו. הדוגמה הבאה ממחישה זאת: נניח כי עידן, הבעלים של קרקע ריקה, שוכר את שירותיו של אורי הקבלן כדי שיבנה עליה בית. בעוד שערך הבית עבור עידן עומד על 100 וידוע מראש באופן ודאי, הרי שעלות הבנייה עבור אורי עשויה לקבל ערכים שונים: בהסתברות של 90% תעמוד העלות על 50; ובהסתברות של 10% היא תנסוק ל-150, למשל מפני שמחיר חומרי הגלם יעלה, או שיתגלה סלע קשה בעומק האדמה אשר יכביד על הנחת היסודות. במסגרת החוזה השלם והמפורט אורי לא יידרש מלכתחילה לבנות את הבית כאשר עלות הבנייה עולה על התועלת שיפיק

מכך עידן. זאת משום שהמחיר המינימלי שידרוש אורי עבור נכונותו לבנות במצבים אלה (150%·10%) יעלה על המחיר המרבי שעידן יהיה מוכן לשלם על כך (100%·10%). שני הצדדים אפוא יעדיפו לפטור את אורי מן המחויבות לבצע כאשר הביצוע בלתי יעיל. ובהיעדר מחויבות לבצע כאשר הביצוע בלתי יעיל לא תיתכן הפרה "יעילה".

אולם החוזים הנכרתים בעולם המעשה לעולם אינם שלמים ומפורטים. לו ניסו הצדדים לכרות חוזה שלם ומפורט, במובנו המלא של מושג זה, הרי שעלויות העסקה היו הופכות את המהלך כולו לבלתי כדאי. בעולם המציאות חוזים נוטים אפוא להסתפק בהסדרת המצב המשפטי במצבי עולם שהסתברות התרחשותם גבוהה יחסית. בנתוני הדוגמה שלעיל הצדדים עשויים אפוא לקבוע כי על שמעון מוטלת החובה לבנות את הבית, מבלי להתייחס כלל אל ההבחנה שבין מצב העולם שבו הבנייה יעילה לזה שבו היא איננה כזאת. במצב דברים זה עשוי אפוא להתעורר קונפליקט בין רצונם האוטנטי של הצדדים, כפי שהיה בא לידי ביטוי בחוזה השלם והמפורט, לבין המצב המשפטי שמייצר החוזה הבלתי שלם. רצונם של הצדדים היה ונותר בשני המקרים לפטור את אורי מן החובה לבנות את הבית כאשר הבנייה בלתי יעילה. עם זאת החוזה הבלתי שלם איננו מעיד, מתוכו, על רצון זה.

כיצד ניתן לגשר על פער זה? להלן נשקול כמה אפשרויות: אפשרות תאורטית אחת מבוססת על פרשנות מסייגת של החיוב החוזי עצמו. אם בית המשפט יקרא את המשפט "אורי יבנה את הבית" כאילו נאמר בו "אורי יבנה את הבית אלא אם עלות בנייתו עולה על 100", הרי שאז הקושי יבוא לידי פתרון, שכן החיוב לא יופעל למעשה כאשר קיומו בלתי יעיל. אולם פתרון זה הוא כמובן מוקשה ברמה המעשית. כדי ליישמו בהצלחה בית המשפט חייב לעמוד בדיוקנות על הערך הסוביקטיבי שמייחס הנבטח לקיום החיוב החוזי (100 בדוגמה שלנו) ועל העלות שצריך לשאת בה המבטיח כדי לקיים את חיובו (האם למעלה מ-100 או פחות מכך). בירור עלויות אלה מציב קושי ראייתי ניכר, וככל שערכים אלה מבוססים על העדפות סוביקטיביות יותר או על רווח עתידי שחישובו ספקולטיבי יותר, כך מתעצם הספק בדבר יכולתו של בית המשפט לאמוד את הערכותיהם האוטנטיות של הצדדים.

אפשרות אחרת היא להקנות תוקף לחיוב החוזי בכל מצבי העולם ולקוות כי בנסיבות שבהן הקיום בלתי יעיל יערכו הצדדים משא ומתן מחודש, שבגדרו יפטרו את המבטיח מן החובה לקיים. אכן, כעולה מן התאורמה הידועה של Coase, משא ומתן כזה צפוי להתרחש אם רק עלויות העסקה נמוכות מספיק. בנתוני הדוגמה שלעיל, אם עידן זכאי לקיום הבנייה אפילו שעלותה עומדת על 150, הרי שבהתקיים מצב עולם זה על הצדדים יפעל תמריץ לכרות חוזה חדש שבגדרו יותר עידן על זכותו לבנייה בתמורה לתשלום הנע בין 100 ל-150. הסכם מסוג זה ישפר את רווחתם של שני הצדדים כאחד, לעומת ברירת המחודל המחייבת את הבנייה. יתרונה של גישה זו הוא בהיותה פשוטה יחסית ליישום על ידי בית

המשפט. חסרונה, עם זאת, הוא באפשרות שתוצאתה הרצויה תסוכל אם עלויות העסקה גבוהות.

אפשרות שלישית היא להקנות תוקף לחיוב בכל מצבי העולם, אך לאכוף חיוב זה לא באמצעות סעד האכיפה כי אם באמצעות סעד כספי, שיהיה בו כדי לתמרץ את הקיום אם ורק אם הקיום יעיל. כפי שיוסבר בהמשך, פיצויי ציפייה מאופיינים בתכונה זו. יתרונו של פתרון זה בכך שהוא מוביל אל התוצאה הרצויה מבלי שהוא מחייב את בית המשפט לעמוד על עלויות הקיום של המבטיח ואף מבלי להצריך עסקה מתקנת. עם זאת הוא תלוי ביכולתו של בית המשפט לעמוד על ערך הקיום לנבטח כדי שיוכל לחשב את פיצויי הציפייה. בכך מתבטא חסרונו. מבנה התמריצים שיוצרים פיצויי הציפייה יידון ביתר פירוט בהמשך.

השימוש במושג הדמיוני של החוזה השלם והמפורט, שבגדרו לא תיתכנה הפרות יעילות, עשוי לשפוך אור גם על הדיון הנורמטיבי באשר למהותה המוסרית של הפרת החוזה כאשר החוזה הוא בלתי שלם. הפרת החוזה נתפסת באופן רווח כפעולה פסולה הראויה לגנאי.⁵¹ הדיון שלעיל מעורר ספק באשר לתקפותה של השקפה זו כאשר ההפרה היא יעילה.⁵² אין חולק כי אם נכרת חוזה שלם, המסייג מפורשות את חובת הביצוע של אורי, אין אורי מחויב מוסרית להקים את הבית כאשר עלות הבנייה עומדת על 150. סירובו להקים את הבית בנסיבות אלה אינו מהווה הפרה כלל – לא של הבטחה ולא של חיוב משפטי. השאלה היא אפוא אם יש לראות באי־הקמתו של הבית מעשה פסול כאשר אותה מערכת יחסים עצמה מוסדרת באמצעות חוזה בלתי שלם. אותם שיקולים אשר הניעו את הצדדים לפטור את אורי מן החיוב לבנות במסגרת החוזה השלם והמפורט מוסיפים לחול גם כאשר החוזה שנכרת הוא בלתי שלם. לפיכך יש יסוד לסברה שדווקא אי־הקיום הוא המייצג נכונה את רצונם האוטנטי של הצדדים. ואם כך הדבר, הרי שקשה יותר לראות באי־הקיום משום החלטה הראויה לגנאי.

(ב) הסתמכות אופטימלית

אחד הטעמים המרכזיים לכריתת החוזה הוא רצונם של הצדדים להסתמך על קיום החיובים בו. כפי שנדון לעיל, בהיעדר חוזה צפויה השקעה מועטה מדי בהסתמכות (ראו סעיפים א.2. ר-ג.1. (ב)). זאת, הן משום שבהיעדר חוזה אין צד יכול להיות משוכנע בכנות כוונותיו של הצד שכנגד לקיים את חיוביו, והן משום שבהיעדר חוזה ההסתמכות חושפת את המסתמך לסכנת סחטנות. החוזה הוא אמצעי להפגתם של חששות אלה. משאדם מקבל על עצמו

51 בהקשר הישראלי ראו למשל ד"ר 20/82 אדרס נ' הרלו את ג'ונס, פ"ד מב(1) 221 (1988).
 52 ראו Steven Shavell, *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts*, 107 MICH. L. REV. 1569 (2009). אך לעמדה מנוגדת ראו Seana Shiffrin, *Could Breach of Contract Be Immoral?*, 107 MICH. L. REV. 1551 (2009).

מחויבות חוזית, הרי שבהינתן סעד מתאים, בכוחו לאותת באופן אמין לצד שכנגד על כוונתו לקיים, או למצער ליטול אחריות על נזקי הסתמכותו של הצד שכנגד בעת הפרה. יתרה מזאת, החוזה מסיר את החשש מפני סחטנות, שכן בקיבוע תנאי ההתקשרות הוא מבטיח כי לא תנוצל לרעה חולשת המיקוח של הצד המסתמך בשלב מאוחר יותר. לו יכלו הצדדים לכרות חוזה שלם ומפורט, שהיה מבטיח יעילות בהיבט הקיום וההפרה, הרי שאז תמריץ ההסתמכות של הצדדים היה אף הוא אופטימלי. כל אחד מן הצדדים היה אז מפנים את עלותה של ההסתמכות, ובהיעדר סחטנות היה מפנים גם את מלוא התשואה עליה. אולם כאשר החוזה הנכרת הוא בלתי שלם, הרי שעלולה להתעורר בעיה מסוג חדש – של השקעת-יתר בהסתמכות. את מקורה של בעיה זו אפשר להסביר כך: כאשר החוזה הוא בלתי שלם, הוא עשוי לחייב קיום אפילו כאשר הקיום בלתי יעיל. בנסיבות אלה המבטיח עשוי לבקש להשתחרר מן החיוב החוזי בדיעבד. אם לנבטח נתון סעד בדמות פיצויי ציפיה, הוא יזכה בעקבות ההפרה בסכום כספי שיעמידו במצב שהיה עומד בו לו קיים החוזה; ואם נתונה לו הגנה בדמות סעד האכיפה, הרי שאז יסכים לשחרר את המבטיח מחיובו – בגדרה של עסקה מתקנת – רק אם ישולם לו סכום המספק לפחות את אינטרס הציפיה שלו. כך או כך, הנבטח צופה כי לא ייפגע מאי-הקיום. עובדה זו היא העומדת ביסוד החשש להסתמכות-יתר. הטבת נזקיו של הנבטח, ובכללם נזקי ההסתמכות, מובילה לאי-הפנמתו של הנבטח את מלוא עלויותיה של השקעת ההסתמכות שלו: עת שהוא מקבל את החלטת ההשקעה, הוא צופה כי יזכה בפרותיה כאשר החוזה יקיים, ואף יפוצה בגין אובדן פירותיה – באמצעות התשלום הכספי – כאשר החוזה לא יקיים. ההשקעה תישא אפוא תשואה עבור הנבטח אפילו כאשר אין בה תועלת חברתית עקב קריסת היחסים החוזיים. מאחר שההשקעה תיחזה בעיניו כנושאת ערך גבוה מערכה החברתי, הוא ייטה להסתמכות-יתר.

(ג) ביטוח

החוזה בדרך כלל מסדיר פעולות עתידיות. העתיד טומן בחובו סיכונים שונים: סיכונים הנוגעים לגובה העלות שייאלץ לשאת בה המבטיח כדי לקיים את חיוביו, ולמידת התועלת שצפוי הנבטח להפיק מן הקיום. כאשר הצדדים הם שונאי-סיכון, הרי שסיכונים אלה מהווים מקור עצמאי של עלויות. עצם קיומה של שונות באשר לערכו העתידי של החוזה מפחית את תועלתו של צד שונאי-סיכון בעת הכריתה (ראו סעיף א.3).

סעדים בגין הפרת חוזה, בהשפיעם על התוצאות המשפטיות הנלוות למצבי עולם עתידיים, משפיעים על חלוקת הסיכונים בין הצדדים. הסעד עשוי לשמש מנגנון ביטוחי, המצמצם את הסיכון שלו חשוף צד לחוזה, והוא עשוי לשמש מנגנון המעצים סיכון זה.

בהגדרתו של סעד אופטימלי יש אפוא להביא בחשבון גם את השלכתו של הסעד על חשיפתם היחסית של הצדדים לסיכון.

מהותו של הסעד האופטימלי, מנקודת מבט זו, תהא תלויה בהעדפות הסיכון של כל אחד מן הצדדים, אשר עשויות להשתנות ממקרה אחד למשנהו. ככל ששנאת הסיכון של צד גדולה יותר, כך תגבר יעילותו של סעד הטומן בחובו רכיב ביטוחי עבורו. וככל ששנאת הסיכון של צד מתונה מזו של הצד שכנגד, כך יהא זה יעיל יותר לבחור בסעד המסיט את סיכוני החוזה אליו ופוטר מהם את הצד שכנגד. סעדים שונים כמובן מקצים סיכונים בדרכים שונות. לפיכך ערכם היחסי של סעדים אלה לצדדים צפוי להשתנות, בין היתר, בהתאם להעדפות הסיכון המיוחדות המאפיינות אותם.

הדיון הכלכלי בהשפעת הסעד על הקצאת הסיכונים עוסק ככלל בסיכונים כספיים בלבד, שהרתיעה מהם נובעת מן התועלת השולית הפוחתת של הכסף. עם זאת הלכה למעשה הצדדים לעתים מעוניינים גם בביטוח מפני סיכונים שאינם כספיים, הנובעים למשל ממצוקה נפשית או גופנית שעשויה להתלוות להפרת החוזה. הרצון לבטח במקרים אלה אינו נובע מן התועלת השולית הפוחתת של הכסף, אך עשוי לנבוע למשל מן התופעה ההתנהגותית של "שנאת הפסד".⁵³

(ד) אמצעי זהירות

בעת כריתת החוזה הצדדים יודעים בדרך כלל כי קיימת הסתברות שהחוזה יופר וכי עקב ההפרה ייגרם נזק. לעתים למפר הפוטנציאלי נתונה האפשרות להשפיע מבעוד מועד על ההסתברות להתרחשותו של נזק זה או על גובהו. למשל, בעל מקצוע המתקשר בחוזה למתן ייעוץ עשוי לנקוט אמצעי זהירות אשר יפחיתו את ההסתברות כי המידע שהוא מציג יהא שגוי, או בדומה, מפעל עשוי להשקיע בבקרת איכות, אשר תפחית את ההסתברות להיווצרותם של פגמים במוצריו או שתפחית את חומרתם.

בהקשר זה לצדדים עניין משותף, בעת הכריתה, להבטיח כי המפר הפוטנציאלי ינקוט אמצעי זהירות יעילים אשר יפחיתו את תוחלת הנזק הגלום בהפרה הפוטנציאלית. כאשר מובטחת השקעה יעילה בהפחתת הנזק הצפוי, עולה גם ערכו הכללי של החוזה, ועמו גדל הרווח שכל אחד מן הצדדים יכול להפיק ממנו. הסעדים הניתנים לנפגע בגין הפרה משפיעים בתורם על תמריצי ההשקעה בזהירות של המפר הפוטנציאלי. ככל שהסעד על

53 על מוטיבציה זו לביטוח ראו Daniel Kahneman, Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 *ECONOMETRICA* 263 (1979); Matthew Rabin, *Risk Aversion and Expected-Utility Theory: A Calibration Theorem*, 68 *ECONOMETRICA* 1281 (2000).

הפרה מטיל עלות כבדה יותר, כך מתחזקים תמריציו להשקיע במניעת ההפרה. כפי שיוסבר בהמשך, תמריצי השקעה אופטימליים בזהירות מתקבלים כאשר הסעד הוא של פיצויי ציפייה.

(ה) היבטי יעילות נוספים

הניתוח הכלכלי של דיני החוזים מאיר גם השלכות נוספות שעשויות להיות לסעד על יעילותה הכוללת של ההתקשרות. למשל, הסעד על הפרת חוזה עשוי להשפיע על התמריץ של הנפגע (להבדיל מן המפר) להשקיע בזהירות ולהקטין נזק;⁵⁴ על תמריציהם של הצדדים להשקיע בחיפוש שותפים חוזיים;⁵⁵ לרכוש מידע טרם הכריתה;⁵⁶ ועל התמריץ לבחור בתחליף קיום אופטימלי כאשר החיוב אינו ניתן לביצוע כלשונו.⁵⁷ במסגרת חיבור זה קצרה היריעה מלדון בהיבטים אלה לפרטיהם, אך הקוראים מופנים אל מראי המקום שלעיל לצורך קריאה נוספת.

2. ניתוח כלכלי של סעדים בגין הפרת חוזה

(א) פיצויי ציפייה

פיצויי הציפייה הם התשלום הכספי המעמיד את הנפגע במקום שבו היה עומד לו קיום החוזה. יתרונם הבולט של פיצויי הציפייה הוא בהשפעתם על תמריצי הקיום וההפרה של החוזה. ההסבר האינטואיטיבי לתוצאה זו הוא פשוט: פיצויי הציפייה גורמים למפר להפנים את מלוא הנזק החברתי שגורמת הפרתו. בהינתן כי המפר הוא גם זה אשר מפיך את מלוא התועלת מן ההפרה, הרי שחיובו בפיצויי ציפייה יגרום לו להפר אם ורק אם ההפרה היא יעילה.

בניסוח פורמלי מעט יותר, נניח כי עלות הקיום עבור המבטיח היא c , כי הערך שצפוי להפיק הנבטח מן הקיום הוא v , וכי המחיר שעליו הסכימו הצדדים נתון על ידי p . בהפרת החיוב המבטיח חוסך $c-p$ אך נדרש לשלם פיצויי ציפייה בסך $v-p$. ההחלטה

- Charles J. Goetz, Robert E. Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 VA. L. REV. 967 (1983) 54
- Peter A. Diamond, Eric Maskin, *An Equilibrium Analysis of Search and Breach of Contract, I: Steady States*, 10 BELL. J. ECON. 282 (1979) 55
- Richard Craswell, *Precontractual Investigation as an Optimal Precaution Problem*, 17 J. LEGAL STUD. 401 (1988) 56
- Victor P. Goldberg, *Impossibility and Related Excuses*, 144 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 100 (1988) 57

להפר תתקבל אפוא אם ורק אם $c - p > v - p$, או במילים אחרות: אם ורק אם $c > v$. אך זהו כאמור בדיוק התנאי להתקיימותה של הפרה יעילה. תוצאה אופטימלית זו אינה מצריכה עסקה מתקנת, ואין היא תלויה בכושרו של בית המשפט להעריך את יעילות ההפרה במישרין. עם זאת היא כן תלויה ביכולתו של בית המשפט להעריך נכונה את v , ערך הקיום עבור הנפגע.

מטעמים דומים, לפיצויי הציפייה השפעה אופטימלית גם על תמריצי הזהירות של המפר הפוטנציאלי. בהפנימו את מלוא העלות הנובעת מן ההפרה כדאי לו להשקיע באופן אופטימלי במניעתה. כל עוד עלות ההשקעה באמצעי הזהירות נמוכה מתוחלת נזקי ההפרה, הרי שיהיה לו התמריץ לבצעה.

לעומת זאת לפיצויי הציפייה השפעה בלתי אופטימלית על תמריץ ההסתמכות של הנפגע. הזכות לפיצויי ציפייה כוללת בחובה גם את הזכות לרווח שהיה הנפגע מפיק מהסתמכותו על החוזה אלמלא הופר. תחת פיצויי ציפייה אפוא התשואה על השקעת ההסתמכות מובטחת בכל מצבי העולם. אם החוזה מקיים – הרי שההשקעה נושאת פירות כמתוכנן; ואילו אם הוא מופר, הרי שהתשואה מובטחת באמצעות הפיצוי הכספי. אולם מנקודת מבט חברתית השקעת ההסתמכות אינה נושאת פירות בכל מצבי העולם. בפרט, אין היא מניבה את התשואה המקווה כאשר החוזה מופר. הנפגע הפוטנציאלי אינו מפנים אפוא את עלות כישלונה של השקעת ההסתמכות. החלטת ההשקעה תיראה בעיניו אטרקטיבית יותר מערכה החברתי, ועל כן נטייתו תהיה להסתמכות-יתר.⁵⁸

לבסוף, פיצויי הציפייה משמשים מנגנון ביטוח עבור בעל הזכות החוזית. בהינתן סעד זה, עושרו של בעל הזכות אינו תלוי בקיומו של החיוב או בהפרתו. לפיכך מלוא הסיכון המגולם בהפרה עומד לפתחו של המבטיח החוזי. הקצאת סיכונים זו תשקף את העדפת הצדדים בנסיבות שבהן בעל הזכות הינו שונא-סיכון, ואילו המבטיח הוא אדיש לסיכון או אוהב-סיכון. אולם אם שני הצדדים שונאי-סיכון, הרי שפיצויי הציפייה לא ישקפו את רצונם בהיבט זה ולא ישיאו את רווחתם המשותפת. בהיבט הסיכון עדיף בנסיבות אלה סעד כספי מתון יותר המקצה את הסיכון באופן שוויוני יותר.

(ב) אכיפה

סעד האכיפה מחייב את ביצועו בעין של החיוב החוזי. בהיבט הקיום וההפרה סעד האכיפה עשוי להיות בלתי יעיל: סעד זה קושר את המבטיח לחיובו גם כאשר עלות הקיום עולה על

⁵⁸ ראו Steven Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 BELL J.ECON. (1980).

התועלת הגלומה בו, ועל כן הוא עלול להוביל לקיום-יתר. עם זאת, כמוסבר לעיל, בנסיבות שבהן הקיום בלתי יעיל, הרי שגם בהתקיים סעד של אכיפה הצדדים עשויים לכרות עסקה מתקנת ("קוזיאנית") אשר תמנע את הקיום. בפרט, כאשר עלות הקיום למבטיח עולה על התועלת שיפיק ממנה הנבטח, מתגבש תמריץ משותף לצדדים לשחרר את המבטיח מחיובו בתמורה לתשלום כספי. בעסקה מתקנת זו יחלקו הצדדים את הרווח הנגזר מן המעבר אל החלטה היעילה יותר. השפעתו של סעד האכיפה על יעילותה של החלטת הקיום או ההפרה תהא אפוא תלויה באפשרות לכרות חוזה מתקן. זו בתורה תהא תלויה בגובה עלויות העסקה.⁵⁹

כיצד משפיע סעד האכיפה על תמריץ הזהירות של המבטיח? אם הסעד מופעל ללא עסקה מתקנת, הרי שתמריץ הזהירות יהא אופטימלי. המבטיח, בנסיבות אלה, יפנים הן את עלות ההשקעה בזהירות והן את התועלת הטמונה בההפחתה הצפויה של עלות הקיום – שבה הוא יאלץ לשאת מכוח צו שיפוטי. לעומת זאת אם צפויה עסקה מתקנת, הרי שההשקעה בזהירות צפויה להיות גבוהה מדי.⁶⁰ מנקודת מבט חברתית השקעה יעילה היתה מתקבלת אילו התשלום שהיה משלם המבטיח בגדרה של העסקה המתקנת היה גורם לו להפנים במדויק את הנזק החברתי הגלום באי-קיומו של החיוב. אולם העלות שיפנים המבטיח למעשה תהיה ככלל גבוהה יותר: אם לנבטח כוח מיקוח כלשהו בעת כריתתו של החוזה המתקן, הוא יוכל לגרוף סכום העולה על הנזק שנגרם לו עקב אי-הקיום. לפיכך עלות אי-הקיום תהא גבוהה בעיני המבטיח מכפי ערכה החברתי, ובעקבותיה ההשקעה בזהירות תהיה אף היא גבוהה מדי.

בדומה לכך, השקעת ההסתמכות תחת סעד האכיפה תהא אופטימלית אם החוזה צפוי להיאכף תמיד, אך גבוהה מדי כאשר צפויה עסקה מתקנת.⁶¹ אם החוזה ייאכף תמיד, הרי שהנבטח יקבל את החלטת ההסתמכות שלו על סמך ההנחה כי החוזה יקיים תמיד, ומאחר שכך אכן יקרה, הסתמכותו תהיה יעילה. לעומת זאת אם צפויה עסקה מתקנת, ייווצר פער בין התשואה הפרטית על ההשקעה לבין זו החברתית: מנקודת מבטו הפרטית של הנבטח ההשקעה תניב תשואה גבוהה בכל מצבי העולם, משום שגם כאשר החיוב לא יקיים ותיכרת עסקה מתקנת, הוא יפוצה בגין נזקי הסתמכותו; אולם מנקודת מבט חברתית השקעת

59 Walgreen Co. v. Sara Creek Property Co., 966 F.2d 273 (7th Cir. 1992)
 60 Timothy J. Muris, *The Costs of Freely Granting Specific Performance*, 1982 DUKE L.J. 1053 (1982)
 61 Aaron S. Edlin, Stefan Reichelstein, *Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment*, 86 AM. ECON. REV. 478 (1996)

ההסתמכות תניב תשואה גבוהה רק כאשר החיוב יקוים, ולא אחרת. הנבטח אפוא לא יפנים את מלוא עלויותיה של השקעת ההסתמכות, וישקיע יתר על המידה. כאשר סעד האכיפה מופעל ללא אפשרות לעסקה מתקנת, הרי שיש בו כדי להעניק ביטוח מלא לנבטח מפני נזקיה של עלות קיום גבוהה, תוך הטלת הסיכון במלואו על כתפי המבטיח. לעומת זאת האפשרות לעסקה מתקנת מפחיתה את הסיכון המוטל על המבטיח ובה בעת יוצרת שונות בהכנסותיו של הנבטח.

(ג) השוואה בין פיצויי ציפייה לאכיפה

בשיטת המשפט הישראלית, בדומה לשיטות קונטיננטליות, הכלל הדיספוזיטיבי מאפשר לנפגע מהפרת החוזה לדרוש את אכיפתו.⁶² לעומת זאת בשיטות המשפט המקובל ברירת המחדל היא כי הנפגע אינו זכאי לאכיפה, אך נתונה לו הזכות לדרוש פיצויי ציפייה.⁶³ כיצד משליך הניתוח הכלכלי על השאלה איזו היא המדיניות המשפטית העדיפה? הניתוח שלעיל מצביע על יתרונות וחסרונות גלומים בכל אחת מן השיטות. תחת המשטר של פיצויי ציפייה למבטיח תמריץ לקבל את החלטת הקיום או ההפרה באורח יעיל, ללא תלות באפשרות לכרות עסקה מתקנת, ואף פועל עליו תמריץ אופטימלי להשקיע באמצעי זהירות. יתרונות אלה אינם מנת חלקו של סעד האכיפה.

עם זאת גם לסעד האכיפה יתרונות מסוימים על פני פיצויי הציפייה. יתרונו המרכזי מתבטא בכך שהפעלתו התקינה אינה תלויה ביכולתו של בית המשפט לזהות את הערך שמייחס הנבטח לקיום החיוב החוזי. אמידתו של ערך זה טומנת בחובה קשיים טבועים, הנובעים מאופיו הסובייקטיבי של ערך זה. אם בית המשפט נוטה למשל לפסוק פיצוי הנופל מערכם המלא של נזקי הציפייה, הרי שמבטיחים צפויים להפר באופן בלתי יעיל ואף להשקיע מעט מדי בזהירות. אי-דיוק באומדן הנזק עלול אפוא לצמצם את יתרונותיהם של פיצויי הציפייה. לעומת זאת תחת סעד האכיפה בית המשפט אינו נדרש כלל לאמוד את הערך הסובייקטיבי שמייחס הנבטח לקיום החיוב. העסקה המתקנת תצא אל הפועל רק אם התשלום שהציע המבטיח עבור שחרורו מכסה לפחות את נזקו המלא של הנבטח. לפיכך, שאר הדברים שווים, סעד האכיפה עשוי להיות רצוי יותר אם שיעור ניכר מן התועלת שמפיק הנבטח מקיום החיוב הוא בעל ערך סובייקטיבי. כך יהיה באופן טיפוסי, כאשר

62 ראו למשל KONRAD ZWEIGERT, HEIN KOTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW (Tony Weir trans., 3rd ed., 1998); Guenter H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)*, in 7 INTERNATIONAL .ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW §§ 16.17 to 16.39 (Arthur von Mehren ed., 1976)

63 ראו למשל E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS §§ 12.4-12.7 (3rd ed., 1999)

החיוב נוגע להעברתו של נכס ייחודי, ללא תחליפים קרובים, או כאשר תועלתו של הנבטח מן החיוב היא בעלת אופי רגשי, או מונחית על ידי טעם אישי או העדפות בלתי שגרתיות. אכן, יש לציין כי על פי המשפט המקובל הקלאסי, סעד האכיפה הוגבל, בדרך כלל, לחוזים שבהם החיוב נגע להעברתו של נכס ייחודי.

היבט נוסף שעשוי להשפיע על יעילותם היחסית של האכיפה ופיצויי הציפייה נוגע לשאלה אם החוזה מחייב ייצור של מוצר חדש או שמא הוא נועד להעברת זכות בנכס קיים. כאשר החיוב הוא לייצורו של מוצר חדש, הפרה יעילה עשויה להתרחש כאשר עלות הייצור של המבטיח מתגלה כגבוהה מערכו של הנכס לנבטח. כאשר החיוב הוא להעברת נכס קיים, הפרה יעילה עשויה להתרחש כאשר צד שלישי מציע לרכוש את הנכס במחיר העולה על הערך שהנבטח מייחס לנכס. במקרה הראשון יתרונו של פיצויי הציפייה בהשפעתם על תמריץ הקיום וההפרה מובהק יותר מבמקרה השני. אכיפת החיוב לייצר מוצר חדש על אף עלות הייצור הגבוהה עלולה להוביל לפגיעה ניכרת ביעילותו של החוזה, ולכן גם בערכה של ההתקשרות החוזית בעת הכריתה. לעומת זאת כאשר אכיפת החיוב רק מונעת העברה של נכס קיים מן המבטיח אל צד שלישי, הרי שפוטנציאל הפגיעה ביעילות מתון בהרבה: ככלל, גם אם סעד האכיפה מסכל את כריתתה של עסקה זו, הרי שאין בכך כדי לחסום את הדרך להעברת הנכס לצד השלישי באמצעות חוזה שייכרת בינו לבין הנבטח. מגיעתה של הפרה, אפוא, משפיעה באופן חלש יותר על יעילותו הכוללת של החוזה.

יתרה מזאת, כאשר סעד האכיפה ניתן בגדרו של חוזה לייצור מוצר חדש, השקעת היתר של המבטיח בזהירות עשויה אף היא לכרסם ברווח החוזי במידה ניכרת. לעומת זאת אם הוא ניתן בגדרו של חוזה להעברת נכס קיים, הרי שהחשש מהשקעת יתר בזהירות אינו מתעורר. נהפוך הוא: ככל שהאפשרות להתקשר עם צד שלישי הופכת זמינה פחות, כך נטייתו של המבטיח תהיה להשקיע פחות באיתורו של הצד השלישי. החשש אפוא מהשקעת יתר לא יתעורר. בכך אף לא יהא כדי לגרום להשקעת חסר באיתורו של שותף חוזי יעיל, משום שבנסיבות אלה החיפוש אחר שותף זה ייערך על ידי הנבטח. בהיעדר טעם מיוחד להניח כי לנבטח אמצעים פחותים להצליח במשימה זו לעומת המבטיח, הרי שסעד האכיפה לא יוביל במובן זה לפגיעה ביעילות החוזה.

התמונה העולה אפוא מן הניתוח שלעיל היא כי לשני הסעדים יתרונות וחסרונות יחסיים המקשים על הכרעה חד-משמעית ביניהם. עם זאת מסתמן מן הניתוח כי לפיצויי הציפייה יתרונות מובהקים יותר כאשר ערכו של החיוב עבור הנבטח ניתן לאומדן מדויק, וכאשר החיוב נוגע לייצורו של מוצר חדש. לעומת זאת לאכיפה יתרונות בולטים יותר כאשר צפויים קשיים ראייתיים העלולים לעוות את גובה הפיצוי, וכאשר החיוב נוגע להעברתו של נכס קיים.

(ד) פיצויי הסתמכות

פיצויי ההסתמכות מיועדים להעמיד את הנפגע במקום שבו היה עומד אלמלא נכרת החוזה. כפי שנראה להלן, במרבית ההיבטים שנבחנו לעיל פיצויי ההסתמכות מובילים לתוצאה יעילה פחות מפיצויי הציפייה.

ראשית, פיצויי ההסתמכות צפויים להוביל להחלטה בלתי יעילה בדבר קיום החוזה או הפרתו, באשר הם גורמים להפנמה בלתי מדויקת של עלות ההפרה לנבטח. בפרט, כאשר מדובר בחוזה רווח, הרי שפיצויי ההסתמכות נמוכים מן הנזק שגרמה ההפרה, ועל כן מעודדים הפרות בלתי יעילות. בדומה לכך, כאשר מדובר בחוזה הפסד, הרי שפיצויי ההסתמכות גבוהים מנזק זה ועל כן מעודדים קיום בלתי יעיל. כך או כך, ההחלטה בדבר קיום או הפרה אינה מתקבלת באופן אופטימלי.

מטעמים דומים פיצויי ההסתמכות אף גורמים להשקעה בלתי יעילה של המבטיח בזירות. כאשר המבטיח מפנים עלות הנמוכה מן הנזק, הרי שנטייתו היא להשקעה נמוכה מדי; וכאשר הוא מפנים עלות העולה על הנזק, נטייתו היא להשקעה גבוהה מדי. אף בהיבט ההשקעה בהסתמכות פיצויי ההסתמכות מובילים לתוצאה בלתי יעילה. בפרט, הם גורמים להשקעת-יתר: מאחר שהנבטח מפוצה בגין נזקי ההסתמכותו כאשר החיוב מופר, הוא אינו מפנים את הסיכון לכישלון השקעתו. בעיה זו היא כאמור משותפת לפיצויי ההסתמכות ולפיצויי הציפייה, אך היא מתעוררת ביתר שאת תחת פיצויי ההסתמכות. הטעם לכך הוא כי תחת פיצויי ההסתמכות נלווה לשיקול שלעיל טעם נוסף, המחזק את תמריץ ההשקעה עוד יותר. טעם זה מקורו בכך שתחת פיצויי ההסתמכות הנבטח משתמש בהשקעת ההסתמכות לא רק כאמצעי להגדלת הרווח החוזי שלו אלא גם כאמצעי להרתעת המבטיח מפני הפרה. שיקול זה אינו מנחה את השקעת הנבטח תחת פיצויי הציפייה, שכן תחת טעם זה הנבטח אדיש בין קיום או הפרה, ועל כן הרתעת ההפרה אינה מסכה לו תועלת כשלעצמה.

לפיצויי הציפייה עדיפות אפוא על פני פיצויי ההסתמכות, על בסיס השיקולים השונים שנבחנו לעיל. האם, לאור זאת, ניתן להצדיק את השימוש בפיצויי ההסתמכות כסעד בגין הפרת חוזה? התשובה לכך היא כי בנסיבות מסוימות אפשר להצדיק את השימוש בהם כתחליף לפיצויי הציפייה: כאשר ניתן באופן מעשי להעניק פיצויי הציפייה, הרי שכך עדיף, וכך אף מורה הדין הנוהג. אולם לא תמיד הדבר מתאפשר: לעתים חישוב פיצויי הציפייה מעורר קושי, למשל כי ערכם נגזר מהעדפות סובייקטיביות מדי או מהתפתחויות עתידיות רחוקות מדי, שלא ניתן לאמוד את טיבן באופן מעשי.⁶⁴

64 כך למשל הפרת החיוב להעביר תמונת אמנות עשויה להסב לנבטחים שונים נזקים שונים, שקשה לעמוד על טיבם המדויק. בדומה לכך, כאשר מופר החיוב להקים בית מלון, ובעקבות

כאשר מדובר בחוזה רווח, ולא ניתן להוכיח את מלוא ערכם של פיצויי הציפייה, הרי שיש יסוד להשקפה כי הענקתם של פיצויי הסתמכות עדיפה על פני החלופה של דחיית התובענה. היתרון הוא בכך כי הן בהיבט הקיום וההפרה והן בהיבט הוזהירות סעד חלקי זה מוביל לתוצאות טובות יותר מאשר היעדר סעד כלל. לעומת זאת החיסרון הוא בכך שבהיבט ההסתמכות דווקא היעדר סעד יוביל לתוצאות יעילות יותר, שכן יהיה בכך כדי לגרום לנבטח להפנים את הסיכון לכישלון ההשקעה. בהנחה כי השיקול האחרון הוא בעל חשיבות משנית, הרי שהאופציה המוקנית לנבטח לבחור בפיצויי הסתמכות ככלל ניתנת איפוא להצדקה על יסוד שיקולי יעילות.

לעומת זאת כאשר מדובר בחוזה הפסד, תוצאה זו חדלה מלעמוד. במקרה זה כלל ההיבטים שנדונו לעיל מורים על אי-הקנייתם של פיצויי הסתמכות. משמעות היותו של החוזה "חוזה הפסד" היא כי לאינטרס הציפייה של הנפגע ערך שלילי. זהו הפסד שהיה נושא בו הנפגע גם לו קיים החוזה, שכן מקורו אינו בהפרה כי אם במימושו של סיכון שהוקצה בחוזה אל הנפגע.⁶⁵ בנסיבות אלה פיצויי הסתמכות יובילו אפוא להעברה בדיעבד של סיכון מן הנפגע אל המפר, בניגוד להסכמה אליה הגיעו הצדדים בעת הכריתה.

(ה) השבת רווחי הפרה

בנסיבות מסוימות הדין מכיר בזכותו של הנבטח לסעד כספי, שתכליתו אינה לפצותו בגין נזק שנגרם לו כי אם למנוע את התעשרותו של המבטיח עקב ההפרה.⁶⁶ המבטיח נדרש אפוא מכוחו של סעד זה לשלם לנבטח את הסכום שהרוויח מהחלטתו להפר. פורמלית מקורו של סעד זה אינו בדיני החוזים כי אם בדיני עשיית עושר ולא במשפט. השלכותיו של סעד זה על תמריציו של המפר דומות לאלה שיוצר סעד האכיפה. זאת, משום שבדומה לסעד האכיפה, גם סעד זה שולל את האפשרות כי המפר יפיק רווח מן ההפרה. המבטיח יימנע מקיום החיוב רק בהתקיימה של עסקה מתקנת – שבגדרה ישוחרר מן החובה לקיימו, מכוח הסכמתו הרצונית של הנבטח. לכן, בין אם עסקה מתקנת צפויה להיכרת ובין אם לאו, תמריציהם של הצדדים יהיו דומים תחת שני הסעדים. עם זאת בין הסעדים קיים גם הבדל, הנובע מן העובדה שתחת הסעד של השבת רווחי הפרה בית המשפט נדרש להעריך את גובה התעשרותו של המפר. פרט לאילוף זה, שעלול לעורר קושי

זאת נמנע מן הנבטח הרווח הגלום בהפעלת המלון לאורך שנים, הרי שהיקפו של אינטרס הציפייה הוא ספקולטיבי מטבעו, וקשה לאמידה. ראו ע"א 4012/90 עיריית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ, פ"ד מו(4) 45 (1992).

65 על הוויכוח בשאלה זו ראו פרשת מלון צוקים, לעיל.

66 ראו עניין אדרס, לעיל הערה 51.

מעשי, מערך התמריצים שיוצרים שני הסעדים זהה. לשם ניתוח השלכותיו האחרות של הסעד הקוראים מופנים אפוא לדיון בסעד האכיפה. מטעמים אלה יש אפוא מקום להטיל ספק בסברה רווחת, ולפיה הסעד של השבת רווחי הפרה מנוגד לעקרונות הניתוח הכלכלי של דיני החוזים.⁶⁷ כפי שעולה מן הדיון שלעיל, קיימות נסיבות שבהן לסעד האכיפה נתון יתרון על פני פיצויי הציפייה, מטעמי יעילות. שיקולים דומים עשויים לתמוך גם ביעילותו היחסית של סעד ההשבה של רווחי ההפרה.

(ו) פיצויים עונשיים

בספרות הכלכלית מוכרות כמה הצדקות כלכליות לפיצויים עונשיים. ההצדקה הרווחת ביותר, התקפה במיוחד בסיטואציות נזיקיות, היא כי פיצויים עונשיים עשויים לסייע בהגברת ההרתעה. כאשר אכיפה היא "מושלמת", דהיינו כאשר כל גרימת נזק מובילה בוודאות לפיצוי מלא, הרי שאין צורך בהגדלת שיעור הפיצוי אל מעבר לגובה הנזק. תשלום פיצוי בגין הנזק מבטיח כי ההשפעה החיצונית תופנם באופן מלא וכי ייווצר תמריץ אופטימלי להשקעה בזהירות. אולם כאשר האכיפה אינה מושלמת – כאשר הצד הפוגע אינו מפצה תמיד על מלוא הנזק – הרי שההרתעה תהא חלשה מדי. הטעם העיקרי להימנעות מתשלום מקורו בקושי לאתר את המזיק, לתבעו או לאכוף את פסק הדין נגדו. ככל שעולה ההסתברות כי יחמוק מתשלום, כך נדרש להגדיל את שיעור התשלום כאשר הוא מופעל, על מנת לשמור על הרתעה אופטימלית. לפיכך אם למשל ההסתברות לתשלום עומדת על 25% בלבד, הרי שיש להכפיל את גובה התשלום שיחוב בו המזיק פי 4 כדי להביא להפנמה מלאה של הנזק. הפיצוי העונשי, במקרה זה, צריך אפוא לעמוד על 300% מן הנזק.⁶⁸ קיימים מצבים במשפט הפרטי שמתעורר בהם קושי טבוע לאתר את המזיק. תאונת "פגע וברח" היא דוגמה אופיינית. אולם בדיני החוזים בעיה זו אינה מתעוררת בדרך כלל. כאשר צד מפר חוזה וגורם אבדן רווח לצד שכנגד, אין ככלל קושי לאתרו ולהביאו לדיון. הקושי השכיח יותר מקורו בעלות הגבוהה הנלווית לעתים לאכיפת הזכות. למשל, כאשר חברת ביטוח מפרה את החוזה ומסרבת לקיים את חיוביה למבוטח, לעתים יקשה על המבוטח להתמודד עמה ולאכוף את זכותו. המבוטח אינו בקי באותיות הקטנות של הפוליסה ובהשלכתן הקונקרטית על עניינו. המבוטח, אפילו אם מיוצג, יתקשה להתמודד עם התחכום המשפטי של המבוטח. המבוטח אף לעתים יזדקק לתשלום מיידי ויעדיף להימנע ממאבקים

67 סברה זו עולה למשל מן הדיון שנערך בעניין אדרס, לעיל הערה 51.

68 Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Analysis*, 76 J. POL. ECON 169 (1968); A. Mitchel Polinsky, Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998).

ארוכים. יתרה מזאת, למבטח אינטרס רב-עוצמה, החורג מנסיבות התביעה הספציפית, לקיים מדיניות תשלומים חסכנית. מטעמים אלה יש לצפות כי במצבים שבהם חברת הביטוח מפרה את החוזה לא תמיד ישולם על ידיה פיצוי מלא כנדרש, ובהיעדר מנגנון הרתעה אפקטיבי יאלצו מבוטחים להסתפק בתשלום "פשרה" חלקי. כדי לתקן כשל זה דיני הביטוח בשיטות שונות מעניקים למבוטח זכות לפיצויים עונשיים בנסיבות שבהן ההפרה מכוונת.⁶⁹ מנקודת המבט הכלכלית ראוי שגובה הפיצוי העונשי ישקף עד כמה שניתן את חומרת ההפרה, הנמדדת על פי ההסתברות שהיתה צפויה לכתחילה כי החברה המפרה תחמוק מן החבות המלאה.

פיצוי עונשי עשוי להיות רצוי גם במצבים שבהם ההפרה היא בלתי יעילה בעליל. הפרות שאין בכוחן לשפר את הרווחה אלא הן משקפות מהלך אופורטוניסטי גרידא – רצוי להרתיען ולא רק לתמחרן. למשל, איום בהפרת חוזה שאינו מונע משינוי נסיבות אוביקטיבי אלא רק מן הכוח לנצל את נזקקותו של המאויס ופגיעותו – אינו משרת מטרה לגיטימית, וטוב להרתיעו. במצבים אלה אין מתעורר החשש כי פיצויים עונשיים ירתיעו הפרות יעילות, ובשל האפשרות לפגמים שונים בהפעלת מנגנון האכיפה הרגיל מוטב למנוען.

מקובל להצדיק פיצויים עונשיים כאמצעי להגנה על "קדושת החוזה". ברוח זו קבע בית המשפט העליון כי "חוזה יש לקיים, ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתו, כי בכך מעודדים בני האדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם".⁷⁰ האספקלריה של הגישה הכלכלית מצביעה בהקשר זה על פרדוקס, אך גם מציעה דרך לפתרונו. כיצד ניתן להסביר את התפיסה הרווחת שלפיה לחוזה ערך "מקודש"? הרי צדדים מסחריים באים אל החוזה כדי להרוויח. האפשרות להפר ביעילות מגדילה בתורה רווח זה עבור שניהם. מהו הטעם אפוא בראיית הקיום של החוזה כחובה "מקודשת"? אדרבה, הצדדים עצמם יבקשו לאפשר הפרה זו, ואם ייתנו דעתם על כך, אף יכתבו זאת מפורשות בחוזה. עם זאת, וכאן טמון הפרדוקס, גם צדדים מסחריים מתוחכמים עוינים לא פעם את רעיון ההפרה היעילה. גם אם אינם מתארים זאת כפגיעה בקודש, הם רואים זאת כפגיעה באמינות, בביטחון ההסתמכות וכדומה.

מבחינה דוקטרינרית הדין רואה הפרות מכוונות ביתר חומרה מהפרות שאינן בשליטת המפר. המבחן כמובן אינו מבחן של יסוד נפשי, שהרי משטר האחריות בדיני החוזים הוא

69 בישראל קובע סעיף 28 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 כי לבית המשפט סמכות להורות על תשלום עונשי של ריבית, הגבוהה פי שלושה משיעורה הרגיל כאשר המבטח נהג שלא בתום לב. לעומת זאת סעיף 461 להצעת חוק דיני הממונות, שכותרתו "פיצויים לדוגמה", מרחיב סמכות זו באופן ניכר בקבעו כי "בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בודוון".

70 פרשת אדרס, לעיל הערה 51, בעמ' 278.

בעיקרו של דבר משטר של אחריות מוחלטת. ובכל זאת, הדין רואה בהפרה מכוונת התנהגות בלתי ראויה, אופורטוניסטית, במיוחד אם מטרתה להעצים את רווחי המפר, ולא רק למזער את הפסדיו. אכן, זהו מאפיין של הדין שקשה להגדירו במדויק, וקשה עוד יותר להעמידו על יסודות נורמטיביים. במסגרת הניתוח הכלכלי של המשפט נעשו כמה ניסיונות להסביר את העמדה המחמירה כלפי ההפרה המכוונת.⁷¹ למשל, אפשר לפרש את היחס המחמיר כלפי ההפרה המכוונת כביטוי להערכה כי הפרה זו מעידה גם על הפרות נוספות שבוצעו ושלא שולם בגינן פיצוי. קיימות הפרות המגלות דבר מה סמוי על אופיו של הצד המפר. הן עשויות ללמד למשל כי המפר אינו שועה לנורמות מקובלות, או שאינו מחשיב את המוניטין העסקי שלו, או כי המפר לא נזהר מספיק ולא השקיע כנדרש בהפחתת סיכונים, ועל כן מצא עצמו ניצב אל מול עלות ביצוע גבוהה במיוחד, או כי המפר מאמין שלא ייתפס. המשותף לאפשרויות אלה הוא שהן מבססות את הסברה שלפיה נטיית ההפרה של המפר גבוהה מן הממוצע, והיות שהפרות אינן תמיד נצפות, הרי שגילוייה של ההפרה מעלה את הסבירות כי קיימות הפרות אחרות כמותה. הפיצוי העונשי עשוי אפוא לשקף תובנה זו ולשמש מנגנון להרתעה – לא רק מפני ההפרה שנצפתה אלא גם מפני הפרות אחרות שהפרה זו היא רק אינדיקציה לקיומן.⁷²

(ז) פיצויים מוסכמים

תניית פיצוי מוסכם היא הוראה שכיחה שבאמצעותה מחליפים הצדדים את ברירת המחלוקת הסטוטורית בהוראה המתאימה יותר לעניינם. עקרון הבסיס של חופש החוזים, הנשען על ההכרה כי הצדדים מכירים את צורכיהם טוב מן המחוקק או השופט, מורה על אכיפתן של תניות אלה. אולם הלכה למעשה הדין פיתח יחס מיוחד לתניות פיצוי מוסכם, והוא בוחן אותן בעין קפדנית. נדון להלן בהצדקות ובקשיים העולים מגישה קפדנית זו, אך לפני כן נסביר מדוע נזקקים הצדדים לפיצויים מוסכמים ומדוע אין הם מסתפקים בכללי התרופות הדיספוזיטיביים.

טעם ברור אחד לאימוצה של תניית פיצוי מוסכם נעוץ בשאיפה לחסוך בעלויות. אם החוזה נוקב בגובה הפיצויים, הרי שאין צורך לאמוד את נזקי ההפרה בבית המשפט. הליך יקר של בירור עובדות מוחלף בהליך מקוצר של קריאת החוזה. חשיבותו של רציונל זה מצומצמת יחסית כאשר נזקיו של הנפגע ניתנים לאומדן באמצעות פרמטרים שוקיים. אך חשיבותו רבה כאשר אין בכוחם של הפרמטרים השוקיים לשקף את היקפו של הנזק. כך

71 ראו Omri Ben-Shahar, Ariel Porat, *Foreward: Fault in American Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1341 (2009).

72 Oren Bar-Gill, Omri Ben-Sahar, *An Information Theory of Willful Breach*, 107 MICH. L. REV. 1479 (2009).

למשל, כאשר מוכר מפר חוזה לאספקת מוצר צרכני, הרי שהנזק לקונה, המתבטא בצורך לרכוש מוצר חליפי, ככלל אינו קשה להערכה ומגולם בפער שבין המחיר החוזי למחיר השוק בעת רכישת המוצר החליפי. אך הנזק לקונה הנובע מאבדן רווחים או מאבדן התועלת שמוצר או שירות ייחודי היה מעניק לו (למשל צילום טקס חתונה), אינו ניתן לאומדן כספי פשוט. תניה בחוזה המצמידה מחיר לתוצאות אלה מייתרת את הצורך באומדן ומוזילה את עלויות ההליך. זאת ועוד: אם ההליך פשוט וזול יותר, אף עולה הסיכוי כי הנפגע אכן יפנה לקבלת תרופה. במילים אחרות, האיום המרומז של צד לחוזה: "אם תפר, אתבע אותך על מלוא הנזק בבית משפט", הוא איום אמין יותר כאשר הליך האכיפה הוא זול. ואם האיום אמין ומשכנע יותר, השפעתו ההרתעתית חזקה יותר. יוצא אפוא שאכיפת תניות פיצוי מוסכם מרתיעה מפני הפרות אופורטוניסטיות ומחזקת את החיוב החוזי.

טעם אחר לקביעת פיצוי מוסכם מקורו ברצון הצדדים לשנות את התוצאות ה"ביטוחיות" של החוזה. כאמור, פיצוי על הפרה הוא סוג של ביטוח בגין נזק פוטנציאלי. ככל מגנון ביטוחי ערכו תלוי ביחס של הצדדים לסיכון. צדדים הרגישים במיוחד לסיכון יבקשו פיצוי מלא. אחרים יסתפקו בכיסוי חלקי ויעדיפו "ביטוח עצמי". הפרספקטיבה הביטוחית חשובה הואיל ותניות פיצויים מוסכמים, כמו כל פוליסת ביטוח, עולות כסף. מוכר המעניק תניית פיצויים נדיבה לקונה יגלם את עלותה במחיר החוזי. למשל, מוכרים המעניקים ללקוחותיהם "אחריות" גובים עליה תשלום ישיר או עקיף. אכן, יש קונים המבקשים אחריות רחבה יותר ורוכשים זאת מן המוכר, ויש כאלה המעדיפים לשאת בסיכון בעצמם ולשלם מחיר נמוך יותר. הואיל ומתקשרים נבדלים בהעדפות הסיכון שלהם, דין המאפשר להם לבחור בהסדר התפור למידותיהם עדיף על פני דין הגוזר לכולם גזרה שווה. דין זה לא רק מאפשר תמחור נכון של החוזה אלא אף מאפשר למוכר לקבוע את היקף השקעתו בזהירות ובמאמץ לפי מידת הסיכון שראוי כי יישא בה.

לעתים פיצויים מוסכמים משמשים מטרת נוספות, למשל כאמצעי לאיתות מידע. כפי שהדגמנו בדיון על כללים קוגנטיים, צד עשוי לעתים להטיל על עצמו נטל כבד ובלתי יעיל רק כדי לאותת על יכולותיו. כשם שהטווס הזכר מוכיח את איתנותו על ידי העמסת נטל מיותר ובלתי יעיל של נוצות כבדות ומסורבלות, כך הספק האיתן מאותת ללקוחותיו על אמינותו באמצעות נטילת חיוב מוגבר בפיצויים בגין הפרה. איתנות זה עשוי כאמור להיות בלתי יעיל: בעוד שעלותו עשויה להיות גבוהה, ערכו החברתי מוטל בספק. לשם הדגמה נניח כי שניים מתחרים על הזכות לכרות חוזה עם צד שלישי. נניח כי לשניהם כישורים זהים, אך עובדה זו אינה ידועה לצד השלישי. בעולם ללא אפשרות איתות היה הצד השלישי נאלץ לבחור ביניהם באופן רנדומלי. בעולם שבו אפשר לאותת, ירצה כל אחד מהם להוכיח את כישוריו ויישא בעלות האיתות. אולם, בנסיבות אלה אין לאיתנות כל ערך חברתי, משום שלנוכח כישוריהם הזהים לא ישביח המידע שישודר את איכותה של הבחירה.

לאור תובנות אלה ניתן כעת לבחון את הכלל הנוהג, שלפיו פיצויים מוסכמים הם ככלל אכיפים, אך לבית המשפט סמכות להפחיתם אם הם חורגים באופן ניכר מגובה הנזק, כפי

שהיה צפוי בעת הכריתה.⁷³ במבט ראשון הכלל נראה ראוי, שכן הוא עולה בקנה אחד עם ההסברים שהוצגו באשר לסיבת קיומן של תניות לפיצוי מוסכם: מחד גיסא הדין אוכף את התניה כאשר אין היא חורגת באופן מהותי מגובה הנזק, ובכך הוא מאפשר לצדדים לחסוך בעלויות, לעצב תמריצי ביצוע נאותים ולחלק נטלי הסיכון. מאידך גיסא בית המשפט עשוי שלא לאכוף פיצויי-יתר, ובכך למנוע מן הצדדים ליטול על עצמם נטל כבד מדי למטרות איתות, באופן שיחייבם לדבוק בחוזה גם כאשר אינו יעיל עוד. אמנם שלילת האכיפה במקרה זה מונעת מן הצדדים את האפשרות לאותת מידע, אך מניעה זו עשויה להיות יעילה לאור עלויותיה.

אולם מבט נוסף מאיר גם קושי בכלל המסייג את אכיפותו של הפיצוי המוסכם. מקורו של הקושי הוא בהשפעתו של הכלל על עלויות הדיון. האפשרות כי התניה תימצא בלתי ראויה לאכיפה מחייבת את בית המשפט להעבירה תחת שבט הביקורת. המפר המתנגד לה אינו חשוף עוד לפסק דין בסדר דין מקוצר. תחת זאת בכוחו לגרור את התובע לדיון ארוך ומפרך בדבר הקשר שבין אבדן הרווחים שהיה צפוי בעת הכריתה לבין גובהו של הפיצוי המוסכם. המטרה לחסוך בעלויות הדיון עלולה אפוא להיות מסוכלת. כזכור מטרה זו היא אשר הניעה את ההתנאה על תרופת הפיצוי מלכתחילה: באמצעותה צד ביקש לחסוך לעצמו את הצורך להציג מידע, להוכיח, לחשוף את פנקסיו ולקיים הליך פורנזי של בירור עובדות בדיעבד. הדין המחייב השוואה בין הפיצוי המוסכם לאבדן הרווחים הצפוי מחזיר אל לב הזירה את הבירור הדקדקני של גובה הנזק. תחת זאת דין האוכף פיצויים מוסכמים ללא מסגרת היא מעניק לצדדים בדיוק את שביקשו. נוסף על כך יש לזכור כי אפילו אם האחריות היא עונשית במובן מסוים, הרי שיש לשער כי הנפגע שילם עבורה מחיר מלא.

3. הגבלות על זכות הפיצוי

בפרק זה יידונו מצבים שבהם הנפגע מן ההפרה אינו זכאי להיפרע מלוא נזקו. הדין החוזי מטיל כמה מגבלות על זכות הפיצוי. ראשית, הנפגע אינו זכאי לפיצוי בגין נזק שהיה יכול להקטין או למנוע; שנית, הנפגע אינו זכאי לפיצוי בגין נזק שלא היה צפוי למזיק בעת הכריתה; ושלישית, הנפגע עשוי שלא להיות זכאי לפיצוי בגין נזק ספקולטיבי בלתי ודאי.

(א) הקטנת הנזק ואשם תורם

דוקטרינות האשם התורם והקטנת הנזק נשענות על הצדקות דומות. כפי שמוסבר בהרחבה בפרק העוסק בדיני הנזיקין, מניעת נזקים יעילה מחייבת לעתים מאמץ משותף של המזיק ושל הניזוק. השקעה במניעה היא יעילה אם היא מבוצעת בידי מי שיכול לבצע בעלות

73 סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16.

הנמוכה ביותר, ולעתים דווקא לניזוק יכולת מניעה עדיפה. אך חשוב מכך: ייעול התמריצים מיטיב עם שני הצדדים כאחד ואינו משפיע על חלוקת העושר ביניהם. זהו ההבדל בין שיפור פרטו לבין שיפור קלדור-היקס. ביחסים חוזיים כלל המביא להגדלתה של העוגה החוזית אף מביא להגדלתו של החלק שזוכה בו כל אחד מן הצדדים. הטלת האחריות על הנפגע אמנם מצמצמת את זכותו לפיצוי, אך במקביל היא מובילה לירידה במחיר החוזי שעליו לשלם בעת הכריתה. אם הטלת האחריות על הנפגע היא יעילה, הרי ששני הצדדים יצאו מכך מרווחים. כך למשל, אם פוטרים את היצרן מאחריות בגין פגם אשר נגרם באשמו התורם של הצרכן, הרי שמחיר המוצר ירד. כל עוד הצרכן הוא המונע היעיל יותר של הנזק, הרי ששיעור ירידת המחיר יעלה על עלות המניעה, ומצבם של שני הצדדים ישתפר. במקרים רבים לנפגע יכולת בלעדית להקטין את הנזק. למשל, אם הקונה מודיע על הפרת חיובו לרכוש מוצר, הרי שרק המוכר יכול לעצור את תהליך הייצור ולחסוך בעלויות. רק הוא יכול לבטל את המשלוח או למכור את המוצר ללקוח חלופי. מאחר שרק לו נתונה האפשרות לבצע פעולות אלה, רצוי להטיל את הנטל עליו. התמריץ להקטין את הנזק עשוי להתקיים גם בהיעדר חובה משפטית ברוח זו, אם הנפגע מאמין שיתקשה לממש את זכותו לפיצוי מלא (למשל אם אין דרך להיפרע מן המפר). במקרה זה מובן כי הנפגע, הנושא לפחות באופן חלקי בנזקי ההפרה, ישאף להקטינם.

(ב) מבחן הצפיות

כלל עתיר מסורת בדיני החוזים מגביל את זכות הפיצוי אך לנזקים שהמפר היה יכול לצפותם בעת הכריתה. אם הנפגע סבל נזק ייחודי, נדיר, אשר אינו מתרחש באופן טיפוסי בנסיבות דומות, הרי שזנזק זה אינו מקיים את מבחן הצפיות ועל כן אינו מפוצה. השאלה הגדולה שמעלה כלל זה היא כמובן כיצד יש לתחום את גבולותיה של הצפיות. זוהי בעיה חמקמקה, ובתי משפט נזקקים לא אחת למבחנים רטוריים. הגישה הכלכלית עשויה לסייע במלאכה על ידי איתורה של אמת מידה יישומית.

בעיית הצפיות מתעוררת כל אימת שהנזק שעלול לנבוע מן ההפרה הוא "משתנה מקרי", כלומר נזק המשתנה מניזוק לניזוק. במצב מסוג זה על הדין לבחור באחת משתי גישות: על פי גישה אחת, היא גישת האחריות המוגבלת, הניזוק זכאי לפיצוי כפי נזקו, ובלבד שזנזק זה אינו עולה על הרמה הממוצעת, המקובלת והשכיחה. זו משמעותה של דרישת הצפיות. על פי גישה זו יש לזהות את הנזק השכיח ולקבעו כתקרה לפיצוי. הגישה השנייה היא גישת האחריות המלאה, לפיה כל ניזוק זכאי לפיצוי מלא, ללא הגבלה או תקרה.

נבחן כעת את ההבדל שבין שתי הגישות.⁷⁴ טלו חוזה הובלה שמתקיימים בו הנתונים הבאים: המוביל הוא המפר הפוטנציאלי; הלקוח עלול לסבול נזק "רגיל" או נזק "מיוחד"; הנזק הרגיל הוא השכיח, הנמוך, ואילו הנזק המיוחד מתרחש לעתים רחוקות יותר והוא גבוה בהרבה; המוביל אינו מגלה את היקף הנזק בפועל אלא לאחר ההפרה, אך הלקוח מודע לגובה הנזק כבר בעת כריתת החוזה; ולבסוף נניח כי שוק ההובלה הוא תחרותי, כך שהמחיר משקף את עלות ההובלה (הנחה זו רק מפשטת את הדיון, ואיננה משנה את לקחיו).

פיצוי: תחת כלל האחריות המוגבלת, הלקוחות כולם זוכים בפיצוי בגין נזק "רגיל" אף אם נזקם בפועל גבוה יותר. לעומת זאת תחת משטר של אחריות מלאה ללקוחות זכאים לפיצוי בגין נזקיהם בפועל.

מחיר: בהשוואה שבין שני המשטרים, מחיר ההובלה יהא גבוה יותר תחת משטר האחריות המלאה, משום שיהא עליו לשקף את נטל הפיצוי הכבד יותר המוטל על המוביל תחת משטר זה (נזכור שהמוביל אינו יכול לזהות בעת גביית המחיר מי מן הלקוחות יטיל עליו נטל פיצוי גבוה יותר). יש לשים לב כי משטר של אחריות מלאה יוצר סובסידיה צולבת: הלקוחות בעלי הנזק הרגיל מממנים את הלקוחות בעלי הנזק המיוחד. הואיל וכולם משלמים את אותו המחיר אך הלקוחות המיוחדים זוכים בפיצוי גבוה יותר, באופן אפקטיבי הלקוחות הרגילים מסבסדים את הפיצוי הנוסף שזוכים בו הלקוחות המיוחדים. דומה הדבר לביטוח רפואי הכולל מבטחים בריאים וחולים שכולם משלמים את אותה הפרמיה. הבריאים מסבסדים את החולים כשם שבעלי הנזק הרגיל מסבסדים את בעלי הנזק המיוחד. **החזרה:** כלל האחריות הוא כזכור דיספוזיטיבי גרידא, והצדדים רשאים להתנות עליו. כיצד מושפע התמריץ להתנות על הכלל הדיספוזיטיבי תחת כל אחד מכללי האחריות? תחת משטר האחריות המוגבלת נפגעים שנזקם "רגיל" יותירו את הכלל על כנו ולא יבקשו לשנותו. אין להם צורך באחריות מוגברת משום שנזקם מפוצה במלואו ממילא. אך נפגעים בעלי נזק מיוחד יבקשו לשנות את הכלל, כדי שיפוצו על מלוא נזקם. כל עוד עלויות העסקה אינן גבוהות מדי, יתקבל אפוא "שיווי משקל מפריד", שבגדרו יוצע חוזה אחר לכל סוג של לקוחות. הלקוחות הרגילים יאמצו את ברירת המחדל מן הדין, יזכו בפיצוי רגיל וישלמו מחיר נמוך, ואילו לקוחות בעלי נזק מיוחד יאמצו הוראה חדשה המרחיבה את זכות הפיצוי וישלמו על כך מחיר נוסף.

תוצאה הפוכה תתקבל תחת משטר האחריות המלאה. לקוחות בעלי נזק מיוחד יותירו את ברירת המחדל על כנה, שכן נזקם יפוצה במלואו והם לא ייזקקו לכיסוי נוסף. אך לקוחות בעלי נזק רגיל יבקשו להתנות עליה באופן שיצמצם את הכיסוי הביטוחי ויקבע

74 ראו Bebachuk & Shavell, לעיל הערה 35.

תקרה בגובה הנזק הרגיל. התנאה זו תהא רצויה להם משום שתתלווה לה הנחה במחיר. כל עוד עלויות עסקה אינן גבוהות מדי, ייווצר שוב שיווי משקל מפריד, זהה לחלוטין לזה שיווצר תחת משטר האחריות המוגבלת.

עלויות עסקה: למרות השקילות שתוארה לעיל בתוצאות, המשטרים שונים זה מזה בפרמטר אחד חשוב: זהות הקבוצה שתבקש להתנות על הדין הדיספוזיטיבי. בעוד שתחת האחריות המוגבלת בעלי הנזק המיוחד יתנו על ההוראה, תחת אחריות מלאה יהיו אלה בעלי הנזק הרגיל. ההבדל הוא אפוא בשכיחות ההתנאה על הדין: בעוד שתחת משטר האחריות המוגבלת ההתנאה תתרחש במקרים מיוחדים בלבד, שהם מטבע הגדרתם נדירים יותר, תחת משטר האחריות המלאה ההתנאה תידרש במרבית המקרים. לפיכך לכלל האחריות המוגבלת יתרון, הנובע מהשפעתו על עלויות העסקה.

נמצא אפוא שההצדקה הכלכלית למבחן הצפיות היא חיסכון בעלויות עסקה. זוהי כמובן אפליקציה של תאורמת קוז, הקובעת כי כל עוד יכולים הצדדים להתנות על הדין, הבחירה בין משטרים משפטיים משפיעה רק על גובה עלויות העסקה אך לא על התוצאה המהותית. עולה מכך שכאשר נדרש בית המשפט לקבוע אם נזק מסוים מקיים את מבחן הצפיות, למעשה עליו לשאול עצמו האם מרבית הצדדים היו רוכשים זכות לפיצוי בגין נזק כזה, או שמא מרביתם היו מוחלים עליה. קריטריון זה, הוא אשר צריך להדריך את בית המשפט ולתחום את גבולותיה של חובת הצפיות.

(ג) ודאות הנזק

מגבלה נוספת על זכות הפיצוי נוגעת לנזקים ספקולטיביים, בלתי ודאיים. אם התובע אינו יכול להוכיח את מלוא נזקו, הרי שככלל אין הוא זכאי לפיצוי מלא. מגבלה זו מפורשת בדרך כלל כנובעת מקושי ראיתי: פשיטא כי נזק שאינו ניתן להוכחה, ולו במידת ודאות מינימלית, אין לזכות בגינו בפיצוי. אולם הניתוח הכלכלי של דיני החוזים אף מאיר טעמים שבדין המהותי שבגינם רצוי לעתים לשלול פיצוי על נזק ספקולטיבי. טעם אחד לכך הוא כי שלילת הפיצוי עשויה לעלות בקנה אחד עם עקרון הקטנת הנזק: נזקים ספקולטיביים לעתים קרובות ניתנים למניעה על ידי הנפגע, ועל כן ראוי להטילם עליו.

אולם קיים טעם נוסף, עמוק יותר. סעד הפיצוי עשוי לגבש הרתעה יעילה מפני הפרה, בשתי דרכים חלופיות: דרך אחת היא לחייב את המפר בפיצוי על נזקיו של הנפגע כפי שהתממשו בפועל; ואילו דרך שנייה היא לחייבו בפיצוי בגובה תוחלת הנזק, כפי שנחזתה בעת ההפרה. על פי הדרך השנייה, הנפגע עשוי לזכות בפיצוי העולה על נזקו או בפיצוי הנופל מנזקו; אך שתי הדרכים מובילות לרמת הרתעה זהה, משום שבשתייהן הסנקציה שרואה המפר לנגד עיניו בעת ההפרה היא בעלת אותה התוחלת.

דיני החוזים ככלל פועלים על בסיס הגישה הראשונה, המבקשת להתאים את הפיצוי לנזק שמומש בפועל. אולם לא תמיד הם פועלים כך. במקרים מסוימים הפעלתה של גישה זו אינה אפשרית, משום שערכו הקונקרטי, הממומש, של הנזק אינו ידוע. למשל, אם החוזה שהופר מנע מצד להשתתף בתחרות שבה היה סיכוי ידוע לזכייה ידועה, תוצאת התחרות אינה ניתנת להוכחה, ואי אפשר לפסוק פיצוי התואם באופן מדויק את הנזק. עם זאת אפשר במקרה זה לבחור בגישה השנייה ולפצות בתוחלת הזכייה. בדומה לכך, אם החוזה שהופר מנע מן הנפגע את ההזדמנות לבצע השקעה ספקולטיבית, הרי שניתן לפסוק פיצוי בגובה תוחלת התשואה על אותה השקעה.

אולם הניתוח הכלכלי עשוי לתמוך באימוצה של הגישה השנייה אפילו כאשר ערכו הממומש של הנזק נודע בדיעבד וניתן להוכחה. מתברר כי קיימים טעמים כלכליים כבדי משקל להעדיף גישה זו גם במקרים אלה. שיקול אחד נוגע לעלויות המערכת: פסיקת נזק ממוצע היא לעתים פשוטה וזולה יותר משום שאין היא מצריכה הליך בירור עובדתי והבאת ראיות בדיעבד. שיקול אחר, והוא העיקר, הוא כי פסיקת נזק ממוצע מפגיח חשש לפיצוי-יתר. נדגים זאת באמצעות דוגמה מפסק דין אנגלי ידוע.⁷⁵

נניח כי מוכר וקונה התקשרו בחוזה שלפיו התחייב המוכר לספק לקונה סחורה – 100 טון סוכר – בתאריך נתון. המוכר קיים את חלקו אך עשה זאת באיחור של חודש ימים. בדיעבד הסתבר שהאיחור פגע בקונה הואיל ומחיר השוק של הסוכר ירד במהלך החודש ב-50 שקלים לטון. הקונה, אשר התכוון למכור את הסחורה במחיר השוק מיד לאחר האספקה, נאלץ אפוא למכרה במחיר נמוך יותר, ובכך ספג נזק של 5,000 שקלים. במצב כזה בית משפט, המאמץ את הגישה הרווחת, יפסוק פיצוי בסך 5,000 שקלים, מן הנימוק שירידת מחיר היא נזק צפוי. אך קביעה זו מעוררת קושי. בעת ההפרה כל שידוע היה למפר הוא כי המחיר הוא תנודתי. הוא עשוי לרדת, ובאותה המידה הוא עשוי לעלות. אמנם בפועל המחיר ירד ב-50 שקלים ועל כן האיחור פגע בלקוח, אך באותה מידה הוא היה עשוי לעלות ב-50 שקלים ולהיטיב עמו. תוחלת הנזק בעת ההפרה היתה אפוא 0 (!) ועל כן אין כל הצדקה לפצות בגין ירידת המחירים. לכל היותר הנזק הצפוי בעת ההפרה מתבטא במחיר הזמן – הריבית המשולמת בשוק בגין העיכוב כשלעצמו. לו שאלו עצמם הצדדים בעת הכריתה האם ראוי להשקיע משאבים במניעת הפרה שתוחלת נזקה 0 (להוציא כאמור את הנזק המתבטא במחיר הזמן), הרי שהם היו משיבים בשלילה. לפיכך הדין התרופתי הדיספוזיטיבי אינו מקיים במקרה זה את תפקידו החקייני.

75 Richard A. Kufos v. Czarnikow, LTD (The Heron II) [1967] 3 All ER 686, ראו גם Epstein, *Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract*, 18 J. LEGAL STUD. 105 (1989).

דרך אחרת לראות את אותה הנקודה היא לשאול כיצד היתה משפיעה עלייה של מחיר הסוכר במשך החודש על זכויותיהם היחסיות של הצדדים. במצב דברים זה היתה ההפרה מעשירה את הקונה. אך הדין הנוהג במקרה זה לא היה מכיר בעילת תביעה של המפר, המבקש לקבל לידי את הרווחים שנצמחו מהפרתו. רווחים אלה היו נותרים בידי של הקונה. יוצא אפוא שכאשר תוחלת הנזק של ההפרה היא 0, הגישה הנוהגת מחייבת את המפר כאשר הנזק הממומש חיובי אך אינה מזכה אותו כאשר הנזק הממומש שלילי. ברי כי במצב דברים זה התמריץ להימנע מן ההפרה הוא כבד מדי, שכן עלותה הפרטית של ההפרה מנקודת מבטו של המפר גבוהה מעלותה החברתית. לפיכך במצבים שבהם נזקי ההפרה הם ספוקלטיביים בעת ההפרה, קיים יתרון בקיבוע הפיצוי בגובה תוחלת הנזק באותה העת.

פרק ה: הגנת הצרכן

מאת

שמואל בכר, * אורן בר-גיל**

א. מבוא. ב. כשלי שוק ועסקות צרכניות; 1. מידע חסר; 2. רציונליות חסומה; 3. מידע חסר, רציונליות חסומה וחוזים אחידים צרכניים; 4. סיכום ביניים: על חוזים צרכניים ומוצרים צרכניים. ג. תגובות רגולטורית; 1. "פטרנליזם רך" והטרוגניות צרכנית; 2. גישור על פערי המידע וצמצום: גילוי מידע ואיסור על פרסומות מטעות; 3. כללי בררת מחדל; 4. "תקופות צינון" וזכות חרטה צרכנית; 5. חוזים מתמשכים; 6. מעבר לפטרנליזם רך; 7. אכיפה. ד. סיכום.

א. מבוא

הגישה המסורתית של דיני הגנת הצרכן מניחה כי הצרכן מצוי בנחיתות מתמדת במערכת היחסים עוסק-צרכן.¹ על פי גישה זו, לעוסקים יש ניסיון, משאבים, ייעוץ מקצועי, יכולת להשפיע על מעצבי המדיניות, אינטרס כלכלי להתארגן וכוח כלכלי רב. צרכנים אינם נהנים מכל אלו. הם חשופים למניפולציות מצד תאגידיים, שכל מטרתם הוא מקסום שורת הרווח במאזניהם. לפיכך דיני הגנת הצרכן מושתתים על ההבנה כי פערי הכוחות הטיפוסיים שבין הצרכן לבין העוסק מחייבים התערבות משפטית רגולטורית שתגן על הצרכן מפני כוחו העודף של העוסק.

לניתוח הכלכלי של המשפט נקודת מוצא שונה בתכלית. הניתוח הכלכלי מראה שכוחות השוק יכולים להגן על הצרכנים אף בהיעדר התערבות משפטית. כוחם הקולקטיבי של הצרכנים רב. קיומה של הפירמה ורווחיה מותנים בהחלטות הצרכנים ובהעדפותיהם. פירמה

* בית הספר למשפטים, המכללה למנהל.

** בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק.

1 להלן נשתמש גם במונחים דוגמת לקוחות, קונים, רוכשים וכדומה כדי להתייחס לצרכנים, ובמונחים דוגמת מוכרים, יצרנים, ספקים, פירמות וחברות כדי להתייחס לעוסקים.

אשר אינה פועלת למקסום העדפות הצרכנים תחווה ירידה חדה בביקוש למוצריה ותיעלם מהשוק. לפיכך הניתוח הכלכלי של המשפט דוחה את ההנחה המסורתית של דיני הגנת הצרכן שלפיה על המשפט להיחלץ, באופן כמעט אוטומטי, להגנתם של הצרכנים. אולם הניתוח הכלכלי אינו שולל את הצורך בהתערבות משפטית. ההתערבות המשפטית יכולה להיות מוצדקת, על פי הניתוח הכלכלי, כאשר קיים כשל שוק. כלומר, כאשר כוחות השוק אינם פועלים כנדרש כדי למקסם את העדפות הצרכנים. הניתוח הכלכלי מכיר בכמה כשלי שוק. בפרק זה נתמקד בשני כשלי שוק החשובים במיוחד לניתוח הכלכלי של שווקים צרכניים. כשל השוק הראשון הוא "מידע חסר". הכשל השני הוא "רציונליות חסומה". תחילה למידע חסר. כוחות השוק פועלים היטב כאשר לצרכנים יש מידע מלא על המוצר שהם רוכשים ויכולת להשוות בין המוצר הנרכש לבין המוצרים האחרים המוצעים בשוק. עם מידע כזה צרכנים ידעו לבחור את המוצר התואם את העדפותיהם, ופירמות יספקו מוצרים הממקסמים העדפות אלו. מנגד כאשר המידע שבידי הצרכנים מוגבל, הם עלולים לבחור מוצרים שאינם ממקסמים את העדפותיהם. אז לא יהיה לפירמות תמריץ חזק מספיק לספק מוצרים הממקסמים את העדפות הצרכנים.

כשל השוק השני הוא רציונליות חסומה. צרכן רציונלי יודע כיצד להתמודד עם מידע חסר, והוא יהיה מסוגל לקבל החלטות סבירות גם בתנאי אי־ודאות. לא כך צרכן שהרציונליות שלו חסומה. צרכן זה לא ידע להעריך נכונה את המידע העומד לרשותו או את הנפקויות של המידע החסר לו. לעתים הוא אף עלול שלא להכיר בכך שחסר לו מידע. לפיכך רציונליות חסומה עלולה להחריף את כשל השוק הנובע ממידע חסר.

בחלק ב נראה כי התערבות חקיקתית פרו־צרכנית יכולה להיות מוצדקת על רקע כשל השוק של מידע חסר ועל רקע הרציונליות החסומה של צרכנים. באופן ספציפי נרחיב בניתוח כלכלי של חוזים צרכניים המהווים "צוהר" אל דיני הצרכנות. דיון זה ימחיש שתכופות אין די בכוחות השוק כדי להביא לשיווי משקל שבו ספקים מציעים חוזים יעילים הממקסמים את רווחת הצרכנים. כן נראה כיצד הדיון בחוזים אחידים והתבוננות הנגזרות מדיון זה רלוונטיים לדיני הצרכנות באופן כללי יותר.

לאחר הדגמת כשלי השוק והשלכותיהם בחלק ב נעבור בחלק ג לבחינת התגובות המשפטיות הראויות. מכיוון שכשל שוק הוא הצדקה פוטנציאלית להתערבות משפטית, ראוי שאופן ההתערבות יהלום את הסיבה לכישלונם של כוחות השוק. במסגרת זו נבחן את דרכי התגובה האפשריות העומדות בפני המחוקק ונעמוד על היתרונות והחסרונות המרכזיים הטמונים בדרכי תגובה אלו. תחילה נספק את הרקע העיוני ההכרחי לבחינת יעילותם של אמצעי ההתערבות הרגולטוריים. על רקע זה נבחן תגובות רגולטוריות קונקרטיות. נדון בחובות גילוי ובאיסור על פרסומות מטעות, בכללי בררת מחדל וב"תקופות צינון" וזכויות חרטה הנתונות לצרכנים. לאחר מכן נדון בסוגיות ספציפיות

המתעוררות במסגרת יחסי עוסק-צרכן אגב כריתת חוזים מתמשכים ובעת קיומם. לבסוף נתייחס בקצרה לסוגיית האכיפה. נסכם בחלק ד. חשוב לציין כבר כעת כי איננו מתיימרים לדון במסגרת פרק זה בכל הסוגיות המתעוררות בדיני הגנת הצרכן. מטרתנו היא להציג את עקרונות הניתוח הכלכלי ולהמחיש את אופן יישומם בתחום הגנת הצרכן באמצעות כמה דוגמות מרכזיות. מובן שאין להסיק מכך שהניתוח הכלכלי אינו רלוונטי לסוגיות שעליהן נאלצנו לפסוח.

ב. כשלי שוק ועסקות צרכניות

הניתוח הכלכלי מוכיח כי כאשר מוכרים פועלים בשוק תחרותי,² והקונים פועלים באופן רציונלי ועל סמך חשיפה למידע מלא על המוכרים ועל מוצריהם, כוחות השוק יביאו למקסום רווחת הקונים. המקסום מתבטא בכך שהמוכרים יספקו מוצרים באיכות אופטימלית (לאו דווקא מקסימלית) ובמחירים אטרקטיביים. עסקות וולונטריות ימקסמו את התועלת של הצדדים לעסקה ושל החברה בכללותה. במצב דברים זה אין מקום להתערבות רגולטורית בעסקות הנכרתות בשוק החופשי, ואין צורך להגן על הצרכן באמצעות חקיקה או באמצעים אחרים.³

אולם הנחות היסוד של תחרות משוכללת, היעדר החצנות, מידע מלא והתנהגות רציונלית אינן מתקיימות בשווקים צרכניים רבים, בסוגי עסקות מגוונים ובענפי מסחר שונים. כישלונה של אחת או יותר מהנחות יסוד אלו מערער את יכולתם של כוחות השוק להביא לתוצאה יעילה המקדמת את טובת הצרכנים. במצבים אלו יש מקום לשקול התערבות משפטית.⁴ כיוון שהנחת התחרות המשוכללת מטופלת בפרק העוסק בהגבלים עסקיים, ומכיוון שבעיית ההשפעות החיצוניות חשובה פחות לדיני הצרכנות, נתמקד בשתי ההנחות הנותרות: ראשית, קיומו של מידע אופטימלי; שנית, קבלת החלטות רציונלית על ידי הצרכן.⁵

- 2 הכוונה היא לפעילות בתנאי "תחרות משוכללת". ראו פרק א, בעמ' 47.
- 3 ראו: (2004) 212-214 STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (המחבר מתמקד ברמת הבטיחות של המוצר, אך הניתוח ישים גם בממדי איכות אחרים).
- 4 יצוין שאי-קיומה של אחת או יותר מהנחות היסוד פותח פתח להתערבות משפטית, אך לא בהכרח מצדיק התערבות כזו. אל מול העלויות החברתיות הנגרמות מתחרות מוגבלת, מידע חסר או רציונליות חסומה, יש לשקול את העלויות הכרוכות בהתערבות משפטית.
- 5 לניתוח מצוין של בעיית פערי המידע כהצדקה להתערבות משפטית בשווקים צרכניים ראו אריאל פורת "חוזים אחידים" חוזים ג 729, 739-741 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

1. מידע חסר

בפרק זה נשתמש במונחים "מידע חסר" או "חוסר במידע" (imperfect information) כדי להתייחס למצבים שבהם צד לעסקה מקבל החלטה כאשר מידע רלוונטי לעסקה אינו מצוי בידו. לא כל מידע הקשור לעסקה או לנכס הנרכש הופך מיד למידע רלוונטי החסר לצרכן (מבחינת דיונו). למשל, יצרן מחשב נייד מחזיק באי-ספור פריטי מידע הנוגעים למחשב. אלו כוללים בין היתר את אופן ייצורו של המחשב, רכיביו, החומרים שמהם הוא עשוי, מקום ייצורו ודרך פעולתו. אולם לא כל המידע האמור נדרש לצרכן הטיפוסי לשם קבלת החלטה מושכלת. למשל, לצרכן הממוצע אין המומחיות הנדרשת באלקטרוניקה להבנת אופן פעולתו של מחשב. אך לרוב העובדה כי צרכן אינו יודע כיצד בדיוק עובדים מעגלים חשמליים לא תפגום ביכולתו לקבל החלטה מושכלת בדבר רכישת המוצר. לכן מבחינת דיונו הצרכן אינו סובל מחסר במידע.

חוסר במידע אפוא מתאר מצב שבו צד לעסקה זקוק למידע רלוונטי שאינו בנמצא כדי לקבל החלטה מושכלת. מידע חסר זה יכול להיות בידי הצד השני, אך אין הכרח שכך יהיה. ייתכן שלצרכן חסר מידע רלוונטי הנוגע לעסקה שאינו מצוי כלל בידי הצד השני. למשל, הצרכן אינו יודע מהן ההשלכות הבריאותיות של שימוש תכוף בטלפון אלחוטי או באיזו תדירות הוא ינצל את המינוי בחדר הכושר. אך גם בידי הספק או היצרן מידע זה אינו תמיד מצוי.

חוסר במידע רלוונטי עלול להביא לכריתתן של עסקות שאינן יעילות. להמחשת הטעון נסתייע בדוגמה הפשוטה הזאת: נניח כי צרכן פלוני מעוניין לרכוש בקבוק מיץ תפוחים טבעי. פלוני מוכן לשלם עד עשרה ש"ח עבור המיץ. זהו השווי הסובייקטיבי של בקבוק המיץ בשבילו. עוד נניח כי פלוני אינו מעוניין כל כך בשתיית מיץ שאינו טבעי (למשל: מיץ המהול במים, מיץ הכולל חומרי טעם, ריח או חומרים מייצבים, או מיץ שהושם בו סוכר). הוא מוכן לשלם עבור בקבוק מיץ שאינו טבעי ארבעה ש"ח בלבד. העלות לספק תלויה אף היא בסוג המיץ שבבקבוק. בקבוק מיץ טבעי עולה לספק שישה ש"ח, ואילו בקבוק מיץ שאינו טבעי עולה לו חמישה ש"ח.

פלוני נכנס לחנות. על המדף מונח בקבוק שעליו הכיתוב "משקה תפוחים". תווית המחיר שעל הבקבוק מורה כי מחירו שבעה ש"ח. האם פלוני ירכוש את הבקבוק? אם ירכוש את הבקבוק, האם תהיה זו עסקה יעילה? האם העסקה תביא תועלת לפלוני, או שמא תזיק לו?

פורת מתמקד בסוגיה של ביטול תניות מקפחות בחוזים אחידים או שינוין, אולם הניתוח התאורטי שלו נכון גם באופן כללי יותר.

כצרכן רציונלי פלוני יבין שהמיץ יכול להיות טבעי או לא טבעי. נניח שבקבוקי מיץ הנמכרים בחנויות ועליהם הכיתוב "משקה תפוחים" מכילים ב-60% מהמקרים מיץ טבעי, וב-40% מהמקרים מכילים מיץ שאינו טבעי. עוד נניח שעובדה זו ידועה לפלוני. במונחי תוחלת שווי הבקבוק לפלוני הוא 7.60 ש"ח ($= 4 * 40\% + 10 * 60\%$). לפיכך פלוני ירכוש את הבקבוק.⁶

אם המשקה בבקבוק מתאים להגדרת מיץ תפוחים טבעי, הרי שמדובר בעסקה יעילה. פלוני שיפר את מצבו בשלושה ש"ח. הוא רכש בשבעה ש"ח בקבוק שתייה ששוויו הסובייקטיבי הוא עשרה ש"ח. גם המוכר שיפר את מצבו בשקל אחד. הוא מכר בקבוק שעלה לו שישה ש"ח, בשבעה ש"ח. הרווח המצרפי אפוא הוא ארבעה ש"ח. בקבוק המיץ מוחזק על ידי מי שמעריך יותר את שוויו. זהו מצב של יעילות פרטו,⁷ המושג באמצעות עסקה צרכנית פשוטה. בנסיבות אלו אין מקום להתערבות משפטית.

אולם התשובה תשתנה לחלוטין אם יתברר כי מדובר במשקה תפוחים שאינו טבעי. כזכור, שוויו של משקה שאינו טבעי בשביל צרכן פלוני הוא ארבעה ש"ח בלבד. מכאן שכאשר פלוני רכש את בקבוק המשקה בשבעה ש"ח הוא הפסיד שלושה ש"ח. ודוק: לא רק הצרכן הפסיד מן העסקה. גם הרווחה החברתית הכוללת נפגעה. הנזק הכלכלי שנגרם לצרכן (3- ש"ח) גבוה מהרווח שהפיק הספק (2+ ש"ח). מדובר אפוא ברכישה לא כדאית מבחינתו של הצרכן, ולא יעילה מבחינת הרווחה המצרפית הכוללת.

דוגמה פשוטה זו ממחישה כי כדי לקבל החלטה מושכלת על פלוני לדעת מהי תכולת הבקבוק. עליו לדעת אם הבקבוק מכיל מיץ תפוחים טבעי או משקה תפוחים שאינו טבעי. צרכן המקבל החלטה ללא מידע זה עלול לעשות רכישות שאינן כדאיות, הפוגעות ביעילות הכוללת ואינן הולמות את העדפותיו שלו.

יצוין שהחלטתו של פלוני לרכוש את הבקבוק הייתה, בהתחשב במידע שהיה ברשותו, החלטה נכונה מבחינה כלכלית. במונחי תוחלת הצרכן נהנה מתועלת של 7.60 ש"ח ושילם

6 המחיר שדורש הספק יכול אף הוא להשפיע על הערכתו של פלוני: אם העלות לספק של מיץ שאינו טבעי נמוכה יותר, אזי מחיר גבוה יותר יכול לשמש אינדיקציה לכך שבבקבוק מיץ טבעי. בדוגמה הנוכחית המחיר (7 ש"ח) גבוה בשקל אחד מהעלות לספק של מיץ טבעי, ובשני ש"ח מהעלות לספק של מיץ שאינו טבעי. פלוני יהיה זקוק למידע על כוח השוק של הספק כדי להסיק מהמחיר על טיב המיץ. למרבית הצרכנים לא יהיה מידע מסוג זה. לצורך הדוגמה אפוא אפשר להניח שבקבוקי מיץ הנמכרים במחיר של 7 ש"ח ושעליהם הכיתוב "משקה תפוחים", מכילים ב-60% מהמקרים מיץ טבעי, וב-40% מהמקרים מכילים מיץ שאינו טבעי, ושעובדה זו ידועה לפלוני (בשפה טכנית, ההנחה עתה היא שהסתברויות 60% ו-40% הן הסתברויות מותנות [דהיינו, מותנות במחיר המבוקש]).

7 יעילות פרטו מתייחסת למצב שבו שיפור במצבו של אחד אינה באה על חשבון מצבו של האחר. ראו לעיל פרק א, בעמ' 44 (העוסק בהגדרות ובהקניית תשתית תאורטית).

מחיר של שבעה ש"ח בלבד. רווחת הצרכן היא אפוא 0.60 ש"ח. העסקה אף הייתה יעילה במונחי תוחלת מבחינה מצרפית: כנגד תוחלת תועלת של 7.60 ש"ח עמדה תוחלת עלות של 5.60 ש"ח ($= 5 * 40\% + 6 * 60\%$) בלבד. על כן הרווחה החברתית הכוללת היא שני ש"ח. אך הנקודה היא שמידע מלא היה מונע עסקות לא יעילות, ובכך מגדיל גם את רווחת הצרכן וגם את הרווחה החברתית הכוללת. רווחת הצרכן הרוכש רק מיץ טבעי היא שלושה ש"ח (שכן התועלת לצרכן היא עשרה ש"ח, והוא משלם מחיר של שבעה ש"ח בלבד). זאת לעומת 0.60 ש"ח לצרכן הפועל בתנאים של מידע חסר. בהינתן מידע מלא הרווחה החברתית היא ארבעה ש"ח (שכן התועלת לצרכן היא עשרה ש"ח, והעלות ליצרן היא שישה ש"ח). זאת לעומת שני ש"ח בתרחיש המידע החסר. לפיכך ככל שהמידע החסר שלו זקוק הצרכן מצוי בידי הספק או היצרן, המשפט עשוי להתערב ולהטיל עליהם את החובה לספק מידע זה לצרכן. חובה זו עשויה לקדם כריתתן של עסקות יעילות ולמנוע כריתת עסקות לא יעילות.

התערבות משפטית שעיקרה הטלת חובת גילוי מיושמת בדין הישראלי. ראשית, על פי הגדרות התקינה המחייבות, קיים מדרג הכולל שלושה סוגי משקאות פרי: "משקה", "נקטר" ו"מיץ". "משקה" מכיל כמויות פרי במינון הנמוך ביותר (כ-10%, תלוי בסוג הפרי). לעומת זאת "נקטר" מכיל כמות פרי במינון גבוה יותר (כ-40%-60% פרי), ויצרן המשתמש בכינוי "מיץ" מחויב להשתמש בפרי בלבד (100% פרי).⁸ שנית, יצרנים מחויבים לציין את רשימת הרכיבים שבמוצר המזון, ועל הרשימה להופיע בסדר יורד (כאשר על הרכיב הדומיננטי ביותר להופיע ראשון).⁹ צרכן המודע לכללים אלו יכול להעריך במידה טובה למדי את איכות המשקה שהוא שותה, לפחות בכל הנוגע לרכיבי המשקה ולהיקף הפרי המצוי בו.

יש לזכור כי חובות גילוי אינן תמיד הפתרון האופטימלי. הטלת חובת גילוי כרוכה בעלויות, הן עלות לספקים, אשר בחלקה תגולגל לצרכנים, הן עלויות אכיפה. לפיכך יש לבחון את יעילותה של חובת הגילוי, ובמסגרת זו לבחון אם הגילוי עוזר למספר גדול מספיק של צרכנים.

בנקודה זו ראוי לתהות מדוע ספקים אינם מגלים מידע באופן וולונטרי, מבלי שהגילוי ייכפה עליהם בדין. לכאורה לספק המציע מוצר באיכות גבוהה תמריץ ליידע צרכנים על אודות איכות המוצר כדי להגביר את הסיכוי שצרכנים יקנו אותו ממנו ולא ממתחרה (המציע

8 ראו צו הגנת הצרכן (סימון ואריזה של מוצרי מזון), התשנ"ט-1998, אשר מפנה בפרק התוספת הכללית לתקנים שונים (ראו סעיף 6 לחוק התקנים, התשי"ג-1953) דוגמת: ת"י 776, נקטר פירות, התשמ"ט-1989; ת"י 1071, משקאות קלים מפירות, התשמ"ב-1981; ת"י 52, מיץ הדרים (במיכלים אטומים), התש"ם-1979.
9 תקנות בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשנ"ג-1993.

מוצר באיכות נמוכה). יתר על כן, ספק המיידע את הצרכנים בדבר איכותם הגבוהה של מוצריו יוכל לגבות מחיר גבוה יותר עבורם.¹⁰ בדוגמה לעיל אפוא לספק המוכר מיץ תפוחים טבעי יש אינטרס כלכלי ברור לכתוב על הבקבוק "מיץ תפוחים טבעי" (ולא "משקה תפוחים").

השאלה היא כיצד יכול ספק לגלות לצרכנים, באופן אמין, שאיכות מוצריו גבוהה. הצהרה של הספק כשלעצמה עלולה להיתפס כלא אמינה. כל ספק, גם זה שאיכות מוצריו נמוכה, ירצה להצהיר שהוא מציע מוצרים באיכות גבוהה.

לבעיה זו שני פתרונות עיקריים: הראשון הוא פתרון חוזי. ספק שאיכות מוצריו גבוהה ייתן אחריות על המוצר. לעומת זאת ספק שאיכות המוצר שלו נמוכה יימנע מלהציע אחריות, שכן אצל ספק זה העלות הנלווית למתן אחריות תהיה גבוהה יותר. מוצר באיכות נמוכה יתקלקל בתדירות גבוהה יותר, וצרכנים רבים יותר יבקשו להפעיל את האחריות. הפתרון השני הוא פתרון משפטי: הדין יקבע סנקציה נגד ספק המצהיר הצהרה כוזבת. שני פתרונות אלו עשויים לתמוך בשוק שבו ספקים המייצרים מוצרים טובים, ורק ספקים אלו, יגלו זאת באופן וולונטרי לצרכנים.

אולם לא תמיד אפשר לסמוך על גילוי וולונטרי. כאשר כל הספקים מציעים מוצרים באיכות נמוכה (או חוזים שבהם סעיפים חד-צדדיים לטובתם), לא יהיה מי שיגלה מידע זה לצרכנים. אמנם אחד הספקים הקיימים, או ספק חדש השוקל כניסה לשוק, יוכל להציע מוצר באיכות גבוהה וליידע את הצרכנים בדבר האיכות הנמוכה של מתחריו. אך לעתים יבחר ספק זה להצטרף ליתר הספקים ולהציע איכות נמוכה, בפרט אם המדד הרלוונטי של המוצר (או החוזה) אינו מצוי בתודעה של מרבית הצרכנים.¹¹

מגבלה נוספת של הגילוי הוולונטרי משתקפת בפתרון שבו בחר הדין הישראלי לבעיית המשקאות והמיצים. במקרים רבים ההבחנה בין איכות גבוהה (מיץ טבעי) ואיכות נמוכה (משקה שאינו מיץ טבעי) אינה כה ברורה. קיים מדרג של איכויות ומגוון של תוויות שאפשר להצמיד למוצרים. במצבים אלו אחריות חוזית וסנקציה בגין הצהרה כוזבת אינן אפקטיביות, משום שקשה להוכיח שהספק הפר את תנאי האחריות או הצהיר הצהרה כוזבת. במקרים אלו דרושה התערבות חקיקתית שתכפה הגדרות ותוויות אחידות וקלות

10 ספק שאיכות מוצריו נמוכה לא יפרסם זאת ברבים. אולם צרכנים יסיקו, מעצם שתיקתו, שאיכות מוצריו נמוכה.

11 אפשר כמובן להביא את העניין לתודעה של הצרכנים. אך דבר זה יהיה כרוך בעלות, ולא ברור שהספק ירצה לשאת בעלות זו. אם ישקיע הספק בשכנוע צרכנים ויצליח במלאכת השכנוע, אף אז לא ברור שייחנה מביקוש גבוה יותר למוצריו. סביר כי מתחריו יוכלו לשפר את איכות מוצריהם, ובכך לשמור על לקוחותיהם. ראו גם להלן טקסט סמוך לה"ש 49-51.

להבנה. האחדה זו תסייע לצרכנים לקבל החלטות מושכלות תוך הסתייעות בתוויות ובהגדרות הנקבעות בחקיקה.¹²

2. רציונליות חסומה

עד כאן דנו בהנחה אחת הנדרשת לשם התקיימותם של שווקים צרכניים יעילים: קיומו של מידע מלא. ראינו כי במצבים שבהם אין בידי הצרכן מידע מלא – הוא עלול לשנות בהחלטותיו ולכרות עסקות שאינן מקדמות את טובתו שלו ופוגעות ברווחה המצרפית הכוללת. כעת נבקש לדון בהנחת היסוד השנייה – הנחת הרציונליות.

בעולם שבו איסוף המידע ועיבודו מצריכים השקעת משאבים, חוסר במידע הוא בלתי נמנע. הוא אף עשוי להיות יעיל. אנשים רציונליים יודעים כיצד להתמודד עם מידע חסר ולהשתמש בתבונה במידע שמצוי בידם. לעומת זאת אנשים הפועלים באופן שאינו רציונלי מתקשים הרבה יותר בהתמודדות עם מידע חסר. לקבוצה זו מידע חסר משמעו טעויות רבות יותר ויעילות פחותה.¹³

כדי להמחיש את ההבחנה בין מידע חסר לבין רציונליות חסומה נחזור אל דוגמת בקבוקי המשקאות. בסעיף הקודם הנחנו שפלוגי, כצרכן רציונלי, רכש את הבקבוק שעליו הכיתוב "משקה תפוחים". בעשותו כן פלוגי הבין את הנתון הסטטיסטי שלפיו בקבוקי מיץ הנמכרים בחנויות ושעליהם הכיתוב "משקה תפוחים" מכילים מיץ טבעי ב-60% מהמקרים, ואילו ב-40% מהמקרים הם מכילים מיץ שאינו טבעי. פלוגי אף חישב נכונה את תוחלת התועלת מבחינתו מרכישת הבקבוק. הוא הבין שתוחלת התועלת בשבילו מרכישת הבקבוק היא 7.60 ש"ח, ועל כן החליט לרכוש את הבקבוק במחיר של שבעה ש"ח. פלוגי הרציונלי יודע גם מתי לא לרכוש מוצרים במצב של מידע חסר. עם הסתברויות שונות, למשל כאשר 10% מהבקבוקים מכילים מיץ טבעי ו-90% מכילים מיץ שאינו טבעי, פלוגי הרציונלי היה נמנע מרכישת הבקבוק.¹⁴

12 לעתים תתווסף להגדרות האחידות גם חובת גילוי. לעתים די בהגדרות האחידות כדי לתמרץ גילוי וולונטרי. ראו: Howard Beales, Richard Craswell & Steven C. Salop, *The Efficient Regulation of Consumer Information*, 24 J.L. & ECON. 491, 498 (1981).

13 מעבר לכך, אי-רציונליות עלולה להביא לטעויות גם כאשר המידע רב מדי, ולא רק כאשר המידע חסר. תופעה זו קרויה "היצף מידע", והיא פוגעת ביכולתו של הפרט לקבל החלטה מושכלת. ראו להלן טקסט ליד הערה 24.

14 זוהי ההחלטה הנכונה: במונחי תוחלת פלוגי היה נהנה מתועלת של 4.60 ש"ח אך משלם מחיר של שבעה ש"ח. העסקה אף אינה יעילה במונחי תוחלת ברמה המצרפית: כנגד תוחלת תועלת של 4.60 ש"ח עמדה תוחלת עלות של 5.10 ש"ח.

אך אלמוני, הלא רציונלי, היה עלול לרכוש את הבקבוק גם בתנאים שבהם הרכישה אינה יעילה. אלמוני, המאופיין ברציונליות חסומה, מוכשר פחות בניתוח מידע סטטיסטי. הוא עלול לטעות בהערכת הסתברויות ובחישוב תוחלות. לעומת פלוני הרציונלי, שהיה נמנע מהרכישה הלא יעילה, ייתכן שאלמוני הלא רציונלי היה רוכש את הבקבוק. רכישה זו פוגעת ברווחתו שלו וברווחה החברתית הכוללת.

הרעיון שלפיו הרציונליות האנושית מוגבלת אינו רעיון חדש. חוקרים והוגי דעות בזמנים שונים עסקו בהשפעתם של רגשות, תחושות, אינטואיציות וכללי-אצבע על החשיבה האנושית. עם זאת רק בעשורים האחרונים התגבשה הדיסציפלינה המחקרית הקרויה "כלכלה התנהגותית" (behavioral economics). חוקרים בדיסציפלינה זו מבקשים ככלל לאמץ את המתודולוגיה המחקרית הכלכלית אך לייבא אל תוכה התייחסות לניתוחים פסיכולוגיים (המגובים במחקרים אמפיריים כמקובל במדעי החברה), המלמדים על דרך החשיבה והפעולה של אנשים הלכה למעשה. חוקרים הנמנים עם זרם זה מבקשים לפתח מודלים המתחשבים בהתנהגויות הסוטות באופן צפוי ושיטתי מהתנהגות המוגדרת על ידי הכלכלה הקלאסית כרציונלית. המונחים "רציונליות חסומה" או "רציונליות מוגבלת" (Bounded Rationality) משקפים תפיסה זו.¹⁵

קיימים אין-ספור יישומים והמחשות בהקשרים שונים ומגוונים, ונביא כאן רק מעט שבמעט ובקיצור נמרץ. כדוגמה אחת, שזכתה לביסוס מחקרי ענף, נזכיר את נטייתם של אנשים לאופטימיות-יתר. באופן כללי אנשים אופטימיים הן באשר לסיכוי שיחוו אירוע שלילי (דוגמת מחלות קשות ופיטורין מעבודה [“לי זה לא יקרה”]) הן באשר לסיכוי שיחוו דבר מה חיובי (דוגמת חיי זוגיות יציבים ומספקים או קידום בעבודה). אופטימיות זו עשויה להועיל. קיים מתאם בין אופטימיות-יתר לבין אושר, שביעות רצון, והיכולת לגלות פרודוקטיביות ויצירתיות בעבודה.¹⁶ עם זאת אופטימיות-יתר עלולה להביא אנשים לידי קבלת החלטות שגויות.

15 בספרות מקובל להשתמש במונח "רציונליות חסומה" כדי לתאר את העובדה שמערכות קוגניטיביות אנושיות הן מערכות מוגבלות המועדות לשגיאות המובילות לטעויות שיפוטיות (judgment errors), ולהחלטות שאינן אופטימליות (sub-optimal decisions). על פי גישה זו, התהליך הנדרש לקבלת החלטות רציונליות הוא מעבר ליכולת הקוגניטיבית של מרבית מקבלי ההחלטות. זהו מובן אחד בלבד, וקיימים פרשנויות ושימושים שונים למונח bounded rationality. ראו למשל: Gerd Gigerenzer, *Is the Mind Irrational or Ecologically Rational?*, in *THE LAW AND ECONOMICS OF IRRATIONAL BEHAVIOR* 37, 38-39 (Francesco Parisi & Vernon L. Smith eds., 2005).

16 ראו: Shelley E. Taylor & Jonathon D. Brown, *Illusion and well-being: A Social Psychological Perspective on Mental Health*, *PSYCHOLOGICAL BULLETIN* 193, 197 (1988).

בהקשר הצרכני אופטימיות-יתר רלוונטית בין היתר לשוק כרטיסי האשראי ולשוק המשכנתאות. למשל, צרכנים לעתים טועים להניח כי ילוו סכומי כסף נמוכים יחסית, אם בכלל, באמצעות כרטיס האשראי. הם עלולים לבחור בכרטיס עם ריבית גבוהה המעניק הנחות והטבות אחרות אף על פי שמוטב להם לבחור בכרטיס עם ריבית נמוכה ופחות הטבות. דוגמה נוספת עניינה צרכנים הטועים לחשוב שהם לא יאחרו בביצוע התשלום החודשי. אלה עלולים להעדיף כרטיס המעניק הטבות לפותחי חשבון שבצדו קנס גבוה על איחור בתשלום. כמו במקרה הקודם גם בחירה זו תפגע ברווחתם של הצרכנים.¹⁷ המחשה אחרת עניינה צרכנים המעריכים שהכנסתם תעלה והוצאותיהם לא יעלו (או יעלו בקצב אטי יותר). צרכנים אלו עלולים לבחור משכנתה עם תשלומים חודשיים הגדלים עם הזמן. אם הערכה זו אופטימית מדי, צרכן שכזה עלול להיקלע לקשיים בתשלום חובו, לצבור קנסות, וייתכן שאף יאלץ לוותר על ביתו.¹⁸

מלבד זאת ספקים המודעים להטיות הקוגניטיביות של לקוחותיהם יעצבו את המוצר ואת המסגרת החוזית הנלווית לו על פי הטיות אלו. למשל, בנקים יציעו כרטיסי אשראי עם הטבות בטווח הקצר וקנסות גבוהים בטווח הארוך, כמו משכנתאות עם תשלומים חודשיים הולכים וגדלים. צרכן אופטימי, המייחס חשיבות-יתר להווה ומעריך בחסר עלויות עתידיות, יימשך למוצרים אלו אף על פי שהם אינם ממקסמים את רווחתו.¹⁹

דוגמה נוספת להטיה התנהגותית הרלוונטית לתחום הצרכנות היא value attribution. על פי הטיה זו, אנשים נוטים להעריך את איכותו של שירות או מוצר על פי הרושם התפיסתי והערך הנחזה שלו ולא על סמך מידע עובדתי-אובייקטיבי. לדוגמה, אנשים מעריכים כי יין יקר יותר הוא יין טעים יותר,²⁰ וכי מוסיקה המנוגנת על ידי כנר ידוע במעמד מכובד טובה

17 ראו למשל: Oren Bar-Gill, *Seduction by Plastic*, 98 Nw. U.L. REV. 1373, 1407 (2004).

18 ראו: Oren Bar-Gill, *The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage Contracts*, 94 CORNELL L. REV. 1073, 1120 (2009).

19 שם. ראו גם Bar-Gill, לעיל הערה 17.

20 מחקר מעניין משנת 2008 כולל תימוכין ניורולוגיים להטיה התנהגותית זו. במסגרת המחקר התבקשו נבדקים לטעום יין מסוג מסוים. תחילה נאמר להם שמדובר ביין רגיל. לאחר מכן נאמר לנחקרים שמדובר ביין יוקרה. אף על פי שהיה זה אותו היין, כאשר נמסר לנחקרים כי מדובר ביין יוקרה, הם דיווח על רמת הנאה גבוהה יותר. הנקודה המעניינת במקרה זה היא תוצאות בדיקת fMRI (סריקת תפקוד מוחית). הבדיקה הראתה כי הדיווח לא היה סתמי: בתרחיש השני האזורים במוח האחראים להנאה קולינרית אכן היו פעילים יותר. Hilke Plassmann, John O'Doherty, Baba Shiv & Antonio Rangel, *Marketing Actions Can Modulate Neural Representations of Experienced Pleasantness*, 105(3) PNAS 1050 (2008).

ואיכותית ממוסיקה המנוגנת על ידי כנר הלבוש בפשטות והמנגן בקרן רחוב.²¹ ההקשר הצרכני הראשוני ברור למדי: כאשר אנו רוכשים דבר מה יקר – אנו חשים כי הוא איכותי וטוב.

תובנה זו רלוונטית לדרך השפעתם של מחירי מבצע על צרכנים. כאשר ספק מוכר מוצר או שירות במחיר נמוך, הוא מסתכן בכך שצרכנים פוטנציאליים לא יעריכו את המוצר ויחשדו שאיכותו נמוכה. כדי להימנע ממצב זה עלול ספק לציין מחיר מחירון או מחיר "רגיל" פיקטיבי, ולצד מחיר זה את המחיר הנוכחי לאחר הנחה. במצב דברים זה יכול הצרכן לייחס ערך רב למוצר בשל מחירו המקורי, ובה בעת לרכשו במחיר נמוך ולהרגיש עם כך בנוח. החשש הוא שספקים יציינו מחיר קודם פיקטיבי שלא היה בתוקף קודם לכן (או למצער לא היה בתוקף במשך תקופה ארוכה).

החקיקה הצרכנית קובעת כי חובה להציג מחיר קודם של מוצרים ושירותים שהיה בתוקף במשך 21 ימים לפני המכירה המיוחדת.²² עם זאת אין בחוק מגבלה על משך הזמן שבו יכול מוכר להציג מוצר או שירות במחיר מבצע. בהיעדר מגבלה שכזו מתעורר החשש כי מוכרים אכן ינצלו את הנטייה האנושית להעריך דברים על פי התווית שעליהם ועל פי המידע המוקדם שבו אנו מחזיקים בלא קשר לשוויים ולמחירם האמתי בשוק.

21 אנקדוטה הממחישה את העניין היא המקרה של Joshua Bell, נגן כינור בעל שם עולמי, שניגן יצירות מורכבות ביותר בכינור סטרדיוווריוס בתחנת רכבת תחתית בעיר ושינגטון. מעל 1,000 איש חלפו על פני ה"הופעה" של בל, אך רק קומץ קטן נעצר להאזין לפלא המנוגן. לסיקור תקשורתי בנושא ראו: www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/04/04/AR2007040401721.html (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010). למיקום האנקדוטה בהקשר רחב יותר ראו PAUL BLOOM, HOW PLEASURE WORKS: THE NEW SCIENCE OF WHY WE LIKE (2010), ch. 5. WHAT WE LIKE, דוגמה ידועה נוספת היא של דוכן מזון שנוסד בשנת 1916 ב-Coney Island שבעיר ניו יורק. בעל הדוכן ניסה לחדור לשוק באמצעות הפחתת מחירים. בדוכנים אחרים מכרו נקניקיות בעשרה סנט. לפיכך החליט בעל הדוכן החדש למכור את מרכולתו בחמישה סנט. אולם כמעט אף אחד לא קנה אצלו. המבקרים הניחו שמחיר נמוך מעיד על איכות נמוכה. לאחר זמן מה מצא בעל הדוכן פתרון: הוא שידל רופאים מבית חולים סמוך לאכול בדוכן שבבעלותו בעודם לובשים חלוק לבן ומצוידים בסטטוסקופ. המכירות זינקו, והדוכן הפך לידוע ולפופולרי. לסקירת המקרה בספרות העיונית-פופולרית ראו: ORI BRAFMAN & ROM BRAFMAN, SWAY: THE IRRESISTIBLE PULL OF IRRATIONAL BEHAVIOR (2008), 51-52.

22 זאת לצד החובה לציין את התקופה שבה היה המחיר בתוקף אם מדובר בתקופה הקצרה מ-21 יום. ראו תקנה 6(1) לתקנות הגנת הצרכן (מכירות באשראי, מכירה מיוחדת ועסקה ברוכלות), התשמ"ג-1983.

דוגמה אחרונה המיישמת תובנה התנהגותית בתחום הצרכני היא בעיית "היצף מידע" (information overload). רציונליות מוגבלת משמעה בין היתר קושי בעיבוד כמות גדולה של מידע מורכב. בעת בחירת מסלול שימוש בטלפון נייד ניצב הלקוח הפוטנציאלי בפני כמות מידע גדולה מאוד. לפיכך צרכן שינסה לעכל את כל המידע ולעבדו ימצא את עצמו סובל מהיצף מידע. מפעילי סלולר המודעים לבעיה זו עלולים לנצלה אגב הצפת הלקוח במידע ועיצוב מוצרים וחוזים בעלי רמת מורכבות גבוהה (ואף מיותרת).²³ לכאורה העוסק מגלה לצרכן את כל המידע הרלוונטי. למעשה אגב כך העוסק "מחביא" מידע שלילי ומדגיש מידע חיובי. באופן זה מוצרים מורכבים ייראו אטרקטיביים יותר לצרכן בעל יכולות קוגניטיביות מוגבלות. מלבד זאת צרכן המוצף במידע שהוא אינו מסוגל לעבדו עלול להתעלם מהמידע כליל ולקבל החלטה על סמך אינטואיציה או רגש. החלטה שכזו עלולה כמובן להתברר כשגויה כלכלית וכלא יעילה.²⁴

ההתמודדות עם בעיה זו אינה פשוטה. ראשית, חלק מן המידע שהעוסק מגלה הוא מידע שהמחוקק מחייב את גילוייו בחוק. לעוסק אין ברירה, והוא חייב לגלות לצרכן פריטי מידע שונים ומגוונים. עובדה זו מלמדת שיש לעצב את חובת הגילוי הצרכנית בשים לב לבעיית היצף המידע. שנית, חלק גדול מהמידע הוא מידע רלוונטי לעסקה. לכאורה ראוי שהמידע יובא לידיעת הצרכן. אולם אשר לצרכנים עם רציונאליות חסומה לא ברור שגילוי מרבי של מידע שכולו רלוונטי יביא להחלטות טובות יותר.

דוגמה אחרונה זו מעלה מגוון שאלות: האם נכון לדרוש מספקים לפשט את חוזהיהם? להגביל את המידע שהם מגלים? לעצבו באופן אחר? לעודד שימוש ב"סוכני משנה" או "מתווכים" ש"יתרגמו" את המידע לצרכנים? הדיון בחוזים אחידים ימחיש עד כמה שאלות אלו מורכבות.

23 לעתים הצפת הלקוח במידע ועיצובם של חוזים בעלי רמת מורכבות גבוהה הם אמצעי ספקים משתמשים בו כדי לטשטש או להסתיר טכניקות ותניות חוזיות. להרחבה ודיון ראו למשל: Bar-Gill, לעיל הערה 18; David Gilo & Ariel Porat, *Viewing Unconscionability*; 18 *WM. & MARY L. REV.* 133 (2010). גילה ופורת אף מראים כיצד חוזים בעלי רמת מורכבות גבוהה יכולים ליצור הפליית מחירים – שלה יכולות להיות השלכות חיוביות או שליליות. David Gilo & Ariel Porat, *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects*, 104 *MICH. L. REV.* 983 (2006).

24 ראו: Oren Bar-Gill & Rebecca Stone, *Mobile Misperceptions*, 23 *HARV. J.L. & TECH.* 49, 95 (2009); "על חופש הבחירה של הצרכן: הסולרי כמשל" (לא פורסם), 49, 95 (2009) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1427206 (נבדק לאחרונה ב-20.10.2010).

3. מידע חסר, רציונליות חסומה וחוזים אחידים צרכניים

אנו מוקפים בחוזים אחידים צרכניים.²⁵ חוזים אלו מסדירים את מרבית ההתקשרויות ארוכות הטווח שלנו. חוזים אחידים חולשים על יחסינו עם בנקים, ספקי שירות דוגמת אינטרנט וטלפונים ניידים, חברות כרטיסי אשראי וחברות ביטוח. חוזים צרכניים מסדירים גם התקשרויות נקודתיות וקצרות טווח, דוגמת חניה בחניון. הם חולשים על עסקות בעלות משמעות כלכלית גדולה מאוד, דוגמת רכישת בית מקבלן או רכב חדש. חוזים אלו מסדירים גם עסקות בעלות משמעות כלכלית קטנה יחסית, כגון מסירת בגדים למכבסה לשם ניקוי יבש. הם משמשים להסדרת פעילויות בעלות אופי חינוכי (רישום ילדים לגן ילדים או לבית ספר פרטי), פעילויות תרבות (רכישת מינויים לתאטרון) ופעילות פנאי (רכישת מינוי למועדוני ספורט או הזמנת חופשות, טיסות ומקומות לינה). הם רלוונטיים ברגעי עצב (קבורה), בשעת גלישה באינטרנט (חוזים מקוונים) ובעת השתתפות במשחקי מזל (כרטיסי הגרלה). בחלק זה נעסוק בשאלה אם יש הצדקה להתערבות משפטית ביחסים החוזיים שבין צרכנים לבין עוסקים.²⁶

(א) כללי

למוצרים צרכניים תכונות, מאפיינים ופנים רבים. עם אלו נמנים תכונות פונקציונליות-אינהרנטיות (למשל, משך הזמן שבו אפשר להשתמש בטלפון נייד מבלי לטעון אותו), שירות לקוחות (זמינות השירות ואיכותו), פריסת מעבדות וכדומה. חוזה אחיד הוא למעשה תכונה של מוצר. כאשר למוצר נלווה חוזה אחיד, החוזה הוא חלק בלתי נפרד מהמוצר. ברגיל חוזים אחידים צרכניים נכרתים בין צרכן הדיוט, המוגבל בידיעותיו ובמומחיותו, לבין חברה מסחרית הנהנית מיתרון גודל. יתרון זה מתבטא בין היתר בניסיון מסחרי ובנגישותם של אנשי מקצוע. נוסף על כך, חוזים אחידים צרכניים מוצעים על בסיס "קח-או-הנח". כל אלו הביאו מלומדים לטעון כי יש להתערב ולהגן על הניציע בחוזה אחיד. בישראל אף חוקק לשם כך חוק החוזים האחידים.

25 סעיף 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 מגדיר "חוזה אחיד" כ"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם". כידוע, אין זהות בין המונח "לקוח" ("מי שספק מציע לו שהתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר"), שם, לבין הגדרת המונח "צרכן" ("מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי"), ראו סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן. כאמור לעיל בהערה 1, נשתמש במושגים בערבוביה.

26 רדיון בשאלות אלו ראו פורת, לעיל הערה 5, בעמ' 730-741.

כמה הצדקות מסורתיות מרכזיות הוצעו בספרות להצדקת ההתערבות המשפטית בחוזים האחידים. ראשית נטען כי ההגנה נדרשת בשל קיומם של פערי כוחות. פערים אלו מאפשרים לצד החזק בעסקה להעמיד את תנאיו ולא לאלץ את הצד החלש להסכים להם. שנית נטען כי חוזים אחידים צרכניים יוצרים הלכה למעשה חקיקה פרטית שאינה מפוקחת. בשונה מהליכי חקיקה רגילים, חוזים אחידים אינם מבטאים את רצון העם או המחוקק, הם אינם מתקבלים בהצבעת רוב במסגרת הליך דמוקרטי, ואין נערך בעניינם דיון ציבורי. שלישית נטען כי חוזים אחידים צרכניים נכרתים בסביבה שבה הצרכן סובל מנחיתות אינפורמטיבית וממידע חסר. כאמור, מידע חסר עלול ליצור כשל שוק החותר תחת יכולתם של הפועלים בשוק למקסם את תועלתם באמצעות עסקות וולונטריות. להצדקות המסורתיות הללו מצטרפת הצדקה רביעית: הרציונליות החסומה של הצרכנים אשר מונעת מהם להעריך נכונה את התועלת והעלות הכוללות של החוזה האחיד.

מבחינת הניתוח הכלכלי שתי הטענות הראשונות אינן משכנעות. ראשית, פערי כוחות אינם סיבה להתערבות רגולטורית. ספקים הפועלים בסביבה תחרותית שבה צרכנים מקבלים החלטות באופן רציונלי ועל סמך מידע אופטימלי, יציעו מוצרים ושירותים התואמים את דרישות הצרכנים. ספק המציע מוצרים שאינם תואמים את דרישות לקוחותיו והעדפותיהם מסתכן באיבוד לקוחות לטובת מתחרי, ומשכך – פוגע ביכולתו להתקיים. אם הספקים אינם מציעים מוצרים התואמים את העדפות הצרכנים, חזקה כי יזם אחר יזהה את הפוטנציאל הקיים בהתאמת המוצרים לדרישות הצרכנים.²⁷

לפיכך הטענה כי צרכנים אינם יכולים להשפיע על תניות החוזה אינה מדויקת. הצרכן הבודד אמנם אינו יכול לרוב לשאת ולתת על תנאי החוזה, אך עובדה זו כשלעצמה איננה סיבה לדאגה. באופן אנלוגי לחוסר יכולת זו, צרכן גם אינו יכול לשאת ולתת עם יצרנית רכב על נפח המנוע, והוא אינו יכול להתמקח עם המוכר במכולת השכונתית על טעמו של סלט החומס או סוג השמן שבו משתמשים בשימורי הטונה. אנו חיים בעידן של האחדה (סטנדרטיזציה). מוצרים רבים מיוצרים באופן אחיד והמוני. כך הם גם החוזים האחידים שעליהם אנו חותמים כצרכנים. הכוח הצרכני הוא כוחו של הקולקטיב לאותת לספקים בשוק תחרותי את העדפותיו באמצעות רכישתו של מוצר אחד ולא מוצר מתחרה אחר. בהמשך לקו טיעון זה, גם דמיונם לעתים של חוזים אחידים צרכניים זה לזה אינו מטריד במיוחד את אנשי הניתוח הכלכלי הקלסי. כפי שמסביר פוזנר (Posner), דמיון זה עשוי להיות תוצאה מתבקשת וטובה של התחרות בין הספקים הפועלים בשוק. לשון אחר, אך

27 במצב שבו לצרכנים יש מידע מלא, אפילו מונופול יעצב את החוזה האחיד בתגובה להעדפות הצרכנים. כך יוכל המונופול לגבות מצרכנים מחיר גבוה יותר.

טבעי הוא שספקים יאמצו אל תוך חוזהם האחידים "סט" של תניות יעילות, הנותנות מענה אופטימלי להעדפותיהם של הצרכנים.²⁸

גם הטענה השנייה בדבר יצירת חקיקה פרטית בלתי מפוקחת אינה מאתגרת את אנשי הגישה הכלכלית למשפט. לדידם, חוזים אחידים צרכניים נשענים, כחוזים אחרים, על הרצון החופשי והאוטונומי של המתקשרים. צרכן שאינו מעוניין להתקשר בעסקה מסוימת אינו חייב לעשות כן. החופש מחוזים הוא חלק מחופש החוזים. ההנחה היא שהצרכן פועל באופן רצוני (וולונטרי), ושתנאי העסקה מובאים לידיעתו עובר להתקשרות (כפי שמורה החוק).²⁹ בהתקיים מצב דברים זה, כניסתו של הצרכן לעסקה מלמדת שהיא משפרת את מצבו. צרכנים (רציונליים) יודעים מה טוב בשבילם, וכריתת העסקה מעידה על כדאיותה כאלף עדים.

הדיון בטענה השלישית המצדיקה התערבות שיפוטית בחוזים צרכניים – טענת החוסר במידע ופערי המידע – מורכב הרבה יותר. כך גם הדיון בטענה הרביעית – טענת הרציונליות החסומה. את יתרתו של חלק זה נקדיש לניתוח הספרות העוסקת בטענות אלו.

(ב) הימנעות מקריאת חוזים ומודל הצרכנים המתוחכמים

חוקרים רבים מניחים כי צרכנים אינם קוראים את החוזים האחידים שהם צד להם.³⁰ לאחרונה קיבלה הנחה זו תמיכה אמפירית משכנעת.³¹ אך האם כוחות השוק מסוגלים

28 ראו: RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 115-117 (2007). מבחינה זו, פוזנר מניח שהתחרות בין הספקים על תנאי חוזה שיתאימו להעדפות הצרכנים תיצור מרוץ כלפי מעלה (race to the top). על החשש מתחרות לתחתית (race to the bottom) בכל הנוגע לתניות חוזיות טיפוסיות ראו: Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form*: *Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203, 1220 (2003). לדיון נוסף ראו להלן חלק (ב).

29 סעיף 5 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

30 ראו למשל: Clayton P. Gillette, *Rolling Contracts as an Agency Problem*, 2004 Wis. L. REV. 679, 680 ("Commentators agree that buyers, or the vast majority of them, do not read the terms presented to them by sellers."); Lewis A. Kornhauser, *Comment: Unconscionability in Standard Forms*, 64 CAL. L. REV. 1151, 1163 (1976) ("In general the consumer will not have read any of the clauses, and most will be written in obscure legal terms").

31 ראו: Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts* (N.Y.U Law & Eco. Working paper 09-40, 2009), available at http://lcr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=nyu_lewp (נבדק לאחרונה ב-19.10.2010). על פי מחקר זה, רק כ-0.1% מהצרכנים קוראים חוזים אחידים מקוונים.

להביא לידי שיווי משקל אופטימלי שבמסגרתו ספקים ינסחו חוזים ביעילות גם מבלי שכל הצרכנים יקראו חוזים אחידים? נפתח בהסבר קצר על הסיבות שבגללן צרכנים אינם קוראים חוזים אחידים. אחר כך נבחן אם קריאת חוזים הכרחית לשם השגת שיווי משקל שבו ספקים מנסחים את חוזיהם באופן הוגן ויעיל.

לצרכן הטיפוסי העומד בפני חוזה אחד לא משתלם לקרוא את החוזה ולהרהר בו לעומקו בגלל שיקולי העלות (הרבה)³² והתועלת (אשר תצמח בהסתברות נמוכה)³³ העולה מקריאה זו. מדובר לרוב בחוזה ארוך ומסורבל, המנוסח בשפה משפטית ורווי במונחים מקצועיים שאינם מובנים לצרכן ההדיוט.³⁴

יתר על כן, לא תמיד מחזיקים הצרכנים בחוזים האחידים שהם צד להם. כיום הולכים ומתרבים המקרים שבהם צרכנים מוחתמים על חוזים באמצעים אלקטרוניים שונים ולא ניתן להם כלל העתק של החוזה. פעמים אחרות מוחתמים צרכנים על חוזה מודפס ואינם מקבלים העתק שלו.³⁵ מציאות זו מגדילה עוד יותר את העלויות הנלוות לקריאת החוזה האחד.

סיבה נוספת המפחיתה מהאטרקטיביות שבקריאת חוזים אחידים היא שלרוב נעדרת האפשרות, כאמור, לשאת ולתת באשר לתוכנם.³⁶ קריאת חוזים יכולה לעתים לסייע בבחירה מושכלת בין ספקים שונים. אך לא תמיד. בענפי מסחר רבים, כדוגמת בנקאות, ביטוח ותקשורת, החוזים האחידים המוצעים על ידי החברות השונות הפועלות בשוק נראים זהים בתוכנם, ועל כן לא תצמח תועלת רבה מקריאתם.

יתר על כן, צרכנים עלולים להחליט שלא לעיין בתניות החוזה האחד בשל "בעיית הטפיל". היינו, מתוך מחשבה שאחרים יעשו כן במקומם. כל צרכן רציונלי צפוי להעדיף

32 במונחי זמן וקשב שהיו יכולים להיות מופנים לפעילויות אחרות.

33 זאת משום שהסיכוי להפרת החוזה ולפרוץ סכסוך הוא פעמים רבות נמוך. מלבד זאת אף התועלת עשויה להיות נמוכה יחסית במקרים שבהם מדובר בחוזה למוצרים זולים. במקרים רבים (גם אם לא תמיד) הנזק המרבי לא יעלה על סכום הרכישה.

34 בהקשר זה מעניין להביא את דברי בית הדין לחוזים אחידים, שלפיהם: "אכן, חוק החוזים האחידים נועד כולו להתמודד עם הפיקציה כי הלקוח קרא, הבין את החוזה והסכים לתוכנו. ההגנה הניתנת מכוח חוק זה ללקוח מבוססת, למעשה, על ההנחה שהלקוח הרגיל אינו קורא את החוזה או אינו מבינו, ועל כל פנים אין לראותו כמי שמסכים הסכמה אמיתית לתוכנו". ראו ע"ש (י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פ"מ תשס"ג(1) 481 (2004). להכרעת בית המשפט העליון בערעור על פסק דין זה ראו ע"א 6916/04 בנק לאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 18.2.2010).

35 תלונות רבות ברוח זו מטופלות במועצה הישראלית לצרכנות ובארגון אמוץ הציבור.

36 כאן ראוי להבהיר כי עדיין תיתכן הפקת תועלת מקריאת החוזה האחד בשל היכולת לקבל החלטה מושכלת יותר באשר לעצם קבלתו וכריתתו. נוסף על כך, קריאת החוזה עשויה לגלות סוגי תניות שונות ובכך לשרת צרכנים ולשפר את מצבם. ראו Gilo & Porat, לעיל הערה 23.

להיות "נוסע חופשי" ("טרמפיסט") ולהיבנות מקריאתם של אחרים.³⁷ כמובן, אם כולם מעדיפים להיבנות מקריאתם של אחרים, לא יהיו אותם "אחרים" שקוראים חוזים צרכניים ושמקריאתם ניתן להיבנות. כמו כן צרכנים מאמינים לפעמים שהחוזה האחיד שבפניהם נבדק או אושר על ידי מנגנון ציבורי כלשהו (או שהוא נדון בפני ערכאה שיפוטית). אחרים סבורים שהעובדה כי אותו חוזה ניתן לכולם מעידה כנראה שמדובר בחוזה סביר והוגן. כאשר מביאים בחשבון את המגבלות הקוגניטיביות של צרכנים, מתגלות סיבות נוספות לאי-קריאתם של חוזים אחידים. ראשית, כאשר צרכן שוקל את העסקה המוצעת לו, הוא מסייג את בדיקתו למספר מצומצם של פרטים מהותיים או בולטים (salient).³⁸ היבטים רבים אחרים, בעיקר אלו היכולים להשליך על התרחשויות מאוחרות יותר במערכת היחסים שבין הספק לצרכן (למשל אם הקשר בין הצדדים יעלה על שרטון), אינם זוכים לתשומת לב צרכנית. תניות לא בולטות (non-salient) הן אלו העוסקות למשל בבררת דין, בחירת פרום, תניות בוררות, תנאי הגבלת אחריות וכדומה. צרכן המתמקד בהווה ומעריך בחסר את ההסתברות שתניות אלו יחולו על העסקה שהוא כורת, לא יקרא בעיון את החוזה האחיד. בדומה לכך, צרכנים יימנעו מקריאת חוזים בשל האמונה השגויה כי הם חסינים מטעויות ומסיכונים, וכי דבר לא ישתבש ברכישה שלהם.

מלבד זאת הרציונליות המוגבלת גורמת שהמלל הרב שנכלל בחוזים האחידים הרבים יוצר היצף מידע, הגורם לצרכנים שלא לבחון את מכלול החוזה באופן אופטימלי. צרכנים עלולים להימנע מקריאת חוזים גם בשל החשש מהתסכול הצפוי מהיתקלות בלשון משפטית בלתי מובנת. סיבה התנהגותית נוספת להימנעות מעיון בחוזה הצרכני האחיד נעוצה בעובדה שלרוב החוזה האחיד מוצג לעיונו של הצרכן לאחר שגמלה בלבו ההחלטה לבצע את העסקה האמורה. תחושת המחויבות האישית לעסקה עלולה להביא להשלמתה, גם אם החוזה המסדיר אותה אינו הוגן ויעיל.

הקבוצה האחרונה של סיבות לאי-קריאת חוזים מקורה בתוכנות מתחום הפסיכולוגיה החברתית. הסיטואציה שבה נכרת החוזה האחיד פוגמת לרוב ביכולת הריכוז, והיא מלווה לעתים בלחץ ובאווירה לא נוחה. יתר על כן, קריאת החוזה יכולה להתפרש כאקט של חוסר

37 ראו: Avery Katz, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, 89 MICH. L. REV. 215, 280 (1990).

38 לכאורה המחוקק הישראלי מכיר בכך שחלק מהתניות ה"בולטות" בחוזה האחיד נבחנות על ידי הצרכן, ועל כן ההנמקה להגנה צרכנית בהקשר זה נחלשת. כך, בחוק החוזים האחידים מוציא המחוקק מגדר תחולת החוק תנאי שסוכם בין הצדדים במפורש (ועל כן סביר כי נקרא על ידי הלקוח). ראו הגדרת המונח "תנאי" בסעיף 2. כמו כן על פי סעיף 23(א)(1) לחוק מוצאות מתחולתו תניות אשר עוסקות בתמורה. תניות אלו נחשבות לתניות הנסקרות על ידי צרכנים באופן תדיר.

אמון כלפי הצד השני לעסקה, שעמו התנהל המשא ומתן. הצרכן הממוצע נמנע מלקרוא חוזים אחידים במלואם ולעומקם בשל הרצון להימנע מהבעת חוסר אמון שכזה.³⁹ נוסף על כך, צרכן המבקש לקרוא חוזה עלול לחוש כי הוא מעכב צרכנים אחרים ולכן הוא מטרד מבחינתם. לפיכך צרכנים ייטו לוותר על קריאת החוזה, כדי שלא להיתפס על ידי סביבתם כאנשים טרחניים.

אך האם בכלל צרכנים חייבים לקרוא חוזים אחידים כדי שהשוק יפעל כראוי ויבטיח שרק חוזים יעילים הממקסמים את רווחת הצרכן יוצעו על ידי ספקים? חוקרים אחדים טענו כי ייתכן שהתשובה היא שלילית. בהקשר זה יש להזכיר בראש ובראשונה את "מודל הצרכנים המתוחכמים" ("the informed minority argument"). לפי מודל זה, בשוק תחרותי די בקבוצת צרכנים קטנה יחסית (להלן גם: "צרכנים מתוחכמים" או "צרכנים שוליים") כדי לתמרץ ספקים לנסח חוזים הוגנים ויעילים.⁴⁰ ההנחה שבבסיס המודל היא שקיים מיעוט של צרכנים אשר קוראים חוזים אחידים (למרות הסיבות הרבות להימנע מקריאה). לפי המודל, די במיעוט זה כדי להפעיל את כוחות השוק ולהביא לתוצאות יעילות. בשוק תחרותי הספק חושש מפני אבדן הצרכן השולי המתוחכם לעוסק מתחרה, אשר עשוי להציע חוזה טוב יותר. בכך מתמרץ הספק לכלול בחוזה תניות הוגנות אשר לא יבריחו את הצרכנים השוליים. בהנחה שהעוסק אינו מסוגל להבחין בין סוגי הצרכנים השונים ולהפלות ביניהם, התנהגותה של קבוצת הצרכנים המתוחכמת גורמת לספקים הפועלים בשוק תחרותי להציע חוזים הוגנים לכלל הצרכנים.

אולם "מודל הצרכנים המתוחכמים" סובל מכמה בעיות:⁴¹ ראשית, מנסחי החוזים האחידים יכולים לכאורה לנטרל את השפעתם של הצרכנים המתוחכמים באמצעות הפלייתם לטובה – הן בשלב כריתת החוזה הן בשלב ביצועו. הפליה בשלב כריתת החוזה מכונה הפליה ex ante. מוכר הנוקט שיטת הפליה זו מציע לצרכנים מתוחכמים חוזים טובים מאלו המוצעים לעמיתיהם שאינם מתוחכמים. לעומת זאת הפליה לאחר כריתת החוזה

39 ראו: Robert A. Hillman & Jeffery J. Rachlinski, *Standard-form Contracting in the Electronic Age*, 77 N.Y.U. L. REV. 429, 448 (2002); Shmuel I. Becher, *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*, 68 LA. L. REV. 117, 157 (2007).

40 ראו למשל: Alan Schwartz & Louis L. Wilde, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*, 127 U. PA. L. REV. 630, 655 (1979). הסקירה בפסקאות אלו מתבססת על שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראווה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" *מחקרי משפט* כה(2) 431, 465-468 (2009).

41 לדיון נרחב במודל, בהנחות היסוד שלו ובמגבלותיו ראו: Shmuel I. Becher, *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge that is Yet to be Met*, 45 AM. BUS. L.J. 723, 736-753 (2008).

מכונה הפליה *ex post*. מוכר הנוקט שיטה זו יבכר, בעת התגלעות סכסוך, לוותר לצרכן מתוחכם ואסרטיבי ולא לפעול בנוקשות ועל פי הוראות החוזה ככתבן וכלשונו. לעומת זאת אותו מוכר לא יוותר לצרכנים אחרים, אשר אינם מתוחכמים ואסרטיביים.

נוסף על כך, ייתכן שלצרכנים השוליים מאפיינים ייחודיים ודרישות ייחודיות. גם אם ספקים יתאימו את חוזהם להעדפותיהם של הצרכנים המתוחכמים שכביכול קוראים חוזים אחידים, אין הכרח שהחוזים המוצעים יהלמו את העדפותיהם של כלל הצרכנים.⁴² במילים אחרות, ההטרוגניות הצרכנית עלולה למנוע מפעילותה של קבוצת הצרכנים השוליים להועיל לכלל ציבור הצרכנים.

טענות תאורטיות אלו מצביעות על מגבלותיו של "מודל הצרכנים המתוחכמים". אולם הביקורת המשכנעת ביותר על המודל היא אמפירית ולא תאורטית.⁴³ על פי ביקורת זו, מספר הקוראים בפועל קטן בהרבה ממספר הקוראים שמניח "מודל הצרכנים המתוחכמים". במילים אחרות, גם אם הנחות המודל מתקיימות, עדיין אין מספיק צרכנים מתוחכמים כדי לתמרץ את המוכרים להציע תניות יעילות.

"מודל הצרכנים המתוחכמים" ירד מגדולתו, אך קיימות טענות חלופיות שלפיהן קריאת חוזים אינה נחוצה לפעילות יעילה של כוחות השוק. טענה אחת היא שתניות חד-צדדיות יתגלו בסופו של דבר כאשר יבקש העוסק להפעילן. גילויין של תניות אלו יפגע במוניטין של העוסק. פגיעה זו עלולה להיות גדולה ומהירה יותר בזכות המדיה המודרנית ופלטפורמת האינטרנט המסייעות בהעברת המידע לצרכנים רבים. לפיכך עוסק החושש לפגיעה במוניטין שלו יימנע משימוש בתניות חד-צדדיות.⁴⁴

טיעון זה מושתת על ההנחה שחוזים חד-צדדיים יפגעו פגיעה מהותית במוניטין של העוסק. הנחה זו מחכה לבחינה אמפירית. השערתנו היא שקיימים שווקים צרכניים חשובים שבהם החשש לפגיעה במוניטין אינו מספיק כדי להרתיע ספקים משימוש בתניות חד-צדדיות ולא יעילות. אם צרכנים אינם קוראים, אם המיעוט המתוחכם אינו מגן על הרוב הלא מתוחכם, ואם מוניטין לא תמיד מספק תמריצים חזקים, יש לצפות שספקים יציעו חוזים אחידים חד-צדדיים.

42 חשש ידוע בספרות הכלכלית הוא שבשווקים המאופיינים בסטנדרטיזציה עלולים ספקים ליצור מוצרים המותאמים להעדפותיהם של הלקוחות השוליים תוך התעלמות מהעדפותיהם של הצרכנים האחרים. ראו למשל: Michael A. Spence, *Monopoly, Quality, and Regulation*, 6 BELL J. ECON. 417 (1975).

43 ראו למשל Bakos et. al., לעיל הערה 31.

44 לפיתוח הטיעון ראו: Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, *E-Contract Doctrine 2.0: Standard Form Contracting in the Age of Online User Participation*, 14 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 303 (2008).

אם כן, צרכנים אינם קוראים חוזים אחידים. בהיעדר קריאה מתעורר החשש שכוחות השוק אינם מגנים על הצרכנים. אך לכאורה אם צרכנים בוחרים שלא לקרוא חוזים, אין סיבה שהמשפט ייחלץ להגנתם. האם אי אפשר להסיק מהתנהגותם של צרכנים כי הם מקבלים על עצמם את חלוקת הסיכונים המוצעת בחוזה שניסח הספק?

התשובה שלילית. ראשית, אף על פי שהימנעות מקריאה היא רציונלית בעיני הצרכן הבודד, אין להסיק מכך שתוצאת היעדר הקריאה – חוזים חד-צדדיים ולא יעילים – היא תוצאה טובה לצרכנים כולם או לחברה בכללותה. זוהי דוגמה לבעיית הפעולה המשותפת (collective action problem). כשצרכנים פועלים כיחידים (ללא תיאום בינם לבין עצמם) הם אינם מגיעים לתוצאה האופטימלית שבה היו בוחרים לו יכלו לפעול במשותף. כידוע, בעיית הפעולה המשותפת היא סיבה מוכרת להתערבות משפטית.⁴⁵

סיבה נוספת להתערבות משפטית נעוצה בכך שתופעת היעדר הקריאה עלולה לגרום לצרכנים רבים לרכוש מוצרים, עם החוזים האחידים החד-צדדיים הנלווים אליהם, הפוגעים ברווחתם. הצרכן הרציונלי יבין שהיעדר הקריאה מביא לידי חוזים חד-צדדיים. צרכן כזה ירכוש את המוצר עם החוזה הנלווה רק אם שווי המוצר גבוה מספיק בשבילו (בהתחשב בחוזה החד-צדדי). לעומת זאת צרכנים בעלי רציונליות חסומה עלולים להעריך בחסר את העלות המשותפת עליהם. כלומר, הם עלולים לטעות בהערכת הסיכונים שהם מסתכנים בהם באמצעות ההסדרים החוזיים החד-צדדיים ("האותיות הקטנות"). זוהי סיבה נוספת לשקול התערבות משפטית.

4. סיכום ביניים: על חוזים צרכניים ומוצרים צרכניים

אפשר לסווג תכונות של מוצרים על פי מידת הבולטות (salience) שלהן. אנו נתמקד בסיווג התכונות כפי שהן נתפסות על ידי הצרכן בעת כריתת העסקה. על פי שיטת סיווג זו, תכונות מוצרים מסווגות לשלוש קבוצות: (1) תכונות גלויות, שאותן יכול הצרכן לגלות לפני

45 כמפורט בטקסט שליד הערה 38 לעיל, הימנעות מקריאה נובעת בין היתר מבעיית הטרמפיסט (problem free-rider), שלפיה כל צרכן מקווה שאחרים יקראו ויפעילו לחץ על המוכרים לספק חוזים יעילים. התוצאה היא כאמור שמעט מדי צרכנים קוראים חוזים, והמוכרים מציעים חוזים חד-צדדיים. בעיית הטרמפיסט היא דוגמה מרכזית לבעיית הפעולה המשותפת, שהיא דוגמה לכשל שוק כללי יותר של החצנות. זאת משום שקריאה על ידי צרכן אחד מביאה תועלת (החצנה חיובית) לצרכנים אחרים. נמנענו עד כה מדיון בהחצנות ככשל שוק, שכן החצנות עניינן ככלל השפעות על מי שאינו צרכן. במקרה זה מדובר בהחצנה בין צרכנים.

רכישת המוצר; (2) תכונות גלויות למחצה, שאותן הצרכן מגלה תוך כדי השימוש; (3) תכונות חבויות, שגם שימוש תכוף וממושך לא תמיד מגלה אותן.⁴⁶ ניקח לדוגמה מכשיר טלפון סלולרי. במוצר זה גלויים לצרכן, עובר לרכישה, תכונות כגון זהות היצרן, גודל המכשיר, עיצובו וכדומה. בקבוצה השנייה של תכונות גלויות למחצה נכללים למשל איכות הקליטה, מידת התאמתו של המכשיר לגודל כיסו של הלקוח, משך הזמן שבו אפשר להשתמש במכשיר מבלי לטעון אותו, מידת התחממותו, תדירות התקלות, נוחות השימוש במכשיר וכיוצא באלו. אפילו המחיר, אשר מקובל לראות בו תכונה גלויה, הוא לכל היותר תכונה גלויה למחצה בשוק הסלולרי. שיטת התמחור של השירות הסלולרי מורכבת, רב-ממדית ותלויה באופן השימוש של הצרכן (דקות שיחה, שליחת מסרונים, היקף הגלישה באינטרנט וכו').⁴⁷ לבסוף בקבוצת התכונות החבויות אפשר לכלול את ההשפעות הבריאותיות ארוכות הטווח של השימוש בטלפון סלולרי. סיווג זה עשוי לסייע למחוקק ולבתי המשפט למקד את ההתערבות המשפטית בקבוצת התכונות הבעייתית יותר. ככל שהתכונה גלויה פחות לצרכן, כך גדל הצורך בהגנה משפטית. אם ניישם את הטקסונומיה שלעיל, במצבים מסוימים ובענפים מסוימים אפשר לראות בחוזה אחד תכונה חבויה.⁴⁸ גם באותם מקרים (רבים) שבהם החוזה עצמו נגיש לצרכן, הימנעותו של הצרכן מקריאת החוזה הופכת את החוזה לתכונה שאינה גלויה. כעת נקל להבין כיצד חוזים אחידים עלולים להיות חלק משוק לימונים (lemons market for lemons). כפי שמסביר פרופ' אקרלוף (Akerlof),⁴⁹ כשקיימים פערי מידע בין מוכרים לבין קונים, עלולים כוחות השוק להביא למצב שבו מוצעים למכירה מוצרים באיכות הנמוכה ביותר האפשרית ובמחיר הנמוך ביותר האפשרי. זהו למעשה התהליך שחל בשווקים רבים בכל הנוגע לחוזים אחידים צרכניים. החוזה האחיד הוא פעמים רבות מאפיין שהלקוח הטיפוסי אינו שם לב אליו. משום כך לספקים אין תמריץ להשקיע בו. למעשה, ההפך צפוי לקרות. ההשקעה בהיבטים בולטים של המוצר והלחץ להציע את המוצר במחיר תחרותי יביאו את מוכר לפגוע באיכות

46 עם זאת נעיר כי יש שווקים שבהם הצרכן מבצע עסקות חוזרות, וכך תכונה חבויה של מוצר א נגלית לצרכן תוך כדי השימוש במוצר והופכת לתכונה גלויה כשהצרכן בא לרכוש מוצר ב, הנמנה עם אותה משפחת מוצרים או מיוצר על ידי אותו היצרן.

47 ההבחנה בין שתי הקבוצות אינה תמיד כה ברורה וחדה. צרכנים פוטנציאליים יכולים לברר פרטים רבים בקרב צרכנים מנוסים, ובכך לגשר על פערי המידע באשר לחלק מהתכונות המתגלות תוך כדי שימוש. יכולת זו מתעצמת בעידן הנוכחי, שבו צרכנים משתפים זה את זה בניסיונם ובתובנותיהם באמצעים אלקטרוניים. ראו בכר וז'רסקי, לעיל הערה 40.

48 כאמור, חוזה אחיד הוא למעשה מאפיין של מוצר או שירות ככל מאפיין אחר.

49 ראו המאמר הקלסי: George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q.J. ECON. 488 (1970).

ההיבטים החבויים, שאינם ידועים ללקוח. התוצאה: חוזים אחידים המנוסחים ניסוח מוטה לרעת הצרכנים.

כאן יכולה להתעורר התמיהה: אם בענף מסוים מוצעים חוזים מוטים הפוגעים ברווחת הצרכנים, מדוע לא ינסה ספק פלוני להציע חוזים טובים יותר ו"לגזול" ממתחריו לקוחות באמצעות הסברה? לכאורה, ספק שיחנך את הצרכנים ויאיר את עיניהם בדבר היתרונות הגלומים בחוזה האחיד (הבלתי מוטה) שהוא מציע עשוי להגדיל את נתח השוק שלו על חשבון מתחריו.⁵⁰

התשובה היא שבמקרים רבים לא יעיל מבחינתו של הספק לנסות למשוך צרכנים באמצעות תניות חוזיות עדיפות. לכך כמה טעמים: ראשית, כפי שהוסבר לעיל, צרכנים נוטים שלא לייחס חשיבות רבה לתניות חוזיות בתהליך קבלת ההחלטות. הם מעדיפים להתמקד בהיבטים אחרים, הנדמים בעיניהם כמרכזיים וחשובים יותר.

שנית, ספק שינסה למשוך לקוחות באמצעות פרסומת כדוגמת "רק אצלי אתם הצרכנים תבחרו היכן לתבוע אותי בגין מוצר פגום" עלול להיות חשוף לבעיית ה-adverse selection. הוא ימשוך בעיקר צרכנים בעייתיים המחפשים סכסוכים ותביעות, משום שבשביל צרכנים מסוג זה השליטה על מקום התביעה חשובה במיוחד.

שלישית, חינוך צרכנים ברזיו ונפקויותיו של החוזה האחיד הוא תהליך יקר. לא ברור כלל שהספק יפיק תמורה מתהליך חינוכי יקר זה. נניח לצורך העניין כי ניסיונותיו של הספק לשכנע חלק נכבד מהצרכנים לשים לב לתוכנו של החוזה האחיד יעלו יפה. עדיין לא ברור שהוא ייהנה מעלייה בביקוש למוצריו. במצב דברים שבו הצרכנים המחונכים בוחרים מוצרים (גם) לפי החוזה האחיד הנלווה להם, יפעלו גם מתחריו של הספק המחנך לשינוי חוזהם. להבדיל מתהליך החינוך שהוא יקר ומורכב, תהליך שינוי החוזה הוא זול ופשוט יחסית.⁵¹ במקרה כזה יאבד היתרון היחסי שרכש הספק שהחל את התהליך. המשאבים שהושקעו בחינוך הצרכנים ירדו, לפחות בחלקם, לטמיון.⁵² ספק רציונלי יצפה תוצאה מתבקשת זו, ולכן יחשוש להשקיע בחינוך צרכנים.

לסיכום פרק זה, פערי מידע ורציונליות חסומה עלולים ליצור מציאות שבה מוצעים לצרכנים מוצרים, שירותים וחוזים לא יעילים. אלו פוגעים הן ברווחת הצרכנים הן ברווחת

50 לבחינה מקיפה של אפשרות זו ראו Gilo & Porat, לעיל הערה 23, בעמ' 167.

51 ראו: 18, 157 U. PA. L. REV. 1, Oren Bar-Gill & Elizabeth Warren, *Making Credit Safer*, (2008).

52 עם זאת כשמדובר בהיבטים בולטים, ייתכן בהחלט מצב שבו שינוי המסגרת החוזית יביא לרווח. כאשר לצרכנים שונים יש העדפות שונות, ספקים יכולים להציע תניות חוזיות שונות, ובכך לקלוע לטעמם ולהעדפותיהם של צרכנים רבים יותר. ראו גם Clayton P. Gillette, *Pre-Approved Contracts for Internet Commerce*, 42 Hous. L. REV. 975, 989 n.5 (2005).

החברתית הכוללת. איננו טוענים כי זוהי התוצאה האפשרית היחידה. יש לבחון כל ענף וכל סוג מקרים לגופו. תחרות, גילוי מידע, שיתוף מידע בין צרכני, פעילותם של ארגוני צרכנים, התקשורת ההמונית וכוחות השוק – כל אלה עשויים לעתים להוליד תוצאות יעילות. אך במצבים הרבים שבהם קיימים כשלי שוק, יש לבחון התערבות משפטית שתמזער את הבעיות ואת הנזקים הנגרמים מהם. לזאת נפנה כעת.

ג. תגובות רגולטוריות

בחלק זה יתוארו מגוון התגובות הרגולטוריות לבעיות המתעוררות בשל פערי מידע ורציונליות חסומה. תת־החלק הראשון ימשך רקע לשאר תת־החלקים. במסגרתו נפרוס את מערך השיקולים – שיקולי עלות ותועלת – הקובעים, לגישת הניתוח הכלכלי, את הבחירה בין גישות רגולטוריות שונות. תשומת לב מיוחדת תינתן לעובדת קיומן של קבוצות צרכניות שונות (הטרונגניות צרכנית) ולדרך שבה היא משפיעה על הבחירה בין הגישות המתחרות. מכיוון ששורש הבעיה הוא חוסר במידע, דיני הצרכנות מאמצים תדיר גישה רגולטורית שעיקרה הטלת חובות גילוי ואיסור על פרסומות מטעות. גישה זו תעמוד במוקד תת־החלק השני. נבחן את היתרונות ואת החסרונות שבהטלת חובות גילוי תוך הדגמות מהדין הישראלי. כפי שהדיון בחלק זה יוכיח, להטלת חובות גילוי מגבלות לא מבוטלות, ושימוש לא מושכל באמצעי זה עלול דווקא לפגוע בצרכנים.

דרך נוספת העומדת בפני המחוקק להתמודדות עם בעיות צרכניות היא עיצוב כללי בררת המחדל המשפטיים. כללים אלו קובעים את נקודת המוצא של הדין, אולם הצדדים יכולים להתנות עליהם. המחוקק הישראלי איננו משתמש תדיר באמצעי זה. בתת־החלק השלישי נדון בתפקידם של כללי בררת המחדל ונבחן את יעילותם בהקשר הצרכני. בנסיבות מסוימות מעניקים דיני הצרכנות "תקופות צינון" או זכות חרטה לצרכנים הכורתים עסקות מסוימות. בתת־החלק הרביעי נעמוד על הרציונלים למתן זכות חרטה צרכנית. הדיון בחלק זה ידגים מדוע טועה המחוקק הישראלי, שבוחר להשתמש באמצעי זה שימוש נרחב מדי.

חוזים מתמשכים הם תופעה צרכנית נפוצה ביותר, בישראל ובעולם. תת־החלק החמישי יוקדש לדיון בהיבטים משפטיים מרכזיים של תופעה זו. נבחן את החקיקה הישראלית הייחודית המסדירה חוזים מתמשכים ונעמוד על חסרונותיה וכשליה.

לבסוף, תת־החלק השישי יוקדש לדיון קצר באמצעים שבהם בחר המחוקק הישראלי לאכוף את הוראות החקיקה הצרכנית. עם אלו אפשר למנות סנקציות פליליות ומנהליות, פיצויים לדוגמה ומנגנון התובענות הייצוגיות. נדון בקצרה בקשר שבין מגוון אמצעים אלו לבין סוגיית תת־האכיפה.

1. "פטרנליזם רך" והטרונגניות צרכנית

בשווקים צרכניים רבים קיימים כשלי שוק המונעים מכוחות השוק לפעול למקסום הרווחה הצרכנית והרווחה החברתית הכוללת. תגובה אינטואיטיבית אחת מבקשת להחליף את כוחות השוק שכשלו ברגולציה. על פי תגובה זו, אם השוק אינו מספק את המוצר או את החוזה האופטימליים, על המחוקק להכתיב את תכונות המוצרים ואת תוכן החוזים. זוהי גישה פטרנליסטית.

הניתוח הכלכלי דוחה פטרנליזם זה מכמה סיבות: ראשית, ספק רב אם המחוקק מצויד במידע הדרוש לצורך קביעת תכונותיהם של מוצרים וחוזים אופטימליים. שנית, לא ברור כלל שמטרת המחוקק היא אכן מקסום הרווחה הצרכנית והרווחה החברתית הכוללת. לא אחת מושפע המחוקק מלחץ שמפעילים הספקים (political capture), והוא מאמץ רגולציה שממקסמת את רווחי הספקים על חשבון רווחת הצרכנים.⁵³ לפיכך מתעורר החשש שתוצאת הפעילות הרגולטורית תהיה גרועה מהנזק שנגרם מכשלי השוק שעמם מבקש המחוקק להתמודד.

ההטרונגניות הצרכנית מגבירה את הספקות באשר ליכולתו של המחוקק לקבוע רגולציה אופטימלית. מוצר או חוזה המתאים לצרכן א לאו דווקא מתאים לצרכן ב. המחוקק איננו מסוגל לזהות את המוצר או החוזה המתאים לכל צרכן וצרכן. ודאי שהוא אינו יכול לקבוע כללים אינדיבידואליים המתאימים למוצרים וחוזים שונים לצרכנים השונים. גמישות זו היא מיתרונותיו של השוק. המחוקק, שאינו יכול להשיג גמישות שכזו, יאלץ לאמץ רגולציה כללית. רגולציה זו תכפה מוצר או חוזה אחד על קבוצה גדולה והטרונגנית של צרכנים. הטרונגניות מסוג אחר עניינה היקף המידע העומד לרשות הצרכנים ומידת הרציונליות שלהם. קיימים צרכנים מתוחכמים פחות, המקבלים החלטות על סמך מידע חסר. קיימים צרכנים מתוחכמים יותר, המקבלים החלטות על סמך מידע מלא יותר. ייתכן בהחלט שלצרכנים המתוחכמים פחות המוצר האחד שכופה המחוקק עדיף על מה שהשוק היה מספק. אולם הדברים שונים כשמדובר בצרכנים המתוחכמים. סביר להניח שבשבילם גמישות השוק עדיפה על הקשיחות הרגולטורית, גם כאשר כשלי שוק מונעים מכוחות השוק לפעול באופן אופטימלי.

53 על פי מודל ה-public choice theory, פעולת המחוקק היא תגובה להיצע ולביקוש שהם תוצר של מאבקים בין קבוצת לחץ ואינטרס. לפי מודל זה, אפשר לצפות כי לא תהיה חקיקה צרכנית מספקת, וכי תקודם חקיקה המיטיבה עם קבוצת יצרנים, תעשיינים וכדומה. זאת משום שלצרכנים קשה להתאגד ולהפעיל לחץ לקידום האינטרסים שלהם. לעומת זאת לעוסקים בענפים מסוימים (דוגמת בנקאות, ביטוח, דלק, תיירות, ותקשורת) יש התמריץ והיכולת לעשות כן. ראו: DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: CRITICAL INTRODUCTION 12-37 (1991).

על רקע ההתנגדות העקרונית של הגישה הכלכלית למשפט לרגולציה פטרנליסטית הוצעו בספרות הכלכלית-משפטית גישות פטרנליסטיות מעודנות יותר. גישות אלו עשויות למזער את הבעיות הנלוות לפטרנליזם קלסי. "פטרנליזם א-סימטרי" ו"פטרנליזם ליברטריאני" הן דוגמאות לגישות מתוחכמות יותר, המתחשבות בהטרוגניות הצרכנית. כיוון שלגישות אלו רלוונטיות רבה לנושא דיוננו, נעמוד על תוכנן בקצרה.

פטרנליזם א-סימטרי.⁵⁴ גישה זו נהגתה בתגובה להטרוגניות הצרכנית, ובפרט להטרוגניות הצרכנית בממד התחכום. על פי גישה זו, פטרנליזם מוצדק מועיל רבות לטועה ופוגע מעט (אם בכלל) ברציונלי. בהקשר שלנו פטרנליזם נבון יקדם את רווחתם של הצרכנים המתוחכמים פחות. עם זאת הוא יפגע אך מעט בצרכנים המתוחכמים יותר, שאינם זקוקים להגנה הפטרנליסטית.

כך לדוגמה חובות גילוי יכולות לעזור לצרכן המתוחכם פחות, אשר לא היה נחשף למידע בהיעדר חובת הגילוי. זאת מבלי לפגוע פגיעה גדולה בצרכן המתוחכם, אשר היה דואג לקבל את המידע אף בהיעדר חובת גילוי. גם כללי בררת מחדל הם דוגמה לפטרנליזם מסוג זה. כללים אלו יכולים לכוון את הצרכן המתוחכם פחות לבחירה הנכונה (שכן הוא בדרך כלל לא יסטה מבררת המחדל) מבלי לגרוע מחופש הבחירה של הצרכן המתוחכם, אשר יכול לסטות מבררת המחדל.

דוגמה נוספת היא תקופת המתנה קצרה עובר לקבלת החלטות בעלות חשיבות, כגון נישואים או רכישת דירה; או תקופת המתנה לאחר קבלת החלטות חשובות במיוחד, כדוגמת גירושין. תקופת המתנה כזאת עשויה לסייע מאוד לאנשים הנוטים לקבל החלטות נמהרות בלהט הרגע, אך היא כמעט לא תפגע באלה שהחלטותיהם מתקבלות ביישוב הדעת, והם אינם זקוקים לזמן נוסף בדמות "תקופת המתנה". דוגמה אחרת היא התקנת מכשיר המונע התנעת רכב אם קיימת רמת אלכוהול מסוימת בדם. מכשיר זה יסייע רבות לאלו העלולים לנהוג ברכב במצב מסוכן, אך אין בו כדי להגביל את אלו שאינם עלולים לשתות ולנהוג.⁵⁵

פטרנליזם ליברטריאני.⁵⁶ ליברליזם משתקף בקיומה של ספּרה פרטית, שבה המדינה מנועה מלפעול. לעומת זאת פטרנליזם משמעו התערבות המדינה בחופש הפרט וביכולת

54 לפיתוח הרעיון ראו: Colin Camerer, Samuel Issacharoff, George Loewenstein, Ted O'Donoghue & Matthew Rabin, *Behavioral Economics and the Case of "Asymmetric Paternalism"*, 151 U. PA. L. REV. 1211 (2003).

55 עם זאת יש כמובן לשים לב שהתקנת מכשיר זה ברכבים עלולה לייקר את עלותם.

56 ראו: Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, 70 U. CHI. L. REV. 1159 (2003); Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, 93 AM. ECON. REV. 175 (2003). לדין כללי ונרחב יותר ראו

הבחירה שלו. המצדדים בפטרנליזם ליברטריאני סבורים כי למרות המתח בין השניים הם יכולים להתקיים זה לצד זה. העיקרון העומד בבסיסה של גישה זו הוא שימור יכולתו של הפרט לבחור את שהיה בוחר אלמלא ההתערבות הפטרנליסטית של המשפט. הפטרנליזם הליברטריאני מצדד באותן גישות רגולטוריות שעליהן מצביע הפטרנליזם הא-סימטרי. חובות גילוי אינן פוגעות בחופש הבחירה של הצרכן. כך גם כללי בררת המחדל. כללים אלו יכולים לעזור לצרכנים רבים מבלי לכפות על הפרט את הבחירה בכלל שאומץ על ידי המחוקק. למשל, אפשר לאמץ כללי בררת מחדל המעודדים חיסכון (לדוגמה, הפרשות סוציאליות מן השכר) תוך מתן אפשרות לאלה שאינם מעוניינים בכך לצאת מהסדר זה.⁵⁷

מלבד זאת נטען כי לעתים חייבים לבחור בררת מחדל. באותם מצבים אין חלופה אמיתית להתערבות בבחירות הפרט. לדוגמה, נניח כי אנשים נוטים לבחור מוצרים הנמצאים בקדמת קפיטריה בתדירות גבוהה יותר. אם בעל קפיטריה חייב לבחור אילו מוצרים להציב במקום זה, פטרנליזם ליברטריאני יעודד הצבת מוצרים בריאים דווקא. בכך אין כדי למנוע מבאי הקפיטריה לבחור במוצרים אחרים, שאינם בריאים.

2. גישור על פערי המידע וצמצום: גילוי מידע ואיסור על פרסומות מטעות

חובות גילוי. חוסר במידע רלוונטי עלול להוביל לכריתתן של עסקות לא יעילות.⁵⁸ מפרספקטיבה כלכלית, חובות גילוי המוטלות על הספק מסייעות במישרין לצמצם את החוסר במידע מצדו של הלקוח. מבחינה זו חובות גילוי הן אמצעי הנחשב עדיף על הסדרה תוכנית של עסקות צרכניות, דוגמת רגולציה של תוכן החוזה. בשימוש נכון זהו אמצעי יעיל ולא פטרנליסטי, הנועד לתקן עיוות הנוצר מכשל השוק של חוסר במידע. החקיקה הצרכנית משופעת בחובות גילוי המוטלות על עוסקים ויצרנים. חובות גילוי ספציפיות מצויות בתחומים רבים ושונים, ובהם מכר דירות, בנקאות, ביטוח, מזון, הלוואות

RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (2008).

57 כלל בררת מחדל כזה מנצל את העובדה שרבים נוטים, מכוח האינרציה, להישאר עם הסטטוס קוו מבלי לפגוע ביכולתם של אחרים לבחור בחלופה אחרת.

58 עסקות לא יעילות כוללות מוצרים או שירותים שנלווה להם חוזה אחיד ובו תניה לא יעילה. זאת גם כאשר הצרכנים מעדיפים לרכוש את המוצר או השירות עם התניה הלא יעילה על פני ויתור על המוצר או השירות בכללותם. במילים אחרות, לצרכן שלוש עדיפויות: עדיפות ראשונה היא לרכוש את המוצר או השירות עם התניה היעילה; עדיפות שנייה היא לרכוש את המוצר או השירות עם התניה הלא יעילה; עדיפות שלישית היא לא לרכוש את המוצר או השירות כלל. כמובן, עסקות לא יעילות כוללות גם מצבים שבהם העדיפויות השנייה והשלישית מתחלפות.

חוץ-בנקאיות, טלפונים ניידים ותכשיטים.⁵⁹ לצד חובות ספציפיות קיימות חובות גילוי כלליות. חובות מסוימות מעוגנות בחקיקה האזרחית הכללית. דוגמה לכך היא חובות הגילוי הנגזרות מהחובה לנהוג בתום לב.⁶⁰ כמו כן צד לחוזה שהתקשר בחוזה בשל טעות או הטעיה רשאי לבטלו.⁶¹ חובות כלליות אחרות מעוגנות בחקיקה הצרכנית. דוגמה אחת היא האיסור המוטל על עוסק לעשות דבר "העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה".⁶² כדי לעצב את חובות הגילוי באופן מיטבי יש לתת את הדעת על כך שחובות גילוי הן פתרון המלווה בקשיים. צרכנים עלולים שלא לקרוא את המידע המגולה (כפי שהם נוטים שלא לקרוא חוזים אחידים). צרכנים אינם יכולים ליהנות מגילוי המידע אם הם אינם טורחים לקרוא אותו. לפיכך יש לעצב את חובות הגילוי באופן שיעודד כמה שיותר צרכנים לקרוא את המידע המגולה.

אמת, גם עם עיצוב אופטימלי צרכנים רבים לא יקראו חוזים ומידע מגולה אחר. אך אין בכך כדי להצדיק ויתור על חובות גילוי. עצם העובדה שצרכנים מסוימים אינם קוראים את המידע, אין משמעה שגילוי המידע מיותר. יש לשקול את התועלת הצומחת לצרכנים שנותנים את דעתם על המידע המגולה ולהשוותה לעלויות הנלוות לגילוי המידע. הנזק והעלויות כוללים את יצירת כללי הגילוי (ועדכונם מעת לעת על פי הצורך); אכיפת הכללים; העלויות שבהן נושאים ספקים ויצרנים המחויבים בגילוי המידע; ייקור מחירים של מוצרים בשל גלגול (מלא או חלקי) של עלויות הגילוי לפתחם של הצרכנים; והעלויות המושתות על צרכנים המעוניינים בעיבוד המידע ובעיכולו.

באופן כללי יותר, על מידע ועל חובות הגילוי אין לומר כי "כל המרבה הרי זה משובח". כאמור לעיל, גילוי מרובה עלול לבלבל וליצור היצף מידע. צרכנים מסוגלים לעבד מספר מוגבל של פיסות מידע. אם המידע המגולה רק מחליף מידע אחר, אין ערובה שגילוי המידע

59 ראו בהתאמה: סעיפים 2-3 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 (חייב מוכרי דירות בשוק הראשוני לספק לרוכש מפרט הכולל מידע רב בנוגע לדירה הנמכרת); חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981; סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (חייב המבטח להאיר את עיני המבוטח בדבר החרגות בפוליסה); תקנות בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי); סעיף 3 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג-1993; תקנות הגנת הצרכן (מידע בדבר קרינה בלתי מייננת מטלפון נייד), התשס"ב-2002; תקנות הגנת הצרכן (גילוי פרט מהותי לגבי יהלומים, אבני חן ופנינים), התשנ"ה-1995.

60 סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

61 שם, סעיפים 14-15.

62 סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן.

יביא לקבלת החלטות טובות יותר. לבסוף, מידע רב ומבלבל עלול לייקר לצרכנים את איתור המידע שבו הם מעוניינים ואף לגרום להם לתחושת תסכול.⁶³ עומרי בן-שחר (Omri Ben-Shahar) וקרל שניידר (Carl Schneider) סוברים כי בשל המגבלות של חובות גילוי כאמצעי רגולטורי יש להמעיט בשימוש בו.⁶⁴ עמדתנו היא שחובות גילוי יכולות למלא תפקיד חשוב בתנאי שהן מעוצבות כראוי. כלומר, גילוי המידע צריך להיעשות על פי הדרך שבה אנשים מעבדים מידע ומקבלים החלטות. כאן יש להביא בחשבון מכלול גורמים ונסיבות: עיתויו של גילוי המידע (שלב מוקדם של העסקה לעומת שלב מאוחר שבו הלקוח כבר גיבש החלטה); היקף המידע המגולה; סוג המידע (תניות בולטות או תניות שאינן בולטות); אופן הצגתו (ניסוח המידע, גודל הכתב, צבעו וסוגו, מיקומו וכדומה).

לסיכום נקודה זו, מטרתן של חובות גילוי היא להביא מידע חשוב לידיעתו של הצרכן הסובל מחוסר במידע. כדי להשיג מטרה זו לא די בהטלת חובת גילוי. יש חשיבות רבה לעיצובה של חובת הגילוי. עיצוב כושל לא ישיג את המטרה של קידום הרווחה הצרכנית. הוא אף עלול לפגוע ברווחת הצרכנים שעליהם הוא מבקש להגן. איסור על פרסומות מטעות. פרסומות מאפשרות לצרכנים ללמוד על המוצר ועל תכונותיו. לשון אחר, פרסומות הן דרך להעברת מידע למספר גדול ובלתי מסוים של צרכנים פוטנציאליים. מבחינה זו פרסומות הן אמצעי יעיל להעברת מידע. משום שפרסומת אחת יכולה לספק מידע למספר גדול מאוד של צרכנים, תאגידים משקיעים בהן סכומי עתק.⁶⁵

63 ספרות נרחבת העוסקת בחובות הגילוי המוטלות על יצרני מוצרים העלולים להזיק לצרכנים מעידה שיצרנים לעתים מנצלים חובות אלו. הם משתמשים בחובות הגילוי המוטלות עליהם כאמצעי להגדיל את נפח המכירות. לחלופין הם מוצאים מגוון דרכים להסיט את תשומת לב הצרכנים מהמידע המגולה. ראו למשל Jeffrey J. Rachlinski, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, 97 Nw. U. L. Rev. 1165, 1177 (2003); Todd Barlow & Michael S. Wogalter, *Alcoholic Beverage Warnings in Magazine and Television Advertisement*, 20 J. CONSUMER RES. 147, 151-152 (1993); Howard Latin, "Good" Warnings, Bad Products, and Cognitive Limitations, 41 UCLA L. Rev. 1193, 1225-1226 (1994); Lars Noah, *The Imperative to Warn: Disentangling the "Right to Know" from the "Need to Know" about Consumer Product Hazards*, 11 YALE J. ON REG. 293 (1994).

64 ראו: Omri Ben-Shahar & Carl E. Schneider, *The Failure of Mandated Disclosure*, 159 (2011) U. PA. L. Rev. 647. ראו גם: Omri Ben-Shahar, *The Myth of the 'Opportunity to Read' in Contract Law*, 5 EUROPEAN REV. CONTRACT L. 1 (2009).

65 למרות ירידה מסוימת בהוצאות על פרסום בשנת 2009 גלגל שוק הפרסום בישראל כ-3.5 מיליארד ש"ח. ראו למשל מיכל תוסייה כהן "הפרסום בישראל התכווץ ב-4.5% ב-2009" כלכליסט 10.1.2010 www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3385648,00.html (נבדק לאחרונה ב-26.12.2010).

פרסום הוא גילוי וולונטרי של מידע לצרכנים. ככלל, גילוי וולונטרי של מידע נכון תורם לפעולה תקינה של כוחות השוק. תפקיד המשפט הוא לתמרץ ספקים לפרסם מידע נכון. האמצעי המקובל להשגת מטרה זו הוא הטלת סנקציות על פרסום מידע שאינו נכון.⁶⁶ אולם רצינות מוגבלת של צרכנים מצדיקה התערבות משפטית רחבה יותר. הבעיה אינה רק, או בעיקר, פרסום שקרי. הבעיה היא פרסום נכון אך מטעה. מוצרים צרכניים רבים הם מוצרים מורכבים ורב-ממדיים. הספק יכול בקלות להדגיש, בפרסום שכולו אמת, את יתרונותיו של המוצר ולהתעלם מתכונותיו השליליות. פרסום כזה, אף שאינו שקרי במובן הצר של המילה, עלול לגרום לצרכן לבצע עסקה הפוגעת ברווחתו. על כן יש הצדקה כלכלית להרחבת האיסור על פרסום מטעה. אם להשתמש בטרמינולוגיה של פטרנליזם א-סימטרי, איסור על פרסום מטעה מועיל רבות לצרכנים המתוחכמים פחות המוטעים על ידי הפרסומת. בה במידה הוא איננו פוגע פגיעה גדולה בצרכנים המתוחכמים יותר, שאינם מוטעים על ידיה. אלו יכולים לאסוף את המידע הרלוונטי שמוצג בפרסומת ממקורות אחרים ובעלות נמוכה.

הפסיקה הישראלית, כמו גם הרגולטור האמון על אכיפת החוק, אינם נוטים לפקח על פרסומות מטעות בהקפדה יתרה. בעקבות המשפט האנגלו-אמריקני⁶⁷ התפיסה בישראל היא שבפרסומות יש ממד מקובל של הגזמה והתפארות גרידא (mere puff).⁶⁸ הגזמות או אי-התאמות בין האמור בפרסומת לבין האמור בחוזה אינן נחשבות לרוב הטעיה חוזית המקנה זכות ביטול.⁶⁹ באתר משרד התמ"ת מפורטות שמונה פניות בלבד של הממונה על הגנת הצרכן לעוסקים בדבר פרסומות מטעות בשנים 2005-2010.⁷⁰ הרגולטור ובתי המשפט אימצו תפיסה צרה יחסית של הטעיה בפרסום. אנו סבורים כי הגיעה העת לבחינה מחודשת של תפיסה זו.⁷¹

66 ספק החושש ממוניטין שלילי יימנע מפרסום שקרי. אם מנגנון המוניטין פועל באופן מושלם אין צורך כלל בסנקציות על פרסום מידע שקרי. צרכן הרוכש מוצר על סמך פרסום שקרי יפסיק לרכוש את המוצר ויספר לאחרים על ניסיונו השלילי.

67 ראו למשל: Leonard v Pepsico, Inc., 88 F. Supp. 116 (2d cir. 1997).

68 לגישה דווקנית של בית המשפט באשר לתובענה ייצוגית צרכנית שהתבססה על הטעיה בפרסומות ראו ת"א (י-ם) 1509/97 אפיק נ' סלקום תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 5.7.1998).

69 ראו למשל סיני דויטש דיני הגנת הצרכן א 380-381, הערות 189-190 (2001).

70 ראו E8%F2%E4 (נבדק לאחרונה ב-19.10.2010).
www.moital.gov.il/CmsTamat/search.aspx?w=%F4%F8%F1%E5%ED%20%EE%

71 ראוי לציין כי החוק מעניק הגנה מיוחדת מפני פרסומות לקטינים. ראו תקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המיועדים לקטינים), התשנ"א-1991 (התקנות מגדירות קטין כמי שטרם מלאו לו 18). הרציונל הבסיסי לתקנות אלו הוא הצורך להגן ביתר שאת על קבוצת צרכנים פגיעה יותר. פגיעות זו באה לידי ביטוי באופנים שונים, כתלות בגילו של הקטין. בגילים צעירים במיוחד ילדים אינם מסוגלים להבדיל כהלכה בין מציאות לבין בדיה או פנטזיה. הגיל

3. כללי בררת מחדל

כללי בררת מחדל הם כללים שנקבעים על ידי המחוקק, ושהצדדים לעסקה רשאים לסטות מהם. כללים אלו קרויים גם כללים מרשים (דיספוזיטיביים). זאת בשונה מכללים כופים (קוגנטיים), שאי אפשר להתנות עליהם ואי אפשר לסטות מהם. למעשה אפשר לראות בכללי בררת מחדל חקוקים סוג של פטרנליזם רך. כללי בררת מחדל "דוחפים" את הצדדים להסדר הרצוי (בעיני המחוקק), מבלי לכפות זאת עליהם.⁷² לכאורה אפשר לתמוה: אם ממילא רשאים הצדדים להתנות על חוקים דיספוזיטיביים, מדוע ליצור אותם מלכתחילה? כלומר, מדוע להקדיש זמן ומשאבים ליצירת חקיקה דיספוזיטיבית שאינה מחייבת? האם לא נכון ויעיל יותר להשאיר את עיצוב ההסדר בידי הצדדים? קיימות כמה סיבות לקיומם של כללי בררת מחדל, ונציין את המרכזיות שבהן: ראשית, כללי בררת מחדל מונעים מצבים של חסר בתחולת המשפט על מערכות עובדתיות. חוק דיספוזיטיבי מניח שקיים מצב הטעון הסדר משפטי, ושהסדר כזה איננו קיים (או קיים באופן חלקי). החוק בא להשלים את החסר עד אשר הצדדים יסכימו אחרת. בכך נמנעים "חללים" משפטיים, העלולים להביא לסכסוכים או לייקר את בירורם.

שבו מתגבשת יכולתם של ילדים להבחין בין פרסומת לבין תכניות אינו זהה לגיל שבו מתגבשת יכולתם להבין את הכוונות המסחריות שמאחורי פרסומות. לדין נרחב ראו: BARRIE, GUNTER, CAROLINE OATES & MARK BLADES, ADVERTISING TO CHILDREN ON TV: CONTENT, IMPACT AND REGULATION 30-61 (2005); דפנה למיש לגדול עם טלוויזיה: המסך הקטן בחייהם של ילדים ובני נוער 200-198 (2002). בגילים מתקדמים יותר ההנחה היא כי גם אם קטינים מסוגלים להבחין בין מציאות לבין בדיה, הרי ששיקול דעתם לוקה. הם נוטים וקלים להתרשם, והם עלולים לפעול באופן נמהר בשל לחצים חברתיים ואחרים. התקנות באות להגן על קטינים בשל חוסר בשלותם להשתתף כ"שחקנים" רציונליים במסחר הפתוח. דוגמה לכלל בררת מחדל היא הוראת סעיף 44(א) לחוק החוזים (חלק כללי). סעיף זה קובע כי "חיוב שלא הוסכם על מקום קיומו, יש לקיים במקום עסקו של הנושה, ואם אין לו מקום עסק – במקום מגוריו הקבוע". כלומר, אם החוזה בין הצדדים שותק באשר למקום הביצוע, תחול הוראת הסעיף שלפיה יש לקיים את החוזה במקום העסק או המגורים של הנושה. אך אם צוין בחוזה מקום קיום אחר – הוראת החוזה גוברת על הכלל הקבוע בחוק החוזים. לעומת זאת דוגמה לכלל קוגנטי (שאי אפשר להתנות עליו) היא הוראת סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע כי "בכריתתו של חוזה חייב אדם להתנהג בדרך מקובלת ובתום-לב". זהו כלל שממנו אי אפשר לסטות. הצדדים מחויבים לנהוג בתום לב. גם אם הסכימו ביניהם אחרת – אין להסכמה כל תוקף. להרחבה על כללים מרשים כאמצעי להכוונת התנהגות בתרופות בגין הפרת חוזה ראו ברק מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בגין הפרת חוזה" עיוני משפט כב 685 (1999).

שנית, הסדרים דיספוזיטיביים עשויים להביא לידי חיסכון בעלויות העסקה. במקום לחשוב על הסדרים שונים ולנסחם מבראשית, הצדדים המעוניינים יכולים לעשות שימוש בבררת המחדל הקבועה בחוק (ולשנותה לפי הצורך והעניין). על פי הסבר זה, על ההסדרים הדיספוזיטיביים לשקף את הנוהג בשוק. ככל שהסדר יתאים לאנשים רבים יותר, כך תגדל יעילותו. מטרתם של כללי בררת המחדל, לפי גישה זו, היא למזער את עלויות העסקה. בפרט מבקשים הכללים למזער את עלויות כתיבת החוזים ואת עלויות הסטייה מן הדין הדיספוזיטיבי.⁷³

שלישית, כללי בררת מחדל עשויים לסייע בעיצוב המציאות ובהצבעה על נורמות ראויות. להסבר זה כמה פנים: פן אחד הוא שרבים אינם יודעים מהו הדין הדיספוזיטיבי. אנשים שאינם מכירים את ההסדר החקיקתי עשויים שלא להתנות עליו. באותם מצבים ההסדר הדיספוזיטיבי חל. פן נוסף הוא שרבים פועלים מנקודת מוצא שהדין הדיספוזיטיבי הוא גם הדין הצודק או ההוגן. על פי קו מחשבה זה, יש צורך בנסיבות מיוחדות המצדיקות סטייה מן ההסדר החקיקתי. פן אחר הוא שהסדר חקיקתי עשוי להקנות זכויות וליצור מעין סטטוס קוו. אנשים נוטים לדבוק בסטטוס קוו, ולו בגלל עצלות פיזית או מנטלית. רביעית, לעתים תפקידם של כללי בררת מחדל הוא להגדיר בררת מחדל עונשית (Penalty defaults). על פי גישה זו, כללי בררת המחדל הם דווקא אלו שאחד הצדדים המתקשרים אינו מעוניין בהם, והמטרה היא לגרום לצד זה לסטות מהכלל החקוק המוצע. סטייה מכלל בררת המחדל מביאה לעתים לגילוי מידע חשוב שלא היה מתגלה אלמלא הרצון לסטות מבררת המחדל. סטייה מהסדרי בררת המחדל כשלעצמה מסבה את תשומת לבו של הצד השני לסטייה. בכך היא מסייעת לצד השני להבחין בסטייה ולמקד בה את תשומת לבו.⁷⁴

בהקשר הצרכני עיצוב כללי בררת מחדל צריך להיעשות גם בשים לב להטרוגניות הצרכנית. כלומר, על כללי בררת המחדל להגן על הצרכנים המתוחכמים פחות, הנוטים לטעות ולקבל החלטות שגויות הפוגעות ברווחה הכלכלית. בד בבד עליהם לאפשר לצרכנים המתוחכמים יותר לעקוף את בררת המחדל בקלות יחסית ומבלי להשית עליהם עלויות כבדות.⁷⁵

73 ראו: Ian Ayres & Robert Gertner, *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, 101 YALE L.J. 729, 731 (1992).

74 ראו: Lucian A. Bebchuk & Steven Shavell, *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale*, 7 J.L. ECON. & ORG. 284 (1991); ראו גם: Ayres & Gertner, שם.

75 ראו: Oren Bar-Gill, *The Behavioral Economics of Consumer Contracts*, 92 MINN. L. REV. 749, 794 (2008).

* * * * *

הסדר המשיק לדיון בכללי בררת מחדל מצוי בהוראת החוק המורה לעוסק להציג שלט המפרט את מדיניות החזרת הטובין שלא עקב פגם.⁷⁶ הוראה זו, כפי שחוקקה בשנת 2005, הטילה על בעלי עסק את החובה להציב את השלט במקום בולט וליד הקופה. החוק התיר בידי העוסק את שיקול הדעת לעצב את תוכן המדיניות כראות עיניו, ובלבד שתהיה בה התייחסות לכמה סוגיות שפורטו בחוק.⁷⁷

חשובה יותר לענייננו היא בררת המחדל שקבע החוק. בררת מחדל זו הוגדרה על דרך של קביעת חזקה. על פי הוראת החוק, חזקה על בעל עסק שלא פרסם מדיניות כי הוא מאפשר לצרכן חרטה מלאה (קרי ביטול העסקה והשבה הדדית מלאה). לשון אחר, הצבת השלט – שתוכנו כאמור נקבע עקרונית באופן בלעדי על ידי העוסק – מונעת תחולת ההוראה החקיקה בדבר יכולתו של הצרכן לבטל את העסקה אך בשל חרטה. אפשר להניח כי אלמלא החוק היו עוסקים מבקשים להצניע את מדיניותם ככל שזו איננה מיטיבה עם הצרכן. בררת המחדל החוקית שלפיה אי-פרסום מדיניות מעניקה לצרכן זכות חרטה, משמשת אמצעי מרתיע המעודד ספקים לפרסם את מדיניותם. זוהי דוגמה לבררת מחדל המתפקדת כבררת מחדל עונשית.

הדוגמה של פרסום מדיניות בדבר החזרת טובין ככלל בררת מחדל היא חריגה, וכפי שיובהר להלן – היא שונתה בחוק.⁷⁸ ככלל, המחוקק הישראלי בחר שלא להסתמך על כללי בררת מחדל. במקום זאת החקיקה הצרכנית היא חקיקה קוגנטית. סעיף 36 לחוק הגנת הצרכן קובע כי "הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד".⁷⁹ הרציונל לחקיקה צרכנית קוגנטית מבוסס על פערי המידע ופערי התחכום בין ספקים לצרכנים. החשש הוא שהספק יוכל לסטות מכלל דיספוזיטיבי בקלות יחסית ולאמץ מדיניות המוטה לטובתו, מבלי שיייתקל בהתנגדות מצד הצרכן או בדרישה להתאים את מחיר המוצר (או תכונותיו האחרות) למדיניות החד-צדדית.

המחוקק הישראלי כלל בחוק החוזים האחידים פתרון ביניים יצירתי: כללי בררת מחדל "דביקים" (sticky defaults). על פי האמור בחוק, חזקה על הסדרים הסוטים מכללי בררת

76 סעיף 24 לחוק הגנת הצרכן. להנחיות צורניות בדבר אופן כתיבת המודעה והצגתה ראו תקנות הגנת הצרכן (הצגת מודעה בדבר מדיניות החזרת טובין), התשס"ה-2005.
77 סעיף 24(א) לחוק הגנת הצרכן.
78 ראו להלן חלק 4.
79 הוראות דומות מצויות בחקיקה בתחומי הביטוח והבנקאות. ראו בהתאמה סעיף 52 לחוק חוזה הביטוח, וסעיף 17 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

המחדל החקוקים כי הם מקפחים.⁸⁰ יישום נכון של החזקה האמורה יתמרץ ספקים לסטות מהכלל רק כאשר הסטייה תורמת ליעילות ולרווחת הצרכן. לדעתנו על בתי המשפט לשקול שימוש נרחב יותר בכלי רגולטורי זה בתיקים שבהם מתבררות טענות קיפוח.

4. "תקופות צינון" זכות חרטה צרכנית⁸¹

ככלל, חוזה שנכרת כדין מחייב את הצדדים לו. צד לעסקה אינו יכול לחזור ממנה באופן חד-צדדי מבלי להיחשב למפר חוזה. עם זאת החקיקה מכירה במגוון מצבים שבהם הצרכן יכול לבטל חוזה שנכרת כדין.⁸² זכות זו מתוחמת בתקופת זמן מוגדרת – "תקופת צינון" (cooling off period) – שרק במסגרתה רשאי הצרכן לבטל את החוזה.⁸³ באופן ספציפי החוק מעגן זכות חרטה צרכנית בשלושה סוגי עסקות: הסוג האחד הוא עסקות רוכלות, הנכרתות בסביבתו ה"טבעית" של הצרכן ולא במקום עסקו של העוסק;⁸⁴ הסוג השני הוא עסקות לרכישת יחידות נופש;⁸⁵ הסוג השלישי הוא עסקות מכר מרחוק, הנכרתות ללא נוכחות משותפת של הצדדים לחוזה.⁸⁶ נוסף על כך, תיקון לחוק אשר התקבל בשנת 2010 מעניק זכות חרטה צרכנית רחבה יותר. זו חלה על עסקות צרכניות "רגילות" רבות.⁸⁷ נתמקד בעסקות רוכלות, בעסקות מכר מרחוק ובעסקות "רגילות".

- 80 סעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים.
- 81 חלק זה נסמך על שמואל בכר וטל ז'רסקי "זכות הביטול בעסקות צרכניות: רגישות מוצדקת או נצחון פירוס?" עיוני משפט לב 127 (2010). לניתוח כלכלי של זכות החרטה ראו: Omri Ben-Shahar & Eric Posner, *The Right to Withdraw in Contract Law* 40 J. LEG. STUD. 115 (2011).
- 82 ראו למשל סעיפים 9-10 ב לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ס"ח 187, לרבות חוק כרטיסי חיוב (תיקון מס' 4), התשס"ח-2008, ס"ח 814, אשר מרחיב את ההגנה הנתונה לצרכנים במקרים מסוימים. נוסף על כך, פעמים מוקנית לצרכן זכות בלתי מותנית לבטל את העסקה מכוח החוזה שנכרת עם העוסק.
- 83 זוהי תקופת צינון הנמנית ממועד כריתת העסקה ושבמהלכה יכול הצרכן לבטל את העסקה. קיימות תקופות צינון הנמנות מעת שיווק העסקה והעברת החוזה וטופס הגילוי ללקוח ועד לכריתת החוזה או ביצועו.
- 84 סעיף 14(א) לחוק הגנת הצרכן. ראו גם סעיף 59 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981, הקובע תקופת ביטול של שלושה ימים לעסקת ביטוח שנכרתה במקום מגוריו או במקום עבודתו של המבוטח וללא הזמנתו.
- 85 סעיף 14(ג) לחוק הגנת הצרכן.
- 86 שם, סעיף 14(ג).
- 87 ראו תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), תשע"א-2010.

עסקות רוכלות. עסקת רוכלות היא עסקה שנכרתת ביזמת העוסק ולא בבית עסקו.⁸⁸ לרוב מדובר בעסקות הנכרתות במקום מגוריו של הצרכן. עסקות אלו מתאפיינות בפערי מידע בין הצדדים. הצרכן אינו הצד שיזם את העסקה. משכך, רבים הסיכויים שהוא לא חשב עליה מספיק.⁸⁹ סביר להניח שלא הייתה לו הזדמנות נאותה לבחון את החלופות העומדות לפניו ולשקול כהלכה את צעדיו. נוסף על כך, לעתים רוכלים פועלים בשכונות ובאזורים המאוכלסים בקבוצות אוכלוסייה חלשות, דוגמת קשישים ועולים חדשים.⁹⁰ בנסיבות שבהן רוכלים מגיעים לבית הצרכן, הם עלולים לנצל את המוסכמה החברתית-התרבותית שלפיה יש לנהוג בנדיבות ובנימוס כלפי אורחים.⁹¹ לעתים הצרכן שרוי במתח משום ש"ביקורו" של העוסק נערך בעיתוי לא נוח, אשר לא תואם עמו מראש.⁹² מלבד זאת צרכנים מתלוננים שרוכלים נוקטים לעתים אסטרטגיות שיווקיות מניפולטיביות העלולות לפגוע בשיקול דעתם.⁹³ לחצם של מוכרים העוברים מדלת לדלת אינו מאפשר לצרכנים לבדוק אם המידע שהועבר לידיהם נכון ומדויק. נסיבות אלו עלולות להביא צרכנים לידי החלטות נמהרות ושגויות.

הדין מאפשר לצרכנים תקופת צינון שבמהלכה הם רשאים לחזור בהם מן העסקה.⁹⁴ תקופת הצינון פועלת בשני מישורים: ראשית, היא מאפשרת לצרכן לשקול את העסקה מבלי להיות נתון בלחץ שהופעל עליו על ידי סוכן המכירות במעמד הכריתה. תקופת הצינון מאפשרת לצרכן לאסוף מידע הנוגע לתנאי העסקה, למצגים שהוצגו בביקורו של הסוכן

- 88 להגדרת עסקת רוכלות ראו סעיף 8 לחוק הגנת הצרכן המגדיר "רוכלות" מהי. לדין בהגדרה זו ובשינויים שנעשו עם השנים בהסדרת ביטולה של עסקת רוכלות ראו דויטש, לעיל הערה 69, בעמ' 358-360. כן ראו אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 293-292 (2002).
- 89 מה גם שלעתים הרוכל מציג את הצעת העסקה כהצעה אטרקטיבית ומיוחדת שתפוג תוך זמן קצר.
- 90 ראו למשל ת"ק (שלום י-ם) 2136/06 גולדברגר נ' חב' מי טובים, מערכות טיהור מים בע"מ, פסקה 1 (פורסם בנבו, 12.7.2005).
- 91 ראו למשל דויטש, לעיל הערה 88, בעמ' 292.
- 92 ראו טענת התובעים בת"ק (שלום קר') 1180/07 הלבניץ נ' אורינטל טרוול בע"מ (פורסם בנבו, 12.3.2008).
- 93 דוגמה אחת לכך היא טענה של רוכל כי צרכן המחליט לא לרכוש את המוצר המוצע פוגע בכריאותו ובבריאותם של בני משפחתו.
- 94 ראו סעיף 14(א) לחוק הגנת הצרכן. יוער כי הסדרים דומים המקנים זכות חרטה לצרכן המתקשר בעסקת רוכלות אפשר למצוא במדינות רבות אחרות. בארצות הברית נקבע בהוראת הרשות הפדרלית למסחר (Federal Trade Commission) כי לצרכן נתונה זכות ביטול (cooling-off period), הניתנת למימוש בתוך שלושה ימים מעת כריתת העסקה. ראו: 16 C.F.R. § 429.1 (1972). מדינות רבות בארצות הברית אימצו כללים ספציפיים לעניין זה. גם באירופה אומצו דירקטיבות צרכניות הקובעות סטנדרט מינימלי מחייב בנוגע לזכויות חרטה בעסקות רוכלות. ראו: Council Directive 85/577, art.5, 1985 O.J (L 372) 31 (EC) (1985).

ולחלופות הקיימות בשוק. בכך מצטמצמים פערי המידע בין העוסק לבין הצרכן. לפיכך תקופת צינון היא דוגמה לפטרנליזם א־סימטרי. היא עוזרת רבות לטועים (שכרתו עסקה שהם אינם מעוניינים בה בלחץ המעמד והרגע או בהיעדר מידע מספיק), מבלי לפגוע פגיעה רבה באלו שפעלו באופן רציונלי ושהעסקה משקפת את רצונם והעדפותיהם.⁹⁵

המישור השני שבו פועלת זכות החרטה הוא בשינוי מערך התמריצים שיש לרוכל ex ante. זכות החרטה תגרום לרוכל להסס יותר לפני שינהג בערמה או יציג את המוצר או השירות באופן שגוי או מטעה.⁹⁶ דהיינו, עצם הידיעה כי הצרכן רשאי לבטל את העסקה לאחר כריתתה עשויה להקטין את התמריץ של המוכר ללחוץ על הצרכן מלכתחילה.

עסקות מכר מרחוק. החוק מגדיר "עסקת מכר מרחוק" כ"התקשרות בעסקה של מכר נכס או של מתן שירות, כאשר ההתקשרות נעשית בעקבות שיווק מרחוק, ללא נוכחות משותפת של הצדדים לעסקה".⁹⁷ גם לצרכן המתקשר בעסקת מכר מרחוק מוקנות הגנות ייחודיות, בעיקר זכות ביטול מעת כריתת החוזה ועד ארבעה-עשר יום לאחר קבלת המוצר.⁹⁸ כמו כן על המוכר מוטלת חובה לגלות לצרכן גרעין מינימלי של פרטים, לרבות פרטים בדבר זכות הביטול.⁹⁹ בשונה מעסקות רוכלות, במקרה של מימוש זכות הביטול בעסקות מכר מרחוק העוסק רשאי לגבות מן הצרכן דמי ביטול. שיעור דמי הביטול "לא יעלה על 5% ממחיר הנכס נושא החוזה או העסקה, או 100 שקלים חדשים, לפי הנמוך מביניהם".¹⁰⁰

החשש מטקטיקות שיווק אגרסיביות ומניפולטיביות קטן יותר בעסקות מקוונות (שהן סוג אחד של עסקות מכר מרחוק). הבעיה המרכזית המנחה את ההגנה על הצרכן בעסקת מכר מרחוק היא לא מניפולציות שיווקיות אלא נחיתות אינפורמטיבית. בסביבה המקוונת

95 ראו: Camerer et al., לעיל הערה 54, בעמ' 1240-1242.

96 שם, בעמ' 1240.

97 סעיף 14ג(ו) לחוק הגנת הצרכן. החוק מוסיף ומגדיר את המונח "שיווק מרחוק" כ"פניה של עוסק לצרכן באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא [...] במטרה להתקשר בעסקה שלא בנוכחות משותפת של הצדדים".

98 ראו סעיף 14ג(ג) לחוק הגנת הצרכן. הגנה על צרכנים מפני עסקות המערבות שיווק ומכר מרחוק עוגנה בכמה דירקטיבות של האיחוד האירופי (אך לא בארצות הברית). ראו Parliament and Council Directive 2002/65, Distance Marketing of Consumer Financial Services, 2002 O.J. (L 271) 16 (EU); Parliament and Council Directive 97/7, On the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts, art. 6, 1997 O.J. (L 144) 19, 22-23 (EU).

99 ראו סעיף 14ג(א)(7) לחוק הגנת הצרכן.

100 שם, סעיף 14ה(ב)(1).

הצרכן לרוב רוכש מוצר מבלי לחוש אותו ולראותו לנגד עיניו. לעתים הוא אף אינו יכול לברר אצל המוכר פרטים הנוגעים בממכר ובעסקה.¹⁰¹

ואולם, הצרכן הוא שבחר לבצע את עסקת המכר מרחוק, וייתכנו סיבות טובות לכך. אשר למוצרים רבים הנרכשים בעסקות מקוונות, התבוננות במוצר הארוז לא תוסיף מידע רב לצרכן. נכון שלעתים לצרכן קשה יותר לברר פרטים אצל מוכר הפועל ברשת האינטרנט, אך הדבר אינו בלתי אפשרי. לרוב אפשר לפנות למוכר בטלפון, בדואר אלקטרוני וכדומה. מלבד זאת האינטרנט מספק לעתים חלופות טובות יותר מבירור אצל המוכר. בדיקה באתרים המבקרים מוצרים ומדרגים מוכרים, רשתות חברתיות ופורומים שונים, עשויה בהחלט לספק תמונה טובה של המוצר או השירות. לפיכך הצורך בזכות חרטה בהקשר של עסקות מכר מרחוק מוטל בספק.¹⁰²

עסקות "רגילות". השימוש במונח עסקות "רגילות" מתייחס לכל אותן עסקות צרכניות טיפוסיות הנכרתות פנים אל פנים בעולם הפיזי. עסקות רגילות כוללות למשל רכישת פריט ביגוד בחנות בגדים; רכישת מכשיר חשמלי בחנות למוצרי חשמל; רכישת ספר בחנות ספרים ורכישת רכב בסוכנות רכב.

כזכור, כאשר מדובר בעסקות רגילות, חוק הגנת הצרכן מחייב עוסקים להציב שלט בולט ובו פירוט מדיניות החזרת הטובין הנוהגת.¹⁰³ תוכן המודעה נתון לשיקול דעתו של העוסק. נכון למועד כתיבת שורות אלו, בישראל בחרו מרבית העוסקים שלא להעניק לצרכן זכות חרטה. במקום זאת חלק ניכר מהעוסקים מסתפק בהקניית זכות לקבל זיכוי כנגד החזרת המוצר. כפי שהערנו לעיל, באחרונה התקבל תיקון לחוק הגנת הצרכן, שבמסגרתו הוקנתה זכות חרטה (חקוקה, קוגנטית) במגוון רחב של עסקות רגילות.

הרציונל הכלכלי המרכזי של מתן זכות חרטה צרכנית נעוץ בחוסר המידע שממנו סובל הצרכן. ההנחה היא כי בעת הרכישה הצרכן מתקשה להעריך את שווי המוצר. קושי זה קטן מאוד כאשר הצרכן מחזיק במוצר בביתו. אז יש לצרכן הזדמנות לנסות את המוצר או לבחון אותו באופן שיטתי וסדור. לאחר התנסות זו יכול הצרכן להעריך טוב יותר את שווי המוצר לגביו. כך ביכולתו להחליט אם המחיר שנגבה עבור המוצר אכן מוצדק מבחינתו.¹⁰⁴

101 ראו למשל דויטש, לעיל הערה 88, בעמ' 294-295.
 102 מובן שאם לאחר קבלת המוצר לומד הצרכן שהמוצר שונה מהתיאור של המוכר, תעמוד לצרכן הזכות לבטל את העסקה מכוח דיני ההטעיה החוזיים והצרכניים.
 103 ראו הטקסט ליד הערה 76 לעיל.
 104 פוזנר ובן-שחר בוחנים את האופן שבו זכות חרטה מאזנת בין האפשרות לאסוף מידע נוסף על העסקה מחד גיסא לבין החשש מבלאי ומירידת ערך של מוצרים עד למועד החזרה מאידך גיסא. ראו Ben-Shahar & Posner, לעיל הערה 81.

עם זאת לזכות חרטה צרכנית כללית נלווים סכנות וחסרונות רבים.¹⁰⁵ ראשית, בזמן שבו המוצר מצוי אצל הצרכן שוויו עלול לרדת – אם מסיבות אובייקטיביות ואם בשל השימוש שעושה בו הצרכן. אפשר לכאורה להתגבר על בעיה זו באמצעות חיוב הצרכן בפיצוי העוסק בגין ירידת ערך זו. אולם זהו פתרון בעייתי, משום שלא ברור כיצד ייקבע גובה הפיצוי. שנית, הקניית זכות חרטה משיתה עלויות על העוסק. עוסק המקבל חזרה מוצרים צריך לבדוק את מצב המוצר ואת תקינותו, לארוז אותו, להחזירו למדף או לשנע אותו חזרה למחסן היבואן/יצרן/רשת. זאת מלבד עלויות עסקיות חשבונאיות ופיננסיות שבהן נושא העוסק בגין הטיפול בהחזרת המוצר וביטול העסקה. שוב, אפשר לחייב את הצרכן בפיצוי העוסק, אך כאמור הערכת גובה הפיצוי מורכבת ובעייתית. שלישית, זכות חרטה צרכנית גורפת מעודדת רמאויות ומאפשרת אותן. צרכנים רבים משיבים מוצרים משומשים ומבקשים להזדכות עליהם כאילו היו חדשים. כמו כן זכות החרטה מקלה על גנבי סחורה לקבל כסף בעבור סחורה גנובה. רביעית, זכות חרטה עלולה להביא לסבסוד צולב. עוסקים ישאפו לגלגל את העלויות על הצרכנים, מחיר המוצרים יעלה, וצרכנים שאינם משיבים מוצרים ישלמו פרמיית מחיר נוספת, שתסבסד למעשה את אותם צרכנים שמשתמשים בזכות החרטה.¹⁰⁶

במשטר שבו העוסק קובע את מדיניות ההחזרה על פי לחצי כוחות השוק, הענקת זכות חרטה משמשת איתות (signal) בדבר איכות המוצר. עוסק המעניק זכות חרטה "מצהיר" בפני הרוכש כי לדעתו קיימת סבירות גבוהה שהרוכש יהיה מרוצה מהמוצר ולא יחזירו. ההנחה כאן היא שאם המוצר אינו טוב, צרכנים רבים יבקשו להחזירו. לפיכך עוסק הצופה חוסר שביעות רצון מצד לקוחותיו לא יעניק להם זכות חרטה. אך כאשר זכות חרטה

105 לפירוט ראו בכר וז'רסקי, שם, בעמ' 169-180.

106 ההנחה כאן היא שאכן קיימות קבוצות צרכנים שישתמשו בזכות החרטה באופן מובהק יותר מקבוצות צרכנים אחרות. מלבד זאת בעיה זו עלולה להיות מוחרפת בשל העובדה כי צרכנים, בעיקר אלו הפועלים בתום לב, עלולים לתמחר ביתר את שווייה של זכות החרטה. כך למשל צרכנים ייטו להעריך את המוצר שרכשו ביתר בשל אפקט הבעלות. אפקט זה גורם למי שמחזיק במוצר או בזכות להעריכו יותר. הערכת-יתר של המוצר תצמצם את הרצון להחזירו. לדיון נרחב ראו: Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, *Open doors, Trap Doors and the Law*, 74 L. & CONTEMP. PROB. 101 (2011). לעמדה ספקנית ביחס לתופעה ראו Charles R. Plott & Kathryn Zeiler, *The Willingness to Pay–Willingness to Accept Gap, the “Endowment Effect,” Subject Misconceptions and Experimental Procedures for Eliciting Valuations*, 95 AM. ECON. REV. 530 (2005).

הצרכנית היא זכות חקוקה, המצב משתנה. במקרה כזה השחקנים בשוק מאבדים את היכולת להשתמש בהענקת הזכות כמדד להבטחת איכות ושביעות רצון.¹⁰⁷ בשל חסרונות וקשיים אלו ספק רב אם ראוי לקבוע זכות חרטה גורפת וקוגנטית. ואמנם זכות החרטה הרחבה שקבע התיקון לחוק הגנת הצרכן חריגה בנוף המשפטי הבין-לאומי. באירופה ובארצות הברית אין נתונה זכות חרטה צרכנית קוגנטית בעסקות רגילות. כאמור, צרכנים עשויים ליהנות מזכות להחזיר את המוצר גם בהיעדר זכות חרטה חקוקה קוגנטית. בארצות הברית תחרות על לבו ועל כיסו של הצרכן הביאה עוסקים להציע לצרכנים זכות חרטה מלאה באופן וולונטרי.¹⁰⁸ בחלק ממדינות ארצות הברית נעשה שימוש בפתרון ביניים בדמות זכות חרטה דיספוזיטיבית. במדינת ניו יורק לדוגמה לצרכנים נתונה זכות להשיב מוצר תקין שלא נעשה בו שימוש במשך 30 יום ולקבל את כספם חזרה אלא אם החנות הציבה הודעה בולטת המורה אחרת.¹⁰⁹ אמת, התנסות אישית-חושית עשויה לגלות לצרכן דברים שקשה לגלותם באמצעים אחרים. ייתכן שבדיקה קפדנית של ענף מסחרי כזה או אחר תלמד כי ראוי להעניק לצרכנים זכות חרטה. אך לא לחינם נמנעים מחוקקים בכל העולם מהקניית זכות חרטה צרכנית גורפת בחקיקה קוגנטית. טוב יעשה המחוקק הישראלי אם יחזור בו מהתיקון האמור.

5. חוזים מתמשכים

חלק ניכר מההתקשרויות הצרכניות מבוצע באמצעות חוזים המגדירים את יחסי הצדדים לטווח ארוך יחסית. התקשרויות אלו כוללות למשל חוזים עם חברות סלולר, כבלים, אינטרנט, כרטיסי אשראי, חדרי כושר, עיתונים ועוד. תת-חלק זה יוקדש לדיון בחוזים אלו. לחוזים צרכניים מתמשכים כמה מאפיינים, ונציין כאן את חלקם. היקפם הכלכלי יכול להגיע לסכומים לא מבוטלים, המצטברים לאלפי שקלים בשנה. חוזים אלו מסדירים פעילות פיננסית רחבה ויום-יומית, שלעתים חורגת בהרבה מסכום העסקה עצמה.¹¹⁰ הם נוגעים תדירות לקבוצה גדולה מאוד של צרכנים. הם כוללים לרוב תניות רבות יותר ביחס לעסקות

107 בהקשר זה אפשר לטעון כי הקניית זכות חרטה מבטיחה סטנדרט מינימלי של איכות. ככלל אנו סבורים כי לשם כך נועדו תקני איכות הנקבעים על ידי מכון התקנים. ראו חוק התקנים, לעיל הערה 8.

108 אם כי גם שם לזכות החרטה נלוות לרוב מגבלות כלשהן, דוגמת טווח זמני החלפה, הצגת חשבונית רכישה וכדומה.

109 N.Y. Gen. Bus. § 218-a.

110 כך לדוגמה, התשלום עבור שירותי אינטרנט הוא מאות שקלים בודדות בחודש, אך השירות הניתן כנגד תשלום זה מאפשר כריתת עסקות בהיקף נרחב, עבודה מכל מקום בעולם, הזמנת נופש, שמירה על קשר עם חברים ובני משפחה במקומות מרוחקים ועוד.

פשוטות וחד-פעמיות. בחלק מהמקרים תנאי ההתקשרות משתנים במועדים מסוימים בחיי העסקה.¹¹¹ חברות רבות שומרות לעצמן את הזכות לשנות את תנאי העסקה ולעדכן לאחר כריתתה. ככל שהעסקה מתמשכת יותר, כן גדל הסיכוי שעוסק אכן יבקש לנצל זכות חוזית זו.¹¹² נוסף על כך, חוזים אלו מעלים סוגיות הנוגעות לפרטיות צרכנים. הם מאפשרים לחברות לאסוף מידע רב על הצרכן. למידע זה ערך כלכלי רב. לבסוף, ובכך נתמקד, חוזים מתמשכים מאפשרים לעוסק לנצל את יתרון המידע שיש לו לא רק על המוצר עצמו, אלא גם על השימוש שהצרכן צפוי לעשות במוצר.

חוזים המסדירים שימוש בכרטיסי אשראי ישמשו בסיס לדיוננו. בחוזים אלו הלקוח עלול להאמין ברמה גבוהה מדי של ודאות כי דברים שליליים מסוימים לא יקרו. למשל, שהוא לא יזדקק למסגרת האשראי המסופקת לו על ידי חברת כרטיס האשראי ושהוא לא יחרוג ממנה. ייתכן שבסופו של דבר אכן אלו יהיו פני הדברים. אך ייתכן גם שלא. לענייננו החשש הוא שהלקוח מעריך בחסר את הסיכוי שהוא יזדקק למסגרת האשראי המסופקת לו (או אף מעבר לכך), בשל הטיות כדוגמת אופטימיות יתר וביטחון עצמי מופרז. ייתכן למשל שבניגוד להערכתו האופטימית של הצרכן, הוא ייקלע לקושי כלכלי. הקושי עלול לאלץ אותו ללוות, באמצעות כרטיס האשראי, סכום גדול יותר מכפי שציפה ללוות מלכתחילה. חברת כרטיסי האשראי אינה סובלת מאופטימיות יתר.¹¹³ היא מסוגלת לבצע הערכה מדויקת יחסית של היקף האשראי שלו יזדקק הצרכן. ראשית, חברת האשראי מחזיקה לרוב נתונים סטטיסטיים מפורטים בדבר אופן השימוש בכרטיסי אשראי. נתונים אלו נוגעים לא רק לשימוש צרכני כללי בכרטיסי אשראי אלא גם לשימוש של קבוצות או פלחי אוכלוסייה מסוימים שעמם נמנה לקוח פלוני. שנית, חברות אלו מחזיקות במידע הנוגע להתנהלותו הפיננסית של הצרכן עצמו. אלו נוגעים להלוואות עבר, החזרים, רמות שכר והרגלי צריכה. נתונים אלו מתגלים לא רק אגב בקשתו של הצרכן לקבל מוצר או שירות כזה או אחר אלא גם עקב מערכת היחסים המתמשכת שיש לצרכן עם חברת האשראי.¹¹⁴

111 למשל, חברות תקשורת רבות נוהגות להציע לצרכן תקופת התקשרות ממושכת, ועל חלקה הראשון (לדוגמה 90 ימי ההתקשרות הראשונים) ניתנת הנחה גדולה.

112 לדיון בסוגיה זו ראו למשל שמואל בכר "ניתוח התנהגותי של חוזים אחידים: תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות" עיוני משפט לג 277 (2010); Bar-Gill; לעיל הערה 75; Oren Bar-Gill & Kevin E. Davis, *Empty Promises*, 84 S. CAL. L. REV. 1 (2010).

113 ראו: Bar-Gill, לעיל הערה 75, בעמ' 799-800. חלק ניכר מהאמור נסמך על מקור זה.

114 אמת, לעתים לצרכנים יש גישה למידע מסוג זה, אך אין להם היכולות והידע, המשאבים והתמריץ הנדרשים לאיסוף כל שבבי המידע. צרכנים גם אינם מסוגלים לעבד את שבבי המידע, לסווגם ולבצע ניתוחים מדוקדקים של שימוש והתנהגות פיננסית לאורם. לעומת זאת חברות מצוידות בכל הנדרש כדי לעשות זאת, ואף יש להן תמריץ כלכלי מובהק וברור לעשות כן.

היתרון שיש לחברות עסקיות על צרכנים בנוגע לאופני השימוש של צרכנים במוצרים אינו מסתכם בשווקים של כרטיסי אשראי ושירותים בנקאיים. דוגמה מובהקת נוספת היא בתחום הטלפונים הניידים.¹¹⁵ כאן קיימות אין-ספור תכניות (ותתי-וריאציות של תכניות) המוצעות לצרכני השוק הסלולרי. התאמת התכנית לצרכן האינדיווידואלי צריכה להיעשות בשים לב להרגלי השימוש של הצרכן. דא עקא, שהצרכן הטיפוסי אינו עוקב אחר השימוש שלו בשירות. הוא אינו יודע למשל כמה שיחות הוא מבצע ומה אורכן; כמה שיחות מבוצעות לטלפונים ניידים וכמה לטלפונים סלולריים; מהו ההיקף היחסי של שיחות המבוצעות לאותו מפעיל סלולר לעומת מפעילי סלולר אחרים; כמה שיחות הוא מנהל בתוך המשפחה הקרובה או למספרים קבועים אחרים וכמה שיחות מבוצעות למספרים אחרים, "רגילים"; כמה מסרונים הוא שולח ומה אורכם; מה ההיקף השימוש שלו באינטרנט סלולרי ועוד כהנה וכהנה.

לעומת זאת חברת הסלולר שהצרכן הוא הלקוח שלה יודעת את כל אלו. לפיכך היא יכולה להתאים לו את המסלול הטוב לו ביותר. אולם האינטרס הכלכלי של חברת הסלולר אינו תואם בהכרח את האינטרס של הצרכן. לרוב צרכן שבוחר במסלול שאינו מותאם באופן מיטבי לדפוסי השימוש האישיים שלו ישלם יותר, ובכך יגדיל את רווחי חברת הסלולר.

לפיכך יש מקום לשקול הטלת חובות גילוי שעניינן אופן השימוש במוצר או בשירות. חובות גילוי אלה מתאימות במיוחד בשווקים שבהם נכרתים חוזים מתמשכים שבמסגרתם ספקים אוספים מידע רב על דפוסי השימוש של צרכנים ספציפיים. לעתים מוטב לעצב חובות גילוי המשלבות מידע על תכונות המוצר עם מידע על אופן השימוש במוצר. למשל, חברת הסלולר יכולה להידרש לגלות לצרכן את העלות השנתית הכוללת של שירותים סלולריים במסלולים שונים בהתחשב בדפוסי השימוש של הצרכן הספציפי.¹¹⁶ דברים דומים רלוונטיים גם למכוני כושר ובריאות הגובים תשלום גלובלי עבור שימוש מתמשך במתקניהם. צרכנים רבים מתקשרים בעסקות אלו מתוך אמונה שהם ינצלו באופן תכוף למדי את המתקנים והשירותים שמכוני הבריאות והכושר מציעים להם. אחרים יודעים שלא תמיד אלו הם פני הדברים. אך הם סבורים כי גם אם צרכנים רבים אינם עושים שימוש תדיר במינני, "להם זה לא יקרה". אלו וגם אלו עלולים למצוא עצמם משלמים עבור מינויים מבלי לנצלם כפי שתכננו במועד רכישתם.

115 לניתוח נרחב ראו: Bar-Gill & Stone, לעיל הערה 24; עדי איל, שם.

116 ראו: Oren Bar-Gill & Franco Ferrari, *Informing Consumers About Themselves*, 3 ERASMUS L. REV 93, 113-114 (2010).

כדי לצמצם טעות נפוצה זו אפשר לחייב עוסקים בתחום לפרסם נתונים סטטיסטיים בדבר הרגלי השימוש של לקוחותיהם. במסגרת גילוי זה אפשר לכלול את השימוש הממוצע והחציוני שעשו לקוחות העוסק במתקניו בשנה האחרונה.¹¹⁷ דוגמה דנן גילויי יכולת את העלות של כניסה בודדת למתקני הכושר לצרכן הממוצע (קרי מחיר המינימי חלקי מספר הכניסות). אשר ללקוח השוקל חידוש מינוי אפשר אף לדרוש למענו גילוי ספציפי-קונקרטי העוסק בהרגלי השימוש האישיים שלו.¹¹⁸

לסיום נעיר כי הרעיון של הטלת חובה על גילוי מידע בדבר דפוסי שימוש צרכניים אינו מוגבל לחוזים מתמשכים. גם בעסקות חד-פעמיות אפשר וראוי לנקוט חובת גילוי כזו. דוגמה אחת, שנדונה לא מעט בספרות, היא אחריות נרחבת למוצרים. כאן אפשר לחייב את העוסק לגלות את ההסתברות שהצרכן ינצל את האחריות המורחבת.¹¹⁹ דוגמה אחרת כוללת למשל גילוי באשר להיקפי איחור בהחזרת מוצרים מושאלים (דוגמת סרטים). דוגמה אחרת עניינה גילוי מספר ראשי הדיו שעל צרכן ממוצע לרכוש בתקופת חייה של מרפסת.¹²⁰ חוק הגנת הצרכן קובע הגנות מיוחדות בהקשר של חוזים מתמשכים.¹²¹ החוק קובע כי עוסק המתקשר עם צרכן בעסקה ממושכת חייב לגלות לצרכן מגוון פריטי מידע עובר להתקשרות. עם אלו נמנים זכות הצרכן לבטל את העסקה, משך העסקה ומועד סיומה, פירוט התשלומים ודרך חישובם, ופרטי ההתקשרות עם העוסק.¹²² הדין הישראלי (כמו גם הדין הצרכני במדינות אחרות) מתמקד בהטלת חובות גילוי מסורתיות הנוגעות למוצר ולמאפייניו. לדעתנו יש מקום לשקול הטלת חובות גילוי הכוללות מידע על אופן השימוש במוצר. בכלל זה יש לבחון הטלת חובות המשלבות מידע על תכונות המוצר עם מידע על אופן השימוש בו.

117 ההנחה כאן היא שבמועדוני בריאות ובמכוני כושר רבים מבצעים ממילא מעקב זה, וכי חובות גילוי שכאלו לא יאלצו את העוסקים בתחום להעסיק סטטיסטיקאים במקום מדריכי כושר ותזונאים.

118 Bar-Gill & Ferrari, לעיל הערה 116, בעמ' 109-110.

119 ראו: Matthew Rabin & Richard H. Thaler, *Anomalies: Risk Aversion*, 15 J. ECON. PERSP. 219, 228 (2001); Charles J. Cicchetti & Jeffrey A. Dubin, *A Microeconomic Analysis of Risk Aversion and the Decision to Self-Insure*, 102 J. POL. ECON. 169, 172-173 (1994); BARRY NALEBUFF & IAN AYRES, *WHY NOT?: HOW TO USE EVERYDAY INGENUITY TO SOLVE PROBLEMS BIG AND SMALL* 181 (2003); IAN AYRES, *SUPER CRUNCHERS* (2007); Camerer et al., לעיל הערה 54, בעמ' 1253-1254.

120 לדיון נרחב ופיתוח הרעיון ראו: Bar-Gill & Ferrari, לעיל הערה 116, חלק 3.

121 סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן.

122 לצד חובת הגילוי החוק קובע את דרך ביטול העסקה המתמשכת; שם, סעיף 13. בכך ביקש המחוקק לתת מענה לתלונות רבות של צרכנים שהצביעו על הקושי הרב להשתחרר מעסקה מתמשכת.

קיימת עוד סוגיה העולה בהקשר של חוזים מתמשכים. ככלל פעילות תקינה של כוחות השוק מותנית ביכולתם של צרכנים לעבור בחופשיות מספק אחד לספק אחר. חוזים מתמשכים נוטים להגביל את יכולת המעבר ולהקשותה. במונחים כלכליים, הגדלת עלויות המעבר (switching costs) תמנע מצרכנים רבים לכרות את העסקה העדיפה מבחינתם. לדוגמה, חוזים של חברות הסלולר מטילים קנס על לקוח המבקש לעזוב את הספק לפני תום תקופת ההתחייבות. לעתים עלויות המעבר בולטות פחות אם כי לא בהכרח גבוהות פחות. למשל, חברות אשראי מאפשרות ללקוחותיהן לצבור נקודות שבאמצעותן אפשר לרכוש מוצרים או שירותים. אולם אי אפשר לנייד נקודות אלו מחברה אחת לחברה אחרת. מציאות זו היא מעין קנס המוטל על לקוח המבקש לעבור לחברה מתחרה.

מדוע ספקים פועלים להגדלת עלויות המעבר? תשובה מידית היא שהם מבקשים להגביל את התחרות. אך תשובה זו לוקה בחסר, מכיוון שהיא מתמקדת בתחרות *ex post*. אם צרכנים מודעים לעלויות המעבר, תחרות *ex ante* תפעל להגביל עלויות אלו. אם כן, הבעיה המרכזית היא שוב בעיית המידע החסר והרציונליות החסומה. גם כאן הבעיה עניינה לא רק היעדר מודעות באשר לתוכן החוזה, דוגמת גובה הקנס בגין עזיבה לפני תום תקופת ההתחייבות. הבעיה נעוצה גם בהיעדר מודעות צרכנית באשר לעניינים אחרים. עניין אחד למשל הוא אופן השימוש במוצר. עניין נוסף לדוגמה הוא הסיכוי שספק מתחרה יציע מוצרים טובים יותר או מתאימים יותר לצרכיו של הצרכן.¹²³

ברוח הדברים שנאמרו לעיל, פתרון רגולטורי אחד הוא הטלת חובות גילוי, לרבות חובות גילוי שעניינן אופן השימוש במוצר. למשל, אפשר לחייב את חברות הסלולר לגלות את שיעור הצרכנים שעוזבים לפני תום תקופת ההתחייבות ואת הקנס הממוצע שצרכנים אלו משלמים. לעתים הרגולטור בוחר בדרכי התערבות בוטות יותר. לדוגמה, את הרגולציה המבטיחה ניידות של מספרי הטלפון הסלולריים (במעבר מספק לספק) אפשר להבין ככזו שמטרתה להפחית את עלויות המעבר.¹²⁴ דוגמה אחרת היא רפורמה המבקשת להגביל את גובה הקנס שחברות התקשורת יכולות לגבות בגין עזיבה לפני תום תקופת ההתחייבות.¹²⁵

123 ראו גם בכר, לעיל הערה 112, בעמ' 320-323.

124 ראו סעיף 5א(1) לחוק חוק התקשורת (תיקון מס' 32) (בזק ושידורים), תשס"ה-2005.

125 רפורמה זו נקלטה בחוק ההסדרים לשנים 2011-2012, כחלק מרפורמה רחבה בענף התקשורת בכלל והסלולרית בפרט. ראו למשל אמיתי זיו "אושרה רפורמה בשוק התקשורת במסגרת חוק ההסדרים: קנסות היציאה יצומצמו **THE MARKER** 16.7.2010 www.themarker.com/ tmc/article.jhtml?ElementId=az20100716_864185 (נברק לאחרונה ב-26.12.2010).

6. מעבר לפטרנליזם רך

כמוסבר לעיל, הטרוגניות צרכנית מצדיקה לרוב שימוש בפטרנליזם רך. לכל הפחות ראוי לבחון את הכלים הרגולטוריים של הפטרנליזם הרך לפני שמחליטים על התערבות קשה יותר בפעולתם של שווקים צרכניים. אולם ייתכנו מצבים שבהם חובות גילוי, כללי בררת מחדל ותקופות צינון אינם מספיקים. במצבים אלו יש מקום לבחון התערבות בוטה יותר. בפרט יש לשקול איסור על מאפיינים מסוימים של מוצרים ושירותים.

ראינו דוגמאות להתערבות כזו בתחום החוזים המתמשכים. דוגמה אחת היא ההתערבות שמטרתה הקטנת עלויות מעבר בין חברות. באופן כללי יותר, בדין הישראלי מקור סמכות עיקרי להתערבות בוטה יותר בשווקים צרכניים היא הסמכות הנתונה לבתי המשפט לבטל או לשנות תניה מקפחת בחוזה אחיד. מבחינת הניתוח הכלכלי החלטה לבטל או לשנות תניה מקפחת בחוזה אחיד צריכה להיות מבוססת על איזון בין שתי עלויות: מחד גיסא העלויות החברתיות הנגזרות ממידע חסר ומרציונליות חסומה, ומאידך גיסא העלויות החברתיות הנגזרות מהוצאתו של מוצר או שירות מסוים (או מוצר או שירות המוצעים במתכונת מסוימת) מן השוק. כל זאת כאמור רק כאשר התערבויות "רכות" יותר אינן מספיקות.¹²⁶

דוגמה אחרת להתערבות מסוג זה מצויה בחקיקה העוסקת בהסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות. ההגנה שמספק חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות¹²⁷ בנויה מכמה רבדים: ראשית, סעיף 2 לחוק מחייב עריכת חוזה כתוב. שנית, סעיף 3(ב) לחוק מטיל על המלווה חובת גילוי נרחבת, המתייחסת לסוגיות רבות. שלישית, סעיף 3(א) לחוק מחייב את המלווה לתת ללווה הזדמנות סבירה לעיין בחוזה עובר לכריתתו, כמו גם לתת ללווה עותק מן החוזה לאחר כריתתו. לבסוף החוק אינו מסתפק בכל אלו, והוא מתערב באופן בוטה יחסית בתוכן ההסדר בין הצדדים באמצעות הגבלת שיעורי עלות האשראי ושיעור ריבית הפיגורים.¹²⁸

126 לדיון מעניין בשאלות אלו מנקודת המבט של הניתוח הכלכלי ראו פורת, לעיל הערה 5.
127 חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, תשנ"ג-1993 (להלן: חוק הסדרת הלוואות). יוער כי קיימת רגולציה, אם כי "רכה" יותר, גם בעניין הלוואות בנקאיות. למשל, שיעור הריבית המרבי במשק מוגבל בחקיקה. חוק הריבית, תשי"ז-1957 (להלן: חוק הריבית) קובע בסעיף 4 לחוק איסור על גביית "ריבית מופרזת". מכווחו של סעיף 1 לחוק, "ריבית מופרזת" היא ריבית העולה על השיעור שנקבע בצו הריבית (קביעת שיעור הריבית המקסימלי), תש"ל-1970 (להלן – צו הריבית). את צו הריבית מוציא שר האוצר לפי סעיף 3 לחוק הריבית. להרחבה וניתוח ראו אברהם וינרוט וברק מדינה דיני הלוואות – הגנה על הלווה במשפט הישראלי פרק ג (תש"ס).

128 סעיפים 5-6 לחוק הסדרת הלוואות.

7. אכיפה

עוסקים רבים אינם עומדים בדרישות חוק הגנת הצרכן. תכופות נפגעים מכך צרכנים, לעתים רבים. הגישה הכלכלית מניחה כי אדם המבקש לעמוד על זכויותיו החוקיות שוקל את העלות הנלווית לעמידה על זכות זו אל מול התועלת שתופק ממנה. צרכן ינקוט הליכים משפטיים אם ורק אם התועלת הצפויה מנקיטת הליכים משפטיים עולה על העלות הצפויה. נקיטת הליכים משפטיים לשם עמידה על זכויות מצריכה הן מודעות הן יזמה מצדו של הצרכן.¹²⁹ אולם מודעות צרכנית ויזמה צרכנית אינן דבר של מה בכך. פעמים רבות צרכנים אינם מודעים כלל לזכויותיהם.¹³⁰ פעמים אחרות הם אינם מודעים לעולל שנעשה להם. לעתים הם מודעים לעולל, אך אינם יודעים מהו מקורו ומי בדיוק אחראי לו. לעתים הם מזהים את הפגיעה ואת המעוול, אך הם אינם קושרים פגיעה זו לסוגיה משפטית כלשהי.¹³¹ כאשר מדובר ביזמה לנקיטת הליכים משפטיים, על צרכן הבוחן את העלות הנלווית לנקיטת הליכים משפטיים לתמחר את השקעת המשאבים ואת ההוצאות הצפויות. הוצאות אלו יכולות לכלול בין היתר שכר טרחת עורך דין,¹³² אגרת משפט, אבדן ימי עבודה והמתנה ממושכת למיצוי ההליכים המשפטיים. בנוסף, צרכנים רבים חוששים מניהול משפט באמצעים שאינם מוכרים להם ומעימות עם הצד שכנגד, הנתפס כבעל יתרון אינהרנטי ומומחיות מקצועית עדיפה. גם זו עלות (או סיכון) שצרכן יכול לתמחר עובר להחלטה אם לנקוט הליכים משפטיים.

את העלות יש לשקול כאמור כנגד התועלת הצפויה שתתקבל מנקיטת הליכים. אולם סכסוכים צרכניים טיפוסיים נסבים לרוב על סכומים פעוטים. סכומים אלו כשלעצמם אינם מצדיקים לרוב נקיטת הליכים משפטיים.¹³³ לפיכך תחשיב בסיסי של עלות מול תועלת מוביל צרכנים רבים למסקנה – נכונה מבחינת הצרכן הבודד – שלא כדאי לנקוט הליך

129 לדיון ברוח זו ראו למשל שמואל בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג והכוח בבתי משפט לתביעות קטנות? על תביעות ביטוח, פערי כוחות, וכף רגלו של השופט" הפרקליט נ 327, 331-334 (2010).

130 לממצאי סקר אחד בנושא ראו למשל "יום הצרכן הבינלאומי: האם הצרכן הישראלי שמע על חוקי הגנת הצרכן" 15.3.2010 - 85A5-347C8C4CC187.htm (נבדק לאחרונה ב-14.10.2010).
www.tamas.gov.il/NR/exeres/9A2A5859-C918-4B33-

131 השוו': William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 L. & Soc'y. Rev. 631 (1981).

132 ככל שעורך דין אכן מעורב בתביעה. נזכיר כי ככלל פעולת הייצוג על ידי עורכי דין בבתי משפט לתביעות קטנות אסורה. ראו סעיף 63(א) לחוק בתי המשפט, תשמ"ד-1984.

133 ראו למשל סיני דויטש "בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן" עיוני משפט ח 345, 357-358 (1981).

משפטי. ההחלטה לא לפתוח בהליך משפטי נכונה מנקודת מבטו של הצרכן הבודד. אך היא עלולה להביא לתת-אכיפה או להיעדר אכיפה, ובכך לפגוע בצרכנים כקבוצה ולחתור תחת היעילות הכלכלית.

תוצאה זו של תת-אכיפה יכולה להיגרם גם אחרת: נניח כי לחברת כרטיסי אשראי 500,000 לקוחות. היא גובה, שלא כדין, עמלה חד-פעמית בשיעור של 10 ש"ח מכל אחד מלקוחותיה. באופן מצטבר אפוא החברה גבתה שלא כדין 5,000,000 ש"ח. כעת נניח כי 20% מלקוחות החברה שמו לב לחיוב האמור. הם הבינו כי העמלות שולמו לחברת האשראי ובדקו ומצאו כי העמלה נגבתה שלא כדין. הם דורשים מחברת כרטיסי האשראי את השבת כספם. החברה נענית לדרישה. היא משיבה ל-100,000 מלקוחותיה 10 ש"ח לכל אחד. סך הכול משיבה החברה מיליון שקל מתוך חמישה מיליון שנגבו שלא כדין. חברת כרטיסי האשראי מחזיקה כעת בארבעה מיליון שקל שנגבו מלקוחותיה שלא כדין.¹³⁴ לתת-אכיפה כמה השלכות שליליות: ראשית, הצרכן איננו מפרצה בגין נזק; שנית, הגוף שנהג שלא כדין מתעשר על חשבון הציבור; שלישית, האינטרס הציבורי של אכיפת החוק נפגע; רביעית, וזו הבעיה העיקרית מנקודת מבטו של הניתוח הכלכלי, ההרתעה נפגעת. עוסקים שאינם נושאים באחריות להפרות של דיני הגנת הצרכן לא יירתעו מביצוע אותן הפרות.

ואכן, מלומדים ואנשי צרכנות רבים סבורים כי לעומת החקיקה הצרכנית הישראלית שהיא מתקדמת ודינמית,¹³⁵ אכיפת החוק היא נקודת תורפה נרחבת.¹³⁶ הסנקציות השונות המפורטות בחוק הגנת הצרכן מתקשרות לבעיית תת-האכיפה. אחת ממטרותיהן המרכזיות של סנקציות אלו היא למנוע מצב של תת-אכיפה.

את הסנקציות שבחוק אפשר לסווג לשלושה סוגים: האחד, סנקציות אזרחיות. סנקציות אלו עומדות לצרכן הנפגע מהפרת החוק על ידי העוסק. הן אמורות לתמרץ את הצרכן לעמוד על זכויותיו ובכך להביא לאכיפת החוק. כפי שראינו לעיל, צרכנים רבים נמנעים מלעמוד על זכויותיהם משיקולי עלות-תועלת. לפיכך ביקש המחוקק לתגבר את האכיפה האזרחית באמצעות שני מנגנונים: פיצוי לדוגמה ותובענה ייצוגית. לצד הסעדים האזרחיים

134 זוהי דוגמה להפליה ex post. להסבר ראו לעיל טקסט סמוך להערה 41.
135 מאז חקיקת חוק הגנת הצרכן ועד לשנת 2010 נערכו בו כ-25 תיקונים. לעומת זאת חוק החוזים (חלק כללי) שחוקק בשנת 1973 וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 – כמעט שלא תוקנו מאז חקיקתם.

136 לדיון על אודות תופעת תת-אכיפה צרכנית ופיקוח אזרחי על אכיפת החוק (הן על ידי צרכנים הן על ידי נושאי משרה שלטוניים) ראו משה בר ניב (בורנובסקי) "האכיפה של חוק הגנת הצרכן על-ידי המגזר העסקי" עיוני משפט יז 299, 307-299 (תשנ"ג). ראו גם דויטש, לעיל הערה 69, בעמ' 19-20, 88, 112-113; שמואל בכר "אמפתיה ואושר: עיון מחודש ביעדי החינוך המשפטי-קליני" המשפט יז (עתיד להתפרסם, 2013), פרק ד'.

מצויות גם סנקציות פליליות ומנהליות. סנקציות אלו מופעלות על ידי המדינה. למשרד התמ"ת ניתנה הסמכות להטיל סנקציות פליליות, והפעלתן של הסנקציות המנהליות נתונה לסמכותו של הממונה על הגנת הצרכן.¹³⁷ מבלי לגרוע מחשיבותה של האכיפה הפלילית והמנהלית נעיר להלן בקצרה על שני המנגנונים שנועדו לתגבר את האכיפה האזרחית.

פיצוי לדוגמה. סעיף 31א לחוק הגנת הצרכן מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצוי לדוגמה בגין רשימת הפרות מצדו של העוסק. סכום הפיצוי שרשאי בית המשפט לפסוק מוגבל – 10,000 ש"ח. בגין הפרה חוזרת או נמשכת רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים לדוגמה בסכום של עד 50,000 ש"ח. החוק מוסיף ומונה את השיקולים שבית המשפט יכול להתחשב בהם. עם אלו נמנים אכיפת החוק, עידוד הצרכן למימוש זכויותיו, חומרת ההפרה והיקפה, שווי העסקה וההיקף הכספי של עסקי העוסק.¹³⁸

למרות ההסמכה המפורשת בתי המשפט נרתעים משימוש אינטנסיבי במנגנון הפיצוי לדוגמה.¹³⁹ לפיכך אין פלא כי המקרים הנדירים שבהם בית המשפט משתמש שימוש מלא ותקיף בסמכותו זוכים לסיקור ולתהודה תקשורתית.¹⁴⁰ נראה כי בתי המשפט לא תמיד

137 ראו פרק ה לחוק הגנת הצרכן, ובעיקר סעיפים 19א-19ד. החוק מורה על הקמתה של רשות לצרכנות וסחר הוגן.

138 בהקשר זה יוער כי מקור סטטוטורי נוסף לפסיקת פיצויים מוגברים מצוי בסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). על פי הוראת חוק זה, בית המשפט רשאי לפסוק פיצוי לא ממוני "בשיעור שיראה לו בנסיבות הענין". הגם שמדובר בחקיקה כללית (ולא צרכנית), אפשר להשתמש גם בסעיף זה לפסיקת פיצויים העולים על שיעור נזקו של הצרכן התובע.

139 לנתונים ראו בכר, לעיל הערה 136, חלק ד.2. ליישום שיפוטי מסויג ומאופק ראו למשל ת"ק (שלום ת"א) 2773-01-10 שריקי נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 21.7.2010). התובע לא נותק במשך שנתיים מהוט חרף בקשתו. נטען נגדו ששמר אצלו את הממירים. בית המשפט קבע כי הנתבעת לא הפנימה מהי עגמת הנפש שנגרמה לתובע, אך פסק פיצוי בסך 2,000 ש"ח בלבד. כן ראו ת"ק (שלום י-ם) 3666/09 גמליאל נ' קרביץ ישראל בע"מ, (פורסם בנבו, 30.9.2009). בשתי הזדמנויות שונות נדרש התובע לשלם בקופה מחיר גבוה מהמחיר שהוטבע על המוצרים שרכש. בית המשפט הטעים כי מנגנון הפיצוי לדוגמה נושא אופי הרתעתי וחינוכי ונועד לצמצם את החולשה המובנית ביחסי צרכן-עוסק. עם זאת נפסק פיצוי בסך 1,800 ש"ח בלבד. דוגמה נוספת מצויה בת"ק (י-ם) 5018-09 עזריאל נ' 013 נטוויזין בע"מ (פורסם בנבו, 11.7.2010). כאן סירב בית המשפט להעניק פיצוי על עגמת נפש, בהבהירו כי אין לאפשר ניצול לרעה של זכות התביעה לפיצויים.

140 ראו למשל אמיר טיטונוביץ "שיטת 'מצליח': לקוח HOT מת, יורשיו הודיעו על ביטול המנוי – אך נענו רק כשאחד מהם 'חשף' שהוא עו"ד" גלובס 5.8.2010 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000579608 (נבדק לאחרונה ב-20.10.2010); מיכל רז-חיימוביץ "סלקום תפצה לקוח ב-10,000 שקל משום שהמשיכה לחייבו" גלובס 30.8.2009 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000493853 (נבדק לאחרונה ב-20.10.2010).

משווים לנגד עיניהם את הצורך לצמצם את בעיית תת-האכיפה.¹⁴¹ כדי להתמודד עם בעיה זו ראוי כי בתי המשפט יפעלו ביתר שאת כדי לעודד צרכנים לעמוד על זכויותיהם. תובענות ייצוגיות. התובענה הייצוגית מוגשת בשם קבוצה גדולה של אנשים מבלי שאלו הסמיכו את התובע לפעול בשמם. הליך זה נועד לאפשר איחוד האינטרסים של כלל הנפגעים. אין הצדקה כלכלית לפתוח בהליך משפטי בגין נזק של 10 ש"ח. אבל אם נזק זהה נגרם ל-500,000 צרכנים, יש הצדקה כלכלית להגיש תביעה ייצוגית על סך 5 מיליון ש"ח. אולם יש לזכור כי לתביעות ייצוגיות עלויות משלהן. קיים חשש שהתובע הייצוגי ועורך דינו יגישו תביעות סרק. תביעות סרק יטילו עלויות על עוסקים (בפרט עלות של הגנה משפטית ועלות של תשלום פיצויים לא מוצדקים), שיגולגלו על הצרכנים. זהו הסבר אפשרי לכך שבתי המשפט אינם ממהרים לאשר תובענות ייצוגיות.

ד. סיכום

כאשר צרכנים רציונליים מקבלים החלטות על סמך מידע מלא, כוחות השוק יפעלו למקסום רווחת הצרכן ולמקסום הרווחה החברתית הכוללת. בשווקים צרכניים רבים ההנחות בדבר מידע מלא ורציונליות אינן מתקיימות. כשלי שוק מביאים לחוסר יעילות ולפגיעה בצרכנים. במצבים אלו יש מקום לשקול התערבות משפטית. זהו תחומם של דיני הגנת הצרכן. בפרק זה הדגשנו את יתרונותיהן של גישות רגולטוריות שמטרתן לסייע לכוחות השוק (ולרפא כשלי שוק), ולא להחליפם. בהקשר זה דנו בחובות גילוי, בברורות מחדל פרו-צרכניות ובתקופות צינון. אלו עדיפות בעינינו, לפחות בשלב הראשון, על פני קביעה חקיקתית של מאפייני המוצר או תוכן החוזה האחיד. לצד אלו יש מקום לבחון גם פתרונות נוספים. פתרון אפשרי אחד הוא שימוש בגופי תיווך (intermediaries) העשויים לסייע לצרכן בקבלת החלטות.¹⁴² בארצות הברית למשל פועלות כמה חברות המסייעות לצרכנים לבחור בין ספקי שירות שונים ובין מסלולי שירות שונים בשוק הסלולרי. לעתים חברות אלו, ה־intermediaries, קמות מעצמן. ולעתים יש צורך לעודד את הקמתן על ידי הבטחת גישה למידע המצוי בידי ספקי השירותים או אף באמצעות הטבות מס.

141 לדיון כללי בתופעת תת-האכיפה ובגורמים לה ראו למשל דויטש, לעיל הערה 69, בעמ' 90-88. דויטש טוען כי הפסיקה הצרכנית היא שמרנית ובלתי מפותחת.

142 ראו: Samuel Issacharoff, *Disclosure, Agents, and Consumer Protection*, 167 J. INST. & THEORETICAL ECON. 56 (2011).

פרק ו: דיני נזיקין

מאת

אריאל פורת*

מבוא. חלק א: הרתעה אופטימלית; 1. הרתעה אופטימלית לעומת הרתעה מקסימלית; 2. מהי נקודת האופטימום שאלה יש לחתור?; 3. חתירה לנקודת האופטימום על ידי הסדרה חקיקתית; 4. הרתעת שוק; 5. הרתעה, מידע וביטוח; 6. יותר מגורם נזק אחד והתאורמה של Coase; 7. מזיק וניזוק שיש יחסים חוזיים ביניהם; 8. רשלנות לעומת אחריות מוגברת ומונע-הנזק הזול; 9. רמת פעילות; 10. בעיות נוספות של מידע וחסרונותיו של מבחן מונע-הנזק הזול; 11. מבחן השוקל הטוב; 12. אמצעי זהירות בלתי תלויים ורציפים; 13. מהלכה למעשה: האם דיני הנזיקין מרתיעים?; 14. הערה על פיזור נזק ועלויות מנהליות. חלק ב: רשלנות; 1. נוסחת לרנד הנד; 2. הרתעת-חסר והרתעת-יתר; 3. עלויות מניעה של צדדים שלישיים ושל הניזוק והסיכון לעיוות תמריצים; 4. סיכנון העצמי של המזיק; 5. חובת זהירות: צפיות טכנית ו"גולגולת דקה"; 6. חובת זהירות: צפיות נורמטיבית. חלק ג: סיבתיות; 1. קשר סיבתי עובדתי; 2. בעיות אינהונטיות בהוכחת קשר סיבתי עובדתי; 3. סיכונים עוולתיים; 4. קיוון סיכונים. חלק ד: סעדים; 1. פיצויים לעומת צווי; 2. פיצויים בגין נזקי גוף; 3. פיצויים בגין גרם מוות. סוף דבר.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.
המחבר מודה על הערותיהם המצויינות לאורן בר-גיל, אבי טבח, אסף יעקב, עדינה פורת, תמנע פורת ואוריאל פרוקצ'יה.

מבוא

בכתיבה האקדמית על דיני הנזיקין, כמו גם בפסיקתם של בתי המשפט, מסתמנות שתי גישות עיוניות מרכזיות. על פי הגישה האחת דיני הנזיקין מיועדים להגשמת עקרונות הצדק המתקן. על פי עקרונות הצדק המתקן, המזיק אשר גרם לניזוק נזק במעשה עוולה, הפר את השוויון שבין השניים, ועל כן חייב להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו. על פי גישה זו, דיני הנזיקין מיועדים לעשות צדק בין המזיק לבין הניזוק, בהתעלם מהשלכותיה של עשיית הצדק על צדדים שלישיים או על החברה בכללותה. גישת הצדק המתקן אף מחייבת שהצדק בין המזיק לבין הניזוק ייעשה תוך התמקדות באינטראקציה שביניהם שהובילה לגרם הנזק, ובהתעלם מעושרם של הצדדים או מתכונותיהם.¹ על פי הגישה האחרת, דיני הנזיקין מיועדים ליצור הרתעה אופטימלית כדי להשיג יעילות כלכלית, או באופן ספציפי יותר – כדי להקטין את העלויות החברתיות הכרוכות בתאונות ובדרך זו להגדיל את הרווחה החברתית. על פי גישה זו, דיני הנזיקין אינם מתמקדים ביחסים שבין המזיק לבין הניזוק אלא בהשלכותיו של הכלל המשפטי על צדדים שלישיים, בעיקר על מזיקים וניזוקים בכוח. שתי הגישות – צדק מתקן והרתעה – הן דסקריפטיביות ונורמטיביות בעת ובעונה אחת: שתייהן מתיימרות לתאר את דיני הנזיקין כפי שהם, אך גם לתת להם הצדקה. מטבע הדברים, הגישות השונות עשויות להוביל לפתרונות שונים במקרים קונקרטיים. למשל, גישת הצדק המתקן עשויה להצדיק הטלת אחריות על הרשלן שגרם לנזק מכיוון שכך צודק לעשות ביחסים שבין המזיק לבין הניזוק. לעומת זאת גישת ההרתעה עשויה במקרים מסוימים לצדד באי-הטלת אחריות על הרשלן. במקרים אחרים דווקא גישת הצדק המתקן תתמוך באי-הטלתה של אחריות, למשל באי-הטלת אחריות על המזיק בהיעדר אשם מצדו, ואילו גישת ההרתעה עשויה לחייב לעתים הטלתה של אחריות כזו.

תאורטיקנים הדוגלים בגישת ההרתעה יסכימו בדרך כלל שלצד חתירה להרתעה אופטימלית, על דיני הנזיקין לשאוף לפיזור הנזק ואף להקטנת העלויות המנהליות הכרוכות בהפעלתם. יש הסבורים שדיני הנזיקין תורמים, וצריכים לתרום, לעיצוב ערכים בחברה. למשל, כלל משפטי המטיל אחריות על הורה שהתנכר לילדו עשוי לשדר מסר חינוכי-ערכי לציבור מלבד הרתעתם של הורים המתנכרים לילדיהם.² יש הרואים בדיני הנזיקין כלי להגשמת עקרונות של צדק חלוקתי. על פי גישה כזו, כלל משפטי הפועל בשיטתיות לטובת עניים או לטובת קבוצת מיעוט מקופחת עדיף על פני כלל משפטי ניטרלי.³ לבסוף אפשר

1. ERNEST WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW (1995)

2. ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999).

3. TSACHI KEREN PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (2007)

למצוא בדיני הנזיקין אף יסודות של צדק גמולי. גישה של צדק גמולי תתמוך למשל בפסיקת פיצוי עונשי כאשר ההתנהגות העוולתית חמורה מבחינה מוסרית.⁴ פרק זה בוחן את כוחם של דיני הנזיקין להשיג הרתעה אופטימלית כדי להקטין את העלויות החברתיות הכרוכות בתאונות ובכך להגדיל את הרווחה החברתית.

חלק א: הרתעה אופטימלית

1. הרתעה אופטימלית לעומת הרתעה מקסימלית

דיני הנזיקין מבקשים ליצור הרתעה אופטימלית ולא הרתעה מקסימלית. הרתעה מקסימלית מיועדת למנוע נזקים לחלוטין. הרתעה אופטימלית, לעומתה, מיועדת להביא את הפעילות יוצרת-הנזקים לנקודת האופטימום, שבה מניעה נוספת של שהנזק אינה כדאית מבחינה חברתית. דברים אלו תקפים כשמדובר בתאונות שהן תולדה של פעילויות רצויות באופן כללי, כגון נהיגה וייצור, ובהן מתמקד פרק זה. כנגד מקרי התאונות עומדות ההתנהגויות המכוונות לגרום נזקים. אשר להתנהגויות אלו המשפט שואף בדרך כלל להרתעה מקסימלית כדי למגר אותן לחלוטין.

אילו חתרו דיני הנזיקין להרתעה מקסימלית, הייתה האחריות בגין גרם נזקים צריכה להיות גבוהה בהרבה מזו הנוהגת היום. אפשר לדמיין למשל משטר משפטי שבו נוהגים ברכב חייבים לפצות את הניזוקים בשיעור הגבוה פי עשרה מן הנזק שלו הם גורמים. אפשר שהפיצוי במשטר משפטי כזה לא יינתן במלואו לניזוק; פיצוי-היתר היה יכול להיגבות כמס ולשמש את המדינה למטרות חברתיות שונות. אלא שבמשטר משפטי כזה תושג תוצאה בלתי רצויה, של הרתעת-יתר. פיצוי כה גבוה ייקר במידה רבה את פעילות הנהיגה. פרמיות הביטוח שייאלצו נהגים לשלם יהפכו את פעילות הנהיגה לנהגים רבים לבלתי כדאית. מטבע הדברים יהיו אלו הנהגים המבוססים פחות מבחינה כלכלית. אלו שיחליטו לנהוג למרות פרמיות הביטוח הגבוהות ישקיעו ממון רב באמצעים למניעת נזקים, שכן הרווח שיפיקו מהשקעה כזו – בדרך של הפחתת סיכון האחריות הנזיקית ובעקבות זאת הפחתת פרמיות הביטוח – יהיה רב בהרבה מכפי שהוא כיום. אף השקעה זו עלולה להיות השקעת-יתר, שאינה רצויה מבחינה חברתית.

4 לדיון מקיף ביסודות הגמוליים של דיני הנזיקין ראו Ronen Perry, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, 73 TENN. L. REV. 177 (2006).

הרתעה מקסימלית אינה מטרה ראויה ככל שמדובר בפעילויות אשר בסך הכול תועלתן גדולה מעלותן. מטרה זו אינה ראויה אפילו כאשר הסיכון בפעילות שבה מדובר הוא סיכון לחיי אדם ולבריאותם. לא אחת נשמעות אמירות כמו "יש למנוע תאונות דרכים בכל מחיר". אך אמירה כזו אינה מציאותית. מניעת תאונות באופן מוחלט אפשרית, אך מחיר המניעה יהיה יקר מדי. למשל, אפשר שהמדינה תאסור בחוק, החל מהיום, את פעילות הנהיגה. בהנחה שחוק זה ייאכף באופן מושלם, החל מהיום לא תהיינה עוד תאונות דרכים. אלא שאיש אינו חושב שהמדינה צריכה לחתור למניעה מוחלטת של תאונות דרכים אם המחיר שיש לשלם הוא ויתור מוחלט על פעילות הנהיגה. איש אינו חושב אף שהמדינה צריכה להשקיע את כל המשאבים העומדים לרשותה במניעת תאונות דרכים או תאונות אחרות. איש אינו מעוניין שהמדינה תשקיע את כל הונה בתשתיות דרכים לשם הפחתת סיכוני התאונות ולא תשקיע דבר בחינוך, בתרבות ובבריאות. אף בחיינו הפרטיים התנהגותנו אינה עולה בקנה אחד עם חתירה למניעה מוחלטת של סיכוני התאונות. אילו נהגנו כך, לא היינו יוצאים לטיולים, היינו נמנעים מלנהוג במכוניותינו, והיינו מעדיפים לבלות את כל ימינו ולילותינו בסכיבה הביתית המוגנת באופן יחסי (אם כי תאונות בבית אף הן סכנה נפוצה). מאחר שהרתעה מקסימלית אינה מטרה ראויה, נשאלת השאלה מהי נקודת האופטימום שאליה יש לחתור. בכך עוסק הפרק הבא.

2. מהי נקודת האופטימום שאליה יש לחתור?

באחד הספרים החשובים שנכתבו במאה העשרים על דיני הנזיקין הציע פרופסור קלברזי את הנוסחה הזאת לשם הגדרת נקודת האופטימום שאליה יש לחתור: נקודת האופטימום היא הנקודה שבה סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן הוא הנמוך ביותר.⁵ החשוב בהגדרה זו שהיא משקללת בתוכה לא רק את עלויות התאונות אלא אף את העלויות שהחברה מוציאה לשם מניעתן של תאונות. שני סוגי העלויות הן עלויותיה של הפעילות יוצרת-הנזקים, וככל שסך עלויות זה יקטן, כן תגדל הרווחה החברתית מן הפעילות שבה מדובר. עלויות התאונות מבטאות את העלות החברתית של נזקי התאונות, לגוף ולרכוש. הן כוללות אף נזקים לחברה בכללותה, כגון נזקים סביבתיים. עלויות המניעה מבטאות את העלות החברתית שבמניעת תאונות ובהפחתת חומרת פגיעתן. המשאבים המושקעים באמצעי בטיחות הם למשל חלק מעלויות המניעה. הימנעות מפעילות או הפחתת היקפה אף הן מבטאות עלות של מניעת תאונות. לבסוף מניעת נזק כרוכה לעתים בויתור על השקעות חלופיות אשר לו היו נעשות היו מניבות תועלת. למשל, רשות מקומית הפועלת במסגרת תקציב מוגבל והמשקיעה בבטיחות תושביה עשויה לעשות זאת במקום להקים בתי

5. GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS 26-31 (1970).

ספר או תאטראות. אבדן התועלת מהשקעות חלופיות נכלל אף הוא בגדר עלויות המניעה. דוגמה פשוטה תסייע בהבהרת הדברים: נניח שבנקודת ההתחלה פעילות מסוימת גובה מחיר של 100 לשנה כנזקים שנגרמים בתאונות. עוד נניח שאפשר להפחית נזקים אלו ל-50 באחת משתי דרכים: הפחתת הפעילות או נקיטת אמצעי זהירות. עלותה של הפחתת הפעילות היא 30, ואילו עלותם של אמצעי הזהירות היא 20. אם הפחתת הפעילות ונקיטת אמצעי הזהירות הן פעולות חלופיות, השנייה עדיפה על פני הראשונה, מכיוון שהפחתת פעילות תוריד את סך עלויות התאונות ועלויות המניעה ל-80 (30+50), ואילו נקיטת אמצעי זהירות תוריד סך זה ל-70 (20+50). מאחר ש-70 קטן מ-80, ואלו קטנים מ-100 (נקודת ההתחלה), השקעה של 20 באמצעי זהירות תביא את הפעילות שבה מדובר לנקודת האופטימום.

יש להבהיר שעלויות התאונות כמו גם עלויות מניעתן כוללות לא רק ערכים ממוניים; הן כוללות כל עלות שהיא, כולל סבל אנושי, כאב ופגיעה ברגשות. עלויות התאונות ועלויות מניעתן נמדדות באופן סובייקטיבי, לפי העלות של מי שנושא בהן. לכן אם בדוגמה הנדונה הפחתת הפעילות לאדם הממוצע הייתה מתבטאת בעלות של 10, אך למזיק בכוח המסוים הייתה מתבטאת בעלות של 30, תהיה האחרונה רלוונטית לקביעת נקודת האופטימום, ולא זו הראשונה.

3. חתירה לנקודת האופטימום על ידי הסדרה חקיקתית

דרך אחת להגיע לנקודת האופטימום היא באמצעות הסדרה חקיקתית ריכוזית של פעילויות יוצרות-נזקים. על פי דרך זו המחוקק קובע מהי נקודת האופטימום ומנסה להשיג אותה על ידי חיוב המזיקים בכוח לעמוד בסטנדרטים של זהירות שהוא קובע.⁶ למשל, המחוקק עשוי להחליט שנקודת האופטימום באשר למהירות הנסיעה במקום מסוים היא 80 קמ"ש ולאסור נסיעה במהירות גבוהה יותר. על פי גישת המחוקק, מהירות נסיעה של 80 קמ"ש אינה המהירות שתפחית את נזקי התאונות למינימום – לו זו הייתה המטרה, נסיעה במהירות של 10 קמ"ש למשל הייתה עדיפה – אלא היא המהירות שתפחית למינימום את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן. עלויות התאונות כוללות את הנזקים שנגרמים בתאונות דרכים, ואילו עלויות המניעה מבטאות בעיקר את בזבז הזמן הנובע מנסיעה אטית, לרבות אבדן הרווחים שהיה אפשר להפיק אלמלא בזבז הזמן (ואף את בזבז הדלק). אלא שהסדרה חקיקתית לוקה בחסרונות אחדים. יוקר החקיקה והעלות הגבוהה של אכיפתה הוא חיסרון אחד. אך לענייננו חסרונה המרכזי הוא בכך שהיא אינה מביאה כל אחד מהמזיקים בכוח לנקודת האופטימום אלא מביאה את כל המזיקים בכוח לנקודה זו –

כקבוצה. כך ייתכן שאם יש לקבוע מהירות נסיעה אחידה לכל הנהגים, מהירות של 80 קמ"ש היא נקודת האופטימום. אך למעשה יש נהגים שנקודת האופטימום שלהם היא 90 קמ"ש (למשל אלו הנהגים ברכבים חדשים ומשוכללים או אלו שזמנם יקר יותר), ואילו לאחרים נקודת האופטימום היא רק 70 קמ"ש. המחוקק אינו יכול לקבוע סטנדרטים שונים של התנהגות לכל נהג ונהג, מסיבות מובנות, ועל כן אין לו יכולת להביא כל אחד מהם לנקודת האופטימום המיוחדת לו. כפי שנראה מיד, הרתעת שוק, לא-ריכוזית, עשויה להתגבר על חיסרון מרכזי זה של ההסדרה החקיקתית.

4. הרתעת שוק

דרך חלופית לחתירה לנקודת האופטימום היא הרתעת השוק, או כפי שכינה אותה קלברוי – ההרתעה הכללית (להבדיל מההרתעה הריכוזית, שאותה הוא מכנה הרתעה ספציפית).⁷ בהרתעת השוק כל מזיק יישא בסך כל נזקי פעילותו, ובעלויות מניעתם.⁸ כשאלה הם פני הדברים, כל מזיק ינסה כמיטב יכולתו להפחית סך זה למינימום, שכן הוא שנושא בו במלואו. למשל, אם המזיק יכול להפחית את נזקיו מ-100 ל-50 בשתי דרכים חלופיות, אחת שעלותה 20 והאחרת שעלותה 30, והוא נושא במלוא הנזקים ועלויות המניעה, הוא יבחר בזו הראשונה, שכן יעדיף לשאת בסך של נזקים ועלויות מניעה של 70 על פני 100 או 80. חשוב לשים לב שבדרך זו יביא המזיק בחשבון את עלויות המניעה המיוחדות לו ולא את אלו הממוצעות. לכל מזיק יכול שתהיה נקודת אופטימום אחרת, וככל שמדובר בהקטנת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן, טוב מצב שבו כל מזיק מוצא את נקודת האופטימום שלו ממצב שבו נקודת האופטימום נקבעת באופן אחיד לגבי כל המזיקים.

בשלב זה יש להבהיר שהמושג "נזק" כאן, ואף בהמשך, משמש הן לתיאור נזק במובן המקובל של המילה והן לתיאור תוחלת נזק. בדרך כלל התנהגותו יוצרת-הסיכון של המזיק אינה גורמת בוודאות נזק, אלא עקב קיומה קיימת הסתברות מסוימת שייגרם נזק. המכפלה של ההסתברות לגרם הנזק בגובה הנזק שעלול להיגרם היא תוחלת הנזק. למשל, אם עקב התנהגותו של המזיק קיימת הסתברות של 10% שייגרם נזק של 1000, תוחלת הנזק של התנהגותו היא 100. אם את תוחלת הנזק אפשר להפחית לאפס בעלות הפחותה מ-100, חיובו של המזיק לשאת במלוא הנזק שייגרם יביא לידי הפחתתו את תוחלת הנזק לאפס. כך יהיה משום שהמזיק יראה לנגד עיניו סיכון של אחריות משפטית בגובה תוחלת הנזק (100),

7 שם, בעמ' 68-94.

8 במינוח המשפטי המקובל מדובר אפוא באחריות מוגברת, או מוחלטת, שאינה תלויה באשם ואף אינה מופחתת עקב הגנות כאלו או אחרות העומדות לניזוק. על אחריות מוגברת והשוואתה לאחריות בגין רשלנות ראו להלן.

ישווה אותה לעלויות המניעה (הפחותות מ-100) ויבין שמוטב לו להשקיע את עלויות המניעה ולא לקבל על עצמו את סיכון האחריות המשפטית.⁹

הרתעת שוק מתייחסת לפעילות יוצרת-הנזקים כאל מוצר, והיא מיועדת לתת לפועל במסגרתה תמריצי התנהגות יעילים למניעת נזקים. כדי שהבחירה בפעילות, ברמתה ובאמצעי הזהירות להפחתת נזקיה תהיה אופטימלית, צריך "צרכן" הפעילות לשאת בעלות החברתית המלאה שלה. אם נוהג ברכב נושא במלוא עלויות נהיגתו, החלטתו אם לנהוג או לא לנהוג תהיה אופטימלית, שכן אם יחליט לנהוג אות וסימן הוא שהתועלת שלו בנהיגה רבה מעלותה החברתית. הנוהג שנושא במלוא עלויות פעילותו אף יחליט על רמת נהיגה אופטימלית, כלומר כמה לנהוג. לבסוף הנוהג שנושא במלוא עלויות נהיגתו אף ישקיע השקעה אופטימלית באמצעי זהירות. למשל, אם בלמים חדשים שעלותם 10 יפחיתו את נזקיו מ-100 ל-80, הוא ירכוש את הבלמים ויתקנם במכוניתו, אך אם עלות הבלמים היא 30 הוא לא יעשה כן. בשני המקרים החלטתו תהיה יעילה ותקרב אותו לנקודת האופטימום.

תנאי להרתעת שוק יעילה הוא היעדר החצנות. הרתעת השוק מבוססת על ההנחה שהמזיק נושא במלוא עלויות פעילותו. זוהי הנחת ההפנמה. כאשר חלק מנזקי התאונות, או חלק מעלויות המניעה, אינם מופנמים במלואם על ידי המזיק, ומי שנושא בהם הוא צד שלישי, מתקיימת החצנה. בהתקיים החצנה אין מובטח שתמריציו של המזיק יהיו יעילים וכי תושג הרתעה אופטימלית. למשל, אם בדוגמה האחרונה המזיק יישא רק ב-20% מנזקי נהיגתו, הוא לא ישקיע 10 במניעת נזקים, שכן אף על פי שהשקעה זו יעילה מבחינה חברתית בהפחיתה את נזקי התאונות ב-20%, היא מועילה למזיק ב-4 בלבד (20% x 20). לעומת זאת אם חלק מעלויות המניעה מוחצנות, כגון שהמדינה מסבסדת אמצעי זהירות מסוימים, קיים חשש הפוך והוא שהמזיק ישקיע השקעת-יתר ובלתי יעילה במניעת נזקים. בדוגמה דלעיל, אם המזיק נושא רק ב-50% מעלות הבלמים, הוא לא יהסס לרכושם אף אם עלותם היא 30, שכן הוא יישא בגינם בעלות של 15 בלבד ויחסוך לעצמו אחריות לנזקים בגובה של 20.

5. הרתעה, מידע וביטוח

כדי שנשיאה במלוא עלויות התאונות ועלויות מניעתן תספק למזיק תמריצי התנהגות יעילים, צריך שיהיה לו מידע על נזקי פעילותו, על עלויות אמצעי המניעה ועל השפעתם של אמצעים אלו על הנזקים. לעתים יהיה למזיק מידע כזה, כגון שהמזיק הוא מתוחכם דיו,

9 בדרך כלל יצירת סיכון כרוכה בסיכונים לנזקים בגדלים שונים ובהסתברויות שונות. במקרים אלו תוחלת הנזק של ההתנהגות היא סך המכפלות של הנזקים השונים שעלולים להיגרם בהסתברות גרימתם. הדיון כאן מניח ניטרליות לסיכון.

ולעתים לא יהיה לו מידע כזה. כך, בדרך כלל נוהג ברכב יתקשה לדעת אם רכישת הבלמים החדשים המוצעים למכירה כדאית לו או לא, שכן לא יהיה ברור לו אם רכישתם תקינה את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן או תגדילן. בסוג זה של מקרים סיכון האחריות שיושת על המזיק והסיכון לשאת בנזקיו העצמיים או בנזקי בני משפחתו הקרובים יתמרצו אותו לאסוף מידע. אך כפי שנראה מיד, לקיומו של ביטוח תפקיד חשוב בהספקת המידע החסר לנוהג ברכב.

ממבט ראשון נדמה שקיים מתח טבוע בין הרתעה לבין ביטוח: אם אדם מבוטח מפני אחריותו הנזיקית ("ביטוח אחריות") או מפני נזקיו העצמיים ("ביטוח צד א"), לכאורה לא יהיו לו די תמריצים להפחית סיכונים ולהקטין את פוטנציאל הנזק של פעילותו.¹⁰ אמנם לעתים חברת הביטוח תספק לו תמריצים חלקיים כאלה על ידי מתן "הנחת היעדר תביעות" או על ידי חיובו ב"השתתפות עצמית" – שני מנגנונים המיועדים למנוע אדישות של המבוטח לגרם נזקים. אולם מנגנונים אלו אינם מסירים את החשש שלמבוטח לא יהיו די תמריצים להקטין את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן, שכן מרבית הנזקים שיגרורם, גם אם לא כולם, מוחצנים לחברת הביטוח המבטחת אותו.

אלא שמתח זה לעתים קרובות הוא מדומה. אדרבה, במקרים רבים דווקא קיומו של ביטוח משפר את ההרתעה ואיננו מחבל בה מכיוון שהוא פותר למבוטח את בעיית המידע שהייתה לו בלעדי ביטוח. הביטוח משפר את הרתעתו של המזיק, כאשר פרמיות הביטוח מגיבות כראוי לאמצעי הזהירות שהוא נוקט או להפחתת רמת פעילותו המזיקה. נניח, למשל, כי המבוטח בדוגמה הקודמת אכן יכול לרכוש בלמים חדשים בעלות של 10 ולהפחית את עלויות התאונות ב-20. רכישת הבלמים רצויה, שכן היא מקטינה את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן. בלעדי ביטוח היה חשש ממשי שהמבוטח לא ירכוש את הבלמים, שכן לא היה יודע שבכך יפחית את סיכון אחריותו הנזיקית ב-20. אם לעומת זאת הנוהג ברכב מבוטח, ושוק הביטוח תחרותי דיו, הוא יזכה בהנחה של 20 בפרמיית הביטוח אם ירכוש את הבלמים, יתקנים במכוניתו ויוכיח לחברת הביטוח שאכן כך עשה. חברת הביטוח תהא חייבת ליתן לו את ההנחה האמורה, שאם לא תעשה כן, יעבור המבוטח לחברת הביטוח המתחרה שתציע לו הנחה כזו.

אמת, פרמיות הביטוח אינן מגיבות לכל אמצעי הזהירות הננקטים אלא רק לאלו הניתנים להוכחה לחברת הביטוח. בנוסף, שוק הביטוח אינו תמיד תחרותי, ולכן לא תמיד מופחתת פרמיית הביטוח בהתאמה להפחתת נזקי הפעילות המבוטחת. לבסוף חברות ביטוח ממיינות את המבוטחים לפי מידת הסיכון הגלומה בהם עד לנקודה שבה עלותו של

10 אם כי במקרים מסוימים המשפט הפלילי והסיכון של אבדן חיים או של פגיעות פיזיות קשות, למבוטח או למשפחתו, ישמשו להרתעה יעילה אף בלעדי סיכון לשאת בעלויות כספיות.

מיון מדוקדק יותר לא תצדיק את הרווח שינבע מכך לחברת הביטוח. לפיכך קיימים מקרים שבהם הביטוח אינו מסייע להרתעה ולעתים אף מחבל בה, אך במקרים רבים אחרים הביטוח מחזק את ההרתעה בספקו מידע למבוטח על השפעתם של האמצעים שהוא נוקט למניעת נזקים, על נזקי פעילותו.

6. יותר מגורם נזק אחד והתאורמה של Coase

הדיון עד כה הניח במשתמע שקיים גורם אנושי אחד לנזק אשר עשוי להיות בעל יכולת להקטין את עלויות התאונות ועלויות מניעתן. אלא שלמעשה גרם נזק הוא תוצאה של אינטראקציה בין שתי פעילויות אנושיות או יותר. תאונות דרכים הן לעתים קרובות תוצאות של אינטראקציה בין פעילות הנהיגה לבין פעילות ההליכה או בין שתי פעילויות של נהיגה. בדומה, נזקים הנגרמים משימוש במוצרים פגומים הם תוצאות האינטראקציה שבין פעילות הייצור לבין פעילות הצריכה. למעשה, בכל מקרה שבו קיים מזיק וניזוק, הנזק הוא תוצאה של אינטראקציה שבין פעילות המזיק מצד אחד לבין פעילות הניזוק מן הצד האחר. השאלה המתעוררת במקרים אלו היא מתי תקודם המטרה של הקטנת עלויות התאונות ועלויות מניעתן טוב יותר – כאשר המזיק נושא בנזק, כאשר הניזוק נושא בו או אולי כאשר הם חולקים בו בדרך כלשהי. התשובה שנתן קלברוזי לשאלה זו היא שמונע-הנזק הזול ביותר הוא שצריך לשאת בנזק. מונע-הנזק הזול ביותר לדברי קלברוזי הוא "השוקל הטוב ביותר", כלומר זה שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להקטין את עלויות התאונות ועלויות מניעתן ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילתו. אך לפני שנדון בכללי האחריות השונים ובהשפעתם האפשרית על העלויות החברתיות הכרוכות בתאונות, תוצג בקצרה התאורמה של Coase, שאמנם כבר נכתב עליה בפרקים קודמים של הספר, אך הצגה חוזרת שלה תוסיף לבהירותו של הדיון דלהלן.¹¹

בשנת 1960 פרסם פרופסור Ronald Coase, שלימים זכה בפרס נובל לכלכלה, מאמר פורץ דרך שבו הוצגה האמיתה (תאורמה) הידועה כ-Coase Theorem, ואשר מהווה את התשתית לפרקים שונים של הניתוח הכלכלי של המשפט.¹² על פי התאורמה, "כאשר עלויות עיסקה הן אפס, תושג התוצאה היעילה כלכלית, בלי תלות בחלוקת הזכויות ההתחלתית בחברה". משמעות הדבר היא שבהיעדר עלויות עסקה הכלל המשפטי לא ישפיע על השגתה של המטרה להקטין את עלויות התאונות ועלויות המניעה: זו תושג כך או אחרת. כדי להמחיש את תוקפה של התאורמה, נניח שעדרי הבקר של הבוקר גורמים נזקים בשיעור של 100 לחוואי. קיימות שתי דרכים למנוע את הנזק: גידור החווה על ידי החוואי

11 ראו למשל, לעיל פרקים א ו-ב של הספר.

12 Ronald Coase, *The Problem of Social Costs*, 3 J.L. ECON 1 (1960).

בעלות של 40 או גידור העדרים על ידי הבוקר בעלות של 20. נקל לראות שדרך המניעה היעילה כלכלית, דהיינו זו שתביא להקטנת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן, היא שהבוקר ימנע את הנזק. אלא שאם אין לצדדים כל עלויות עסקה – קרי ההתקשרות החוזית ביניהם היא נטולת עלויות – ימנע הבוקר את הנזק בלא כל תלות בשאלה אם הכלל המשפטי הוא כזה המטיל אחריות נזיקית על הבוקר או שאינו מטיל עליו אחריות כלשהי ומותיר את הנזק על כתפיו של החוואי. ההסבר לכך הוא פשוט: אם תוטל אחריות על הבוקר הוא יעדיף כמובן למנוע את הנזק בעלות של 20 במקום לשאת באחריות בגובה של 100. אך המעניין הוא שגם אם לא תוטל אחריות על הבוקר, והנזק ייוותר על כתפיו של החוואי, הוא לא ישקיע 40 במניעת הנזק, כפי שאפשר לסבור ממבט ראשון, אלא יכרות חוזה עם הבוקר שעל פיו זה האחרון ישקיע 20 במניעת הנזק. החוואי ישלם לבוקר סכום כלשהו ששיעורו נע בין 20 ל-40 כדי לממן את הקמת הגדר ואף להותיר רווח כלשהו בידי החוואי, וכך לשני הצדדים יהיה אינטרס ברור שהנזק יימנע בדרך הזולה ביותר האפשרית. מכאן שבלי תלות בכלל המשפטי תושג התוצאה היעילה כלכלית, וזאת כאמור בהנחה שאין לצדדים כל עלויות עסקה.

לכלל המשפטי יש כמובן השלכות חלוקתיות ברורות גם אם עלויות העסקה הן אפס. בדוגמת הבוקר והחוואי כלל של היעדר אחריות הוא כלל המעדיף בוקרים על פני חוואים, ואילו כלל של אחריות יוצר העדפה הפוכה. לכן אם האחריות מוטלת על הבוקר, הוא שיישא בעלות של 20 לשם מניעת הנזק. לעומת זאת אם הנזק נותר על כתפי החוואי, הוא שיוציא 20 לפחות לשם הקמת הגדר אף אם בפועל ההקמה תתבצע על ידי הבוקר. אלא שהבדל זה בין שני הכללים אינו נוגע לייעילות הכלכלית. הבדל זה נוגע לחלוקת העושר בחברה, ועניין אחרון זה הוא נושא אחר לחלוטין.

בעולם המציאות יש תמיד עלויות עסקה. התקשרות חוזית בין מזיק בכוח לבין ניזוק בכוח יקרה בדרך כלל, ולעתים קרובות אין כל סיכוי שתתממש. למשל, אם במקום הבוקר והחוואי נציב בדוגמה נהג והולך רגל, בהתאמה, עלויות העסקה בין הצדדים יהיו גבוהות מאוד. קשה לדמיין כריתת חוזה בין הנהג לבין הולך הרגל טרם גרם הנזק, שכן הנהג אינו יכול לדעת מי יהיה הולך הרגל שיינזק על ידיו, כמו שהולך הרגל אינו יכול לדעת מי יהיה הנהג שיפגע בו. אף חוזה בין הנהגים, כקבוצה, לבין הולכי הרגל, כקבוצה, הוא יקר וקשה להשגה. לפיכך הנחה סבירה היא שלא ייכרת חוזה כלשהו בין הצדדים, והשאלה מי מהם ימנע את הנזק, בעלות של 20 או 40, תלויה בתוכנו של הכלל המשפטי. הטלת אחריות על הנהג תגרום לו למנוע את הנזק בעלות של 20, ואילו הותרת הנזק על כתפי הולך הרגל תגרום לו למנוע את הנזק בעלות של 40. בנסיבות אלו כלל של אחריות – ולא כלל של היעדר אחריות – הוא הכלל היעיל שיביא להרתעה אופטימלית, וודאי שאין עוד לומר

שהיעילות הכלכלית תושג בלא תלות בתוכנו של הכלל המשפטי.¹³ לפיכך בעולם שבו יש עלויות עסקה, וקיימות אינטראקציות בין שני שחקנים או יותר אשר גורמות לנזקים, השגתה של יעילות כלכלית תלויה בקיומו של כלל אחריות יעיל.

7. מזיק וניזוק שיש יחסים חוזיים ביניהם

כל מקרה שבו המזיק יכול לגלגל את עלויות אחריותו המשפטית ועלויות המניעה שלו לניזוק עשוי להחזיר אותנו לתאורמה של Coase ולמסקנה שהצדדים יגיעו לתוצאה היעילה בלא תלות בתוכנו של הכלל המשפטי. מסקנה זו תלויה במקרים רבים בשאלה אם לצדדים מידע מלא. היעדר מידע לצדדים, ובעיקר קיום פערי מידע ביניהם, ירחיק אותנו ממסקנה זו, שכן השגת מידע כרוכה בעלויות עסקה. הבה נראה מדוע.

נניח שמוצר שמייצר היצרן גורם נזק שתוחלתו 100, וכי עלות מניעתו ליצרן היא 20. עוד נניח כי עלות המניעה לצרכן היא 40. במקרה זה, בהנחה של מידע מלא לשני הצדדים, הן כלל של אחריות והן כלל של היעדר אחריות יביא את היצרן להשקיע 20 במניעת הנזקים. אם תוטל אחריות על היצרן, התמריץ שלו להשקיע 20 ברור, ונדמה שאינו דורש הסבר. אך גם אם לא תוטל אחריות על היצרן הוא יפעל באותו האופן ממש. היצרן יעדיף לשפר את המוצר בהשקעה של 20 ולגלגל עלות זו לצרכן במקום לייצר מוצר אשר יעלה לצרכן ב-20 פחות מן המוצר המשופר אך יאלץ אותו להשקיע 40 בעלויות מניעה בהמשך הדרך. מנקודת מבטו של היצרן השקעת 20 במניעת הנזק והעלאת המחיר ב-20 איננה משנה את רווחיו פר יחידה, ובה בעת מגדילה את רווחיו של הצרכן מן העסקה. יש להניח שבעקבות מניעת הנזקים יוכל היצרן להרוויח יותר פר יחידה (אם השוק אינו תחרותי) או למכור מוצרים רבים יותר, ובכל מקרה להגדיל את רווחיו.

המסקנה משתנה אם יש פערי מידע בין הצדדים באופן שבו הצרכן אינו יודע להעריך כראוי את התועלת שיפיק מן המוצר המשופר. כך אם הצרכן חושב שהמוצר המשופר שווה לו רק ב-10 יותר מן המוצר המקורי (ולא ב-40), תחת כלל של היעדר אחריות יעדיף היצרן שלא להשקיע 20 במניעה. הוא יעדיף להותיר את המוצר במצבו המקורי ולמכור אותו במחיר הנמוך ב-10 עד 20 (על פי מידת התחרותיות בשוק) מן המחיר שבו היה מוכר את המוצר המשופר. הצרכן יהיה משוכנע שעסקה זו טובה לו יותר מרכישת המוצר המשופר.

13 לניתוח תורת משחקי סטטי ודינמי במצבים בהם גם המזיק וגם הניזוק יכולים למנוע או להקטין את הנזק ובהם הניזוק אינו מפוצה באופן מלא על נזקיו, ולשאלת השפעתם של כללי משפט שונים ראו Massimo D'Antoni, Avraham Tabbach, *Least Cost Avoidance and Partial Compensation*.

דרך אפשרית למנוע התנהגות לא יעילה זו של היצרן היא להטיל עליו אחריות. מאחר שהיצרן במקרה זה יהיה צפוי לשאת בנזקי המוצר במלואם, הוא יפעל ביעילות למניעתם.

8. רשלנות לעומת אחריות מוגברת ומונע-הנזק הזול

מן הדיון שנערך עד כה עולה כי כאשר יש עלויות עסקה, הטלת אחריות על מונע-הנזק הזול ביותר היא שתיצור הרתעה אופטימלית, שכן היא שתביא להקטנת עלויות התאונות ועלויות מניעתן. התפיסה הכלכלית של הרשלנות מבוססת על רעיון זה ממש: אם המזיק הוא מונע-הנזק הזול, כישלוננו למנוע את הנזק יוגדר כרשלנות ויביא להטלת אחריות עליו.

התפיסה הכלכלית של הרשלנות מתמצית בנוסחת הרשלנות הכלכלית, הקרויה על שמו של השופט האמריקאי לרנד הנד, שטבע אותה באחד מפסקי דינו.¹⁴ על פי הנוסחה, המזיק מוגדר כרשלן אם עלות אמצעי הזהירות (או עלויות המניעה) שלו (B) נמוכה מן ההפחתה בתוחלת הנזק שתיגרם עקב נקיטתם של אמצעי הזהירות. תוחלת הנזק מוגדרת כמכפלה של הנזק (L) בהסתברות התרחשותו (P). הניחו עתה כי אפשר לנקוט אמצעי זהירות אחד שעלותו B, ולהפחית את תוחלת הנזק לאפס. אם $B < PL$, יוגדר המזיק כרשלן ותוטל עליו אחריות נזיקית. אם לעומת זאת $B > PL$, לא יוגדר המזיק כרשלן ולא תוטל עליו אחריות נזיקית.¹⁵ איום האחריות הנזיקית על פי נוסחת לרנד הנד מתמרץ את המזיק להקטין את תוחלת נזקיו כאשר עלויות המניעה הנדרשות לשם כך נמוכות מתוחלת הנזק, שתופחת עקב השקעתן של עלויות המניעה. המזיק יעדיף לשאת בעלויות המניעה ולא להסתכן באחריות משפטית שתוחלתה כתוחלת הנזק האמורה. פוזנר, אחד מהאבות המייסדים של הניתוח הכלכלי של המשפט, הציג בכתביו משנות השבעים את נוסחת לרנד הנד כמשקפת את דיני הרשלנות הנוהגים.¹⁶ עם זאת הוא הציע להכניס בה "שיפור" חשוב. שיפור זה חל במקרים שבהם גם לניזוק, ולא רק למזיק, הייתה יכולת למנוע את הנזק בעלות הנמוכה מתוחלתו. במקרים אלו, טען פוזנר, יש לבחון מי מבין השניים – מזיק או ניזוק – היה יכול למנוע את הנזק בדרך הזולה יותר ולהטיל עליו את מלוא נטל הנשיאה בנזק. כך יתומרץ מונע-הנזק הזול יותר לפעול למניעת הנזק.¹⁷

אל מול כלל של רשלנות ניצב כלל של אחריות מוגברת. כלל של אחריות מוגברת מביא להטלת אחריות על המזיק בלא תלות באשמו. על פי כלל של אחריות מוגברת עם הגנת

14 U.S. v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (1947)

15 הניסוח הכלכלי המדויק יותר הוא שהמזיק יוגדר כרשלן אם עלות המניעה השולית שלו גבוהה מהפחתת הנזק השולית. לפיכך המזיק יוגדר כרשלן אם השקל הנוסף שהיה משקיע במניעת הנזק היה מקטין את תוחלת הנזק ביותר משקל. עניין זה יורחב ויובהר להלן פרק ב.1.

16 Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEG. STUD. 29, 29-34 (1972)

17 שם.

אשם תורם כהגנה מלאה, תוטל האחריות על המזיק אלא אם הניזוק הוא מונע-הנזק הזול יותר. היותו של הניזוק מונע-הנזק הזול יותר יגדיר אותו כבעל אשם תורם ויגרום להותרת הנזק על כתפיו. הן כלל משפטי של רשלנות עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה והן כלל של אחריות מוגברת עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה מספקים לכאורה תמריצי התנהגות יעילים. על פי שני הכללים, האחריות תוטל על מי אשר יכול למנוע את הנזק בדרך זולה יותר, ועקב כך יהיה למונע-הנזק הזול תמריץ למנוע את הנזק. ההבדל בתוצאה בין שני הכללים יתקיים במצב שבו שני הצדדים אינם יכולים למנוע את הנזק בעלות נמוכה ממנו. במקרה זה, לפי כלל הרשלנות, יוותר הנזק על כתפיו של הניזוק, ואילו לפי כלל האחריות המוגברת, יישא המזיק בנזק. למרות תוצאות שונות אלו של החלת הכללים שניהם מספקים תמריצי התנהגות יעילים. זאת מכיוון שכך או אחרת, הן המזיק והן הניזוק לא יפעלו במקרה אחרון זה למניעת הנזק בין שהם עתידים לשאת בו ובין שלא. זו אף התוצאה היעילה כלכלית. יש לשים לב לכך, שאף על פי ששני הכללים יעילים, הם מביאים לידי תוצאות חלוקתיות שונות: כלל של רשלנות עדיף למזיקים וכלל של אחריות מוגברת עדיף לניזוקים.¹⁸

אלא שניתוח זה הוא פשטני מדי בכמה מובנים: ראשית, הוא מתעלם מחשיבות ההשפעה על רמת הפעילות של הצדדים. שנית, הוא מתעלם מבעיות המידע שיש לבתי המשפט באשר ליכולת המניעה של הצדדים ואף לבעיות המידע שיש לצדדים עצמם על יכולות אלו. שלישית, הניתוח מניח קיומם של אמצעי זהירות חלופיים ובינאריים שעה שבמקרים רבים אמצעי הזהירות הם בלתי תלויים ורציפים (ולעתים משלימים¹⁹). בסעיפים הבאים ייבחנו עניינים אלו ביתר פירוט.

9. רמת פעילות

כלל של רשלנות אינו נותן למזיק תמריצים נאותים לפעול ברמת פעילות אופטימלית. במשטר משפטי של רשלנות רמת הפעילות של המזיק תהיה גבוהה מן האופטימום, והנזקים שיגרום יהיו רבים מדי. כלל של אחריות מוגברת פותר בעיה זו.²⁰

18 ראו על ההשוואה בין הכללים השונים, Guido Calabresi, Jon T. Hirschoff, *Towards a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055 (1972); Richard A. Posner, *Strict Liability: A Comment*, 2 J. LEG. STUD. 205 (1973).
 19 אמצעי זהירות משלימים הם כאלו אשר האפקטיביות שלהם תלויה ברמת הזהירות שנוקט הצד השני. לדיון באמצעי זהירות בלתי תלויים ורציפים ראו להלן פרק א.12.
 20 המאמר הקלסי אשר מנתח את בעיית רמת הפעילות במשטר משפטי של רשלנות הוא Steven Shavell, *Strict Liability Versus Negligence*, 9 J. LEG. STUD. 1 (1980). לניתוח נוסף של הנושא ראו Stephen G. Gilles, *Rule-Based Negligence and the Regulation of Activity*

כדי להמחיש את הטיעון אשתמש בדוגמה דומה לזו ששימשה את קלברזי, הירשוף ופוזנר.²¹ נניח שרכבת הנוסעת מנקודה אחת לאחרת מתיזה גצים אשר גורמים פה ושם לשרפות בשדותיהם של החקלאים הממוקמים בסמוך למסילת הברזל. הנזקים שנגרמים לחקלאים הם 100, והדרך היחידה למנועם בנקיטת אמצעי זהירות היא להתקין על הקטר מכשיר המונע את פליטת הגצים. עלות התקנת המכשיר גבוהה מ-100, ועל כן אינה מוצדקת מבחינה כלכלית. ממילא הן במשטר משפטי של רשלנות והן במשטר משפטי של אחריות מוגברת לא תמנע חברת הרכבות את הנזק. דוגמה זו היא המחשה למקרה שנדון לעיל, שבו הן המזיק והן הניזוק אינם יכולים למנוע את הנזק בעלות הקטנה ממנו. אולם ייתכן שחברת הרכבות יכולה להקטין את רמת פעילותה אם תפעיל את הרכבת לארבע נסיעות ביום במקום לחמש נסיעות ביום. הורדת רמת הפעילות של הרכבת תפחית את הנזקים ב-20%, כלומר ב-20. הורדת רמת הפעילות אינה נטולת עלויות, אך למרות זאת ייתכן שהיא כדאית מבחינה כלכלית. למשל, נניח שעלותה של הורדת רמת הפעילות היא 10,²² והיא תתבטא מנקודת מבטה של חברת הרכבות בירידה ברווחיה. בהנחה שירידת הרווחים משקפת את העלות החברתית של הורדת רמת הפעילות, יעילות כלכלית מחייבת שהרכבת תיסע ארבע פעמים ביום במקום חמש. במשטר משפטי של רשלנות אין לצפות שחברת הרכבות תעשה כן, מכיוון שבין שתוריד את רמת פעילותה ובין שלא תוריד אותה, בהתקיים כלל של רשלנות היא איננה צפויה לשאת באחריות כלשהי לנזקי החקלאים. כזכור, אמצעי הזהירות שיכלה הרכבת לנקוט – התקנת מכשיר למניעת גצים – היה יקר מדי, ועל כן אי-נקיטתו אינה מהווה רשלנות.

לכאורה, אם חברת הרכבות הייתה יכולה להפחית נזקים ב-20 בהוצאה של 10 והיא לא עשתה כן, היא התרשלה. הטלת אחריות עליה בגין רשלנות הייתה מתמרצת אותה להוריד

Levels, 21 J. LEG. STUD. 319 (1992). דייויד גילה ואהוד גוטל הראו כי במצבים מסוימים כלל של רשלנות עלול לגרום למזיק לנקוט רמת פעילות נמוכה מן האופטימום: כאשר המזיק יודע שברמת פעילות מסוימת יהיה עליו לנקוט אמצעי זהירות למניעת הנזק, הוא עלול להיזוטר ברמת פעילות נמוכה מן האופטימום רק כדי שלא יחויב בנקיטת אמצעי הזהירות. David Gilo, *Negligence and Insufficient Activity: The Missing Paradigm in Torts*, 108 *MICH. L. REV.* 277 (2009). אברהם טבח ויעקב נוסים הראו כי במצבים רבים אי אפשר לקבוע את רמת הזהירות האופטימלית במנותק מרמת הפעילות האופטימלית. כן הם הראו כי טעויות בפסיקה הפיצויים עלולות להביא לתוצאות הפוכות מאלו שאפשר לכאורה לצפות; למשל, פיצוי גבוה מדי עלול להביא לעתים לרמת פעילות גבוהה מדי. ראו Avraham Tabbach, Jacob Nussim, *A Revised Model of Unilateral Accidents*, 29 *INT'L REV. L. ECON.* 169 (2009); Avraham Tabbach, *Causation and Incentives to Choose Levels of Care and Activity under the Negligence Rule*, 4 *REVIEW OF LAW AND ECONOMICS* 1, 45 (2008).

21 Calabresi & Hirschhoff, לעיל הערה 18; Posner, לעיל הערה 18.

22 למשל, כי רבים מן הנוסעים בנסיעה שבוטלה יוכלו לנסוע באחת מארבע הנסיעות האחרות.

את רמת פעילותה. למרות זאת באופן רגיל לא תוטל עליה אחריות במשטר משפטי של רשלנות. בתי המשפט אינם רואים בדרך כלל באי־הורדת רמת פעילות – להבדיל מאי־נקיטת אמצעי זהירות – משום רשלנות.²³ הסיבה העיקרית לכך היא בעיות מידע: קשה מאוד לדעת אם הורדתה של רמת פעילות במקרה נתון הייתה מפחיתה נזקים בשיעור גבוה מזה של עלותה. קל הרבה יותר לדעת אם נקיטת אמצעי זהירות מוגדר, שאפשר להעריך את עלותו ואפשר לדעת כיצד היה משפיע על רמת הנזקים, הייתה מוצדקת מבחינה כלכלית.²⁴ סיבה אחרת לאי־הטלת האחריות בשל אי־הורדה יעילה של רמת פעילות עניינה בקושי להוכיח את הקשר הסיבתי שבין אי־הורדת רמת הפעילות לבין הנזק שנגרם. אם חברת הרכבות הייתה מוגדרת כרשלנית על שלא הורידה את רמת פעילותה, הייתה נשאלת השאלה, בכל מקרה ומקרה שבו נגרמה שרפה, אם הייתה השרפה נמנעת אם חברת הרכבות הייתה מקיימת רמת פעילות אופטימלית. ההסתברות לכך, בכל מקרה ומקרה, הייתה 20% בלבד (שכן 80% מן השרפות היו נגרמות גם אם הרכבת הייתה נוסעת ארבע פעמים ביום במקום חמש). בהנחה שבתי המשפט אינם מטילים במקרים מעין אלו אחריות הסתברותית,²⁵ לא הייתה מוטלת בדוגמת הרכבת אחריות נזיקית, שכן אי אפשר היה להוכיח על פי עודף הסתברויות את הקשר הסיבתי העובדתי שבין הרשלנות לבין הנזק. במשטר משפטי של אחריות מוגברת בעיות אלו נפתרות. במשטר משפטי כזה בית המשפט אינו נזקק למידע כלשהו לשם הטלת אחריות על המזיק, להוציא מידע הנדרש לשם הוכחתו של הקשר הסיבתי העובדתי שבין התנהגותו של המזיק לבין הנזק. במשטר משפטי של אחריות מוגברת חברת הרכבות תישא במלוא נזקי השרפות בלא כל תלות בשאלה אם התרשלה או לא, ובלא תלות בשאלה אם הנזק המסוים היה נגרם אילו קיימה חברת הרכבות רמת פעילות אופטימלית. אם לא תוריד חברת הרכבות את רמת פעילותה היא תישא באחריות לנזקים של 100, ואם תוריד את רמת פעילותה לארבע נסיעות ביום היא תישא באחריות לנזקים של 80. לפיכך חברת הרכבות תוריד את רמת פעילותה לארבע נסיעות ביום, שכן הורדה כזו ברמת הפעילות תניב לה רווח של 10 (הפחתת אחריות בשיעור של 20 ונשיאה בעלות הורדתה של רמת הפעילות בשיעור של 10).

אך אליה וקוץ בה. אחריות מוגברת לא תתמרץ את הניזוק לשנות את פעילותו שלו כאשר שינוי זה יעיל כלכלית.²⁶ נניח למשל שהדרך היעילה למנוע את נזקי השרפות אינה הורדת רמת הפעילות של הרכבת אלא שינוי בפעילותם של החקלאים. למשל, ייתכן

23 לדיון ראו Gilles, לעיל הערה 20.

24 לטענה שלעתים אי אפשר לקבוע רמת זהירות במנותק מרמת הפעילות ראו Tabbach &

Nussim, לעיל הערה 20.

25 ראו דיון להלן פרק ג.2.

26 Posner, לעיל הערה 18.

שהחקלאים יכולים לשנות את סוג הגידולים בשדותיהם באופן שיפחית את מידת חשיפתם לנזקי שרפות. שינוי זה אינו נטול עלויות, אך הוא עשוי להיות מוצדק מבחינה כלכלית בשל סיכוני השרפות. הימנעותם של החקלאים משינוי סוג הגידולים לא יוגדר כאשם תורם מסיבות דומות לאלו שבגינן אי-הורדת רמת הפעילות של הרכבת לא תוגדר כרשלנות. על כן במשטר משפטי של אחריות מוגברת יזכו החקלאים בפיצוי מלא על נזקיהם, ולא יהיה להם כל תמריץ לשנות את סוג הגידולים בשדותיהם. לעומת זאת במשטר משפטי של רשלנות תמריצי החקלאים יהיו שונים. במשטר כזה, בהיעדר רשלנות של הרכבת במניעת הנזקים, נטל הנשיאה בנזקים יושט על כתפיהם של החקלאים. בשל כך יהיה להם תמריץ לשנות את אופי הגידולים אם שינוי זה יפחית את נזקיהם בשיעור גבוה מן העלות הכרוכה בשינוי. בדרך זו תושג התוצאה היעילה כלכלית.

השאלה אם בסופו של דבר משטר משפטי של רשלנות עדיף על פני משטר משפטי של אחריות מוגברת מנקודת מבט של יעילות כלכלית, אינה יכולה לקבל תשובה החלטית. ייתכן שאם יש לבחור בין השפעה על רמת פעילותו של המזיק (אחריות מוגברת) לבין השפעה על רמת פעילותו של הניזוק (רשלנות), עדיפה ההשפעה הראשונה. כך יהיה אם יש מקום לסברה שהמקרים שבהם המזיק הוא בעל יכולת מניעה עדיפה רבים מן המקרים שבהם הניזוק הוא בעל יכולת כזו. דרך אחרת היא לבחור בין משטר משפטי של אחריות מוגברת לבין משטר משפטי של רשלנות על פי חיוניות ההשפעה על רמת הפעילות של המזיק, או הניזוק, בסוג הפעילות המסוימת שבה מדובר.

10. בעיות נוספות של מידע וחסרונותיו של מבחן מונע-הנזק הזול

ישנם מקרים רבים שבהם המטרה של הקטנת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן תקודם אם האחריות לא תוטל דווקא על מונע-הנזק הזול. מן הדיון בפרק הקודם אפשר ללמוד על סוג מיוחד כזה של מקרים: לעתים התועלת שתצמח ממתן תמריצים לצד אחד להוריד את רמת פעילותו תעלה על התועלת שתצמח ממתן תמריצים לצד השני לנקוט יותר אמצעי זהירות. כשכך הדבר, הטלת אחריות על הצד הראשון בלא תלות בהיותו מונע-הנזק הזול עשויה לקדם טוב יותר את המטרה של הקטנת העלויות הכרוכות בתאונות. בשורות הבאות יוצגו מקרים נוספים שבהם מבחן מונע-הנזק הזול אינו המבחן הראוי.

בסוג אחד של מקרים קיימת אפשרות ממשית שמונע-הנזק הזול מבין שני הצדדים לא יפעל להקטנת הנזקים בגלל בעיות של מידע וכשלים קוגניטיביים, ואילו הצד השני עשוי לפעול לשם כך. תאונות הנגרמות ממוצרים פגומים מדגימות סוג זה של מקרים. גם אם הצרכן שמתרשל בשימוש – ועל כן הוא מונע-הנזק הזול – לא יזכה בפיצוי בגין נזקיו, יש להניח שלא אחת יתרשל ויגרום לעצמו נזק. היצרן, לעומתו, אפילו אם אינו מונע-הנזק הזול, נהנה מיתרון ברור על פני הצרכן במידע, ואם תוטל האחריות עליו יפעל למניעת

נזקים, ובכלל זה למניעת אותם הנזקים שעלולים להיגרם לצרכנים רשלנים.²⁷ לא במקרה שיטות משפט רבות, ובכללן שיטת המשפט הישראלית, אינן מכירות בהגנת אשם תורם ליצרן של מוצר פגום (אלא במצבים של הסתכנות מרצון או רשלנות רבתי).²⁸ בסוג שני של מקרים אף לא אחד מן הצדדים הוא מונע-נזק זול בהווה, אך קיימת אפשרות שאחד מהם, אם יישא בנזקים, יהיה מונע-הנזק הזול בעתיד. אף כאן תאונות הנגרמות ממוצרים, לאו דווקא מוצרים פגומים, עשויות להמחיש סוג זה של מקרים. ניקח לדוגמה יצרן תרופות המייצר תרופה אשר יש בה סיכונים שאינם ניתנים למניעה בהווה. התרופה אינה בגדר מוצר פגום, שכן תועלתה עולה על נזקה. יכול שיהיה טעם בהטלת אחריות על היצרן, מכיוון שאף על פי שאינו מונע-הנזק הזול בהווה – לא הוא ואף לא הצרכן – הוא עשוי לשפר בעתיד את התרופה ולהקטין את נזקה. הטלת אחריות עליו תספק לו תמריצים להשקיע במחקר ופיתוח מתוך תקווה להפחית את סיכוני התרופה בעתיד. אמת, אף בלעדי אחריות יהיו ליצרן תמריצים לשפר את התרופה. התחרות עם יצרנים אחרים עשויה למשל לתרום לכך. אך עקב פערי המידע שבין היצרן לבין הצרכנים, הפוגעים באפקטיביות של התחרות כאמצעי לשיפור התרופה, הטלת אחריות נזיקית עליו עשויה להועיל.²⁹

בסוג המקרים השלישי פעילות אחד הצדדים מאורגנת, ואפשר לבטח מפני נזקה, ואילו פעילות הצד השני אינה מאורגנת, ולכן קשה לבטח מפני נזקה. יכולת הביטוח נותנת לצד שפעילותו מאורגנת עדיפות בהשגת מידע והופכת אותו למועמד טוב לנשיאה בנזק.³⁰ תאונות דרכים שבהן נפגעים הולכי רגל ממחישות סוג זה של מקרים. האם עדיף להטיל אחריות לנזקי תאונות אלו על הולכי הרגל או על הנהגים ברכב? בלא תלות בשאלה מי עשוי למנוע את הנזקים בדרך זולה יותר, הטלת אחריות על הנהגים עשויה לשרת טוב יותר

27 Calabresi & Hirschhoff, לעיל הערה 18.

28 סעיף 4 לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980. אפשר לטעון שעלויות מידע גם הן חלק מעלויות המניעה, ולכן אם לצד אחד יש עלויות מידע גבוהות, עשוי הוא לא להיות מוגדר כמונע-הנזק הזול בשל כך בלבד. השימוש שלי בביטוי "מונע-נזק זול" הוא אפוא צר יחסית, ואפשר כמובן להרחיב אותו.

29 Calabresi & Hirschhoff, לעיל הערה 18. עם זאת טעמים אחרים עשויים לשכנע שלא להטיל אחריות על יצרנים במקרים מעין אלו. אכן, בשנות השמונים אותר בארצות הברית מה שכונה "משבר הביטוח", שהביא להפסקת ייצורם של מוצרים רבים ושנבע לדעת אחדים מהרחבת-יתר של אחריות היצרנים. ראו George Priest, *The Current Insurance Crisis*, 96 YALE L. J. (1987). לקריאה מן הזמן האחרון לצמצום מאוד את אחריותם הנזיקית של היצרנים ראו A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, *The Uneasy Case for Product Liability*, 123 HARV. L. REV. 1437 (2010).

30 CALABRESI, לעיל הערה 5, בעמ' 247-248, 235-252.

את המטרה של הקטנת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן. הטעם לכך הוא שנהיגה, להבדיל מהליכה, היא פעילות מאורגנת הניתנת לביטוח. אם האחריות תוטל על הנוהגים ברכב, יש להניח שירכשו ביטוח.³¹ בשוק תחרותי תשקף פרמיית הביטוח את הסיכון שיוצר הנוהג ברכב כלפי הולכי רגל. נקיטת אמצעי זהירות הניתנים להוכחה לחברת הביטוח ואשר מפחיתים את סיכוני הפגיעה בהולכי הרגל, תביא להפחתת פרמיית הביטוח שתיגבה מן הנהג. הפחתת הפרמיה תספק לנהג מידע ותיתן לו תמריצים יעילים להקטנת נזקים. לעומת זאת הליכה אינה פעילות מאורגנת, וגם אם אפשר לבטח מפני נזקיה, אין להניח שפרמיית הביטוח תגיב להתנהגויות של הולכי רגל המפחיתות נזקים. קשה לדמיין מצב שבו הולכי רגל זהירים יישאו בפרמיה נמוכה יותר, מכיוון שקשה לוודא את מידת הזהירות שבהתנהגותם, אלא בעלות גבוהה מאוד.³² ההבחנה בין פעילות מאורגנת לפעילות שאינה מאורגנת אינה אפוא אלא כלי עזר לקביעה למי מבין שני הצדדים עדיפות על פני הצד האחר בהשגת מידע על הנזקים שיגרורם, כשקיים ביטוח.³³

לבסוף, גם אם במקרים רבים טוב שיישא בנזק מונע-הנזק הזול, יהיו לעתים קרובות יתרונות בכך שמונע-הנזק הזול יוגדר על פי קטגוריות של מקרים, ולא בכל מקרה ומקרה בנפרד. יתרון אחד הוא החיסכון בעלויות התדיינות: כאשר אחריות מוטלת על מי שמאופייין כמונע-הנזק הזול, אין בית המשפט הדין במקרה נדרש לבחון בכל מקרה ומקרה מי הוא מונע-הנזק הזול. יתרון נוסף הוא יצירת ודאות לצדדים לפני מעשה. הגדרת מונע-הנזק הזול על פי קטגוריות תגרום שמזיק או ניזוק בכוח ידעו מראש ובבירור מי יישא בנזק בלא תלות בשאלה כיצד תוגדר התנהגותם, או התנהגות הצד השני, לאחר מעשה. יתרון זה מתחזק ככל שרבים המקרים שבהם מי שמוגדר כמונע-הנזק הזול על פי קטגוריה, הוא אף מונע-הנזק הזול במקרה הקונקרטי.

11. מבחן השוקל הטוב

קלברזי והירשוף הציעו את מבחן השוקל הטוב כאמת המידה להטלת אחריות נזיקית.³⁴ מבחן השוקל הטוב בא להתגבר על הבעיות הטבועות ביישומו של מבחן הרשלנות או

31 שם, שם.

32 מעקב אחרי הולכי הרגל הוא יקר ואף גורם לפגיעה בפרטיות. מיון הולכי רגל לפי מידת הסיכון שבהליכתם עלול אף להביא לתוצאות בעייתיות מבחינת צדק חלוקתי, כגון שקשישים ונכים יאלצו לשאת בפרמיות גבוהות יותר מצעירים ובריאים, שכן אפשר שהקשישים והנכים יוגדרו על ידי חברות הביטוח כבעלי פוטנציאל סיכון גבוה.

33 היכולת לבטח מפני נזקים היא שיקול עצמאי, הנפרד משיקול ההרתעה, ויש בו כדי להצדיק הטלת אחריות על המבטח הזול יותר. עניין זה יידון להלן פרק א.14.

34 Calabresi & Hirschhoff, לעיל הערה 18.

ביישומו של מבחן מונע-הנזק הזול, אשר נדונו בשני הסעיפים הקודמים. אפשר לראות בו וריאציה משוכללת למבחן מונע-הנזק הזול, ונראה שכך אף ראו אותו קלברזי והירשוף. השוקל הטוב הוא מי אשר נמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להקטין את עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילתו. הטלת אחריות על השוקל הטוב תמרץ אותו להקטין את עלויות התאונות ועלויות מניעתן. לעתים השוקל הטוב יגיע למסקנה שהוא שיכול למנוע את הנזק בדרך זולה, אך לעתים יגיע למסקנה שאחר יכול לעשות זאת טוב ממנו. במקרה כזה עשוי השוקל הטוב, אם יתמרץ כראוי, לגרום שמונע-הנזק הזול ימנע את הנזק. השוקל הטוב יעביר למשל מידע למונע-הנזק הזול כדי שזה האחרון יפעל למניעת הנזק או "ישחד" אותו לעשות כן. דוגמה למקרה מעין זה היא יצרן שבכוחו לספק אזהרות על סיכוני המוצר לצרכן, וכך להנחות אותו כיצד להיזהר כראוי. "השוקל הטוב" יוגדר ככזה על פי תכונותיו כשוקל טוב ולא על פי השאלה אם היה שוקל טוב במקרה הקונקרטי. מבחן השוקל הטוב פועל אפוא לפי קטגוריות של מקרים. על פיו האחריות לנזק יכול שתוטל על יצרן התרופות למשל, אם הוא בדרך כלל השוקל הטוב יותר, גם אם במקרה הקונקרטי היה הצרכן השוקל הטוב יותר. אמנם אין מניעה להכיר בחריגים לכלל, אך גם אלו יוגדרו בקטגוריות של מקרים ולא על סמך המקרה הבודד. למשל, ייתכן שייקבע שהצרכן הוא שוקל טוב יותר כאשר מדובר בסוג מסוים של תרופות, אך לא כן כאשר מדובר בסוגי תרופות אחרים.

כאמור, יכולת השקילה הטובה יותר והיכולת לפעול על סמך תוצאות השקילה הן אמות המידה להטלת האחריות לפי מבחן השוקל הטוב. לעתים לצד הראשון תהיה עדיפות באשר ליכולת השקילה על פני הצד האחר, ולצד האחר תהיה עדיפות באשר ליכולת לפעול על סמך תוצאות השקילה. במקרים אלו יש לשקלל את יכולת השקילה והיכולת לפעול על פי תוצאותיה ולקבוע מי מבין שני הצדדים הוא בסופו של דבר השוקל הטוב יותר. במקרה הקיצוני, שבו לצד הראשון יכולת שקילה טובה אך מסקנתו ההכרחית תהיה שהצד האחר, ורק הוא, יכול לפעול למניעת נזקים אלא שאין לו דרך לגרום לצד האחר לעשות כן, הטלת אחריות על הצד הראשון לא תועיל.³⁵ לעומת זאת הטלת אחריות על הצד האחר עשויה אולי להועיל, שכן על אף יכולתו המוגבלת לשקול איום האחריות הנזיקית עשוי אולי לתמרץ אותו לפעולה.

מבחן השוקל הטוב מקדם יעילות כלכלית למרות בעיות המידע שתוארו בשני הסעיפים הקודמים. ראשית, בבחירת השוקל הטוב תובא בחשבון האפשרות שהורדת רמת הפעילות של המזיק או הניזוק תפחית את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן. לפיכך אין מניעה שהשוקל הטוב יוגדר ככזה אף אם אין ביכולתו לנקוט אמצעי זהירות יעילים (להבדיל

35 למשל, היצרן יודע שבמקרה נתון הדרך היחידה להקטין את הנזקים היא על ידי הצרכן, אך אין לו כל דרך לגרום לצרכן לנהוג כך, מעבר למה שכבר עשה.

משינוי רמת פעילות). שנית, הבחירה בשוקל הטוב תושפע מפערי המידע שבין הצדדים, שהרי אך טבעי שבעל המידע הרב יותר יהיה לעיתים קרובות בעל יכולת שקילה טובה מזו של האחר, גם אם האחר הוא מונע-הנזק הזול יותר. אף החשש שאחד מן הצדדים יהיה חשוף לכשלים קוגניטיביים יותר מהאחר ועלול אפוא לנהוג בחוסר רציונליות, עשוי להשפיע על הגדרת השוקל הטוב. שלישית, גם אם השוקל הטוב יחליט שלא לעשות דבר כי הגיע למסקנה שכך יעיל, יהיה לו תמריץ לפתח דרכי מניעה עתידיות, והוא עשוי למשל להשקיע במחקר ופיתוח. על כן בבחירת השוקל הטוב יובא בחשבון מי שיכול לפתח דרכי מניעה בעתיד ולא רק מי שיש לו דרכי מניעה בהווה. רביעית, הצד שפעילותו מאורגנת ויכול אפוא לבטח מפני נזקיה באופן שפרמיות הביטוח שלו יושפעו מאמצעי הזהירות שינקוט או מהורדת רמת פעילותו, יוגדר לעתים קרובות כשוקל טוב יותר בשל כך בלבד. מן המקובץ עולה שמבחן השוקל הטוב בוחן בכל קבוצת מקרים כיצד תושג במסגרת ההפחתה המרבית של סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן מבלי להיות מחויב לכללים המסורתיים של אחריות מוגברת, של היעדר אחריות או של רשלנות. כל אחד מן הכללים המסורתיים לוקה באי-יעילות במצבים מסוימים. מבחן השוקל הטוב מבקש להימנע מאי-יעילות זו ובוחן ישירות, בקטגוריות של מקרים, מי מן הצדדים יבצע טוב יותר, על סמך תכונותיו, את התפקיד של הקטנת עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ומשית עליו את נטל הנשיאה בנזק.

מבחן השוקל הטוב לא אומץ בפסיקה במפורש. עם זאת אפשר להסביר באמצעותו דוקטרינות משפטיות שונות כמו גם הסדרים חקיקתיים. החקיקה הקיימת במדינות שונות, ובכלל זה בישראל, המסדירה את אחריותם של יצרנים בגין תאונות ממוצרים פגומים עשויה להיות מוצדקת על פי מבחן השוקל הטוב. היעדר חובת זהירות במצבים מסוימים עשוי גם הוא להיות מוצדק על פי מבחן השוקל הטוב.³⁶

12. אמצעי זהירות בלתי תלויים ורציפים

משטר משפטי של אחריות מוגברת עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה, משטר משפטי של רשלנות עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה ואף מבחן השוקל הטוב מניחים כולם שיש לבחור בצד אחד בלבד – מזיק או ניזוק – ועליו להטיל את מלוא האחריות לנזק כדי לתמרץ אותו לפעולה. אלא שבמקרים רבים הפתרון האופטימלי הוא לספק תמריצי התנהגות לשני הצדדים בעת ובעונה אחת. הטעם לכך הוא שלא אחת אמצעי הזהירות של המזיק ושל הניזוק אינם חלופיים. בדרך כלל הן המזיק והן הניזוק יכולים להשפיע על סיכון גרם

36 להלן תת-פרק ב.6.ג.

הנזקים, ואף יעיל ששניהם יפעלו לשם כך בעת ובעונה אחת.³⁷ למשל, נראה שיש לחתור לכך שהן הנוהגים ברכב והן הולכי הרגל ינקטו אמצעי זהירות ויפחיתו את סיכוני הנזק. בדומה, טוב שהיצרן ינקוט אמצעים להפחית את סיכוני המוצר, אך טוב גם שהצרכן ינקוט אמצעי זהירות מצדו.

ההשוואה בין כלל של רשלנות לכלל של אחריות מוגברת הניחה שאמצעי הזהירות הם בינאריים: הבחירה היא בין נקיטת אמצעי זהירות מסוים לבין אי-נקיטתו. בפועל במקרים רבים אמצעי הזהירות הם רציפים (או לפחות קיימות כמה רמות אפשריות של זהירות) במובן זה שכל שקל המושקע במניעה מפחית את הנזק, והשקעה במניעה מוצדקת עד לנקודה שבה השקל הבא שיושקע במניעה יפחית את הנזק בשקל. למשל, נוהג ברכב מפחית ברגיל את תוחלת הנזק של נהיגתו באופן רציף: ככל שיפחית ממהירותו, כך תקטן תוחלת הנזק.

איזה משטר משפטי יספק תמריצי התנהגות יעילים למזיק ולניזוק במקרים שבהם שני הצדדים יכולים לפעול להקטנת הנזק, וכאשר אמצעי הזהירות שלהם הם בלתי תלויים ורציפים? נניח שקיים משטר משפטי שלפיו במקרה של נזק כל צד נושא במחציתו. במשטר משפטי כזה תמריצי הצדדים לא יהיו יעילים. במשטר כזה כל צד המשקיע במניעת נזקים מפיק מכך תועלת שהיא מחצית התועלת של השקעתו. כך, אם המזיק יכול למנוע נזק של שקל וחצי בהשקעה של שקל, הוא לא יעשה כן, שכן השקעה כזו תפחית את אחריותו בשיעור של 75 אגורות בלבד. שיקול דומה יפעל על הניזוק, ולכן שני הצדדים לא ישקיעו השקעה יעילה במניעת נזקים.

דרך אפשרית לפתור את בעיית תמריצי הצדדים במצבים אלו היא הטלת מס פיגוביאני. מס פיגוביאני, הקרוי על שם הכלכלן פיגו,³⁸ מושת על כל מי שפעילותו גורמת לנזקים, ואחת היא אם מזיק הוא או ניזוק, וכולל את מלוא נזקי הפעילות. תוצאה זו תושג אם במקום לפצות את הניזוק ישלם המזיק למדינה את דמי הנזק שגרם כמס שייגבה ממנו. במצב כזה הן המזיק והן הניזוק ישקיעו השקעה יעילה במניעת נזקים, שכן כל אחד מהם יזכה במלוא התועלת של השקעתו. המזיק ישקיע עתה שקל במניעת נזק של שקל וחצי, שכן הוא ייחנה באופן מלא מהקטנת הנזקים שלה יגרום. מערכת תמריצים זהה תפעל אף על הניזוק.³⁹

ROBERT COOTER, THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS 341-342 (5th ed., 2008); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 182-189 (2004); RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 172-177 (2003).
ARTHUR C. PIGOU, THE ECONOMICS OF WELFARE (4th ed., 1932) 38
Robert Cooter, *Unity in Tort, Contract, and Property: double liability* - זהו רעיון ה-*The Model of Precaution*, 73 CAL. L. REV. 1 (1985) 39

בעולם המציאות אין מוטל מס פיגוביאני. מהו אפוא המשטר המשפטי אשר יספק תמריצי התנהגות אופטימליים כאשר שני הצדדים יכולים לפעול למניעת נזקים בעת ובעונה אחת? מתברר שכלל של רשלנות – עם או בלי הגנת אשם תורם (כהגנה מלאה או חלקית⁴⁰) – וכלל של אחריות מוגברת עם הגנת אשם תורם עשויים לספק תמריצי התנהגות יעילים לשני הצדדים לחוזה, לפחות ככל שמדובר בנקיטת אמצעי זהירות (להבדיל מהורדת רמת פעילות), ובהנחה שאין בעיות מידע לצדדים או לבית המשפט.⁴¹ כך כאשר חל כלל של רשלנות בלי הגנת אשם תורם תמריצו של המזיק להיזהר הם יעילים: בהנחה שהניזוק אינו מתרשל, יישא המזיק במלוא הנזקים שהיה יכול למנוע בעלות הנמוכה מגובה תוחלתם. בשל כך יהיה למזיק תמריץ להשקיע במניעת נזקים עד לנקודה שבה השקל הנוסף שישקיע יפחית את הנזקים בשקל אחד. אשר לניזוק, תמריצו לפעול למניעת הנזק יהיו יעילים, מכיוון שהוא ידע שכאשר התנהגותו של המזיק יעילה הוא יישא בכל הנזקים שייגרמו לו על ידי המזיק שלא ברשלנות. נשיאה שיוויונית זו בנוזקים תגרום לו להשקיע במניעתם עד לנקודה שבה השקל הנוסף שישקיע יפחית נזקים אלו בשקל. כך, שני הצדדים יפעלו ביעילות להפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן.⁴²

13. מהלכה למעשה: האם דיני הנזיקין מרתיעים?

האם דיני הנזיקין ממלאים את תפקידם ההרתעתי? יש המטילים ספק בכך, מכמה סיבות: ראשית, השגת הרתעה באמצעות דיני הנזיקין מותנית בהיותם של מזיקים וניזוקים בכוח מסוגלים להעריך את עלויות התאונות ועלויות מניעתן ולפעול על סמך הערכה זו. לשם כך הם נזקקים למידע, אך בפועל לא תמיד המידע נגיש להם. במקרים אחרים, אפילו אם יש בידיהם מידע כזה, התנהגותיהם אינן בהכרח רציונליות (ראו לעיל פרק ב של הספר), ולפיכך אין ודאות שיפעלו כנדרש לשם קידומה של ההרתעה האופטימלית. שנית, כדי להפעיל את דיני הנזיקין באופן שישגו הרתעה, צריך שלבתי משפט יהיה המידע הנדרש כדי לקבוע מי מן הצדדים יישא בנזק ומה גודל הנזק שנגרם במקרה הקונקרטי. אף מידע זה אינו ניתן תמיד להשגה.⁴³ שלישיית, בעולם המודרני יותר ויותר פעילויות מבוססות. במקרים אלו הצדדים אינם עומדים ממילא לשאת בנזק, ועל כן הם נעדרים תמריצים למנועו

40 לטיעון בעד עדיפות להגנת אשם תורם מלאה במקום זו החלקית הנוהגת במרבית המדינות ראו Oren Bar-Gill, Omri Ben Shahr, *The Uneasy Case for Comparative Negligence*, 5 AM. L. ECON. REV. 433 (2003).

41 COOTER & ULEN, לעיל הערה 37, בעמ' 342-347; SHAVELL, לעיל הערה 37, בעמ' 182-189.

42 COOTER & ULEN, לעיל הערה 37, בעמ' 342-344; SHAVELL, לעיל הערה 37, בעמ' 185-186.

43 ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב 421, 485-446 (תשנ"ג); STEPHEN D. SUGARMAN, DOING AWAY WITH PERSONAL INJURY LAW 7-8 (1989).

או להקטינו.⁴⁴ רביעית, כדי להשיג הרתעה צריך שניזוקים יגישו תביעות נגד מזיקים כאשר אלו האחרונים אחראים לנזק, וכי המזיקים אכן יהיו מסוגלים לשאת בנזק. בפועל ניזוקים רבים אינם תובעים הן בגלל עלויות ההתדיינות אשר הופכות תביעות רבות לבלתי כדאיות לניזוק, הן משום שניזוקים אינם תמיד יודעים שניזוקו, והן משום שלעתים הנזקים אינם נגרמים לניזוק ספציפי אלא לחברה בכללותה (כגון נזקים לסביבה). במקרים אחרים, במיוחד כאשר הנזק הצפוי גבוה במיוחד, המזיקים אינם מסוגלים לשאת במלוא הנזק שגרמו בשל מיעוט המשאבים העומדים לרשותם, ועקב כך הרתעתם נמצאת נפגעת.

אף על פי שבמקרים רבים סיבות אלו אינן חסרות בסיס, אין בכוחן לשלול את כוחם ההרתעתי של דיני הנזיקין. עם זאת הן עשויות ללמד שבמקרים מסוימים המטרה ההרתעית קשה להשגה, וכי נדרשים אמצעי הרתעה נוספים שיפעלו בצד דיני הנזיקין, ולעתים אף במקומם.

שתי הסיבות הראשונות עוסקות בבעיות מידע, לצדדים ולבתי המשפט, וכן בהנחת הרציונליות של הצדדים. הסיבה השלישית עוסקת בביטוח. כפי שהוסבר בסעיפים הקודמים של חלק זה, במקרים רבים למזיקים ולניזוקים יש מידע הן בשל היותם מתוחכמים והן בשל קיומו של ביטוח. קיומו של ביטוח אינו פוגע בהכרח בהרתעה, ובמקרים רבים מחזק אותה. אמת, המידע של הצדדים באשר לעלויות התאונות ועלויות מניעתן בדרך כלל אינו מלא, אך גם בהיעדר מידע מלא, ואפילו אם הצדדים אינם פועלים תמיד באופן רציונלי – לדיני הנזיקין תהיה השפעה על התנהגויותיהם. מאחר שכך, רצוי שהכללים הנזיקיים יביאו השפעה זו בחשבון וישאפו לקדם את ההרתעה בצורה הטובה ביותר האפשרית, בהתחשב בבעיות המידע – לצדדים ולבית המשפט – וכן בהתחשב בחשש להתנהגויות לא רציונליות. כפי שראינו, מבחן השוקל הטוב עושה זאת באופן מפורש וישיר, כאשר הטלת האחריות על פיו נעשית בין היתר תוך התחשבות בבעיות המידע של הצדדים ואף בכשלים הקוגניטיביים שלהם וכן במגבלות המוטלות על בתי המשפט.

גם בבעיות האכיפה – הסיבה הרביעית – אין כדי לשכנע שאין בכוחם של דיני הנזיקין להשיג הרתעה. במשפט קיימים כלים שונים שבכוחם לצמצם את הרתעת-החסר הנובעת מתת-האכיפה של דיני הנזיקין. בראש ובראשונה בצד דיני הנזיקין פועלים לא אחת דינים אחרים לשם הרתעה מגרם תאונות – המשפט הפלילי והסדרים חקיקתיים אחרים – אשר עשויים להשלים את שדיני הנזיקין מתקשים להשיג. במקרים מסוימים תובענות ייצוגיות ומנגנונים אחרים המאפשרים איחוד תביעות עשויים להפחית את עלויות ההתדיינות ולעודד הגשת תביעות על ידי תובעים אשר לולא כן לא היו עושים זאת. לבסוף, בשיטות משפט שונות, בעיקר בארצות הברית, יש סמכות למושבעים או לבתי המשפט לפסוק פיצויים

44 גלעד, לעיל הערה 43, בעמ' 485-491; SUGARMAN, לעיל הערה 43, בעמ' 12-18.

עונשיים, ובכך להפחית את הרתעת-החסר. אף בישראל יש לבתי המשפט באופן עקרוני סמכות כזו אלא שהיא כמעט אינה מופעלת. בתחומים רבים דיני הנזיקין הם כלי ההרתעה העיקרי, כמעט היחיד, מפני תאונות. המשפט הפלילי אינו רלוונטי בחלק ניכר מן המקרים, ועל כן אינו משמש בהם כלי הרתעה אפקטיבי. תאונות רפואיות, תאונות ממוצרים פגומים, תאונות עבודה ותאונות דרכים רבות הן דוגמאות אחדות לכך. דיני הנזיקין מרתיעים אפוא אף אם אינם עושים זאת באופן מושלם.

14. הערה על פיזור נזק ועלויות מנהליות

קלברזי טען בספרו THE COSTS OF ACCIDENTS כי נוסף על המטרה של הקטנת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן על דיני הנזיקין לחתור להשגתן של שתי מטרות משנה: פיזור הנזק והפחתת העלויות המנהליות הכרוכות בהפעלתם של דיני הנזיקין.⁴⁵ הרעיון העומד מאחורי פיזור הנזק הוא שמוטב שאותם נזקים שנגרמים בתאונות יינשאו על כתפיים רבות ולא על כתפיו של המזיק או הניזוק הבודד. למשל, מוטב שנזק של מיליון שקלים ייפול על מיליון בני אדם – שקל על כל אדם – ולא על אדם אחד, בהנחה שאין הבדל רלוונטי בין בני האדם השונים (כגון שהאדם האחד הוא עשיר מאוד ואילו המיליון האחרים הם עניים מרודים). אפשר להסביר את רעיון פיזור הנזק באמצעות רעיון התועלת השולית הפוחתת בכסף: לשקל האחרון של אדם יש ערך נמוך מזה של השקל האחד לפני האחרון, ונמוך עוד יותר מהשקל המיליון שלפני האחרון. לכן אבדן התועלת למיליון בני אדם, שמכל אחד מהם ניטל שקל אחד, קטן לאין שיעור מאבדן התועלת לאדם אחד שניטלו ממנו מיליון שקלים (שוב, בהנחה שאין הבדלים רלוונטיים בין בני האדם) (ראו הגרף המתאר את תורת תוחלת התועלת לעיל בפרק ב של הספר). רעיון התועלת השולית הפוחתת בכסף מזוהה עם התופעה המכונה שנאת סיכון: עקב התועלת השולית הפוחתת בכסף יעדיפו בני אדם רבים – שונאי סיכון – לשלם 1000 שקלים ואף יותר (כפרמיית ביטוח, למשל) כדי להתגונן מפני סיכון של 1/1000 להפסיד מיליון שקלים; את אלף השקלים הם משלמים בשקלים האחרונים שלהם, ואילו מיליון השקלים שהם עלולים להפסיד יכללו אף את השקלים הראשונים שלהם. מי שאדיש בין האפשרות הראשונה לבין האחרונה הוא ניטרלי באשר לסיכון, ומי שמעדיף דווקא את האפשרות השנייה – הוא אוהב סיכון. פיזור נזק יכול להיעשות בדרך של רכישת פוליסת ביטוח או בדרך של פיזור עצמי. חברת הביטוח היא המנגנון אשר מאפשר את פיזור הנזק על בני אדם רבים. למשל, כל נוהג ברכב הרוכש פוליסת ביטוח נושא בפרמיית ביטוח, ובתמורה מוכטח לו שאם ייפגע או יפגע

45 CALABRESI, לעיל הערה 5, בעמ' 39-67, 226, 258-295.

באחרים, חברת הביטוח, ובעקיפין כל ציבור הנוהגים ברכב הרוכשים ביטוח אצל חברת הביטוח, יישאו בנזקיו. לעומת זאת פיזור עצמי מתקיים כאשר פירמה אשר עלולה לגרום לנזקים שיהיה עליה לשאת בהם, במקום לרכוש ביטוח מפזרת את עלות הנזק בין ציבור הלקוחות שלה דרך מחיר המוצר או השירות שהיא מוכרת.

דיני הנזיקין עשויים לקדם את המטרה של פיזור הנזק. כך, עשויה למשל להישאל השאלה אם להטיל אחריות על המעביד לנזקיו של עובדיו הנפגעים במקום העבודה. טיעון אפשרי בעד הטלת אחריות כזו הוא שהיא תעודד את המעביד לרכוש ביטוח צד ג או לפזר את הנזק באופן עצמי על לקוחותיו דרך מחיר המוצר או השירות. אמנם גם העובדים יכולים לכאורה לרכוש ביטוח אם הנזקים ייוותרו על כתפיהם, אלא שיש להניח שאם כל עובד ירכוש ביטוח לעצמו, יהיה הביטוח יקר יותר מאשר אם הדבר ייעשה במרוכז על ידי המעביד. בנוסף, למעביד יש מידע רב מזה של העובדים על גורמי הנזק ותוחלת הנזק, ואף בכך יש כדי להזיל את רכישת הביטוח בשבילו. לבסוף עובדים רבים עלולים להימנע מלרכוש ביטוח אם הנזקים ייוותרו על כתפיהם לא רק בשל היעדר מידע אלא אף בשל כשלים קוגניטיביים או משום שיחשבו שאם ייפגעו תישא החברה (דרך תשלומי סעד למשל) בנזקיהם. המעביד ממילא אינו שוקל שיקולים כאלה, וברור למדי שירכוש ביטוח. מכל הטעמים האלה המעביד הוא מפזר נזק טוב מן העובד.

פעמים רבות תהיה חפיפה בין השוקל הטוב למפזר הנזק הטוב, שכן פרמטרים דומים מגדירים הן את זה והן את זה. אך לעתים יכול שהשוקל הטוב פחות הוא מפזר הנזק הטוב יותר ולהפך, ואז על שיטת המשפט יהיה לבחור בין קידום הרתעה על חשבון פיזור נזק או קידום פיזור נזק על חשבון הרתעה.

גם לשיקולים של עלויות מנהליות יש מקום בדיני הנזיקין. לעתים כלל משפטי אחד עשוי להיות קל יותר ליישום מכלל משפטי אחר. למשל, אחת ההצדקות האפשריות למשטר משפטי של אחריות מוגברת על פני משטר משפטי של רשלנות הוא שהראשון זול יותר להפעלה: הוא מיתר את הצורך לנהל משפטים ארוכים באשר לשאלה אם הנזק נגרם עקב התרשלותו של המזיק. זו כנראה אחת הסיבות שבגינן עבר המחוקק הישראלי בשנת 1975 בתחום נזקי הגוף הנגרמים בתאונות דרכים ממשטר משפטי של רשלנות למשטר משפטי של אחריות ללא אשם.⁴⁶ שיקולים מנהליים משמשים לעתים אף בתחום דיני הרשלנות, ועשויים במקרים מסוימים לפעול נגד הכרה בקיומה של חובת זהירות. למשל, החשש

46 חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. אחריות ללא אשם מיתרת את הצורך להיזקק לאשם בכלל, הן של המזיק והן של הניזוק. לעומת זאת אחריות מוגברת היא אחריות שאינה תלויה באשמו של המזיק אך עשויה להיות תלויה באשמו של הניזוק. למשל, אשמו של הניזוק עשוי להוות עילה להפחתת שיעור הפיצויים שבו יזכה הניזוק עקב אשמו התורם אף במשטר משפטי של אחריות מוגברת.

להטיל אחריות רחבה בגין נזקים לא ממוניים שנגרמו ברשלנות מנומק לא אחת בחשש שאחריות כזו כרוכה בעלויות מנהליות רבות עקב האופי הסובייקטיבי של הנזקים הלא ממוניים, דבר שעלול אף לגרום שתוגשנה תביעות סרק, ומזיקים ישלמו פיצוי-יתר.⁴⁷

חלק ב: רשלנות

1. נוסחת לרנד הנד

דיני הרשלנות מתמרצים את המזיק לנקוט אמצעי זהירות כאשר עלותם קטנה מתוחלת הנזק שיוצרת התנהגותו של המזיק. נוסחת לרנד הנד – נוסחת הרשלנות הכלכלית – מבטאת רעיון זה בדרך אלגברית. על פי נוסחה זו, אם $B < PL$, יוגדר המזיק שלא נקט אמצעי הזהירות כרשלן, אך אם $B > PL$ הוא לא יוגדר כרשלן; B היא עלות אמצעי הזהירות (או עלויות המניעה), P היא ההסתברות שייגרם נזק, ו- L היא הנזק שעלול להיגרם – כל זאת מנקודת מבט של "לפני מעשה".⁴⁸ המזיק הרציונלי ובעל המידע יעדיף להשקיע B כאשר $B < PL$, שכן הוא יודע שאם לא יעשה כן יישא בסיכון אחריות שתוחלתה PL , וסיכון זה כאמור גדול מ- B . בדומה, המזיק הרציונלי ובעל המידע יעדיף לא להשקיע B כאשר $B > PL$, שכן הוא יודע שאם לא יעשה כן לא יוגדר כרשלן ולא יישא באחריות כלשהי. כך נוסחת לרנד הנד מגדירה את סטנדרט הזהירות שבו על המזיק לעמוד כדי שלא להיחשב רשלן.⁴⁹ הנוסחה מופעלת בדרך כלל לפי ערכים אובייקטיביים מבלי להתחשב ביכולותיו ובתכונותיו

47 להלן תת-פרק ב.6.

48 *U.S. v. Carroll Towing Co.*, לעיל הערה 14.

49 אהוד גוטל הצביע על התנהגויות אופורטוניסטיות של ניזוקים אשר עלולות לאלץ מזיקים לנקוט אמצעי זהירות, כמתחייב מנוסחת לרנד הנד, אף כאשר אין הדבר יעיל. למשל, ניזוק עלול להגדיל באופן אסטרטגי את פוטנציאל הנזק שלו כדי שיעבור את B , ויחייב בדרך זו את המזיק להוציא עלויות מניעה שלולא כן לא היה חייב להוציאן. Ehud Guttel, *The (Hidden) Risk of Opportunistic Precautions*, 93 VA. L. REV. 1389 (2007). במאמר אחר, עסקו דיוד גילה, אהוד גוטל ויובל ארו בקשר שבין רמת פעילותם של ניזוקים לבין אמצעי הזהירות שבהם מחויב המזיק. במאמר זה הם מראים שעלולים להיווצר מצבים שבהם רמת הפעילות של הניזוקים נמוכה מדי עקב בעיה של "פעולה משותפת": אילו יכלו הניזוקים לשתף פעולה ביניהם, היו מגבירים את רמת הפעילות שלהם, מביאים לידי הטלת חובה על המזיק לפעול למניעת הנזק, ובכך הייתה מושגת, במקרים מסוימים, תוצאה יעילה יותר. David Gilo, Ehud Guttel & Erez Yuval, *Negligence, Strict Liability and Collective Action*, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1652906).

המיוחדות של המזיק — יכולות ותכונות אשר עשויות לכאורה להשפיע על עלויות המניעה שלו — זאת כדי לחסוך עלויות מנהליות.⁵⁰

המכפלה PL היא תוחלת הנזק או הסיכון שיוצרת פעילותו של המזיק. ברגיל התנהגותו של המזיק עלולה לגרום לנזקים שונים שהסתברויותיהם שונות. תוחלת הנזק היא סך המכפלות של הנזקים השונים שעלולים להיגרם בהסתברות גרימתם. למשל, אי-גידור מכונה על ידי מעביד עלול לגרום פגיעת גוף חמורה ואולי אף מוות למי מן העובדים, אך עלול גם לגרום נזקי רכוש, קלים או כבדים. תוחלת הנזק של אי-גידור המכונה תכלול אפוא את סך המכפלות של כל הנזקים האפשריים עקב אי-הגידור בהסתברות התרחשותם. נוסחת לרנד הנד עשויה ליצור את הרושם שאמצעי הזהירות הם בינאריים: או שהמזיק נוקט אמצעי זהירות מסוים או שאינו נוקטו. במציאות אין הכרח שכך יהיה. אמנם לעתים אמצעי הזהירות הם בינאריים: רכישת בלמים חדשים לרכב או גידור המכונה המוסכנת במפעל הם דוגמות אפשריות לאמצעי זהירות בינאריים. אולם לעתים קרובות אמצעי הזהירות הם רציפים (או שיש כמה רמות זהירות אפשרויות), שאז מדויק יותר להגדיר את סטנדרט הזהירות שבו נדרש המזיק לעמוד במונחים שוליים.⁵¹ לפיכך לפי ההגדרה השולית, כדי שהמזיק לא ייחשב לרשלן עליו לנקוט אמצעי זהירות עד לנקודה שבה התוספת השולית לעלות אמצעי הזהירות שווה להפחתה השולית בתוחלת הנזק שתנבע מתוספת זו. כך אם המזיק היה יכול להשקיע 99 אגורות כדי להפחית את תוחלת הנזק בשקל אחד ולא עשה כן, הוא יוגדר כרשלן, אך אם היה עליו להשקיע שקל או יותר כדי להפחית את תוחלת הנזק בשקל, הוא לא יוגדר כרשלן. אמצעי זהירות רציפים הם נפוצים. הנוהג ברכב יכול להפחית את מהירות נסיעתו באופן רציף אם כל הפחתה במהירות הנסיעה תפחית במידת מה את תוחלת הנזק ממנה. בדומה, המעביד המשקיע בבטיחות עובדיו יכול לעתים לרכוש אביזרי בטיחות במחירים שונים ובאיכויות שונות, ואף אז תהיה רציפות, ולו גם חלקית, של אמצעי הזהירות שלו.

נוסחת לרנד הנד היא דרך להביע את רעיון הרשלנות ולא נוסחה מתמטית אשר על השופט המיישם אותה להציב בה מספרים.⁵² הרעיון האינטואיטיבי הפשוט של הנוסחה הוא שהשאלה אם המזיק היה רשלן תלויה בסיכון שיצר ובנטל שכרוך במניעתו או בהפחתתו. אם הסיכון היה רב והנטל במניעתו היה קל, הרי שהמזיק התרשל, ואם הסיכון היה קטן והנטל במניעתו היה רב, הרי שהמזיק לא התרשל. נוסחה זו משקפת אפוא את הצורך להשוות סיכון לנטל כדי להסיק אם המזיק התרשל אם לאו. היא מספקת מסגרת

50 Posner, לעיל הערה 37, בעמ' 171.

51 Cooter & Ulen, לעיל הערה 37, בעמ' 349-353.

52 Shavell, לעיל הערה 37, בעמ' 190-191.

חשיבתית בלבד, והשופט הוא שממלא אותה בתוכן בכך שהוא נותן ערכים לאמצעי הזהירות מצד אחד ולתוחלת הנזק מצד אחר. נוסחה זו משקפת רעיון נוסף: ראוי ואפשר להשוות בין ערכים חומרניים, כגון כסף, לבין ערכים של הגנה על הבריאות והחיים. הרעיון שכל דבר ניתן להשוואה לכל דבר אחר (commensurability) הוא מוטיב חוזר בניתוח הכלכלי של המשפט בכלל ושל דיני הרשלנות בפרט.⁵³

לעתים קרובות אמצעי הזהירות ניתנים להמרה מידית לכסף: בלמים חדשים עולים סכום כסף מוגדר, וכך גם שלטים שאפשר להציב ליד ברכת שחייה לשם אזהרת המתרחצים מפני הסכנה בקפיצה למים רדודים.⁵⁴ אך לא תמיד הדבר אפשרי. במקרה שבו נהג פגע בהולך רגל משום שנסע מהר, בית המשפט המחיל על המקרה את נוסחת לרנד הנד יצטרך לתת את דעתו על העלות הכרוכה בכזבוז הזמן עקב נסיעה אטית. כאשר מדובר בתוחלת הנזק, המרתה לערכים כספיים בעייתית הרבה יותר, שכן מדובר בסיכונים לגוף ולבריאות. אמנם כלכלנים הציעו דרכים שונות ליתן ערכים כספיים אף לסיכונים כאלה,⁵⁵ אך בתי המשפט בדרך כלל אינם מציבים אותם בנוסחת לרנד הנד.

קיימים מקרים רבים שבהם תאונה נגרמת מחוסר תשומת לב רגעי של המזיק. במקרים אלו יישום פשוט של נוסחת לרנד הנד יביא תמיד למסקנה שהמזיק התרשל, שכן היה אפשר לכאורה למנוע את חוסר תשומת הלב הרגעי בעלות אפסית. לפיכך נוהג ברכב שהסיט את עיניו מן הכביש, או לא היה מרוכז בנהיגה ולו לשבריר שנייה, ייחשב לרשלן ויימצא אחראי לנזק. אך למעשה שאלת רשלנותו של הנוהג אינה נקיייה מספקות. אפשר לטעון שבפעילויות שבהן כמעט אי אפשר להימנע מחוסר תשומת לב רגעי מדי פעם, יש לבחון את תדירותו של חוסר תשומת הלב, ורק אם תדירות זו עוברת סף מסוים, לקבוע שהייתה התרשלות. למשל, אם נוהג ברכב מאבד ריכוז לשבריר שנייה פעם אחת בלבד בנהיגה בת שעה, אולי לא התרשל; ייתכן שהעלות הכרוכה בהימנעות מוחלטת מאיבוד ריכוז היא כה גבוהה עד שיש לומר שאיבוד ריכוז חד-פעמי אינו בגדר התרשלות. אך כאמור המשפט הנוהג מגדיר בדרך כלל חוסר תשומת לב רגעי כהתרשלות ואינו מאפשר למזיק להתגונן בטענה שאף על פי שחוסר תשומת הלב גרם לתאונה, באספקלריה רחבה לא היה התרשלות. ספק אם בעיות של הוכחה בלבד משכנעות שלא לאפשר הגנה כזו למזיק, ולו גם במקרים מסוימים.⁵⁶

53 לדיון ברעיון ה-commensurability ולמגבלותיו, ראו Alon Harel & Ariel Porat, *Commensurability and Agency: Two Yet-To-Be-Met Challenges for Law and Economics*, 96 CORNELL L. REV. 749 (2011).

54 ראו למקרה כזה ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) (1982).
55 להלן תת פרק ד.3.ב.

56 Robert Cooter & Ariel Porat, "Liability for Lapses: First or Second Order Negligence?" 56 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279705).

הרעיון הגלום בנוסחת לרנד הנד נקלט בפסיקה הישראלית. במקרים רבים צוטטה נוסחה זו בשמה בפסיקתו של בית המשפט העליון,⁵⁷ ובמקרים רבים אחרים עשה בית המשפט העליון שימוש בה מבלי לאזכר אותה. פסק דין ועקנין עשוי להמחיש שימוש אופייני של בית המשפט בנוסחת לרנד הנד מבלי לקרוא לה בשמה. באותו מקרה נפגע נער שקפץ לברכת שחייה במים רדודים ונפגע בראשו. אחת השאלות שנדונו בפסק הדין הייתה אם מפעילי הברכה התרשלו באי-הצבתם של שלטי אזהרה באשר לסכנה שיש בקפיצה לברכה במים רדודים. בית המשפט העליון קבע שמפעילי הברכה התרשלו. הטעם לכך הוא שמצד אחד עלות הצבתם של השלטים נמוכה, ומצד אחר הסכנה שבקפיצה לברכה במים רדודים גדולה. בית המשפט ציין כי בעבר קפצו מתרחצים למים, וכי אי-מודעות לסכנה המיוחדת בקפיצה מגדילה את הסיכון ממנה.⁵⁸

2. הרתעת-חסר והרתעת-יתר

הרתעת-חסר והרתעת-יתר עלולות להיווצר הן במצב שבו המזיק פועל באופן רציונלי ומתוך מידע מלא, ובתי המשפט קובעים את סטנדרט הזהירות ופוסקים פיצויים בלא טעויות (להלן מצב של היעדר טעויות), והן במצב שבו המזיק או בתי המשפט עלולים לטעות הן באשר לסטנדרט הזהירות והן באשר לגובה הפיצויים. הרתעת-חסר תיווצר אף אם רבים מן הניזוקים לא יתבעו פיצוי בגין נזקייהם, למשל עקב עלויות התדיינות כבדות. עניין אחרון זה אינו נוגע דווקא לדיני הרשלנות, ולכן לא יידון כאן.

(א) היעדר טעויות

בהיעדר טעויות של המזיק או של בית המשפט כלל משפטי של רשלנות עלול ליצור הרתעת-חסר אך לא הרתעת-יתר. הרתעת חסר תיווצר בראש ובראשונה כאשר הפיצוי לניזוקים אינו מלא. למשל, בתאונת דרכים שבה נפגע הניזוק הישיר נגרמים נזקים רבים, נפשיים ולעתים אף חומריים, לניזוקים משניים, דהיינו לקרובי משפחתו של הניזוק הישיר

57 ראו למשל ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975); ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004); ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102 (1995); דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003); ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004); דנ"א 4693/05 ביי"ח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005); רע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא (פורסם בנבו, 20.5.2010).

58 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, לעיל הערה 54.

אשר חווים את סבלו. קרובי המשפחה, בכפוף לחריגים אחדים, אינם זכאים לפיצוי בגין סבלם, ולכן המזיק אינו נושא בכל הנזק החברתי שגרם בהתנהגותו העוולתית.⁵⁹ לכן תוחלת האחריות שלו אם התרשל נמוכה מתוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית, והרתעתו היא הרתעת-חסר.

החשש להרתעת יתר אינו קיים. גם אם מסיבה כזו או אחרת האחריות המוטלת על המזיק תהיה גבוהה מכפי הנזקים שגרם, כגון שיוטל עליו פיצוי עונשי, הוא לא ינקוט אמצעי זהירות מעבר לרמה האופטימלית. הטעם לכך הוא שהמזיק יעמוד בסטנדרט הזהירות היעיל, ועל כן לא יחויב לשאת באחריות כלשהי. למשל, אם תוחלת הנזק היא 10 אך מוטלת על המזיק אחריות בשיעור כפול מנזקו, הוא לא ינקוט אמצעי זהירות שעלותם גבוהה מ-10, שכן די בכך שינקוט אמצעי זהירות שעלותם לכל היותר 10 כדי שלא ייחשב לרשלן ויימצא פטור מאחריות.

(ב) טעויות של המזיק או של בית המשפט

חששו של המזיק מפני טעויות שלו או של בית המשפט הן באשר לסטנדרט הזהירות הנדרש ממנו והן באשר לשיעור הפיצויים שבהם יחויב, עלול להביא לעתים לידי הרתעת-חסר של המזיק ולעתים לידי הרתעת-יתר שלו.

הרתעת-חסר תיווצר אם המזיק סבור – בין בשל טעות שלו ובין בשל צפייה לטעויות של בית המשפט – שסטנדרט הזהירות שיוחל עליו יהיה נמוך מכפי הסטנדרט היעיל, או כי יחויב בפיצויים נמוכים מכפי הנזקים שיגרם. בנסיבות אלו הוא עלול לנקוט אמצעי זהירות נמוכים מדי.

הרתעת יתר תיווצר אם המזיק סבור – בין בשל טעות שלו ובין בשל צפייה לטעויות של בית המשפט – שסטנדרט הזהירות שיוחל עליו יהיה גבוה מכפי הסטנדרט היעיל, ואף שיחויב בפיצויים גבוהים מכפי הנזקים שיגרם.⁶⁰ למשל, אם תוחלת הנזק היא 10 אך המזיק סבור שתוחלת הנזק שתיוחס להתנהגותו היא 15, ואף כי תוטל עליו אחריות שתוחלתה 15, הוא ינקוט אמצעי זהירות שעלותם עלולה להגיע עד ל-15.⁶¹

59 למגבלות על פסיקת הפיצויים לניזוקים משניים ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397 (1990); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (פורסם בנבו, 5.6.2007); ע"א 9466/05 שוויקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.3.2008).

60 לדיון מפורט בטעויות של המזיק ושל בית המשפט, ראו COOTER & ULEN, לעיל הערה 37, בעמ' 353-393.

61 יש לשים לב שאם הטעות של המזיק, או הטעות שהוא צופה לבית המשפט, מתייחסת רק לסטנדרט הזהירות אך לא בפיצויים, הוא לא ינקוט אמצעי זהירות שעלותם גבוהה מ-10, שכן הוא מבין שלא ישלם פיצויים שתוחלתם גבוהה מ-10. בדומה, אם הטעות מתייחסת רק

בספרות המשפטית-כלכלית הועלתה הטענה שתיווצר תופעה של הרתעת-יתר בכל מקרה שבו המזיק אינו יודע היכן בדיוק ניצב סטנדרט הזהירות או שאינו בטוח שבית המשפט יקבע את סטנדרט הזהירות בנקודה האופטימלית. זאת מכיוון שהמזיק המצוי בקרבת סטנדרט הזהירות יעדיף את הסיכון של נקיטת אמצעי זהירות רבים מדי מאשר את הסיכון של נקיטת אמצעי זהירות מעטים מדי. הטעם הוא שהמזיק יודע שאם ימצא שלא עמד בסטנדרט הזהירות יישא בכל נזק שיגרום, ואילו אם ימצא שעמד בסטנדרט הזהירות לא יישא בנזק כלשהו. תופעה זו של אי-רציפותה של האחריות הנזיקית אופיינית לכלל הרשלנות. היא נובעת מכך שעל פי כלל הרשלנות אם המזיק עמד בסטנדרט הזהירות הוא אינו נושא באחריות כלשהי, ואילו אם לא עמד בסטנדרט הזהירות הוא נושא במלוא האחריות. קיימת אפוא נקודה שבה עובר המזיק ממצב של "הכול" למצב של "לא כלום". תופעה זו אינה קיימת בהתקיים כלל משפטי של אחריות מוגברת, שכן המזיק אחראי לנזקים שגרום, ואין כל נקודה שבה ימצא פטור מאחריות אף על פי שגרום לנזקים. אחריותו אפוא רציפה.⁶²

הדוגמה הבאה תסייע בהמחשת הטיעון. נניח שהמזיק צופה שתוחלת הנזק הכוללת של התנהגותו היא 20, ובכוחו להפחית אותה ב-10, בעלות של 9. כל השקעה נוספת באמצעי זהירות תהיה לא יעילה, שכן היא תביא לידי הפחתה של תוחלת הנזק בשיעור קטן מן ההשקעה באמצעי הזהירות. לכאורה בנסיבות אלו היה המזיק אמור להשקיע 9 ולא יותר. אלא שהמזיק יודע שאם בית המשפט יקבע, ולו גם בטעות, שהיה עליו להשקיע 10 או אולי אף 11, בהשקעה של 9 לא יהיה די כדי לשחרר אותו מאחריות נזיקית. לפיכך המזיק עלול להשקיע 11 אפילו אם תוחלת הנזק תפחת עקב כך בפחות מ-11, רק כדי שלא ימצא עצמו אחראי בסופו של דבר לנזקים שתוחלתם 10, דבר שהיה עלול לקרות אילו הסתפק בהשקעה של 9 בלבד.

כנגד טיעון זה הובא בספרות המשפטית-כלכלית הטיעון שלפיו תופעת הרתעת-היתר שתוארה לעיל לא תיווצר אם עקרונות הסיבתיות יופעלו על ידי בית המשפט כדבעי.⁶³ למשל, גם אם בית המשפט קובע בטעות, בדוגמה דלעיל, שעל המזיק היה להשקיע 11 ולא

לפיצויים אך לא לסטנדרט הזהירות, המזיק לא ינקוט אמצעי זהירות שעלותם גבוהה מ-10, שכן די בכך שינקוט אמצעי זהירות שעלותם לכל היותר 10 כדי שלא ייחשב לרשלן ויימצא פטור מאחריות.

62 Robert D. Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 S. CAL. L. REV. 79, 80-89 (1982).

63 Mark F. Grady, *A New Positive Economic Theory of Negligence*, 92 YALE L.J. 799, 812-813 (1983); Marcel Kahan, *Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule*, 18 J. LEG. STUD. 427, 427-29 (1989), לעיל הערה 20.

9, לא תוטל על המזיק אחריות לכל הנזקים שייגרמו (שתוחלתם 10) אלא רק לאותם נזקים שהיו נמנעים אילו השקיע המזיק אמצעי זהירות נוספים של 2. אם יודע המזיק שכך יופעלו דיני הסיבתיות הוא אף ידע שאם ישקיע 9, אך בית המשפט יקבע (ולו גם בטעות) שהיה עליו להשקיע 11, הוא יישא באחריות לנזקים שהיו נמנעים אילו השקיע 2 נוספים על ה-9 שהשקיע בפועל. מאחר ש-2 אלו היו מונעים נזקים שתוחלתם קטנה מ-2 (שאלמלא כן השקעת ה-2 הנוספים הייתה יעילה, בניגוד להנחתנו בדוגמה זו), ישקיע המזיק 9 בלבד ויעדיף לשאת בסיכון אחריות נזיקת הקטנה מ-2 במקום להשקיע באמצעי זהירות נוספים שעלותם היא 2.

מאחר שסיכוני טעויות קיימים כמעט תמיד, השאלה אם דיני הרשלנות יוצרים הרתעת-יתר תלויה בשאלה כיצד מופעלים דיני הסיבתיות בפועל. קשה לתת תשובה חד-משמעית לשאלה זו. קיימים מקרים שבהם בשל דינים אלו המזיק נושא רק בנזקים השוליים, דהיינו בנזקים שהיו נמנעים אילו נקט את אמצעי הזהירות הנוספים שאותם היה עליו לנקוט אליבא דבית המשפט. כשכך הם פני הדברים, אין סיבה לחשוב שתיווצר הרתעה לא יעילה. לעומת זאת קיימים מקרים שבהם המזיק יישא ביותר מן הנזקים השוליים, שאז הרתעתו תהיה הרתעת-יתר. לבסוף יהיו מקרים שבהם המזיק יישא בפחות מן הנזקים השוליים, שאז הרתעתו עלולה להיות הרתעת-חסר.⁶⁴

3. עלויות מניעה של צדדים שלישיים ושל הניזוק והסיכון לעיוות תמריצים

המקרה הפשוט ביותר לניתוחו של כלל הרשלנות הוא זה שבו המזיק יוצר סיכון כלפי הניזוק ואחרים, והפחתת הסיכון או הסרתו המלאה אפשרית על ידי נקיטת אמצעי זהירות שבעלויותיהם יישא המזיק. אלא שלעתים הפחתת סיכונים כלפי הניזוק ואחרים תהיה על חשבונם של צדדים שלישיים, או של הניזוק עצמו, וכדי שסטנדרט הזהירות שייקבע יהיה יעיל על בית המשפט להביא בחשבון אף את העלויות לצדדים אלו.⁶⁵ למשל, רשויות ציבוריות הגורמות נזק לאדם אחד היו יכולות במקרים מסוימים למנעו לו יצרו סיכונים כלפי בני אדם אחרים. עלויות המניעה אינן אפוא רק העלויות שבהן הייתה נושאת הרשות הציבורית ישירות, אלא אף העלויות שבהן היו נושאים בני האדם האחרים שהיו חשופים לסיכון אילו הופחת הסיכון כלפי הניזוק. למשל, בעניין קיבוץ מלכיה נ' מ.י. עלתה השאלה

64 כך יהיה כאשר בתי המשפט לא יטילו אחריות לעתים תכופות, מכיוון שקיימת הסתברות גבוהה שאמצעי הזהירות הנוספים שהיה על המזיק לנקוט ושלא נקט לא היו מונעים את הנזק. בנסיבות אלו עלול המזיק לנקוט אמצעי זהירות פחותים מהאמצעים האופטימליים.

65 אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275 (2000). לעתים עלול בית המשפט להתקשות בהערכת העלויות לצדדים שלישיים, שכן בדרך כלל אלו אינם מופיעים בפניו.

אם צה"ל התרשל בכך שאגב תחזוקתו של שביל טשטוש לשם איתור מסתננים בגבול הצפון הקים ענני אבק שהזיקו למטעיו של התובע. בית המשפט העליון פסק שצה"ל לא התרשל, בין היתר משום שהפחתת פעילות הטשטוש הייתה פוגעת בבטיחותם של תושבי מדינת ישראל.⁶⁶ אפשר להשקיף במקרה זה על תושבי מדינת ישראל כצדדים שלישיים שיישאו בעלויות המניעה אם יופחת הסיכון למטעיו של התובע. עם זאת אפשר אף לומר שהנתבעת, מדינת ישראל, זהה בהקשר זה לתושבי המדינה, ולפיכך עלויות המניעה של המדינה, הכרוכות בהפחתת פעילות הטשטוש, כוללות את הסיכון המוגבר לביטחונם של תושבי מדינת ישראל. בדומה, בעניין גרובנר נ' עיריית חיפה נקבע כי הרשות המקומית לא התרשלה באי-הצבתם של פקחים בגן ציבורי שהיו מונעים פגיעה של רוכב אופניים בתובעת, שכן יש להביא בחשבון את העובדה שלו היו מוצבים שם פקחים, היה הדבר נעשה על חשבון בטיחותם של תושבים אחרים אשר פקחים אלו היו אחראים לה.⁶⁷ לבסוף, נהג אשר פגע בהולך רגל משום שנסע מהר, וזאת כי נשא ברכבו פצוע שאותו החיש לבית החולים, היה יכול לנסוע לאט יותר ובכך להפחית את הסיכונים להולכי רגל, אך הדבר היה נעשה על חשבונם של הפצוע שברכבו, שהיה עלול להגיע לבית החולים מאוחר מדי, וייתכן שבשל כך לא התרשל.

בכל המקרים הללו בית המשפט נדרש להביא את כל העלויות, הסיכונים והסיכויים בחשבון ולקבוע את סטנדרט הזהירות בהתחשב בכולם. השאלה הקשה יותר היא אם כלל משפטי של רשלנות יתמרץ את המזיק לנקוט אמצעי זהירות יעילים כאשר חלק מאמצעי הזהירות אינם על חשבונם אלא על חשבון צדדים שלישיים. לכאורה המזיק ימהר לסכן את הצדדים השלישיים, דהיינו להחצין להם עלויות – שכן הוא אינו נושא בהן – כדי להפחית את סיכון האחריות שלו כלפי הניזוק. חשש זה הופך ממשי במיוחד כאשר קיימת אי-ודאות אצל המזיק באשר לסטנדרט הזהירות שחל עליו.

נראה שקיימות כמה דרכי פתרון: דרך פתרון אחת היא להטיל על המזיק אחריות מופחתת המשקפת את הסיכון נטו שיצר כלפי החברה. דרך פתרון זו תידון בהרחבה בהמשך.⁶⁸ פתרון אחר הוא לא להטיל על המזיק אחריות כלל במקרים שבהם החצנה של עלויות מניעה לצדדים שלישיים היא סיכון ממשי. אף פתרון זה יידון בהמשך.⁶⁹ פתרון אחר הוא ליצור סימטרייה באחריות המשפטית, דהיינו לאפשר לצדדים השלישיים לתבוע את המזיק אם החצין להם עלויות מניעה באופן בלתי סביר בהתחשב בסיכונים, בסיכויים ובעלויות לכולם. הבעיה היא שבשל בעיות מידע ואכיפה הפתרון הזה אינו תמיד אפשרי.

66 ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004).

67 ע"א גרובנר, לעיל הערה 57.

68 להלן פרק ג.4.

69 להלן תת-פרק ב.6.א.

לעתים הצדדים השלישיים לא יתבעו גם אם יישאו בעלויות, אם משום שהנזק שנגרם להם קשה להוכחה, אם משום שיקשה עליהם להוכיח רשלנות, ואם משום שאף על פי שהנזק הכולל הוא גדול, הנזק לכל אחד מן הפרטים הרבים שסבלו אותו הוא קטן, ואין זה כדאי לכל אחד מהם, מן הבחינה הכלכלית, לתבוע בגינו. בנסיבות אלו עלול המזיק להתפתות ולהחציץ עלויות מניעה לצדדים השלישיים כדי להפחית את סיכוני האחריות המשפטית שלו.

קיימת בעיה דומה כאשר המזיק יכול להחציץ את עלויות המניעה, או את חלקן, לניזוק עצמו. מקרה אופייני הוא זה שבו המזיק צריך לבחור כיצד לנהוג בניזוק: אם ליצור כלפיו סיכון א או סיכון ב. למשל, רופא צריך לא אחת לבחור בין שתי דרכי טיפול אשר בכל אחת מהן סיכונים וסיכויים. סטנדרט הזהירות ייקבע בהתחשב בכל הסיכונים והסיכויים, אלא שאף כאן עלולה להיווצר תופעה דומה לזו שתוארה לעיל, שתגרום לרופא לנקוט "רפואה מגננתית" ולהעדיף את דרך הטיפול המסוכנת פחות לרופא במקום את דרך הטיפול הטובה יותר לחולה. לכן למשל רופא עלול לבחור לעתים קרובות ליילד בלידה קיסרית במקום בלידה טבעית, שכן הוא חושש שאם ישתבש דבר מה בלידה הטבעית קיים סיכוי גבוה שייטבע ברשלנות; אם לעומת זאת יילד בלידה קיסרית, הנזקים שייגרמו ליולדת לא ייתבעו הן בשל קשיי הוכחה והן משום שבחלק ניכר מן המקרים הנזקים יהיו קטנים למדי, ולא יהא ליולדת כדאי, מבחינה כלכלית, לתבוע בגינם. לכן הרופא עלול להתפתות ולהחציץ עלויות מניעה לניזוקה עצמה (ליולדת) ולפעול באופן לא יעיל, דהיינו שלא על פי הסיכויים והסיכונים של היולדת. גם במקרה זה פתרון אפשרי הוא לפטור את הרופא מאחריות או להפחית את אחריותו אם ימצא שהתרושל, עניינים שיידונו בהמשך.⁷⁰

4. סיכוננו העצמי של המזיק

במקרים רבים המזיק יוצר סיכון לא רק כלפי ניזוקים פוטנציאליים אלא גם כלפי עצמו. השאלה היא אם על בית המשפט להביא בחשבון את הסיכון העצמי של המזיק בבואו לקבוע את סטנדרט הזהירות שבו נדרש המזיק לעמוד. במשך שנים רבות היה נהוג להניח כמובן מאליו שהתשובה לשאלה זו היא שלילית, אולי מתוך מחשבה שדי בכך שהמזיק מפנים את נזקיו העצמיים כדי שתמריצי ההתנהגות שלו יהיו יעילים. ייתכן אף שההנחה שאין בית המשפט צריך להביא בחשבון את סיכוננו העצמי של המזיק נבעה מן המחשבה שניזוקיו של המזיק הם ענייניו שלו בלבד, וכי בשל כך הסיכון שהוא יוצר כלפי עצמו אינו צריך להשפיע על התשובה לשאלה אם יצר סיכון בלתי סביר כלפי הזולת. אולם הנחה זו מוטעית. סיכוננו העצמי של המזיק צריך להיות מובא בחשבון מן הטעם שאם לא יובא בחשבון יהיו מצבים שבהם יעדיף המזיק שלא למנוע נזקים אף על פי שהם

70 להלן פרק 4.1, ותת-פרק ב.6.א.

גבוהים מעלות המניעה שלו. נניח שנוהג ברכב פוגע בהולך רגל וכי היה יכול להימנע מן הפגיעה לו נהג לאט יותר. עלות המניעה, שהיא במקרה זה בזבוז זמן, היא 100, ואילו נהג המזיק לאט יותר, היה מפחית את הסיכונים למשתמשים אחרים בדרך ב-75. עוד נניח שהנסיעה האטית הייתה מפחיתה אף את סיכוניו של המזיק להיפגע בתאונה ב-75. ניכר כי מנקודת מבט כלכלית נסיעה אטית הייתה מקטינה את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן: נזקים של 150 היו נמנעים בעלות של 100. אלא שאם בית המשפט אינו מתחשב בסיכון העצמי של המזיק, הוא יקבע שבמקרה הנדון המזיק לא התרשל, שכן $100 > 75$. לפיכך המזיק ידע שאם לא ינקוט את אמצעי הזהירות (נסיעה אטית יותר) הוא לא יישא באחריות כלשהי אלא בנוקו העצמיים שעלותם 75. המזיק יעדיף אפוא לשאת בעלות זו של 75 על פני נקיטת אמצעי זהירות שעלותם 100. תוצאה בלתי יעילה זו תימנע אם המזיק יוגדר על ידי בית המשפט כרשלן, שכן $100 < 150$. אם כך ייעשה, יעדיף המזיק לשאת בעלות מניעה של 100 על פני נשיאה באחריות של 75, ובנוקים עצמיים של 75.

דרך אחרת לניסוח טיעון הסיכון העצמי היא שכאשר מחשבים את עלות המניעה של המזיק יש לחשב את העלות שלו נטו ולא ברוטו. למשל, המזיק בדוגמה דלעיל היה צריך לשאת לכאורה בעלות מניעה של 100 (בזבוז הזמן שהיה נגרם לו בנסיעה אטית), אך בה בעת היה זוכה בטובת הנאה של 75 (שהיא הפחתת הסיכון העצמי שלו). לפיכך עלות המניעה של המזיק נטו היא 25 ולא 100, ומאחר ש- $25 < 75$ עליו להיות מוגדר כרשלן. מבחינה מתמטית אין כמובן הבדל בין דרך ניסוח זו (עלות מניעה נטו) לבין דרך הניסוח הקודמת (הכללת הסיכון העצמי בין יתר הסיכונים). מדובר בלא יותר מ"העברת אגף" בנוסחת לרנד הנד: במקום לכלול את הסיכון העצמי עם הסיכונים, הוא מופחת מעלות המניעה של המזיק.⁷¹ תחולתו של טיעון הסיכון העצמי רחבה למדי. למעשה בכל מקרה שהתנהגות המזיק מסכנת את עצמו, הופך הטיעון לרלוונטי.

71 טיעון הסיכון העצמי הועלה במאמר שכתבתי עם פרופ' רוברט קוטר: Robert Cooter & Ariel Porat, *Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict*, 29 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 19 (2000); אריאל פורת "רשלנות וסיכונים העצמי של המזיק" עיוני משפט כו 321 (2002). הטיעון התקבל לאחרונה על ידי הריסטיטימנט האמריקאי החדש של דיני הנזיקין, והובהר בהערות העורך שבעת קביעת סטנדרט הזהירות יש להביא בחשבון אף את הסיכון העצמי של המזיק: RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIAB. FOR PHYSICAL HARM & EMOTIONAL HARM §3 CMT. A המשפט העליון של ישראל בעניין ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה(5) 826 (2001). באותו מקרה נתבעה חברת אגד על ידי לקוח שלה שנפגע מבריונים בטענה שעל חברת אגד היה להציב שומרים בתחנה שהיו מונעים את התקיפה. בית המשפט העליון, בהחזירו את התיק לבית המשפט המחוזי להמשך דיון, קבע בין היתר שכאשר בית המשפט יקבע אם חברת אגד התרשלה, עליו לתת את הדעת על כך שהצבת שומרים

5. חובת זהירות: צפיות טכנית ו"גולגולת דקה"

לשם הטלת אחריות בגין רשלנות נדרשת צפיות של אירוע הנזק, הניזוק והנזק. בלעדי צפיות אין קמה חובת זהירות, וממילא אין מוטלת אחריות נזיקית. שאלת הצפיות נתפסת לעתים אף כנוגעת לשאלת הקשר הסיבתי המשפטי. כך או אחרת, הדרישה היא אותה דרישה: כדי שתקום אחריות נזיקית בגין רשלנות צריכה להתקיים דרישת הצפיות. לדרישת הצפיות יש במשפט הישראלי שני פנים, אחד טכני והשני נורמטיבי, ושניהם יחדיו מרכיבים את חובת הזהירות. צפיות טכנית מתקיימת כאשר המזיק היה יכול לצפות את אירוע הנזק, הניזוק והנזק, וצפיות נורמטיבית מתקיימת כאשר הוא היה צריך לצפות את כל אלו.⁷² פרק זה עוסק בצפיות טכנית, ואילו הפרק הבא בצפיות נורמטיבית. אפשר לתת כמה הסברים מדוע אין מוטלת אחריות נזיקית אם אין מתקיימת דרישת הצפיות הטכנית.

על פי ההסבר הראשון, בהיעדר צפיות אין התרשלות. הסבר זה מתאים למצבים שבהם היעדר הצפיות מלמד שהסתברות הנזק הייתה קטנה מאוד, ועל כן המזיק לא התרשל. לפי נוסחת לרנד הנד, היות שה-P (הסתברות הנזק) קטנה, אף המכפלה PL קטנה, ועל כן עלויות המניעה B גדולים ממנה. נניח למשל שהמשטרה נתבעת בנוזיקין על שלא מנעה מאדם החשוד בהכאת אשתו מלרצוח את בנו התינוק. טענת המשטרה היא שהאירוע של רצח התינוק היה בלתי צפוי לחלוטין, ועל כן אין להטיל עליה אחריות נזיקית. טענה זו חופפת לטענה שהמשטרה לא התרשלה: מאחר שסכנת הרצח הייתה אפשרות כה רחוקה ובלתי מתקבלת על הדעת, לא הייתה כל התרשלות מצדה של המשטרה כשלא שלחה למקום שוטרים נוספים ולא עצרה את הרוצח מבעוד מועד;⁷³ עלויות המניעה היו במקרה זה גבוהות מתוחלת הנזק.

אולם הסבר זה אינו מתאים למצבים שבהם היה צפוי נזק, ואף נזק רב, אלא שהנזק המסוים שנגרם או הניזוק המסוים שנפגע היו בלתי צפויים. להיעדר אחריות נזיקית במקרים אלו יש הסברים אחרים. על פי הסבר המתאים למקרים כאלו, הוא ההסבר השני, מאחר שהמזיק לא צפה את סוג הנזק שאירע, או את הניזוק שנפגע, אין כל טעם בהטלת אחריות עליו, שכן ממילא אין הוא מביא אותם בחשבון שעה שהוא מכלכל את צעדיו. הסבר זה אפוא אינו מראה מדוע צריך לפטור מאחריות את המזיק בגין נזקים או כלפי ניזוקים בלתי

בתחנה הייתה מפחיתה לא רק את הסיכון של לקוחות להיפגע מבריונים אלא אף את הסיכון לחברת אגד שייגרם נזק לרכושה אם לא יוצבו שומרים.

72 ע"א ועקנין, לעיל הערה 54.

73 השוו רע"א 5277/08 עזבון המנוח אמיר אליקשוולי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2009).

צפויים, אלא מדוע אין זה מועיל להטיל עליו אחריות בגין נזקים אלו או כלפי ניזוקים אלו. אם בדוגמה של רצח התינוק היה הרוצח פוגע אף באשתו וגורם לה נזק, ייתכן שהמשטרה הייתה חבה ברשלנות כלפי האישה בגין נזקה. אך מזה אין נובע שהמשטרה תחוב אף בגין רצח התינוק, שכן אף על פי שהתרשלה, לא צפתה אפשרות כה רחוקה – שהבעל המכה ירצח את תינוקו. בין שתוטל אחריות על המשטרה בגין רצח התינוק ובין שלא, יש להניח שתנהג במקרים עתידיים כפי שנהגה עד כה, שכן נקודת המוצא היא שרצח התינוק הוא אפשרות כה רחוקה, עד שאי אפשר לצפות אותה.

הסבר שלישי הוא שהטלת אחריות על המזיק בגין נזקים בלתי צפויים או כלפי ניזוקים בלתי צפויים עלולה ליצור הרתעת-יתר: מזיקים יחששו מאוד מהבלתי צפוי וישקיעו יותר מן הנחוץ בניסיונות לצפות נזקים וניזוקים שסיכויי הפגיעה בהם נמוכים מאוד. במקרים אחרים חשש מאחריות בגין הבלתי צפוי עלול להרתיע מזיקים מלהשתתף בפעילות שבה מדובר, או ביא אותם לידי נקיטת אמצעי זהירות מופרזים. אמת, כדי שהסבר זה יהיה תקף, יש להניח שנאת סיכון של המזיק, שכן בלעדיו אין סיבה לחשוב שישקיע יותר מדי בניסיונות לצפות נזקים, או שיירתע מלהשתתף בפעילות, או שינקוט אמצעי זהירות מופרזים.⁷⁴

הסבר רביעי ואחרון, ואולי המשכנע מכולם, הוא שבמקרים רבים שבהם אין המזיק צופה את הניזוק או הנזק, הניזוק הוא מונע-הנזק הזול יותר של הנזק, ועל כן ראוי להותיר אותו על כתפיו. למשל, אפשר להסביר את היעדר האחריות של בעלים ומחזיקים של מקרקעין כלפי מסיגי גבול שנכנסו למקרקעין בחוסר תום לב בגין הנזק שנגרם להם⁷⁵ – בין היתר בכך שהבעלים או המחזיק של המקרקעין פעמים רבות אינו צופה את הסגת הגבול, ולכן מונע-הנזק הזול יותר הוא מסיג הגבול, שהיה יכול להימנע מהסגת הגבול מלכתחילה, או למצער לעשות זאת בזהירות רבה יותר. בדומה, אם המזיק היה יכול לצפות שייגרם נזק רכוש לניזוק בשל רשלנותו אך לא נזק גוף, ייתכן אף כאן שהניזוק הוא בדרך כלל מונע-הנזק הזול יותר של נזק הגוף.

אולם לדרישת הצפיות קיים חריג ידוע הנוגע להיקף הנזק, לפחות כאשר מדובר בנזקי גוף. חריג זה הוא עקרון הגולגולת הדקה, שלפיו אם סוג הנזק היה צפוי, תוטל אחריות בגינו אף אם היקפו לא היה צפוי.

נניח שפגיעת גוף מסיכון שיוצר המזיק גורמת לניזוק באופן ממוצע נזק של 100. אולם קיימים ניזוקים בעלי "גולגולת עבה", כלומר כאלו הפגיעים פחות מן הממוצע, ונזקם הוא

74 יש לשים לב ששנאת סיכון תגדיל את הנכונות להשקיע במניעת נזקים גם כאשר אלו בגדר הצפוי. אלא שבמקרה של נזקים בלתי צפויים ההסתברויות של גרם נזק הן עצמן לוטות בערפל, ולכן נכונותו של המזיק בכוח שונא הסיכון להשקיע במניעת נזקים תגדל עוד יותר.

75 סעיף 37 לפקודת הניזוקין.

50, ואחרים בעלי "גולגולת דקה", כלומר כאלו הפגיעים יותר מן הממוצע, ונזקם הוא 150. עקרון הגולגולת הדקה מחייב שכל ניזוק יקבל פיצוי כפי נזקו גם אם הוא רגיש יותר – אפילו הרבה יותר – מן הממוצע. ההסבר הכלכלי לעיקרון זה הוצע על ידי ריצ'רד פוזנר: אם בעלי גולגולת דקה יקבלו פיצוי לפי הנזק הממוצע, ואילו בעלי גולגולת עבה יקבלו כפי נזקם, בפועל יראה המזיק לנגד עיניו, לפני מעשה, ניזוק שגולגולתו עבה יותר מן הממוצע ועל כן הרתעתו תהיה הרתעת-חסר.⁷⁶ למשל, אם לחצי מן הניזוקים הפוטנציאליים הנזק הוא 100, לרבע 50, ולרבע אחר 150, ובעלי גולגולת דקה יפוצו לפי הממוצע (100 במקום 150), יראה המזיק לנגד עיניו ניזוק עם תוחלת נזק של 87.5⁷⁷ במקום את הניזוק הממוצע שתוחלת הנזק שלו היא 100. אמת, אם כל הניזוקים היו מקבלים פיצוי לפי הממוצע, בעיה זו הייתה נפתרת, אך כל עוד בעלי גולגולת עבה מקבלים כפי נזקם, אי אפשר שבעלי גולגולת דקה יקבלו פחות מכפי נזקם.

טיעון זה, ככל שהוא משכנע, אינו מסביר את האופן הקיצוני שבו מופעל עקרון הגולגולת הדקה בדיני הנזיקין. אחרי הכול בדוגמה שלמעלה אין מדובר בנזקים בלתי צפויים בהיקפם: כל מזיק אמור לצפות שהוא עלול לפגוע בניזוק פגיע יותר או פגיע פחות. השאלה היא אפוא אם יש מקום לעקרון הגולגולת הדקה במקרים הקיצוניים, שבהם הפגיעות של הניזוק נדירה במיוחד, למשל פגיעות ששכיחותה באוכלוסייה היא אחד למיליון. במקרים אלו לפחות אפשר לטעון שאם הניזוק יודע על דבר פגיעותו, הוא מונע-הנזק הזול יותר, וראוי לתמרץ אותו לנקוט אמצעי זהירות שיפחיתו את נזקו באי-פיצויו בגינם.⁷⁸ טיעון זה עלול להיות שנוי במחלוקת מסיבות חלוקתיות: יכול ששיטת המשפט לא תחפוץ להטיל נטל כבד על קבוצות אוכלוסייה פגיעות מבחינה פיזית, שלא אחת הן חלשות אף מבחינה כלכלית וחברתית. בנוסף, לעתים הניזוקים הפגיעים במיוחד אינם ערים לפגיעותם עד לשעה שבה הם נפגעים בתאונה, ולפיכך אין זה ברור כלל שיש להגדיר אותם כמונעי-הנזק הזולים. במקרים אחרונים אלו הטיעון הכללי של פוזנר באשר לצורך לפצות את בעלי הגולגולת הדקה כפי נזקם ישים גם במקרה של הניזוק שפגיעותו נדירה במיוחד, אפילו אם כוח השכנוע שלו קטן יותר מבמקרה שבו פגיעותו של הניזוק אינה כה נדירה.⁷⁹

76 Posner, לעיל הערה 37, בעמ' 187-188.

77 $87.5 = 25\% * 100 + 25\% * 50 + 50\% * 100$.

78 אמנם טיעון זה יכול להיטען אף אם שכיחותה של "הגולגולת הדקה" באוכלוסייה רבה. אלא שבמקרה זה המזיק יכול לצפות את קיומם של בעלי "הגולגולת הדקה", עקב כך גדלה יכולתו למנוע את הנזק, ועדיפותו היחסית של הניזוק במניעת הנזק ברורה פחות.

79 בית המשפט העליון פירש את עקרון הגולגולת הדקה באופן קיצוני למדי, באופן שאפילו היה צפוי נזק גוף קל, אחריותו של המזיק תשתרע על הנזק הכבד מאוד שהסתברות התרחשותו היא אפסית. ראו דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003). לביקורת על פסיקתו

6. חובת זהירות: צפיות נורמטיבית

כדי שתקום אחריות נזיקית בגין רשלנות אין די בצפיות טכנית: צריכה להתקיים אף צפיות נורמטיבית. בהתקיים צפיות טכנית וצפיות נורמטיבית ייקבע כי על המזיק הייתה מוטלת חובת זהירות, ואם הפר חובה זו בהתרשלותו וגרם נזק, תוטל עליו אחריות בגין נזק זה. כמו הצפיות הטכנית אף הצפיות הנורמטיבית מתייחסת לאירוע הנזק, לניזוק ולסוג הנזק: רק אם המזיק היה צריך לצפות את כל אלו, תוטל עליו אחריות. אך למעשה שאלת הצפיות הנורמטיבית אינה נוגעת לצפיות במובן הפשוט של המילה. שאלת הצפיות הנורמטיבית היא אם טוב הדבר או רע שתוטל אחריות על המזיק הרשלן, והיא נענית על פי "שיקולי המדיניות המשפטית" הפועלים בעד ונגד הטלת אחריות עליו. שיקולי המדיניות יכולים להתייחס לאירוע הנזק, לזהות הניזוק ולסוג הנזק.⁸⁰

מהם אפוא אותם שיקולים אשר פועלים בעד ונגד הטלת אחריות על המזיק הרשלן? השיקולים בעד הם מובנים מאליהם, ובראשם הצורך להרתיע כראוי את המזיק. מעניינים יותר הם טיעוני הנגד, ועליהם ארחיב את הדיבור בפסקות הבאות. אך לפני זאת יש להבהיר שזה שנים רבות כמעט אי אפשר למצוא מקרים שבהם בית המשפט העליון פסק שעל המזיק אין מוטלת חובת זהירות. בית המשפט העליון מעדיף כמעט תמיד לקבוע שמוטלת חובת זהירות על המזיק אם כי לעתים אינו מטיל עליו אחריות, בהיעדר התרשלות. השיקולים השונים שיפורטו להלן עשויים לפעול לא רק לשלילתה של חובת זהירות אלא אף לריכוכה, דהיינו לדרישה של התרשלות חמורה (רשלנות רבתי) כתנאי להטלת אחריות נזיקית.

(א) השפעה שלילית על הפעילות

אחריות נזיקית על מזיק רשלן עלולה לעתים להזיק יותר מאשר להועיל. המקרים הטיפוסיים שבהם כך יהיה הם אלו שבהם האחריות הנזיקית יוצרת הרתעת-יתר. עקב כך ינקוט המזיק אמצעי זהירות רבים מדי, ולעתים יפחית את רמת פעילותו.⁸¹ תופעה אחרונה זו מכונה לעתים אפקט הצינון (chilling effect). הרתעת-יתר תיווצר בדרך כלל עקב החצנות לצדדים

80 זו של בית המשפט העליון ראו ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנוזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים לד 385 (2004).
81 ע"א ועקנין, לעיל הערה 54; ישראל גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד 319 (1989). בחלק מן הפסיקה נעשית הבחנה בין חובת זהירות קונקרטיה למושגית. אני מתעלם כאן מהבחנה זו שאינה נחוצה להמשך הדיון. לדיון ולביקורת על האופן שבו מיישמים בתי המשפט את דיני הרשלנות ראו אריאל פורת "עוולת הרשלנות על פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 357 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1996).
81 לעיל פרק ב.2.

שלישיים או לניזוק, כפי שתואר לעיל.⁸² למשל, הרופא שמוטלת עליו אחריות נזיקת לעתים תכופות בגין רשלנות ביילוד בלידה טבעית, עלול להעדיף ליילד לעתים קרובות מדי בלידה קיסרית, שכן הוא יודע שנזקי הלידה הקיסרית יוחצנו בדרך כלל ליולדת, ואילו נזקי הלידה הטבעית יופנמו על ידיו.⁸³ בדומה, הטלת אחריות על מורה על שלא השגיח כראוי על תלמידיו בעת טיול עלולה לגרום שמורים יעדיפו לצאת פחות לטיולים עם הילדים ולהותירם בחצרי בית הספר.⁸⁴ איש לא יתבע אותם על שיצאו פחות מידי לטיולים, ועל כן נזק זה (או אבדן תועלת), הנובע מהפחתה במספר הטיולים, יוחצן לילדים. לבסוף עורך דין אשר מוטלת עליו אחריות בגין ניהול רשלני של משפט עלול להחצין עלויות לבית המשפט ולצד השני להתדיינות, כגון שיחקור עדים יתר על המידה, וירבה בהליכים מיותרים, מתוך ידיעה שלא ייתבע על חקירת יתר או על ריבוי הליכים, ואילו חקירת חסר או אי-נקיטת כל ההליכים הדרושים עלולות להביא להטלת אחריות נזיקת עליו.⁸⁵

בכל המקרים הללו היה אפשר לטעון שאחריות נזיקת מזיקה, ואם הנזק רב מן התועלת, מוטב שלא להטילה. הדרך המשפטית להשגת תוצאה של היעדר אחריות היא הקביעה שאין מוטלת חובת זהירות על המזיק.⁸⁶ ודוק: הנזק מהטלת אחריות נזיקת אינו משתקלל לנוסחת לרנד הנד והופך את ההתנהגות לסבירה. אדרבה, ההנחה היא שההתנהגות היא רשלנית, אלא שאם תוטל אחריות בגינה, ינקטו מזיקים בכוח פעולות מגננתיות בלתי יעילות. למשל, עורך הדין שהתירשל בחקירת עדים ולכן הפסיד לקוחו את המשפט ראוי לכל גינוי, ואין לומר שלא התרשל. אלא שאם תוטל אחריות עליו ועל שכמותו, עלולים עורכי דין אחרים לחקור עדים יתר על המידה, על חשבון זמנו של בית המשפט ושל מתדיינים אחרים, וכל זאת כדי להגן על עורם. קביעה שעל עורך הדין אין חובת זהירות מיועדת למנוע תופעה כזו, אך בינה לבין הקביעה שעורך הדין לא התרשל אין ולא כלום.

82 לעיל פרק ב.3.

83 שם.

84 השוו ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות, פ"ד מז"ד (1) 802 (1993); ע"א 10083/04 גודר נ' המועצה האזורית מודיעים (פורסם בנבו, 15.9.2005).

85 לדיון מעמיק בשיקולים בעד ונגד הטלת אחריות נזיקת על עורכי דין עקב ניהול רשלני של המשפט ראו אסף יעקב "רשלנות בין כתלי בית המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדיון המשפטי" עיוני משפט כו 5 (2002).

86 קביעת היעדר אחריות של מי שהתירשל יכולה להיעשות כמובן אף בדרך חקיקתית. למשל, שופטים חסינים מפני אחריות נזיקת בגין מילוי תפקידם השיפוטי, לפחות מפני אחריות בגין רשלנות. ראו סעיף 8 לפקודת הנזיקין. הסבר אפשרי לכך הוא החשש שבלעדי חסינות עלולים שופטים מסוימים להטות את פסיקתם באופן שיקטין את סיכונם להיתבע בגין רשלנות על ידי הצד המפסיד.

בפועל בכל שלושת המקרים שתוארו לעיל, לרבות מקרה עורך הדין, מוטלת חובת זהירות על המזיק, שכן נקודת המוצא של שיטת המשפט שלנו היא כנראה שהתועלת באחריות רבה מנזיקה. דרך ביניים להתמודד עם החשש של הרתעת-יתר היא הקביעה שמוטלת על המזיק חובת זהירות, אך הטלת אחריות עליו מותנית בהיות התרשלותו רבה (רשלנות רבתי).⁸⁷

לחשש להשפעה שלילית על הפעילות של המזיק יש יישום מיוחד בתחום אחריות הנזיקית של רשויות ציבוריות. כפי שהוסבר לעיל, הטלת אחריות על רשויות ציבוריות עלולה להביא להחצנות לצדדים שלישיים.⁸⁸ דוגמה למקרה שבו עלתה שאלת חובת הזהירות של רשות ציבורית היא עניין לוי נ' המפקח על הביטוח. באותו מקרה קרסה חברת ביטוח. אחד ממבוטחיה תבע את המפקח על הביטוח בטענה שהתרושל באי-הזהרתו את הציבור מבעוד מועד מפני קריסתה האפשרית של חברת הביטוח. בית המשפט פטר את המפקח מאחריות נזיקית אם כי השתית את החלטתו לא על היעדרה של חובת זהירות אלא על קיומו של "שיקול דעת רחב" לרשות הציבורית בסוג כזה של מקרים, וכל עוד פעלה בתוכו לא תחוב בנזיקין. המפקח, אליבא דבית המשפט, פעל בתוך שיקול דעת רחב זה.⁸⁹ ניכר מפסק הדין שבית המשפט היה ער לאפשרות שהטלת אחריות על המפקח על הביטוח בסוג כזה של מקרים תגרום לו לנקוט אמצעים שיקטינו את חשיפתו לסיכון של תביעה משפטית אפילו אם אמצעים אלו אינם טובים מנקודת מבט חברתית כוללת.⁹⁰ אכן, הטלת אחריות על המפקח על הביטוח עלולה לגרום לו להתריע מהר מדי על קשייה הכלכליים של חברת ביטוח, וההתרעה תתרום לקריסתה ותזיק הן לה והן למבוטחיה. אמנם ייתכן שבמקרים מסוימים ייתבע המפקח על הביטוח גם על שפעל ברשלנות כאשר יצא באזהרה לציבור מוקדם מדי, אך ייתכן שאזהרה כזו תחשוף אותו לסיכון קטן יותר של אחריות, או במילים אחרות: ייתכן שאזהרה מוקדמת מדי תאפשר למפקח להחצין עלויות לחברת הביטוח ולציבור בקלות רבה יותר מאשר אזהרה מאוחרת מדי.

הטלת אחריות נזיקית על הרשות הציבורית עלולה להשפיע לרעה על פעילותה אף בכך שתגרום לה להסיט משאבים שנועדו לפעילות מועילה אחת לציבור לטובת מניעת נזקים בפעילות אחרת גם אם הדבר אינו יעיל. למשל, הטלת אחריות על המדינה, או על הרשות המקומית, בגין אי-מניעת עברות עקב מחסור בשוטרים או בפקחים, עלולה לגרום לה

87 בעניין ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994) קבע בית המשפט העליון כי במקרים של שיקול דעת רחב לא תוטל אחריות נזיקית על הרשות אלא במקרים קיצוניים. ראו דיון להלן בהמשך פרק זה.

88 לעיל פרק ב.3.

89 ע"א לוי, לעיל הערה 87.

90 שם.

להסיט משאבים לטובת הגדלת כוחות השיטור, וזאת אף על חשבון פעילויות אחרות מועילות יותר, אשר הפחתת היקפן לא תסכן אותה בנשיאה באחריות נזיקית. היות תקציבן של הרשויות מוגבל הוא שיוצר חששות מעין אלו. דרך קיצונית לפתור את הבעיה היא לקבוע כי לרשות הציבורית אין חובת זהירות כלפי התושבים ככל שמדובר בהחלטות שבהן יש לרשות "שיקול דעת רחב" או הנוגעות לאופן הקצאת התקציב המוגבל שלה בין פעילויותיה השונות. דרך מתונה יותר היא לנקוט משנה זהירות טרם קביעה כי הרשות התרשלה בקבלת החלטות אלו. דרך זו מועדפת ככל הנראה על ידי בית המשפט העליון.⁹¹

(ב) שיקולים מנהליים

שיקול נוסף נגד קיומה של חובת זהירות על המזיק הוא העלויות המנהליות הכרוכות בהטלת אחריות על המזיק הרשלן. לא אחת מזכירים בתי משפט את החשש של "הצפת בתי המשפט בתביעות" כשיקול נגד הטלת אחריות, אם כי בפועל נותנים לו משקל מוגבל למדי.⁹² מהותו של שיקול זה היא שהעלות הכרוכה בבירור התביעות נגד המזיק אינה שקולה לתועלת שבהטלת האחריות הנזיקית עליו. הכלל הקיים בשיטות משפט רבות, ובכלל זה בשיטת המשפט שלנו, שלפיו אין זכאות לפיצוי על נזקים של מה בכך, מבטא חשש מריבוי תביעות שעלותן רבה מתועלתן.⁹³ אולם שיקול העלויות המנהליות אינו מוגבל רק למקרים אלו. שיקול זה פועל נגד הטלת אחריות נזיקית מקום שבו יש חשש שתוגשנה תביעות סרק, ושיקשה לבור את המוץ מן הבר, או שיקשה להעריך את הנזק הנתבע. עלויות אלו אינן מתבטאות רק בבזבוז זמן שיפוטי או בעלויות התדיינות לצדדים אלא אף בהרתעת-יתר שעלולה להיגרם אם בית המשפט יכיר לעתים תכופות בתביעות סרק או שיפסוק פיצוי גבוה מכפי הנזק שנגרם למעשה.

בעבר נהג בישראל הכלל שאין לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני טהור, היינו נזק לא ממוני שאין נלווית לו פגיעה פיזית כלשהי. נראה ששיקול העלויות המנהליות היה ההצדקה העיקרית לכלל זה. החיסרון בכלל גורף של היעדר פיצוי בגין נזק לא ממוני טהור הוא

91 שם; ע"א גרובנר, לעיל הערה 57; אריאל פורת "דיני נזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"א 222, 264-256 (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ב).

92 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 136 (1985); רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397, 432 (1990); ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733, 741 (1988).

93 סעיף 4 לפקודת הנזיקין. מנגד, החשש מאי-היכולת לתבוע בגין נזקים קטנים הוא יצירתה של הרתעת-חסר של מזיקים הגורמים נזקים קטנים לבני אדם רבים. חשש זה קיים גם כאשר הנזק אינו של מה בכך, ועל כן סעיף 4 לפקודה אינו מונע תביעה בגינו, אך קטן דיו כדי שלא תוגשנה תביעות בגינו עקב עלויות ההתדיינות. מנגנון התובענה הייצוגית עשוי לפתור, ולו באופן חלקי, סוג כזה של חששות.

שנזקים לא ממוניים עלולים להיות נזקים כבדים ומשמעותיים, ואי-פיצוי בגינם מביא לכך שהמזיק אינו נושא בחלק ניכר מנזקי התנהגותו העוולתית, ועקב כך הרתעתו היא הרתעת-חסר. בית המשפט העליון ביטל בעניין עיריית ירושלים נ' גורדון כלל גורף זה ופסק פיצוי בגין נזק לא ממוני לאדם אשר נעצר על ידי המשטרה על לא עוול בכפו עקב מחדל רשלני של עיריית ירושלים.⁹⁴

שיקולי עלויות מנהליות מסבירים טוב מכול את רתיעתם של בתי המשפט לפסוק פיצויים לא ממוניים לניזוקים משניים – דהיינו קרובי משפחה של הניזוקים הישירים שנפגעו בגופם בתאונה או שנהרגו – שחוו סבל נפשי רב עקב הפגיעה ביקירם. הענקת פיצוי כספי לכל מי שחווה סבל עקב הפגיעה בניזוק הישיר עלולה לגרום שרבים שלא חוו סבל יגישו תביעות, ואף אלו שחוו סבל יפריזו בתיאור סבלם, ויקשה על בית המשפט לפסוק פיצויים אשר משקפים סבל זה. דרך אחת לפתור את בעיית העלויות המנהליות היא לקבוע כי אין חובת זהירות של המזיק כלפי ניזוקים משניים. החיסרון בדרך זו הוא שהסבל לקרובי משפחה, שבאמת ובתמים חוו סבל עקב הפגיעה ביקירם, הוא חלק מהנזק החברתי שנגרם על ידי המזיק, ואי-פיצוי בגינו יוביל להרתעת-חסר. פתרון ביניים, שאומץ על ידי בית המשפט העליון, הוא לפסוק פיצויים רק במקרים שבהם אין ספק, או כמעט אין ספק, שהניזוק המשני אכן חווה סבל רב. לפיכך נקבע כי פיצוי בגין נזק לא ממוני לניזוקים משניים ייפסק במקרי מוות בלבד, ואף אז רק אם מדובר בניזוק משני שהוא בדרגת קרבה ראשונה לניזוק הישיר, ורק אם הפגיעה בו היא חמורה ממש (פסיכזה או נירווה חמורה).⁹⁵

(ג) הניזוק הוא שוקל טוב יותר או מפזר נזק טוב יותר

מקרים אחרים שבהם אי-הטלתה של חובת זהירות על המזיק עשויה להיות מוצדקת מנקודת מבט כלכלית הם המקרים שבהם הניזוק הוא השוקל הטוב יותר,⁹⁶ ואף אם המזיק התרשל, יש טעם בהותרת הנזקים על כתפיו של הניזוק כדי לתמרץ אותו לפעול למניעתם או להקטנתם. לעתים היותו של הניזוק מפזר הנזק הטוב יותר עשוי גם הוא להצדיק אי-הטלת חובת זהירות על המזיק.

נזקים בלתי צפויים מבחינה טכנית עשויים לשמש דוגמה מיוחדת של מקרים שבהם מוטב שהניזוק יישא בנזק, אם משום שהוא מונע-הנזק הזול שלו, ואם משום שהוא שוקל

94 ע"א גורדון, לעיל הערה 92.

95 רע"א אלסוחה, לעיל הערה 92. תנאי אחרון זה רוכך בפסיקה מאוחרת יותר: ראו ע"א לוי, לעיל הערה 59.

96 לעיל פרק א.11.

טוב יותר ביחס אליו. כפי שהצעתי לעיל, זהו אחד ההסברים האפשריים לדרישת הצפיות הטכנית.⁹⁷

דוגמה נוספת היא היעדר אחריותו של בעלים או מחזיק של מקרקעין כלפי מסיג גבול שלא פעל בתום לב.⁹⁸ מסיג הגבול הוא שיכול להימנע מהסגת הגבול מלכתחילה ואף לשקול את התועלת המיוחדת שיש לו בה אל מול הנזק. היה והחליט לבצע את הסגת הגבול, אפילו אם המזיק יכול לצפותה, יש לו בדרך כלל יכולת טובה לשקול איך להישמר מפני פגיעה שעלולה להיגרם לו תוך כדי הסגת הגבול.

הרתיעה הניכרת במרבית שיטות המשפט מלהטיל אחריות בגין גרם נזק כלכלי טהור (דהיינו הפסד כספי שאין נלווית לו פגיעה פיזית) על פי עוולת הרשלנות ניתנת גם היא להסבר, בין היתר בכך שהניזוק שנגרם לו נזק כלכלי טהור הוא פעמים רבות השוקל הטוב יותר ביחס אליו.⁹⁹ סיבה אחת לכך היא שזנזק כלכלי טהור נגרם בדרך כלל על פני תקופת זמן ארוכה, ובתקופה זו הניזוק יכול לפעול להקטנתו. אמנם דוקטרינת הקטנת הנזק אמורה לתמרץ אותו לעשות כן אף אם האחריות בגינו מוטלת מלכתחילה על המזיק, אך במקרים רבים התנהגותו של הניזוק אינה ניתנת לוודוא, ולכן יש חשש שבהתקיים כלל של אחריות תמריצו להקטין את הנזק הכלכלי יהיו חסרים. בנוסף, פעמים רבות הנזק הכלכלי הוא נזק שנגרם לניזוקים כדבר שבשגרה שלא על ידי התנהגות עוולתית כלשהי, והם ערוכים להתמודד עמו. אף זה הופך אותם לשוקלים טובים יותר ביחס אליו. נניח למשל שאדם נפגע בתאונה, ועקב כך הוא מושבת מעבודה לשלושה חודשים. מעבידו תובע מן המעוול שפגע בעובד פיצוי בגין הנזק הכלכלי שנגרם לו מהיעדרותו של העובד מן העבודה, המתבטא באבדן רווחים. טיעון אפשרי נגד הטלת אחריות על המעוול כלפי המעביד הוא שזנזקו של המעביד מצטבר על פני תקופה, ולמעביד יש די זמן למנוע או להקטין. בנוסף, נזק כלכלי אשר נגרם למעביד עקב היעדרות מי מעובדיו יכול להיגרם מסיבות שונות – מרביתן אינן עוולתיות – וכל מעביד ערוך להתמודד עמו. מטעמים אלו המעביד הוא שוקל טוב ביחס לנזק הכלכלי, והותרתו על כתפיו תתמרץ אותו למנוע או להקטין בצורה היעילה ביותר. ודוק: למעביד אין כל יכולת, בדוגמה זו, למנוע את הפגיעה בעובד מלכתחילה; יכולתו

97 לעיל פרק ב.5.

98 סעיף 37 לפקודת הנזיקין. ראו גם הדין לעיל ליד הערה 75.

99 הסבר כלכלי אחר נגד הטלת אחריות לנזק כלכלי טהור הוא שזנזק זה הוא "העברה", ולכן מנקודת מבט חברתית אינו נזק. לדין מקיף בטיעון זה ולהגדרת גבולותיו ראו William (1982) Bishop, *Economic Loss in Tort*, 2 OXFORD J. LEG. STUD. 1. לדין כללי באחריות נזיקית בגין נזק כלכלי טהור ראו תמר גדרון "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126 (תשנ"ה). הסבר נוסף לרתיעה מפני פסיקת פיצוי בגין נזק כלכלי טהור הוא החשש שייפסקו פיצויים בגין נזק זה אף כאשר אינו קשור סיבתית להתנהגות העוולתית, ועל כן שיקולים מנהליים (לעיל פרק א.14) מצדיקים היעדר פיצוי בגינו.

מוגבלת לנקיטת אמצעים להקטנת נזקים כשהפגיעה בעובד אינה בשליטתו, ואם נזקים אלו לא יושתו עליו, הוא עלול שלא לנקטם. יכולים להיות מקרים שבהם עדיפותו של הניזוק בפיזור הנזק תהיה שיקול נוסף להותיר את הנזק על כתפיו. בדוגמה האחרונה למשל המעביד יכול לבטח מפני נזקים כלכליים שנגרמים לו מהיעדרות עובדיו או לפזר את הנזק באופן עצמי דרך מחיר המוצר.¹⁰⁰ פיזור הנזק על ידי המעוול קשה הרבה יותר, שכן המידע על הנזק הכלכלי, שיעורו ואופן התרחשותו הוא באופן בלעדי אצל המעביד. פערי המידע הם קטנים יותר כאשר מדובר בנזקים פיזיים.

(ד) "דחייה על הסף"

מקרי דחייה על הסף, הנדירים יחסית, הם אלו אשר בהם ברור על פני הדברים שלא תהיה התרשלות, ועל כן לא תקום אחריות נזיקית בגינם. קביעה ברורה שלא תקום חובת זהירות תורמת ליצירתה של בהירות משפטית וחוסכת את העלויות המנהליות הכרוכות בבחינה אם המזיק התרשל אם לאו, בכל פעם מחדש.

את דרישת הצפיות הטכנית, ככל שהיא נוגעת למצבים אשר בהם אירוע נזק כלשהו היה בלתי צפוי, אפשר להסביר באמצעות רעיון הדחייה על הסף: אם הסתברות גרם נזק כלשהו נמוכה מאוד, יש להניח שלא הייתה התרשלות, שכן אם תוחלת הנזק – ה-PL בנוסחת לרנד הנד – קטנה מאוד, יש להניח שעלויות המניעה – ה-B בנוסחת לרנד הנד – גדולות ממנה.¹⁰¹

דוגמה אפשרית נוספת ליישום של רעיון הדחייה על הסף נוגעת לאחריותם הנזיקית של בעלים של מקרקעין כלפי מי שעלול להיפגע מהם כאשר המקרקעין היו תקופה ארוכה בידי מחזיק, וכאשר לבעלים לא הייתה יכולת פיקוח ממשית עליהם. כאשר אלו הם פני הדברים, יש להניח שאם נפגע אדם ממצבם הירוד של המקרקעין, הרשלן הוא כנראה המחזיק ולא הבעלים. קביעה שעל הבעלים אין חובת זהירות תיצור בהירות משפטית ותחסוך את הצורך לדון בשאלת התרשלותו אם אירע נזק.¹⁰²

תחום חשוב שבו קבע בית המשפט העליון שאין מוטלת חובת זהירות על המזיק הוא תחום הסיכונים הרגילים והטבעיים של הפעילות שבה עוסק המזיק.¹⁰³ סיכונים אלו, כך

100 לעיל פרק א.14.

101 לעיל פרק ב.5.

102 ראו ע"א ועקנין, לעיל הערה 54. באותו עניין הוטלה חובת זהירות על הבעלים של ברכת שחייה כלפי המתרחצים למרות קיומו של מחזיק, שכן לבעלים הייתה יכולת פיקוח ממשית על מצבה הבטיחותי של הברכה.

103 לדין מפורט ראו פורת, לעיל הערה 80, בעמ' 401-4.

מסביר בית המשפט, הם סיכונים סבירים, ואין מוטלת בגינם אחריות משפטית.¹⁰⁴ הסבר אפשרי לדברים אלו, שנקבעו באמרת אגב בעניין ועקנין, הוא "דחייה על הסף": יצירתם של הסיכונים הרגילים והטבעיים אינה רשלנית, וממילא לא תקום אחריות בגינם. אך דברים אלו מעוררים קושי, ואיני סבור ששיקול הדחייה על הסף מסביר אותם כראוי. במקרים רבים סיכונים רגילים וטבעיים ניתנים למניעה בעלויות נמוכות, ואין כל סיבה להניח שלא תיתכן התרשלות בגינם. ואם ייטען שכאשר סיכונים כאלה ניתנים למניעה בעלויות נמוכות, אין הם עוד בגדר סיכונים רגילים, טבעיים וסבירים, ולכן קמה חובת זהירות בגינם, אזי אין כל משמעות לאמירה שאין חובת זהירות בגין סיכונים רגילים וטבעיים, שכן אמירה כזו שקולה לאמירה שאם אין התרשלות ביצירת הסיכונים, אין אף חובת זהירות בגינם.¹⁰⁵

חלק ג: סיבתיות

כדי שתקום אחריות נזיקית נדרש התובע להוכיח קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק. דרישת הקשר הסיבתי מתחלקת לשניים: קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי. כדי שיתקיים קשר סיבתי עובדתי, על הניזוק להוכיח כי אלמלא העוולה לא היה נגרם הנזק (מבחן האלמלא). בנוסף, כדי שיתקיים קשר סיבתי עובדתי צריך שגורם הנזק לפי מבחן האלמלא יקיים את תנאי הנטייה הסיבתית: צריך שגורם זה הגביר מלכתחילה את הסיכון שאירוע הנזק יקרה. כדי שיתקיים קשר סיבתי משפטי צריך שאירוע הנזק, הניזוק וסוג הנזק יהיו צפויים מבחינה טכנית ונורמטיבית. כן צריך שלא יהיה גורם אחר אשר אשמתו מכרעת ואשר עקב כך יביא לניתוק הקשר הסיבתי בין העוולה לבין הנזק.¹⁰⁶ לבסוף דרישת הקשר

104 ע"א ועקנין, לעיל הערה 54, בעמ' 126-127: "חיי היום יום מלאים סיכונים, אשר לעיתים מתממשים וגורמים נזקים, מבלי שיוצרי הסיכונים יישאו באחריות בנוזיקין. הטעם לכך הוא, שאותם סיכונים רגילים וטבעיים הם לפעילות האנוש המקובלת, ובגינם נקבע, כעניין של מדיניות משפטית, כי חובת זהירות קונקרטיית אינה מתגבשת. סיכונים אלה סבירים הם, וחיי חברה מתוקנים לוקחים את קיומם בחשבון". לאחר מכן מביא בית המשפט דוגמאות לסיכונים סבירים: "ההולך בדרך או יורד במדרגות עשוי למעוד ולהחליק... ההולך לבית מרחץ אינו יכול להתלונן על שהריצפה חלקה והמתנדנד בנדנדה אינו יכול להתלונן על נזק, הנובע מסיכונים, שהם טבעיים לאותה נדנדה, המשחק עם כלב עשוי להישרט, והרוכב על סוס עשוי ליפול ממנו. אין הדין מטיל חובת זהירות קונקרטיית בגין סיכונים סבירים". שם.

105 עם זאת ייתכן שיהיו מקרים שבהם היות הסיכון רגיל וטבעי עשוי לשכנע שניזוקים יכולים להתגונן מפניו בעלויות נמוכות, או שהקטנתו או מניעתו על ידי המזיק יקרה במיוחד. אף על פי שבמקרים מסוימים טיעון זה עשוי להיות נכון, איני חושב שאפשר להצדיק באמצעותו את האמירה הגורפת שנקט בית המשפט העליון בעניין ע"א ועקנין, שם.

106 לדיון בהסברים לעקרון ניתוק הקשר הסיבתי ולטיעון שהעיקרון נובע מן השאיפה שלא "לדלל" את אחריותו של הגורם האשם יותר לנזק, ראו Alon Harel, Assaf Jacob, *An*

הסיבתי המשפטי מתקיימת רק אם הנזק שבו מדובר התממש מסיכון אשר הגדיר את התנהגותו של המזיק כעוולתית (תנאי הסיכונים העוולתיים).¹⁰⁷ הפרק הראשון של חלק זה יעסוק בקשר הסיבתי העובדתי. הפרק השני יעסוק במצבים שבהם קיימות בעיות אינהרנטיות בהוכחת הקשר הסיבתי העובדתי. הפרק השלישי ינתח את תנאי הסיכונים העוולתיים, והפרק הרביעי והאחרון יעסוק בשאלה מיוחדת של קשר סיבתי, שאלת "קיוו הסיכונים".

1. קשר סיבתי עובדתי

על פי מבחן האלמלא, תוטל אחריות על הנתבע אם התנהגותו העוולתית היא גורם-בלעדי-אין לנזק, דהיינו אם אלמלא התנהגותו העוולתית לא היה הנזק נגרם. בשל מבחן האלמלא המעוול מפנים את נזקיו העוולתיים, ועל כן פועל מלכתחילה על פי תוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית. למשל, בהתקיים כלל של רשלנות יודע המזיק שאם לא ינקוט אמצעי זהירות שעלותם B, הקטנים מתוחלת נזקיו, PL, יישא באחריות שתוחלתה PL. עקב כך יתומרץ לנקוט את אמצעי הזהירות, ותושג הרתעה אופטימלית. אלא שלא תוצאה אפשר לכאורה להגיע אף בלעדי קשר סיבתי עובדתי: די היה בכך שכל מעוול היה נושא בתוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית כדי שתמריצי התנהגותו יהיו יעילים, אף אם ברור בעליל שהתנהגותו לא גרמה לנזק כלשהו. אפשר שהכספים שייגבו מיוצרי הסיכונים העוולתיים ישמשו פיצוי לאלו שסבלו נזק בפועל.¹⁰⁸

אלא ששיטה זו – של אחריות בגין תוחלת הנזק או אחריות בגין יצירת סיכונים – קשה מאוד להפעלה. קשה לדמיין שיטה נזיקית שבה כל יצירת סיכון עוולתית מביאה לידי הטלת אחריות בגין תוחלת הנזק, שכן עלויות אכיפתה יהיו כבדות במיוחד. למשל, קשה לדמיין שיטה שבה כל נהג אשר נוהג ברכבו מעבר למהירות הסבירה ישלם בגין תוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית. אמנם המשפט הפלילי או דיני התעבורה מבקשים לעשות זאת לעתים, אך כידוע רמת האכיפה של דינים אלו נמוכה מאוד, ואין כל סיבה לחשוב שתביא לידי הרתעה אופטימלית (אם כי אפשר לשפר שיטה זו אם מגבירים את הסנקצייה הכספית תוך

Economic Rationale for the Legal Treatment of Omissions in Tort Law: The Principle of Saliency, 3 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 413 (2002).

107 לדיון מקיף בדרישת הקשר הסיבתי בנזיקין, ראו ישראל גלעד "הסיבתיים במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת" משפטים יד 15 (1984).

108 לדיון בשיטה כזו ראו אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605, 608-621 (תש"ס). לניתוח שיטה דומה מנקודת מבט לא כלכלית ראו Christopher. H. Schroeder, *Corrective Justice & Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. Rev. 439 (1990).

התחשבות בהסתברות האכיפה, אך לכך יש חסרונות אחרים, ומכל מקום עניין זה חורג מתחום דיוננו). לעומת זאת שיטת אחריות בגין גרם נזקים, להבדיל משיטת אחריות בגין יצירת סיכונים, קלה יותר לאכיפה: כאשר יש נזק – יש ניזוק שיש לו אינטרס לתבוע, ולכן יש להניח שרמת האכיפה גבוהה.¹⁰⁹ יתרה מזאת, אף מספר התביעות שתוגשנה יהיה קטן בהרבה בשיטה של אחריות בגין נזקים לעומת שיטה של אחריות בגין יצירת סיכונים, ואף בכך יש יתרון כלכלי.

לעתים מבחן האלמלא אינו מתאים להשגת הרתעה אופטימלית. סוג אחד של מקרים הוא זה שבו קיימים כמה גורמים עוולתיים עובדתיים לנזק,¹¹⁰ והטלת אחריות על כולם – באופן שבסופו של דבר כל אחד מהם יישא רק בחלק מן הנזק – תביא לדילול האחריות ובכך למצב שבו איש לא יפעל למניעתו.¹¹¹ במצבים אלו לא אעסוק כאן. סוג שני של מקרים הוא של גורמים עוולתיים חלופיים לנזק, דהיינו מקרים שבהם קיימים כמה גורמים עוולתיים לנזק, אך אף אחד מהם אינו גורם-בלעדיו-אין לנזק. לפי מבחן האלמלא לא תוטל בסוג זה של מקרים אחריות על מי מבין גורמי הנזק. למשל, אם כמה מזהמים עוולתיים פועלים בעת ובעונה אחת, וכל אחד מהם היה גורם לנזקיו של התובע, כגון להשמדת הפרחים שבגינתו, כל מזהם יוכל לכאורה לטעון שאינו אחראי לנזק, שכן הנזק היה נגרם אף בלעדיו. התוצאה תהיה ששום מעוול לא יישא בנזק, וממילא לא יתומרן מלכתחילה למנעו. הטלת אחריות על כל המזהמים הייתה עשויה להביא לתוצאה שונה. בעיה דומה קיימת כאשר קיים גורם עוולתי אחד לנזק, אך קיים גורם היפותטי שהיה גורם לנזק אלמלא עשה זאת הגורם הראשון. כדי להביא להטלת אחריות במקרה של גורמים חלופיים לנזק, ואף במקרה של גורם ממשי וגורם היפותטי, שיטות משפט שונות מוכנות להמיר במקרים אלו את מבחן האלמלא במבחן הדיות (the sufficiency test rule). על פי מבחן הדיות, די בכך שהגורם הנתבע היה גורם לנזק לו פעל לבדו. לפי מבחן זה, בדוגמה של כמה מזהמים שגרמו נזק לפרחיו של התובע אי אפשר יהיה עוד לטעון להיעדר קשר סיבתי עובדתי בין העוולה לבין הנזק, שכן כל אחד מן המעוולים היה גורם לנזק לו פעל לבדו.¹¹²

109 לטענת פוזנר, אחת הסיבות לקיומם של דיני הנזיקין היא שהם מעודדים את הניזוקים להגיש תביעות, שכן בלעדי דיני הנזיקין לא היה להם אינטרס לעשות זאת. Posner, לעיל הערה 37, בעמ' 192.

110 יכול שכל אחד מן הגורמים הוא גורם-בלעדיו-אין לכל הנזק, ויכול שכל אחד מן הגורמים הצטבר לגורמים אחרים, ואלו יחדיו גרמו לנזק.

111 לדיון בנושא זה ובהצעת דרכי פתרון ראו Harel & Jacob, לעיל הערה 106.

112 ראו לעניין זה יצחק אנגלרד "יסודות האחריות בנזיקין", בתוך דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 194 (מהדורה שנייה, בעריכת גד טרסקי, תשל"ז). כן ראו ע"א ועקנין, לעיל הערה 54, שם העלה השופט ברק את השאלה אם אין ראוי להחליף בנסיבות המתאימות את מבחן האלמלא במבחן אחר, שלפיו יש לשאול אם הגורם שבו מדובר היה גורם יסודי ומהותי לנזק. לווריאציות שונות של מבחן הדיות ראו Richard W. Wright, *Causation, Responsibility*,

נוסף על מבחן האלמלא (ומבחן הדיות, במקרים המתאימים), נדרשת להתקיים בגורם הנזק "נטייה סיבתית" (causal linkage).¹¹³ לפי דרישה זו, צריך שההתנהגות העולתית הגבירה את הסיכון מלכתחילה לאירועו של הנזק. למשל, אם אדם נוסע ברכבו במהירות בלתי סבירה, ובנקודת זמן מסוימת עובר תחת עץ, העץ נופל על רכבו עקב סערה וגורם נזק לנוסע ברכב – לא יתקיים קשר סיבתי בין הנסיעה המהירה לבין הנזק לנוסע – אף על פי שלפי מבחן האלמלא מתקיים לכאורה קשר כזה – וממילא לא תוטל אחריות נזיקית על הנוהג. הטעם להיעדר קשר סיבתי הוא שהנסיעה המהירה אינה מקיימת את דרישת הנטייה הסיבתית: נסיעה מהירה אינה מגבירה את הסיכון שעץ ייפול על רכב; ממש כפי שנסיעה אטית הייתה מונעת את הנזק במקרים מסוימים, כך נסיעה מהירה הייתה מונעת את הנזק במקרים אחרים. בניסוח אחר: לו רצה המשפט למנוע נזקים לכלי רכב מעצים נופלים, לא היה מגביל את מהירות הנסיעה ברכב (אם בכלל, ייתכן שהיה מעודד נסיעה מהירה כדי להפחית את פרק הזמן שבו מצויים כלי רכב בקרבתם של עצים).

דרישה זו של נטייה סיבתית לא נדונה במפורש בפסיקה בישראל, אם כי פסקי הדין של בית המשפט העליון לא סטו ממנה. השאלה היא מה ההצדקה לה מנקודת מבט הרתעתית. נניח שההתנהגות עולתית יוצרת סיכון של 100, ובנוסף קיים סיכון הכרוך בפעילות שגובהו 50 ושדבר קיומו אינו תלוי בהתנהגות העולתית. למשל, נניח שנסיעה במהירות מופרזת מגבירה את תוחלת הנזק ב-100, אך בנוסף קיים סיכון להיפגע מעצים נופלים, שגובהו 50 ושאינו תלוי במהירות הנסיעה. בלעדי עמידה על דרישת הנטייה הסיבתית יישא הנוהג, אם התרשל, באחריות שתוחלתה 150. היש רע בכך?

ראשית, אם בית המשפט לא יתעלם מן הסיכון שלא הוגבר על ידי הנסיעה המהירה בעת שהוא קובע את סטנדרט הזהירות, הוא יקבע את סטנדרט הזהירות גבוה מדי. למשל, אם בית המשפט ישקול בעת קביעת סטנדרט הזהירות את הסיכון מעצים נופלים עם הסיכונים האחרים שנגרמים על ידי נהיגה מהירה יחד, הוא עלול למצוא את הנהג רשלן ואחראי לנזק גם אם עלויות המניעה שלו היו גבוהות מן הסיכון שיצר (100), אך נמוכות מסך הסיכון שיצר והסיכון שהיה קיים בלא תלות במהירות הנסיעה (150). קביעת סטנדרט זהירות גבוה מדי (150) תוך מתן פיצוי, שאף הוא גבוה מדי (150), יגרום להרתעת-יתר.¹¹⁴

שנית, אם בית המשפט יקבע את סטנדרט הזהירות כראוי, דהיינו בהתבסס על הנחה שהנהיגה המהירה הגבירה סיכונים ב-100 בלבד, אך לא יעמוד על דרישת הנטייה הסיבתית בעת פסיקת הפיצויים, יישא הנהג בפיצויים (שתוחלתם 150) הגבוהים מן הנזקים

Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts, 73 IOWA L. REV. 1001 (1988)

Guido Calabresi, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.*, 43 U. CHI. L. REV. 69 (1975)

לעיל פרק ב.2. 114

החברתיים שיצרה התנהגותו העוולתית (שתוחלתם 100). הפיצויים הגבוהים מדי יביאו להרתעת-יתר, ולמצער לא יועילו להרתעה.¹¹⁵

2. בעיות אינהרנטיות בהוכחת קשר סיבתי עובדתי

קיימים מקרים שבהם קשיים אינהרנטיים בהוכחת הקשר הסיבתי העובדתי.¹¹⁶ כך הדבר כאשר היעדר מידע באשר לקשר הסיבתי הוא שיטתי ונובע מהיעדר ידע מדעי. דוגמה טיפוסית היא המקרה שבו חולה מגיע לבית החולים עם סיכויי החלמה, אך עקב רשלנות הרופא סיכויים אלו אובדים והחולה אינו מחלים ("מקרי אבדן סיכויי החלמה"). אם סיכויי ההחלמה היו פחותים מ-50%, ואם אין כלים מדעיים או אחרים להבחין בין המקרים שבהם אי-ההחלמה נבעה מרשלנות הרופא לבין מקרים שבהם היא נבעה מסיבות שלרופא אין כל שליטה עליהן, על פי דיני הנזיקין המסורתיים לא תוטל על הרופא אחריות נזיקית. הטעם לכך הוא שהחולה לא הצליח להוכיח את הקשר הסיבתי בין רשלנות הרופא לבין הנזק שנגרם לו על פי מאזן הסתברויות.

מקרה אנלוגי הוא זה שבו רופא יוצר ברשלנות סיכון כלפי חולה, לחולה נגרם נזק, אך הנזק היה יכול להיגרם לא רק בגלל רשלנות הרופא אלא גם בגלל גורמים אחרים, עוולתיים או לא עוולתיים ("מקרי הגברת סיכון"). אף כאן אם ההסתברות שהרופא גרם לנזק פחותה

115 לשאלה מתי פיצוי גבוה מן הנזק החברתי שגרם למעשה העוולה יביא להרתעת-יתר, ראו לעיל פרק ב.2.

116 לדיון במקרים כאלו, עם נטייה להציע אחריות הסתברותית, ראו ARIEL PORAT, ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY (2001); Ariel Porat, Alex Stein, *Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen and Fairchild*, 23 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 667 (2003); פורת, לעיל הערה 108; אריאל פורת "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות" משפטים לג 477 (2003); אריאל פורת "אחריות בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדוייק או משפט?" עיוני משפט כז 357 (2003); אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" משפטים כג 311 (1994); אריאל פורת, אלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998); בועז שנוור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים לז 177 (2007). לגישה ביקורתית או מסתייגת בדבר אחריות הסתברותית ראו גלעד וגוטל, לעיל הערה 79; קמיל פוקס, בנימין שמואלי, ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" עיוני משפט כז 323 (2003); קמיל פוקס, בנימין שמואלי, ורון שפירא "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" מחקרי משפט כג 855 (2007).

מ-50%, לא יצליח החולה להוכיח לפי מאזן הסתברויות שזקו נגרם עקב רשלנות הרופא, ותביעתו תידחה.¹¹⁷

כאשר באופן שיטתי ההסתברויות לקיומו של קשר סיבתי פחותות מ-50% (להלן "הטיה שיטתית כלפי מטה"), אחריות הסתברותית עשויה להיות מוצדקת מבחינה הרתעתית (כך אף, אם כי במידה פחותה, כאשר באופן שיטתי ההסתברויות גבוהות מ-50%¹¹⁸), שכן בלעדיה לא יישא הרופא (כל) נזקי התרשלנותו, והרתעתו תהיה הרתעת-חסר. אחריות הסתברותית משמעה שאחריות הרופא היא מכפלה של גובה הנזק וההסתברות שנגרם מרשלנותו.¹¹⁹ אחריות הסתברותית מוצדקת אף אם הרופא יכול לזהות מראש אם בפניו מקרה שבו ההסתברות פחותה מ-50% בלא תלות בשאלה אם באופן שיטתי ההסתברות של הקשר הסיבתי פחותה מ-50%: לפי השיטה שבה האחריות מוטלת על פי מאזן ההסתברויות ("שיטת הכול או לא כלום"), די בכך שידע שבפניו מקרה של פחות מ-50% כדי שיהיה סמוך ובטוח שבכל מקרה לא תוטל עליו אחריות בגין הנזק שייגרם לחולה, אף אם התרשל בטיפול בו.

מנקודת מבט הרתעתית לא היה צורך באחריות הסתברותית אילו בצד המקרים שבהם הסתברות גרם הנזק פחותה מ-50% היו מקרים אחרים, דומים, שבהם הסתברות זו גבוהה מ-50%, והרופא לא היה יכול לזהות מראש אם בפניו מקרה של פחות מ-50%. למשל, אילו הייתה סימטרייה בין המקרים שמתחת ל-50% למקרים שמעל ל-50% באופן שעל כל מקרה שבו הסתברות הקשר הסיבתי היא 20% היה מקרה דומה שבו ההסתברות היא 80%, על כל מקרה של 30% היה מקרה דומה של 70% וכד', איום האחריות על הרופא הרשלן היה זהה על פי שיטת הכול או לא כלום ועל פי שיטת האחריות ההסתברותית (בהנחה שהנזק זהה

117 שאלה שאיני עוסק בה כאן היא עד כמה אפשר במשפט הנוהג להטיל אחריות בהסתמך על סטטיסטיקה בלבד (naked statistics). למשל, עשויה לעלות השאלה אם אפשר להטיל אחריות על רופא אף בהיעדר כל ראיות קונקרטיות לרשלנותו רק מכיוון שהסטטיסטיקה מלמדת שהנזק שממנו סובל החולה נגרם ב-80% מן המקרים עקב רשלנות הרופא. במקרים שנדונים בטקסט ההנחה היא שרשלנות הוכחה כנדרש על ידי המשפט הנוהג, ואי-הוודאות נותרה בעניין הקשר הסיבתי בלבד.

118 כאשר ההסתברות היא באופן שיטתי גבוהה מ-50% (אך קטנה מ-100%), וחל הכלל המסורתי של עודף הסתברויות, תוטל על הרופא אחריות גבוהה מדי (בגין כל הנזק שנגרם אף על פי שההסתברות שהרופא גרמו פחותה מ-100%). אלא שכל עוד אין טעויות של בית המשפט או של הרופא כאשר לסטנדרט הזהירות, הרופא יעמוד בסטנדרט הזהירות ולא ישקיע עלויות מניעה מעבר לכך, שכן ידע שדי לו לעמוד בסטנדרט זה כדי להיות פטור מאחריות. טעויות אפשריות של הרופא ושל בית המשפט עלולות ליצור הרתעת-יתר. ראו לעיל פרק ב.2.

119 לדיון במצבים שבהם קיימת הטיה שיטתית כלפי מטה בהוכחת הקשר הסיבתי ולפתרונות שונים אפשריים ראו Saul Levmore, *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, 19 J. LEG. STUD. 691 (1990).

בכל המקרים).¹²⁰ במקרה שבו שתי השיטות יוצרות הרתעה זהה (או דומה) יש יתרון, מנקודת מבט כלכלית, לשיטת ה־הכול או לא כלום, שכן הפעלתה כרוכה בעלויות מנהליות פחותות: על פיה בית המשפט צריך אך להחליט מה סביר יותר – שרשלנות הרופא גרמה לנזק או שלא גרמה לו – ואילו לפי שיטת האחריות ההסתברותית על בית המשפט לקבוע את ההסתברות המדויקת (פחות או יותר) שרשלנות הרופא גרמה לנזק.

בית המשפט העליון עסק לא אחת בשאלת האחריות ההסתברותית. ראשית, עוד לפני שנים רבות קבע בית המשפט העליון כי אפשר להטיל אחריות הסתברותית בגין פגיעה בסיכויי החלמה.¹²¹ שנית, בד"נ בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול נטו מרבית השופטים שישבו לדין לדעה שבאופן עקרוני אפשר להטיל אחריות הסתברותית אף במקרים של הגברת סיכון אם כי התגלעה מחלוקת ביניהם אם יש לעמוד על תנאי ההטיה השיטתית (כלפי מטה או כלפי מעלה) בהוכחת הקשר הסיבתי.¹²²

המקרים שבהם קיימת הטיה שיטתית כלפי מטה בהוכחת הקשר הסיבתי אינם רק מקרי רשלנות רפואית מן הסוג שתואר עד כה. קיימות קבוצות נוספות של מקרים שבהם קיימת הטיה שיטתית כזו, שאז שיטת הכול או לא כלום לא תניב בדרך כלל פיצוי לניזוקים ולכן אף לא תיצור הרתעה אופטימלית כלפי המזיק. אחריות הסתברותית, לעומתה, עשויה לשפר את ההרתעה.

קבוצה אחת כוללת מקרים שבהם זהות המזיק אינה ידועה. במקרי ה־DES, שנדונו בארצות הברית, יצרו יצרנים תרופה ששימשה נשים למניעת הפלות טבעיות. ברבות הימים התברר שרבות מבנותיהן של הנשים שהשתמשו בתרופה לקו בסוג מסוים של סרטן הרחם אשר אפשר לקשור אותו לשימוש אמן בתרופה שנים רבות קודם לכן. לא היה ספק שהתרופה הייתה פגומה, וכי עקרונית מוצדק להטיל אחריות נזיקית על יצרניה. אלא שלמעלה מ־200 יצרנים ייצרו את אותה התרופה ממש, וברוב המקרים לא יכלה התובעת שלקתה במחלה לדעת מי היצרן המסוים שאת תרופתו צרכה אמה שנים רבות קודם לכן. תביעות רבות נדחו עד שבשנת 1980 הכיר בית המשפט העליון של קליפורניה בדוקטרינה

120 לא חייבת להיות סימטרייה מלאה כמו זו המתוארת בטקסט כדי שתושג אותה רמת הרתעה לפי שיטת האחריות ההסתברותית ולפי שיטת "הכול או לא כלום". למשל, אם בליש מן המקרים הסתברות גרם הנזק היא 60%, ובשני שלישים מן המקרים היא 20%, בהנחה שהרופא אינו יכול לזהות מראש אם לפניו מקרה של 60% או 20%, ובהנחה שהנזק בכל המקרים זהה, אותה רמת הרתעה תושג במשטר משפטי של אחריות הסתברותית ובמשטר משפטי של "הכול או לא כלום". בשני המשטרים המשפטיים תוחלת האחריות המשפטית של הרופא הרשולן תהיה בנתונים אלו שליש מן הנזק שעלול להיגרם לחולה.

121 ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988).

122 דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם כנבו, 29.8.2010). לדין, ראו אריאל פורת "אחריות הסתברותית לאחר פסק-דין מלול" ספר שלמה לוי (פורסם ב-2012).

משפטית חדשה הנקראת "אחריות לפי נתח שוק" (Market Share Liability). לפי שיטת אחריות זו, כל יצרן חויב לפצות את התובעות לפי נתח השוק שהיה לו במועדים שבהם צרכו אמותיהן את התרופה.¹²³ אחריות זו היא סוג מסוים של אחריות הסתברותית.¹²⁴ בלעדיה יצרנים לא יורתעו כראוי אם ידעו שבעתיד, עת מוצריהם יגרמו נזקים, לא יהיה אפשר להוכיח שדווקא המוצר שלהם הוא שגרם להם. אחריות לפי נתח שוק מפחיתה את בעיית הרתעת-החסר ששיטת הכול או לא כלום יוצרת, אם כי יישומה אינו נקי מקשיים.¹²⁵ קבוצה שנייה של מקרים היא מקרה הראי של הקבוצה הראשונה, והיא כוללת את אותם המקרים שבהם זהות הניזוק אינה ידועה. נניח למשל שמעוול יצר סיכון של קרינה רדיואקטיבית כלפי אוכלוסייה גדולה, ואפשר להוכיח תוך שימוש בנתונים סטטיסטיים שמספר מקרי הסרטן באזור עלה מ-80 בשנה ל-100 בשנה. נתונים אלו מלמדים שמתוך 100 חולי סרטן 20 לקו במחלה עקב ההתנהגות העוולתית, אך אי אפשר לזהותם מתוך הקבוצה של 100 החולים. היעדר אחריות במקרה זה, עקב היעדר היכולת להוכיח קשר סיבתי בין הקרינה לבין נזקו של איש מן החולים, יביא לידי הרתעת-חסר: המעוול לא יישא באחריות כלשהי אף על פי שניכר שגרם ל-20 בני אדם לחלות בסרטן. גם כאן אפוא הרתעת-החסר נובעת מהטיה שיטתית כלפי מטה בהוכחת הקשר הסיבתי. לעומת זאת פתרון של אחריות הסתברותית יגרום שהמעוול יישא בנזקי עוולתו, והרתעתו תהיה אופטימלית.¹²⁶

לעומת דוקטרינת האחריות לפי נתח שוק, שאומצה בארצות הברית באשר למקרי ה-DES, שבהם זהות המזיק אינה ידועה, לא אומצה דוקטרינה דומה באשר למקרים שבהם זהות הניזוק אינה ידועה. הטלת אחריות לפי נתח שוק, כבמקרי ה-DES, גורמת בסופו של

123 Sindell v. Abbott, 607 P.2d 924 (Cal. 1980)

124 אך זהו מקרה מיוחד, שכן בסוף היום, לאחר שמתבררות כל התביעות, אמור כל יצרן לשלם למעשה על הנזקים שגרם בפועל. ראו פורת, אחריות קיבוצית, לעיל הערה 116.

125 לעתים יקשה על היצרן להוכיח שהפחית את הנזק, ואז הוא עלול שלא להשקיע השקעה יעילה בהקטנתו, שכן התועלת שבהקטנה תחלק בין כל היצרנים, וכך הוא לא יפנים את כולה. פתרון תאורטי, שאינו מעשי ככל שמדובר במקרי ה-DES, הוא להטיל אחריות על כל היצרנים לכל הנזק שנגרם. במקרים אחרים של ריבוי מזיקים, כאשר אי אפשר לדעת לכמה נזק גרם כל מזיק, פתרון אפשרי הוא להטיל אחריות על כל מזיק בגובה ההפרש שבין הנזק של כולם לנזק האופטימלי של כולם. ראו Robert Cooter, Ariel Porat, *Total Liability for Excessive Harm*, 36 J. LEG. STUD. 63 (2007). לבסוף, אחריות לפי נתח שוק עלולה להיות קשה מאוד ליישום, שכן היא מחייבת לכאורה לבדוק בכל תביעה ותביעה מה נתח השוק הרלוונטי לכל יצרן במקרה המסוים שבגינה הוגשה התביעה. במדינת ניו יורק נמצא פתרון הולם לבעיה זו, כאשר בית המשפט העליון שם פסק שיש לקבוע את נתח השוק לכל יצרן בארצות הברית כולה, ולהחיל אותו בכל המקרים מבלי לבדוק את נתח השוק הרלוונטי לכל תביעה ותביעה: Hymovitz v. Eli Lilly Co, 539 N.E. 2d 1069 (N.Y. 1989).

126 פורת, פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי, לעיל הערה 108, בעמ' 634-637.

דבר שלאחר בירור התביעות, מעוולים נושאים בנזקים שיצרו, ניזוקים שנפגעו מהתנהגות עוולתית מפוצים בגין הנזקים שנגרמו להם עקב כך, והמעוולים מאפשרים, בתשלומי הפיצויים שלהם, את הפיצוי לניזוקים שלהם (גם אם אי אפשר לדעת מיהו ניזוקו של מי). במקרים שבהם זהות הניזוק אינה ידועה, כבדוגמת הקרינה, המצב שונה. אמנם בשל אחריות הסתברותית המזיק יישא בנזקים שגרם להם בעוולה, אך הפיצוי יינתן לרבים שלא סבלו נזק כלשהו בגלל התנהגותו העוולתית של המזיק, ואילו אלו שסבלו נזק בגלל התנהגות זו יקבלו פיצוי חלקי בלבד. למרות הבדלים אלו, מנקודת מבט הרתעתית¹²⁷ שני סוגי המקרים מצדיקים הטלת אחריות הסתברותית, שכן בשניהם הטיה שיטתית כלפי מטה בהוכחתו של הקשר הסיבתי תביא להרתעת-חסר אם שיטת המשפט תדבק בשיטה של הכול או לא כלום.¹²⁸

3. סיכונים עוולתיים

תנאי לקיומו של קשר סיבתי משפטי בין התנהגותו העוולתית של המזיק לבין הנזק הוא שהנזק התממש מסיכון שהגדיר את התנהגותו של המזיק כעוולתית. יישומו של תנאי זה על ידי בתי המשפט עלול להיות שגוי ולהביא להרתעת-חסר. הרתעה אופטימלית לעומת זאת תושג אם המזיק יישא בכל הנזקים שנבעו מן הסיכונים הצפויים שהוגברו על ידי התנהגותו העוולתית, באין שיקולי מדיניות מיוחדים המחייבים אחרת (ובכפוף כמובן לכך שהניזוק אינו מונע-נזק זול יותר).

אפשר להמחיש את הבעייתיות שביישום תנאי הסיכונים העוולתיים באמצעות פסק דין פלוני¹²⁹ נ' בית חולים בני ציון. במקרה זה מת העובר ברחמה של התובעת. סיבת המוות הייתה חסימת חבל הטבור בגלל קשר שנוצר בו. מתברר שהרופאים התלבטו כמה ימים קודם לכן אם לבצע ניתוח קיסרי והחליטו שלא לעשות זאת. הם שלחו את התובעת לביתה מתוך הנחה שבתוך כמה ימים תלד לידה טבעית. התלבטותם אם לבצע ניתוח קיסרי נבעה

127 מנקודת מבט של צדק מתקן יכול שיהיה הבדל בין שני המצבים אם כי אף בכך אפשר להטיל ספק. פורת, שם.

128 נושא אחר שעניינו אחריות הסתברותית, שבו לא אדון כאן, נוגע לאחריות בגין נזקים עתידיים. ראו Ariel Porat, Alex Stein, *Liability for Future Harm*, in PERSPECTIVES ON CAUSATION (Hart Publishing, Richard S. Goldberg ed., 2011) 221. שאלת האחריות בגין נזקים עתידיים נדונה בבית המשפט העליון, ואף שבמקרה שנדון שם לא ניתנו פיצויים בגין נזקים עתידיים, הרעיון לא נפסל באופן עקרוני. ראו רע"א 9670/07 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.7.2009). לדיון באשר ליתרונותיה של אחריות הסתברותית במצבים שבהם יש חשש לאי-הסולבנטיות של הנתבע ראו Alexander Stremitzer, Avraham Tabbach, *Insolvency and Biased Standards – the Case for Proportional Liability* (2009).

129 ע"א 2714/02 פלוני נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה, פ"ד נח(1) 516 (2003).

מגודלו של העובר, שהיה על הגבול שמעבר לו נהוג לבצע ניתוח קיסרי. לא הייתה להם כל סיבה לחשוד שעלולה להיווצר חסימה של חבל הטבור. בית המשפט העליון אימץ את קביעתו של בית המשפט המחוזי שלא הוכחה התרשלותם של הרופאים. עם זאת קבע שגם אם הרופאים התרשלו, אין להטיל עליהם אחריות בגין הנזק שאירע. אמנם יש קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לבין הנזק, מכיוון שאם הרופאים היו מבצעים ניתוח קיסרי הייתה נמנעת חסימתו של חבל הטבור. אולם, סבר בית המשפט העליון, אין מתקיים קשר סיבתי משפטי בין התרשלות הרופאים, אם הייתה כזו, לבין מות העובר. זאת מכיוון שההצדקה האפשרית לביצוע הניתוח הקיסרי לא הייתה הסיכון שהתממש בפועל – קרי חסימת חבל הטבור – אלא סיכון אחר שלא גרם בפועל כל נזק והוא הסיכון של לידת תינוק גדול בלידה טבעית. בית המשפט סירב אפוא להטיל אחריות מכיוון שסבר שלא התקיים התנאי המכונה כאן "תנאי הסיכונים העולתיים".

מדוע החלטה זו של בית המשפט עלולה להביא להרתעת-חסר? נניח שהסיכון לעובר מכריכת חבל הטבור ומעור סיכונים אחרים, שאכנה אותם "סיכונים רגילים" או "סיכונים רקע", הוא 30 (סיכון לנזק A), ושהעלות של ניתוח קיסרי היא 80.¹³⁰ נניח שניתוח קיסרי מונע את כל הסיכונים הרגילים ומפחיתם לאפס. במצב העניינים ה"רגיל" אין הצדקה אפוא לניתוח קיסרי. עוד נניח שגודל העובר, שהוא סיכון חריג, מוסיף סיכון של 70 (סיכון לנזק B), ושאר סיכון זה מופחת לאפס בניתוח קיסרי. במצב עניינים זה ניתוח קיסרי מוצדק (70 < 30 + 80). לפי שיטתו של בית המשפט בעניין פלונית, הרופא אינו מסתכן בנשיאה באחריות כלשהי בגין התממשות הסיכונים הרגילים שתוחלתם 30 (סיכון A), ועל כן הוא לא יבחר בניתוח קיסרי אשר עולה לו (או לבית החולים) 80. במקום זאת יעדיף לשאת בסיכון של אחריות משפטית של 70 בגין הסיכון החריג (סיכון B). כאמור, תוצאה בלתי רצויה ובלתי יעילה זו תימנע אם הרופא יהיה אחראי במקרה זה הן בגין התממשות הסיכונים הרגילים (A) והן בגין התממשותו של הסיכון החריג (B).

איי-הטלת אחריות בגין הסיכון לנזק A לא יגרום להרתעת-חסר אם הסיכון לנזק B גדול דיו כדי לתמרץ את נקיטת אמצעי הזהירות לברו. למשל, אם סיכון לנזק B היה 90 ולא 70 אף בלעדי אחריות של הרופא לסיכון לנזק A, הוא היה נוקט את אמצעי הזהירות שעלותם 80. אולם מאחר שהסיכון לנזק B יכול להיות גם 70, ומאחר שדיני הרשלנות קובעים סטנדרט אשר צריך לחול ולהתאים לכל המקרים, הטלת אחריות על הרופא לכל הסיכונים שנקיטת אמצעי הזהירות הייתה מונעת היא שתבטיח הרתעה יעילה שלו.

130 יש לשים לב שסיכונים אלו אינם בלתי צפויים מבחינה טכנית אף אם כל אחד מהם מתממש לעתים רחוקות למדי; רופאים, כך יש להניח, מודעים לדבר קיומם.

גישת ההרתעה האופטימלית אינה עומדת בסתירה להבנה נכונה של תנאי הסיכונים העולתיים. החובה על הרופא לנקוט אמצעי זהירות שעלותם 80 אינה בשל סיכון לנזק A או בשל סיכון לנזק B אלא בשל שני הסיכונים גם יחד. כל אחד מן הסיכונים הוא גורם-בלעדיו אין להטלתה של החובה על המזיק לפעול להפחתת הסיכונים ל-0. לכן אם יתממש איזה מבין שני הסיכונים, מוצדקת הטלת אחריות על המזיק.

מסקנתי היא שתנאי הסיכונים העולתיים יכול לשמש לכל היותר לשם הבהרה שאין להטיל אחריות נזיקית בגין נזקים בלתי צפויים מבחינה טכנית או בגין נזקים שאינם מקיימים את תנאי הנטייה הסיבתית,¹³¹ שכן הסיכונים שנזקים אלו נובעים מהם אינם מגדירים את התנהגותו של המזיק כעולתית. תנאי הסיכונים העולתיים יכול אף לשמש עוגן לבית המשפט לפטור את המזיק מאחריות נזיקית כאשר שיקולי מדיניות מצדיקים התעלמות מן הסיכונים שמהם נבעו הנזקים אף על פי שסיכונים אלו הוגברו על ידי התנהגותו של המזיק.¹³²

4. קיזוז סיכונים

לעתים מזיק מגדיל סיכונים ומפחית סיכונים בעת ובעונה אחת. אם התרשל וגרם לנזק, ראוי – מנקודת מבט כלכלית – שהפיצויים שבהם יחויב ישקפו את הסיכון נטו שיצר, וכך מלכתחילה תעמוד לנגד עיניו של המזיק תוחלת הנזק של התנהגותו העולתית. בפועל בתי המשפט מתעלמים מן הסיכונים שהופחתו, מטילים אחריות גבוהה מדי, ובכך מביאים לידי הרתעת-יתר.¹³³ הדוגמה הבאה תמחיש את הטיעון.

נניח שרופא חייב לבחור בין שתי דרכי טיפול אפשריות לחולה: האחת (דרך א) יוצרת סיכון של 50 לרגל, והאחרת (דרך ב) יוצרת סיכון של 40 ליד. נניח שסיכון 50 משמעו שלחולה יכול להיגרם נזק של 5000 בהסתברות של 1%, וסיכון 40 משמעו שלחולה יכול להיגרם נזק של 4000 בהסתברות של 1%. התועלת בשתי דרכי הטיפול, אם הן מצליחות, היא זהה, עלויות דרכי הטיפול הן זהות, ואי-טיפול כלשהו מסכן את החולה במידה רבה

131 לעיל פרק ג.1.

132 לדיון בתנאי הסיכונים העולתיים ראו אריאל פורת "תנאי הסיכונים העולתיים" יתפרסם בספר תאודור אור; Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 YALE L. J. 82 (2011); ; Symposium: *The Restatement Third on Torts: Expanding Liability for Negligence Per Se*, 44 WAKE FOREST LAW REVIEW 979 (2009).

133 לדיון מפורט בטיעון זה ראו Ariel Porat, *Offsetting Risks*, 106 MICHIGAN L. REV. 243 (2007); ; אריאל פורת "קיזוז סיכונים, אחריות מופרזת ורפואה מגנתית" עיוני משפט ל 9 Benjamin Shmueli, *Offsetting Risks in Tort* (2006). לביקורת על טיעון קיזוז הסיכונים ראו Benjamin Shmueli, *Offsetting Risks in Tort*, 37 FLORIDA STATE U. L. REV. 137 (2010).

מכל אחת משתי דרכי הטיפול. הסיכונים אינם תלויים זה בזה, ולכן אם מתממש הסיכון כאשר נבחרה דרך א, ההסתברות שהיה מתממש הסיכון אילו נבחרה דרך ב היא עדיין 1% בלבד. נניח עתה שהרופא בוחר בדרך טיפול א, ולחולה נגרם נזק של 5000. מובן שעל בית המשפט שיקבע את סטנדרט הזהירות להביא בחשבון שדרך טיפול א יצרה סיכונים אך גם הפחיתה סיכונים שהיו נגרמים בדרך טיפול ב.¹³⁴ אולם במקרה הנדון בית המשפט יגיע בצדק למסקנה שהרופא התרשל אף על פי שדרך טיפול א לא רק הגדילה סיכונים אלא אף הפחיתה סיכונים, שכן כל ההבדל בין שתי דרכי הטיפול, לפי הנחתנו, הוא שדרך א מסוכנת מדרך ב. השאלה היא מה צריך להיות היקף אחריותו של הרופא, דהיינו מה צריך להיות שיעור הפיצויים שבהם יחויב.

נראה שבית משפט יפסוק לחולה פיצוי מלא, שכן הרופא התרשל, ורשלנות זו היא שגרמה לנזק. כלל אחריות זה יביא לידי כך שסיכון האחריות שיושת על הרופא מלכתחילה, אם יבחר בדרך א, יהיה 50. ברם למעשה הרופא יצר, בעת שבחר בדרך א, סיכון של 10 ולא 50, מכיוון שבד בבד עם הגדלת סיכונים של 50 הפחית הרופא סיכונים אחרים, אלה הכרוכים בדרך ב, שגודלם 40. גודלו של הסיכון נטו שיצר הרופא היה אפוא 10 בלבד. על כן מאחר שרצוי שהרופא יאויס מלכתחילה באחריות נזיקית המשקפת את הנזק החברתי שהוא עלול לגרום ברשלנותו, לא פחות אך גם לא יותר, ראוי להטיל עליו אחריות בשיעור של 20% מנזקי החולה, כלומר אחריות בגובה של 1000. עקרון אחריות זה – עקרון "קיוזו הסיכונים" – יביא לידי כך שסיכון האחריות שיושת על הרופא מלכתחילה, אם יבחר בדרך א, יהיה 10 (1% * 1000) ולא 50. זאת ועוד, אפילו היה המשטר המשפטי של אחריות מוגברת ולא של רשלנות, לא היה מוצדק במקרה זה להטיל על הרופא אחריות העולה על 20% משיעור הנזק, שכן הסיכונים של 40 (מתוך ה-50 שנוצרו עקב הבחירה בדרך א) לא נוצרו כלל על ידי הרופא: סיכונים של 40 היו קיימים אתו או בלעדיו.¹³⁵ הטלת אחריות מופרזת על הרופא עלולה לגרום להרתעת יתר¹³⁶ ואף להגביר את הסכנה של רפואה מגננתית:¹³⁷ בשביל הרופא הבחירה בין דרך א לבין דרך ב היא בחירה בין אחריות של 50

134 לעיל פרק ב.3.

135 למניעת סרבול הטיעון של קיוזו הסיכונים איני דן במקרה שבו ההבדל בין שתי דרכי הפעולה נובע מתועלות שונות ולא מסיכונים שונים. למשל, אם דרך א ודרך ב בדוגמה הנידונה בטקסט כרוכות באותם סיכונים אך בתועלות שונות שההפרש בין תוחלותיהן הוא 10, בחירה של הרופא בדרך שתועלתה פחותה צריכה לכאורה להניב אחריות משפטית בגין רשלנות. אם כך, אחריותו של הרופא, כל עוד היא מבוססת על הרעיון שהרופא חייב להפנים את הנזק החברתי שהוא יוצר ברשלנותו, צריכה לשקף את ההפרש שבין התועלות, ותוצאה זו תושג אם תוחלת אחריותו של הרופא שבחר בדרך המועילה פחות תעמוד על 10.

136 ראו דיון לעיל פרק ב.3.

137 ראו דיון שם.

לבין אחריות של 0 (בהתקיים כלל של רשלנות), ואילו מנקודת מבט חברתית מדובר בבחירה בין נזק חברתי של 50 לעומת נזק חברתי של 40.

הבעיה העולה מהאופן שבו בתי המשפט פוסקים פיצויים בסוג זה של מקרים אינה מתעוררת מלכתחילה כאשר הרופא נדרש לבחור בין שתי דרכי פעולה הכרוכות בנזקים ודאיים (להבדיל מסיכונים). במקרה זה יפעיל בית המשפט את מבחן האלמלא ויקזז את הנזק שהיה נגרם אילו בחר הרופא בדרך ב מן הנזק שנגרם בפועל עקב הבחירה בדרך א, ויפסוק לתובע את ההפרש. פסיקה כזו תביא לידי כך שמלכתחילה תשווה תוחלת האחריות הנזיקית של הרופא לסיכון שגרם ברשלנותו.

הבעיה תיפתר כפי הנראה על פי כללי הסיבתיות הנוהגים במקרה שבו קיימת חפיפה מלאה בין הסיכונים אף על פי שההסתברות להתממשותם, לו נבחרה הדרך הסבירה, נמוכה. נניח למשל שדרך ב כוללת סיכונים שנסמנם 1, 2, 3, 4, אשר ההסתברות להתממשותם קטנה יחסית, ודרך א כרוכה בסיכונים 1, 2, 3, 4, 5. כלומר, רשלנות הרופא שבחר בדרך א הגדילה את הסיכון של החולה בהוסיפה לו את סיכון 5 ותו לא. לשם המחשה, סיכונים 1, 2, 3, 4 עשויים להיות סיכונים שונים ליד, ואילו סיכון 5 עשוי להיות סיכון מסוים לרגל. נניח עתה שבפועל התממש אחד מן הסיכונים 1-4, כלומר אותם סיכונים שהחולה היה חשוף להם באותה מידה אף אילו בחר הרופא בדרך ב, אם כי ההסתברות שלא היו מתממשים אילו נבחרה דרך ב היא גבוהה מאוד. האם יטיל בית המשפט אחריות על הרופא? מהסיבות שציינתי הפתרון הראוי הוא שכל עוד המטרה היא שאחריות הרופא תשקף את הנזקים החברתיים שגרם ברשלנותו, תוטל על הרופא אחריות רק אם התממש סיכון 5 אך לא אם התממש אחד הסיכונים האחרים. תוצאה זו אפשר להשיג על נקלה באמצעות רעיון הנטייה הסיבתית שנדון לעיל:¹³⁸ הנטייה הסיבתית אינה מתקיימת בסיכונים 1-4, ולכן אין להטיל אחריות בגינם. לא כן סיכון 5, שהוא ורק הוא הסיכון שאותו יצר הרופא בבחירתו הרשלנית. מכאן אף אפשר להבין את הבעייתיות שיש בהטלת אחריות בגין כל הנזק על הרופא בדוגמה הקודמת, שבה הסיכון מדרך טיפול א היה לרגל, ואילו הסיכון מדרך טיפול ב היה ליד. בפועל הגביר הרופא את הסיכון הכולל לחולה רק ב-10 ולא ב-50, ולפיכך אחריותו צריכה להיות בגין חלק זה של הסיכון שהתממש, שאותו הוסיף הרופא על הסיכון שהיה קיים כך או אחרת. הדרך להשיג תוצאה זו היא להטיל על הרופא אחריות בשיעור של 20% מן הנזק.

שאלה דומה של קיזוז סיכונים עשויה להתעורר במצבים שונים שבהם המזיק הרשלן מגדיל סיכונים ומפחית סיכונים בעת ובעונה אחת לא רק כלפי הניזוק, כמו בדוגמת הרופא והחולה, אלא כלפי בני אדם שונים. בסוג זה של מקרים המשפט יהסס יותר בבואו ליישם

138 לעיל פרק ג.1.

את רעיון קיזוז הסיכונים, שכן הוא בעייתי מאוד מנקודת מבט של צדק מתקן. למשל, אם אדם מחיש אדם אחר לבית החולים ובכך מפחית את סיכונו ב־40, אך בה בעת מגביר סיכון למשתמשים בדרך ב־50 ואף פוגע באחד מהם וגורם לו נזק של 5000, לפי עקרון קיזוז הסיכונים אחריותו כלפי הניזוק תהיה 1000 בלבד. תוצאה זו בעייתית מאוד מנקודת מבט של צדק מתקן, שכן היא מביאה לידי כך שפיצוייו של הניזוק יופחתו משום שצד שלישי זכה בטובת הנאה עקב הגברת סיכון רשלנית כלפיו. עניין זה, על פי עקרונות הצדק המתקן, אינו נוגע למערכת היחסים של המזיק והניזוק, ועל כן איננו צריך להשפיע עליה. לסיכום, כדי להטיל על הרופאים אחריות ששיעורה כשיעור הנזק החברתי שגרמו במצבים של בחירה בין שתי דרכי פעולה או יותר, יש להחיל את נוסחת הפיצוי הזאת:

$$L = D(A - B) / A$$

בנוסחה זו L מסמנת את שיעור האחריות שמוצע להטיל, A מסמנת את תוחלת הנזק של הפעולה הרשלנית שהרופא בחר בה, B מסמנת את תוחלת הנזק של הפעולה הסבירה שבה היה על הרופא לבחור, ו-D מסמנת את שיעור הנזק שנגרם בפועל. יישום הנוסחה בדוגמה שבתחילת פרק זה, שעל פיה תוחלת הנזק של הפעולה הרשלנית היא 50, תוחלת הנזק של הפעולה הסבירה היא 40, והנזק שנגרם הוא 5000, יביא לידי הטלת אחריות על הרופא בגובה של 1000.

בפועל אין לצפות שבתי משפט יחשבו במדויק את הפיצוי על פי הנוסחה המוצעת, שכן הם יתקשו לעתים לאמוד את תוחלות הנזק הדרושות להפעלתה. עם זאת המחוקק יכול לפרוס לפני בתי המשפט אפשרויות אחדות של פיצוי שיהיה עליהם לבחור מתוכן, תוך הנחייתם, בנוסחת הפיצוי המוצעת. למשל, המחוקק יכול לקבוע כי במקרים שבהם יש תחולה לעקרון קיזוז הסיכונים רשאי בית המשפט לפסוק פיצוי בגין מלוא הנזק, בגין שלושה רבעים ממנו, בגין חצי מהנזק או בגין רבע ממנו. רעיון זה טרם נקלט במשפט הישראלי או האנגלו-אמריקאי.

חלק ד: סעדים

1. פיצויים לעומת צווי

שתי תרופות עיקריות עומדות לרשותם של בתי המשפט בדונם בתביעות נזיקיות: פיצויים וציוויים. פיצויים הם צופי פני עבר,¹³⁹ ואילו ציוויים הם צופי פני עתיד.¹⁴⁰ במרבית

¹³⁹ אם כי לעתים עשויה להיות פסיקת פיצויים בגין נזקים עתידיים. ראו לעיל הערה 128.

התביעות הנזיקיות ציוויים אינם רלוונטיים, שכן הנזק כבר אירע, ותרופת הפיצויים היא היחידה הבאה בחשבון. אולם קיימים מקרים – ודיני המטרדים הם הדוגמה הטובה ביותר לכך – שלבית המשפט יש לכאורה אפשרות לשקול אם ליתן צו ולמנוע נזקים עתידיים או שמא לאפשר למעוול לגרום את הנזק אך לחייבו בפיצויים לאחר שיארע.

הבחירה בין צו לבין פיצויים נדונה באחד המאמרים הקלסיים בניתוח הכלכלי של המשפט, מאמרם של קלברזי ומלמד.¹⁴¹ קלברזי ומלמד מציעים ארבעה כללים עיקריים שבאמצעותם אפשר להסדיר את התחום של דיני המטרדים (המקרה המרכזי שבאמצעותו הם מדגימים את טענתם הוא של גרם זיהום). שני הכללים הראשונים (כלל 1 וכלל 2) מתייחסים למצב שבו הזכאות ניתנת לקרבן, דהיינו לקרבן יש זכאות מהותית לחיות ללא זיהום, ושני הכללים האחרונים (כלל 3 וכלל 4) מתייחסים למצב שבו הזכאות ניתנת למזהם, דהיינו למזהם יש זכאות מהותית לזהם. כל אחת מן הזכאויות ניתנת להגנה באחת משתי דרכים: על ידי כלל קנייני (כלל 1 וכלל 3) או על ידי כלל אחריות (כלל 2 וכלל 4). הגנה של כלל קנייני משמעה שאיש אינו רשאי ליטול את הזכאות מבעליה בלא הסכמתו, ועל כן אם היא תופר הוא יהיה זכאי לקבל צו מבית המשפט שיגן על זכאותו מפני המפר. הגנה של כלל אחריות משמעה שאפשר ליטול את הזכאות מן הזכאי אף בלא הסכמתו, אך יש לפצות אותו בגין הפגיעה שנגרמה לו.

נקודת המוצא היא שכאשר עלויות עסקה הן נמוכות, כדי להשיג יעילות כלכלית אין זה משנה למי ניתנת הזכאות מלכתחילה, למזהם או לקרבן (אם כי יש לכך השלכות חלוקתיות כמוכן). הטעם לכך הוא, כפי שלמדנו מ־Coase, שכך או אחרת הצדדים יסדירו את יחסיהם באופן שהנזק יימנע בדרך הזולה ביותר האפשרית, אם אכן ראוי למנוע אותו.¹⁴² למשל, אם

140 אם כי יכולים להינתן אף צווים לתיקון נזקים שאירעו בעבר. ראו למשל סעיף 2 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים, תשנ"ב-1992.

141 Guido Calabresi, A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972) מאמרים מאוחרים מזה הוסיפו ושכללו את הכללים שהציעו קלברזי ומלמד. ראו למשל, Lucian Bebchuk, *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral*, 100 MICH. L. REV. 601 (2001); Ian Ayres, *Protecting Property with Puts*, 32 VAL. U. L. REV. 793 (1998); Ronen Avraham, *Modular Liability Rules*, 24 INT'L REV. L. ECON. 269 (2005); Abraham Bell, Gideon Parchomovsky, *Liability Rules*, 101 MICH. L. REV. 1 (2002); Gideon Parchomovsky, Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 NW. U. L. REV. 1823 (2009); Saul Levmore, *Unifying Remedies: Property Rules, Liability Rules, and Startling Rules*, 106 YALE L. J. 2149 (1997). ליישום כללים אלו במקרים של יצירת טובות הנאה, להבדיל מגרם נזק, ראו Ariel Porat, *Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits*, 108 MICH. L. REV. 189 (2009).

142 לעיל פרק א.6.

הכלל יקבע כי לקרבן יש זכאות לחיות בלא זיהום, אך יתברר במקרה נתון שעלויות המניעה של המזהם גבוהות מן הנזק של הקרבן, יסכימו הצדדים ביניהם שהקרבן ירשה למזהם להמשיך לזהם, ובתמורה ישלם לו המזהם סכום כסף אשר יכסה לפחות את נזקיו. לפיכך כאשר עלויות עסקה הן נמוכות, אפשר להסתפק בהגנה של כללי קניין, ואף אין זה משנה, מנקודת מבט של יעילות כלכלית, למי ניתנה הזכאות.

המצב משתנה כאשר מניחים עלויות עסקה גבוהות אשר עלולות למנוע עסקה בין המזהם לקרבן. למשל, אם קיים מזהם אחד אך מאות קרבנות, עלויות העסקה הן גבוהות, והסיכוי שהצדדים יצליחו להגיע לעסקה ביניהם קטן. במקרה זה נקודת המוצא היא שיש לקבוע זכאות לטובת מי שאינו מונע-הנזק הזול ולהגן על זכאותו באמצעות כלל קנייני, ובכך לתמרץ את מונע-הנזק הזול למנוע את הנזק. אם ברור שאין ראוי למנוע את הנזק, שכן עלויות המניעה גבוהות מתוחלתו, או אם ברור שהקרבן הוא מונע-הנזק הזול, יש להקנות את הזכאות, המוגנת על ידי כלל קנייני, למזהם (כלל 3). אם לעומת זאת ברור שהמזהם הוא שיכול למנוע את הנזק בדרך זולה יש להקנות את הזכאות, המוגנת על ידי כלל קנייני, לקרבן (כלל 1). כאשר חל כלל 3, איש לא יוכל למנוע מן המזהם לזהם בלא הסכמתו, ואילו כאשר חל כלל 1, איש לא יוכל לאלץ את הקרבן לחיות עם הזיהום. כל ניסיון להפר את הזכאות יקנה לבעל הזכאות את הכוח לפנות לבית המשפט ולבקש צו מניעה שיפסיק את ההפרה (לבחירה בין כלל 1 וכלל 3 קיימות כמובן אף השלכות חלוקתיות).

אולם לעתים אין זה ברור מה הפתרון היעיל: אין זה ברור מי מונע-הנזק הזול, ואף אין זה ברור אם יש בכלל מונע-נזק זול. כאן נכנסים כללי האחריות לתמונה. אם הזכאות היא לקרבן, הגנה של כלל אחריות (כלל 2) משמעה שהמזהם רשאי לזהם אך עליו לפצות את הקרבן בגין נזקיו. אם המזהם יכול למנוע את הנזק בעלות נמוכה מגודל הנזק שבו הוא נושא, הוא ימנע אותו, ואם עלות המניעה גבוהה מנזק זה, הוא ימשיך בזיהום ויפצה את הקרבן בגין נזקיו. הפנמת נזקיו של הקרבן על ידי המזהם מבטיחה אפוא שהזיהום יתקיים רק אם הוא יעיל. אם לעומת זאת הזכאות היא למזהם, הגנה של כלל אחריות (כלל 4) משמעה שהקרבן רשאי להורות למזהם להפסיק לזהם (ואף לפנות לבית המשפט, אם המזהם מסרב, כדי שיחייב אותו לעשות כן), אך עליו לפצות את המזהם בגין הנזק שנגרם לו מהפסקת הזיהום. נזק זה יכול להיות עלויות מניעה שהמזהם נאלץ להוציא כדי להפסיק את הזיהום, ובמקרה הקיצוני – העלות הכרוכה בהפסקת פעילותו כליל. אם העלויות של המזהם במניעת הנזק שתיכפה עליו על ידי הקרבן – שבהן יישא הקרבן – קטנות מן הנזק שנגרם לקרבן, הוא יפעיל את כוחו להפסיק את הזיהום וישלם בגין עלויות הפסקת הזיהום, אך אם עלויות אלו של המזהם גבוהות מן הנזק שנגרם לקרבן, לא יעשה הקרבן דבר והנזק יוסיף וייגרם. הפנמת עלויותיו של המזהם במניעת הנזק על ידי הקרבן מבטיחה אפוא שהזיהום יתקיים רק אם הוא יעיל, ממש כמו בהתקיים כלל 2. מכאן אף עולה שכאשר אין

זה ברור אם ראוי למנוע את הנזק, או אין זה ברור מי מונע הנזק הזול, הן כלל 2 והן כלל 4 עשויים להיות פתרון הולם.¹⁴³

כדי להמחיש את אופן פעולתם של כללי האחריות 2 ו-4, וכן את הדרך לבחור ביניהם כדי להשיג יעילות כלכלית, נניח שהנזק הוא 100, אך אין זה ברור אם עלות מניעתו קטנה מ-100, שאז מניעתו יעילה, או גבוהה מ-100, שאז מניעתו אינה יעילה. על פי כלל 2 המזהם ימנע את הנזק אם עלות המניעה קטנה מ-100, למשל 50, ולא ימנע אותו אם עלותו גדולה מ-100, למשל 150. כך או אחרת תושג התוצאה היעילה, כאשר ההחלטה כיצד לנהוג היא בידי המזהם. כלל 4 לעומת זאת נותן את ההחלטה לקרבן, אך בדיוק לפי אותם פרמטרים שהנחו את המזהם לפי כלל 2. הפעם הקרבן, ולא המזהם, הוא שיצטרך להחליט אם להפסיק את הזיהום או לא, כאשר הוא נושא בעלויותיו של המזהם במניעת הנזק. לכן, תחת כלל 4, הקרבן יהיה זה שישווה את נזקיו עם עלויות המניעה של המזהם, ויחליט את אותן החלטות שהחליט המזהם תחת כלל 2: אם עלות המניעה היא 50, הוא יעדיף לשלם למזהם 50 ולחייב אותו למנוע את הנזק של 100, אך אם עלות המניעה היא 150, הוא לא יעשה דבר ויאפשר את המשך גרם הנזק. ממילא, תושגנה אף כאן התוצאות היעילות כלכלית.

הבחירה בין כלל 2 לבין כלל 4 תעשה בהתאם לקשיי הפעלתם בבית המשפט ולסיכוני הטעות הכרוכים בהפעלתם (לבחירה בין הכללים יש אף השלכות חלוקתיות). אם החשש שבית המשפט ישגה בהערכת נזקיהם של הקרבנות גדול מן החשש שישגה בהערכת עלויות המניעה של המזהמים, כלל 4 עדיף על כלל 2, ואם החשש הוא הפוך, כלל 2 עדיף על כלל 4. הטעם לכך הוא שכלל 4 מחייב את בית המשפט להעריך את עלויות המניעה של המזהמים ואילו כלל 2 מחייבו להעריך את נזקיהם של הקרבנות.

שאלת הסעדים שבית המשפט רשאי ליתן בתחום דיני המטרדים נדונה לפני כמה עשרות שנים בבית המשפט העליון בעניין אתא נ' שוורץ.¹⁴⁴ באותו מקרה שלל בית המשפט העליון את האפשרות ליתן פיצויים (כלל 2) במקום צו מניעה (כלל 1), שעה שמדובר במטרד אשר גורם נזק ממשי, על אף שלשון פקודת הנזיקין אינה מחייבת מסקנה

143 במקרה של מטרד ליחיד עומד לעתים קרובות מזהם אחד מול קרבן אחד, שאז עלויות העסקה הן בדרך כלל נמוכות, ואילו במקרה של מטרד לציבור עומד בדרך כלל מזהם אחד מול מספר רב של קרבנות, שאז עלויות העסקה הן גבוהות. הבדל זה יכול להצדיק הגנה באמצעות כללים קנייניים במקרה הראשון (קרי: אם בעל הזכאות הוא הקרבן, הוא יוכל לזכות בצו מניעה לשם הפסקת המטרד), וכללי אחריות במקרה השני (קרי: אם בעלי הזכאות הם הקרבנות, תרופתם תהיה בדרך כלל פיצויים). אולם גם במקרה של מטרד ליחיד יכול שעלויות העסקה תהיינה גבוהות בגלל ריבוי צדדים, בדרך כלל ריבוי קרבנות. ראו דיון להלן בהמשך הפרק.

144 ע"א 44/76 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976).

כזו.¹⁴⁵ הגישה הכלכלית, כולל מאמרם של קלברזי ומלמד, אוזכרה בפסק הדין כתמיכה אפשרית למתן סעד של פיצויים במקום צו, אך נדחתה בלא דיון ממש. תיקון מאוחר יותר של פקודת הנזיקין מאפשר לבית המשפט ליתן פיצויים במקום צו במקרים מסוימים של שימוש במקרקעין הדרוש לטובת הציבור.¹⁴⁶ פסיקה מאוחרת יותר, לאחר פסק דין אתא, מרמזת שבית המשפט יהיה מוכן אולי במקרים מסוימים לשקול מתן פיצויים במקום צו.¹⁴⁷ לבסוף, בעת שניתן פסק דין אתא כמעט לא הייתה מוכרת בישראל הגישה הכלכלית למשפט, וניכר אף שהשופטים שישבו לדין בעניין אתא לא באמת הכירו אותה. המצב השתנה מאז, ואין זה בלתי אפשרי שבמקרה עתידי שיגיע לבית המשפט העליון גישה זו תיבחן ביתר תשומת לב בהקשר של דיני מטרדים. אין פירושו של דבר שבמקרה אתא היה נכון, על פי הגישה הכלכלית, להפעיל את כלל 2 (פיצויים) במקום את כלל 1 (צו מניעה). הדבר תלוי בעיקר בשאלה אם עלויות העסקה בעניין אתא היו גבוהות, ואם כן, עד כמה ברור היה מיהו מונע-הנזק הזול. בין שהעלויות היו נמוכות, ובין שהיה ברור שיוצרת המטרד הייתה מונעת-הנזק הזולה, צו מניעה היה מוצדק על פי הגישה הכלכלית.

2. פיצויים בגין נזקי גוף

אם נפגע רכושו של אדם, אין קושי עקרוני להעריך את נזקו, שכן בדרך כלל אפשר לפנות לשווי השוק ולאמוד את הנזק לפיו. לא כן כאשר אדם נפגע בגופו. במקרים אלו קשה למצוא מדדים מוסכמים ואובייקטיביים שיאפשרו להעריך את הנזק. בשיטת המשפט שלנו, כמו במרבית שיטות המשפט, הפיצויים בגין נזקי גוף מורכבים מיסוד ממוני ומיסוד לא ממוני. הנזק הלא ממוני כולל כאב וסבל, ובמקרים המתאימים קיצור תוחלת חיים וכן אבדן הנאות החיים (אם כחלק מאב הנזק של כאב וסבל ואם כאב נזק עצמאי). הנזק הממוני כולל בעיקר הוצאות ריפוי וסיעוד, והפסד השתכרות.

הפסד השתכרות הוא המרכיב העיקרי בפסיקת פיצויים בגין נזקי גוף. הפיצוי בגין הנזקים הלא ממוניים הם נמוכים למדי, בדרך כלל אינם גבוהים מכמה מאות אלפי שקלים (כאשר מדובר בתאונת דרכים אין הם יכולים להיות גבוהים מ-166 אלף שקלים (בערך), נכון לינואר 2011). פועל יוצא מכך הוא שנזקים לגופם של בני אדם נמדדים בראש ובראשונה על פי ההפחתה שנגרמה ליכולת ההשתכרות שלהם. לפיכך המשתכר הרבה

145 סעיף 74 לפקודת הנזיקין קובע מתי לא יינתן צו, ובית המשפט פירש כי מכך יש ללמוד שאם אין מתקיימים התנאים לאי-מתן הצו, יש ליתן אותו. ע"א אתא, לעיל הערה 144.

146 סעיף 48ב לפקודת הנזיקין.

147 המר' 468/81 נוצר חברה לנאמנות בע"מ נ' אורביט מדיסנטרס בע"מ, פ"ד לה (4) 736 (1981); ע"א 538/80 דרחי נ' כורש, פ"ד לו (3) 498 (1982); ע"א 214/89 אבני נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840, 853-856 (1989).

(להלן – העשיר) יקבל פיצוי גבוה משל חברו שמשתכר מעט (להלן – העני) גם אם לשניהם נגרם נזק גוף זהה. היותו של הפסד ההשתכרות גורם עיקרי בפסיקת פיצויים מביא אף לידי כך שבממוצע, פגיעה באישה זולה מפגיעה בגבר, פגיעה בזקן זולה מפגיעה בצעיר, ופגיעה בערבי זולה מפגיעה ביהודי.¹⁴⁸

הפיצוי השונה לעשיר ולעני אינו נוגע רק לתיקון מצבם לאחר שנפגעו אלא גם לתמריצי ההתנהגות של מזיקים לנקוט כלפיהם אמצעי זהירות. לכאורה, יישום פשטני של נוסחת לרנד הנד היה צריך להביא לידי מסקנה שמזיקים צריכים להיזהר בעשירים יותר מאשר בעניים, מן הטעם שכאשר הניזוק הפוטנציאלי הוא עשיר, תוחלת הנזק גבוהה יותר מזו של ניזוק עני בשל הפסד ההשתכרות השונה הצפוי להיגרם להם במקרה של פגיעה. על כן לכאורה מוצדק שמהירות הנסיעה המרבית בשכונה עשירה תהיה נמוכה מזו שבשכונה ענייה (אפילו אם נזקי הרכוש הצפויים בשתי השכונות הם זהים). בדומה, רופא בבית חולים ציבורי צריך לכאורה לנקוט אמצעי זהירות רבים יותר כאשר הוא מטפל בחולה עשיר מאשר כאשר הוא מטפל בחולה עני. ברור לכול שהמשפט אינו הולך בדרך זו, לפחות לא באופן גלוי. בתי המשפט מחילים סטנדרטים של התנהגות שאינם משתנים לפי זהותו של הניזוק הפוטנציאלי כעשיר או עני. עם זאת לאחר מעשה הפיצוי הוא כאמור שונה, ולכן למרות סטנדרט הזהירות הזהה יש למזיקים תמריצים להיזהר בניזוק העשיר יותר מאשר בניזוק העני.¹⁴⁹

שאלת היסוד היא אם נזקי גוף הם בעיקר פגיעה ביכולת השתכרותו של אדם. אם התשובה היא חיובית, הרי טוב עושה המשפט בהשתיתו את הפיצוי הניזקי בעיקר על הפסד השתכרות, ואולי אף ראוי שסטנדרט הזהירות כלפי העשיר וכלפי העני יהיה שונה (שאם לא כן, המשפט מדבר לכאורה בשני קולות). אם לעומת זאת התשובה היא שלילית, השונות בפיצוי לעשיר ולעני צריכה להיעלם או לפחות להצטמצם מאוד, וסטנדרט הזהירות האחיד צריך להישמר.

דעתי היא שהיותו של הפסד ההשתכרות מרכיב כה מרכזי בפסיקת פיצויים בגין נזקי גוף אינה מוצדקת, או לפחות אינה מתחייבת, מנקודת מבט כלכלית. השאלה איזה ערך יש ליתן לגופו ואף לחייו של אדם היא שאלה שמחוץ לניתוח הכלכלי, והתשובה לה ניתנת לפי

148 לדיון בנושא זה ראו אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 143 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006), וכן Porat, לעיל הערה 132.

149 אם סטנדרט ההתנהגות נקבע לפי השתכרותו של הניזוק הממוצע, אך הפיצוי לעני נמוך יותר מן הממוצע ולעשיר גבוה יותר, בהיעדר טעויות של המזיק או של בית המשפט בהתייחס לסטנדרט הזהירות ולגובה הפיצויים, המזיק יעמוד בסטנדרט הזהירות כלפי העשיר אך לא כלפי העני. לעיל פרק ב.2.

ערכיה של החברה. חברה נתונה יכולה לתפוס את עשירייה כ"שווים יותר" ואת ענייה כ"שווים פחות" בגופם ובחיייהם, למשל בטענה שהשתכרותו של אדם היא מדד לפרודוקטיביות שלו, שאז הפסד השתכרות יהיה מדד הולם לפיצוי. אך חברה אחרת יכולה לסרב לקבל מדד שווי כזה ולסבור למשל שחיייהם ובריאותם של כולם שווים בערכם ואינם תלויים במידה רבה כל כך בגובה ההשתכרות שלהם. תפיסה זו של שוויון אינה סותרת את הניתוח הכלכלי, שכן כאמור לא הניתוח הכלכלי הוא שקובע את ערכי החיים והבריאות, אלא החברה.¹⁵⁰

אמת, גם במדינות אחרות, ולא רק בישראל, הפסד השתכרות הוא מדד מרכזי בפסיקת פיצויים בגין נזקי גוף. אלא שבבישראל, לפחות לעומת ארצות הברית, הבעיה חריפה במיוחד. בארצות הברית הפיצוי הנפסק בגין הנזק הלא ממוני עקב פגיעת גוף גבוה בהרבה מזה הנפסק בישראל. לפיכך גם אם נפגע אדם שאינו משתכר כלל, בארצות הברית הוא יזכה בדרך כלל לפיצוי גבוה יחסית, ואילו בישראל הפיצוי שלו יהיה נמוך בהרבה.

3. פיצויים בגין גרם מוות

במקרה שבו גרמה ההתנהגות העוולתית למוות, זכאים התלויים במנוח לפיצוי בגין הנזק הממוני שנגרם להם עקב מות המנוח. בנוסף, זכאי העיזבון לפיצויים בגין הנזק הלא ממוני של אברן החיים וכן לפיצוי בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות, דהיינו בשנים שבהן לא יחיה המנוח עקב מותו טרם עת. אם המוות לא היה מידי, יכול שלמנוח הייתה עובר למותו זכאות לפיצוי בגין נזקים נוספים (כגון כאב וסבל או הפסד השתכרות בחייו), ואף זו עוברת עם מותו לעיזבון. דיני הפיצויים בגין גרם מוות מעוררים שאלות רבות, אך אני אתמקד בשתיים בלבד: ראשית, הפסד השתכרות בשנים האבודות ואופן חישובו הן בתביעת העיזבון והן בתביעת הניזוק שקוצרו חייו; שנית, דרכים חלופיות להעריך חיים של בני אדם.

(א) הפסד השתכרות

בשנת 2004, בעניין אטינגר,¹⁵¹ ביטל בית המשפט העליון הלכה רבת שנים שלפיה לא היה פיצוי לעיזבון ואף לא לניזוק החי שקוצרו חייו בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות. הלכה זו שיפרה את הדין שנהג קודם ושלפיו הפיצוי לעיזבון היה בגין נזקים לא ממוניים בלבד, ששיעורם קטן, ושעל פיה היה זול יותר להרוג אדם מאשר לפצוע אותו, אפילו

150 פורת, לעיל הערה 148.

151 ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ (פורסם בנבו, 15.3.2004).

פציעה קלה יחסית. עם זאת בעקבות הלכת אטינגר הפך הפיצוי בגין מוות להיות מבוסס רובו ככולו על הפסד השתכרות, על הבעייתיות הנלווית לכך, כפי שהובהר לעיל. הלכת אטינגר מעלה את השאלה אם יש לנכות מהפסד ההשתכרות בשנים האבודות, הן מתביעת העיזבון והן מתביעת הניזוק שקוצרו חייו, את החיסכון בגין הוצאות הצריכה, שהוא תוצאה של המוות. הסברה שיש לנכות את הוצאות הצריכה, ואשר אומצה על ידי בית המשפט העליון, מושתתת על התפיסה שנוק של אבדן חיים הוא נזק ממוני של הפסד השתכרות. אם כך הדבר, נכון הוא שהפסד ההשתכרות אינו הפסד ההשתכרות ברוטו אלא הפסד ההשתכרות נטו, דהיינו הפסד ההשתכרות לאחר שמנוכות ממנו הוצאות הצריכה שנחסכו עקב המוות. אך למעשה לא זו הדרך הנכונה להשקיף על פיצוי בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות. הפיצוי בגין אבדן חיים (או קיצורם) הוא לעולם פיצוי בגין נזק לא ממוני גם אם מסיבות פרקטיות המדד להערכתו הוא יכולת ההשתכרות של המנוח. אם כך הדבר, החיסכון הנובע מאי-צריכתו של המנוח את שהיה צורך אלמלא מת, אינו מקטין במאום את הנזק הלא ממוני שנגרם לו והמתבטא באבדן חייו. הנזק של אבדן חיים אינו קטן אך משום שהמנוח היה צורך הרבה ואינו גדל אך משום שהמנוח היה צורך מעט. אדרבה, אם יש נפקות כלשהי למידת הצריכה של המנוח, היא פועלת בכיוון ההפוך: אדם שהיה צורך הרבה ונהרג הפסיד אולי יותר מהנאות החיים ממי שהיה צורך מעט!¹⁵² דרך ניסוח אחרת היא שאם המשפט מרשה לקזז את החיסכון בצריכה מן הנזק של אבדן החיים, יש להוסיף לנזק את שווי ההנאה שהיה מפיק הניזוק מן הצריכה אילו חי: אמנם נכון שלו היה המנוח חי הוא היה צורך משאבים שנחסכו, אך משאבים אלו היו גורמים לו הנאה שנמנעה ממנו עקב המוות.

לכן ניתן לשקול שתי דרכי פיצוי בגין גרם מוות. על פי הדרך האחת יינתן פיצוי גבוה דיו, שאינו מחושב לפי הפסד השתכרות, בגין אבדן חייו של אדם. לפיצוי זה יהיה אפשר אולי להוסיף מרכיב כלשהו המבטא את הפסד ההשתכרות, כנזק כלכלי שנגרם עקב המוות, להבדיל מנזק על החיים שאבדו. לפי שיטה זו, יהיה היגיון מסוים בניכוי הוצאות הצריכה של המנוח.¹⁵³ על פי הדרך השנייה, זו הנוהגת אצלנו, הפיצוי בגין המוות יהיה מחושב בעיקר לפי הפסד ההשתכרות. לפי שיטה זו אין כל היגיון בניכוי הוצאות הצריכה של המנוח, מן הטעמים שהובאו לעיל.

שאלה אחרת היא אם אפשר לחשוב על דרכי פיצוי בגין גרם מוות שאינן מבוססות על הפסד השתכרות. התשובה לשאלה זו חיובית, ובה עוסקות הפסקות הבאות.

152 פורת, לעיל הערה 148, בעמ' 158-161.

153 אותו היגיון שיש בניכוי חיסכון עקב המוות מתביעת התלויים.

(ב) נכונות לשלם כמדד להערכת חיים

דרך מקובלת להעריך חיים של בני אדם (ואף את בריאותם) היא בחינת נכונותם לשלם כסף כדי להפחית סיכון לחייהם, או נכונותם לקבל כסף בתמורה להגברת הסיכון לחייהם.¹⁵⁴ מטבע הדברים נכונות לשלם (או לקבל) כסף אינה נבחנת ביחס לסיכון ודאי של מוות, שכן בני אדם ייתנו בדרך כלל את כל מה שיש להם, ואף לא יהיו מוכנים לקבל כל סכום של כסף, כאשר חייהם עומדים על הכף. לפיכך בחינה כזאת של ערך החיים לא תניב תוצאות שיש להן ערך מעשי כלשהו. הנכונות לשלם או לקבל כסף נבחנת בדרך כלל ביחס לסיכונים קטנים: כמה ישלם אדם כדי להפחית את הסיכון לחייו בפרומיל? או אפילו באחוז? אם אדם יסכים לשלם 1000 שקלים כדי להקטין את הסיכון לחייו בפרומיל, הערך שיש ליתן לחייו הוא מיליון שקלים, וזה אולי אף הפיצוי שיש ליתן לו במקרה של מוות.

השימוש בנכונות לשלם צפוי להניב תוצאות שונות כאשר לערכם של החיים כאשר בני אדם נתונים בסיכונים גדולים לעומת סיכונים קטנים. נהוג לחשוב שיש יחס לא לינארי בין גודל הסיכון שאדם חשוף לו לבין הנכונות לשלם כדי להפחיתו. יש כלכלנים הטוענים שעקב כך יש טעם בהשקעה רבה במיוחד בבריאותם של בני אדם כאשר הם בסוף חייהם.¹⁵⁵ במאמר שכתבתי עם ד"ר אבי טבח טענו כי אחד ההסברים ליחס הלא לינארי שבין גודל הסיכון לבין הנכונות לשלם הוא שבני אדם הנתונים בסיכון ממשי של מוות, ואשר ימצאו בסיכון כזה גם לאחר שיופחת במשהו, יהיו נכונים לשלם סכומים גבוהים יחסית לשם הפחתת הסיכון, מכיוון שאין הם נותנים לכספם לאחר מותם את הערך שיש לו מנקודת מבט חברתית.¹⁵⁶ למשל, אדם המוכן לשלם מיליון שקלים לשם הפחתת סיכון מוות מ-60% ל-50%, ואשר נותן ערך של אפס לכספו לאחר מותו, נושא באופן אפקטיבי בעלות של חצי מיליון שקלים בלבד, שכן הוא יודע שגם אם יופחת הסיכון, קיימת רק הסתברות של 50% שיוכל להפיק הנאה מכספו. טענתנו היא שכאשר נעשה שימוש בנכונות לשלם, יש להביא עניין זה בחשבון ולעדכן את הנכונות לשלם בסיכון שבו ימצא האדם לאחר שיופחת. אנחנו מראים שבלעדי עדכון כזה הנכונות לשלם לא תשקף את ערך החיים לא מנקודת מבט חברתית ואף לא מנקודת מבטו של הפרט.

- .RICHARD L. REVESZ, MICHAEL A. LIVERMORE, RETAKING RATIONALITY 80 (2008) 154
 Philipson, J. Thomas, Gary, S. Becker, Dana Goldman, & Kevin M. Murphy, *Terminal*
Care and the Value of Life Near its End, NBER, <http://www.nber.org/papers/w15649> 155
 Ariel Porat, Avraham Tabbach, *Willingness to Pay, Wealth, Death and Damages*, 13 156
 John W. Pratt, Richard J. Zeckhauser, *על אפקט זה עמדו עוד לפנינו* AM. L. ECON. REV. 45 (2011)
 Zeckhauser, *Willingness to Pay and the Distribution of Risk and Wealth*, 104 JOURNAL
 OF POLITICAL ECONOMY 747 (1996)

השימוש בנכונות לשלם צפוי להניב תוצאות שונות באשר לערכם של החיים לעשירים ועניים, ובשל כך כלכלנים סבורים שהנכונות לשלם מלמדת שחייהם של עשירים אכן שווים יותר מאלו של עניים.¹⁵⁷ עשירים מוכנים לשלם כסף רב יותר להפחתת סיכונים מאשר העניים, משתי סיבות: ראשית, הערך השולי של כסף נמוך משל עניים; שנית, הערכתם את חייהם גבוהה יותר בשל ציפייתם לצרוך את עושרם במשך חייהם. ד"ר טבח ואני טענו שטענות אלו מוטעות. ראשית, מנקודת מבט חברתית אין זה משנה מה הערך השולי של הכסף של האדם שבחיינו מדובר, שכן לא הוא שנדרש לשאת בעלות זו. שנית, רצונו של אדם לצרוך את עושרו משקף תועלת פרטית אך לא תועלת חברתית: אם אדם לא יזכה לצרוך את עושרו בחייו, אחרים יצרכו אותו וייהנו ממנו כמוהו. על כן טענתנו הייתה ששימוש נכון בנכונות לשלם צריך לא להיות תלוי בעושרו של אדם.¹⁵⁸

השימוש באמת מידה של נכונות לשלם נפוצה מאוד בארצות הברית במקרים שבהם נחוץ להעריך את החיים לצורכי הסדרת סיכונים. נכונות לשלם נבדקת בדרך כלל על ידי השוואת שכרם של עובדים בסיכון עם שכרם של עובדים שמבצעים עבודה דומה אך שאינם חשופים לאותו סיכון. נכונות לשלם נבחנת אף באופן ממוצע ולא תוך התייחסות לבני האדם המסוימים אשר הרגולטור מסדיר את סיכוניהם.¹⁵⁹ דיני הנזיקין כאמור, בארץ ובמקומות אחרים, אינם משתמשים בנכונות לשלם כמדד להערכת חיים.

סוף דבר

דיני הנזיקין ממלאים תפקיד חשוב במתן תמריצי התנהגות למזיקים פוטנציאליים. טעות היא לסבור שהמשפט הפלילי לבדו צריך להיות מופקד על כך, ואילו דיני הנזיקין צריכים לספק פיצוי לניזוקים ותו לא. כוחו של המשפט הפלילי מוגבל והוא אינו נוגע להתנהגויות רבות אשר עלולות לגרום לנזקים; לדיני הנזיקין היקף תחולה רחב הרבה יותר. הפסיקה בארץ בתחום דיני הנזיקין מתחשבת באופן ברור בשיקולי הרתעה, ואפשר לומר שהניתוח הכלכלי של המשפט תופס בה מקום של כבוד. הן בסופו של דבר הרתעה אופטימלית עניינה בחיים, בבריאות וברכושם של בני אדם – לא במקסום של עושר. בבסיסה השאיפה להגדיל את הרווחה החברתית מפעילויות מועילות שנוק בצדן, מתוך הבנה שיש לחתור להקטנת סיכונים לבני אדם מן הצד האחד אך לא להתעלם מהעלויות החברתיות הכרוכות בכך מן הצד האחר.

157 Pratt & Zeckhauser, לעיל הערה 156.

158 Porat & Tabbach, לעיל הערה 156.

159 Revesz & Livermore, לעיל הערה 154, בעמ' 14.

פרק ז: דיני קניין

מאת

אברהם בל, * גדעון פרחומובסקי**

א. מבוא. ב. הגישה הכלכלית לדיני קניין – עיקריה ומגבלותיה; 1. ההצדקה המסורתית לקיום הגנה על קניין והבעייתיות הטמונה בה; 2. הקצאת זכויות קנייניות; 3. עמעומן של זכויות הקניין בכתיבה הכלכלית; 4. קניין כלכלי וקניין משפטי. ג. התפתחות של זכויות קניין פרטיות. ד. ניתוח דוקטרינות ספציפיות; 1. עקרון הרשימה הסגורה (numerus clausus); 2. חזקה נוגדת; 3. שכירות; 4. שיטת רישום; 5. הפקעות. סיכום

א. מבוא

באופן מפתיע מעט תחום דיני הקניין נדחק מקדמת הבמה בניתוח הכלכלי של המשפט אף על פי שבספרות המזוהה עם הגישה הכלכלית מופיע המונח "זכויות קניין" אין-ספור פעמים. תומאס מריל והנרי סמית' הסבירו תופעה זו בהשתלטות הפרספקטיבה החוזית על הניתוח הכלכלי של המשפט.¹ מקור תופעה זו, אליבא דמריל וסמית', במאמרו הקנוני של רונלד קואס אשר התייחס אל זכויות קניין כזכויות משפטיות בעלמא ולא דווקא לזכויות המוגנות בדיני הקניין במובנם הצר.²

עם זה אי אפשר לומר שמוסד דיני הקניין נעלם לחלוטין מהכתיבה הכלכלית. דיני הקניין זכו למופעים רבים ומגוונים בספרות אף אם לא לניתוח מקיף של התחום כולו. בפרק זה נדון בהצדקה הכלכלית המקובלת לקיום זכויות קניין פרטי וננתחה מפרספקטיבה ביקורתית. לאחר מכן נדון בכתיבה העוסקת בהתפתחות זכויות קניין פרטי ובתועלת הנובעת

* בית הספר למשפטים, אוניברסיטת סן דיאגו והפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

** בית הספר למשפטים, אוניברסיטת פנסילבניה והפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

1 Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, 111 YALE L.J. 357 (2001).

2 .Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1, 8-10 (1960)

מהן. במסגרת דיון זה נתייחס לפולמוס האקדמי בנוגע לבחירה בין קניין פרטי לבין קניין שהוא נחלת הכלל. בנוסף, נסקור את הכתיבה העוסקת בניתוח דוקטרינות קנייניות, כגון הסגת גבול, מטרד וחזקה נוגדת, ועקרונות מעצבים בתחום, דוגמת הרשימה הסגורה של זכויות הקניין (clausus numerus).

לרשימה זו שלוש מטרות: ראשית, נסקור את הספרות הכלכלית המאזכרת זכויות קניין, ואף על פי שחלקים גדולים מספרות זו אינם קשורים כאמור לדיני הקניין כפי שמשפטנים מבינים אותם, נזקק מתוך ספרות זו עקרונות שיסייעו למלומדי המשפט; שנית, ננתח בהרחבה את הספרות המצומצמת יותר העוסקת בדיני הקניין כמשמעותם אצל משפטנים; שלישית, נחתום בהצבעה על הקשר בין המחקר הכלכלי של דיני הקניין לבין מחקר תחומים אחרים המשפיעים על דיני הקניין.

ב. הגישה הכלכלית לדיני קניין – עיקריה ומגבלותיה

בחלק זה ננסה לאפיין בצורה רחבה את הכתיבה הכלכלית העוסקת במוסד הקניין הפרטי ולהציג בפני הקוראים את עיקרי ספרות זו על יתרונותיה ומגבלותיה. בפתח הדיון, נציג הצגת ההצדקה הכלכלית המקובלת לקיום זכויות קניין פרטי ולאחר מכן נבאר את האופן שבו כלכלנים מבינים זכויות קניין – הבנה שונה לחלוטין מזו המקובלת בקרב מלומדי משפט, עורכי דין ושופטים.

1. ההצדקה המסורתית לקיום הגנה על קניין והבעייתיות הטמונה בה

המעלעל בספרות העוסקת בניתוח כלכלי של דיני הקניין יגלה על נקלה מוטיב מרכזי העובר בה כחוט השני. מוטיב זה עניינו ההצדקה המרכזית לקיום קניין פרטי. לפי הדעה הרווחת בספרות, מטרת דיני הקניין ליצור תמריץ לבעלי נכסים להשקיע בהם באופן אופטימלי. למשל, בווריאנט קל על ההצדקה הפופולרית כותב סטיבן שאוול שמטרת דיני הקניין היא ליצור תמריץ לבעלים לעבוד בצורה אופטימלית.³ חרף הפופולריות הרבה של הצדקה זו לדעתנו היא אינה תמיד נכונה.

אכן, עצם האפשרות שקניינו של אדם עלול להיגזל ממנו פוגע בתמריץ לפתח נכסים קנייניים. לכן כל אימת שהדין מאפשר הפקעת נכסים פרטיים הדבר מדלל את התמריץ

3 STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2004).

להשקיע בהם שמא תרד ההשקעה לטמיון.⁴ כמו כן, הגדרה מרכזית של נכסים על ידי המדינה והכרה בזכויות בהם יכולות להפחית את עלויות העסקה הכרוכות ביצירת נכסים פרטיים ובהגנה עליהם.⁵ אך נכונות עובדות אלה בפני עצמן אין בה להוביל למסקנה שהכרה בזכויות קניין פרטיות יוצרת תמריץ להשקעה אופטימלית בנכסים.

ההצדקה המקובלת לקיומן של זכויות קניין פרטי סובלת מבעיית אנדוגניות. קיימת תחלופיות בין ההגנה שמספקת המדינה לבעלי קניין לבין אמצעי ההגנה הפרטית שהיו נוקטים הבעלים בהיעדר הגנה מדינתית. לכן כדי להוכיח שההגנה שמספקת המדינה באמצעות דיני הקניין היא הגנה אופטימלית יש להראות שהספקה מדינתית של הגנה יעילה מהספקה פרטית. תנאי חשוב זה מעולם לא הוכח, ויש סיבות כבדות משקל לחשוב שיהיו מקרים שבהם תנאי זה איננו מתקיים.

יצוין שנקודה זו עלתה בכתיבה הכלכלית העוסקת בדיני הפקעות. בהקשר זה כתבו בלום, רובנפלד ושפירו,⁶ ואחריהם לואיס קפלאו,⁷ שהפיצוי המובטח בחוק במקרה של הפקעה מעוות את תמריצי הבעלים להשקיע בנכסיהם ויוצר תמריץ להשקעת-יתר. הפיצוי המובטח לבעלים מכוח חוק במקרי הפקעה כמוהו כדמי ביטוח המובטחים לבעל פוליסה. בשני המקרים התשלום המובטח יוצר "סיכון מוסרי" אצל מקבל התשלום המיועד משום שהוא גורם לו להתעלם מסיכונים שהיה מתחשב בהם אלמלא הבטחת התשלום או להימנע מנקיטת אמצעי זהירות שהיה נוקט אילו נשא בסיכון בעצמו.

תובנה זו תקפה גם מחוץ לתחום הצר של דיני ההפקעות. בעולם שבו המדינה מספקת הגנה מושלמת לקניין הפרטי, לא יהיה תמריץ לבעלים להשקיע בהגנה על נכסיהם גם אילו יכלו לעשות זאת בעלות נמוכה מזו של המדינה. משום מה נקודה חשובה זו לא מצאה דרכה אל הניתוח הכלכלי הרחב יותר של דיני הקניין. אמנם ההגנה המוענקה על ידי המדינה לקניין פרטי רחוקה מלהיות מושלמת, וודאי שאינה מבטיחה לבעלים פיצוי מלא במקרה של פגיעה בקניינים, אולם מבחינה תאורטית זו אינה הנקודה המרכזית. הנקודה המרכזית היא שהגנה מדינתית מושלמת על זכויות קניין לא תמיד תהיה יעילה מבחינה חברתית.

Florenz Plassmann & Nicolaus Tideman, *Fair and Efficient Compensation for Taking Property Under Uncertainty*, 7 JOURNAL OF PUBLIC ECONOMIC THEORY 471 (2005) 4
 Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Reconfiguring Property in Three Dimensions*, 75 U. CHI. L. REV. 1015 (2008) 5
 Lawrence Blume, Daniel L. Rubinfeld & Perry Shapiro, *The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?* 99 Q. J. ECON. 71 (1984) 6
 Louis Kaplow, *An Economic Analysis of Legal Transitions*, 99 HARV. L. REV. 509 (1986). 7

אנו הצענו הצדקה צנועה יותר, ולפיה מטרתם של דיני הקניין היא להבטיח יציבות במשטרים קנייניים ולשמר עד כמה שאפשר את הזכויות בידי בעליהן.⁸ הצדקה זו מדגישה את ערך היציבות כערך עצמאי ומבכרת להתמקד בו על פני הערך היריב של השקעה אופטימלית בנכסים. מה הרבותא ביציבות? בעלי נכסים מאופיינים ברמה מסוימת של שנאת סיכון. ההגנה המסופקת על ידי המדינה לזכויות קנייניות מהווה מעין ביטוח המסופק לבעלי נכסים. כמו פוליסת ביטוח רגילה, שמעניקה ערך לרוכש הפוליסה מעצם הורדת רמת הסיכון, כך הבטחת יציבותן של החזקות קנייניות יכולה להעניק ערך מוסף לבעלים. יש לשים לב שדיני קניין יכולים לחולל את שתי ההשפעות המאפיינות פוליסות ביטוח בעת ובעונה אחת: הורדת רמת הסיכון למבוטח מחד ויצירת סיכון מוסרי מאידך. יעילותן של פוליסות ביטוח תלויה אפוא ביחס שבין התועלת הפחתת הסיכון לבין העלות מן הסיכון המוסרי.

האנלוגיה לביטוח אינה מושלמת. לטוב ולרע, ההגנה המדינתית המוענקת להחזקות קנייניות אינה עולה כדי ביטוח מושלם. ההגנה המדינתית מבוססת על הרתעה, להבדיל מפיצוי. כמו כן ההרתעה המושגת אינה מושלמת. ההגנה הלא מושלמת מורידה מרמת היציבות והביטחון של הבעלים מחד וממתנת את הסיכון המוסרי מאידך. תוצאה זו ראויה בעינינו באשר היא מבטיחה רמה נאותה של יציבות מבלי ליצור בעיה חריפה של סיכון מוסרי.

תאוריה נוספת המעלה על נס את הקניין הפרטי נולדה במסגרת הספרות הכלכלית העוסקת בהתפתחות זכויות קניין. הארולד דמז'ן טען במאמר קלאסי שיש ערך רב בריכוז מלוא העלות והתועלת הנובעות מנכסים בידי בעלים יחיד. דמז'ן הראה שמשטר קנייני של המותיר משאבים כנחלת הכלל יוצר בעיה של צריכת-יתר של משאבים אלה, ועם הזמן יביאם למצב של כליה, משום שמשטר קנייני של נחלת הכלל רווי בהזדמנויות להחצנות שליליות.

כאשר משאב מוחזק בידי מספר רב של בעלים, כל אחד מהם יפיק את מלא התועלת השולית מצריכתו, אולם יישא רק בחלקו היחסי בעלות השולית. במצב דברים זה כל אחד מן הבעלים ישאף לצרוך את המשאב מהר ככל שיוכל שמא אחרים יעשו זאת לפניו. הפקדת נכסים בבעלות פרטית פותרת את הבעיה. כאשר משאב מופקד בידי בעלים יחיד, היא או הוא נושאים במלוא העלות השולית ומלוא התועלת השולית מצריכת המשאב. אנו דנים בתאוריה של דמז'ן ביתר אריכות בחלקו השלישי של פרק זה.

Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *A Theory of Property*, 90 CORNELL L. REV. 531 8
(2005).

2. הקצאת זכויות קנייניות

מסקרן שנושא הקצאת זכויות קנייניות, שהוא אחד הנושאים הטעונים ביותר מבחינה פוליטית וחברתית, לא זכה להתייחסות סדורה וממוקדת בספרות העוסקת בניתוח כלכלי של מוסד הקניין. יודגש שאין אנו טוענים שחוקרים התעלמו מנושא זה התעלמות מוחלטת, אלא רק שהנושא נדון בצורה ספורדית תחת כותרות שונות. את הטעמים לכך נפרט בהמשך. כדי לעשות צדק עם סוגיית הקצאת הזכויות הקנייניות יש להכיר בקיומן של שתי שאלות נפרדות הדורשות התייחסות. ראשית, קיימת שאלת ההקצאה הראשונית, דהיינו הקצאת זכויות קניין במשאבים הנחשבים מבחינה משפטית לנחלת הכלל משום שטרם הוכרו בהם זכויות קניין פרטי. שנית, קיימת השאלה שאנו מכנים "שאלת ההקצאה המשנית". שאלה זו עוסקת בהקצאת זכויות קיימות מחדש, דהיינו בהעברת זכויות קניין פרטי מאדם או גוף פלוני לאדם או גוף אחר.

עיון בספרות הקניינית הכללית מעלה שקיימת כתיבה לא מבוטלת על שאלת ההקצאה הראשונית. מרבית הכותבים על סוגיה זו מאמצים נוסחה כלשהי של עקרונות "הראשון בזמן" ככלל מנחה להקצאת הזכות הראשונית. למשל, הפילוסוף האנגלי ג'ון לוק הציע שהזכות הראשונית במשאב צריכה להינתן לאדם הראשון שהשקיע עמל במשאב מסוים שהיה עד אז חלק מנחלת הכלל.⁹ בתקופתנו אנו אימצנו ריצ'רד אפשטיין עמדה שלפיה יש להעניק את הזכות הקניינית הראשונית למחזיק הראשון בנכס.¹⁰

קוראינו הזהירים הבחינו בוודאי שהצדקותיהם של ג'ון לוק ושל ריצ'רד אפשטיין אינן הצדקות כלכליות מובהקות, וייתכן שתהו מהי הסיבה להיעדר דיון כלכלי מובהק יותר בסוגיית ההקצאה הראשונית. הסיבה לדעתנו נעוצה בהשפעה העמוקה שהייתה לתאורמת קואס על הכתיבה הכלכלית בנושא. כפי שהסברנו, הפרספקטיבה הקואסיאנית אינה מבחינה בין קטגוריות שונות של זכויות משפטיות. מבחינת קואס וממשיכי דרכו, אין רבותא בהבחנה בין זכויות קניין לבין זכויות משפטיות אחרות. כל זכות משפטית, באשר היא, צריכה להיות מוקצת לפרט שמעריך אותה באופן המרבי. למעשה, בעולם ללא כל עלויות עסקה שאלת ההקצאה הראשונית אינה עולה כלל, משום שהזכות המשפטית תמצא דרכה בסדרה של העברות חוזיות אל האדם המייחס לה את הערך הרב ביותר. לעומת זאת בעולם ששוררות בו עלויות עסקה גבוהות אי אפשר לומר בבטחה שהשוק עצמו יקצה את הזכות לפרט המייחס לה את השווי הגבוה ביותר, ולכן חשוב שהמחוקק יאתר מראש את הפרט המעריך את הזכות הרלוונטית יותר מכל פרט אחר ויעניק לו אותה.

9 John Locke, *Second Treatise of Government* §25, in TWO TREATISES OF GOVERNMENT 327 (P. Laslett rev. ed., 1960) (1st ed., 1690).

10 Richard Epstein, *Possession as the Root of Title*, 13 GA. L. REV. 1221 (1979) ראו

הכתיבה הכלכלית על הטרגדיה של המאגרים המשותפים חשפה בעקיפין נקודת תורפה ברורה בכלל ההקצאה הראשונית שאומץ על ידי ריצ'רד אפשטיין. קיומה של טרגדיית המאגרים המשותפים מעיד שלא תמיד יעיל מבחינה כלכלית להקצות את הזכות הקניינית למחזיק הראשון בזמן. כאשר המחזיק הראשון בזמן הוא קבוצה, אימוץ הכלל עלול ליצור בעיה של שימוש יתר במשאב ולעתים לגרום להכחדתו בטרם עת.

סוגיית ההקצאה המשנית, או העברה כפויה של זכויות קנייניות ממחזיק כזה למחזיק אחר, מעלה שאלות אחרות בתכלית. נושא זה זכה להתייחסות מצד חסידי הגישה הכלכלית למשפט הן באופן כללי במסגרת הכתיבה על "שינויים משפטיים" (legal transition) והן באופן פרטני יותר במסגרת הכתיבה על דיני הקניין עצמם כחלק מן הדיון בדיני ההפקעות (takings) וההרעפות (givings). אנו דנים בהרחבה בספרות זו בחלק האחרון של רשימה זו ומזמינים את קוראינו לעיין בו.

3. עמעומן של זכויות הקניין בכתיבה הכלכלית

מריל וסמית' תוהים במאמר שנודע בהשפעתו מה אירע לזכויות הקניין בכתיבה הכלכלית.¹¹ כיצד הפכו למעין קטגוריית סל חסרת ייחוד המכילה הכול מכול וכול? גם אם יש בהרהוריהם של מריל וסמית' מידה של הגזמה, אין ספק שיש בהם גם גרעין של אמת. טרונייתם של שני המלומדים מופנית כלפי מלומדי הכלכלה, כמו גם עמיתיהם המשתייכים לניתוח הכלכלי של המשפט, שלא דקו פורתא בכתיבתם על זכויות קניין ולא טרחו להבחין בינן לבין זכויות משפטיות אחרות. במוקד הבעיה נמצאת השמטת אפיון של זכויות קניין כזכויות חפצא (in rem) התקפות כלפי כולי עלמא.¹²

מריל וסמית' משייכים את ההשמטה הקונספטואלית לווסלי הוהפלד, אשר בכתיבתו על זכויות הציע שמבחינה אנליטית זכויות חפצא אינן אלא צביר של זכויות גברא (in personam),¹³ וכך למעשה למונח זכויות חפצא אין שום משמעות עצמאית. בעקבות ניתוח זה התפתחה ספרות המתייחסת לזכויות קניין כאגד אמורפי של זכויות.¹⁴

על פי מריל וסמית' אפיון זה של דיני הקניין חלחל גם לתוך הכתיבה הכלכלית על זכויות קניין כמחצית המאה לאחר מכן. במאמרו הקלאסי של רונלד קואס, The Problem of

11 Merrill & Smith, לעיל הערה 1.

12 Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773, 780-89 (2001).

13 Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 YALE L.J. 710 (1917); Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913).

14 Merrill & Smith, לעיל הערה 1, בעמ' 358.

Social Cost¹⁵, הוא אימץ באופן לא מפורש את האפיון של זכויות הקניין כאגד של זכויות מבלי שאזכר באופן כלשהו את הסיווג המסורתי של זכויות הקניין כזכויות חפצא. יתר על כן, מריל וסמית' גורסים שהניתוח שהציע קואס התאפיין בנטייה ברורה לראות בקניין אגד בלתי מוגדר של זכויות אמורפיות. המאמר של קואס התמקד בעסקאות חוזיות ובעלויותיהן. בעולם הקואזיאני מטרת המשפט היא לחקות את ההסדרים שאליהם יגיעו צדדים באמצעות משא ומתן. ההסדרים הקנייניים, בעיני קואס, אינם אלא נקודות מוצא למשא ומתן כאשר עלויות העסקה נמוכות מספיק. כאשר עלויות העסקה גבוהות באופן המונע עסקאות רצוניות בין פרטים, ההקצאה המקורית של זכויות הקניין תיותר על כנה. לכן כאשר עלויות העסקה גבוהות, שומה על מערכת המשפט לנסות ולשער מהי הקצאת הזכויות והנכסים שהייתה מתקבלת אילו משא ומתן בין צדדים פריים היה אפשרי, ולחקות תוצאה זו.¹⁶ כשלעצמנו אנו מרגישים מחויבים לציין שהפרשנות שמעניקים מריל וסמית' למאמרו של קואס אינה מובנת מאליה. קואס עצמו לא טרח לבאר את משמעות מושג הקניין במאמרו שלו. בבחרו לעשות כך חשף את מאמרו לפרשנויות מאוחרות של אחרים. עם זאת הפרשנות שניתנה למאמר על ידי מריל וסמית' אינה בלתי סבירה.

לטענת סמית' ומריל, בעקבות מאמרו של קואס, התפצלה הכתיבה הכלכלית לשלושה ענפי משנה: הענף הראשון מורכב מן הספרות המכונה "ניתוח מוסדות חדש" (new institutional economics), הנחשבת בקרב כלכלנים לכתיבה הממשיכה את המסורת הקואזיאנית. הכותבים המשתיכים לגישה זו מייחסים לזכויות הקניין חשיבות רבה, אבל היא שונה מהמקובל בספרות המשפטית: הם רואים בזכויות קניין את הבסיס שעליו אפשר להשתית התקשרויות חוזיות.¹⁷ לדידם, לזכויות קנייניות אין משמעות עצמאית; כל תפקידן הוא לעצב עמדות פתיחה לצורך משא ומתן חוזי שבאמצעותו תועברנה הזכויות למתקשר המעריך אותן יותר מבחינה כלכלית. במובן זה זכויות קניין אינן שונות ממחצב בעל ערך הנסחר בשוק; אין הן אלא סוג של מטבע העובר לסוחר.

ענף הכתיבה השני מתייחס אל זכויות הקניין מנקודת מבט נזיקית, ואליבא דמריל וסמית', המלומד המוביל בגישה זו הוא רוברט קוטר. גישה זו קרובה מאוד לזו של ניתוח המוסדות בהגדרת הזכות הקניינית, וייחודה הוא בהתייחסותה אל דיני הקניין כאל סדרת כללי בררת מחדל הנחוצים לצורך הפעלת דיני הנזיקין.¹⁸ גם כותבים המאמצים גישה זו – ובראשם כאמור רוברט קוטר – אינם מייחסים לזכויות קניין משקל עצמאי כלשהו. מבחינתם תפקידן של הזכויות הקנייניות מתמצה בהגדרת עמדות פתיחה לדיני הנזיקין, או באופן מדויק יותר – להפעלתן של העולות השונות העוסקות בפגיעה בקניין.

15, Coase, לעיל הערה 2.

16 שם, בעמ' 19.

17 Merrill & Smith, לעיל הערה 1, בעמ' 377.

18 שם, בעמ' 378.

הענף השלישי בכתיבה העוסקת בזכויות קניין מהותו סעדים. כתיבה זו באה אל העולם במאמר של גוידו קלברזי ודאגלס מלמד אשר עסק בסוגי ההגנה המשפטית על זכויות. קלברזי ומלמד חילקו את סוגי ההגנה על זכויות משפטיות ל"כללי קניין", "כללי אחריות" וכללי "אי-עבירות".¹⁹ על פי ההגדרה של קלברזי ומלמד, זכות מוגנת בכלל קניין כאשר צדדים שלישיים אינם רשאים להפקיע את הזכות מבעלת הזכות אלא בתמורה לתשלום ששיעורו ייקבע על ידיה. כל ניסיון להפקיע את הזכות המוגנת או לעשות בה שימוש ייתקל בצו מניעה. לעומת זאת, זכות מוגנת בכלל אחריות, כאשר צד שלישי או מוסד כלשהו שאינו בעלת הזכות קובע את המחיר שיש לשלם עבור השימוש בזכות. במקרה הרגיל, המוסד שקובע את שיעור התשלום הוא בית המשפט בהחליטו לחייב מעוולים בתשלום פיצויים לבעלת הזכות בגין הפרתה.²⁰

המינוח שבו בחרו קלברזי ומלמד יצר בלבול כפול שלא לצורך. ראשית, מבחינה הדין המצוי לא כל הזכויות הבאות בגדר דיני הקניין מוגנות בפועל בכלל הגנה קנייני. למעשה קיימות זכויות רבות המוגנות בכללי הגנה שסוגו על ידי קלברזי ומלמד ככללי אחריות וכללי אי-עבירות. שנית, קיימות זכויות רבות במשפט שאינן משתייכות לדיני הקניין המוגנות בכלל הגנה קנייני כמשמעו אצל קלברזי ומלמד. למרות היותו מטעה קנה לעצמו המונח "כלל הגנה קנייני" אחיזה בספרות.²¹

4. קניין כלכלי וקניין משפטי

אחד התורמים החשובים לספרות המוסדות הכלכליים החדשה העוסקת בקניין הוא יורם ברזל. בלב משנתו הקניינית של יורם ברזל, שאותה הוא פורס בספרו *Economic Analysis of Property Rights*, נמצא מושג "הערך", קרי הערך הכלכלי שאפשר להפיק מנכסים.²² ברזל מבחין בספרו בין "קניין כלכלי", שאותו הוא מגדיר כ"יכולתם של פרטים, במונחי תוחלת, לצרוך טובין (או שירותים הקשורים לטובין) באופן ישיר או באופן עקיף באמצעות סחר חליפין", לבין "קניין משפטי", המוגדר כאותן זכויות קניין כלכלי "המוכרות ונאכפות, לפחות באופן חלקי, על ידי המדינה".

19 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1092 (1972)

20 שם.

21 Merrill & Smith, לעיל הערה 1, בעמ' 379-380. יצוין שמריל וסמית אינם מספקים תימוכין אמפיריים לטענתם בדבר הבלבול המושגי. אין ביכולתנו להכריע אם השימוש במונח "כלל קניין" אכן יוצר את הבלבול המדובר. עם זאת ייתכן שהחפיפה שיצרו קלברזי ומלמד בין צווי מניעה לבין הגנה קניינית אכן יצר בלבול מסוים, או לפחות אין באפשרותנו לשלול אפשרות זו. 22 YORAM BARZEL, *ECONOMIC ANALYSIS OF PROPERTY RIGHTS* 142-141 (2nd ed., 1997).

ברזל מגדיר "קניין כלכלי" בצורה רחבה מאוד. לדידו, קבוצת בעלי "הקניין הכלכלי" כוללת כל פרט המסוגל להפיק ערך מנכס בכל דרך שהיא. למשל, לגישתו, גם גנב רכב הוא "בעלים משותף" של מכונית ביחד עם הבעלים הרשום, משום שכל אחד מסוגל בנסיבות מסוימות לצרוך חלק מסוים מן הערך הטמון בנכס. מבחינת ברזל מספרם של הבעלים המחזיקים בזכויות "קניין כלכלי" יכול להיות אין-סופי. בהגדרו זכויות "קניין משפטי" המשפט בסך הכול משנה את המעמד הפנימי של בעלי "הקניין הכלכלי" בינם לבין עצמם, בהקשות – או בהקלו – על פרטים מסוימים לצרוך את הנכס המדובר או ליהנות מן הערך שאפשר להפיק ממנו.

ההכרה הפורמלית בזכויות קניין משפטי אינה מבטיחה בהכרח לבעלים את הערך המלא המגולם בנכס, משום שגם לאחר יצירת זכויות קניין משפטיות אכיפת הזכויות אינה מושלמת, תופעה היוצרת החצנות ערך שונות שמהן נהנים צדדים שלישיים. ברזל מדבר למשל על צרכנים במרכול הטועמים פרות, דוגמת ענבים או תותים. מבחינתו של ברזל הטועמים מחזיקים בקניין כלכלי בפרות אף על פי שאין להם כל זכויות משפטיות פורמליות בהם. למעשה ברור להם שבעלי המרכול מחזיק בזכות הבעלות המשפטית בפרות טרם רכישתם, אולם היות שעלות אכיפת הזכות גבוהה מן הנזק שנגרם על ידי הטועמים, נוצר כשל אכיפה אשר יוצר הלכה למעשה זכות קניין כלכלי בפרות, שממנה נהנים הטועמים. יתר על כן, על סמך כתיבתו של קואס קבע ברזל שהתפקיד המרכזי של דיני הקניין הוא לקבוע את הקצאת המשאבים בחברה בהינתן עלויות עסקה גבוהות. ברזל הניח שבמציאות שבה קיימות עלויות עסקה גבוהות, התקשרויות בין פרטים לא תספקנה כדי למצות את הערך המלא הטמון בנכסים. תפקיד דיני הקניין כמוסד משפטי הוא אפוא להסדיר הגנה כלשהי לאותם מאפיינים של הנכס שאי אפשר להסדיר את מערך הזכויות שלהם באופן מיטבי בהסדרה פרטית באמצעות חוזים. לפיכך מבחינתו של ברזל, מוסד הקניין הוא קטגוריה שיווית, או משנית, הכפופה למוסד החוזים.

"הקניין המשפטי" חשוב עוד פחות, משום שלגישתו של ברזל הוא מגלם מקרים שבהם המדינה מחליטה לפי בחירתה להכיר בזכויות כאלה ואחרות של "קניין כלכלי" ולהעניק להן הגנה. אליבא דברזל, חקר מוסד הקניין תובע בראש ובראשונה הבנה של מוסד החוזים. ברזל הרחיק לכת אף יותר והגדיר את הבעלות המשפטית כזכות שיווית לצרוך את הנכס מושא הזכות לאחר שכל שאר המחזיקים בזכויות קניין כלכלי היכולים ליהנות מן הנכס לפני הבעלים המשפטי עשו כן.

משנתו הקניינית של ברזל תיראה מן הסתם למשפטנים תמוהה. ראשית, משפטנים רבים יסברו שהיחס הנכון בין חוזים לקניין הפוך מזה המתואר על ידי ברזל, כלומר שההסדרה הקניינית קודמת להסדרה החוזית. בעיני המשפטן המסורתי אפיון זכויות קניין הוא עניין ראשון במעלה. לפי התפיסה המשפטית המקובלת, זכות קניין מאגדת בתוכה את הזכות להדיר אחרים מן הנכס, לעשות בו שימוש ולהעבירו לאחרים באמצעות חוזים. מאפיון זה משתמע שהיכולת לבצע העברות חוזיות היא רק אחת מן היכולות המוענקות לבעלי זכויות

קנייניות, וודאי שאינה החשובה שבהן. לעומת זאת בעיני ברזל עיקרה של הזכות הקניינית הוא בעבירותה. הקצאת הזכויות הקנייניות על ידי המדינה אינה אלא עמדת מוצא להעברת הזכויות באמצעים חוזיים עד שתיפולגה לידיהם של הפרטים המייחסים להן את הערך הרב ביותר בכל זמן נתון. לשון אחר: מבחינת ברזל דיני הקניין לא נועדו אלא לצורך יצירת תנאי הרקע להתקשרויות חוזיות.

אכן, היו כאלה שהצביעו על בעיית מעגליות במשנתו של ברזל, שהרי הוא עצמו מכיר בצורך לאפיין נכסים ולקבוע בהם זכויות כתנאי מקדמי להתקשרויות חוזיות, ועם זאת הוא טוען שתפקיד דיני הקניין מתמצה בהגדרת זכויות בנכסים אך ורק באותם מקרים שבהם יש כשל חוזי המונע מצדדים להגיע להקצאה מיטבית באופן פרטי באמצעות התקשרויות חוזיות.

שנית, משפטנים עלולים להתקומם למקרא השוואת מעמדם של גזלנים ומעוולים אחרים לזה של בעלי הזכויות המשפטיות בנכס; בעיני רבים, הדבר מנוגד לאשיות המשפט. לפי התפיסה הרווחת בקרב משפטנים, הלא היא התפיסה הפוזיטיביסטית, המשפט יוצר זכויות, ובהיעדר הכרה משפטית אין משמעות או פשר למונח. יתר על כן, מטרת המשפט לפעול נגד מעוולים המנסים ליהנות מנכסיהם של אחרים ללא הסכמת בעליהם הרשמיים ולשלול מהם את היכולת להפיק תועלת מנכסיהם אלה. אנו סבורים שביקורת זו אינה במקומה. יש להבין שמטרתו של ברזל אינה להצדיק גנבה או גזל אלא לתאר פעילות כלכלית המתרחשת בעולם. לכן חשוב לא להיכנע לאינסטינקט להוקיע את ברזל ולבטל את משנתו בהינף יד, אלא להפנימה כחלק מן ההכרה במורכבות המוסדות הקנייניים בעולם. יתר על כן, חשוב להכיר בנקודה הבסיסית שהוא מעלה והיא שכוחה של ההכרה המשפטית בזכויות קניין מוגבל, וכי קיימים כוחות כלכליים שחותרים תחת ההגדרה המשפטית.

לכן בסופו דבר אנו סבורים שתרומתו של ברזל חשובה ומאירת עיניים. עם זאת כפי שהסברנו בעבר, אנו סבורים שלהכרה המשפטית יש חשיבות מכרעת בהשבחת ערכן של זכויות קניין, וכי מטרת מוסד הקניין להבטיח את יציבות הזכויות המשפטיות ובכך להעלות את ערכן של זכויות אלה.²³

ג. התפתחות של זכויות קניין פרטיות

ייתכן שהתרומה החשובה ביותר בספרות הכלכלית על זכויות קניין מצויה במאמרו של הארולד דמוץ Towards a Theory of Property Rights.²⁴ דמוץ ניסה במאמרו זה לפתח

23 Bell & Parchomovsky, לעיל הערה 8.

24 57 AM. ECON. REV. 347 (1967).

תאוריה התפתחותית (אבולוציונית) המסבירה כיצד ומדוע נוצרות זכויות קניין פרטיות במשאבים מסוימים ולא באחרים. הסוגיה המרכזית שהעסיקה את דמוץ הייתה כיצד עוברים נכסים ממשטר קנייני של נחלת הכלל (commons) – שהוא לפי דמוץ המצב הבראשיתי של כל הנכסים – למשטר קנייני של בעלות פרטית. התובנה העיקרית של דמוץ הייתה שהכרה בזכויות קניין פרטי במשאב כלשהו גורמת לבעלים של אותו משאב להפנים את מלוא התועלת והעלות המופקות מהמשאב ולכן לנהוג בצורה מיטבית במשאב או בנכס.²⁵ נמחיש זאת באמצעות דוגמה: אנשים רבים משליכים פסולת בפארקים ובמקומות ציבוריים אחרים, אך לא יעשו כן בבתיהם הפרטיים. הסיבה לפער זה נעוצה כמובן בעובדה שכאשר אדם משליך פסולת בפארק או ברחוב, הוא מקבל את מלוא התועלת מן הפעולה, והמחיר מתפזר על פני הציבור הרחב. מאותה סיבה בדיוק פרטים רציונליים לא ישקיעו בטיפוח רכוש ציבורי כי המטפח יקבל רק חלק מן ההשקעה, ויתרתה תתפזר על פני הציבור הרחב, שיינה גם הוא מהשבחת המשאב. כלומר פעולות במשאבים ציבוריים תהיינה כרוכות תמיד בהחצנות – הן שליליות והן חיוביות. לעומת זאת כאשר לנכס בעלים יחיד, בעיית ההחצנות נעלמת משום שבמצב זה יש הפנמה מלאה. כלומר, משטר קנייני המכיר בבעלים פרטי יחיד בנכס יוצר את התמריץ הנכון לשימוש מיטבי בנכס. יצוין שכאשר יש לנכס יותר מבעלים אחד, בעיית ההחצנות שבה ומופיעה, אם כי לא בהכרח במלוא חריפותה.

למרות היתרון המובהק של קניין פרטי על פני קניין שהוא נחלת הכלל מבחינת תמרוץ שימוש מיטבי בנכסים, דמוץ הסביר שלא תמיד יהיה כדאי לכוון זכויות קניין פרטיות במשאבים, משום שיצירת זכויות קניין פרטיות כרוכה בעלויות. בראש ובראשונה יש צורך לאפיין במדויק את הנכסים שבהם יוכרו זכויות הקניין הפרטי. לאחר מכן יש צורך להגדיר את הזכויות המשפטיות ולאכוף אותן. לכן דמוץ טען שזכויות קניין פרטי תבואנה אל העולם אך ורק כאשר התועלת החברתית שתיווצר מהפנמת ההחצנות תעלה על העלות של יצירת זכויות קניין פרטיות חדשות והגנה עליהן.

דמוץ טען שהמציאות תואמת את התאוריה שלו וניסה להמחיש טענה זו באמצעות דוגמה היסטורית-אנתרופולגית המתמקדת בהבדלים שבהתפתחות זכויות קניין בחיות בר ופרוותיהן בין השבטים האינדיאניים שהתגוררו בערבות בדרום-מערב ארצות הברית לבין השבטים האינדיאניים ששכנו ביערות בחצי האי לברדור שבקנדה. בקרב השבטים שהתגוררו בערבות העצומות שבדרום-מערב ארצות הברית, הן שטחי הציד והן בעלי החיים היו נחלת הכלל, כלומר שום שבט או חבר שבט לא החזיקו בשום זכויות בלעדיות בהם. כל שבט וכל פרט יכלו לצוד כאוות נפשם. חיות הבר היו מצויות בשפע באזורים אלה וערך

פרוותיהן לא היה גבוה. לפיכך לא היה כלכלי ליצור זכויות קניין פרטי בחיות הבר ואף לא בשטחי הציד. לעומת זאת סיפורם של השבטים שוכני היערות בחצי האי לברדור שבקנדה היה שונה מהותית: באזורים המיוערים בעלי החיים היו נדירים יחסית, ועם הגעת הצרפתים לאזור גבר מאוד הביקוש לפרוות וערכן עלה פלאים. במצב דברים זה התועלת שנבעה מיצירת זכויות קניין פרטי בשטחי ציד ובבעלי החיים הייתה גבוהה בהרבה מהעלות של פעולות אלה, וחיש מהר נוצרו זכויות קניין פרטי במשאבים אלה.²⁶

מניתוחו של דמוץ משתמע כי בשלושה מקרים הכרה בזכויות קניין פרטיות לא תשתלם מבחינה כלכלית: ראשית, כאשר עניין לנו בנכסים דלי ערך והפנמת החצנות בנוגע אליהם תניב תועלת חברתית נמוכה; שנית, כאשר מדובר בבעלות קבוצתית (communal property) ועלויות העסקה בקרב חברי הקבוצה נמוכות מספיק כדי לאפשר יצירת כללי שימוש יעילים ואכיפתם. דמוץ היה ספקן באשר לשכיחותם של מקרים כאלה במציאות, אך הכיר בקיומו של אב-טיפוס אחד של מקרה כזה, הלא הוא התאגיד. להשקפתו של דמוץ, תאגידיים הם דוגמה לבעלות קבוצתית המאופיינת בהצלחת חברי הקבוצה להפחית את עלויות העסקה באינטראקציה ביניהם לרמה סבירה המאפשרת להם לנהל את התאגיד ונכסיו ביעילות;²⁷ שלישית, במקרים בהם ההכרה בזכויות קניין ואכיפתן יקרות מדי, אין טעם להכיר בזכויות קניין פרטי בנכסים.

המסגרת האנליטית שהציע דמוץ יכולה לשמש שופטים ומחוקקים בבואם להתמודד עם סוגיות אקוטיות העומדות על סדר היום הציבורי. דוגמה אחת היא סוגיית הפרטיות בעולם המקוון. לפי חוקרים וחוקרות רבים, המענה הנכון לחששותיהם של גולשים מפני שימוש במידע אתרים במידע המכיל את פרטיהם האישיים הוא להקנות למשתמשים זכויות קניין במידע הזה. על פי רוב הצעות אלה מתעלמות מן הפרמטרים שעליהם הצביע דמוץ. באופן פרטני מהות הנכס המוגן קשה להגדרה. גם הזכות המשפטית המדויקת קשה לאפיון, ועלויות אכיפת הזכות – אם תוכר – גבוהות. ייתכן אפוא ששילובן של סיבות אלה הביא לתוצאה שהפתרון הקנייני לא אומץ בפועל ברוב המדינות.

במאמר אחר שפיתח את תבנותיו של דמוץ וזכה לפרסום רב טבע גארט הארדין את המונח "טרגדיית המאגרים המשותפים" (the tragedy of the commons).²⁸ בצירוי מציאות עגמומית למדי קבע הארדין שחירות במאגרים משותפים תוביל לחורבן. יצוין שהארדין היה מודע למגרעות הקניין הפרטי ואף פירט את הבעייתיות החלוקתית שמשטר שוק יכול ליצור,

26 שם, בעמ' 350-353.

27 שם, בעמ' 355-358.

28 .Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968)

אולם סיכם ואמר שבסופו של דבר מגרעות אלה בטלות בשישים לעומת בזבוז המשאבים וכילוי הנכסים במשטרי קניין משותף.

תורת חשובה נוספת לענף כתיבה זה היא זכות פרס נובל לכלכלה, אלינור אוסטרם. מחקרה של אוסטרם נעשו על רקע התחזיות הקודרות של הארדין. בניגוד להארדין ביצעה אוסטרם מחקר שטח כדי לבדוק אם משאבים המוחזקים במשטר קנייני שיתופי אכן יתכלו בשל שימוש-יתר. עוד בוחן המחקר את ניבוי של דמוץ שיש לצפות להתפתחות זכויות קניין פרטיות במשאבים כל אימת שהתועלת מהכרה בזכויות כאלה עולה על העלות המשולבת של ההכרה והבזבוז השורר במשטר שיתופי או פתוח. תוצאות המחקר של אוסטרם התפרסמו בספרה הנודע "Governing the Commons"²⁹. אוסטרם גילתה שלא כל מקרה שבו משאב נתון לקניין משותף יוביל לתוצאה טרגית של כליה. היא מביאה דוגמאות מן העולם האמיתי שבהן הטרגדיה של הארדין לא התרחשה. תחת זאת בעלי הזכויות המשותפות הצליחו להגיע לשיתוף פעולה שהוביל לכללי שימוש שהצליחו להוביל לשימור המשאב המשותף. במקרים שבהם שוררים יחסי קרבה בין החברים והחברות בקהילת המשתמשים במשאב, המאפשרים לקהילה לפקח על אופי השימוש בנכס ועל רמת השימוש בו וגם להטיל סנקציות על פרטים החורגים מהכללים, משטר קנייני שיתופי יכול לשרוד לאורך זמן. קבוצות המאופיינות במידה רבה של קרבה (close-knittedness) מסוגלות לשמש תחליף למדינה כמנגנון לאכיפת זכויות שימוש במשאבים. בהתקיים התנאים המפורטים ייתכנו הסדרים אשר מנקודת מבטה של המדינה נראים קניין משותף, אך מנקודת מבטם של החברים בקהילה הרלוונטית הם נראים יותר זכויות מעין פרטיות/קנייניות.

מחקרה של אוסטרם חשוב במיוחד לישראל, שבה קיימות קבוצות דוגמת הקיבוצים אשר מסתייגות מזכויות קניין פרטיות אך מצליחות בכל זאת למנוע הרס והכחדה של משאבים משותפים. עם זאת אין להפריז בהשלכות מחקרה של אוסטרם. לעתים קרובות קהילות לא תצלחנה להתארגן באופן שיאפשר להן לסכל את התוצאה שחזה הארדין או למנוע שימוש-יתר בנכסים. במקרים כאלה יצירת זכויות קניין פרטי בידי בעלים בודד או קבוצות קטנות יותר, כגון בני זוג, או רגולציה מטעם המדינה יהפכו מחויבי המציאות, שאם לא כן יתכלו משאבים בעלי ערך. יתר על כן, גם במקרים שבהם שוררים תנאים המאפשרים לחברי קהילה כזו או אחרת לגבש כללי שימוש ולאכפם ברוח משנתה של אוסטרם, יש לזכור שעם הזמן תנאים אלה עלולים להתערער ועמם גם שיתוף הפעולה בניהול הנכסים. למשל, כאשר הערכים הסוציאליים שעמדו בבסיס התנועה הקיבוצית החלו להשתנות, גברה נטייתם של חברי קיבוץ צעירים לעזוב את הקיבוץ. בשל השינויים הללו נעשו חברי קיבוץ

29 ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS. THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION (1990). ראו גם UNDERSTANDING INSTITUTIONAL DIVERSITY (2005).

צעירים רגישים פחות ללחץ חברתי שהופעל על ידי החברים הוותיקים, ובעקבות זאת גברה נטייתם של הצעירים לנצל יותר ויותר את המשאבים המשותפים שהוחזקו בידי כלל החברים. שינויים אידאולוגיים אלה חייבו בסופו של דבר את התנועה הקיבוצית לשנות את משנתה הקניינית ולהכיר בצורה כזו או אחרת בזכויות קניין פרטי.

השגה אחרת על מסקנתו של דמוזן בדבר עדיפות הקניין הפרטי על משטרים משותפים אפשר למצוא בכתיבתם של כמה וכמה חוקרים בני זמננו, ובראשם מייקל הלר. הלר זיהה בעיה שהיא תמונת הראי של "טרגדיית המאגרים המשותפים", שאותה כינה "הטרגדיה של נחלת הכלל" (the tragedy of the anti-commons).³⁰ בעיה זו מתעוררת במשטרי קניין פרטי כאשר נוצר ריבוי בעלים בנכס וכל אחד מהם מחזיק בזכות וטו על השימוש בנכס כולו. פיצול מעין זה של זכויות בעלות גורם תת-שימוש בנכסים ואף השבתתם כל אימת שעלויות התיאום בין כל בעלי הזכויות גבוהות מדי.

הלר המחיש את התופעה באמצעות כמה דוגמאות מרוסיה שלאחר נפילת השלטון הקומוניסטי. הלר הבחין שחנויות גדולות רבות נותרו שוממות מצרכנים, ולעומתן קיוסקים ודוכני מכירה קטנים שגשגו. הלר ייחס את כישלונן של החנויות הגדולות למצב שבו אנשים רבים החזיקו בזכויות קנייניות בהן, ולכל אחד מהם הייתה זכות וטו על תפעול החנות, ולכן אי אפשר היה לעשות דבר ללא הסכמת כלל בעלי הזכויות. התוצאה הייתה שיתוק כלכלי, או לכל הפחות הפעלה תת-אופטימלית. לעומת זאת הקיוסקים והדוכנים היו בבעלות אדם יחיד אשר היה יכול להחליט החלטות מהירות בנוגע לשימוש בנכס ולהתאים את השימוש לצורכי השוק המשתנים.³¹

הלר מצא שהבעיה שזיהה נפוצה גם בארצות אחרות, ובהן ארצות הברית. הוא ציין למשל שקניין של שבטים אינדיאניים היה נתון במשטר של בעלות פרטית, אך היה אפשר להעביר את הזכויות בו, אם כי רק לבני השבט. בעקבות משטר זה, עם חלוף הדורות, חברי השבט החזיקו בחלקי זכויות בעלות כה קטנים, שניהול הנכסים הפך לבלתי אפשרי. שווי השוק של חלק מן הזכויות היה פחות מסנט אחד, ובמצב עניינים זה במרבית המקרים לא היה לאיש מן הבעלים שום תמריץ כלכלי להשקיע בנכסים ולהשביחם. בכתיבה מאוחרת יותר שינה הלר את שם התופעה ל"מבוי סתום" (gridlock) וטען שהיא חובקת-כול, במובן זה שאפשר להבחין בה בכל שיטה משפטית קיימת.³²

Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anti-Commons: Property in Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998) 30

.Michael Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 YALE L.J. 1163, 1213 (1998) 31

.MICHAEL HELLER, *THE GRIDLOCK ECONOMY* (2008) 32

גיימס ביוקנן ויונג יון,³³ ואחריהם נורברט שולץ, פרנצ'סקו פריזי ובן דפורטר,³⁴ מיסדו את תובנותיו של הלר באמצעות מודלים כלכליים פורמליים. הם הצביעו על קיום סימטרייה בין בעיית שימוש-היתר המתעוררת במאגרים משותפים לבין בעיית שימוש-החסר המתעוררת במשטרי קניין פרטיים, והסבירו ששתי הבעיות נובעות מחוסר התאמה בין זכויות הדרה לבין זכויות שימוש. זאת ועוד, פריזי טען גם שפיצול הזכויות המביא לשימוש-חסר בנכסים נובע מן ההעדפה הכלכלית הברורה של כל שיטות המשפט ליצור עבירות גבוהה של זכויות באשר הן – קנייניות ואחרות. לכן פיצול זכויות יכול להתבצע על נקלה. לעומת זאת תיקון הבעיה על ידי איסוף הזכויות מחדש הוא הליך קשה ויקר, ואין מנגנונים משפטיים אפקטיביים המאפשרים את השגתו בפשטות. בשל הפער בין קלות הפיצול לקושי שבאיגוד טען פריזי שבעיית שימוש-החסר עקב פיזור רב יתר על המידה של זכויות קניין בנכסים רק תלך ותגבר עם הזמן.³⁵

במאמר שכתבנו בעבר הצענו דרך אחרת להבין את בעיית שימוש-החסר במשטרי קניין פרטי. למעשה מיקמנו את הבעיה במסגרת ניתוח רחבה יותר. לגישתנו, הגדרת זכויות קניין מחייבת התייחסות לשלושה ממדים או מאפיינים: אפיון הנכס, קביעת מספר הבעלים והגדרת היקף הזכויות של הבעלים ומהותן. למשל, כאשר עסקינן בזכויות קניין במקרקעין, שומה עלינו לאפיין את גבולותיו הפיזיים של הנכס (למשל על ידי התייחסות לגוש וחלקה על מפה מסוימת). לאחר מכן עלינו לזהות את כל בעלי הזכויות בנכס (על ידי התייחסות לאדם, תאגיד או אישיות משפטית אחרת). לבסוף עלינו להגדיר את היקף הזכויות שבהן מחזיקים הבעלים ביחס לנכס (למשל, על ידי אפיון זכויות שימוש למטרות שונות – כגון שימוש פרטי, חקלאי או מסחרי – והגדרת זכויות בנייה ופיתוח).³⁶

משמזהים את שלושת הממדים אפשר לסווג את בעיית פיצול הזכויות באופנים שונים, וחשוב מכך – להציע לה פתרונות שונים. למשל, אפשר להביט על הבעיה מהפרספקטיבה של הנכס, או הניכוס, ולזהות שהנכס מושא הבעלות המשותפת פשוט גדול מדי. הפתרון במקרים כאלה הוא לפצל את הנכס לכמה נכסים קטנים יותר ולהקנות את הזכויות הקנייניות בכל אחד מהם לבעלים יחיד. לחלופין אפשר לבחון את הבעיה מהפרספקטיבה של היקף הזכויות. נקודת מבט זו יכולה להובילנו למסקנה שאגד הזכויות המוחזק בידי כל הבעלים במשותף רחב מדי. לפיכך הפתרון יהיה לצמצם את היקף הזכויות שבהן מחזיק כל בעלים

JAMES BUCHANAN & YONG J. YOON, MAJORITARIAN MANAGEMENT OF THE COMMONS, 33
ECONOMIC INQUIRY (2001)

Norberth Schulz, F. Parisi & B. Depoorter, *Fragmentation in Property: Towards A* 34
General Model, 158 JOURNAL OF INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECONOMICS 594
(2002).

35 Francesco Parisi, *Entropy in Property*, 50 AM. J. COMP. L. 595 (2002)

36 Bell & Parchomovsky, לעיל הערה 5.

משותף ביחס לנכס. לבסוף אפשר גם לפתור את הבעיה במישור מספר הבעלים ולאחד את כל הזכויות בידי ישות משפטית פיקטיבית, דוגמת תאגיד או שותפות, שתהווה בעלים יחיד של הזכויות בנכס. היתרון הטמון בפתרון זה הוא שדיני התאגידים והשותפויות מכילים מנגנוני הצבעה המאפשרים ניהול יעיל של נכסים. מנגנונים אלה אינם מצויים למרבה הצער בדיני הקניין. ההכרעה בין הפתרונות האפשריים היא פונקציית של יעילות כל פתרון במצב העניינים הספציפי כמו גם העלות של כל פתרון. עם זה הבחינה התלת-ממדית שהצענו מאפשרת מגוון רחב של פתרונות המאפשרים את שימוש יעיל יותר בנכסים.

דמזן הניח במאמרו שפשוט לאפיין את כל שלושת הממדים גם יחד. הוא שווה בנפשו בעלים בודד של שטחי ציד שבעלי החיים בהם מוגדרים היטב. ברם לעתים תכופות האידאל הדמזציאני אינו מתקיים במציאות. שטחי הציד יכולים להיות בבעלות אדם פלוני, בבעלות קיבוץ או תאגיד או בבעלות קבוצה אתנית, וזכויות השימוש מפוזרות בין אנשים שמעדיפים לצוד לכאלה שחפצים לעסוק בחקלאות. אכן, פיצולים של נכסים בין מספר רב של בעלים כמו גם של זכויות שימוש הם חזיון נפרץ בדיני קניין.

ד. ניתוח דוקטרינות ספציפיות

קיומה של מחלוקת בין חוקרים העוסקים בניתוח כלכלי של המשפט באשר לעקרונות הכלליים המעצבים את הבנתנו את דיני הקניין – ואף באשר לעקרונות היסוד המגדירים את התחום – אינו מעיד כלל וכלל שהספרות הכלכלית-משפטית העוסקת בדיני הקניין אינה מכילה תובנות חשובות בשביל ציבור המשפטנים. נהפוך הוא: כמה דוקטרינות קונקרטיות זכו לניתוח כלכלי מרתק שהאירן באור חדש. בחלק זה של הרשימה נפרט תרומות אלה. בטרם נעבור לדיון עצמו אנו רואים לנכון לציין שטרם נוצרה מסגרת תאורטית שתאגד את התרומות השונות שבהן נדון. כל תרומה עומדת אפוא לעת עתה בזכות עצמה.

1. עקרון הרשימה הסגורה (numerus clausus)

תרומה חשובה אחרת של הניתוח הכלכלי של דיני הקניין נוגעת לעקרון הרשימה הסגורה (Numerus Clausus). תרומה זו מיוחסת על ידי רבים לתום מריל והנרי סמית.³⁷ ברם התובנה הראשונית הוצעה במאמר מוקדם יותר של ברנרד רודן.³⁸ עקרון הרשימה הסגורה

Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L.J. 1 (2000) 37

Bernard Rudden, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE Third Series 239 (1987) 38

משותף לדיני הקניין הקונטיננטליים ולא לה של מדינות המשפט המקובל. לפי עיקרון זה, הסמכות ליצור זכויות קניין נתונה בלעדית למדינה, וצדדים פרטיים – על אף היותם חופשיים ליצור הסדרים חוזיים כאוות נפשם – אינם יכולים ליצור זכויות קניין חדשות. המדינה כריבון היא הגוף היחיד המוסמך ליצור זכויות קניין, וכל ניסיון של פרטים להפקיע סמכות זו נועד לכישלון. למשל, אם ינסו צדדים ליצור באופן פרטי זכות שכירות לזמן בלתי מוגבל, הזכות לא תוכר על ידי מוסדות המשפט.

עקרון הרשימה הסגורה מעלה תהייה: מדוע המשפט מאפשר לצדדים לעצב את היחסים החוזיים ביניהם כמעט ככל העולה על רוחם (בכפוף כמובן למגבלות חוקיות, תום לב ותקנת הציבור), אך אוסר עליהם ליצור זכויות קנייניות חדשות? המענה, לפי רודן ומריל וסמית', קשור לאפיון של זכויות הקניין כ"זכויות חפצא" (*rights in rem*), התקפות כלפי שאר העולם, לעומת זכויות חוזיות שהן "זכויות גברא" (*rights in personam*), התקפות אך ורק כלפי הצדדים לחוזה. להבדל זה בין הזכויות נודעת חשיבות – מדוע?

כאן נכנסת לתמונה הגישה הכלכלית, ובמיוחד ענף שלה העוסק בעלויות מידע. היות שזכויות קניין תקפות כלפי כל העולם מעצם הגדרתן, הן כרוכות בעלות רבה המוטלת על צדדים שלישיים הנדרשים לברר מהן הזכויות שעליהם לכבד ומה היקפן, שאם לא יעשו כן הם עלולים לשאת בתוצאות של הפרות זכויות קניין שלא היו מודעים להן. עלויות הלימוד הן גבוהות. אילו אפשר המשפט לפרטים ליצור זכויות קנייניות באופן פרטי, היו נוצרות זכויות חדשות למכביר. פרטים היו יוצרים זכויות קנייניות חדשות כל אימת שהדבר היה מצמיח להם תועלת אישית תוך התעלמות מן העלות העצומה שזכויות אלה מטילות על שאר הציבור. וכך באמצעות הגבלת מספרן של הזכויות הקנייניות המדינה מצמצמת את עלויות איסוף המידע שהיו רובצות על פרטים.

שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בזכויות חוזיות. אשר לזכויות חוזיות, הצדדים לחוזה מודעים לטיב ההסדר שקבעו כפועל יוצא מתהליך הכריתה. בעצבם הסדרים לעצמם חזקה על הצדדים שהם מודעים להסדרים שקבעו, ושהסדרים אלה ממקסמים את תועלתם. רוב החוזים אינם יוצרים החצנות שבהן נושאים צדדים שלישיים, ולכן ראוי לתת לצדדים יד חופשית לעצב את יחסיהם החוזיים כרצונם.

מריל וסמית' הציעו את הניתוח צעד נוסף קדימה כאשר הציעו שככל שהדברים אמורים בזכויות קניין קיים עיקרון של סטנדרדיזציה אופטימלית. כלומר, קיימת רשימה המכילה פירוט זכויות אופטימלי שכל סטייה ממנו כרוכה באבדן מסוים של יעילות כלכלית. אם הפירוט חסר, מערכת המשפט מנעה מן הציבור הסדרים קנייניים מסוימים שחלק מן הציבור היה מניב מהם תועלת העולה על העלות שתוטל על הציבור במונחי רכישת מידע וציות. פירוט יתר, מנגד, מטיל על הציבור עלויות רכישת מידע וציות העולות על התועלת

שיפיק מהן אותו חלק מן הציבור המעוניין בהוספתן לרשימה.³⁹ יודגש שמריל וסמית אינם מציעים רשימת זכויות כלשהי שתהיה רשימה אופטימלית. הם מסתפקים בציון המסקנה שקיימת סטנדרטיזציה אופטימלית מסוימת מבלי לפרט מהי. למרות זאת ההצדקה שהציעו מריל וסמית לקיום עקרון הרשימה הסגורה חשוב כשלעצמו, ועלות רכישת המידע שבה מתמקדים שני המלומדים צריכה להיות נר לרגלי מחוקקים בבואם לעצב את רשימת זכויות הקניין הספציפית שתחול במדינתם.

יצוין שיש החולקים על הניתוח של רודן ומריל וסמית התומך בעקרון הרשימה הסגורה. הנרי האנסמן ורייניר קראקמן יצאו חוצץ נגד עקרון הרשימה הסגורה, וקל וחומר נגד ביסוס ההצדקה על קיומן של עלויות מידע. האנסמן וקראקמן טענו שדי בכוחות השוק כדי למנוע יצירת זכויות קניין לא יעילות, וכי מסר זה יופנם על ידי פרטים. כדי להמחיש את עמדתם הם דנים בעסקה היפוטטית של מכר של שעון, שבה הצדדים מבקשים ליצור הסדר קנייני שיאפשר שימוש בשעון רק לשעה מסוימת אחת בשבוע. מעצם היותו קנייני יחייב הסדר זה כל צד שלחזקתו יגיע השעון. לפי האנסמן וקראקמן, לא יהיו צדדים רבים כאלה משום שהם פוגעים קשות בערך הנכס. ואם ייווצרו אז מה בכך? הרי הצדדים עצמם יישאו בעלות ההסדר הלא יעיל. סחירותו של השעון בשוק תהיה נמוכה בשל המגבלה שהוטלה עליו, הצדדים יהיו מודעים לבעיה זו ויגלמו אותה בעסקה החוזית ביניהם.⁴⁰

אף על פי שמחלוקת זו לא הוכרעה, אנו סבורים שיש ממש בניתוח של מריל וסמית. יש לזכור שמשך חיי נכסים רבים רב מזה של בעליהם. לכן ייתכנו מצבים שבהם בעלי נכסים לא יישאו בעלות המלאה של הסדרים מגבילים ביחס לקניינים. הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בנכסים שאין כוונה לבעליהם להעבירם לאחרים במהלך חייהם, ואין להם עניין רב במיוחד אל מי יועברו אחרי מותם. בהתקיים תנאים אלה, בעלים יכולים ליצור הסדרים קנייניים אידיוסיונקרטיים שילוו את נכסיהם במשך שנים רבות, גם לאחר שהתנאים ישתנו ללא הכר ולא יהיה עוד בצע לאיש בהגבלה שהוטלה בנכס. דוגמאות כאלה אפשר למצוא למכביר בצוואות שבהן המצווה הגביל את השימוש בנכסים באופן שגורם לשיתוקם.

2. חזקה נוגדת

חזקה נוגדת היא דוגמה נוספת לדוקטרינה שהוארה באור חדש הודות לניתוח הכלכלי. דוקטרינת החזקה הנוגדת מעניקה זכות קניינית למסיג גבול אשר החזיק במקרקעין במשך תקופה ארוכה. משך התקופה משתנה ממדינה למדינה (ובישראל אף לפי הסיווג העות'מאני

39 Merrill & Smith, לעיל הערה 37.

40 Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 373 (2002).

של הקרקע), ובלבד שעמד בתנאים להחזקה בקרקע. יצוין שבישראל אפשר לטעון חזקה נוגדת במצבים מעטים למדי, במיוחד אם המקרקעין שבהם מדובר מוסדרים. אך אפילו בדין הישראלי יכולה הסגת גבול מתמשכת להצמיח לפולש זכויות משפטיות מצומצמות, כגון זיקת הנאה מכוח התיישנות.

ההצדקה המסורתית לקיום דוקטרינת החזקה הנוגדת הייתה ראייתית. נטען שבחלוף הזמן נוצר קושי ראייתי להוכיח בעלות במקרקעין משום שלא התנהלו פנקסי רישום מסודרים ומשום שמסמכים אבדו. אשר על כן עצם החזקתו הממושכת של אדם במקרקעין יצרה חזקה שהוא בעליהם החוקי. זאת ועוד, דוקטרינת החזקה הנוגדת סייעה בהבהרת הזכויות החוקיות במקרקעין מעצם הביאה לידי פקיעת זכויותיהם של בעלי מקרקעין שאינם ידועים. בימינו אנו קיים רישום מסודר של מקרקעין מן הסוג המקובל בישראל, ולכן ירד קרנה של ההצדקה הראייתית, ויש שיטענו – לדעתנו בצדק – שאבד עליה כלח. מרשמים אלה מסירים מעל הפרק טענות בדבר הקושי הראייתי הכרוך בהוכחת בעלות. בשל התפתחויות אלה דומה שאין עוד מקום לדוקטרינת החזקה הנוגדת בשום שיטה משפטית, משום שהיא יוצרת פוטנציאל לסכסוכים ואי־ודאות מבלי להצמיח כל תועלת שתקוזז עלויות אלה.

תומאס מיסלי וסי אף סירמנס הציעו הצדקה שונה בתכלית לקיום הדוקטרינה. מיסלי וסירמנס טענו שהעברות בלתי רצוניות של זכויות במקרקעין – דהיינו העברות שאינן מבוססות על עסקאות שוק – אינן רצויות כעיקרון.⁴¹ עם זאת במצבים מסוימים השגת מידע מראש בנוגע למצב הזכויות המשפטיות בחלקה מסוימת יקרה מאוד, ולפיכך בעלי קרקע עלולים לחדור בטעות לקרקע של שכניהם או אפילו לבנות עליה או לפתח חלקות קרקע סמוכות. חשש זה אקוטי במיוחד כאשר גבולות של חלקות אינם מסומנים כהלכה. לעומת מיסלי וסירמנס, הדוגלים כעיקרון בתמרוץ בעלי קרקע לוודא את גבולות חלקתם ולהניאם מלפלוש לחלקות שכנות תוך העלמת עין מזכויות שכניהם, על המשפט לוודא שבעלי קרקע לא יבזבוז יותר מדי משאבים בניסיון לוודא את גבולות חלקתם ואת הגבולות של חלקות שכנות. באותה רוח אל לו למשפט ליצור תמריצים לשכנים לטשטש במכוון את גבולות חלקתם בניסיון לגרום הסגות גבול בלתי מכוונות, או באופן כללי יותר, להפחית את הנזק שעלול להיגרם להם מהסגת הגבול. לטענת מיסלי וסירמנס קיים מספר אופטימלי של טעויות (שאינו אפס), ועל המשפט לתמרץ בעלי חלקות שזרים פלשו אליהן לפעול במהירות כדי להגן על זכויותיהם בקרקע ולא לשבת בחיבוק ידיים במשך זמן רב ואז לתבוע פיצויים מופרזים. לגישתם, העברת הבעלות לפולש־מסיג הגבול באמצעות דוקטרינת

Thomas J. Miceli, C.F. Sirmans, *An Economic Theory of Adverse Possession*, 15 41
INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 162 (1995).

החזקה הנוגדת יכולה להוות פתרון יעיל, אם כי לא אופטימלי (second best), אשר יתמרץ הן את הפולשים והן את בעלי הקרקע שגבולה הוסג לפעול ביעילות. תומאס מריל מציע ניתוח דומה של דוקטרינת החזקה הנוגדת אף על פי שהוא סובר שדרך טובה יותר לאזן את זכויות הצדדים תהא שינוי ההגנה הנתונה לצד שגבולו הוסג ולא העברת הבעלות חנם-אין-כסף לפולש-מסיג הגבול. בהסתמכו על המסגרת שיצרו קלברזי ומלמד במאמרם הקלאסי על כללי קניין וכללי אחריות⁴² מציע מריל להמיר את ההגנה הניתנת לזכותו של הצד הנפלש מהגנה קניינית – המאפשרת לו להשיג צו של סילוק יד נגד הפולש – להגנת אחריות שתזכה אותו בפיצויים. במילים אחרות, מריל סבור שהצד הנפלש יהיה זכאי לפיצויים שישולמו לו על ידי הפולש. לפיכך בסופו של דבר, לגישתו של מריל, פולש המקיים את כל תנאי החזקה הנוגדת יהא זכאי בתום התקופה הקבועה בחוק לרכוש בכסף את זכותו של הצד הנפלש בקרקע. בעגה כלכלית, החזקה נוגדת מוצלחת תניב למחזיק אופציית call מול הבעלים הנפלש.

יצוין שמיסלי וסירמאנס הסתייגו מהצעתו של מריל משום שסברו ששכרה של החברה ממעבר לכלל אחריות יצא בהפסדה, משום שתפעול כלל האחריות בבתי משפט יגרוור עלויות התדיינות גבוהות (בשל הצורך לקבוע את סכום הפיצוי) מבלי לשנות הרבה את תמריצי ההתנהגות של הצדדים המעורבים.

אף על פי שמיסלי וסירמאנס מסבירים את דוקטרינת החזקה הנוגדת כמנגנון שנועד לתקן טעויות שנעשו לכאורה בתום לב, הם מחזיקים בעמדה שאין בית המשפט צריך להתעניין במניעיהם של הצדדים המעורבים בסכסוך, קל וחומר לחקרם. חקר מניעיהם של הצדדים בעת הפלישה הראשונית יהא כרוך בעלויות רבות או בלתי אפשרי. זאת ועוד: אל לבתי המשפט לתת תמריץ לצדדים לבדות ראיות בנוגע למניעיהם כדי להציגן בבוא היום בבית המשפט; מוטב לא להיכנס למניעיהם של הצדדים ולהסתמך על דוקטרינת הסגת הגבול והסעדים שהיא מעמידה לרשות נפגעים במקרי פלישה רגילים כדי להילחם בניסיונות של צדדים תככניים להיבנות מדוקטרינת החזקה הנוגדת.

כפי שכבר ציינו, לניתוח של מיסלי וסירמאנס רלוונטיות מוגבלת מאוד לדין הישראלי, שכן בישראל נהוגה שיטת Torrens לרישום מקרקעין, המבטיחה רמת בהירות כמעט מוחלטת בכל הקשור לגבולות חלקות. עם זאת ניתוחם תורם להבנת עמדת הדין הישראלי בנוגע להכרה בזיקות הנאה הנרכשות מכוח התיישנות. אכן, בישראל גבולות כל חלקה וחלקה ברורים, אך מהות זיקת ההנאה שמעניק בעל חלקה לאחרים ביחס לחלקתו עלולה להיות עמומה. טלו לדוגמה מקרה שבו ראובן מאפשר לשמעון זכות מעבר על חלקתו. זיקת

Thomas W. Merrill, *Property Rules, Liability Rules, and Adverse Possession*, 79 42
 .NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW 1122 (1984)

הנאה זו עמומה באשר אין היא מפרטת את אופן המעבר המדויק שאליו היא מתייחסת. לכן יכול שמעון לסבור לתומו שההרשאה שניתנה לו מאפשרת לו לרכוב על אופניו על אדמתו של ראובן, אך ראובן התכוון להעניק לו זכות מעבר רגלית בלבד. במצב דברים זה ההצדקה המוצעת על ידי מיסלי וסירמאנס מסבירה מדוע רכיבה רבת שנים תעניק לשמעון זיקת הנאה מכוח התיישנות לחצות על אופניו את חלקתו של ראובן.

3. שכירות

דיני השכירות עברו בעשורים האחרונים מהפכה של ממש במשפט האנגלי-אמריקאי. מהפכה זו לא נעלמה מעיניהם של חוקרים מתחום המשפט והכלכלה. באופן כללי אפשר לומר שמבחינת מהותם של דברים הפכו דיני השכירות נוחים יותר לדיירים ומחמירים יותר עם משכירים.

היסטורית, הדין האנגלי-אמריקאי העניק שתי זכויות בלבד לדיירים: הזכות לקבל את החזקה במושכר בתחילת תקופת השכירות והזכות להשתמש במושכר מבלי שהמשכיר יתערב באופן ישיר בחזקתו של הדייר במושכר. פרט לכך לא היו לשוכרים זכויות כלשהן כלפי בעלי הנכסים שמהם שכרו. לפיכך היה על שוכרים להתמודד בכוחות עצמם עם כל בעיה אחרת שהתגלתה בתקופת השכירות. מלבד זאת חיוביהם החוזיים של השוכר והמשכיר סווגו כעצמאיים. משמעות הדבר הייתה שאפילו כשהפר המשכיר חיוב חוזי כלשהו כלפי השוכר, למשל לספק מים חמים לשוכר, היה על השוכר להמשיך לעמוד בהתחייבותיו כלפי המשכיר חרף הפרה. כל שיכול השוכר לעשות היה להגיש תביעת הפרה נגד המשכיר. אך אסור היה לו להשעות את קיום חיוביו החוזיים.

מצב עניינים זה הפך נחלת העבר בשל שינויים מרחיקי לכת שהתחוללו בענף דין זה בשנים האחרונות. כיום מחייב הדין האמריקאי את המשכיר להעמיד את המושכר לידי השוכר במצב תקין, ויתר על כן להבטיח את תקינות המושכר ואת עמידתו בתקנים הקבועים בחוק למשך כל תקופת השכירות – לפחות כאשר מדובר בשכירות לצורכי מגורים. נוסף על כך, שינה הדין האמריקאי את עמדתו בעניין סיווג חיובי חוזה השכירות ורואה בהם כיום חיובים שלובים. לפיכך אם המשכיר מפר התחייבות כלשהי כלפי השוכר שמקורה בדין או בחוזה, רשאי השוכר להשעות את קיום חיוביו שלו בתגובה. יצוין שהן לפי הגישה ההיסטורית והן לפי הגישה המודרנית (על פי רוב לפחות) העמדות שאימץ הדין נחשבו לכללי בררת מחדל שיחולו בהיעדר התנאה ספציפית נוגדת בחוזה השכירות. לפיכך הצדדים יכלו לחרוג מן ההסדרים שנקבעו בדין אילו רצו לעשות כן. מלבד חשיבותן של התניות המרשות כשלעצמן (ראו למשל פרק ב לעיל) יש להדגיש שחלק מן ההסדרים העדכניים שאימץ הדין האמריקאי בתחום דיני השכירות, כמו למשל ההסדר בדבר תקינות המושכר והתאמתו לצורכי מגורים, הם הסדרים קוגנטיים שאינם מאפשרים התנאה נוגדת.

המשפט הישראלי הלך בדרכו של המשפט האמריקאי ואימץ אף הוא גישה אוהדת כלפי דיירים. בדומה למשפט האמריקאי, המשפט הישראלי מותיר אף הוא לצדדים חופש חוזי ניכר בעיצוב יחסי השכירות ביניהם, אך בה בעת הכללים המרשים שאומצו על ידי הדין הישראלי נוטים בבירור לטובת השוכר ומחמירים יותר עם המשכיר לעומת המצב שהיה מקובל בעבר. זאת ועוד, במסגרת מגמה זו קבע הדין הישראלי, בדומה לדין האמריקאי, שהסדרים מסוימים שנועדו להגן על שוכרים אינם ניתנים להתנאה נוגדת.

חוקרים העוסקים בניתוח כלכלי של המשפט ניסו להסביר ולהצדיק את השינויים שהתחוללו בתחום דיני השכירות. בהפעילם ניתוח קואזיאני, המתמקד בעלויות עסקה, ייחסו מיסלי, סירמאנס וטורנבול את השינויים שהתחוללו בדיני השכירות לשינויים בעלויות התקשרות שנבעו משינויים של כלכלת מקרו שמקורם במעבר אוכלוסייה לערים.⁴³ בעבר כאשר החברה הייתה חקלאית במהותה סיפק המשכיר את הקרקע ששימשה לצורכי חקלאות, והשוכר סיפק את העבודה הנחוצה לעיבוד הקרקע ולהנבט יבולים. במצב עניינים זה היה הגיוני לראות בחיובי הצדדים חיובים עצמאיים ולאמץ דיני שכירות הנוטים לטובת המשכיר באופן שהסיכון השיורי יפול על השוכר דווקא, משום שבעת ההיא לשוכרים הייתה המיומנות הנדרשת לתחזוק נכסים ולדאוג לעצמם. לעומת זאת בעת המודרנית, שבה מרבית יחסי השכירות מתרחשים בערים והשכירות היא בדרך כלל למטרות מגורים, הגיוני לאמץ גישה הפוכה. מרבית השוכרים חסרים את המיומנות הנחוצה לתחזוק את המושכר. מלבד זאת משכירים יכולים לפקח על נקלה על נכסיהם ועל השימוש שעושים בהם משכירים. במצב החדש היה רצוי לקבוע שחיובי הצדדים שלובים אלו באלו ולעצב כללי בררת מחדל המטילים את הסיכון השיורי של פגיעה בערך השכירות על המשכיר, כפי שאכן נעשה.⁴⁴

יצוין שככל שהדברים אמורים בשכירות מסחרית, סבורים מיסלי, סירמאנס וטורנבול שעל יחסי שכירות אלה יש להמשיך ולהחיל את העמדה המסורתית של המשפט האנגלי-אמריקאי שהייתה נהוגה בעבר. הסיבה להבדל היא שכאשר מדובר בנכסים מסחריים, השוכרים נאלצים במקרים רבים להשקיע רבות במושכר כדי להתאימו לצורכי עסקם,

43 Thomas J. Miceli, C.F. Sirmans & Geoffrey K. Turnbull, *The Property-Contract Boundary: An Economic Analysis of Leases*, 3 AMERICAN LAW & ECONOMICS REVIEW 165 (2001).

44 קיימות שתי דוגמאות קלאסיות בספרות הממחישות את מושג הסיכון השיורי: הדוגמה הראשונה עוסקת במצב שבו שוכר מגויס בעת מלחמה, ולכן נבצר ממנו לממש את השכירות. דוגמה מודרנית יותר עוסקת בשוכרת המפוטרת ממקום עבודתה, ולכן אינה מעוניינת בשכירות. מצבים דומים יכולים להתרחש אם המושכר עצמו נפגע מסופה, שרפה או אסון טבע אחר.

וההשקעה חושפת אותם לסיכון ממשי. לכן מוטב ששוכרים מסחריים יישאו בסיכון השיורי הכרוך ביחסי השכירות, ולכן מוטב שהדין ישוב לעמדה המסורתית שלפיה חיובי הצדדים עצמאיים וכללי בררת המחדל מיטיבים עם המשכיר.

ניתוח דומה הוביל את שלישיית החוקרים המדוברת להצדיק במאמר נפרד את החובה שמטיל כיום המשפט על משכירים למזער את הנגרם להם מהפרת חוזה השכירות על ידי שוכרים.⁴⁵ יצוין שבעבר נמנע המשפט האמריקאי מלחייב משכירים למזער את נזקיהם במקרים שבהם הפר השוכר את חיוביו החוזיים. כיום עמדת המשפט האמריקאי הפוכה. מה גרם לשינוי? נאמנים לדרכם, מיסלי, סירמאנס וטורנבול הציעו שבעבר כאשר עלויות הפיקוח על דיירים ושימושם בנכסים היו גבוהות ולא היה סביר שדיירים ינטשו את המושכר לפני תום תקופת השכירות, ההסדר היעיל היה להטיל את הסיכון הנובע מנטישת המושכר על דיירים. כיום כאשר סכנת הנטישה ממשית הרבה יותר (וכמוה גם הסכנה שתתבעצנה הפרות אחרות על ידי דיירים), ויכולתם של משכירים לפקח על דיירים גבוהה בהרבה, יעיל יותר לאמץ כלל המטיל חובה על משכירים להקטין את נזקיהם עקב הפרות.

עם זאת יצוין שקיימת הסכמה רחבה בין חוקרי המשפט והכלכלה שהכללים הקוגנטיים המתמייחסים לחובת המשכיר – להבטיח את תקינות המושכר ואת עמידתו בתנאים רגולטוריים מחמירים שאומצו בתחום דיני השכירות הן על ידי המשפט הישראלי והן על ידי המשפט האמריקאי – אינם רצויים, באשר הם פוגעים הן במשכירים והן בשוכרים.⁴⁶ התנאים שמאמץ הדין בנוגע למצב המושכר ושאנים ניתנים להתנאה חוזית נוגדת יוצרים שלוש תופעות בלתי רצויות: ראשית, הם גורמים להתייקרות מחירי השכירות. תוצאה זו נובעת מחובתם של משכירים להשקיע יותר בנכסיהם כדי לוודא שהם עומדים בתנאים שמציב הדין; חלק גדול מעלות זו מגולגל אל השוכרים. שנית, ככל שאי אפשר לגלגל את העלות העודפת אל השוכר, יימנעו בעלי דירות מלהעמידן להשכרה משום שהרווח שיונב להם מן העסקה לא יהיה רב דיו. שלישית, באותם מקרים שבהם ההשקעה הנחוצה כדי להביא נכס למצב המחויב על פי דין גבוהה במיוחד, ולכן ההשקעה הנחוצה לשם ציות

45 Thomas J. Miceli, C.F. Sirmans & Geoffrey K. Turnbull, *The Duty to Mitigate Damages in Leases: Out with the Old Rule and in with the New*; Thomas J. Miceli, C.F. Sirmans & Geoffrey K. Turnbull, *Lease Defaults and the Efficient Mitigation of Damages* (מאמרים לא מפורסמים).

46 ראו לדוגמה, Charles J. Meyers, *The Covenant of Habitability and the American Law*, 27 STAN. L. REV. 879 (1975); Richard Craswell, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 STAN. L. REV. 361 (1991); Hirsch et al., *Regression Analysis of the Effects of Habitability Laws Upon Rent: An Empirical Observation on the Ackerman-Komesar Debate*, 63 CAL. L. REV. 1098 (1975).

גבוהה מן התמורה הכוללת שיוכלו לקבל מהשכרת הנכס, יעדיפו בעלי נכסים לא לבצע את התיקונים הדרושים ותחת זאת ינטשו את נכסיהם. במשולב תופעות אלה יגרמו להקטנת מספר הנכסים העומדים לשכירות ולעליית דמי השכירות. מבחינה חלוקתית התוצאה גרועה אף יותר משום שהשוכרים שידם אינה משגת לשלם את דמי השכירות הגבוהים הם שייפגעו בראש ובראשונה מן השינויים שהתחוללו בדין.

קונצנזוס דומה קיים בקרב כלכלנים בנוגע לחסרונות הכרוכים בהטלת מגבלות על שיעור שכר הדירה, דוגמת ההסדרים בדיני הגנת הדייר בחוק הישראלי. מגבלות כגון דא מכונות בספרות הכלכלית rent control.⁴⁷ בשפתנו אפשר לכתוב הסדרים אלה "פיקוח על מחירי השכירות". מגבלות כאלה היו נפוצות במערב ארצות הברית ואומצו גם בישראל על ידי הבריטים בימי השלטון המנדטורי. אולם במשך הזמן הועם זוהרם של הסדרים אלה והם נמוגו בהדרגה. כיום מגבלות על שיעור השכירות הן בגדר עולם הולך ונעלם שהותיר אחריו שרידים בודדים בלבד.

כלכלנים הצביעו על כמה תוצאות לא רצויות בעקבות הטלת פיקוח על מחירי השכירות. התוצאה הראשונה שחזו כלכלנים היא ירידה במספר הדירות להשכרה. בעלי דירות שירגישו שלא שהרווח שלהם מהשכרת דירותיהם איננו גבוה מספיק יימנעו מהעמדת הדירות להשכרה ובכך יצמצמו את היצע הדירות להשכרה. תוצאה זו מזכירה במובנים רבים את זו המתרחשת כאשר הממשלה מטילה פיקוח יתר על איכות המושכר ומצבו, למשל באמצעות הצבת דרישות בנוגע לתקינות המושכר.

תוצאה בלתי רצויה נוספת של הגבלת שיעור השכירות, לפי הספרות הכלכלית, היא ירידה באיכות הדירות המוצעות להשכרה. כפי שיוזכר ברזל תיאר באופן כללי בדבר כל נכס קנייני, בעלי דירות יכולים להגיב לשינויים במשטר הרגולטורי על ידי דילול איכות המוצר שעליו מוטל פיקוח והתאמת מחיר המוצר. כל מוצר בשוק, לרבות דירות להשכרה, מורכב למעשה מצרור של זכויות ושירותים שאפשר להפרידם ולבודדם בתגובה לתנאי שוק משתנים. כאשר מוטל פיקוח על איכותו של מוצר מסוים או על מחירו, יוצע המוצר בקונפיגורציה אחרת המותאמת למצב המשפטי החדש. ברזל מציין שאסטרטגיה זו אומצה על ידי בעלי תחנות דלק בארצות הברית בתגובה להטלת פיקוח על מחירי הדלק בעקבות משבר הנפט בשנת 1973.⁴⁸ טרם המשבר נהגו בעלי תחנות דלק להציע ללקוחותיהם מגוון

47 ראו לדוגמה, Richard M. Alston, J.R. Kearl & Michael B. Vaughan, *Is There a Consensus Among Economists in the 1990's?*, 82 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 203 (1992); Richard Arnott, *Time For Revisionism On Rent Control?*, 9 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 99 (1995); Edgar Olsen, *An Econometric Analysis of Rent Control*, 80 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 1081 (1972).

48 BARZEL, לעיל הערה 22, בעמ' 16-32.

שירותים כגון ניקוי חלונות ובדיקת שמן ומים בחינם כל אימת שמילאו דלק במקל. עם הטלת הפיקוח על מחירי הדלק, שהגביל את יכולתם של בעלי תחנות לגבות כסף מלקוחותיהם, בחרו בעלי התחנות להפסיק להציע את השירותים הנלווים שסיפקו ללקוחותיהם בעבר. הפסקת השירותים הנלווים אפשרה לבעלי תחנות הדלק לשמור על רמות רווח סבירות למרות הפיקוח על מחירי הדלק. אפשר להבחין בדינמיקה דומה בשוק הדירות להשכרה. בעלי דירות להשכרה הורידו למינימום האפשרי את השירותים הנלווים המסופקים לשוכרים בתגובה להטלת פיקוח על שיעור דמי השכירות. אכן, במקומות שבהם הוטל פיקוח על שיעור השכירות חלה התדרדרות במצבן הפיזי של הדירות המושכרות וברמת השירותים שסיפקו בעלי הדירות לנכסים. תופעות אלה אירעו גם בישראל.

תוצאה שלישית ואחרונה שחזו כלכלנים בתגובה להטלת פיקוח על שיעור השכירות היא הופעת שוק שחור להשכרת דירות שבו מחירי השכירות יהיו גבוהים בהרבה מהתעריף המרבי המותר לפי חוק. באופן פרדוקסלי המגבלות החוקיות המוטלות על שיעור השכירות תעלינה עוד יותר את תעריפי השכירות בשוק השחור, שכן שיהיה על משכירים הפועלים בשוק השחור לנקוט אמצעי "הסתרה" שונים כדי למנוע מן השלטונות לגלות את פועלם הלא חוקי. מובן שחלק מעלויות אמצעי ההסתרה יגולגל אל השוכרים. תחזיות אלה התגשמו הלכה למעשה בשוקי דיור ברחבי העולם שבהם הונהג פיקוח על מחירי השכירות. בעלי נכסים להשכרה בשווקים אלה הסכימו להשכיר את נכסיהם בכפוף לקבלת תשלום מיוחד מן השוכר הפוטנציאלי אשר הוגדר כ"דמי מפתח". כל מהותו של תשלום נוסף זה הייתה לעקוף את התקרה שהוטלה על דמי השכירות. דמי המפתח התפתחו אפוא כמסלול עוקף פיקוח. מעניין לציין שאף על פי שתשלומים כאלה היו אסורים על פי ההסדר המנדטורי הראשוני, בסופו של דבר בישראל שולבו תשלומי "דמי מפתח" אל תוך החוק עצמו, ולכן היום דירות באות בגדר חוק הגנת הדייר – המטיל פיקוח על תעריפי השכירות – אך ורק אם הדייר שילם דמי מפתח.

לסיכום, אפשר לומר שקיים קונצנזוס רחב בקרב כלכלנים שחוקים המטילים פיקוח על דמי שכירות יוצרים עיוותים קשים בשוק הדיור. לפיכך קיימת התנגדות כמעט גורפת בקרב כלכלנים להגבלה רגולטורית של דמי השכירות. בישראל נושא הגבלת השכירות הפך להיות עניין הנתון בדרך כלל לבחירתם של השוכר והמשכיר. ברם בכמה מקרים המוגדרים בחוק – למשל במקרה שבו בעל בית אינו משלם את תשלומי המשכנתה והבנק משתלט על הנכס, או כאשר מדובר בחוזה שכירות שנחתמו לפני שנושא הגבלת דמי השכירות הפך אופצינולי – הדין הישראלי מטיל הגבלה על שיעור השכירות, ובמקרים אלה יוצרו הבעיות השונות שעליהן הצביעו הכלכלנים שפורטו בחלק זה. יצוין שלצד הקונצנזוס הרחב הקיים בקרב

כלכלנים בנוגע לאי-רציותו של פיקוח על מכירי שכירות, קיים קומץ כלכלנים הגורס אחרת ומאמין שהפיקוח כפי שבוצע עד היום לא גרם הרבה נזק, אם בכלל.⁴⁹

4. שיטות רישום

גם הנושא של שיטות רישום זכה להתייחסות בספרות הכלכלית אם כי ברמה אבסטרקטית מאוד. במערב מוכרות שתי שיטות רישום מקרקעין מקובלות: רישום על פי שטר ורישום על פי נכס, המכונה שיטת Torrens על שם האוסטרלי אשר פיתח אותה. בשיטת רישום על פי שטרות כל שטר מקוטלג בפנקסי הרישום והחיפוש מתבצע על פי רוב לפי שמות הצדדים. הדרך המסורתית לתאר את גבולות החלקה בשטרות הייתה לפי תוואי השטח. למשל, היה נהוג לתאר גבולות של חלקה כמתחילים בעץ הבולט בשטח, נמשכים עד לפתחת ואדי ועוברים משם לתל אבנים ואז בחזרה לעץ. דרך תיאור זו יצרה בעיה קשה של זיהוי גבולות אם אירעו שינויים בתוואי השטח עקב פגעי הטבע, דוגמת שיטפונות, או מעשי ידי אדם. תיאור הגבולות הסתמך גם על שיטות מדידה לא מדויקות, כגון "מאה צעדים מן העץ צפונה". לעומת זאת בשיטת Torrens לפני פעולות הרישום מתבצע מיפוי מרכזי של האזור. האזור כולו מחולק לחלקות ואז אפשר לסחור ולבצע רישום רק בהתייחס לחלקות הספציפיות כפי שהוגדרו. מפתח הרישום הוא אפוא לפי החלקה ולא לפי שמות הצדדים. דין לוק הצביע במאמרים שכתב לבדו או עם כותבים אחרים, ובמיוחד עם גארי לייבקף, על שני יתרונות בשיטת Torrens:⁵⁰ ראשית טען שהחלוקה המדויקת של החלקות והקווים הישירים שנמדדו ומופו כחלק משיטת Torrens מפחיתים למינימום את סכסוכי הגבולות וכפועל יוצא מכך ממזערים את הצורך בהתערבות משפטית; שנית, שיטת Torrens מספקת מידע אמין יותר על הבעלות האמתית במקרקעין. כאשר הרישום מתבצע בשיטת Torrens, קל יחסית לזהות את הבעלים של נכס נתון כלשהו: כל חלקת מקרקעין ממוספרת. המספר מצוין על מפה של האזור, וכך כל מאן דבעי יכול למצוא על נקלה את הבעלים של החלקה שבה הוא מעוניין באמצעות איתור מספרה על המפה. לעומת זאת בשיטת רישום על פי שטרות שומה על המנסה לאתר את הבעלים הנוכחי של פיסת קרקע מסוימת לבחון את כל

49 Arnott, לעיל הערה 47, בעמ' 99 ואילך.

50 Gary D. Libecap & Dean Lueck, *Land Demarcation Systems in Henry Smith and Kenneth Ayotte ed. Law and Economics of Property*, RESEARCH HANDBOOKS IN LAW AND ECONOMICS (Richard Posner & Francesco Parisi, eds., 2010); Gary D. Libecap & Dean Lueck, *Controlled and Indiscriminate Land Demarcation: The Rectangular Survey Versus Metes and Bounds* (טרם פורסם); Gary D. Libecap, Dean Lueck & Trevor O'Grady, *Large Scale Institutional Changes: Land Demarcation Within the British Empire* (טרם פורסם).

שרשרת העסקאות (chain of title) המובילה אל הבעלים הנוכחי. למרבה הצער, הליך הייחוס לאחור שהמחפש מחויב לבצע עלול להיתקל בבעיה של "שטרות תועים" (wild deeds), היוצרים פערים בשרשרת הבעלות. בעיית השטרות התועים מתעוררת עקב הכרת המשפט בדרכים מסוימות להעברת בעלות שאינן מצריכות רישום, ולפיכך יהיה בלתי אפשרי לעקוב אחר העברות הבעלות עד לבעלים הנוכחי. למשל: כאשר בני זוג מחזיקים בנכס בבעלות משותפת העוברת עם מותו של אחד מהם לבעלותו הייחודית של בן הזוג השני (joint ownership with right of survivorship). במצב עניינים זה קונים פוטנציאליים לא יוכלו לאתר את שרשרת הבעלות המובילה אל הבעלים הנוכחי משום שמעבר הבעלות איננו מצוין בפנקס הרישום. מקרה אחר שמתעוררת בו בעיה זו הוא כאשר אדם רוכש בעלות בנכס מכוח חזקה נוגדת מבלי שרשם את זכותו. הבעלים הרשום – אף על פי שאיבד את זכותו – יכול במצב דברים זה למכור את זכויותיו לצד ג מבלי שהלז ידע שהמוכר כבר לא נחשב בעיני המשפט בעליו החוקי של הנכס. בשיטת Torrens בעיות אלה נמנעות. לכן קונה מקרקעין המוסדרים לפי שיטה זו חשוף לרמת סיכון נמוכה בהרבה מקונה הרוכש מקרקעין הרשומים על פי שטר.

סדרת מחקרים אמפיריים ניסתה לאשש את הטענות בדבר עדיפותה של שיטת Torrens באמצעות בחינת מחירי מקרקעין הרשומים לפי כל אחת משיטות הרישום. אם הערכותיו של לוק בדבר יתרונותיה של שיטת Torrens נכונות, הרי שהדבר צריך לקבל ביטוי במחיר הנכסים הרשומים בשיטה זו. מחירי נכסים אלה אמורים להיות גבוהים ממחירי נכסים אשר רישומם נעשה על פי שטר, שהרי מחירם של האחרונים אמור לשקף את הסיכון לטעויות במרשם ולסכסוכי גבולות העלולים להתגלע בעניינם. ואכן, המחקרים שנעשו על ידי לוק ואחרים הוכיחו שרישום Torrens מעלה את ערכם של נכסים לעומת רישום באמצעות שטרות. עם זאת יצוין שמחקרים אמפיריים אחרים העלו שלרישום בשיטת Torrens יש גם חסרונות, וזאת בשל העלויות האדמיניסטרטיביות הגבוהות הכרוכות בהסדרת המקרקעין הנחוצה לצורך כינון מרשם זה.⁵¹

ישראל עשויה להיות קרקע פורה למחקרים אמפיריים בנוגע לשיטת הרישום העדיפה, משום שבישראל קיים מרשם Torrens, אך מרשם זה אינו מושלם, ונכסים רבים עדיין רשומים לפי שטרות. בישראל רישום Torrens מתקיים אך ורק לגבי מקרקעין שעברו הסדר. מקרקעין שטרם עברו הסדר רשומים בישראל לפי שיטת רישום שמבחינת מהותה היא רישום על פי שטר. שיטה זו, שנהגה בישראל בעבר, סובלת מכל אותן מגרעות שהזכרנו

J. Janczyk, *An Economic Analysis of the Land Title Systems for Transferring Real Property*, 6 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 213 (1977); Shick and Plotkin, *Torrens in the United States: A Legal and Economic History and Analysis of American Land Registration Systems* (1978).

בדיון ברישום על פי שטר. התערובת המיוחדת שאפשר למצוא בישראל מאפשרת ביצוע מחקר אמפירי המשווה בין מחירי מקרקעין לפני הסדר ולאחריו. השוואת מחירים מעין זו יכולה להקנות לנו אינדיקציה ברורה באשר לערך המוסף המדויק של רישום Torrens. באופן דומה עלות כינון מרשם ה-Torrens בארץ תספק מידע מדויק על העלויות המנהליות הכרוכות במעבר משיטת רישום לפי שטר לשיטת Torrens.

כלכלנים לא הגבילו את מחקריהם להשוואות בין שיטות המרשם השונות. הרננדו דה סוטו ניסה לתאר ולכמת במחקר מפורסם וחשוב את הערך המוסף של הסדרת הבעלות במקרקעין, ובעיקר רישום הזכויות (במרשם כלשהו).⁵² לצורך כך הוא השווה זכויות קניין שנרשמו לכאלה שלא נרשמו. דה סוטו טען שזכויות קניין מאבדות ערך רב כאשר אינן רשומות רישום פורמלי אפילו אם קיימת הכרה חברתית בזכויות אלו. בהיעדר רישום אי אפשר לשעבד זכויות קניין או להשתמש בהן כבטוחות לצורך מימון. בעקבות זאת בנקים ונושים אחרים יסרבו להעניק אשראי לבעלי הזכויות הלא רשומות, ורוכשים פוטנציאליים לא יסכימו לשלם מחיר מלא ברכשם זכויות מעין אלו, משום שתמיד יעלה בלבם החשש שלמוכרים אין זכויות תקפות על פי דין. נכסים לא רשומים הם אפוא "הון מת", בלשונו של דה סוטו, ומקשים על צבירת עושר. חשוב לציין שברוב המקרים שחקר דה סוטו לא היה מדובר אך ורק באי-רישום זכויות אלא גם בהיעדר מוחלט של זכויות קניין מוכרות על פי דין.

מחקרו של דה סוטו אינו תאורטי בלבד. דה סוטו שימש בתפקידים שונים הקשורים להתוויית מדיניות כלכלית ומשפטית, ובהם בבנק המרכזי של פרו. הוא תרם תרומה חשובה להעברת כמה וכמה רפורמות בפרו אשר שיפרו את רמת ההכרה המשפטית בזכויות קניין ואת ההגנה עליהן. בזכות תרומתו לרפורמות אלו והצלחתן של הרפורמות הפך דה סוטו לדמות מבוקשת בעיצוב רפורמות קנייניות בארצות רבות, הן בדרום אמריקה (למשל באל סלבדור) והן מחוצה לה (למשל בטנזניה).

עם זאת לא הכול הסכימו עם ממצאיו של דה סוטו. עבודתו בוקרה משתי סיבות עיקריות. ראשית היו שהטילו ספק בחישובים הסטטיסטיים שהציע דה סוטו באשר לאבדן הערך עקב היעדר הסדרה משפטית ומידת הצמיחה הכלכלית שתנביט הסדרת זכויות קניין. באופן קונקרטי מבקרים מסוימים טענו שהיעדר רישום הוא רק אחת מן הבעיות המאפיינות זכויות קניין במדינות מתפתחות, ולכן טעה דה סוטו כאשר ייחס משקל רב כל כך לנושא הרישום. שנית, היו שטענו שדה סוטו לא דק פורתא בהבחנה בין שתי בעיות הקשורות זו

HERNANDO DE SOTO, THE MYSTERY OF CAPITAL: WHY CAPITALISM TRIUMPHS IN THE WEST AND FAILS EVERYWHERE ELSE, Basic Books (2000) 52

לזו, אך שונות במהותן, המאפיינות כלכלות לא פורמליות: היעדר רישום וחוסר ודאות באשר לזכויות קניין.

אכן, בהיעדר מרשם אמין וכולל קשה לוודא את זהות המחזיקים בזכויות קנייניות כמו גם את מהות הזכויות. אולם מכאן אי אפשר להסיק שכינון מרשם יוביל בהכרח להקצאה יעילה של זכויות קניין בידי האנשים הנכונים. ייתכן שהסרת האי־ודאות תבוא דווקא בעקבות הקצאת זכויות לבעלים הלא נכונים על ידי הרשם. נוסף על כך, בשל האי־ודאות הפושה בכל ערב הרישום עלול הליך הרישום לעלות על שרטון, משום שהעוסקים במלאכה יתקשו לקבוע למי צריך להעניק זכויות, ואילו זכויות בדיוק יש לרשום.

5. הפקעות

נושא אחר שזכה לדיון מקיף בספרות הכלכלית הוא נושא ההפקעות. שתי סוגיות מרכזיות העסיקו את החוקרים בהקשר זה: הצדקת כוח ההפקעה והצדקת חובת הפיצוי. מטבע הדברים נפתח בסוגיה הראשונה. ככל שידיעתנו משגת, כל מערכות המשפט מכירות בכוחה של המדינה להפקיע קניין פרטי. ההצדקה הכלכלית לקיום כוח זה היא שבלעדיו לא תוכל המדינה לספק תשתיות ושירותים חיוניים שהיא מצופה לספק. אכן, קיימת תמימות דעים בין החוקרים שלכל הפחות שומה על המדינה לספק טובין ציבוריים (public goods), ושלצורך מילוי תפקיד זה תזדקק המדינה במצבים מסוימים לרכוש זכויות קניין.⁵³ אולם הסבר זה מעורר את התהייה הבאה: הפקעה אינה הדרך היחידה להשיג בעלות בקרקע; המדינה יכולה לרכוש זכויות במקרקעין באמצעות עסקאות רצוניות בשוק הפתוח. מדוע אפוא ראוי להעניק לה כוח לכפות העברות לא רצוניות של זכויות קניין על בעלים פרטיים?⁵⁴

האופן שבו השאלה מוצגת מטעה במקצת. יש להבהיר שהמדינה אכן פועלת בשוק החופשי, וכי היא עצמה מעדיפה, כאשר הדבר אפשרי, להעביר זכויות קניין לחזקתה באמצעות עסקאות רצוניות. כאשר עלויות העסקה נמוכות מספיק, כדאי למדינה לפעול במסגרת השוק החופשי ולהשיג זכויות קניין מפרטים בעסקאות רצוניות. בהתקיים עלויות עסקה סבירות רכישות בשוק החופשי הופכות את תהליך השגת זכויות הקניין הנחוצות לזול יותר מבחינה כלכלית ולמשתלם יותר מבחינה פוליטית. ברם לא תמיד תהינה עלויות העסקה שבפניהן ניצבת המדינה נמוכות.

53 RICHARD EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY ; 135-110 בעמ' 3, SHAVELL, לעיל הערה 3, AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN (1985).

54 Steven Shavell, *Eminent Domain versus Government Purchase of Land* בעניין זה, ראו *Given Imperfect Information about Owners' Valuations*, 53 JOURNAL OF LAW & ECONOMICS 1 (2010).

למרבה הצער, דווקא כאשר המדינה צריכה להשיג זכויות קניין בקרקע כדי לספק טובין ציבוריים, דוגמת כבישים, מסילות ברזל, קווי תקשורת וכיו"ב, היא צפויה פעמים רבות להיתקל בעלויות עסקה גבוהות. הסיבה לכך היא שהוצאתם של פרויקטים כאלה מן הכוח אל הפועל דורשת איסוף מספר רב של זכויות קניין, לעתים עשרות או מאות. אילו ניסתה המדינה להשיג את כל הזכויות הנחוצות ולצרפן זו לזו, קרוב לוודאי שהייתה ניצבת בפניה בעיית ה"סחטן" (holdout), נבהיר שבעיית הסחטן נוצרת כי לאחר שהמדינה כבר רכשה כמה זכויות כל הוצאותיה נהפכות לשקועות, ולכן למי שנותר בסוף התור כוח רב, כי אם לא "סוגרים" אתו עסקה, כל ההוצאות השקועות יורדות לטמיון. מצב זה גם מתמרץ צדדים להידחק לסוף התור, אך אם כולם רוצים להיות בסוף אי אפשר להתחיל את התהליך. אלמלא כוח ההפקעה שבו מחזיקה המדינה, כל אחד ואחת מבעלי הזכויות היה מחזיק בזכות וטו על המיזם כולו והיה יכול לתבוע מן המדינה תשלום השווה להערכתו לרווח הצפוי למדינה מביצוע המיזם.

התנהגות אסטרטגית מעין זו יוצרת שתי עלויות השלובות זו בזו: ראשית, היא מעלה את עלויות המשא ומתן. שנית, וחשוב מכך, כיוון שהסיטואציה מאופיינת באינפורמציה א-סימטרית – שהרי הבעלים הפרטיים אינם יודעים מהו הרווח המדויק שצפויה המדינה לקבל מביצוע פרויקט מסוים ויכולים רק לשער את ערכו בקירוב – עלולים מוכרי הזכויות הפרטיים לחטוא בהערכת-יתר של רווחי המדינה הצפויים ולתבוע מחיר שהמדינה לא תעמוד בו. דרישות מופרזות כגון אלה עלולות למנוע מפרויקטים חשובים לקרום עור וגידים.⁵⁵

הכוח להפקיע זכויות קניין פרטי מחליש את כוחם של בעלי הזכויות בקניין הפרטי למנוע מן המדינה לבצע פרויקטים רצויים. הוא מגביל את כוחם של הבעלים הפרטיים "לסחוט" את המדינה ומאפשר למדינה לעבור בכל שלב שהוא במשא ומתן ממתווה של משא ומתן רצוני למתווה של נטילה כפויה. מובן שעצם קיומו של כוח זה משפיע מניה וביה על כוחם של בעלי הזכויות הפרטיים לשאת ולתת עם המדינה, אפקט הפוגם בתמריץ שלהם להציב דרישות מוגזמות, ויש להניח שהוא גם מקצר את תהליך המשא ומתן ומוריד את עלויותיו. הכוח להפקיע פותר אפוא את בעיית ה"סחטן". אולם מדובר בפתרון שמחירו בצדו.

משמכיר המשפט בכוח המדינה להפקיע מתעורר החשש שהמדינה תנצל כוח זה לרעה, למשל כדי להעביר זכויות קניין בנכסים מבוקשים למקורביהם של פוליטיקאים. כפי שנסביר להלן, החובה לפצות במקרי הפקעה ממתנת את החשש של ניצול כוח זה לרעה, אם

55 ראו Thomas J. Miceli, Kathleen Segerson, *The Economics of Eminent Domain: Private Property, Public Use, and Just Compensation*, in FOUNDATIONS AND TRENDS IN MICROECONOMICS (W. Kip Viscusi, ed., 2007); RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 62 (6th ed., 2003).

כי אינה פותרת אותו בצורה מלאה – על כך בהמשך. בעיה זו הביאה את הכלכלן גארי בקר לפקפק ביתרונותיו של כוח ההפקעה. הוא סבר שבזמננו כשמדינות משתמשות שימוש נרחב בסמכות ההפקעה, עלותו של כוח זה גבוהה מן התועלת שהוא מניב. אולם יש לציין שאין חסידים רבים לדעה זו.

כוח ההפקעה מלווה תמיד בחובה לפצות את בעלי הקניין הפרטי בגין ההפסד שנגרם להם. חובת הפיצוי זכתה אף היא להתייחסות בספרות. עיון בספרות מעלה שלוש הצדקות לקיום חובת פיצוי: ההצדקה הראשונה, שהיא גם המקובלת יותר, קושרת את חובת הפיצוי לבעיה שלטונית המכונה "אשליה פיסקלית" (fiscal illusion)⁵⁶. שורש הבעיה הוא בנטייתם של פוליטיקאים ובירוקרטים המקבלים החלטות בנוגע להפקעות להתעלם מעלויות שאינן משתקפות בתקציב. לכן ללא חובת פיצוי יתעלמו מקבלי ההחלטות מן העלות הפרטית שהחלטות הפקעה משיתות על הבעלים הפרטיים, שכן ההפסד שסופגים הבעלים לא ישתקף באופן כלשהו בתקציב הרשות המפקיעה. במצב דברים זה תיווצר בעיה של שימוש-יתר בסמכות ההפקעות, וחלק מן ההפקעות שתבוצענה תהיינה לא יעילות. כאשר הרשות המפקיעה רואה לנגד עיניה אך ורק את התועלת שתצמח לה מן ההפקעה אך מתעלמת לחלוטין מן ההפסד לבעלי הקניין המופקע, הרי שהרשות תבחר להפקיע כל אימת שצפויה לה תועלת כלשהי מן ההפקעה (בניכוי העלויות האדמיניסטרטיביות של ביצוע המהלך) ללא כל התחשבות במרכיב הנזק הפרטי לבעלים. חובת הפיצוי מאלצת את הרשות "להבחין" בעלות הפרטית לבעלים משום שבשל החובה לשלם יופיע חסרון הכיס שנגרם לבעלים הפרטי בתקציב. בקצרה אפשר לומר, שלפי הצדקה זו חובת הפיצוי מאלצת את הרשות להפנים (to internalize) את מרכיב העלות הפרטית הכרוך בהפעלת כוח ההפקעה. משמרכיב זה מובא בחשבון, תבחונה רשויות שהיעילות נר לרגליהן להפקיע רק כאשר התועלת הצפויה מן הפרויקט שלשמו מתבצעת ההפקעה גבוהה מעלות הפיצוי.

הצדקה שנייה לחובת הפיצוי הוצעה על ידי חוקרי תאוריות ה-"public choice", כמו למשל דן פרבר.⁵⁷ הצדקה זו מתמקדת בזירה הפוליטית ובאופן קבלת ההחלטות בה. בהסתמכו על כתיבתו של מנסור אולסן על ההשפעה הלא מידתית של קבוצות אינטרסים על קבלת החלטות בזירה הפוליטית, הצביע פרבר על האפשרות שגם בעלי זכויות קניין בנכסים פרטיים הם קבוצת אינטרס היכולה להשפיע על מקבלי ההחלטות ואף לעוות את תוצאות ההליך הפוליטי. בעולם ללא פיצוי ינצלו הבעלים הפרטיים את השפעתם הפוליטית הלא-מידתית כדי לחסום הפקעות רצויות מבחינה חברתית, משום שאף על פי שהחברה בכללותה תצא נשכרת מן ההפקעה, בעלי הקניין הפרטי הם שיישאו בעלות אבדן זכויותיהם. חובת

56 ראו WILLIAM FISCHEL, REGULATORY TAKINGS: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS (1995) ; Blume, Rubinfeld & Shapiro, לעיל הערה 6.
57 Daniel A. Farber, *Economic Analysis and Just Compensation: An Anti-Discrimination Theory of Takings*, 12 INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 125 (1992).

הפיצוי מנטרלת את תמריצם של הבעלים הפרטיים להתנגד לפרויקטים יעילים ולחסמם משום שהיא מבטיחה להם שהם לא יצאו נפסדים מן הפרויקט. תשלום הפיצוי יגרום לבעלים להיות אדישים לקרות הדברים – אם תבוצע ההפקעה ואם לא תבוצע. אליבא דפרבר, הפיצוי הוא אתנן המועבר לבעלי הזכויות הפרטיים שמטרתו להפיס את דעתם של אלה וכך לסלול את הדרך לפרויקטים רצויים חברתית.⁵⁸

הצדקה שלישית לקיום חובת הפיצוי הוצעה על ידינו במאמר שהתפרסם לאחרונה.⁵⁹ לשיטתנו, חובת הפיצוי מצמצמת את הסכנה לשחיתות שלטונית ולשימוש לרעה בכוח ההפקעה. יודגש שאיננו טוענים בשום פנים ואופן שכל הפוליטיקאים מושחתים או אפילו שהם נוטים לנצל את סמכותם לרעה. אולם למרבה הצער, מציאות החיים מלמדת שקיימים גם פוליטיקאים כאלה. אלה עלולים לנצל את כוח ההפקעה כדי "לסחוט" תשלומים וטובות הנאה אחרות מפרטים המחזיקים בזכויות קניין בנכסים. כיצד? פשוט מאוד: אין להם אלא לאיים בהפעלת כוח ההפקעה ביחס לנכס מסוים ובד בבד להציע לבעליו "לחוס" על הנכס (ולהפקיע נכס של אחר) בתמורה לתשלום כזה או אחר הנמוך מערך הנכס בשביל הבעלים. בעולם ללא חובת פיצוי ישתלם לבעלים לקבל את ההצעה לשלם ולהותיר את הנכס ברשותו. ברי לכול שמצב עניינים זה בלתי רצוי. מלבד חוסר הצדק הנגרם לבעלים הפרטיים, המציאות המתוארת יוצרת מצב שבו החלטות בנוגע להפקעות עלולות להתקבל אך ורק על יסוד התועלת הפרטית (סכום האתנן) שמקבלי החלטות יוכלו לגבות מבעלי הנכסים, ללא קשר לתועלת הציבורית מן ההפקעה. כאשר המשפט מחייב פיצוי, נכשלת האסטרטגיה שתיארנו לעיל. החובה המשפטית לפצות מבטיחה לבעלי הקניין הפרטי שהם יקבלו את שווי נכסיהם במקרה של הפקעה. הפיצוי שקול לביטוח המשולם במקרה של הפקעה. מאחר שמובטח לבעלים תשלום, לא יוכלו עוד פוליטיקאים מפקקים לאיים עליו בחבר ההפקעה וזו תוסר מעל ראשו (תמורת תשלום כמובן). הפיצוי מעמיד את הבעלים

58 אמנם צביונו של פרק זה הוא בראש ובראשונה תיאורי-סקירתית. עם זאת מחובתנו לציין שניתוחו של פרבר מעורר שתי בעיות מרכזיות: ראשית, אין תימוכין אמפיריים להנחה שבעלי הזכויות בקרקעות פרטיות המועדות להפקעה מחזיקים בהשפעה הפוליטית שמייחס להם פרבר. ייתכן שכאשר מדובר בפרויקטי תשתית גדולים המצריכים הפקעת מספר רב של קרקעות הנחה זו של פרבר מתקיימת, אך ספק רב אם היא מתקיימת במקרים שבהם מופקעות הזכויות במגרש בודד או במספר קטן של מגרשים. שנית, הנחתו של פרבר שתשלום הפיצוי יפיס את דעתם של הבעלים הפרטיים ויגרום להם לסלק את התנגדותם בעייתית אף יותר. שיעור הפיצוי מחושב לפי שווי השוק של המקרקעין המופקעים, ברם לא ברור מדוע יסתפקו בעלי הזכויות במגרשים המועדים להפקעה בקבלת שווי השוק של זכויותיהם. בהיותם ממקסימי תועלת פרטית והיות שיש להם דה פקטו כוח וטו על ביצוע הפרויקט כולו, שומה עלינו לתהות מדוע לא ידרשו תשלום ששיעורו עולה בהרבה על מחיר השוק של נכסיהם. מדוע לא ידרשו לקבל את הרווח הצפוי מן הפרויקט? פרבר איננו מתייחס לקשיים אלה.

59 Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *The Hidden Function of Takings Compensation*, 96 VA. L. REV. 1673 (2010).

במצב של אדישות כלפי ההפקעה: אם לא תצא ההפקעה לפועל, יישאר הנכס בידו, ואם תצא אל הפועל, הרי שיקבל שווה כסף לערך הנכס.⁶⁰ בשלב זה ברצוננו להעיר כמה הערות: ראשית, הפיצוי המשולם לבעלי הזכויות בקרקע מופקעת מחושב לפי שווי השוק של הקרקע. מלומדים רבים, ובהם ריצ'רד פוזנר,⁶¹ ציינו שהמדד המקובל לחישוב הפיצויים יוצר בעיה של פיצוי-חסר. בראש ובראשונה מדד זה אינו מביא בחשבון את האפשרות שהשווי הסובייקטיבי שייחס הבעלים לנכס גבוה משווי השוק שלו. הוא מתעלם גם מהאפשרות שההפקעה גרמה לבעלים נזק עקיף באלצה אותו לעקור משכונה שבה נהנה משירותי חינוך או תרבות משובחים או מקהילה שאהב במיוחד. בעיות אלה ידועות.⁶² עם זאת קיימת הסכמה רחבה שחישוב לפי שווי השוק הוא הדרך היחידה האפשרית מבחינה פרקטית, משום שאין דרך לוודא את הערך הסובייקטיבי שמייחס הבעלים לנכס. בשיטות משפט מסוימות נעשה ניסיון להתמודד עם הבעיה באמצעות קביעת פרמיות סטטוטוריות מעבר לשווי השוק שתשולמנה לבעלי נכסים מופקעים כדי לפצותם על מרכיבי ערך אלה. פרמיות אלה בוטלו ברבות הימים, ולכן אפשר לומר שהניסיון לא צלח.

שנית, כמה חוקרים, ובהם אחד מכותבי שורות אלה, טענו שהפיצוי המובטח משפטית לבעלים מעוות את תמריצי ההשקעה שלהם בנכסים. כפי שציינו, אפשר לראות בפיצוי המשפטי שווה ערך לביטוח. כידוע, ביטוח, באשר הוא, יוצר בעיה של "סיכון מוסרי" (moral hazard).⁶³ ידיעת המבוטחת שהיא תזכה לפיצוי בהתרחש האירוע הביטוחי יוצרת לה תמריץ להימנע מנקיטת אמצעי זהירות שהייתה נוקטת אלמלא הביטוח, ובמקרים מסוימים אפילו לנסות ולהביא להתרחשות האירוע הביטוחי עצמו. מובן שזו התנהגות תת-אופטימלית. בעיה דומה צצה בהקשר של ההפקעות. הביטחון שבפיצוי גורם לבעלים להתעלם מאפשרות ההפקעה בקבלם החלטות. כדי להמחיש עניין זה הנה דוגמה: הניחו שחברה קבלנית מבקשת לבנות שכונת מגורים על צוק כורכר מתפורר המשקיף אל הים.

60 הניתוח שלנו מניח שהפיצוי הוא מלא. מובן שבמציאות הפיצוי המשולם עשוי להיות פיצוי-חסר או פיצוי-יתר. ראו Patricia Munch, *An Economic Analysis of Eminent Domain*, 84 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 473 (1976). ברצוננו לסייג את האמור בטקסט ולציין שהבעלים אינם אדישים בין הפקעה לאי-הפקעה, כי בהפקעה הם מקבלים רק את הערך האובייקטיבי של הנכס, שעשוי להיות פחות מזה הסובייקטיבי.

61 *Coniston Corp. v. Village of Hoffman Estates*, 844 F.2d 461, 464 (7th Cir. 1988).

62 ראו לדוגמה, Thomas W. Merrill, *Incomplete Compensation for Takings*, 11 N.Y.U. ENVIRONMENTAL LAW JOURNAL 110 (2002); Nicole Stelle Garnett, *The Neglected Political Economy of Eminent Domain*, 105 MICH. L. REV. 101 (2006).

63 Thomas J. Miceli & Kathleen Segerson, *Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?* 23 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 749 (1994); Robert Innes, *Takings, Compensation, and Equal Treatment for Owners of Developed and Undeveloped Land*, 40 JOURNAL OF LAW & ECONOMICS 403 (1997).

היות שמדובר באזור מועד לפרוענות, לאחר קריסה הדרגתית של הצוק ייתכן מאוד שהמדינה תשתמש בכוח ההפקעה שלה כדי למנוע פגיעה בנפש. על היזם היה להביא אפשרות זאת בחשבון ולשקללה בחישוב העלות-תועלת שלו. ייתכן שאילו עשה כן, היה נמנע מלבצע את הפרויקט. אולם משום שמובטח לו פיצוי במקרה של הפקעה, יתעלם היזם מהסכנה ויבנה את שכונת המגורים. תוצאה זו בלתי יעילה בעליל. לדעת כלכלנים יש להפחית במקרים כאלה את הפיצוי המשולם באופן שישקף נכוחה את הסיכון ההתחלתי שהיה גלום בפרויקט.

שלישית, הנחה מקובלת בכתיבה הכלכלית היא שחובת הפיצוי מפחיתה את מספר ההפקעות. החובה לפצות מייקרת לכאורה את השימוש בסמכות ההפקעה. כידוע, העלאת מחיר כלשהי אמורה להביא לירידה בשכיחות השימוש או הצריכה. אולם דרך חשיבה זו פשטנית מדי כאשר הדברים אמורים בהפקעות. למעשה, אפשרי שתשלום הפיצוי מגדיל דווקא את שכיחות השימוש בכוח ההפקעה. מדוע? כל שימוש בכוח ההפקעה כרוך בשני סוגים של עלויות פוטנציאליות מבחינתם של הפוליטיקאים: הסוג הראשון הוא עלות כלכלית המתבטאת בסכום הכסף שעליהם לשלם כפיצוי עבור לקיחת הזכויות מן הבעלים הפרטי; הסוג השני הוא עלות פוליטית המשתקפת בפגיעה התדמיתית שעלולה להיגרם להם בעיני ציבור הבוחרים, העלול להתרעם על השימוש שנעשה בכוח ההפקעה. יודגש שלעומת העלות הכלכלית המתקיימת בכל מקרה של הפקעה, העלות הפוליטית רלוונטית אך ורק באותם מקרים שבהם הפקעה תפורסם ותעורר דיון ציבורי. להערכתנו,⁶⁴ מרבית מקרי ההפקעה אינם יוצרים עלות פוליטית למקבלי ההחלטות, אולם במקרים שבהם מעורבת עלות פוליטית עלול להתרחש מצב פרדוקסלי: תשלום הפיצוי לנפגעים מן ההפקעה מפחית את העלות הפוליטית שלה, כלומר הנזק האלקטורלי הנגרם לפוליטיקאים המצדדים בהפקעה. זאת ועוד, ככל שהפיצוי נדיב יותר, כך ההפקעה השלטונית עשויה להיתפס כהוגנת יותר בעיני ציבור הבוחרים, ולכן לגיטימית יותר. יוצא אפוא שבאופן פרדוקסלי כאשר מדובר בהפקעות העלולות לגרום פגיעה פוליטית, יפעלו הפוליטיקאים מרצונם לפיצוי הנפגעים. יתר על כן, הפיצוי יתבטא בסכום נדיב במיוחד שיעלה על הנזק שנגרם להם. מן המקובץ עולה, באופן פרדוקסלי משהו, שהעברת הפיצוי תאפשר ביצוע הפקעות מסוימות שלא היו יוצאות אל הפועל אלמלא כן בשל העלות הפוליטית של ביצוע המהלך. למותר לציין שתוצאה זו אינה רצויה, באשר היא סוללת את הדרך לביצוע הפקעות לא יעילות מבחינה חברתית.

רביעית, התמקדות המשפט בהסדרת הפקעות ללא התייחסות לתופעת ההרעפות (givings) יוצרת תשתית רגולטורית חסרה המאפשרת לפוליטיקאים לנצל לרעה את כוח

Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *The Uselessness of Public Use*, 106 COLUM. L. 64 (2006), Bell & Parchomovsky; REV. 1412 (2006), לעיל הערה 59.

ההפקעה גם כאשר משולם פיצוי לנפגעים.⁶⁵ יש לזכור שלאחר שזכויות בקרקע נלקחות על ידי המדינה, זו איננה שומרת את הזכויות בידיה לאורך זמן (לפחות לא במצב העניינים הרגיל) אלא מעבירה אותן פעמים רבות לידי יזמים פרטיים. המדינה יכולה להרעיף הטבות למכביר על יזמים שהיא חפצה ביקרם. מובן שפוליטיקאים יכולים לקבל מאותם יזמים פרטיים שלל הטבות ותשלומים בתמורה ל"טוב הלב" שהפגינה כלפיהם. חשד להתנהגות מעין זו נחקר בימים אלה ממש בנוגע לפרויקט הולילנד בירושלים. יודגש שתשלום פיצוי – אפילו פיצוי מלא – לבעלים הפרטיים שמהם נלקחו הזכויות איננו פוגע בשום צורה בכוחם של הפוליטיקאים להפיק טובות הנאה ואף תשלומי "שוחד" מיזמים בשוק הפרטי בתמורה להרעפות קנייניות ורגולטוריות כאלה ואחרות. כדי לסכל במידה רבה אפשרות זו ולהבטיח קבלת החלטות נאותה ככל האפשר ברמה השלטונית, הצענו בעבר לחוקק דין הרעפות (givings law), אשר יחייב יזמים ונהנים אחרים מהרעפות שלטוניות לשלם את ערך ההטבה שקיבלו. המודל שהצענו קרוב רעיונית להיטל ההשבחה הקיים בישראל, היטל הנגבה על ידי הרשויות המקומיות בגין עלייה בערך נדל"ן עקב שינויים חיוביים בזכויות תכנוניות. אך לעומת היטל ההשבחה, המחושב על בסיס אחוז חלקי מעליית הערך, בדרך כלל 50%, אנו מציעים חיוב בשיעור מלוא עליית הערך. לשיטתנו, על החיוב להיות מושת רק באותם מקרים שבהם ניתנה למקבל ההטבה האפשרות לנצל את ההטבה או לדחות אותה. כמו כן בכל הקשור למועד הגבייה הצענו, בדומה להסדר המקובל בהיטל השבחה, שהתשלום יידחה עד לאחר מימוש ההטבה באמצעות בנייה או מכירה.

סיכום

בפרק זה ניסינו להמחיש כיצד הניתוח הכלכלי של המשפט תרם להבנת דיני הקניין. לשם כך סרקנו את הכתיבה הכלכלית המתייחסת לתפקיד זכויות הקניין בכלכלה ולניתוח של דוקטרינות ספציפיות. מקריאת הספרות הכלכלית עולה בבירור שכלכלנים מייחסים חשיבות עצומה לזכויות קניין ורואים בהגנה משפטית ראויה על הקניין תנאי שאין בלתו להתפתחות כלכלית ולשגשוג. עם זאת הניתוח הכלכלי של דיני הקניין הוא לפי שעה חלקי ביותר. למעשה, כאשר מביטים נכוחה על מצב הכתיבה הקיימת בנושא אין מנוס מן המסקנה שרוב החסר על הקיים. אשר על כן קיים מרחב גדול למחקרים עתידיים אשר ינתחו את דיני הקניין מנקודת מבט כלכלית.

65 ראו Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Givings*, 111 YALE L.J. 547 (2001).

פרק ח: קניין רוחני

מאת

אסף יעקב*

מבוא. א. קניין רגיל וקניין רוחני: על הדמיון והשוני ביניהם. ב. קו התפר שבין קניין רגיל לקניין רוחני: הקושי בהפצת מידע. ג. קניין רוחני: שילוב של מודל סטטי עם מודל דינמי. ד. מודלים שונים של יצירה. ה. עיצוב מערכת תמריצים אופטימלית. ו. מהו ההחזר הנדרש על השקעה ביצירה? ז. תמרוץ באמצעות חבילות זכויות שונות. ח. שליטה על מידת התמריץ באמצעות היקף חבילת הזכויות. ט. שליטה על מידת התמריץ באמצעות משך ההגנה המשפטית. י. תמרוץ אקס אנטה לעומת תמרוץ אקס פוסט. יא. ניהול אופטימלי של הזכות; סיכום ביניים. יב. העלויות הכרוכות בשיטת הקניין הרוחני; 1. הפער שבין התועלת החברתית לתועלת האישית – הצורך להיות ראשון; 2. הקצאת זכויות הקניין הרוחני ביחידות תת-אופטימליות; 3. מתן זכות בלעדית – עלות ההדרה – הנטל העודף (Deadweight Loss); 4. הדרת צרכני מידע לעומת הדרת יצרני מידע; 5. שימוש אסטרטגי לחיזוק/שימור כוח השוק של בעל הקניין הרוחני; 6. רישום הזכות, תיחומה והגדרתה; 7. עלויות אכיפה; 8. עלויות נוספות. יג. צמצום עלויות הקניין הרוחני באמצעות מתן הגנות/פריווילגיות; 1. רישיון כפייה; 2. ביטול פטנט; 3. שימוש הוגן. יד. אלטרנטיבות לשיטת הקניין הרוחני הרווח; 1. היעדר התערבות חקיקתית רגולטורית; 2. סבסוד; 3. פרס.

* בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה. ברצוני להודות לאלעד אורג, מרים ביטון, מיכאל בירנהק, דותן המר, אורית פישמן-אפורי ואוריאל פרוקצ'יה על שיחות והערות חשובות ומועילות לטיוטה קודמת של פרק זה. ברצוני להודות גם לעוזרת המחקר טל כספי על עזרה מצוינת במחקר.

מבוא

ניתוח כלכלי של תחום מסוים, ובכלל זה ניתוח כלכלי של קניין רוחני, צריך להיגזר בראש ובראשונה מהמטרה או מהמטרות שרוצים לקדם. לאחר שמגדירים מטרות אלו אפשר לחשוב על האופן שבו יש לקדםן ובאילו אמצעים יש להשתמש כדי להשיגן. הבעיה בתחום הקניין הרוחני, שעוסק לרוב בצורות שונות של מידע, היא שבניגוד לתחומים רבים אחרים, המטרות שרוצים לקדם בו ברורות פחות.¹ אם בדיני נזיקין, למשל, המטרה המוסכמת כמעט על הכול היא צמצום עלויות התאונות ועלויות מניעתן למינימום, והוויכוחים הם על הדרכים לקידומה של מטרה זו,² הרי שבתחום הקניין הרוחני המטרה אינה כה מובהקת.³ האם הרצון הוא להגדיל את מספר היצירות בחברה? את מספר ההמצאות בה? או שמא המטרה היא קידום איכותן?⁴ ואולי המטרה היא בכלל להעשיר את הידע האנושי כדי שהעולם כולו יוכל לעשות בו שימוש, תוך צמצום עלויות הפיתוח של אותו ידע?⁵ במובן זה עיצוב הזכויות בתחום הקניין הרוחני הוא משני בחשיבותו, ואין הוא אלא כלי להעשרת הידע האנושי ועולם היצירות.⁶

- 1 ראו, למשל, Rebecca S. Eisenberg, *Analyze This: A Law and Economics Agenda for Patent System*, 53 VAND L. REV. 2081 (2000), שם טוענת הכותבת כי ייתכן שהניתוח הכלכלי בתחום הפטנטים לא השפיע מספיק על החוק משום שהוא לא הוביל לתוצאה מסוימת ולא הביא למסקנות בדבר יעילותה של שיטת הפטנטים הרווחת. "Indeterminacy" (חוסר החלטיות) הוא המונח שבו היא משתמשת לתאר את תוצאות הניתוח הכלכלי.
- 2 ראו פרק 1, דיני הנזיקין, לעיל בעמ' 274-275.
- 3 לא לשווא הספרים המובלים בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט אינם מקדישים פרק עצמאי לתחום חשוב זה של הקניין הרוחני. מספר השיקולים המעורבים בו והמטרות השונות בכל אחד מתת-התחומים מקשה על הניתוח של התחום בדומה לדיני קניין, דיני נזיקין ועוד.
- 4 ראו, למשל, Michael D. Birnhack, *More or Better? Shaping the Public Domain*, in THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN 59 (Lucie. Guibault & P. Bernt Hugenholtz eds., 2006).
- 5 בהקשר זה ראו, למשל, Joseph E Stiglitz, *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, 57 DUKE L.J. 1693, 1705 (2008) (להלן – סטיגליץ), שלפיו השאלה בתחום זה היא How to regulate and manage the production of knowledge and the right of access to knowledge. בעניין זה הוא מציין, כי תאוריות שיווי המשקל הסטנדרטיות נתנו מעט מאוד משקל לחדשנות במסגרת הניתוח הכלכלי.
- 6 ראו בעניין זה, למשל, ע"א 217/86 שכטר נ' אבמץ בע"מ, פ"ד מד(2) 846, 852 (1990). שם אמר בית המשפט, בהתייחס לתחום הפטנטים, כי "מאחורי המוסד המשפטי הזה עומדת המגמה הציבורית הרחבה לחדש שיטות ייצור ולשפרן, כדי שהאינטרסים הכלכליים והחברתיים של המדינה יוטבו וישגשגו. לאמצעי של הענקת הפטנט – קרי: זכות מונופולין – לבעל המצאה תעשייתית, אין הצדקה כלשהי אילולא נועד לסייע בהשגת המגמה הנ"ל".

המטרה שאותה המשפט רוצה לקדם יכולה להיות מוצהרת ומפורשת. למשל, נקבע בחוקה האמריקאית כי הענקת הזכויות בתחום הקניין הרוחני נועדה לשם קידום המדע והאמנות השימושיות.⁷ אולם המטרה יכולה להילמד גם מ"רוח" התחום, באמצעות המטריה שבה הוא עוסק, מהפסיקה הנוהגת בו ועוד.⁸ דוגמאות למטרות אלו אפשר למצוא בפסיקה בתחומי הקניין הרוחני השונים.⁹ באופן כללי נקבע כי "משאב של קניין רוחני מחייב הגנה משפטית המאזנת בין התכלית של עידוד היצירה ובין הצורך בהעשרת נחלת הכלל; לצד מנגנון הבעלות הפרטית במידע, דיני הקניין הרוחני מבטיחים את המשך קיומה של נחלת

7 U.S. Const. art. I § 8

8 בעניין זה אפשר להביא כמה דוגמאות: ע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב, פ"ד מד(4) 16 (1990) (זכויות יוצרים); ע"א 793/86 פורת נ' צ.מ.ל. ציוד מודרני לרפואה בע"מ, פ"ד מד(4) 578 (1990) (פטנטים). כמו כן ראו הפנה לוינסון-זמיר "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות" משפטים יט 143, 144 (התשמ"ט): "כמו בכל מוצר, אף היצרן של הידע לא ייצרו אם לא יוכל להבטיח לעצמו כיסוי של העלויות והפקת רווח מסוים אם אכן יצליח בפיתוח... להמצאה כשלעצמה אין ערך חברתי ממשי כאשר היא בידיו של ממציאה בלבד ומשמשת רק אותו. ערכה של ההמצאה ליוצרה ולחברה בכללה טמון בשימוש וביישום הציבוריים שלה. אך כאן בדיוק טמונה הסכנה: שימוש כזה גורר גילוי, שכתוצאה ממנו יכול הציבור כולו להשתמש בהמצאה. יש אפוא צורך להבטיח תמריץ כלכלי נאות לממציאים, כדי שתיעשה הקצאת משאבים אופטימלית ליצירת המצאות וכדי שיתאפשר גילוי ושימוש בידע הדרוש לרווחתה ולהתפתחותה של החברה כולה. כאשר בוחנים את הדרכים הראויות להשגת מטרה זו, צריך לתת את הדעת לעלויות שלהן. יש לבחור בשיטה שתאזן כראוי בין הרצון לעידוד ממציאים ובין העלויות הכלכליות הכרוכות בכך".

9 ראו למשל, Sony Corporation of America v. Universal City Studios inc., 464 U.S. 417, 429 (1984): "The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited Harper & Row, Publishers, Inc., v. Nation period of exclusive control has expired" וכך Enterprises, 471 U.S. 539, 580 (1985): "The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings... but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted by securing to authors for limited periods the exclusive rights to their writings. H. R. Rep. No. 2222, 60th Cong., 2d Sess., 7 (1909). Congress thus seeks to define the rights included in copyright so as to serve the public welfare and not necessarily so as to maximize an author's control over his or her product"

הכלל¹⁰. באופן ספציפי יותר נקבע, למשל, כי ייעודה של שיטת הפטנטים הוא " (1) לעודד בני-אדם, המחוננים בכישרון ההמצאה, להפעיל את כשרונם זה בכיוון האמור (2) להמריצם לגלות את הידיעות הסובבות את המצאתם לאגף הפטנטים, כדי שתהיינה, בתום תקופת הפטנט, לנחלת הרבים; (3) ולהביא בהקדם האפשרי לידי ניצול מעשי של ההמצאה, אם על ידי בעל הפטנט בעצמו, ואם על ידי אנשים אחרים..."¹¹ במקום אחר נאמר כי "הפטנט הוא זכות בלעדית הניתנת לממציא. מטרתו האחת של הפטנט לעודד ולקדם את המחקר. מטרתו השנייה להבטיח לציבור את טובת ההנאה לניצול ההמצאה, פרי מחקריו, עמלו וכישרונותיו של הממציא בתום תקופת הפטנט... מטרת הפטנט אינה רק מתן תגמול לממציא כתמורה להמצאתו שתביא תועלת לציבור. המטרה היא גם לעודד מחקר. חילופי דעות, מידע ומחשבה הכרחיים הם להפרייתו ולקידומו של מחקר. אך כל עוד לא הוקנתה לממציא הגנת הבלעדיות, אך טבעי הדבר שיבקש לשמור את המצאתו בסוד, תוך חיפוש אחרי השימוש היעיל בה"¹². אמירות דומות אפשר למצוא גם בתחום זכויות היוצרים. כך, נפסק כי "אחת ממטרותיהן המובהקות של זכויות היוצרים, היא מתן תמריצים למחברים פוטנציאליים לפרסם את יצירותיהם, כדי להעשיר את עולם הביטויים בהתבסס על העובדות, הנתונים והרעיונות הקיימים. הכרה בזכויות יוצרים על יצירות שאין בהן כל הרחבה של צורות הביטוי הקיימות, עומדת בסתירה למטרה האמורה"¹³.

למרות המחלוקות בדבר המטרות שרוצים לקדם דומה שהפסיקה האנגלית-אמריקאית בתחום הקניין הרוחני אימצה, כמעט כמובן מאליו, את הכלים הכלכליים ככלים עיקריים לניתוח המשפטי של התחום.¹⁴ להבדיל מתחומי משפט אחרים, שבהם הופגנה עוינות כלפי

10 ע"א 2287/00 שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר, בפסקה 17 (פורסם בנבו, 5.12.2005), בהסתמך על מאמרה של ניבה אלקין-קורן "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה(1) 9 (2001).

11 ע"א שכטר, לעיל הערה 6, בעמ' 852-853.

12 ע"א 665/84 סאנופי בע"מ נ' אוניפארם בע"מ, פ"ד מא(4) 729, 742, 743 (1987).

13 ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, בפסקה 32 (פורסם בנבו, 14.3.2010).

14 בעניין זה ראו, למשל, את הדברים האלה: "The intellectual property regime is part of innovation system, and its intent is to provide incentives to innovate by society's allowing innovators to restrict the use of the knowledge they produce by allowing the imposition of charges on the use of that knowledge, thereby obtaining a return on their investment". סטיגליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 1696. ברצוני להדגיש כי בהקשרים אלו קיימים בכל זאת הבדלים בין הפסיקה האנגלית לזו האמריקאית. הפסיקה האמריקאית הייתה נכונה לאמץ את הניתוח הכלכלי כזרם המרכזי בניתוח המשפטי עוד יותר משהייתה הפסיקה האנגלית מוכנה לעשות.

גישת הניתוח הכלכלי,¹⁵ בתחומי הקניין הרוחני היה ברור לבתי המשפט כי האינטרסים הם בעיקר כלכליים, וכי לכן יש לבחון אותם באמצעות כלים כלכליים. עם זאת בחירה זו, שנעשתה על ידי המשפט המקובל, אולי בהשפעת החוקה האמריקאית ופרשנותה בפסיקה, אינה הבחירה האפשרית היחידה. ואמנם קיים פער בין תפיסת המשפט המקובל לבין התפיסה הקונטיננטלית, אשר מדגישה את זכותו הטבעית של היוצר ומסרבת לבחון אותה בכלים כלכליים.¹⁶

בפרק זה אסקור את הניתוח הכלכלי בתחום הקניין הרוחני. מטרתי היא לתת לקורא שאינו מצוי בתחום גישה ללוו הספרות הכלכלית העוסקת בו תוך פישוטה והתאמתה למשפט הישראלי אגב שילוב דוגמאות לוקאליות להמחשת הדברים. ניסיתי לתאר את עיקרי הכתיבה הכלכלית הרווחת בתחום כהווייתה ולמעט בהבעת עמדה אישית או מתיחת ביקורת על הניתוחים הכלכליים השונים. במבט לאחור מדובר במשימה לא פשוטה, ולעתים הדבר לא עלה בידי ו"ירדתי לזירה". אולם זהו רק מיעוט המקרים. לרוב הצלחתי לשמור על עמדה ניטרלית. מובן שניטרליות זו אינה מוחלטת ושגם בבחירה הראשונית – אילו עבודות לשלב בפרק – יש משום הבעת עמדה, במיוחד בתחום הקניין הרוחני, שבו קיימת ספרות ענפה ואי אפשר למצותה.

דברים אלו נכונים לא רק לבחירת הספרות שנכללה בפרק אלא גם לבחירת התחומים שבהם אתמקד ולאופי הכתיבה. מכיוון שתחום הקניין הרוחני הוא רחב ומכיל למעשה תתי-

15 ראו דברי הנשיא שמגר בע"א 44/76 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976) וכן דברי השופט ברק ב ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985).

16 ברע"א 2687/92 דוד גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 266 (1993) (להלן – עניין גבע) הבחין בית המשפט בין המטרות שמניעות את המסורת של המשפט המקובל בתחום דיני הקניין הרוחני בכלל וזכויות היוצרים בפרט, למטרות שמניעות את המשפט הקונטיננטלי: "ההתנגשות בהקשר הנדון ממחישה באופן חלקי את המתח שבסיס דיני זכויות היוצרים, כמו גם בבסיס מערכות דינים אחרות בתחום הקניין הרוחני: בין ההגנה על זרימת מידע חופשית, על חופש הביטוי ועל חופש התחרות מזה, ובין ההגנה על קניינו של היוצר בפרי עמלו מזה... על פי הגישה האנגלו-אמריקנית... בבסיס זכותו הקניינית של היוצר ביצירתו מונחת המגמה לתמרץ את הביטוי ואת המאמץ היצירתי. להבדיל מן הגישה הקונטיננטלית, שמוצאה בהכרה בזכות טבעית של היוצר ביצירתו, מושם הדגש במשפט המקובל על האינטרס הציבורי להעניק ליוצר תמריץ כלכלי, וכך לעודדו להוסיף וליצור". מובן שהמציאות מסובכת יותר, שכן בעולם המודרני גם המשפט הקונטיננטלי מייחס חשיבות גדולה למסחריות התחום ולנחיצות להתחשב באינטרסים כלכליים. ואולם, המשפט הקונטיננטלי עדיין מקנה חשיבות רבה יותר לזכויות המוסריות של היוצר, אשר הצדקתן נובעת ממקורות אחרים. עם זאת יש הסוברים שגם את ההגנה על אלו אפשר להסביר באמצעות תמריצים כלכליים. בעניין זה ראו למשל Henry Hansmann, Marina Santilli, *Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 26 J. LEGAL STUD. 95 (1997).

תחומים רבים, כגון פטנטים, זכויות יוצרים, סודות מסחריים, מדגמים, סימני מסחר ועוד, אי אפשר לרדת לעומקו של כל תחום ותחום ולמצות עד תום את הדיון הכלכלי בו, במיוחד משום שחלק מן התחומים שונים במהותם זה מזה. לפיכך החלטתי לסקור את הקניין הרוחני ממעוף הציפור תוך הצבעה על הנקודות המאפיינות את התחום ועל השוני הקיים בינו לבין תחומי משפט אחרים. מפעם לפעם התמקדתי בכל זאת בתחומי הקניין הרוחני השונים ונתתי דוגמאות להמחשת הדברים. עם זאת בשל השוני, לעתים הניכר, בין תחומי הקניין הרוחני השונים לא יכולתי אפילו להתיימר לסקור את כולם ועל כן ויתרתי על כך מראש. לכן אינני מתכוון למצות בפרק זה, אפילו לא בדוגמאות אנקדוטליות, את התחומים של מדגמים, זכויות מטפחים, הגנה על מעגלים משולבים, מאגרי מידע ועוד. הוויתור הגדול מבחינתי היה בתחום של סימני מסחר. תחום זה מרתק מבחינת הספרות הכלכלית שעוסקת בו, אך בשל השוני הגדול הקיים בינו לבין יתר התחומים שנמצאים בליבת ההגנה על הקניין הרוחני בחרתי שלא להתייחס אליו כלל.¹⁷

א. קניין רגיל וקניין רוחני: על הדמיון והשוני ביניהם

אפשר לטעון, והדבר לכאורה עולה גם מהשם, כי משום היותו של הקניין הרוחני סוג של קניין, הרי שצריך לנהוג בו באופן דומה לזה שבו נוהגים בקניין פיזי ולנסות למקסם באופן דומה את התועלות בתחום. למשל, ניתוחו של הקניין הרוחני יכול להיעשות דרך המשקפיים של שימור הקניין כמשאב במחסור והרצון להפיק ממנו את המרב, במונח של שימוש יעיל במשאבים בהתחשב באילוצים החברתיים. קחו למשל את זכות ההדרה בקניין מוחשי. זו מוצדקת מטעמים של יעילות סטטית ודינמית. על פי היעילות הסטטית, הצורך להקצות קניין פרטי נובע משיקולים של צריכת יתר ומהטרגדיה של המאגר המשותף (the tragedy of the commons).¹⁸ הקצאת הקניין והקניית השליטה בו לידי אדם פרטי תפנים את היותו של המשאב במחסור ותמנע צריכת יתר של המשאב ובזבוזו, לעתים עד כדי הכחדתו. הבעלים היחיד ידאג לאופטימיזציה של הצריכה וימנע שימוש שאינו יעיל, שאם לא כן, ייפגע זרם התקבולים שיפיק מהזכות שהופקדה בידו. על פי היעילות הדינמית, הקניין הפרטי וזכות

17 ראו לדוגמה בעניין זה William M. Landes, Richard A. Posner, *Trademark Law: An Economic Perspective*, 30 J.L. & ECON. 265 (1987). כמו כן, ראו, WILLIAM M. LANDES AND RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* (2003) (להלן – לנדס ופוזנר).
18 Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCI. 1243, 1244 (1968) (להלן – הרדין).

ההדרה יישמרו ואף ייצרו תמריצים לייצור עתידי. לדוגמה, אם הבעלים של חלקה חקלאית לא יוכלו להדיר ממנה זרים, הוא לא יגדל עליה כלום, שכן הידיעה שהם ישללו ממנו את פרי עמלו תשלול ממנו את התמריץ לגדל גידולים חקלאיים מלכתחילה.¹⁹ אולם הקשת היקשים מדיני הקניין הרגיל לזה הרוחני מסוכנת ועלולה להביא לאבדן תועלת ניכר ולהקצאה לא ראויה של משאבים.²⁰ הצדקות הקניין הרגיל מקבלות תפנית ניכרת בתחום הקניין הרוחני ועל כן מחייבות את התאמתן, ופעמים אף את זניחתן.²¹ קחו למשל את הנקודה הראשונה, של יעילות סטטית ושימוש־יתר במשאבים: בעיה זו בתחום הקניין הרוחני אינה קיימת כלל.²² בניגוד לדוגמת המרעה המשותף, שבו הפרות מחסלות את העשב,²³ צריכה מוגברת של יצירת אמנות, באמצעות הקניית גישה חופשית אליה, לא תביא להכחדתה. בדומה לכך, הנגשתו של ספר במרשתת (אינטרנט) ואפשרות הורדתו משם (או קריאתו באופן מקוון) על ידי כולי עלמא רק יגדילו את הידע האנושי מבלי לפגוע בשימושים אחרים בספר. תכונה זו, של היעדר יריבות בין המשתמשים השונים, והעובדה ששימוש של האחד אינו שולל את השימוש של האחר מאפיינת את המשאבים המוגנים בתחום הקניין הרוחני ומבחינה בינו לבין הקניין הרגיל. דיני הקניין הרוחני עוסקים במידע.

- 19 עלות הכלל המשפטי לעומת העלות המבוזבזת בבניית גדר ואכיפה פרטית.
- 20 בעניין זה ראו לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 11 ואילך.
- 21 ביטוי לעניין זה אפשר לראות אף בפסיקתו של בית המשפט העליון, למשל בע"א 513/89 *S/interlego a lines bro. S.a-exin 'n*, פ"ד מח(4) 133 (1994) (להלן – עניין אינטרלגו). פרשה זו עסקה בתחום קו התפר שבין דיני זכויות יוצרים ומדגמים, ובית המשפט העליון מסביר בה יפה את ההבדל שבין קניין רוחני לקניין רגיל: "התפקיד המאזן של החוק [זכויות יוצרים – א"י] נובע מכך שמתן זכויות יוצרים על ביטוי מסוים מגביל ביטויים עתידיים אפשריים... הרחבת עולם הביטויים אינה חשובה רק לביטוי העצמי של יוצר הביטוי אלא גם לעולם הביטויים של כלל הציבור והחברה. בעלות על פירות העץ אינה דומה לבעלות על הזרעים העתידיים להצמיח את עצי העתיד. אף שבשני המקרים מתן בעלות מגבילה את יכולת הניצול של שאר העולם בהווה, הרי כשמדובר בבעלות על הזרעים, יש לכך השלכה גם על הגוון והכמות של העצים בעתיד, ובמקרה של בעלות על ביטוי יש לכך השלכה מרחיקת לכת על עולם הביטויים העתידי. בעניינים אלו אין לאזן רק בין שאיפותיהם של הפרטים, אלא יש גם להתחשב בטובתה של החברה כולה... יש חשיבות רבה לא רק למתן תגמול על השקעה אלא גם למידת ההגבלה על התפתחות עתידית שמתן הזכות עשוי לגרור בעקבותיו". שם, בעמ' 165. כמו כן ראו אורית פישמן-אפורי "שיקול דעת שיפוטי במתן סעד המניעה: המהפכה השקטה" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים, 529, 542-550 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).
- 22 או לפחות אינה קיימת באופן ניכר כמו בקניין. אלקין-קורן, לעיל הערה 10, בעמ' 17.
- 23 ראו הרדין, לעיל הערה 18, שם.

שימוש במידע על ידי האחד אינו "מבזבז אותו", לפחות לא במונח הקנייני הרגיל,²⁴ ומשאיר אותו לשימושם של אחרים. למשל, אפשר להתיר שימושים רבים במידע מבלי לשלול את השימוש של הבעלים ביצירה ומבלי לדלל את המשאב. על כן בשונה מן הקניין הרגיל בקניין הרוחני אין מחסור. בקניין הרגיל מתבקשת פעמים רבות הגבלת הגישה בשל מחסור פיזי אמתי, אך בתחום הקניין הרוחני המחסור הוא מלאכותי ואינו נגזר מהצורך להגביל את הצריכה כדי למנוע שימוש יתר במוצר. יצירת המחסור בקניין רוחני, אם בכלל, מתבקשת מטעמים אחרים.

לעומת זאת הבעיה של היעילות הדינמית, היינו החשש מפני היעדר תמריצים ליצירה, חריפה בתחום הקניין הרוחני יותר מאשר בתחום הקניין המוחשי, שכן יכולותיו של היוצר (או של הבעלים) להתמודד, ללא עזרת המחוקק, עם אכיפה של זכויותיו קשה לאין ערוך. תחום הקניין הרוחני מתאפיין בהיעדר יכולת של היוצר לשלוט על השימוש במושא הזכות. נהוג לומר כי התחום מתאפיין במאפיינים של טובין ציבוריים, שהם יקרים לייצור, אפשריים בשימוש על ידי מספר רב של אנשים בעת ובעונה אחת מבלי לכלות את המוצר, וקשים להחרגה.²⁵ ביצירת היצירה הראשונית כרוכה השקעה רבה יחסית. אולם מן הרגע שבו היצירה נוצרה עלות הייצור השולית של כל יחידה נוספת היא קטנה, ובדרך כלל זניחה ביחס להשקעה הראשונית. למשל, לכתובת סיפור נדרש זמן רב. אולם מרגע שהסיפור שמור כקובץ, עלות העתקתו קרובה לאפס, בניגוד לעלות הייצור השולית של נכס מוחשי, הכרוכה לרוב בהשקעה ניכרת.²⁶ הבעיה היא שעלות ההעתקה שואפת לאפס לא רק מבחינת היוצר אלא גם מבחינת הציבור כולו – צרכנים ומתחרים כאחד. אמנם היוצר יכול לשמור את הספר במגירה, ואולי כך יעשה אם לא יקבל הגנה משפטית כלשהי, אך מרגע שהחליט להפיצו הוא מאבד את היכולת לשלוט על תפוצת היצירה. מכירתו של עותק אחד מן הספר

24 לדיון בחריג לגישה זו ראו, William M. Landes, Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. (2003). שם מסבירים הכותבים כי גם בקניין רוחני אפשר להצביע על תופעה דומה של מיצוי המשאב. לדוגמה, אם הציבור כולו ישתמש בדמותו של מיקי מאוס באופן בלתי מוגבל ובמגוון רחב של אפשרויות, יש להניח שהדמות תאבד מערכה במהירות, שכן יימאס על הציבור לראות אותה על כל צעד ושעל. לעומת זאת הקניית הבעלות בדמות לבעלים יחיד תביא לשליטה טובה יותר במשאב לאורך זמן.

25 מרגע שהמוצר או השירות קיים, אי אפשר להחריג אדם ספציפי מהשימוש בו. הדוגמה הקלסית שנהוג לתת בהקשר זה היא דוגמת הצבא או תאורת הרחוב. בהקשר זה ראו פרק א לספר זה, הדין במונחים כלליים.

26 ראו לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 11 ואילך.

תאפשר לכל אחד ליצור ממנו העתקים ככל שיחפוץ.²⁷ לעומת זאת בתחום הקניין המוחשי אם נמכר כיסא אחד, המתחרים יצטרכו להשקיע סכום נכבד בייצורו של כל כיסא נוסף. על כן ללא הגנה משפטית המחבר של הספר לא יוכל להפיצו באופן שיתגמל אותו על ההשקעה הראשונית. בהיעדר הגבלות רגולטוריות ושליטה על יצירת עותקים מן היצירה, מחיר המכירה של כל עותק ידמה לעלות ייצור העותק השולי, שהיא כאמור נמוכה מאוד, וכך לא יתאפשר ליוצר להחזיר לעצמו את השקעתו הראשונית.

ב. קו התפר שבין קניין רגיל לקניין רוחני: הקושי בהפצת מידע

לכאורה, יכול היוצר לדרוש בעת מכירת העותק הראשון של היצירה מחיר אשר יחזיר לו את עלות ההשקעה הראשונית. במקרה שכזה, בדומה למודל הכלכלי הרגיל של שוק תחרותי, מחיר המכירה יהיה שווה לעלות הייצור השולית.²⁸ למשל, במקרה שבו מתבקש היוצר לצייר דיוקן של אדם, הוא יבקש בעבור ציור הדיוקן סכום שמשקף את כישורו ואת המאמץ שהשקיע ביצירת הציור. מרגע שהיצירה הושלמה, ועם התשלום, כל הזכויות יעברו לידי רוכש הציור, שלו תהיה הזכות לתלות את הציור בסלון, ליצור ממנו עותקים או לעשות ביצירה כל שימוש אחר. במובן זה ייוצר שוק תחרותי, שבו ציירים מקבלים תמורה בעבור הציור על פי כישורונם, השקעתם והתוצרת הסופית המופקת מעבודתם. אולם זו דוגמה שאינה מאפיינת את תחום הקניין הרוחני, ובמובן מסוים היא משקפת אינטואיציות של קניין רגיל בלבד.

לצורך הבהרת הנקודה די להצביע על שתי בעיות שמתעוררות במכירת מידע או בהעברתו: בעיה אחת נוצרת במקרים שבהם יש לאדם רעיון טוב שאותו הוא רוצה למכור: עצם גילוי הרעיון לצורך המכירה הוא בעייתי, שכן המוכר לא ירצה לגלות את הרעיון ללא קבלת תשלום, ואילו הקונה לא יסכים לשלם על רעיון לפני שהוא עומד על טיבו. אולם מרגע שנמסר לו המידע ומשעמד על טיבו, יהיה קשה למנוע ממנו להשתמש ברעיון – באופן מדויק או בווריאציה כזו או אחרת – או אפילו להעבירו לשימושם של צדדים

27 אמנם אפשר להגביל מעשים אלו באמצעות חוזה, ועל כך להלן, אולם הגבלה שכזו תחול על המתקשרים החוזיים ולא על צדדים שלישיים. חוקי המשחק שונים קצת בהקשר זה בעולם התכנות, אשר בו התקנת התכנה על ידי כל אדם מחייבת הסכמה לתנאי החוזה, ועל כן כובלת באופן זה את המשתמשים כולם ולא רק את הרוכש הראשוני של היצירה.

28 גם לכך כמובן יש חריגים. לא תמיד התמחור נעשה לפי עלות הייצור השולית, למשל במצבים שבהם עלות ייצורו של מוצר כוללת רכיב יקר קבוע. באותם מצבים התמחור ישקף רכיב זה, שכן למוכר לא יהיה כדאי למכור את המוצר אלא אם סך התקבולים שלו יכסה לפחות את העלות הממוצעת ואף יותיר לו שולי רווח.

שלישיים.²⁹ גם יהיה קשה להוכיח כי הקונה לא חשב על הרעיון קודם לכן באופן עצמאי, ואף ייתכן שזהו באמת המצב. מקרה זה של מכירת מידע יהיה כרוך אפוא בעלויות עסקה גדולות אשר עליהן יהיה קשה להתגבר.³⁰ נוסף על כך, גם אם הקונה והמוכר יצליחו להתגבר על הקשיים המתוארים באמצעות מערכת יחסי אמון אישית או חוזה מפורט, ימצא הקונה עצמו עד מהרה בעמדה דומה למוכר טרם המכירה, שכן ללא הגנה משפטית על הרעיון גם הקונה לא יוכל להשתמש בו מבלי שאחרים יעתיקו אותו באופן מידוי. דוגמה נוספת להיעדר שליטת הבעלים במידע היא של סרט קולנוע או של תכנת מחשב יקרה לפיתוח. במקרים אלה אין אולי מניעה או מכשלה לחשוף בפני הרוכש את המוצר ואת טיבו באמצעות תיאורו באופן כללי או בהצגתו,³¹ אך בניגוד לציור הדיוקן, במקרה זה עלות הייצור גבוהה מאוד, וקשה להעלות על הדעת אדם שיסכים לשלם את המיליונים הרבים הכרוכים בייצור סרט הוליוודי, בפיתוח של תכנה חדשה או בפיתוח מוצר אחר עתיר טכנולוגיה, מבלי שתיתן לו הגנה משפטית על היצירה שתאפשר לו להחזיר את ההשקעה. הסכנה במקרים כגון אלה היא כי כשל השוק, אשר אינו מאפשר ליוצר להחזיר לעצמו את עלות ההשקעה הראשונית, יגרום לכך שסוג מסוים של יצירות לא יבוא לעולם. היוצרים, בידעם כי השקעתם תרד לטמיון, שכן מרגע שינסו להפיץ את היצירה אחרים יעתיקו אותה, לא יחלו ביצירה מלכתחילה.

ג. קניין רוחני: שילוב של מודל סטטי עם מודל דינמי³²

מדברים אלו אפשר ללמוד כי לעומת דיני הקניין הרגיל, שבהם ההגנה על הקניין דורשת הן את פיתוח המודל הסטטי והן את זה הדינמי, בתחום הקניין הרוחני קיימת התנגשות אינהרנטית בין התפיסה הסטטית, אשר מגבילה "לשווא" את הגישה למידע, לבין התפיסה

29 בחלק מן המצבים אפשר להתגבר על הבעיה באמצעות מוניטין של שחקנים חוזרים. דיון בעניין זה ראו, למשל, ב- Thomas J. Chemmanur, Paolo Fulghieri, *Investment Bank Reputation, Information Production, and Financial Intermediation*, 49 J. FINANCE 57 (1994).

30 טוב, בתעשיות מסוימות, וכשמדובר בשחקנים חוזרים, אפשר לפתור חלק מן הבעיות באמצעות המוניטין שנרכש. יצירת מוניטין תאפשר להעביר מידע מתוך ידיעה שניצולו באופן לא נאות יפגע בשחקן ויגרום ליציאתו מהשוק. אולם פתרונות אלו אינם ישימים בשוק כולו, מה גם שבניית מוניטין מתמשכת על פני זמן רב.

31 גם אם כאן יש שיטענו כי לצורך ביצוע העסקה יבקש הקונה להיות מודע לפרטים, הרי שבמקרה של התכנה אפשר להתרשם מה"מוצר" מבלי לדעת מה הם בדיוק פרטיו. כך גם באשר לסרט – אם הקונה ירצה להפיקו הוא יחשוף עצמו לעלויות הפקה גבוהות.

32 ראו בעניין זה לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 21.

הדינמית, אשר מעודדת פיתוחים עתידיים. התנגשות זו היא למעשה השאלה העיקרית שבה עוסקים דיני הקניין הרוחני: כיצד אפשר – באמצעות מערכת המשפט בכלל ודיני הקניין הרוחני בפרט – מצד אחד לאפשר גישה מרבית ליצירות שעלות הייצור השולית שלהן נמוכה מאוד, ומצד אחר ליצור מספיק תמריצים ליצירת יצירות חדשות תוך עידוד פיתוחים עתידיים.

שאלה זו אינה יכולה להישאל בעלמא, שכן היא קשורה בקשר הדוק לעולם המציאות ולשינויים החלים בו. הצדקת ההתערבות המשפטית למניעת כשל שוק מותנית בראש ובראשונה בקיומו של כשל שוק. בהקשר זה אפשר, למשל, להצביע על הקשר ההדוק שבין הצורך בהגנה על הקניין הרוחני להתפתחות הטכנולוגית. לצורך המחשת הדברים אפשר לחשוב על העולם שלפני המהפכה התעשייתית, המצאת הדפוס, או חשובה מכך בהקשר זה – המצאת מכונות הצילום. בעולם שכזה "סכנת" ההעתקה השיטתית של יצירות הייתה קטנה יחסית, שכן עלות ההעתקה באותה תקופה הייתה גבוהה. בדומה לאופן שבו סופר סת"ם מעתיק ספר תנ"ך, היה על המעתיקים להשקיע זמן רב ולספוג את העלויות בייצור עותק נוסף של ספר קיים. במילים אחרות, ההתפתחות הטכנולוגית הורידה את מחיר הייצור השולי ועל כן יצרה, או לפחות חרפה, את כשל השוק הדורש התערבות משפטית בתחום זכויות היוצרים. תעשיית המוסיקה יכולה לשמש דוגמה נוספת: עד להמצאת התקליטור שעליו אפשר להקליט (CDR),³³ העתקת מוסיקה נעשתה באופן אנלוגי והייתה כרוכה גם היא בעלות גבוהה יחסית. עלות זו לא נמדדה בהכרח במונחים של עלויות פיזיות של רכישת קלטות, אלא גם, ואולי בעיקר, באבדן האיכות שהיה כרוך בהקלטה מתקליטורים והירידה הנוספת באיכות שהייתה כרוכה בכל דור של הקלטה מהקלטה. במילים אחרות, בעולם האנלוגי, אף על פי שהיה אפשר להעתיק מוסיקה, הרי שהתוצר המועתק לא היה זהה למקור ולא התקרב אליו באיכותו. התקדמות הטכנולוגיה ויצירת האפשרות להעתקה דיגיטלית אפשרה להיפרד לחלוטין מהמקור הראשוני של המידע, שכן מרגע שנוצר עותק דיגיטלי זהה למקור, היה אפשר להעתיקו ללא פגיעה באיכות, ועל כן מעגל המעתיקים התרחב. אם על זה נוסף את העובדה שכיום אפשר להפיץ את קובצי המוסיקה ברשת, תמצאו כי יכולתו של היוצר לשלוט על השימוש ביצירתו פחתה עד מאוד. דברים אלו נכונים למוסיקה אך גם לכל מדיה אחרת השמורה באופן דיגיטלי, דוגמת ספרים, סרטים ועוד. התפתחות מסוג זה, לפחות ממבט ראשוני, דורשת התערבות מוגברת מצד המחוקק. עם זאת השפעתה של ההתקדמות הטכנולוגית היא רבת ממדים, ולכן כנגד הרחבת אפשרויות ההעתקה יש לבחון את ההזדמנויות שנוצרו ליוצרים בעקבות הרחבת השווקים והמעבר משוק מקומי לשוק עולמי. על כך יש להוסיף את היכולת לחסוך בערוצי תיווך של

33 או, ליתר דיוק, מכשירי ההקלטה הדיגיטליים כולם כפיתוח טכנולוגי חדש.

מפיקים, מפיצים וכיו"ב, כמו גם את האפשרות להפיק מוסיקה באופן מקצועי באולפנים ביתיים. זאת ועוד, ואולי הדברים קשורים בקשר הדוק למודל העסקי, הטכנולוגיה לא רק הקלה על המעתיקים אלא אף העניקה ליוצרים מנגנונים חדשים לאכוף את זכויותיהם ללא התערבות חיצונית. למשל, היכולת הטכנולוגית "לנעול" את היצירה מהקלטה באמצעות הצפנה או דרכים דומות, או היכולת לשלוט על העברת היצירה מאדם אחד לאחר – טכנולוגיה פופולרית בתחום המוסיקה והספרות האלקטרונית מעניקות בידי היוצרים כוח אכיפה פרטי. קיומו יוצר מגבלות ניכרות על העתקה, מגדיל את העלויות הכרוכות בה, ובמובן זה מחזק את היוצר ואת יכולתו לשלוט על יצירתו. כוח זה חזק עד כדי כך שהיוצר יכול לשלול מן הרוכשים, באופן טכנולוגי, שימושים אשר הוכרו כלגיטימיים מבחינה משפטית.³⁴ אכן, יש להודות שגם כוח חדש זה של היוצר מוגבל, שכן החסימה האלקטרונית אינה מוחלטת ואפשר לפצח חלק מן ההגנות.³⁵ אולם פיצוחן של אלו והידע הכרוך בכך אינם נחלתם של רבים, והוא הופך את השימוש הפיראטי למסובך ואת מלאכת ההעתקה לרבת עלויות. אלו בתורן מחזירות את הצרכנים לשוק היצירות החוקיות. נתוני השוק מראים כי עדיין נמכרות ברשת ואף מחוצה לה יצירות רבות, ולמרות הנאמר ברור לכול כי המכירות כיום אינן נסמכות רק על הרצון הטוב של הרוכשים או על היעדר היכולת הטכנית להתגבר על ההגנות הטכנולוגיות; הן גם פרי של איום באכיפה משפטית מצד בעלי הזכויות – גם אם זו אינה הדוקה, הרי שהאיום בסנקציות שממומש מדי פעם מספיק כדי לייצר הרתעה (לפחות מסוימת) מפני העתקה.

התפתחות הטכנולוגיה הראתה לנו כי את שאלת האיזון החברתי הראוי אין לבדוק במנותק מהמציאות. המציאות משפיעה על עלויות ההעתקה כמו גם על אפשרויות היוצר להחזיר לעצמו את השקעתו. אולם האיזון מחייב גם להניח הנחות שונות בדבר הסיבות שבגינן אנשים יוצרים יצירות ומפתחים רעיונות חדשים, או במילים אחרות, בדבר התמריצים הדרושים לצורך פיתוחים שכאלו. אפשר להעלות מגוון רחב של מודלים כלכליים אשר כל אחד מהם יניב תוצאה אחרת באשר לתמריצים הראויים.

לפני שאתן דוגמאות למודלים אלו של יצירה, ראוי להסביר את קיומה של בעיה זו בתחום הקניין הרוחני ואת השפעתה הנמוכה, יחסית, בתחום הקניין המוחשי. בתחום הקניין המוחשי ההנחה היא שהבעלות היא לנצח, ושהתמריצים לייצור נגזרים מהביקוש למוצר,

34 ראו ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב 319, 323-324 (התשס"ב).

35 ראו למשל בעניין זה את דוגמת הדי-וי-די: התעשייה שקדה על יצירת מנגנון הגנה מפני העתקה למדיה החדשה, אולם מנגנון זה פוצח במהרה על ידי מתכנת נורווגי צעיר: Teen Cleared in Landmark DVD Case, CNN.com, <http://edition.cnn.com/2003/TECH/01/07/dvd.johansen/index.html> (last visited Apr 5, 2012).

מעלויות הייצור ומהאלטרנטיבות שעומדות בפני היוצר. למשל: שמעון, נגר במקצועו, יחליט אם להשקיע 10 שעות בייצור כיסא או 20 שעות, או אם ליצור אותו מחומר מסוג אחד ולא מסוג אחר, על פי הביקוש שיהיה לכל אחד מסוגי הכיסאות שהוא יכול לייצר (בהנחה שהשקעה רבה יותר של עבודה וסוג חומר יקר יותר הופכים את הכיסא לאיכותי יותר). אם הביקוש יהיה לכיסאות זולים, יפנה לאופצייה אחת, אך אם הביקוש יהיה לכיסאות זולים, יפנה לאופצייה אחרת. לא זאת אף זאת, אם הביקוש לכיסאות יהיה נמוך מדי, הוא בכלל לא ייצרם. במילים אחרות, ההנחה היא שברוב המקרים השוק מייצר תמריצים ראויים ליצור כיסא מסוג מסוים ולא כיסא מסוג אחר. ההנחה היא גם שבשוק יעיל ישתווה מחיר המכירה של המוצר לעלות הייצור על כל מרכיביו. על כן התמריצים של הנגר יסופקו על ידי השוק, לפי תנאיו השונים.

בעולם הקניין הרוחני הדברים שונים, משום שבלא הגנה משפטית כשלי השוק האנהרנטיים, שתוארו לעיל, עלולים למנוע מהשוק לייצר תמריצים יעילים ליוצרים, לממציאים ועוד. אכן, בהיעדר כשלי שוק אין סיבה להתערבות משפטית. למשל, בעולם שלפני המצאת הדפוס הצורך בהגנת זכות יוצרים היה קטן יותר, ואולי אפילו שולי.³⁶ אולם גם אם קיימים כשלי השוק בתחומים השונים של הקניין הרוחני, השאלה היא כיצד יש לתקן אותם באמצעות ייצור "משפטי" של תמריצים. כדי להשיב על שאלה זו עלינו להניח הנחות שונות בנוגע למניעים שמביאים את היוצר ליצור או את הממציא להמציא.³⁷ לאור הנחות אלו יש לעצב את מערך התמריצים הראוי.

ד. מודלים שונים של יצירה

נניח קיומו של עולם שבו אדם כותב שיר או מאמר ביקורת על המצב הפוליטי ומעלה אותו לבלוג שלו ברשת. מטרתו היא כי רבים ככל האפשר יקראו את המאמר וכך הוא ישפיע, אולי, על המציאות היום-יומית. כתיבת המאמר לא הייתה כרוכה במאמץ רב או בהשקעת זמן ניכר, ולא היו כרוכות בה עלויות ייצור רבות. דומה שמרבית הכותבים מסוג זה ימשיכו ליצור גם אם לא יקבלו ביצירותיהם זכויות כלכליות כלשהן, אך רובם ירצו כי המשתמשים ביצירותיהם ייחסו את הדברים לאומרם ולא יסלפו אותם.³⁸ לפיכך כלל משפטי אשר יאפשר לציבור הרחב להשתמש ביצירה, ובלבד שאינו משנה אותה והוא מייחס את הדברים

36 לא זה היה המצב באשר לרעיונות ולהמצאות.

37 וברצוני להזהיר מראש כי הנחות אלו אינן קונקלוסיביות.

38 בעניין זה נהוג לערוך הבחנה בין זכויות כלכליות לזכויות מוסריות. לצורך הדיון נניח שהזכויות המוסריות יישמרו.

לאומרם, ³⁹ יספק ליוצרים מזן זה תמריצים מספיקים לייצור יצירות מסוג זה מבלי שתיפגע זכות הציבור להיחשף למידע או להשתמש בו. חשוב להדגיש כי אין מדובר בדוגמה אזוטריה. מודל זה של יצירה מקובל כיום לא רק בהקשרים של כתיבת מאמרי ביקורת לבלוג כזה או אחר אלא גם בהקשרים אחרים. למשל, מיזם מהסוגה של WIKI, ⁴⁰ אשר ספינת הדגל שלו היא ויקיפדיה, מאפשר לאנשים רבים לכתוב ערכים אנציקלופדיים ולאחרים לתקן אותם, ובכך להביא לא רק ליצירת מידע אלא גם לתיקונו ועדכונו באמצעות מודל מבוזר של השקעה קטנה יחסית של משאבים כלכליים וזמן. ⁴¹ בדומה לכך, קיימים מיזמים אחרים של ייצור משותף, למשל בתחום של פיתוח יישומים (אפליקציות) שימושיים כגון תכנות חנימיות לשימוש הכלל וכו'. ⁴² מובן שלמודל יצירה מסוג זה יש מגבלות. ⁴³ זאת ועוד, מיזם כגון ויקיפדיה עצמו לא היה מתאפשר לפני כמה עשרות שנים. הוא נוצר בעקבות ההתקדמות הטכנולוגית של המרשתת, אשר אפשרה הורדת עלויות ושיתוף מידע בין אנשים תוך מתן פלטפורמה נוחה וזמינה ליצירה משותפת. ⁴⁴ מלבד זאת קיימים מיזמים

- 39 וזו למעשה ההבחנה בין הזכות הכלכלית לזכות המוסרית: השתיים מוסדרות באמצעות מודלים שונים של תמריצים.
- 40 "ויקי (באנגלית wiki): היא שיטה לבנייה של מאגרי מידע ואתרי מרשתת, שבהם התוכן נכתב ונערך על ידי כלל הגולשים". מתוך ויקיפדיה, האנציקלופדיה החופשית, www.he.wikipedia.org/wiki
- 41 ההנחה היא שכל אחד מהכותבים כותב בתחומו שלו, ועל כן מכיוון שהוא כבר מצוי בתחום, ההשקעה הנדרשת ממנו בכתיבה ובהנחלת המידע לציבור הרחב היא קטנה. להרחבה בעניין זה ראו ANJA EBERSBACH, MARKUS GLASER & RICHARD HEIGL, WIKI: WEB COLLABORATION (2006). לפי מחקרים בתחום, על אף מודל הייצור השונה ויקיפדיה ובריטיניקה מדויקות במידה דומה. ראו, למשל, Daniel Terdiman, *Study: Wikipedia as Accurate as Britannica*, NEWS.CNET.com, http://news.cnet.com/2100-1038_3-5997332.html (last visited Apr 5, 2012).
- 42 התמריצים המניעים את היוצרים בתחומים מסוג זה יכולים להיות שונים ומגוונים, כגון פרסום, עבודה עתידית, ייחוס ועוד. בעניין זה ראו Gwendolyn K. Lee, Robert E. Cole, *From a Firm-Based to a Community-Based Model of Knowledge Creation: The Case of Yochai Benkler*, *the Linux Kernel Development*, 14 ORG. Sci 633 (2003) כמו כן, ראו THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM (להלן – בנקלר). (2006).
- 43 ראו, למשל, Christian Wagner, Pattarawan Prasarnphanich, *Innovating Collaborative Content Creation: The Role of Altruism and Wiki Technology*, 40 IEEE EXPLORE 1 (2007) לגישה ביקורתית יותר ראו, Daniel Kreiss, Megan Finn & Fred Turner, *The limits of peer production: Some reminders from Max Weber for the network society*, 13 MEDIA & Soc'Y 243 (2010).
- 44 בעניין זה ראו בנקלר, לעיל הערה 42. לביקורת על הטענה שהמרשתת שינתה את מבנה התמריצים הישן בחברה, אך לא שינתה את מבנה התמריצים בתעשיות המרכזיות, ראו אורית

רבים שאינם מתאימים לאופן יצירה זה. אולם אין בכך כדי להמעט מחשיבותו של מודל יצירה בסיסי זה, אשר מצריך תמריצים מועטים ליוצר, כדי להנחיל לחברה מידע וידע רב.⁴⁵ והנה דוגמה נוספת: אקדמאי מחבר מאמר אקדמי ומשקיע בכתיבתו זמן רב. דוגמה זו שונה מהקודמת בשל המחויבות הרבה הנדרשת להשלמת היצירה והזמן המושקע ביצירתה. למרות השוני גם כאן אפשר לגרוס כי קבלת זכויות כלכליות ישירות לא תשפיע הרבה על כמות הכתיבה של המחבר או על איכות מאמרו. דומה שהתמריץ הכלכלי הישיר אינו רב חשיבות, שכן לכותב האקדמי מערכת תמריצים אחרת, והוא חוקר ומפרסם את מחקריו כדי להתקדם בדרגות ובהיררכיה האקדמית, במשכורת שהוא מקבל וכו'.⁴⁶ שימוש במאמרו, במיוחד על ידי אקדמאים אחרים, ובלבד שייחסו דברים לאומרם, רק יבסס את מעמדו האקדמי ויתרום לקידומו. על כן גם במקרה זה, ולמרות ההשקעה הרבה בכתיבה, הזכויות הכלכליות ישחקו תפקיד קטן מבחינת התמריצים ליצור. גם אם היוצר לא יקבל זכויות כלשהן ביצירתו פרט לאלו המוסריות, אין חשש כי היצירה תיפסק או תיגרע באופן ניכר. ייצור הידע ימשיך מבלי שיהיה צורך בכללים המיוחדים של דיני הקניין הרוחני ומבלי לשלם מחיר חברתי כבד בהגבלת הגישה ליצירה.⁴⁷

דוגמה אחרת של הליך יצירה היא זו המובאת במאמרו של סטיגליץ:⁴⁸ באותו מקרה נוצרה באנגליה של לפני כ־200 שנים בעיה פרקטית של ניקוי ארובות: ארובות היו נסתמות מפיח, ובשל קוטרן הצר אי אפשר היה לנקותן אלא על ידי ילדים צנונים צנומים. הילדים מנקהו הארובות סבלו מבעיות חריפות בדרכי הנשימה, אך ללא הניקוי רבו מאוד הסכנות לשרפה ולחנק. כדי להתמודד עם הבעיה הוצע על ידי ה־Royal Society of Arts and Technology פרס לממציא שיצליח לפתור את הבעיה באמצעות פתרון טכני שלא יחייב את כניסתם הפיזית של הילדים לארובה לשם ניקויה. הצעת הפרס גרמה לאנשים רבים לחפש

פישמן-אפורי "זכויות היוצרים בראי ההיסטוריה: יין חדש בכלי ישן" רשת משפטית: משפט וטכנולוגית מידע 321, 325-344 (2011), שלגישתה, מבנה התמריצים בתעשיות המרכזיות נותר כפי שהיה.

45 ראו למשל מיכאל בירנהק "קריאה תרבותית: החוק ושדה היצירה" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 83, 92-111 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

46 ייתכן שהדברים שונים באשר למוסד שבו הוא עובד ועל כך להלן. המוסד, להבדיל מהיוצר, זקוק לזרם התקבולים לשם מימון, פיתוח והשקעה במחקרים חדשים.

47 חלק מן הכלכלנים שכתבו בתחום סבורים שלפחות בחלק מן התחומים לא ברור שהורדת ההגנה על זכויות יוצרים תביא לירידה ניכרת בייצור – היינו בהבאתן של יצירות חדשות לעולם. אם זה המצב, לא ברור אם כדאי לשלם את המחיר החברתי הכבד שכרוך במתן הגנה לזכויות. ראו למשל, בעניין זה: Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 HARV. L. REV. 281 (1970) (להלן – Copyright in Books).

48 לעיל הערה 5, בעמ' 1719.

פתרון לבעיה, ולבסוף, לאחר זמן לא רב, נמצא לה פתרון מכני. יידוע הציבור בדבר הבעיה תוך הצבת אתגר בפתרונה והבטחת פרס לא גדול, בליווי הד ציבורי, פרסום וכבוד היוו אפוא תמריץ מספיק, אשר הביא את הממציאים לפתור את הבעיה מבלי להעניק להם זכויות כלשהן בהמצאה עצמה.

המאפיין את המקרים שמנתי עד כה הוא כי תהליך היצירה בהם אינו רגיש לתמריצים כלכליים ישירים, וכי התועלת מופקת על ידי היוצר בעקיפין ולא באמצעות מתן הגנה ליצירה. על כן לא ברור אם הורדת ההגנה בזכויות היוצרים, למשל, תביא לידי ירידה ניכרת בייצור. אם זה המצב, לא ברור אם כדאי לשלם את העלות החברתית הכרוכה בעצם הענקת הזכות.⁴⁹

מנגד עומד מודל הייצור של תרופות חדשות, המוסדר באמצעות דיני הפטנטים. ברור כי כאן המצב שונה: עלויות הייצור גבוהות והוצאות המחקר והפיתוח פעמים רבות גדולות ביותר. במקרים אלו ברור שהכרה והוקרה ללא מתן זכויות כלכליות לא יהוו תמריץ מספיק לפיתוח. לשם יצירת תמריצים הולמים יש צורך בהתערבות אינטנסיבית של המשפט, הן ביצירת זכויות והענקתן למפתחים והן באכיפתן. בעניין זה השאלה אם מדובר בחברת תרופות מסחרית או במוסד מחקרי ללא כוונת רווח אינה השיקול המרכזי, שכן גם במוסדות ללא כוונת רווח, דוגמת האוניברסיטאות, יש צורך במימון מיזמים מחקרניים עתירי השקעה. ברור שללא מתן אפשרות אמתית להחזרת השקעות הפיתוח ובהיעדר סבסוד חיצוני מצד המדינה⁵⁰ אי אפשר יהיה להמשיך בפיתוח עתיר משאבים.

ה. עיצוב מערכת תמריצים אופטימלית

גם אם נאמר כי בחלק מן המקרים המצויים מן הצד האחד של הרצף התערבות משפטית אינה נחוצה, אין חולק כי בקטגוריות שמצדו השני של הרצף יש בה צורך. בעניין זה נשאלות השאלות האלה: כיצד יש לעצב את מערכת התמריצים הנכונה לייצור תרופה? מה ההחזר הראוי אשר יתגמל את היזם באופן שימשיך בפיתוח? למי יש לתת את התמריץ – לזיום או ליוצר? וכן הלאה. ניתוח זה נכון במיוחד בתחומים עתירי השקעה במחקר ופיתוח, אך לא רק. שאלות דומות מתעוררות גם כאשר מדובר, למשל, במחבר או במוציא לאור של ספר מסחרי. גם כאן ההנחה היא שללא מערך תמריצים ראוי שיביא להחזר ההשקעה בספר,

49 ראו Copyright in Books, לעיל הערה 47.

50 שגם בו צריך לדון כמודל למימון הפיתוח. על כך ראו Steven Shavell, Tanguy van Ypersele, *Rewards versus Intellectual Property Rights*, 44 J.L. & Com. 525 (2001) (להלן – שבל ויפרצלה).

הוא לא יחבר ספרים מסוג זה. השאלה היא כיצד לתמרץ את הסופר ומהו התמריץ הראוי – האם לשם כך יש לייחס חשיבות למספר העמודים שבספר? לעובדה שמדובר ברב-מכר (Bestseller)? למוניטין הנצבר של הסופר? האם מדובר בספר מקצועי או לא? האם התמריץ צריך להביא בחשבון את המיזמים הכושלים של אותו סופר? שאלות אלו חשובות, שכן הן עשויות להשפיע על הכמות ועל האופן של ייצור ספרים,⁵¹ אולם התשובה עליהן אינה ברורה כלל. קיים קושי לקבוע מהו הסכום שמבטא את החזר ההשקעה הראוי, וקשה אף יותר להשתמש בהענקת זכויות כסוג של פרוקסי לסכום שאליו רוצים להגיע במסגרת התגמול הראוי. אבהיר שתי נקודות אלו.

1. מהו ההחזר הנדרש על השקעה ביצירה?

נניח כי כדי להניע סופרים לכתוב או ממצייאים להמציא נאמץ מודל שיאפשר להם לקבל החזר מלא בגין שעות עבודתם על כתיבת הספר, או יתגמל אותם על פי העלות הכרוכה באבדן ההזדמנות האלטרנטיבית בגין שעות אלו. מודל זה מנסה לחקות את המודל של עלויות הייצור של קניין רגיל. במקרה שכזה ברור שליוצר יהיה תמריץ להציג מצג שלפיו עלויות הייצור גבוהות מכפי שהן באמת, הן מבחינת שעות העבודה והן מבחינת תשומות הייצור.⁵² ייתכן שהדבר אף יגרום ליוצר לעשות בזמן כרצונו ולהתנהל בחוסר יעילות (ספר שהיה יכול להיכתב בשנה ייכתב במשך חמש שנים). אמנם אפשר למצוא לבעיה זו פתרון בדמות קביעת תקרה למספר השעות שבגינן יוכל המחבר לקבל החזר. אולם גם פתרון זה בעייתי, שכן הוא מערב שיקולים חיצוניים בהערכת עבודת היוצר, ועלול להשפיע על איכות היצירה או על סוגי היצירות שיווצרו. לדוגמה, בחינת השאלה כמה שעות יוקצו לכתיבתה של אנציקלופדיה תגלה כי כל הגבלה שתיקבע בעניין זה תביא למעשה לשינוי האופי של היצירה ואיכותה. הגבלת השעות המוקצות לכתיבתה של האנציקלופדיה עלולה להביא לידי צמצום המחקר, לידי עריכה רשלנית של הערכים וכן הלאה. הגבלה או קביעת תקרת שעות לא מציאותית עלולה אף להביא לידי כך שיצירות מסוג מסוים בכלל לא יבואו לאוויר העולם. נקיטת מודל אחר, של תשלום סכום קבוע, אף היא בעייתית, שכן היוצר ינסה לחסוך ב"עלויות הייצור" כדי למקסם את הרווח שיפיק ובכך תיפגע איכות היצירה.

51 כזכור, כשל השוק המובנה יגרום שבהיעדר הגנה משפטית כלשהי אי אפשר יהיה להחזיר חלק ניכר מן ההשקעה בכתיבת הספר, בייצור התקליטור וכו'.

52 באשר לתשומות הייצור, הדברים בעלי חשיבות רבה יותר באשר למחקר ופיתוח, לדוגמה תעשיית התרופות.

ז. תמרוץ באמצעות חבילות זכויות שונות

האם מעבר לעולם שבו התגמול יינתן לא ב"סכום" אלא ב"חבילה של זכויות" ישנה את המצב? ראשית, צריך להבין את המשמעות של חבילת זכויות. קיימות כמה חבילות אשר החברה יכולה להציע כ"תגמול" או כ"תמריץ" ליצירות או המצאות עתידיות. תוכן החבילה משתנה על פי פרמטרים אחדים, אשר אחד החשובים שבהם הוא תרומתו של היוצר לחברה ביצירה או בהמצאה שבאה לעולם.

חבילת זכויות אחת היא מסוג פטנט.⁵³ חבילה זו מצריכה תרומה גדולה יחסית מצד הממציא, אשר בגינה יקבל זכויות שיקנו לו יכולת למנוע מאחרים להשתמש בהמצאתו ללא רשותו. ממציאים אחרים לא יוכלו להשתמש בהמצאה וזה אף על פי שפיתחו אותה בעצמם לאחר מכן. כדי שהממציא יהיה זכאי להטבות החבילה, עליו להראות כי מדובר בהמצאה כשירת-פטנט,⁵⁴ דהיינו כי היא חדשה,⁵⁵ מועילה,⁵⁶ וכי יש בה התקדמות המצאתית.⁵⁷ אין זה קל לעמוד בדרישות אלו והן מחייבות את הממציא לרף גבוה של תרומה יצירתית שאינה טריוויאלית. בנוסף, על הממציא להראות כי סיפק לחברה את כל הפרטים הטכניים כיצד ליצור את ההמצאה ולהשתמש בה, ולפעמים אף להראות מהו האופן הטוב ביותר שבו היא פועלת (best mode). במילים אחרות, הממציא מחויב להעביר לחברה את מלוא הידע הקשור להמצאה. הפירוט צריך להיות קפדני ודקדקני, כדי שאדם שמצוי בתחום יוכל, רק על סמך הפירוט המופיע בפטנט, לייצר את ההמצאה (אם כי ללא רישיון מבעל הפטנט לא יוכל להשתמש בו במשך תקופת ההגנה שהוגדרה בחוק). היה והפירוט איננו עומד בקריטריונים אלה, לא יינתן פטנט מלכתחילה או שהוא ייפסל בדיעבד.⁵⁸

- 53 בהקשר זה ייתכנו חבילות זכויות שקרובות להגנת הפטנט אך אינן זהות לה, דוגמת ההגנה הניתנת מכוח חוק זכות מטפחים של זני צמחים, התשל"ג-1973, ס"ח 272.
- 54 ראו סעיף 3 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, ס"ח 148 (להלן – חוק הפטנטים). הוויכוח על מה כשיר להירשם כפטנט ומה אינו כשיר חשוב מאוד, שכן הוא משמש חסם סף להכרה בהמצאה כבת הגנה. למשל, עד היום קיימת מחלוקת אם "שיטות לעשיית עסקים" כשירות לרישום כפטנט. בדומה לכך מתעוררות שאלות באשר להגנת פטנט על תכנה. הגישה הרווחת היא כי על תכנה כשלעצמה אי אפשר לקבל פטנט אלא רק בשילוב עם אלמנטים חיצוניים כלשהם.
- 55 ראו סעיף 4 לחוק הפטנטים.
- 56 הכוונה במועילה היא שלהמצאה תהיה תועלת חברתית כלשהי גם אם זו קשה להגדרה.
- 57 ראו סעיף 5 לחוק הפטנטים.
- 58 בעניין זה יפים דברי בית המשפט בע"א 3400/03 רובינשטיין נ' עין טל (1983) בע"מ, פ"ד נט(6) 490, 505 (2005): "אשר לתכלית, מטרת ההגנה על ידי פטנט היא לקדם את התפתחות הטכנולוגיה, התעשייה והמסחר, בדרך של עידוד בני אדם להמציא אמצאות ולגלותן ברכיבם, שביסוד השיטה תמריץ – בצורת הענקת זכות ייחודית, כמו מונופוליסטית – לנצל את

חבילה אחרת של זכויות היא זו הניתנת מכוח זכות היוצרים. חבילת זכויות זו מתייחסת לסוג שונה של תרומה חברתית ולצדה גם הגנה שונה. זכות היוצרים מונעת העתקת יצירה או עשיית שימושים אחרים בה ללא הסכמת הבעלים, אך אין בה כדי למנוע שימוש ממי שיצר יצירה זהה באופן עצמאי, מבלי להעתיק את היצירה המוגנת. זאת ועוד, ההגנה מכוח חבילה זו צרה מזו הניתנת על ידי הפטנט גם במובן זה שהיא אינה משתרעת על הרעיון או הרעיונות שעולים מהיצירה,⁵⁹ אלא רק על הביטוי הכרוך בה. נוסף על כך, החבילה מאפשרת מגוון רחב של שימושים אשר אף על פי שלכאורה הם מפרים את זכותו הבסיסית של היוצר, ייחשבו שימוש הוגן.⁶⁰ חבילת זכויות היוצרים מספקת לרוב תמריצים חזקים פחות מאלו הניתנים בהגנת הפטנט, אך היא גם דורשת פחות מהיוצר כתנאי לתחולתה.⁶¹ כדי לזכות בהגנה יש צורך לעמוד בדרישות מינימליות של מקוריות, יצירתיות⁶² וקיבוע היצירה.⁶³ אין צורך להראות חדשנות או התקדמות אחרת, ואף אין צורך ברישום היצירה או בפרסומה.⁶⁴

חבילה שלישית, אשר נוקטת גישה אחרת לגמרי, היא זו המכונה "סוד מסחרי". לעומת החבילות הקודמות, המעודדות את הפצת המידע החדש באמצעות פתרון רגולטורי לכשלי

- האמצאה באופן בלעדי במשך תקופה מוגבלת. זכות זאת, מוענקת לבעליה בתמורה לגילוי מלא ומפורט של פרטי האמצאה לכלל הציבור. חוק הפטנטים מסדיר את היקף הזכות ומונע ניצול של האמצאה המוגנת ללא רשותו של בעל הפטנט. כך, באמצעות הפטנט הרשום, מושג איזון ראוי בין האינטרסים של בעל הפטנט לבין האינטרסים של הציבור בהרחבת הידע, הפיתוח והקדמה. תפקידו של בית המשפט לעמוד על המשמר ולוודא כי האיזון נשמר ולהגן על זכויותיו של בעל הפטנט. לשם כך, על בית המשפט להקפיד הקפדה יתרה עם מי שמפר את הפטנט ולהעניק פיצוי הולם לבעל הפטנט שנפגע".
- 59 ברצוני להבהיר בהקשר זה שגם בפטנטים אין הגנה על רעיון מופשט לחלוטין, והוא חייב שיהיה לו היבט מעשי כלשהו בדמות מוצר או תהליך.
- 60 ראו למשל סעיף 19 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 38; 17 USCS § 107 (1976); Copyright, Designs and Patents Act, c. 48, § 28 (Eng.) 1988.
- 61 ראו עניין אינטרלגו, לעיל הערה 21, בעמ' 163: "מטרתם של זכויות יוצרים היא לעודד את הגיוון בביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים. אלה הם הטובין הציבוריים שאת יצירתם נועדו דיני זכויות יוצרים לעודד. מתן תמריץ כלכלי נועד לשפר את כמות המידע והביטויים ואת האיכות שלהם בלי להתייחס לתועלת שניתן להפיק מהמידע החדש או מהביטוי החדש, ובכך נבדלים דיני זכויות יוצרים מדיני הפטנטים שנועדו לעודד רק מידע יעיל או תועלתני".
- 62 על היחס שבין מקוריות ליצירתיות ראו למשל את הדיון שם, בעמ' 163 ואילך.
- 63 סעיף 4 לחוק זכות יוצרים. בעבר לא הייתה דרישת הקיבוע קבועה בחוק, שכן היא הושמטה בתרגום הנוסח הקודם של החוק מאנגלית לעברית, ועל כן הוספה על ידי הפסיקה. כיום דרישת הקיבוע מצויה בחוק עצמו.
- 64 בעניין היעדר דרישות פורמליות לשם קבלת הזכות ראו טוני גרינמן זכויות יוצרים א 102 (מהדורה שנייה, טובה אולשטיין עורכת, 2008).

השוק, חבילה זו מעניקה הגנה רק כל עוד המידע נשמר בסוד. המערכת המשפטית עוזרת לבעל הסוד לשמור עליו, ובלבד שמדובר בסוד שמצדיק את שמירתו. לשם כך בעל המידע צריך להראות כי מדובר במידע שנותן לו יתרון מסחרי, כי הוא השקיע באמצעים לשמירתו, וכי אין מדובר במידע הנגיש לכולם.⁶⁵ רק אם יצליח להראות את כל אלה, הכלל המשפטי יעניק לו הגנה. הגנה זו שונה מהקודמות לא רק בתנאים הנדרשים לתחולתה אלא גם באופי ההגנה, שכן היא מתרכזת בתהליך השגת המידע. המשפט קובע כי סוגים מסוימים של אמצעים להשגת מידע פסולים, ועל כן שימוש בסודות שהושגו באמצעים אלו יהיה פסול אף הוא. השגת המידע בדרך פסולה תביא לידי כך שבית המשפט יאסור את השימוש בו. עם זאת המשפט אינו מונע השגתו של המידע באמצעים כשרים, ובכלל זאת באמצעות הנדסה חוזרת (reverse engineering) – תהליך אשר באמצעותו מגלה המתחרה את הסוד המוגן. השגת המידע באמצעים כשרים לגיטימית, ועל כן עם השגתו בדרך זו הוא מותר בשימוש.⁶⁶ בעל המידע אפוא מסתכן בהתגלות המידע בדרך לגיטימית, שתהפוך את הסוד השמור לנחלת הכלל. מודל זה, כאמור, שונה מהקודמים, שכן הוא מעניק תמריצים ליוצר לשמור על המידע בסוד ולא להפיצו בחברה. הנאת החברה מהמידע מושגת בעקיפין, על ידי שימוש במוצרים או בשירותים שבהם המידע משולב.⁶⁷

חשוב להבין כי הבחירה בין החבילות השונות שמורה למבקש על פי העדפותיו ועל פי התאמתה של היצירה או ההמצאה לדרישות החוק. למשל, פעמים יכול המבקש לבחור בהגנה של סוד מסחרי ולהעדיפה על פני הגנת הפטנט. בדומה לכך, הוא יכול להחליט אם לבקש לרשום על המצאתו פטנט או להסתפק בהגנת זכות היוצרים. לעתים הוא יכול לבקש לחסות תחת שתיהן.

ח. שליטה על מידת התמריץ באמצעות היקף חבילת הזכויות

אם כן, תוכנן השונה של חבילות ההגנה בתחומים השונים מספק ליוצר המידע חבילות תמריצים שונות אשר מעודדות את הליך היצירה באופנים שונים. חלוקה זו גסה, במובן זה שהחברה מקטלגת את המידע שנוצר ואת אופיו לתחומים שונים על פי אופי התרומה ומהותה, ומאפשרת ליוצר בחירה בין תחומים אלו. מדובר בסוג של חוזה בין היוצר לבין החברה, אשר בו כל אחד מהצדדים צריך לספק את הסחורה: היוצר צריך לספק סוג מסוים

65 סעיף 5 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 146.

66 סעיפים 7-8 לחוק עוולות מסחריות.

67 David D. Friedman, William M. Landes & Richard A. Posner, *Some Economics of Trade Secret Law*, 5 J. ECON, PERSP. 61 (1991).

של מידע – והדרישות המהותיות בכל תחום מבטיחות את תרומתו זו – והחברה, לאור התרומה שהיא מפיקה מהמידע, על פי סיווגו, מספקת חבילת תמריצים שבאים לידי ביטוי בדרכי הגנה שונות על היצירה. חבילות התמריצים השונות מגלמות ערכים כלכליים שונים בשביל היוצרים.

ואולם, עדיין אין בכך כדי לתת מענה לשאלה כיצד יש לעצב את מערכת התמריצים האופטימלית במסגרת כל תחום. מלבד ההבדל המהותי שבין החבילות המחקק שולט על מערך התמריצים גם באמצעות העיצוב הפנימי של כל חבילה. בעניין זה קיימות כמה דוגמאות. למשל, בתחום הפטנטים אפשר לשלוט על שווי החבילה למציא באמצעות מספר רב של פרמטרים: דרך אחת היא באמצעות שליטה על הגדרת היקף הפטנט. הגדרה רחבה של ההמצאה מאפשרת למציא לחלוש באופן בלעדי על תחום רחב יותר, ובכך לקבל החזר גבוה יותר על השקעתו, ולהפך. בדומה לכך, מתן הגנה על המצאות אקוויוולנטיות מרחיב אף הוא את כוח השוק של הממציא. לעומת זאת רישיונות כפייה, שאפשר להוציא במקרים מסוימים, הופכים את זכות הממציא לאטרקטיבית פחות. כך פועלת הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בפטנט, אשר מונעת מבעל הפטנט למצות את מלוא הכוח הטמון בהגנה.⁶⁸ אפשרויות נוספות לשליטה על מערך התמריצים טמונות בהליכי הפרשנות שמגדירים מהי המצאה כשירת פטנט, מהו פטנט שיש בו התקדמות המצאתית ועוד.⁶⁹ פרשנות מקלה או מחמירה יכולה להשפיע על מידת ההשקעה במחקר ופיתוח בתחום מסוים.⁷⁰

דוגמאות דומות קיימות גם בתחום של זכויות יוצרים. הדברים אמורים בראש ובראשונה בהיקף ההגנה הניתנת מכוח חוק. בהקשר זה קובע למשל סעיף 5 לחוק זכות יוצרים על אילו יצירות תשתרע ההגנה ומה ייפול מחוץ לגדרה.⁷¹ אולם בקביעה זו אין די כדי לגבש עד תום את מערך התמריצים של היוצר, שכן גם אם קיימת ליוצר הגנה משפטית, ל"מפר" יכולות לעמוד הגנות כנגד הפרה זו. אני משתמש במילה "הגנות" שימוש "רך", שכן אינני

68 Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917); אולם לביקורת על דוקטרינה זו מבחינת הגיונה הכלכלי ראו, למשל, Mark A. Lemley, *The Economic Irrationality of the Patent Misuse Doctrine*, 78 CALIF. L. REV. 1599 (1990).
 69 בעניין זה קיים, למשל, ויכוח נוקב אם יש מקום להעניק הגנת פטנט לתכנת מחשב ומהי ההשפעה של פטנט שכזה על מערך התמריצים של הממציא. ראו בעניין זה, למשל, Symposium, *Frontiers of Intellectual Property: Software Patents, Incumbents, and Entry*, 85 TEX. L. REV. 1579 (2007).
 70 על השיקולים השונים בעניין זה ראו למשל: Nancy T. Gallini, *The Economics of Patents: Lessons from Recent U.S. Patent Reform*, 16 J. ECON. PERSP. 131 (2002).
 71 ראו בהקשר זה את סעיף 5 לחוק זכות יוצרים.

רוצה לעסוק במהות הנטל הראייתי הנדרש כדי להשתמש בהן.⁷² כל שברצוני לומר הוא כי קביעת הגנות רחבות מפני הפרה, כגון כלל שימוש הוגן רחב,⁷³ פוגעת בשווייה של זכות היוצרים, שכן פחות אנשים ישלמו ליוצר תמורת רישיונות שימוש ביצירה. לעומת זאת פריסתה של הגנת זכות היוצרים גם על טכנולוגיות חדשות, כגון העמדת היצירה לרשות הציבור במרשתת,⁷⁴ מרחיבה את הפוטנציאל הכלכלי הטמון בזכות. לכך יש השפעה על מידת התמריצים המסופקים ליוצר ועל הכיוון שבו יבחר לפתח את יצירתו.

גם בתחום הסוד המסחרי אפשר לשלוט על שווי החבילה, למשל באמצעות הגדרה מה ייחשב סוד מסחרי לגיטימי שמקנה לבעליו יתרון מסחרי, או באמצעות קביעה מהם אמצעי ההגנה המינימליים שצריך בעל הסוד לנקוט כדי למנוע את חשיפתו – אמצעים אשר נקיטתם כאמור אינה מיועדת רק להגנה פיזית על הסוד, אלא היא תנאי נורמטיבי לתחולת ההגנה המשפטית. ככל שהדרישה לנקיטת אמצעים שכאלו מחמירה יותר ודורשת השקעת משאבים ניכרת, כך האופצייה של חבילת הסוד המסחרי הופכת לאטרקטיבית פחות ומספקת פחות תמריצים ליוצר. בדומה לכך, השאלה מתי הסוד מפסיק להיות סוד משפיעה גם היא על מערך התמריצים – האם יש צורך במספר קטן או גדול של "שותפי סוד" או אנשים שהסוד הגיע לידיעתם, כדי להפכו לנחלת הכלל (כזכור, מרגע שהסוד הופך להיות נחלת הכלל, ההגנה עליו פוקעת)?

מהו אפוא ההיקף הראוי של חבילת הזכויות בכל אחד מן התחומים שעליהם עמדתי לעיל וכיצד ראוי לעצב אותה? בנושא זה רבה המחלוקת ומעטה ההסכמה. המחלוקת היא הן ברמה העקרונית והן ברמה הפרקטית: מה צריכה לכלול למשל הגנת הפטנטים? האם צריך לאפשר ניסוח רחב יותר של claims, אשר ירחיב את ההגנה של הממציא, או צר יותר – שיצמצם אותה? כיצד ראוי לפרש את דוקטרינת האקוויולנטים, אשר מרחיבה את ההגנה של הממציא אל מעבר לגבולות המילוליים של התביעות בכתב הפטנט? האם יש לאפשר ניסויים בתרופות גנריות עוד טרם פקיעת הפטנט בתרופה האתית כדי לצמצם את זמן הכניסה לשוק של המתחרים ובכך לנגוס בזמן הבלעדיות של התרופה האתית? האם להכיר בזכויות משתמשים רבות יותר או פחות בתחום זכויות היוצרים, וכיצד הדבר ישפיע, אם

72 אם מדובר בהגנה, הרי שהנטל להוכיח כי דרישות ההגנה מתקיימות הוא על הנתבע, וההגנה עשויה להתפרש באופן מצמצם. לעומת זאת אם מדובר בזכות של המשתמשים, הרי שמדובר בנקודת מוצא שונה, שמשפיעה הן על נטלי ההוכחה והן על היקף הזכות. ראו בעניין זה ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים, 327 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

73 בעניין זה קובע החוק הישראלי הגנות רבות, כאמור לעיל, בהערה 60.

74 זו נועדה בעיקר כדי להתמודד עם העלאתם של דפים למרשתת מבלי שהוכח שמשתמשים אחרים ביקרו באתר.

בכלל, על תמריצייהם של היוצרים⁷⁵ הכרעות אלו הן, כמובן, רק קצה קצהו של הקרחון. שאלות נוספות עולות בעקבות התפתחויות טכנולוגיות. למשל, בימים אלו דנים בשאלה אם מעבר העולם לספרים דיגיטליים מחייב את שינוי היקף הזכויות של היוצר כדי לשמור על מערך התמריצים שלו כפי שהוא.⁷⁶ שאלה נוספת היא אם מוצדק, כפי שנעשה בארצות הברית, להרחיב את הגנות זכויות היוצרים בעולם דיגיטלי באופן שיאפשר ליוצרים שליטה טובה יותר על יצירותיהם.⁷⁷ שאלות דומות מתעוררות גם בתחום הסודות המסחריים, במיוחד במקרים שבהם מעורבים עובדים: כיצד, ועל פי אילו קריטריונים, יש למקסם את תמריצי המעביד כשהעובד עשוי לעבור למקום עבודה אחר ולהשתמש באופן פרודוקטיבי בידע שרכש?⁷⁸ נתונים אמפיריים מוסיפים בעניין זה מידע שמחדד את המחלוקות. למשל, המחקר הידוע שמשווה את התעשייה בעמק הסיליקון, שבחוף המערבי בארצות הברית, לתעשייה הדומה לה בחוף המזרחי מייחס חלק גדול מן היתרונות של עמק הסיליקון להיותה של חבילת זכויות המעביד בגין סוד מסחרי מצומצמת בו הרבה יותר.⁷⁹ דומה שהסיבה למחלוקות ולחוסר ההסכמה בתחומים השונים היא שאין כלים מדויקים לבחון כיצד שינוי חבילת הזכויות משפיע על היוצר או הממציא ומהו המחיר החברתי המשולם בגין שינוי זה.

אין מחלוקת שבפועל, ועם הזמן היקף הגנת הקניין הרוחני מתרחב. המגמה היא חד-סטרית. אמנם בכמה תיקונים נקודתיים עשה המחוקק צעד לאחור וצמצם קמעא את היקף ההגנה, אך מגמת ההרחבה נמשכת. מגמה זו גם אינה מקומית. אפשר למצוא לה דוגמאות במדינות רבות ואף באמנות המסדירות את תחומי הקניין הרוחני בהיבט הבין-לאומי. עם זאת היקף ההתרחבות אינו זהה בכל אחד מתחומי הקניין הרוחני השונים. למשל, בדיני פטנטים ההתרחבות מצומצמת יותר, ואילו בדיני זכויות יוצרים ההרחבה

- 75 ראו למשל Niva Elkin-Koren, *Making Room for Consumers Under the DMCA*, 22 BERKELEY TECH. L.J. 1119 (2007).
- 76 שם.
- 77 שם. כמו כן ראו סקירה בעניין התפתחויות אחרונות בפסיקה בעניינים אלו ב- Michael L. Rustad et al., *Copyright in Cyberspace: A Roundup of Recent Cases*, 12 J. HIGH TECH. L. 106 (2011).
- 78 לסקירת הדין הנוהג במדינות השונות בעניין זה ראו Ryan M. Wiesner, *A State-By-State Analysis of Inevitable Disclosure: A Need for Uniformity and a Workable Standard*, 16 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 211 (2012). גם בארץ התלבטו בתי המשפט בעניינים אלו. ראו למשל ע"ע 164/99 דן פרומר נ' רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (1994); ע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשית שוקולד וסוכריות בע"מ נ' סרנגה, פ"ד מט(5) 796 (1996); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000); בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702 (1993).
- 79 ראו בעניין זה AnnaLee Saxenian, *Discussion of Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*, 71 ECON. GEOG. 199 (1995).

ניכרת. מה שמסבך עוד יותר את הניתוח הכלכלי של מגמה זו הוא שההתרחבות אינה לינארית ונעשית בקפיצות שקשה להסביר.⁸⁰ כיצד, אם בכלל, אפשר להסביר התרחבות זו של הגנות הקניין הרוחני? והאם יש בה כדי לקדם את היעילות החברתית? האם נקודת הפתיחה, אשר נתנה הגנה מצומצמת יותר, הייתה בגדר טעות קשה שתוקנה, ועדיין מתוקנת, לאורך זמן? קשה להאמין. לנדס ופוזנר מנסים להסביר את התרחבות ההגנה באמצעות שימוש בכלים של כלכלה פוליטית, קבוצות לחץ ועליית ערך הקניין הרוחני. עם זאת הם עצמם מודים למעשה כי ההסבר שהם נתנו⁸¹ אינו משיב רצון – לא כהסבר לעצם התרחשות התופעה, ובוודאי לא כמענה לשאלה אם הרחבה זו יעילה או לא.⁸² לעומתם, יש המספקים הסברים אחרים.⁸³ כדי להבין את גודל המחלוקת בשאלה בסיסית זו אפשר לבחון את תחום הפטנטים. על השאלה מה צריך להיות רוחבה האופטימלי של הגנת הפטנט נכתבו מאמרים רבים, על ידי כלכלנים מובילים, והגישות בהקשר זה הן קוטביות. למשל, חלק מן הכלכלנים, דוגמת גילברט ושפירו, סבורים כי השאלה כמה לתגמל את הממציא דורשת הערכה של גמישות ההיצע של המצאות,⁸⁴ אך הדרך היעילה שבה יש לבנות את מערך התגמולים יכולה להיבחן באופן עצמאי.⁸⁵ לגישתם, מבנה התגמול צריך להיות כזה אשר בו הפטנט שיינתן יהיה צר אך תוקפו יהיה לעד. בעניין תקופת ההגנה ארחיב בהמשך, אבל הרעיון שעומד מאחורי הגישה של גילברט ושפירו הוא כי פטנט צר ונצחי הוא אופטימלי, ולעומת זאת הרחבת

80 לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 406.

81 שם, בעמ' 413-414.

82 בין היתר, ההסבר מדבר על קבוצות לחץ א-סימטריות ועל עליית ערך הקניין הרוחני בדומה למודל של דמסין בקניין, שלפיו שינויים חברתיים ואחרים הם שהעלו את ערך הזכויות, ומכאן חיזוק ההגנה. שם, בעמ' 413: "As the system becomes more sophisticated in the sense of ... as the cost of copying falls and its speed increases as a consequence of technological developments, as moreover technological progress becomes more highly valued and originality in general more highly prized, the costs of intellectual property rights fall and the benefits rise, leading us to expect intellectual property rights to expand even in a political regime oriented toward promoting the public interest"

83 ראו, למשל, Ben Depoorter, *The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries Of Intellectual Property Law*, 9 VA. J.L. & TECH. 4 (2004).

84 גמישות ההיצע בהקשר זה מבטאת את השינוי באחוזים בכמות ההמצאות שיומצאו בגין שינוי בשיעור התגמול בגין ההמצאה. ככל שההיצע גמיש יותר, השינוי בתגמול יביא לשינוי גדול יותר בהיצע. במילים אחרות, השאלה מה יהיה התגמול האופטימלי לממציא תלויה ביכולתם של הממציאים להגיב לשינוי בתגמול בדרך של שינוי כמות ההמצאות ביחס לתגמול המשתנה.

85 Richard Gilbert, Carl Shapiro, *Optimal Patent Length and Breadth*, 21 RAND. J. ECON. 106, 106 (1990).

היקף הפטנט מגדילה את העלויות החברתיות הכרוכות בו (בעיקר בשל הנטל העודף שנוצר מהרחבה זו, שעליו ארחיב בהמשך⁸⁶) בשל חיזוק כוח השוק של הממציא. מתן פטנט לתקופה ארוכה יוצר שקלול תמורות (trade off) קבוע בין תוספת התגמול לממציא לבין התוספת בעלות החברתית בשל הנטל העודף שנובע ממתן ההגנה. בכך פגיעתו הכללית של הפטנט בתועלת החברתית תהיה קטנה יותר. לעומת גילברט ושפירו, כלכלן חשוב אחר, קלמפרר, מגיע למסקנה הפוכה: הדרך לתגמול האופטימלי היא הרחבת היקף הפטנט. כשקיים ביקוש לא גמיש של הפרט, העושר החברתי דווקא יגדל עם הרחבת היקף ההגנה.⁸⁷ בעמדה דומה מחזיקים מטוטס, רגיבו ורוקט, אשר קובעים כי רוחב הגנת הפטנט (ולא אורכה) הוא הממד שבו יש להשתמש כדי לדרבן גילוי מוקדם של המצאות בעלות ערך אגב שימור תמריציו של הממציא לחדש ולהמציא.⁸⁸ הם ממליצים, כעניין של מדיניות, להרחיב את ההגנה באמצעות בדיקה מקלה יותר של התביעות (claims) בכתב הפטנט.⁸⁹ כתיבה מאוחרת יותר של דניקולו מנסה להשליט סדר במודלים ובמסקנות השונות והסותרות בכתיבה המוקדמת.⁹⁰ לדבריו, כל הגדרה של היקף הפטנט מבוססת על הרעיון הבסיסי שלפיו צמצום רוחב הפטנט יוביל לתחרות רבה יותר בשוק שבו נמכר המוצר מושא ההגנה. בכך יש כדי להקטין את זרם הרווחים לממציא, להגדיל במקרים רבים את הרווחים למתחרים שאינם ממציאים ולצמצם את התמריצים לחדש.⁹¹ אולם השפעתם של תהליכים אלו על התועלת החברתית אינה ברורה וחד-משמעית. פעמים לא ברור אם הגדלת התחרות תגדיל את התועלת החברתית.⁹² במקרה שכזה הרי שהפתרון של היקף מרבי של הגנת הפטנט יהיה אופטימלי, שכן הרחבתו תגדיל את התמריצים ליוצר מבלי לפגוע הרבה בתועלת החברתית. אולם אם, כפי שנראה בעיני דניקולו סביר יותר, התועלת החברתית תגדל בעקבות הגדלת התחרות יש לבדוק אם התועלת החברתית גדלה בקצב מהיר מזה שבו פוחתים התמריצים של הממציא להמציא בשל צמצום היקפו של הפטנט. התשובה על

- 86 הנטל העודף נובע מכך שאנשים אשר התועלת השולית שלהם מצריכה המוצר גדולה מעלות הייצור השולית שלו, אינם צורכים אותו בעקבות מנגנון התמחור של בעל הפטנט.
- 87 Paul Klemperer, *How Broad Should the Scope of Patent Protection Be?*, 21 REND J. ECON. 113, 127 (1990).
- 88 Carmen Matutes, Pierrt Rgibeau & Katharine Rockett, *Optimal Patent Design and Diffusion of Innovations*, 27 RAND. J. ECON. 60 (1996).
- 89 שם, בעמ' 78.
- 90 Vincenzo Denicolo, *Patent Races and Optimal Patent Breadth and Length*, 44 J. IND. ECON. 249 (1996) (להלן – דניקולו).
- 91 שם, בעמ' 251.
- 92 זאת משום שהחרפת התחרות יוצרת לעתים עלויות חברתיות נוספות מיותרות, כגון עלויות כניסה לתחום שנונקטות בו-זמנית על ידי כמה מתחרים, כמות ייצור מעבר לרף היעיל ועוד. מקרים אלו נכונים במיוחד במצבים שמתקיים בהם מונופול טבעי.

שאלה אחרונה זו תלויה במודל התחרות שמאמצים. לדבריו של דניקולו, אי אפשר לקבוע מראש איזו תוצאה תהיה עדיפה – של הגנה רחבה או של הגנה צרה – אבל באופן כללי אפשר לומר כי ככל שהתחרות בשוק המוצר שבו משולב הפטנט יעילה פחות, כך גדל הסיכוי שפטנטים רחבים וקצרים יהיו אופטימליים מבחינה חברתית.⁹³ לדברי דניקולו, אם המודל התחרותי הוא מהסוג היעיל ביותר, היינו מסוג ברטרנד (מלחמת מחירים), בשוק הומוגני אשר בו המחיר יורד אך נשמרת יעילות הייצור, הנטל העודף (DWL) יפחת בקצב מהיר מהקצב אשר בו יפחתו התמריצים לחדש ולהמציא.⁹⁴ במקרה כזה התוצאה במחקר של גילברט ושפירו נכונה. אולם דניקולו סבור כי התמקדות במודל תחרותי מסוג ברטרנד עלולה להפחית מחשיבות רוחבו של הפטנט ביחס לאורכו, שכן מודלים אחרים של תחרות אינם בהכרח כה יעילים. למשל, אימוץ של מודל תחרות מסוג קורנו (תחרות כמות) יביא לידי כך שצמצום רוחבו של הפטנט עשוי להעלות את התוצר של פירמות יעילות פחות, דבר שמבחינה כלכלית עלול להיות בלתי רצוי. במקרה שכזה דווקא פטנט רחב היקף יהיה האופטימלי.

השורה התחתונה היא שאין תשובה חד-משמעית באשר לרוחבה האופטימלי של ההגנה. הדבר תלוי במשתנים רבים ומגוונים, ואפילו המחקר מביא זאת, ולכן בתחומים שונים מתקבלים חוקים "על תנאי" וממונים ועדות או גופים שיבחנו את יישומם של החוקים החדשים ויראו אם יש בהם צורך או אם יש להחריג מתוכם מצבים מסוימים.⁹⁶

ט. שליטה על מידת התמריץ באמצעות משך ההגנה המשפטית

בחינה דקדקנית יותר של אופן עיצוב הזכויות בתחומים השונים חורגת מהדיון בפרק זה. אולם ברצוני להתייחס לנקודה אחת המשותפת לחבילות כולן והיא משך ההגנה הניתנת על

93 דניקולו, לעיל הערה 90, בעמ' 264.

94 מודל תחרותי מסוג ברטרנד הוא מודל משחקי שבו במצב של דואופול או אוליגופול השחקנים מתחרים ביניהם באשר למחיר של מוצר (ולא באשר לכמות המיוצרת). השחקנים במודל קובעים את מחירו של מוצר בצורה סימולטנית, בהסתמך על ההנחה מראש של מחיר המוצר שייקבע על ידי יתר הצרכנים. משחק זה מוביל לשיווי משקל שבו המחיר שכל החברות יציעו יהיה זהה ושווה לעלות הייצור השולית של המוצר. לעתים, משחק זה מכונה גם מלחמת מחירים.

95 מודל תחרותי מסוג קורנו הוא מודל משחקי שבו במצב של דואופול או אוליגופול השחקנים מתחרים ביניהם באשר לכמות המיוצרת (ולא באשר למחיר). השחקנים קובעים את הכמות המיוצרת בצורה סימולטנית. התפוקה של כל שחקן נקבעת על סמך ההנחה מראש מה תהיה התפוקה של יתר השחקנים בהנחה שזו תישאר קבועה.

96 ראו, למשל, בעניין זה, <http://www.copyright.gov/1201>.

ידי המשפט. באמצעות משך ההגנה אפשר למעשה לשלוט על מידת התמריץ שמקבל היוצר ועל כדאיות ההשקעה בפיתוח, במחקר וביצירתו של מידע חדש. גם אם הממציא זכאי להגנת פטנט, יש הבדל גדול בין הגנה של שנתיים להגנה של עשרים שנים, שהיא ההגנה שניתנת כיום בפועל לרוב ההמצאות.⁹⁷ ככל שמשך ההגנה ארוך יותר, הוא מאפשר לממציא זמן רב יותר של בלעדיות בשוק, ועל כן סיכוי טוב יותר להחזיר את השקעתו הראשונית ומעבר לה. תשקיף שכזה גם יעודד מלכתחילה השקעה גדולה יותר במחקר ובפיתוח. בזכות יוצרים ניתנת הגנה למשך זמן רב עד מאוד. בעבר משך ההגנה היה קצר הרבה יותר, ועם השנים הוא התארך.⁹⁸ כיום ההגנה חלה במשך חיי היוצר בתוספת שבעים שנים מיום מותו.⁹⁹ עובדה זו פועלת כמובן לטובת היוצר, שכן הזכויות שבידיו מאפשרות שליטה על השימוש ביצירה לשנים רבות יותר, שליטה שמתורגמת לרישיונות ולתמלוגים בגין מכירות.¹⁰⁰ לעומת שתי ההגנות הראשונות, הגנת הסוד המסחרי דוגלת בגישה אחרת, ולפיה פרק הזמן שבו תינתן הגנה לסוד אינו קבוע מראש. הגנת הסוד המסחרי יכולה להימשך לנצח, כל עוד עומדים בפרמטרים הקבועים בחוק¹⁰¹ ושומרים על סודיות המידע.¹⁰² סודיות זו תלויה כמובן בבעל הסוד וברמת השקעתו באמצעים להגנתו, אך גם בתנאים סביבתיים-טכנולוגיים אשר עשויים לאפשר את גילוי של הסוד בדרך של הנדסה חוזרת. ההכרעה בדבר תקפות הסוד מתמקדת גם בתוצאה ולא רק במאמצי השימור, שכן מרגע שהסוד נחשף – פוקעת ההגנה.

שאלה מעניינת היא מהו משך ההגנה האופטימלי. האם יש סיבה כלכלית למשך הגנה שונה בכל אחד מן התחומים? והאם התקופה שנקבעה בחוק מייצגת את נקודת האופטימום הכלכלית או שיש לשנותה? נקודה זו מעניינת במיוחד משום ששאלה כזאת בתחום הקניין המוחשי מקבלת תשובה אחרת, שהיא כמעט מובנת מאליה – ההגנה על קניין רגיל היא

- 97 חריג להגנה זו היא ההגנה שניתנת לתרופות במסגרת אפשרות הארכת תקופת ההגנה על פי סימן ב' לחוק הפטנטים, משום שעקב הצורך בניסויים ובאישורים בריאותיים טרם שיווק התרופה משך ההגנה האפקטיבי מתקצר מאוד.
- 98 התקופה המקורית בחוק של אן 1710 הייתה 14+14. להרחבה בעניין זה ראו, Oren Bracha, *Statute of Anne: An American Mythology*, 47 Hous. L. Rev. 877 (2010).
- 99 סעיפים 38-39 לחוק זכות יוצרים.
- 100 בהמשך אראה מדוע יש לסייג קביעה זו, שכן אמנם היוצר מקבל משך הגנה ארוך יותר אך הוא גם צריך לשלם ליוצרים אחרים על שימוש בחומרי גלם מוגנים במשך תקופה ארוכה יותר (ראו טקסט בין הערות 105-107).
- 101 ראו סעיפים 5 ו-6 לחוק עוולות מסחריות.
- 102 הדוגמה, אולי המפורסמת מכול, למשך ההגנה הארוך על סוד מסחרי היא הנוסחה של משקה הקוקה-קולה. זו נשמרה בסוד משנת 1886 עת הומצאה על ידי ג'ון פמברטון. ראו http://en.wikipedia.org/wiki/Coca-Cola_formula#cite_note-11.

לנצח. הבעלות אינה פוקעת לאחר עשרים שנים ואף לא לאחר שבעים שנים ממות הבעלים. מדוע בתחום הקניין הרוחני קצבו את משך ההגנות לתקופה מסוימת, ארוכה או קצרה ככל שתהיה, ולא העניקו ליוצר זכויות לנצח בדומה לאלו הניתנות בקניין רגיל? לכאורה היוצר, אשר ידע שהוא מקבל הגנה על יצירתו לעד, יכלכל את צעדיו באופן האופטימלי כדי להשיא את תועלתו, ובכך נשפר את הסיכויים להולדתן של יצירות והמצאות חדשות.

מה הם ההסברים הקלסיים להגבלת תקופת ההגנה בקניין רוחני? בעניין זה אביא כדוגמה את תחום זכויות היוצרים. קיימים כמה הסברים כלכליים קלסיים להגבלתה בזמן של ההגנה (מבלי להתייחס, בעניין זה, לשאלה מהו האופטימום הנדרש):¹⁰³ ראשית, נהוג להצביע על עלויות עקיבה – ככל שמשך ההגנה ארוך יותר, כך קשה/יקר יותר לעקוב אחר הבעלים. שלא כמו בקניין רגיל, שבו איתור הנכס מביא בדרך כלל לאיתור בעל הזכויות,¹⁰⁴ במקרה של זכויות יוצרים איתור היצירה אינו מלמד תמיד על זהות בעליה. אכן, אפשר לעתים למצוא אינדיקציה לבעל הזכויות באמצעות שמו המוטבע על היצירה. אולם המשפט אינו מחייב את הבעלים, כתנאי להגנה, לרשום את שמו על היצירה, או לצורך העניין, בכל מרשם אחר. ככל שהזמן חולף, מתרבות האפשרויות להעברת הבעלות לידיים אחרות או לפיצולה, למשל בין יורשים של היוצר, ועל כן מלאכת העקיבה נעשית מסובכת ויקרה יותר; שנית, הארכת משך הזכות תביא לייקור הוצאות העסקה הכרוכות בהשגת הרשאה מהבעלים לשם שימוש ביצירה.¹⁰⁵ מכיוון שיצירות רבות אינן נוצרות יש מאין אלא נבנות על יסוד יצירות קודמות, הארכת משך ההגנה מחייבת את היוצר בהווה לשלם לאנשים רבים יותר, עבור חומרים רבים יותר שבהם הוא משתמש ביצירתו. הגנה ללא הגבלת זמן תביא לידי פגיעה ביצירה העתידית, שכן רשימת האנשים שלהם יהיה צורך לשלם תוארך ללא הגבלה. היוצר החדש יצטרך לנהל משא ומתן עם בעלי זכויות רבים בגין שימוש בכל אחת מיצירותיהם. מלבד העלויות האדמיניסטרטיביות הכרוכות בניהול משא ומתן עם היוצרים הקודמים, עצם הצורך לשלם בגין היצירה מעלה את מחיר התשומות על יצירות חדשות. עלויות אלו תבאנה לידי כך שיוצרים חדשים, ואף צרכנים, ישלמו יותר עבור השימוש ב"חומרי הגלם" או יבחרו בחלופות מוצלחות פחות כדי להימנע מתשלום תמלוגים או לצמצם את סכום התשלום; שלישית, וזו אולי הנקודה המשכנעת מכול, מכיוון שתמריציו של היוצר מתקבלים מזרם התקבולים העתידי על יצירתו, תמריציו בהווה הם למעשה היוון של הערך הנוכחי של זרם תקבולים זה. קיצוץ כמה שנים בסוף תקופת ההגנה לא ישפיע

103 הדיון בפסקה זו מבוסס בין היתר על לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 213.
 104 גם אם הבעלים אינו יושב בנכס, השוכר יוכל להפנות אליו. מלבד זאת מנגנון הרישום מספק אף הוא מידע על זהות הבעלים.
 105 בהמשך אראה כי אחת העלויות הכרוכות במתן הגנה חזקה ליצירה היא עלות התשומות לשם יצירת יצירות חדשות.

הרבה על זרם התקבולים בהווה, ובמילים אחרות: הארכת תקופת ההגנה לא תגדיל בהרבה את כמות התמריצים. ואכן, דומה שבעניין זה קיימת הסכמה בין כלכלנים. למשל, בפרשת אלדרד נ' אשקרופט האמריקאית¹⁰⁶ הוגשה לבית המשפט חוות דעת של 17 כלכלנים (ובהם חתני פרסי נובל דוגמת קנת ארו, מילטון פרידמן ורבים מפורסמים אחרים), כידידי בית המשפט. חוות הדעת עסקה בכמה נושאים. בין היתר היא הבהירה את הנקודה שלפיה לאחר שהיצירה נוצרה ודאי שאין עוד צורך להאריך את תקופת ההגנה, שכן אין צורך ביצירת תמריצים נוספים. היא עסקה גם בתמריצים ליוצרים עתידיים, שעדיין לא יצרו את היצירה מושא ההגנה, וקבעה כי גם לגביהם להארכת תקופת ההגנה תהיה השפעה זניחה על התמריצים ליצור, אם בכלל. לפי חוות הדעת, הארכת משך ההגנה על זכויות יוצרים מחיי- המחבר-בתוספת-חמישים-שנים לחיי-המחבר-בתוספת-שבעים-שנים, לא תשפיע הרבה על התמריצים של יוצרים ליצור יצירות חדשות.

מהסיבות שפורטו לעיל מחזיקים כלכלנים רבים בגישה כי משך ההגנה הקבוע כיום לזכות היוצרים ארוך מדי.¹⁰⁷ חישוב פשוט מעלה כי הגדלת מספר שנות ההגנה מעבר לעשרים וחמש שנים מביאה להגדלה קטנה מאוד בערך המהוון של התמריצים ליצור.¹⁰⁸ לעומת זאת העלויות האדמיניסטרטיביות ועלויות הגישה הכרוכות במתן ההגנה גדולות בהרבה במקרה זה, באופן שמלמד שתקופת ההגנה הנוכחית ארוכה בהרבה מהנחוץ. הטיעון הוא שעלותן החברתית של זכויות הקניין הרוחני, מעבר לתקופה מסוימת, אינה מצדיקה את עצמה, בהיותן יקרות מעבר לשוויין הכלכלי. על כן אין להגנה הרווחת כיום סיבה כלכלית אמיתית. גם אין סיבה כלכלית טובה לקשור את משך ההגנה לחיי המחבר כנקודת ייחוס ולא לקבוע את מועד פקיעתה לזמן קבוע כלשהו מהמועד שבו היצירה נוצרה או פורסמה.¹⁰⁹

עמדה זו, שתוארה לעיל, אומצה על ידי מספר רב של מלומדים. מנגד קיימות גישות אלטרנטיביות, חלקן "חתרניות", ובהן כאלו שמסבירות מדוע יש היגיון בקיצור תקופת ההגנה עד לאפס, ואחרות שמסבירות מדוע יש היגיון במתן תקופת הגנה ארוכה, ואולי ארוכה מזו הניתנת כיום, עד כדי מתן הגנה נצחית.

106 Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).
 107 על הצורך בקיצור תקופת זכות היוצרים ראו, למשל Michael Abramowicz, *Perfecting Patent Prizes*, 56 VAND L. REV 115, 117 n.7 (2003) (להלן – אברמוביץ).
 108 חישוב לזמן הווה מעלה כי ההבדל בין הגנה ל-25 שנים ובין הגנה לנצח הוא כ-2.5 אחוז בלבד. לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 214, הערה 12.
 109 אחד הטיעונים בשבחו של המנגנון שלפיו המוות משמש נקודת ייחוס, הוא הרצון להביא את כל היצירות לנחלת הכלל במועד אחד ולא במועדים שונים, ובכך להקל על משתמשים עתידיים. דומה שהסבר זה אינו משכנע בשל העלויות הכבדות שנובעות מהשימוש במנגנון זה.

בקרב המצדדים בקיצור תקופת ההגנה אפשר למצוא למשל את שופט בית המשפט העליון בארצות הברית סטיבן ברייר, עוד בתקופה שבה היה פרופסור למשפטים באוניברסיטת הרוורד. ברייר פרסם מאמר¹¹⁰ שבו הציע שלא להאריך את תקופת זכות היוצרים מעבר לזו שנהגה באותה תקופה. אגב כך הוא גם הביע ספקות באשר לנחיצותה של ההגנה הרווחת ומשכה. בעת כתיבת המאמר הייתה תקופת ההגנה על זכות היוצרים 56 שנים, והקונגרס שקד על תיקון לחוק שהאריך את תקופת ההגנה לחיי המחבר בתוספת 50 שנים. טענתו של ברייר הייתה שמכיוון שהצורך הבסיסי בהגנה אינו משכנע מבחינה כלכלית, יש להראות סיבה טובה מדוע להאריך את תקופת ההגנה. הארכת זכויות שכזו חשיבותה קטנה מאוד במונחים של ערכו בזמן הווה של זרם התקבולים העתידי, ¹¹¹ מה גם שאופק ההתייחסות של המוציאים לאור היה, לפחות בעת כתיבת המאמר, לכל היותר תקופה של עשר שנים. זאת ועוד, מכיוון שרק חלק קטן מן הספרים נמכר במשך כל כך הרבה שנים, הרי שהארכת זמן ההגנה אינה מדרבנת את רוב הסופרים, ואלו שכבר מכרו את הספרים במשך שנים כה רבות נזקקים לה פחות, שכן כבר הרוויחו, ולכן לא היה בהארכת משך ההגנה להשפיע על החלטתם (או משום שלא צפו, או משום שהרוויחו מספיק). לכן המליץ כותב המאמר, בסיכומו, לקצץ קיצוץ ניכר בחבילת ההגנה.¹¹²

אחת הגישות הקיצוניות גורסת כי תקופת ההגנה האופטימלית קצרה כל כך, עד כי בכלל אין טעם להעניק הגנה מיוחדת לתחום הקניין הרוחני. לפי גישה זו, די במבנה התמריצים המסורתי של המשפט כדי לספק תמריצים ליצירה, ועל כן בשל העלויות הכרוכות בהגנת הקניין הרוחני יש לזנוח אותה כליל, או לפחות לצמצמה בהרבה. מכיוון שלמעשה גישה זו גורסת כי אין צורך בקניין הרוחני כלל, אעסוק בה בהמשך בפרק הדין בחלופות לקניין הרוחני.¹¹³ במאמר מוסגר אציין כי מרבית הכתיבה הזאת ישנה, ועל כן ייתכן שאינה מביאה בחשבון התפתחויות, בעיקר טכנולוגיות, אשר משנות את התמונה.

מן הצד השני של המתרחס קיימים כלכלנים הסוברים כי ייתכן שהגנת הקניין הרוחני, במתכונתה הנוכחית, מוצדקת מבחינה כלכלית ואולי אף משכה אינו ארוך דיו. כזו היא לדוגמה גישתם של סטן ליבוביץ וסטפן מרגוליס. במאמר שכתבו השניים נטען כי ייתכן

Copyright in Books, לעיל הערה 47. 110

שם, בעמ' 324. 111

שם, בעמ' 351. 112

Robert M. Hurt, Robert M. Schuchman, *The Economic Rational of Copyright*, 56 AM. 113

ECON. REV. 421 (1966) (להלן – *The Economic Rational of Copyright*).

שהארכת משך ההגנה תגדיל את היעילות הכלכלית.¹¹⁴ ליבוביץ ומרגוליס סבורים כי הגישה של הכלכלנים כפי שהיא באה לידי ביטוי בפרשת אלדרד, אינה משקפת בהכרח את המציאות הכלכלית, וודאי שאינה כוללת את כל המקרים האפשריים. לגישתם, תמוה הדבר שבנושא זה, שבו כמעט לא נערכו מחקרים כלכליים, התייצבו 17 כלכלנים מהטובים בעולם והסכימו כי הארכת ההגנה אינה ראויה. אמנם ליבוביץ ומרגוליס מסכימים עם התובנה כי כשמשך זמן ההגנה ארוך, הארכתה למשך כמה שנים נוספות לא תשפיע רבות על הערך בהווה. עם זאת הם סבורים כי גם להשפעה קטנה עשויה להיות חשיבות גדולה ליוצרים הממוקמים בשוליים. ללא מעט יוצרים, ברמות הכנסה שונות, המייחסים לשינויים בהכנסתם חשיבות רבה יותר מאחרים, הגדלה – ולו קטנה – בהכנסות בזמן הווה יכולה לשמש תמריץ חזק ליצירה. למשל, אפשר שבמקרים כאלה הגדלה כזאת תגרום ליוצרים לפנות לכתיבה במשרה מלאה במקום כתחביב. על פי המודל, קיימים מצבים שבהם העלאה קטנה בתמלוגים יכולה להביא להרחבה ניכרת של הכתיבה.¹¹⁵ לפיכך על הכלכלנים להתרכז לא רק בזרם ההכנסות המהוון אלא גם בהשפעת השינוי של תקופת זכויות היוצרים על הכמות והערך של יצירות עתידיות.

גישה "קיצונית" יותר מוצגת על ידי לנדס ופוזנר, אשר רואים לנגד עיניהם כמודל את ההסדר בתחום הסודות המסחריים.¹¹⁶ הם סבורים כי ההסדר בדבר סודות מסחריים, שלפיו תקופת ההגנה אינה מוגבלת בזמן, הוא ראוי, וכי יש להחיל הסדר דומה גם בתחומים אחרים. לגישתם, משטר ההגנה בזכויות יוצרים צריך להשתנות וההגנה צריכה להשתרע עד אינסוף. גישה זו נראית קיצונית, במובן זה שהיא מאריכה את ההגנה אף מעבר להסדר הקיים.¹¹⁷ אולם כשמתחילים לרדת לפרטים, מגלים כי היא אינה קיצונית כלל, שכן אין מדובר רק בהארכת משך ההגנה עד אינסוף, אלא בשיטת הסדר שונה לחלוטין: לפי הסדר זה אמנם אפשר לקבל הגנה לעד, אך בפועל רוב היצירות לא יזכו להגנה שכזו ויעברו לנחלת הכלל הרבה לפני המועד שבו הם עוברים אליה לפי השיטה הקיימת. לנדס ופוזנר סוברים כי הגנה נצחית היא ראויה, ובלבד שיהיה ברור כי היוצר או יורשיו מעוניינים

114 Stan J. Liebowitz, Stephen Margolis, *Seventeen Famous Economists Weigh in on Copyright: The Role of Theory, Empirics, and Network Effects*, 18 HARV J.L. & TECH 435 (2005).

115 מדובר במקרים שבהם מדובר בהתפלגות צרה של עלות ההזדמנות ליוצר.

116 מוזר הוא שהניתוח שנעשה בספרם על זכויות הקניין הרוחני מתייחס למשך זמן ההגנה האופטימלי של זכות היוצרים ושל סימן המסחר. הם לא מתיימרים לקבוע מהו משך זמן ההגנה האופטימלי לפטנט. היעדר ניתוח שכזה אומר דרשני – מדוע להתעלם מתחום חשוב זה? ייתכן שהסיבה היא שבעניין זה אין הסכמה ואין גישה משכנעת אחת.

117 גישה זו אף סותרת את הוראות החוקה האמריקאית, אשר גורסת בהקשר זה כי ההגנה תהיה ל-
U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8. Limited Times.

להשתמש ביצירה מבחינה כלכלית. שאם לא כן, יהיה במתן הגנה שכזו משום בזבוז חברתי – היוצר אינו עושה שימוש כלכלי ביצירה, ואילו אחרים מנועים מלעשות בה שימוש גם כן. על כן הם מציעים כי משטר ההגנה יהיה כזה שיכול להימשך לנצח תוך הטלת נטל על היוצר או יורשיו לרשום את היצירה מלכתחילה ולחדש את ההגנה המשפטית והרישום מדי תקופה, נניח 10 שנים או 25 שנים. אי-חידוש או אי-רישום של הזכות יביא לפקיעתה.

השיטה שמציעים לנדס ופוזנר מקטינה לדעתם את העלויות ביחס לשיטה הקיימת משום שהרישום אצל רשם הזכויות, במיוחד בעולם טכנולוגי שבו אפשר שתהיה גישה אלקטרונית למאגרי מידע, יפחית עד מאוד את עלויות העקיבה אחר בעלי היצירות. במעמד הרישום יידרש הבעלים או היוצר לספק את כל הפרטים הרלוונטיים לאיתורו, וכן את הפרטים הדרושים להמשך השימוש ביצירה – אם היוצר העביר את הבעלות לידיים של צד שלישי, נתן רישיונות בלעדיים כאלה או אחרים, לאיזה גוף וכו'. גם בהקשר של העלויות האדמיניסטרטיביות והתמלוגים סבורים לנדס ופוזנר כי השיטה יכולה להפחית את העלויות. ראשית, המודל שלהם הוא מסוג של opt in (אופצייה ליוצר לרכוש את ההגנה מפעם לפעם בתקופות קצובות) – ללא רישום לא תהיה זכות – ולכן רבים אשר לא ירשמו את זכותם לא יזכו לכל הגנה, והיצירה תעבור לנחלת הכלל מרגע לידתה. לנדס ופוזנר מציינים כי זה גם היה המשטר המשפטי על פי הדין בעבר. זאת ועוד, הרישום יהיה תקף לכמה שנים, שלאחריהן נדרש חידוש הרישום מדי תקופה. היה ולהגנה יהיה מבחינתם של הבעלים ערך כלכלי, הרי שהם יפנו בבקשה לחדש אותה. אם לא יעשו זאת, הם יוחזקו כמי שוויתרו על הגנתם. במקרים שכאלו היצירה תעבור לנחלת הכלל, והציבור כולו יוכל להשתמש בה.

עד כמה גבוה צריך להיות הערך הכלכלי של היצירה כדי שיצדיק את ההוצאות החברתיות הכרוכות בהארכת תקופת ההגנה על הזכות? על כך אפשר לשלוט באמצעות דמי הרישום. ככל שהנתונים האמפיריים יראו שההוצאות החברתיות במתן ההגנה גבוהות יותר, יהיה אפשר להגדיל את דמי הרישום ולהביא לכך שההארכה הנוספת תתבצע רק כאשר הבעלים יפיקו מכך תועלת כלכלית ניכרת. המודל מאפשר התערבות גם בנוגע לרוחבה של הזכות (הפיכתה לצרה יותר) ושימוש מסיבי יותר בהגנות, כגון שימוש הוגן, כדי להביא לאופטימום החברתי הראוי.

המודל שמציעים לנדס ופוזנר מעניין לא רק משום שהם מבקשים להאריך את הגנת זכויות היוצרים עד אינסוף, אלא גם בשל אופן ההנמקה. לגישתם, אחת ההצדקות להארכת ההגנה היא שבניגוד לתפיסה הקלסית של זכויות הקניין הרוחני, שלפיה התמריצים צריכים להיות מכוונים כולם ליוצר לפני מועד היצירה, יש לכוון חלק מן התמריצים גם לתקופה שלאחר יצירתה. ועל כך בהמשך הפרק.

שאלה נוספת שמתעוררת באשר למשך זמן ההגנה היא מדוע להתייחס ליצירות ולהמצאות בתחומים השונים התייחסות אחת. תקופת ההגנה משתנה מחבילה לחבילה, אך

אין כיום הבחנה בין המצאות שונות או יצירות שונות¹¹⁸ לעניין משך ההגנה במסגרתה של חבילה מסוימת. למשל, היינו יכולים לסבור כי אם הכוונה היא לתמרץ יוצרים, ומידת התמריץ הדרוש ליצירה משתנה ממודל אחד של יצירה למשנהו, ובעניינם פירטתי קודם לכן, הרי שתקופת ההגנה צריכה להיגזר מכמות התמריצים הנדרשת כדי להביא ליצירה המוגמרת. הנה שתי דוגמאות: האחת, נוגעת ליוצר הלא מסחרי, שלו די בתמריץ כלכלי קטן, אם בכלל, כדי לעודד אותו ליצור. במקרה שלו היה אפשר כנראה להסתפק בתקופת הגנה קצרה יותר, אם בכלל. הדוגמה האחרת היא מקרה שבו ההמצאה הופכת ל"להיט" ומניבה ליוצר רווח רב בהרבה מהשקעתו – האם במקרה זה אין מקום לקבוע תקופת הגנה קצרה יותר? אקס אנטה, טרם היצירה, היוצר אמנם ימצא בחוסר ודאות באשר למשך ההגנה, אך הוא ידע כי כל עוד לא החזיר לעצמו לפחות את עלויות ההשקעה, ההגנה המשפטית תישאר בתוקף. לכאורה, במודל שכזה היה אפשר לשלוט על מידת התמריץ הניתן ליוצרים או לממציאים, על פי האופי השונה של מודל היצירה ועל פי מידת ההצלחה הכלכלית הנדרשת כדי לספק אותו תמריץ. אם היצירה או הפטנט הופכים להיות "להיט", היוצר יקבל תקופת הגנה קצרה יותר, ולהפך. אפשרות אחרת היא לסווג את ההמצאות להמצאות "שוות יותר" והמצאות "שוות פחות". מכיוון שהחברה רוצה לעודד המצאות "שוות יותר", אפשר להעניק לאלו זמן הגנה ארוך יותר מאשר להמצאות רגילות, ובכך להגדיל את התמריצים להבאתן לעולם.¹¹⁹ מדוע אפוא מודל שכזה אינו קיים בשוק? אחד ההסברים להיעדר שוני בתקופות ההגנה במסגרת חבילה מסוימת טמון בעלות האדמיניסטרטיבית הכרוכה ביצירת הבחנות מסוג זה. מנגנון שכזה יחייב מרשם ובחינה אינדיווידואלית של כל יצירה או פטנט, מהי תקופת ההגנה, אם הזכויות בהם פקעו וכו'. הטענה היא כי עלות ניהול מכשיר שכזה, כמו גם עלות הבדיקה האינדיווידואלית לכל יצירה ויצירה, היא גבוהה ואינה מצדיקה משך הגנה משתנה. אולם הסבר זה רחוק מלשכנע. בעולם הטכנולוגי, הן הקמת מרשם (שממילא קיים לפטנטים) והן הבדיקה אם הזכות פקעה כרוכות בעלויות נמוכות יחסית. ההסבר רחוק מלשכנע גם ברמת עיצוב כללי בררת המחדל שמהם ניתן לחרוג. למשל, הבחירה בתקופת הגנה של חיי היוצר בתוספת שבעים שנים

118 למעט חריגים אחדים כגון הגנה על תרופות, יצירות שנוצרות על ידי המדינה וכדומה. בעניין זה ראו, למשל, סימן ב'1 לחוק הפטנטים, שכותרתו הארכת תקופת ההגנה, וכן סעיף 42 לחוק זכות יוצרים.

119 אגב, הדים להבחנה זו אפשר למצוא בתחום הפטנטים לעניין היקף ההגנה. הגישה היא כי פטנטים חדשניים (pioneer patents) זוכים מצד בתי המשפט ליחס מועדף הן בקביעת תוקף הפטנט והן בהיקף ההגנה. גם מבחינה נורמטיבית יש תומכים לעמדה זו. ראו בעניין זה למשל Ted Baker, *Pioneers in Technology: A Proposed System for Classifying and Rewarding Extraordinary Inventions*, 45 ARIZ. L. REV. 445 (2003).

בוודאי איננה מובנת מאליה, ואפשר לתהות מדוע משך ההגנה התגבש דווקא למספר זה, בפרט כאשר כפי שראינו השנים האחרונות אינן מוסיפות הרבה לשווייה העכשווי של הזכות מבחינת תמריצי היוצר אקס אנטה.¹²⁰

דומה שהסבר ממשי יותר טמון בהיעדר יכולת אמתית לשלוט על מערך התמריצים הראשוני של היוצר/ממציא כדי להביא לאופטימום החברתי. קיצור משך ההגנה ויצירת זמן הגנה משתנה לכל יצירה כדי להגיע לאופטימום דומים לניסיון לחשב את ההחזר הכספי הראוי להשקעה שבו עסקנו לעיל.¹²¹ יתר על כן, יש בו משום התערבות לא יעילה לא רק במודל הייצור אלא גם במודל השיווק של היצירה והפצתה לציבור. תמריצי היוצר או הממציא יתעוּתו אם ידע כי תקופת ההגנה מושפעת הן מזמן ה"ייצור" ומעלותו והן מכמות המכירות, דרך השיווק ועוד.

י. תמרוץ אקס אנטה לעומת תמרוץ אקס פוסט

אחד הנימוקים התומכים בתקופת הגנה ארוכה הוא נימוק של תמריצים אקס פוסט. עד נקודה זו עסקתי בתמריצים שהחברה מעוניינת להעניק ליוצר או לממציא אקס אנטה, כדי לעודדו ליצור ולהמציא, ובכך להתגבר על כשל השוק האינהרנטי המצוי בתחום הקניין הרוחני. אולם חלק מאנשי הניתוח הכלכלי העוסקים בתחום מצביעים על הצורך בהקניית זכויות קנייניות, לשם יצירת תמריצים, גם לאחר הולדתה של ההמצאה או היצירה. תמריצים אלו, שאותם אכנה תמריצים אקס פוסט,¹²² מכוונים לא לעצם יצירת הרעיון או המידע מלכתחילה אלא לשימושים מאוחרים בו ולפיתוחו על ידי היוצר באופן שישיא את היעילות הכלכלית. לדידם, הגנת הקניין הרוחני ניתנת גם כדי לעודד את היוצר להשקעה נוספת בשיפור ה"מוצר", תחזוקו ומסחורו.¹²³ הדגש כאן הוא בשימוש המאוחר, שכן ניהול יעיל של היצירה או הפטנט על ידי היוצר יביא למקסום התועלת החברתית. המרחק בין הצדקה זו לבין טיעון כי היוצר או הממציא של היצירה צריך לקבל (capture) את מלוא הערך של המידע שהביא לעולם כדי לפעול באופן יעיל לניהול עתידי זה, ועל כן זכותו בקניין הרוחני צריכה להיות ללא הגבלת זמן, הוא קצר. הטענה היא כי ללא הגנה אינסופית לא יהיו התמריצים לשימוש נכון ביצירה אופטימליים.

120 ראו לעיל הערה 108.

121 ראו תת פרק 1, לפרק זה.

122 Mark A. Lemley, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, U.

CHI. L. REV. 129 (2004) (להלן – *Ex Ante Versus Ex Post Justifications*).

123 שם, בעמ' 130; לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 230.

בעניין זה אפשר להביא כדוגמה הדפסות נוספות של מהדורות ישנות של ספרים אשר אזלו מהשוק. לנדס ופוזנר נותנים בספרם דוגמה של נובלה שנתגלתה שוב לאחר שנים רבות, לאחר שפקעו זכויות היוצרים בה, ועל כן הביקוש לה עולה. לגישתם, מכיוון ששום מפיץ לא יוכל לבסס זכות קניינית בנובלה, התמריץ של מוציאים לאור לפרסם את היצירה או לקדמה מחדש יהיה קטן ומתחת לאופטימום החברתי.¹²⁴ לדוגמה, אם מוציא לאור שוקל הוצאה מחודשת של חמש יצירות, אשר רק אחת מהן תהיה מוצלחת אך הוא אינו מסוגל לדעת מראש איזו, הוא עלול להחליט שלא לפרסם אף אחת מהיצירות מהחשש שהמתחרים ימתינו לראות איזו יצירה תהפוך להיות להיט, ידפיסו רק אותה, ובכך יחסכו מעצמם את ההוצאות הכרוכות בהדפסתן ובשיווקן של היצירות ה"כושלות".¹²⁵ מצב דברים זה יתמריץ את המוציא לאור להדפיס מחדש ולשווק רק יצירות שמבחינתו הן הימור בטוח. הטענה היא כי החברה תצא נפסדת, שכן מגוון קטן יותר של ספרים יבוא מחדש לאוויר העולם. דוגמה נוספת המובאת בהקשר זה היא של סרט שחור-לבן שפקעו בו זכויות היוצרים. חשבו על חברת סרטים, המעוניינת להפכו לעותק צבעוני, נקי משריטות ומלוטש – הליך שלוקח זמן רב וכורך בהשקעה רבה של משאבים. ייתכן, כך על פי הטענה,¹²⁶ שהעובדה שהסרט החדש יעלה את הביקוש לסרט המקורי, אשר יתחרה בו ויהיה אפשר להפיצו ללא הגבלה, יכשיל מראש את מיזם השיפוץ כולו, שכן יהפוך אותו, מבחינת חברת הסרטים ה"משפצת", ללא רווחי דיו. החיאה, שיפור וטיוב של הקלטות מוסיקליות ישנות סובלים מבעיות דומות, ואולי אף חמורות יותר בשל העלות המזערית הכרוכה בהעתקתן. דוגמאות אלו הן אחדות מני רבות. דוגמאות אחרות הן, למשל, שימור סרטים אשר כבר הופצו או שיווק המצאות לאחר פקיעת הזכות בהן בידיעה שהממציא לא יוכל להפיק את מלוא הרווחים משיווק שכזה. לוז הטיעון אפוא הוא בהכרה כי הצורך להשקיע בקניין רוחני לשם מקסום ערכו אינו תם עם יצירת היצירה או המצאת ההמצאה. השקעה נחוצה גם לאחר מכן, ועל המשפט לשמר, או לייצר, תמריצים להשקעות מאוחרות אלו.¹²⁷

טיעון זה כאמור, המובל על ידי לנדס ופוזנר, אינו מקובל על אנשי הניתוח הכלכלי כולם. דומה שראשון היוצאים נגדו הוא פרופסור מארק למלי. לגישתו, הטענה שגוף אחד (חברה [firm] או יוצר בשר ודם) ממוקם טוב יותר מהשוק כדי להביא לשימוש יעיל במשאב

124 שם, בעמ' 228.

125 שם. בעניין זה אפשר לטעון כי אם מוסיפים על כך, למשל, עלויות שכרוכות בצורך בעריכה מחודשת או בתרגום עדכני, הבעיה תחמיר עוד יותר. אמנם המתחרים לא יוכלו להעתיק את השינויים, שכן יהיה בכך משום יצירה נגזרת, אך לעתים די יהיה ביצירה המקורית כדי להתחרות בגרסה המעודכנת.

126 שם, בעמ' 229.

127 שם, בעמ' 230.

(למשל, רעיון או יצירה), סותר את הגישה הבסיסית של כלכלת שוק.¹²⁸ לדעתו, התחרות היא המניעה את השוק בכיוון היעיל, ואין בהיותה של היצירה מוגנת בזכות יוצרים או בפטנט שפקעו כדי לשנות מסקנה זו. בעניין זה הוא מביא כדוגמה את מהדקי הנייר. חברות ייצרו וימכרו מהדקי נייר שאינם מוגנים אם הן יכולות למכור אותם ביותר מעלות הייצור. לדעתו, ספרים ישנים אינם שונים ממהדקי נייר, אשר חסו גם הם בעבר בצל הגנת הפטנט. לאחר פקיעת זכויות הקניין הרוחני חברות רבות יכולות להתחרות על ייצור היצירה או המוצר, והן תעשינה זאת רק כל עוד עלות הייצור קטנה מהמחיר שאותו מוכן השוק לשלם. אמנם בשל גישה זו יצאו כמה יצרנים לא יעילים בסופו של דבר מהשוק, שכן עלות הייצור תהיה מבחינתם גבוהה מדי, אך על כך אין להצר אלא לשמוח. למלי מוסיף וגורס כי גם אם מאמינים שיש צורך בניהול טוב יותר של הזכויות, לא בטוח כלל שהיוצר הוא המנהל הטוב ביותר, שכן הוא בדרך כלל אינו עוסק בניהול בצורה קבועה. טענה זו מקבלת משנה תוקף בתחום של זכויות יוצרים, שכן בשל אורך תקופת ההגנה על הזכות היוצר עצמו ממילא לא ינהל את היצירות וישמרן אלא יורשיו, ולהם ודאי שאין לייחס יכולות יוצאות דופן לעשות כן. לכן, מציע למלי, במקום להאריך את תקופת ההגנה ליוצר תועמדת הזכויות על היצירה למכירה פומבית, אשר בה יזכה הגורם שיכול להפיק ממנה את מרב התועלת וידאג להעבירה הלאה לציבור.

למלי סבור כי יש מקום לתת תמריץ ליצירת היצירה, כדי לאפשר את הבאתה לעולם וכדי להתגבר על כשלי השוק הכרוכים בכך, אך לעומת זאת אין מקום למתן תמריץ נוסף ועצמאי לצורך הפצת היצירה והשימוש בה לאחר שכבר נוצרה. בשוק הספרים, כבכל תחום, מצויות חברות יעילות יותר ויעילות פחות, אך כל עוד יהיה ביקוש לספר הישן, ויימצאו אנשים אשר יהיו מוכנים לשלם את המחיר השולי של הדפסתו, תימצא חברה אשר תדפיס אותו. אם לא יהיה ביקוש לספר, הענקת זכויות לא תפתור את הבעיה, שכן היא רק תעלה את מחיר היצירה השולית, אשר בו ממילא הרוכשים אינם מוכנים לשאת.

ומה באשר לטיוב המוצר ולשיפורו – האם גם כאן אין צורך בזכויות בדיעבד? בהקשר זה מודה למלי כי אכן לשם שיפור היצירה, בדומה לייצור יצירה ראשונית, יש להעניק תמריצים באופן מלאכותי, שכן גם השיפור וגם הייצור הראשוני סובלים מבעיות דומות של כשל שוק בגין אפקט הטובין הציבורי. אולם מכך אין ללמוד שתמריץ זה צריך להיות מופנה דווקא כלפי יוצר היצירה הראשונית.¹²⁹ מדוע יש להעניק לו יתרון מלאכותי על פני כל יוצר או ממציא אחר אשר יכול לתרום לשיפור של היצירה? מתן תמריץ דווקא ליוצר עלול לפגוע בתמריצים לממציאים או ליוצרים אחרים. הטוען כי יוצרי היצירה הראשונית

128 Ex Ante Versus Ex Post Justifications, לעיל הערה 122, בעמ' 135.

129 שם, בעמ' 139.

ממוקמים טוב יותר מהשוק לשם עריכת מחקר, פיתוח ושיפור היצירה – הוא טיעון אמפירי אשר יש צורך להוכיחו. כל עוד לא הוכח הטיעון מבחינה אמפירית, ונכון להיום אין הוכחה שכזו, אין סיבה להניח כי הענקת הזכות דווקא ליוצר הראשוני תמקסם את היעילות הכלכלית. גם מבחינה תאורטית אין סיבה להניח כי היוצר נמצא בעמדה טובה יותר לפתח את היצירה, ויש לפתוח את ההזדמנות לפתחה לשוק כולו.

יא. ניהול אופטימלי של הזכות

טיעון זה, של הצורך בתמריצים בדיעבד, מתקשר לטיעון נוסף התומך בהארכת הגנת הקניין הרוחני, אשר גם הוא שנוי במחלוקת בקרב העוסקים בתחום. על פי הטיעון, אף על פי שלכאורה בדיני הקניין הרוחני לא מתקיימת הטרגדיה של המאגר המשותף, הרי שלמעשה גם בו היא מתקיימת, רק שהיא מקבלת צביון אחר. בתחום הקניין הרוחני החשש הוא שפקיעת ההגנה על היצירה תוביל לניצול-יתר של המידע. טענה זו מבוססת אף היא על העמדה שלפיה ההצדקה להגנת הקניין הרוחני אינה נובעת באופן בלעדי מהצורך ליצור תמריצים שיביאו את היוצר ליצירה או להמצאה הראשונית אלא גם מצורך מאוחר יותר, לשמר את השימוש היעיל במידע ולהישמר מבעיית הניצול ביתר.

לנדס ופוזנר, אשר מובילים גם טיעון זה, סבורים כי יצירות בנות הגנה צריכות להיות בבעלות פרטית ולא בנחלת הכלל, כדי לייצר מערכת תמריצים יעילה לניצול שאינו ביתר.¹³⁰ וכיצד אפשר להסביר ניצול-יתר של מידע? הרי בניגוד לעשב השדה, צריכת המידע על ידי האחד איננה מונעת את צריכתו על ידי האחר. אמחיש נקודה זו באמצעות דוגמה: נניח שדמותו של מיקי מאוס לא הייתה מוגנת בזכות יוצרים. על פי הטענה, הציבור כולו היה עושה בדמותו שימוש נרחב. היינו רואים את דמותו של מיקי מאוס על כל מוצר, ספר, שלט פרסומת וכדומה. יתר על כן, חלק מההקשרים שבהם היה נעשה שימוש בדמות היה ודאי תואם את השימוש המקורי, היינו שימושים לילדים, אך בהחלט ייתכן שחלק מהשימושים היו שונים, ובהם צעצועים וסרטים למבוגרים בלבד. הטענה היא כי שימוש מסיבי זה, על שני סוגיו, היה ממאיס את דמותו של מיקי מאוס בעיני הכול או לפחות מוריד הרבה מערכה של הדמות בעיני הציבור. מלבד זאת השימושים הסותרים היו יכולים להפחית את הערך של השימושים המקוריים, המופנים לילדים בלבד. במובן זה המשאב שבא לידי ביטוי בדמותו של מיקי מאוס היה "מתכלה" והיה נעשה בו שימוש שאינו אופטימלי. שימוש-יתר במשאב מקבל במסגרת הקניין הרוחני, כך על פי הטענה, ממד אחר,

130 לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 14, 213; Ex Ante Versus Ex Post Justifications, לעיל הערה 122, בעמ' 142.

שכן אין בו כדי להעלים את המשאב מהעולם, בדומה לקניין הרגיל, אלא כדי להוריד את ערכו בעיני הציבור עד כי לא ירצה עוד לראותו. הפקדתו של המשאב – במקרה שלנו מיקי מאוס – בידי בעלים תביא לניהול יעיל של דמותו. חברת דיסני פועלת בדיוק בדרך זו. היא שולטת היום על הדמות באופן שמשמר את ערכה בעיני הציבור ולא ממאיס אותה עליו. היא עושה זאת באמצעות מספר הרישיונות שהיא מעניקה לעשיית שימוש בדמות, המחיר שהיא גובה בגינם, סוג השימושים שהיא מאפשרת ובחירה נכונה של חשיפת הדמות לאורך זמן.¹³¹ על כן גם כאן הטיעון הוא כי הגנת הקניין הרוחני לא נועדה רק לעודד יצירה והפצה של מידע אלא גם לדכא ביעילות שימוש ביתר.¹³²

בעמדה דומה מחזיקים הכלכלנים סטן ליבוביץ וסטפן מרגוליס.¹³³ השניים מצטרפים לחשש מפני ניצול לא אופטימלי של המשאב ומסכימים עם הצורך לאפשר לבעלי הזכות לקבוע את השימושים המותרים בו כדי להביא לניצולו האופטימלי. הדוגמה שהם מציעים היא של סרט הילדים "גריניץ", שיצא לאקרנים בשנת 2000 ועלותו 125 מיליון דולר. השאלה שהם מציגים היא מה היה קורה להכנסות של הסרט לו גם אנשים אחרים היו יכולים להשתמש בדמות, למשל בסרטים פורנוגרפיים או בפרסומת לסיגריות, מיד עם יציאת הסרט לאוויר העולם. תזרים המזומנים היה נפגע מאוד, שכן השימוש העיקרי שלשמו נוצרה הדמות היה נפגע. לגישתם, דיני זכויות יוצרים אמורים להביא בחשבון את ההגבלות מעלות הערך שיטיל בעל הזכות על השימוש ביצירה, הגבלות שרק הוא, כבעל הזכות, שרואה את התמונה הכללית מהשימושים, יטיל לעומת שוק תחרותי, שיביא לשחיקתם.¹³⁴ ליבוביץ ומרגוליס מחברים טיעון זה של שליטה בדיעבד גם לתמריצים אקס אנטה. לדבריהם, הידיעה ששימושים פוגעים שכאלו יתאפשרו עלולה להשפיע על היוצרים אקס אנטה לוותר על המיזם או על סוג מסוים של מיזמים. מרגוליס וליבוביץ מאזכרים בהקשר זה גם דוגמאות של אפקט רשת שלילי, שגם מהן יהיה אפשר להימנע אם השליטה במשאב תופקד בידי אדם אחד. האפקטים המוזכרים הם אפקט הסנוב ואפקט ובלן.¹³⁵ אפקט הסנוב נוצר כאשר הלקוחות מפיקים תועלת גדולה יותר מכך שמספר המשתמשים במוצר קטן יותר. אפקט ובלן מתרחש במצב שבו הלקוחות מפיקים תועלת נוספת מהמוצר ככל שמחיר השוק

131 הדוגמאות הקלסיות שמביאים במקרים אלו הן לאו דווקא מתחום זכויות היוצרים אלא מתחום סימני המסחר, באופן שבו שימוש-יתר בסימן מסחר ממאיס אותו על הציבור, ושימוש-יתר בדמותו של ידוען, למשל בפרסום, יוריד את ערכה של דמותו עד שלא ירצו עוד להשתמש בה. ראו לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 222-231.

132 Ex Ante Versus Ex Post Justifications, לעיל הערה 122, בעמ' 142.

133 ליבוביץ ומרגוליס, לעיל הערה 114.

134 ראו גם בעניין זה Hansmann & Santilli, לעיל הערה 16.

135 ליבוביץ ומרגוליס, לעיל הערה 114, בעמ' 449, בהערה 26.

שלו עולה. שני האפקטים הללו פועלים באותו כיוון. ככל שאנשים רבים יותר ישתמשו ביצירה וככל שהמחיר שלה יהיה נמוך יותר, התועלת לאלו שעושים בה שימוש תהיה קטנה יותר, בניגוד לאפקט הרשת המקובל, שבו התועלת עולה ככל שמספר המשתמשים גדול יותר. כדי להסביר נקודה זו אשתמש בדוגמה של יצירות ארכיטקטוניות המוגנות בזכויות יוצרים (או עיצוב של מוצר כגון שמלה). ככל שמספר האנשים שמשתמש ביצירה גדול יותר, כך הערך לאלו שהשתמשו ביצירה יהיה קטן יותר, שכן "לכולם יש את אותו דבר". בעלי הבתים אינם רוצים שביתם ייראה בדיוק כמו יתר הבתים באותה שכונה. לכאורה התחשבות באפקטים אלה יכולה להיתפס כבעייתית, שכן היא בודקת את התועלת למשתמשים אך לא את מספרם.¹³⁶ אולם הפקדת ניצול הזכויות בידי גורם אחד תאפשר לו לשלוט על כמות ההרשאות והשימושים בזכויות באופן שיביא למקסום התועלת הכללית – זו שצומחת מהרישיונות החדשים שיינתנו אך גם זו המופקת מהרישיונות שכבר ניתנו.¹³⁷ בדומה לדיון הקודם, גם כאן עומדת נגד לנדס ופוזנר רשימה ארוכה של מתנגדים, ובהם פרופסור למלי. לגישתו, הענקת זכויות במידע אמנם מפחיתה את השימוש במידע ואת הפצתו בהתייחס לאלטרנטיבה של שוק חופשי, אך השאלה היא אם חכם לעשות כן, ואם יש בגישה זו היגיון כלכלי. למלי דבק בעמדה שלפיה אין טעם להגביל את השימוש במידע כאשר אין קיימת בעיית טובין ציבורי. לטענתו, הרעיון של צריכה מוגברת של המידע נובע מחוסר הבנה בסיסי של טיבו של מידע. מידע אי אפשר לכלות, ועל כן הגישה שלפיה שימושי יותר במידע יכלה אותו מתעלמת ממושכלות יסוד בכלכלה. אכן, בהיעדר זכויות, אנשים ישתמשו במידע עד שהתועלת השולית של שימוש נוסף בו תהיה אפס, אולם השאלה היא מה רע בכך. זהו בדיוק המודל של שוק תחרותי שבו תחרות משוכללת, ועוד ועוד יצרנים בו ייצרו את המוצר עד שהמחיר ינוע למחיר הייצור השולי. בהקשר של מידע, כאשר מחיר הייצור השולי הוא אפס (ההנחה היא כי המידע כבר קיים), הרי שיעשו בו עוד ועוד שימושים, עד שהתועלת מהשימוש הנוסף תהיה אפס. אכן, מתן זכויות בעלות ליוצר יגרום לו להגביל את השימוש במידע ולשלוט על השימושים בו, ואף יעלה את מחיר המידע ביחס לשוק תחרותי באופן שישא את רווחיו של הבעלים, אך הציבור לא ירוויח מכך אלא

136 נניח שיש 100 צרכנים שמשתמשים ביצירה. לכל אחד תועלת של 10. אם מספרם יגדל פי שניים, לכל אחד תהיה תועלת של 8. אמנם התועלת של כל אחד מן המשתמשים יורדת, אך עדיין התועלת המצרפית תעלה מ-1000 ל-1600.

137 זאת מתוך הנחה שמדובר במשחק חוזר שבו המוניתין משחק תפקיד חשוב או שלקוחות צופים את מהלך הדברים מראש ויכולים לחייב את בעל הזכות למספר מסוים של העתקים. אפשרות נוספת היא שבעל הזכות לוקח על עצמו מחויבות זו מלכתחילה – למשל סדרה מוגבלת של תדפיסים בחתימתו. עצם הידיעה כי הסדרה מוגבלת תעלה את האטרקטיביות של הסדרה בעיני הרוכשים הפוטנציאליים וגם את מחיר השוק שלה כמתבקש.

יצא נפסד, שכן הדבר ימנע מצדדים שלישיים לצרוך מידע זה באופן מלאכותי. הכלכלה מוכנה לקבל עיוותים מעין אלו בתחום הקניין הרוחני רק אם מתקבלת בעדם תמורה הולמת. זו קיימת כאשר המגבלות מוטלות כדי לעודד את היצירה הראשונית אך לא לשם הגבלת הפצת המידע והשימוש בו משעה שכבר נוצר.¹³⁸ ה-*supracompetitive return* אינה מצויה בכסף שנגבה בגין השימוש על ידי הבעלים אלא נוצרת במישרין מעודף הצרכן.

למלי תוקף גם את הטענה של לנדס ופוזנר כי שימוש פוגעני לכאורה במידע עלול לפגוע בערך היצירה בעיני הציבור כולו, להקטין את הביקוש ביחס לכל היצירות המבוססות על היצירה המקורית ולהפחית מערכן. לגישתו, הטיעון שלפיו אם הדמות של ברבי תוצג ככוכבת פורנו ייפגע הביקוש הכללי לברבי במשמעות הרגילה, התמימה שלה, אינו משכנע. מכל מקום, גם אם תופעה זו קיימת, הרי שהיא מתייחסת רק ליצירות מפורסמות מאוד אשר הפכו לאייקון תרבותי, וודאי שאינו יכול לשמש הצדקה כללית שתחול על תחום הקניין הרוחני כולו. בנוסף, יש ערך במתן הרשאה לאנשים לבקר ולעוות אייקונים תרבותיים. ממילא יש לבעיה נטייה לרסן את עצמה – אם הרוב מעדיפים את ברבי כמשחק לילדות, הרי שהשוק לברבי שחקנית הפורנו יהיה קטן וזניח, וכך גם ההיצע. הירידה בערך השימוש המקורי היא ניכרת בעיקר במקרים שיש ביקוש לשימוש האלטרנטיבי, אך גם אז להגבלת הביקוש יש עלות חברתית שיש להביאה בחשבון. כך, אם יש ביקוש ל-*wind done gone*, יצירה שמציגה את הסיפור של "חלף עם הרוח" מנקודת מבטם של העבדים, הרי שאיסור על יצירה נגזרת שכזו ידכא את הציבור שמבקש גישה למידע זה ואשר מפיק תועלת מהשימוש בו. אבדן תועלת זה יש להביא בחשבון ולקזוז כנגד "הפגיעה" ביצירה המקורית. באופן דומה יש לקזוז את הפגיעה בחופש הביטוי.

סיכום ביניים

מהדברים שתוארו לעיל עולה כי יצירת המחסור בתחומי הקניין הרוחני נובעת בעיקר משיקולים של יעילות דינמית. מתן זכויות הקניין הרוחני ויצירת המחסור המלאכותי מאפשרים ליוצרים להחזיר לעצמם את ההשקעה הראשונית ביצירה באמצעות הצבת תג מחיר גבוה מעלות הייצור השולית של כל יחידה נוספת (שהוא, כאמור, סכום נמוך מאוד ולעתים הוא אפס). המערכת המשפטית שמאפשרת ליוצר לעשות כן מעניקה לו תמריצים להיכנס למיזמים שונים המביאים להעשרת הידע החברתי. במובן זה הגנת הקניין הרוחני מאפשרת לפזר את עלויות ההשקעה הראשונית ביצירה על פני אנשים ולאורך זמן. מתן רישיונות שימוש למשך תקופה ארוכה מאפשר ליוצר לפרוס את עלות ההשקעה הראשונית על פני קבוצה גדולה של צרכנים, בשימושים שונים ומגוונים, בשווקים שונים, לאורך כל

138 Ex Ante Versus Ex Post Justifications, לעיל הערה 122, בעמ' 144.

תקופת חיי הזכות. אולם העשרה זו של הידע החברתי לא באה ללא תג מחיר. מחיר זה צריך להיות מובא בחשבון במסגרת מאזן היעילות הכללי ולהשפיע על עיצוב הזכויות. במחיר זה אעבור לדון כעת.

יב. העלויות הכרוכות בשיטת הקניין הרוחני

את העלויות הכרוכות בהגנת הקניין הרוחני אפשר לחלק לכמה סוגים: סוג אחד הוא עלויות "הכרחיות" שנובעות מהמודל הנוכחי של הקניין הרוחני, מאופי ההגנה ומההבדל שבין היעילות הסטטית לדינמית. את העלויות ההכרחיות אפשר לחלק לעלויות מהותיות ולעלויות אדמיניסטרטיביות. סוג אחר של עלויות הוא כאלו שאינן מתחייבות מאופי השיטה אלא מיישום לא נכון של עקרונות דיני הקניין הרוחני באמצעות חוקים שאינם משקפים את האופטימום החברתי, או החלטות שיפוטיות/מנהליות שמעוותות את הדרך להשאת התועלת. אפשר גם לערוך הבחנה בין עלויות שקיימות בהגנה על הקניין הרוחני בכלל לבין עלויות שקיימות בתחום מסוים בלבד. בעמודים הבאים אפרט מה הן העלויות הכלליות הכרוכות בשיטה ואתן כמה דוגמאות לעלויות שאינן מתחייבות מן השיטה, אך לפי שעה הן חלק מן המערכת.

1. הפער שבין התועלת החברתית לתועלת האישית – הצורך להיות ראשון

עלות זו היא אחת הבולטות בתחום הקניין הרוחני. היא מאפיינת בעיקר את תחום הפטנטים, שבו בעל הזכות מקבל מידי המדינה אפשרות להדיר לחלוטין את הבאים אחריו משימוש ביצירה, אך היא חלה גם, בשינויים המחויבים, על תחומים אחרים במסגרת הקניין הרוחני.¹³⁹ הבעיה היסודית נובעת מכך שבמשטר של קניין רוחני בכלל ושל דיני פטנטים בפרט התגמול שהמציא מקבל בגין המצאתו אינו זהה בהכרח לתועלת החברתית המופקת ממנה. ראו את הדוגמה הזאת: רחל ממציא את המגב הראשון לרכב. אפשר לראות את המצאתה כתרומה ניכרת לחברה, שבגינה עליה לקבל גמול. אולם למעשה סביר להניח שאילו לא הייתה רחל חושבת על המגב היום, לוי היה חושב עליו מחר. במונח זה התועלת החברתית שצומחת מן ההמצאה מוגבלת לכך שההמצאה הומצאה היום ולא בעוד תקופה מסוימת. אם אותו רעיון היה צומח במוחו של אדם אחר, בשלב מאוחר יותר, הרי שהתועלת

139 תופעה זו קיימת, אם כי במידה פחותה, גם באשר למדגמים, זכויות יוצרים, פיתוח מעגלים משולבים, זני צמחים חדשים ועוד.

היא רק בהקדמת הרעיון.¹⁴⁰ אפשר להציג את הדברים גם באופן שונה מעט. נניח ששבעה אנשים ממציאים אותה המצאה בזמנית. תחרות ביניהם הייתה גורמת לכל אחד מהם להסתפק בתשואה קטנה יותר על המצאתו. בדומה לכך, אם ממציא אחד חושב על ההמצאה ביום ראשון, ממציא שני ביום שני, שלישי בשלישי וכן הלאה – אם היה אפשר לערוך התמחרות ביניהם, היא הייתה מורידה את המחיר שאותו היו מבקשים. התועלת החברתית השולית שצומחת לחברה מהממציא שהמציא ביום הראשון היא שההמצאה הומצאה יום אחד לפני המצאתו של השני, יומיים לפני השלישי וכן הלאה. אולם לפי דיני הפטנטים, רק הראשון מבין הממציאים יקבל את כל הזכויות בהמצאה, אף על פי שתרומו לחברה הייתה קטנה – הקדמת ההמצאה בכמה ימים.

אם כן, זכויות הקניין הרוחני, ובמיוחד הגנת הפטנט, אינן מתגמלות את הממציא תגמול מדויק בגין התועלת שנובעת מהמצאתו לחברה. החברה מעניקה את ההגנה הקניינית לממציא הראשון, ובכך מקנה לו את הערך המלא שנובע מן ההמצאה, שיכול להיות גדול מתרומו השולית האמתית לרווחה המצרפית.¹⁴¹ ההצדקה הכלכלית למתן מלוא ההטבות לממציא הראשון היא שהן מהוות קירוב לתועלת החברתית שהחברה הפיקה מן ההמצאה.¹⁴² אולם מדובר בקירוב לא מדויק בעליל.¹⁴³ אם נראה בפטנט מעין חוזה בין הממציא לחברה, הרי שהחברה מקבלת מידע ואפשרות להשתמש בהמצאה בתמורה לזכויות שהיא מעניקה לממציא. אבל אם אחר היה יכול לספק את הטובין בעלות זולה יותר, הרי שאין סיבה לשלם את המחיר המלא של הזכויות לממציא הראשון.

הידיעה כי זה המצב מטילה על החוקרים והמפתחים נטל כבד – חשוב להיות הממציא הראשון, שכן הראשון זוכה בקופה כולה. The winner takes it all ואין פרסי ניחומים. השקעה יתרה במשאבי פיתוח לצורך הגעה ראשונים אל קו המטרה, לשם קבלת פטנט (או זכות אחרת), מביאה פעמים רבות לבזבוז רב של משאבים, ועל כן היא, בהגדרה, שיטה שקיים בה ניצול לא נכון שלהם. הבזבוז נגרם גם בשל השקעה דומה של משאבים על ידי מפתחים שונים המנסים להגיע לקו הגמר, וגם בפיתוח המשאבים מעבר לנדרש כדי להיות ראשונים (סוג של rent seeking).¹⁴⁴ תופעה זו אמנם אינה ייחודית לתחום הקניין הרוחני, אך היא מחריפה בהקשרים אלו לאור ה"פרס" הגדול שניתן לממציא הראשון, היעדר "פרסי

140 סטגיליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 1707.

141 שם, בעמ' 1707-1708.

142 שם.

143 שם.

144 התחרות איננה מתקיימת בשוק ההמצאות עצמו אלא על קבלת הפטנט. במילים אחרות, המשאבים של המתמודדים בתחרות מופנים לצורך ניצחון בתחרות רישום הפטנט ולא בהכרח בפיתוח המצאה חדשה.

ניחומים" וריבוי ה"פרסים" לחלוקה כחלק אינהרנטי מן השיטה.¹⁴⁵ דוגמה טובה לבזבוז שכזה אפשר לראות במיזם השאפתני של גילוי הגנום האנושי. שאלה אחת, שנענתה בטעות בחיוב, ולאחר מכן ניסו לתקן את הטעות, היא אם בכלל אפשר להגן על גילוי הרצפים של הגן האנושי בפטנט. במילים אחרות, האם יש בתהליך זה תרומה חברתית מספקת, להבדיל מגילוי דבר קיים, אשר מצדיקה מתן הגנה תוך נשיאה בהוצאות החברתיות הכבדות הכרוכות בה.¹⁴⁶ אולם נניח לרגע שאלה זו בצד. הנקודה שעליה אני מבקש להצביע היא ההשקעה העצומה במיזם שנעשתה בד בבד על ידי כמה חברות כדי להיות הראשונות שיגלו את הרצפים של הגנים. בגין כל רצף משמעותי שהתגלה הוגשה בקשת פטנט, והמירוץ המטורף, עד למיפוי הגנום המלא, גרר השקעות עצומות של משאבים אשר לא הייתה כל הצדקה כלכלית להשקעתן, ודאי שלא בד בבד. הדבר אירע משום שעל דוכן המנצחים היה מקום ל"מנצח" אחד בלבד בגין כל רצף שהתגלה.

2. הקצאת זכויות הקניין הרוחני ביחידות תת-אופטימליות

הדוגמה דלעיל טובה גם להמחשת העלויות הנוספות שנובעות מהפער שבין התועלת הפרטית לזו הציבורית. על בעיה זו עמדו לראשונה, בהקשר של קניין רוחני, הפרופסורים מייקל הלר ורבקה איזנברג.¹⁴⁷ הם כינו אותה בשם "The Tragedy of the Anticommons".¹⁴⁸ להבדיל מהטרגדיה של המאגר המשותף, שכפי שראינו מקורה בהיות הבעלות בנכס בידי הכלל, ופתרונה הוא בהקצאת הזכויות לידי בעלות פרטית, הטרגדיה שעליה הצביעו הלר ואיזנברג – הטרגדיה של המאגר המפוצל – נובעת מבעיית ראי: הקצאת יתר של זכויות, ובעיקר חלקי זכויות, לבעלות פרטית. וליתר דיוק, הבעיה נוצרת מכך שלבעלים הפרטיים יש פעמים רבות אינטרס מובהק לחלק את הנכס או את הזכות

145 אפשר לדמותה למירוץ אחר אוצר אבוד השקוע במעמקי הים. את האוצר מחפשים כמה אנשים בידיעה כי רק הראשון יזכה באוצר כולו. כלל כזה בעייתי, שכן הוא יגרום לכמה אנשים בד בבד להוציא הוצאות לצורך החיפוש. לא זו אף זו, כל אחד מהם, ברצותו להיות הראשון, ישקיע רבות בפיתוח אמצעים יקרים להיות ראשון – אמצעים אשר אין כל צורך כלכלי בהם מבחינת החברה, שכן אין בהם יתרון אמתי מבחינת מציאת האוצר, וכל יתרונו נובע מהרצון להקדים בזמן את האחרים – למשל, סירה מהירה יותר, בעלת מנוע חזק יותר, הצורכת דלק רב יותר וכו'. ראו למשל לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 16-17.

146 דיון בעניין זה ראו למשל ב-Rebecca S. Eisenberg, *Patenting the Human Genome*, 39 EMORY. L. J. 721,728 (1990).

147 Michael A. Heller and Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 SCI. MAG. 698 (1998) (להלן – הלר ואיזנברג).

148 שם, בעמ' 698.

שבידיו לתת-נכסים או לתת-זכויות ולקבל בעלות נפרדת בכל אחד מהם. בכך הוא יוכל להשיא את תועלתו הפרטית, שכן כל תת-זכות או תת-נכס יינתנו למסחור ולמכירה בנפרד. גמישות זו, לצד עקרון התמורה השולית הפוחתת,¹⁴⁹ תביא לכך שלבעלים או למבקש הזכות הפרטית יהיה תמריץ לחלקה למספר רב של חלקים ולמכור אותם או לתת רישיון לשימוש בכל אחד מהם בנפרד.¹⁵⁰ ומה רע בכך? הבעיה איננה בעצם הפיצול אלא בשלב שבו מבקשים להשתמש בכמה תת-חלקים או תת-זכויות גם יחד.¹⁵¹ הקצאת שברי זכויות לבעלים שונים תגרור הוצאות ניכרות בשלב שבו יבקשו הם או מישהו אחר לאגד שברים אלו או לאחותם ולהשתמש בהם ביעילות מבחינה חברתית. הוצאות העסקה הכרוכות באיגוד מחדש של שברי הזכות לזכות בת שימוש ומימושה על ידי צד שלישי עלולות פעמים רבות למנוע שימוש יעיל שכזה, וכך החברה תצא נפסדת. הסיבה, כאמור, נובעת מכך שהמבקש לחלק את הזכות מחציץ את עלויות חיבורה לצדדים שלישיים, ומכיוון שכך, אינו מביא בחשבון בעת חלוקתה. לאחר מכן, בעת הניסיון לאיחוי, נוצרת תקלה ונמנע שימוש יעיל.¹⁵²

149 חשבו בעניין זה, למשל, על פיצול דירה בת חמישה חדרים לחמש דירות בנות חדר. התועלת השולית המופקת מחמש דירות בנות חדר תהיה גדולה מזו שתהיה מדירה בת חמישה חדרים. התועלת המרבית תופק מהחדר האחד והתועלת המופקת מכל חדר נוסף לא תשתווה לתועלת המופקת מחדר זה.

150 החלוקה לשברי זכויות יכולה להיעשות בכמה אופנים: אפשר לחלק את הזכות מבחינת היקפה המהותי. כפי שיפורט בדוגמת מיום מיפוי הגנום האנושי להלן, הממציא, במקום לקבל פטנט על גן שלם, יעדיף לקבל פטנט על חלקיו. היתרון של מבקש פטנט שכזה הוא שהוא מבטיח את זכויותיו על מקטע מסוים שלגביו הוא מגיש את הבקשה ראשון, כי אם ימתין לאחרים יחמיץ את הרכבת. הבעיה היא כמובן שלצורך שימוש בחלקיו השונים של הגן יצטרך מפתח תרופות עתידי לערוך משא ומתן עם כמה בעלי פטנטים שונים. חלוקת הזכויות יכולה להיעשות גם מבחינה טריטוריאלית. למשל, בעל זכות יוצרים יכול לפצל את זכויותיו ולתת זכות שימוש בלעדית ביצירה באזור אחד לראובן ובאזור אחר לשמעון וכן הלאה. לוי, שירצה להפיק סרט ולהפיצו ברחבי הארץ, יצטרך לקבל אישור מכל אחד מבעלי הזכויות הטריטוריאליות. חלוקה שלישית יכולה לגעת בפיצול הזכויות הבודדות שמרכיבות את אגד זכויות הקניין הרוחני. אגד זכויות היוצרים, למשל, מאגד מספר רב של זכויות: הזכות להעתיק, ליצור יצירה נגזרת, להשמיע את היצירה בפומבי ועוד. בעל הזכות יכול לפצל אגד זכויות זה באופן שכל תת-זכות תועבר לידיים של גורם אחר. יוצר מאוחר, שירצה לעשות שימוש באגד כולו, יצטרך לדון עם כל אחד מהבעלים הנפרדים בתת-הזכויות על השימוש בזכות שבבעלותו.

151 הלר ואייזנברג, לעיל הערה 147, בעמ' 698.

152 יש שיטענו שבקניין הרוחני התקלה חמורה בהרבה מהקניין המוחשי גם מהסיבה שהפרגמנטציה של העברת הזכויות יוצרת חפיפות חלקיות בין חלקי הזכות שהועברו, ולכן כדי לנצל למשל רק חלק מהחלקים עדיין לא ברור אם צריך לקבל רישיון מבעלי חלקים אחרים. לדוגמה: אם מכרתי את זכות ההעתקה ביצירה לרחל ואת זכות הגזירה ללאה – בשל

אפשר להמחיש נקודה זו באמצעות דוגמת רצפי ה-DNA:¹⁵³ הניחו לרגע שעל מקטע אחד של DNA נרשמו עשרה פטנטים. כל פטנט נרשם על רצף אחד מתוך המקטע. הפטנט נרשם לזכות הראשון שגילה אותו, דהיינו על שם אחת החברות שהשתתפו במיזם מיפוי הגנום. בשל הרצון להיות ראשון כל פיסת מידע בת הגנה נרשמה מיד וקיבלה הגנת פטנט ייחודית. כעת יש צורך בפיתוח של תרופה חדשה. האופן שבו פועלת התרופה הוא כזה שהיא צריכה לפעול על המקטע של ה-DNA כולו. כדי לקבל אישור להשתמש ברצף של המקטע כולו על המבקש לפנות לכמה בעלים, אשר לכל אחד מהם יהיה תמריץ למקסם את רווחיו ממתן הרישיון, או במילים אחרות – לסחוט את האחרים. סיטואציה שכזו מאופיינת בהוצאות עסקה גבוהות, ועל כן הסיכוי שתצא אל הפועל נמוך בהרבה ממקרה שבו הבעלות במקטע כולו תהיה בידי אדם אחד. במקרה דנן הטרגדיה של המאגר המפוצל נולדה משיתוף בין שני גורמים: החברות הממפות, אשר רצו להשיא את האינטרס האישי שלהן תוך הגשת בקשת פטנט על כל רצף קטן, ורשם הפטנטים (האמריקני), אשר ניאות לחלק את המקטע לרצפים קטנים מדי. לולא נעתר לכך,¹⁵⁴ היו החברות פועלות להשיג את מלוא המידע של המקטע ולרשום פטנט על המקטע כולו. במצב שכזה הטרגדיה של המאגר המפוצל הייתה נמנעת.¹⁵⁵

3. מתן זכות בלעדית – עלות ההזדה – הנטל העודף (Deadweight Loss)

שאלת העלויות הכרוכות במתן הגנת הקניין הרוחני מחייבת דיון בשאלה מה באמת נותן אותו פרס המגולם בזכות לקניין רוחני, ומדוע פרס זה, בהגדרתו ובמנותק מההשקעות שהושקעו בהשגתו, גורר עמו עלות חברתית. לצורך פישוט הדיון בהקשר זה, אתמקד בזכות הפטנט, אשר מייצגת באופן הטוב ביותר את המחיר החברתי שכרוך במתן ההגנה. עם זאת הדברים נכונים גם, בשינויים המחויבים, לזכויות אחרות.¹⁵⁶ זכות הפטנט אינה זכות להשתמש בהמצאה;¹⁵⁷ היא זכות להדיר אנשים אחרים משימוש בה. לדוגמה, החוק

החפיפה בתוכן הזכויות, כדי לנצל את היצירה, קרוב לוודאי, שיהיה צורך לקבל רשות גם מרחל וגם מלאה.

153 ראו הלר ואייזנברג, לעיל הערה 147.

154 או לחלופין, אם היה קובע כי המיפוי כולו אינו בגדר המצאה כשירת פטנט.

155 אף על פי שיתכן כי בסיטואציה כגון זו היו נוצרות עלויות מיותרות אחרות שנובעות משילובן של ההשקעות שנעשות בד בבד על ידי המתחרים השונים והצורך להיות ראשונים בהשגת הפטנט הרחב יותר.

156 כן הם נכונים לזכות היוצרים, הגנה על מדגמים, הגנה על זני מטפחים ועוד.

157 הזכות להשתמש בהמצאה תלויה במצב המשפטי ובפטנטים קודמים. למשל, אם פיתחתי פטנט אחר בהמצאה חדשה, איני יכול להשתמש בהמצאתי תוך הפרת הפטנט האחר ועליי לקבל את אישורו של בעל הפטנט לצורך השימוש. בעניין זה ראו למשל את סעיף 49(ב) לחוק

הישראלי קובע כי "בעל הפטנט זכאי למנוע כל אדם זולתו מלנצל בלי רשותו או שלא כדין את האמצאה שניתן עליה פטנט..."¹⁵⁸ כלומר, ה"פרס" שנופל לידיו של בעל הפטנט הוא נגטיבי – הוא אינו מאפשר לממציא להשתמש בהמצאתו שעליה שקד ושאותה פיתח אלא מקנה לו את היכולת לשלול את השימוש מאחרים. למעשה, בררת המחדל שמציג המשפט היא שבעל הפטנט שולל את השימוש מכולם אלא אם ישלמו לו סכום שיניח את דעתו, לפי השימוש הספציפי שיעשו בהמצאתו.¹⁵⁹ מכיוון שבעל הפטנט הוא היחיד בעולם שיכול לתת רשות להשתמש בהמצאה, ומכיוון שעל זכות זו מוטלים סייגים מצומצמים בלבד, אשר חלים במקרים חריגים,¹⁶⁰ נהוג לומר כי הגנת הקניין הרוחני מעניקה לממציא כוח מונופוליסטי, אשר באמצעותו הוא יכול לשלוט על המחיר או על כמות השימושים בהמצאה.

אמירה זו בדבר הכוח המונופוליסטי של הגנת הקניין הרוחני אינה מדויקת בכמה מגזרים של הקניין הרוחני, מכמה טעמים: ראשית, יש לדייק בעניין מהות הזכות – במסגרת דיני הקניין הרוחני קיימים תחומים שונים שבהם טיב הזכויות אינו כזה אשר מעניק ליוצר כוח לשלול לחלוטין את השימוש ביצירה מאחרים אלא רק לשלול מהם סוג מסוים של שימושים, דוגמת העתקה. למשל, בתחום זכויות יוצרים יצירה עצמאית, מאוחרת, תזכה את יוצרה בהגנה מלאה מפני הפרה, ועל כן היא בבחינת שימוש לגיטימי לכל דבר ועניין. כמה יוצרים יכולים ליצור בדיוק אותה יצירה, ולכל אחד מהם תהיינה זכויות בה. כל אחד מהם גם יוכל לתת לאחרים רשות להשתמש ביצירתו, וברמת העיקרון יכול להיווצר שוק תחרותי.

הפטנטים, אשר קובע כי "אין במתן הפטנט משום מתן רשות לנצל אמצאה ניצול שלא כדין או בדרך שיש בה משום הפרת זכויות קיימות על פי כל דין".

158 הסיפה לסעיף 49(א) לחוק הפטנטים מוסיף את הדרכים שבהן תתרחש הפרה שכזו ("... בין בדרך המוגדרת בתביעות ובין בדרך הדומה לכך שיש בה, לנוכח המוגדר באותן התביעות, עיקר האמצאה שהוא נושא הפטנט").

159 למעט חריגים מסוימים דוגמת ה-shop rights. למשל, בארצות הברית, כאשר עובד ממציא פטנט במסגרת עבודתו, באמצעות שימוש בצידו של המעביד או תוך שימוש במשאביו הכספיים, הרי שגם אם לא העביר את זכויותיו בפטנט למעביד, בית המשפט יכול לפסוק כי למעביד זכות שימוש בפטנט, ועל כן לא יוכל להיתבע על ידי העובד (שלצורך החוק הוא הממציא ובעל הפטנט) בגין הפרתו. במסגרת זו המעביד רשאי להשתמש בהמצאה במהלך עסקיו הרגיל מבלי שיהיה מחויב בתשלום תמלוגים כלשהם לעובד. זכות זו של המעביד אינה עבירה – הוא יכול להשתמש בה בעצמו אך לא למכור אותה לגורמים אחרים. להרחבה בעניין ראו Terry B. McDaniell, *Shop Rights, Rights in Copyrights, Supersession of Prior Agreements, Modification of Agreement, Right of Assignment and Other Contracts*, 14 AIPLA Q. J. 35 (1986); William P. Hovell, *Patent Ownership: An Employer's Rights to His Employee's Invention*, 58 NOTRE DAME L. REV. 863 (1982-1983).

160 בחריגים אלו אפשר למצוא למשל רישיון כפייה, דוקטרינת השימוש לרעה בפטנט Shop rights וכדומה.

ואם הדברים הם כאלו בעניין יצירה זהה, ודאי שהם אמורים בעניין יצירה דומה, ובלבד שלא נוצרה על דרך של העתקה. בדומה לכך, הגנת הסוד המסחרי שוללת אפשרות שימוש במידע שהושג בדרך פסולה, אך היא אינה שוללת שימוש אם דרך השגתו של הסוד הייתה לגיטימית. בעל הסוד אפוא אינו יכול להדיר אנשים אחרים מלהשתמש בו אם הסוד פקע, או אם הגיע לידיהם בדרך שאינה מוגנת בחוק, כגון הנדסה חוזרת.¹⁶¹ בכך פותח החוק פתח לתחרות ולשחיקת כוח השוק של בעל הסוד.

לעומת התחומים שצוינו לעיל, המאפיין את תחום הפטנטים הוא שזכות ההדרה בו מוחלטת.¹⁶² בעל הפטנט "שולט על הברז" של השימוש בהמצאה, וגם אם אחרים הגיעו אליה בכוחות עצמם, אין הם יכולים להשתמש בה.¹⁶³ מכאן שהנטייה היא להגדיר את הזכות כזכות מונופוליסטית. אולם אפילו בתחום הפטנטים, שבו ניתנת לבעל הזכות ההגנה החזקה ביותר, עדיין לא ניתן לו כוח מונופוליסטי אמיתי אלא כוח שוק בלבד.¹⁶⁴ נכון שפעמים רבות כוח השוק שניתן לממציא יסייע לו להיפך למונופול, במיוחד אם מדובר במוצר חדשני שאין לו תחליפים – ואכן, הפיכתו למונופול הוא חשש ממשי שעמו על המשפט להתמודד – אולם פעמים רבות, למרות הענקת הפטנט, השוק נשאר תחרותי, לפחות במידה חלקית; דהיינו הענקת הזכות אינה מגבילה תחרות באופן שבו היא מוגבלת על ידי מונופול. במקרים אלו, לכל היותר, התחרות מצטמצמת. שוק התרופות יכול לשמש דוגמה טובה להבחנה זו: מתן פטנט על תרופה חדשנית למניעת סרטן יכול לעזור ליצרן להיפך למונופול, וכך סביר שיקרה, אך קיימות תרופות רבות – דוגמת אלו שמפיגות כאבי ראש – אשר מתן פטנט עליהן לא ישלול תחרות אמיתית בשוק. עדיין ייוותר בשוק מספר רב של תרופות תחליפיות בעלות אפקטיביות שונה, תופעות לוואי שונות ואף רמת מחיר שונה, אשר ירסנו את העלאת המחירים על ידי בעל הפטנט, אך אם היה מדובר במונופול אמיתי, ריסון כזה לא היה מושג.

אולם הבה נניח לרגע כי הממציא יוכל לנצל את כוח השוק שניתן לו על ידי המחוקק, לפחות במידה מסוימת, או אף גרוע מכך – ייהפך למונופול מכוח חוק בתחום שבו יוצרה

161 סעיף 6(ג) לחוק עוולות מסחריות.
 162 הטרמינולוגיה "הזכות מוחלטת" אינה מדויקת, שכן המחוקק יכול להתערב במקרים חריגים. בעניין זה ראו, למשל, את הקבוע בסעיף 55 לחוק הפטנטים.
 163 בכפוף לכמה חריגים – בעניין זה ראו, למשל, את הקבוע בסעיף 53 לחוק הפטנטים, העוסק בזכות מכוח ניצול קודם, וכן את סעיף 54 לחוק הפטנטים, שעניינו פעולה ניסיונית להשגת רישוי.
 164 למשל, ייתכן שלממציא יהיה כוח שוק לגבי המצאתו אך עדיין יהיו בשוק מתחרים, ולכן לא יעלה בידו להשתמש בכוח שוק זה באופן שיהפוך אותו למונופול בכל הקשור להמצאתו. עוד ראו Edmund W. Kitch, *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property*, 53 VAND. L. REV. 1727, 1729 (2000).

ההמצאה. במקרה שכזה, בעל הפטנט ישלוח על השימוש בו באמצעות הגבלת רישיונות השימוש או באמצעות הגבלת כמות הייצור תוך יצירת "מחסור מלאכותי" או העלאת המחיר. להבדיל ממקרה של שוק תחרותי, שבו מחיר הרכישה משתווה למחיר הייצור שכן העלאת המחיר תגרום לצרכנים לעבור למתחרים, בעל הפטנט אשר ירצה למקסם את רווחיו, אם יהיה לבדו בשוק יעמיד את המחיר על סכום גבוה הרבה יותר. המחיר שיגבה בגין השימוש בהמצאה אמנם יוגבל גם כאן על ידי עקומת הביקוש וגמישותה,¹⁶⁵ שכן כל העלאת מחיר נוספת תביא להורדת הצריכה של המוצר, אך המחיר שייקבע יהיה, בדרך כלל, גבוה בהרבה מזה שהיה נקבע בתנאי שוק תחרותי (ראו פרק א לספר).¹⁶⁶ נקודה זו חשובה מאוד בתחום הקניין הרוחני, שבו, כפי שראינו, עלות הייצור השולית נמוכה, ולעיתים קרובה לאפס. במקרים אלו משמעות הענקת הזכויות לממציא היא כי ייווצר "מחסור" יזום והמחיר יעלה באופן מלאכותי. העלאת המחיר או יצירת המחסור יצרו נטל עודף, המגלם את הפסד הרווחה החברתית שנגרם מהימנעותם של אנשים שהיו מפקים תועלת מן ההמצאה או היצירה, וידם הייתה משגת לרכוש אותה לו היה המוצר נמכר בעלות השולית, מלעשות כן בגלל העלות המלאכותית הגבוהה שבה נמכר המוצר. במקרים אלו תוספת הרווח ליצרן בעקבות העלאת המחיר קטנה מהפסד התועלת שנגרם לצרכנים. מכיוון שעלות הייצור השולית קרובה לאפס, מדובר בהדרה של אנשים רבים שהיו יכולים לעשות שימושים רבים במידע. הדרה זו של אנשים מהשימוש במידע, כאשר ידוע שמידע אינו מוצר מתכלה, היא בבחינת מחיר כבד שהחברה משלמת בגין ההגנה על זכות הממציא או היוצר.¹⁶⁷ עלות זו היא חלק אינהרנטי מן השיטה, שכן ללא אפשרות ההדרה תפחת התועלת החברתית הדינמית שמחייבת מתן תמריצים להשקעה הראשונית בפיתוח המידע וייצורו.

165 גמישות הביקוש (בדומה לגמישות ההיצע, ראו לעיל, הערה 84) מבטאת את שיעור השינוי בביקוש ליצירה או להמצאה בעקבות שינוי במחיר שעל הצרכן לשלם בגין הצריכה או השימוש ביצירה או ההמצאה. ככל שעקומת הביקוש גמישה יותר, כך ההשפעה של המחיר על הביקוש תהיה חזקה יותר.

166 מעבר למחיר מסוים יהיה נפח ניכר של צרכנים שלא יוכלו לשאת בעלות, ועל כן העלאתו של המחיר מעבר לסכום זה, בהיעדר אפשרות להפליית מחירים, תפגע במקסום רווחיו של המונופול. מחיר זה כמובן יהיה בהגדרה גבוה מזה הנדרש בשוק תחרותי. במקרה הקלסי המחיר האופטימלי שימקסם את רווחיו של המונופול יהיה בנקודת הייצור שבה העלות השולית (MC) משתווה להכנסות השוליות (MR). באותה נקודה המונופול יגבה את המחיר המרבי שהוא יכול לגבות על פי עקומת הביקוש. Roger D. Blair, Celeste K. Carruthers, *The Economics of Monopoly Power in Antitrust*, in ANTITRUST LAW AND ECONOMICS (Keith N. Hylton ed., 2d ed., 2010), ראו גם פרק טז, דיני הגבלים עסקיים, לספר זה.

167 בעולם הפיזי יש להדרה מלאכותית זו הצדקה לפעמים, כמובן של השפעה על השימוש של אחרים. לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, מציגים במאמרם את דוגמת מגרש החניה: העלאת מחיר כדי למנוע צפיפות אמנם תמנע מאנשים מסוימים שימוש בחניון, אך תשפר את מצבם של

כאשר עוסקים בשלילת השימוש בספר או בתקליטור, המחיר נתפס אולי כלא גבוה. אולם כדי לעמוד על עלותה האמתית של ההדרה יש לבחור בדוגמאות אחרות, למשל מגפת האיידס באפריקה: עלות הייצור של הקוקטייל המשמש להארכת החיים של חולים באיידס נמוכה מאוד. אך המחיר שבו נמכר הקוקטייל גבוה משום שבעל הפטנט שולט על מחיר זה ומשיא את רווחיו. העלות החברתית אפוא באה לידי ביטוי בחייהם של מיליונים, אשר ידם אינה משגת לשלם עבור התרופה מצילת החיים.¹⁶⁸

4. הדרת צרכני מידע לעומת הדרת יצרני מידע

התייחסות כללית להדרת צרכנים משימוש בהמצאה או במידע אינה מספקת תמונה מלאה, שכן הדרה זו אינה חלה רק על צרכני מידע פסיביים. היא חלה גם על צרכני מידע אקטיביים, דהיינו צרכני מידע אשר משתמשים בו כחומר גלם ליצירתו של מידע חדש.¹⁶⁹ הצורך בקבלת רישיון מבעל הזכויות למעשה מעלה את עלות התשומות הכרוכות בייצורו של מידע חדש ובכך מפחית את הפיתוח העתידי בחברה.¹⁷⁰ במובן זה קיימת עלות לא רק במישור של היעילות הסטטית, שבאה לידי ביטוי באבדן הצריכה המידי ובמעבר לאלטרנטיבות מוצלחות פחות, שאינן מוגנות, אלא גם במישור של היעילות הדינמית – הפחתת ייצור המידע העתידי, פגיעה באיכותו, ואף גרוע מכך – עיכוב ההתפתחות של תחומים שלמים.¹⁷¹ בעולם המודרני, ועם התפתחות הטכנולוגיה, יותר ויותר תעשיות נבנות על

החונים מבחינת צפיפות החניה. דוגמה זו כמובן אינה ישימה בתחום הקניין הרוחני. על פי האנלוגיה – מדובר במגרש חניה אינסופי, שבו לא ייווצרו פקקים לעולם. (שם, בעמ' 19) 168 בעניין זה ראו, AIDS Drugs "Too Expensive", CNN.COM (last visited Apr. 9, 2012); MICHELE BOLDRIN, DAVID K. LEVINE, AGAINST INTELLECTUAL MONOPOLY 69-71 (2008). כמו כן ראו, בעניין גישה לתרופות, סטיגליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 170: "One example that shows the magnitude of what is at stake (and that has received a lot of attention), are the AIDS drugs. One year's treatment of the brand name drugs, not the most recent ones, but the older ones which are less expensive, costs \$10,000. In a poor developing country, where the per capita income is \$ 300, or even \$3,000, a person with AIDS is not going to be able to afford \$10,000. They might be able to afford the generic medicines, which sell for less than \$200. When the trade ministers signed the TRIPS agreement in Marrakesh in the spring of 1994, they were in effect signing the death warrants on thousands of people in sub-Saharan Africa and elsewhere in the developing countries" 169 אין כוונתי לסופרים או חוקרים בלבד. רבים מאתנו משמשים צרכנים ויצרנים של מידע באותה העת. אפילו מנגנון פשוט כגון התגובית (טוק-בק) במרשתת משתמש במידע הקיים אך מוסיף עליו מידע חדש.

170 ראה לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 66.

171 סטיגליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 1710-1712.

יצירות העבר. הנטילה מהן אינה רעיונית בלבד. אין צורך להכביר מילים על כך שפיתוחים טכנולוגיים ופטנטים נסמכים פעמים רבות על ידע קודם, אולם אל לנו לטעות ולחשוב שהדברים מוגבלים להיבטים התעשייתיים או הפרקטיים בלבד. למשל, קיימים זרמים שלמים באמנות שאמירתם באה לידי ביטוי בהשמתן של יצירות קודמות בקונטקסט אחר או בהגחתן כדי להעביר מסרים חדשים. גם בתחום המוסיקה קיימות דוגמאות דומות. תעשיית הרמיקסים שואלת את חומרי היסוד מיצירות קודמות שאותן היא מערבת מחדש.¹⁷²

החשש הגדול הוא שהגדלת החסמים מפני נטילה, באמצעות הקניית זכויות קניין רוחני חזקות מדי, תגרור סטגנציה בהתפתחות העתידית. הדור הראשון יהיה מוגן, ואילו הדורות שאחריו יאלצו לשלם מחיר כבד על שימוש ביצירות קודמות. ככל שמדובר במודל של יצירה מאפס – היינו כל יוצר מתחיל מאפס ואינו נסמך על יצירות קודמות – הנזק איננו גדול כל כך. לעומת זאת אם התפיסה היא שגם גמד על כתפי ענק רואה רחוק מהענק עצמו, היינו שהמצאות ויצירות בנויות במידה רבה על ידע קודם, הרי שיש בכך הצבת מכשולים בפני הפיתוח.¹⁷³ לעתים התוספת להמצאה או ליצירה המאוחרת חשובה מכל ההמצאות שעליהן היא מבוססת או מהיצירות הקודמות שמהן היא שאלה. הערמת מכשולים בפני יצירתה, בשל עלויות נטילה גבוהות או איסור כולל בלקיחה, עלולה למנוע את הבאתה לכלל מימוש. ויכוח שכזה נשמע למשל בתחומים מתפתחים כגון קניין רוחני על תכנות מחשב. הטענה היא כי ההגנה חזקה מדי ומשכה ארוך מדי ובכך שוללת התפתחות טכנולוגית מואצת. דוגמה מעניינת בהקשר זה היא מאבק שהתחולל לפני כמה שנים לא רב על פטנט שהתבקש על המרשתת. ביתר דיוק, נטען כי הפטנט חל על הקישורים (hyperlinks) ועל הגלישה ברשת. הפטנט נרשם לפני שנים רבות, עוד לפני שחזו את המרשתת, והוא התייחס למחשב מרכזי ולתחנות עבודה, אך הטענה הייתה שהוא רחב מספיק לכסות גם את הטכנולוגיה של המרשתת.¹⁷⁴ למרבה המזל, הטענה נדחתה. עם זאת אילו פטנט שכזה היה מוכר כתקף, לא רק שכל המשתמשים במרשתת היו צריכים לשלם

172 על השימוש ביצירה הנגזרת בעידן המודרני ראו גם אורית פישמן-אפורי היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים 65-58 (2005).

173 להרחבה על "שיפורים" בפטנטים קיימים ראו שם, בעמ' 117-122.

174 *Patent Infringement Suits Lay Claims to Hyperlinking Technology*, TECH L.J., HTTP://TECHLAWJOURNAL.COM/INTELPRO/20001221.ASP (last visited Apr. 7, 2012): "British Telecom (BT) filed a one count complaint in U.S. District Court for the Southern District of New York (White Plains Division) asserting that long ago it invented, and acquired a patent on, hyperlinking and web browsing. While the sole defendant is Prodigy, the case is brought to test the validity and enforceability of its patent against a broad array of web related entities and individuals"

לבעל הפטנט תמלוגים (ישירות או בעקיפין), אלא שחלק גדול מן הפיתוחים העתידיים היה צריך לקבל את הסכמת בעל הפטנט. דוגמה שכזו לדעתי ממחישה את עצמת הבעייתיות בתחום.

בהקשר זה מעניינות הדילמות בכל הקשור ליצירות ולזכויות יוצרים.¹⁷⁵ לנדס ופוזנר מסבירים כי חלק גדול מהדוקטרינות בתחום ניתנות להסבר באמצעות ניסיון להשיא יעילות על ידי עריכת איזון, כאשר מן הצד האחד של כפות המאזניים עומד הרצון לחזק את הגנת זכות היוצרים כדי לעודד יצירות חדשות באמצעות הפחתת ההענקות, ומן הצד האחר הרצון לעודד יצירות חדשות באמצעות הפחתת העלות הכרוכה ביצירתן, היינו מתן אפשרות ליוצרים ליטול מיצירות קודמות.¹⁷⁶ אפשר לראות זאת גם מנקודת ראותו של היוצר עצמו, בנקודות זמן שונות. לאחר שהיצירה נוצרה, היוצר יהיה מעוניין בהגנה מרבית כדי להשיא את רווחיו, ואולם מלכתחילה הוא יודע שאם הוא מקבל הגנה שכזו, הרי שגם אחרים זכאים לה, ועל כן המחיר שיצטרך לשלם על התשומות והחומרים שנכנסים ליצירתו יהיה גבוה יותר. על כן מנקודת ראות אקס אנטה, עליו להביא זאת בחשבון כנימוק להפחתת עצמתה של ההגנה.¹⁷⁷

שאלה דומה עולה גם בהקשר של היצירה הנגזרת. יצירה נגזרת מוגדרת בחוק כיצירה אשר נסמכת באופן מהותי על היצירה המקורית.¹⁷⁸ השאלה שמתעוררת בעניין זה היא מה צריכה להיות חלוקת הזכויות והשליטה בין היוצר הראשוני לבין היוצר של היצירה הנגזרת, ומה מידת הגמישות ששמורה ליוצר המאוחר בשימוש ביצירה הראשונית. מצד אחד אפשר להביא טיעונים מדוע יש לבסס זכות חזקה ורחבה של יוצר היצירה הראשונית. בראש ובראשונה זכות כזו תייצר לו את מרב התמריצים ליצור.¹⁷⁹ על כן דמיון רב של היצירה המאוחרת למוקדמת ייחשב הפרה. מלבד זאת לנדס ופוזנר טוענים כי הענקת שליטה ליוצר הראשוני גם על היצירות הנגזרות תעודד את היוצרים הראשוניים לשחרר את יצירותיהם לשוק מהר יותר, ואם לא – שחרורה של היצירה הראשונה לשוק יעוכב עד שיכינו מלאי מספיק של יצירות נגזרות שיספקו להם יתרון תחרותי.¹⁸⁰ גישה אחרת תהיה ללכת דווקא

175 ראו, למשל, ליבוביץ' ומרגוליס, לעיל הערה 114, בעמ' 452 ואילך.
 176 William M. Landes, Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325, 333 (1989).
 177 לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 69.
 178 סעיף 16 לחוק זכות יוצרים מגדיר עשיית יצירה נגזרת כך: "עשיית יצירה נגזרת היא עשיית יצירה מקורית המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת, כגון תרגום או עיבוד".
 179 Stanley M. Besen, Leo J. Raskind, *An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property*, 5 J. ECON. PERSPECT. 3, 16 (1991).
 180 ראו לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 110, שם, הם קצת נסוגים מעמדתם. באותו דיון הם גם מתייחסים לשיקול נוסף מדוע זכות היוצרים צריכה להיות בידי היוצר הראשון, משום הפחתת

לכיוון שבו מוטת שליטתו של היוצר המוקדם קצרה יותר. על פי גישה זו, יש להעניק ליוצר היצירה הנגזרת מרחב תמרון גדול יותר, שבו הוא לא ייחשב מפר, כדי לעודד אותו לייצר וריאציות חדשות של היצירה המקורית ובכך להביא לפיתוח הידע והיצירה. התאוריה שמאחורי גישה זו גורסת כי האינטרס הציבורי יקודם טוב יותר אם יינתנו תמריצים ניכרים ליוצרי היצירות הנגזרות.¹⁸¹ מובן שתמריצים אלו באים במידה מסוימת על חשבון יוצרי היצירה הראשונית, אולם רבים סוברים כי השפעה זו תהיה במקרים רבים זניחה.¹⁸² ייתכן שראוי לקבוע במקרים אלו היקף משתנה של ההגנה באופן שבשנים הראשונות יהיה היקף ההגנה רחב יותר, וזאת כדי להעניק ליוצר מספיק תמריצים ולאפשר לו לחזור מלא של השקעתו, אולם עם חלוף הזמן היקף ההגנה יצטמצם באופן שיאפשר מרחב מחיה רב יותר ליצירת יצירות חדשות.¹⁸³

5. שימוש אסטרטגי לחיזוק/שימור כוח השוק של בעל הקניין הרוחני

עלותה החברתית של ההדרה כבדה גם מבלי שנעשה שימוש אסטרטגי בדיני הקניין הרוחני. עלות זו מקבלת משנה חשיבות בעולם שבו השימוש בכללי הקניין הרוחני נעשה באופן אסטרטגי, כדי למנוע שימוש במידע או פיתוח המצאות חדשות על ידי מתחרים. הסיכון הוא שהענקת זכויות הקניין הרוחני, ובמיוחד פטנט, תשמש גם בסיס ליצירת כוח שוק ניכר ולהתנהגות אסטרטגית שתגדיל את העלויות החברתיות הכרוכות בהן. עלויות אלו אינן אינהרנטיות לשיטה, ולכן החברה מנסה להילחם בהן במנגנונים שונים. כך באשר לניסיונות אסטרטגיים להאריך את תקופת ההגנה על הפטנט לאחר פקיעתו – בהינתן העובדה שההגנה שניתנת ל-20 שנים היא האופטימום, הרי שביסוס ההגנה באופן שמשמר את כוח השוק של הממציא לאחר פקיעת הפטנט הוא בעייתי ומייצר עלויות חברתיות מיותרות. בעניין זה הספרות גורסת כי פעמים רבות כוח השוק של הממציא אינו מתפוגג ומנציח עצמו

הוצאות העסקה באשר למתן רישיונות שימוש ביצירה. אם היוצר הראשון יהיה בעל השליטה בשתי היצירות הוא יוכל ביתר קלות להעניק רישיונות.

181 שם, בעמ' 112. כמו כן ראו Besen & Raskind, לעיל הערה 179, שם.

182 ראו למשל הדברים האלה: "... it is unlikely that any creator's incentive to produce primary work depends on whether a small class of transformative uses can be published or not, or that an idiosyncratic use will cause producers to modify their coordination tactics or business models", כפי שבאו לידי ביטוי ב-MICHAEL A. EINHORN, MEDIA, TECHNOLOGY AND COPYRIGHT 29 (2004).

183 לאחר כמה שנים ההנחה היא כי היוצר החזיר לעצמו חלק ניכר מן ההשקעה. נוסף על כך, צמצום היקף ההגנה לאחר מספר שנים תשפיע פחות על תמריצי הממציא מכוח ההיוון לזמן הווה.

הרבה מעבר לתקופה שבה ניתנה הגנת הקניין הרוחני.¹⁸⁴ קצרה היריעה מלסקור את האסטרטגיות הרבות הננקטות כדי להרחיב את הגנת הקניין הרוחני הניתנת על ידי המדינה, אך ברצוני להביא דוגמאות מעניינות להתנהגויות אסטרטגיות שכאלו. למשל, חברות רבות נוקטות פרקטיקה של רישום פטנטים ללא כוונה אמיתית להשתמש בהם.¹⁸⁵ הן אינן מתכוונות לפתח מוצר בהסתמך על הפטנט, אלא מסתמכות על כך שרישום שכזה יהיה חסם מפני פיתוחן של המצאות דומות על ידי המתחרים. פרקטיקה זו בעייתית, שכן היא שוללת מן החברה את התועלת שבפיתוח מוצר על יסוד הפטנט רק בשל הכוונה לשמר את כוחו המונופוליסטי של הממציא, אשר חושש מתחרות ופיתוח.¹⁸⁶ אסטרטגיה זו, של רישום סדרתי בתחומים קרובים, מאפשרת לחברות הנוהגות כך להדיר לחלוטין כניסתם של מתחרים פוטנציאליים, או לפחות לגבות מהם מחיר גבוה תמורת השימוש בהמצאתם, מחיר שיהפוך את כניסתם של מתחרים לתחום לכדאית פחות.

שימוש אסטרטגי נוסף שגובה מחיר חברתי טמון בכך שממציאים ימנפו את כוח השוק בתחום המצאתם לתחומים נוספים. למשל, נטען נגד מיקרוסופט, שניצלה את כוחה ואת הגנות הקניין הרוחני שניתנו לה בתחום מערכת ההפעלה לשם השתלטות על שווקים נוספים, ובהם עיבוד תמלילים, גיליונות חישוב אלקטרוניים ועוד.¹⁸⁷ אמנם על פי חוקי ההגבלים העסקיים, כבילת מוצר במוצר או מוצר בשירות אסורה,¹⁸⁸ אך תחום הקניין הרוחני מייצר בעיות ייחודיות ומחייב את המערכת המשפטית להגיב כמתבקש תוך התאמתם של חוקי ההגבלים לתחום. כדי להמחיש נקודה זו אביא שתי דוגמאות: הראשונה עוסקת בשאלה אם מעבד תמלילים וגיליון חישוב אלקטרוני נחשבים מוצרים נפרדים או שהם חלק ממוצר אחד שמכילה חבילת תוכנות בשם "אופיס". היה ומדובר במוצרים נפרדים, הרי שאפשר לטעון כי שילובם יחדיו הוא כבילה אסורה לפי חוק. הדוגמה השנייה היא דפדפן המרשתת. האם מוצר זה הוא עצמאי או שמא הוא חלק ממערכת ההפעלה? התשובות לשאלות אלו אינן פשוטות כלל, ולצורך מענה עליהן יש להביא בחשבון את

184 סטיגליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 1705.
 185 על הבעיה ועל ניסיונות להתמודד עמה ראו למשל: John M. Golden, "Patent Trolls" and Patent Remedies, 85 TEX. L. REV. 2111 (2007).
 186 על רישום פטנטים רק כדי לשמר את המונופול בשוק מבלי שיש לממציא כוונת פיתוח אמיתית ראו Richard J. Gilbert, David M.G. Newbery, *Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly*, 72 AMER. ECON. REV. 514, 518 (1982).
 187 סטיגליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 1702: "The most obvious example is Microsoft, which has leveraged its monopoly power in operating systems to obtain a dominant position in applications like word processing (Microsoft Office) and Internet browsers (Internet Explorer)".
 188 ראו סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128, ובמיוחד סעיף 29א(4).

העלויות החברתיות הכרוכות בהרחבת כוח השוק בהתחשב באילוצים של שיווי המשקל הדינמי. יש להביא בחשבון גם את בררת המחדל שנוקט היצרן. למשל, במקרה של הדפדפן, גם אם אפשר להסירו, הרי שרוב הצרכנים אינם עושים כן, ובכך יש כדי לפגוע במתחרים גם אם אין גובים תשלום בגין דפדפנים כלל.¹⁸⁹

שימוש אסטרטגי אחר שמחזק את כוחו של בעל הפטנט מעבר לרצוי, ועל כן כרוך בעלויות חברתיות, נעשה באמצעות ניצול אפקט הרשת.¹⁹⁰ אפקט הרשת גורם לכך שערך המוצר עולה ללא קשר לאיכויותיו אלא משום שמשתמשים בו אנשים רבים. למשל, מעבד תמלילים שמוגן בזכות יוצרים ומשתמשים בו רבים. ריבוי המשתמשים יעלה את ערכו בהרבה ללא קשר לתכונותיו החדשניות הפנימיות, שכן הוא מאפשר לאנשים להחליף ביניהם מסמכים בצורה יעילה וזמינה. על כן גם אם המתחרים ישקדו על פיתוח מוצר עצמאי טוב יותר, שאינו מפר את זכות היוצרים של הראשון, יקשה עליהם להיכנס לשוק, ובכך תועצם ההגנה אשר המחוקק התכוון להעניק לבעל זכויות הקניין הרוחני בשל החדשנות שבמוצר.

עוד יתרון אסטרטגי שאינו נובע בהכרח מחשיבות החידוש בקניין הרוחני מושג כשההמצאה או המוצר הופכים לסטנדרט. העובדה שבעל הפטנט או בעל זכות היוצרים מקבל בלעדיות לתקופה מסוימת מאפשרת לו להפוך את המוצר שלו לסטנדרט, דבר שמקשה על מתחרים אחרים להיכנס לשוק. הפטנט הופך לסטנדרט, לא בהכרח בגין מאפיינים אינטרינזיים שבהם הוא ניחן – מאפיינים שאפשר לטעון שהם משקפים את החדשנות והתועלת החברתית שמוצר זה הביא לחברה – אלא בגין העובדה שמוצר זה הוא הראשון לצאת לשוק ובשל כך הממציא מוגן בתקופה ארוכה של בלעדיות. למשל, אם ניתן פטנט על סידור המקלדת בדרך מסוימת, מתחרים יתקשו לשווק בעתיד מקלדת בסידור

189 חברת מיקרוסופט הסתבכה בדיוק בעניין זה עם הרשויות להגבלים עסקיים במקומות שונים בעולם, שכן נטען נגדה כי ניצלה את כוחה המונופוליסטי בתחום מערכות ההפעלה לקידום הדפדפן שהיא מייצרת, וזאת אף על פי שהאחרון שווק כחלק ממערכת ההפעלה ולא נגבה עליו כסף כלל. לסיקור הסכסוך ראו, למשל, David S. Evans, Albert L. Nichols & Richard Schmalensee, *United States v. Microsoft: Did Consumers Win?* 6-31 (Nat'l Bureau of United States V. : את הערכים: (Econ. Research, Working Paper No. 11727, 2005 Microsoft, WIKIPEDIA.COM, http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_v._Microsoft Georgi Tsonchev, *Latest Development in the Microsoft Case in the European Union: Microsoft Officially Allows Browser Choice to Costumers*, 16 COLUM. J. EUR. ONLINE 85 (2010) European Union Microsoft Competition Case, Wikipedia.com, http://en.wikipedia.org/wiki/European_Union_Microsoft_competition_case (last visited Apr. 7, 2012).

190 לעתים ניצול זה יהיה במודע כדי להעצים את כוחו ולעתים כוחו יועצם אף מבלי שהתכוון לכך באמצעות התנאים שנוצרו על ידי השוק.

אחר, אפילו אם יהיה טוב יותר, שכן הסידור הנוכחי, אשר אינו בהכרח היעיל ביותר, הפך להיות כה נפוץ, שכל סטייה ממנו תהיה כרוכה בעלות ניכרת.¹⁹¹ שימוש אסטרטגי שיוצא מעמדה שונה לחלוטין, אך גם הוא נועד לחזק את כוח השוק של בעל זכויות הקניין הרוחני, נעשה באמצעות מדיניות תמחור המוצר המוגן או השימוש הסלקטיבי באכיפה לשם חיזוק כוחו המונופוליסטי. נקודת המוצא בהקשר זה נוגדת את האינטואיציות הבסיסיות באשר לשוק חופשי ותחרות. הטענה היא כי פעמים רבות בתחום הקניין הרוחני מופעל מנגנון מחירים כזה שנועד לשבות לקוחות ולבסס את הכוח המונופוליסטי.¹⁹² דוגמה אחת לפרקטיקה שכזו היא במקרים שבהם חברות תוכנה גדולות מוכרות את התוכנה לקבוצות מסוימות בעלות נמוכה, ולעתים אף ללא עלות כלל, כדי ללכוד אותם במלכודת דבש. זאת כדי שיתרגלו להשתמש בתכנה ויבקשו להשתמש רק בה.¹⁹³ ומה רע בכך, ישאל הקורא, הרי הלקוחות מקבלים מוצר במחיר נמוך מאוד? הבעייתיות המסתמנת בהקשר זה היא בהשפעה של הפרקטיקה על המתחרים. ראשית, נעילת הקבוצה למוצר, במובן של זמן לימוד, קבצים שהוכנו וכדומה, שוללת אפשרות קלה למעבר ממוצר אחד למוצר אחר, ועל כן מבססת את כוח השוק של החברה שנוקטת פרקטיקה זו. מעבר לכך, הורדת מחיר ניכרת לקבוצות רחבות יכולה לשמר יתרון תחרותי גם בדרך אחרת. בהקשר של קניין מוחשי היה אפשר לטעון נגד פרקטיקה זו כי היא בבחינת תמחור טורפני.¹⁹⁴ ההיגיון שבמכירה מתחת למחירי עלות הייצור השולית הוא בהשגת יתרון תחרותי לא הוגן על פני המתחרים, שכן תמחור שכזה גורם לנוהג בו רק הפסד ולא

191 Paul A. David, *Clio and the Economics of QWERTY*, 75 AM. ECON. REV. 332 (1985)
 192 במילה "לשבות" כוונתי ליצירת חסמים במונחים של עלויות מעבר לתכנה אחרת בשלב מאוחר יותר. הדבר יכול להיעשות במונחים של פיתוח היכרות ושימוש בתכנה מסוימת, פיתוח סטנדרטים של עבודה, תאימות באשר לעבודות קודמות שנשמרו בפורמט מסוים וכדומה.

193 Zach Zhizhong Zhou, *Essays on Competition and Technology Strategies: Lock-In Strategy, Software Design Strategy, and B2B Supply Chain Management* (2008) (unpublished doctoral dissertation). על פי המודל המוצע בעבודה זו, תחרות מצד הקוד הפתוח, כאשר היא קיימת, משנה את כללי המשחק והופכת את השימוש בפרקטיקה זו לאטרקטיבית פחות. כמו כן, ראו, Charles W. L. Hill, *Establishing a Standard: Competitive Strategy and Technological Standards in Winner-Take-All Industries*, 11 ACAD. MGMT. EXEC. 7 (1997).

194 בעניין זה ראו למשל, Bruce H. Kobayashi, *The Law and Economics of Predatory Pricing*, in ANTITRUST LAW AND ECONOMICS 116 (Keith N. Hylton ed., 2d ad., 2010). מהותה של הפרקטיקה היא להקריב רווחים לטווח הקצר, בדרך כלל באמצעות מדיניות תמחור במחיר שמתחת לעלות הייצור השולית כדי למקסם רווחים לטווח ארוך, כדי להדיר מתחרים מן השוק.

רווח. המטרה הסופית היא שהמתחרים לא יוכלו לעמוד במדיניות זו לאורך זמן ויצאו מהשוק או מחשש לשימוש בפרקטיקה זו לא ייכנסו אליו מלכתחילה. בעקבות זאת יהיה אפשר לאחר מכן להעלות את המחיר העלאה ניכרת, מעל ומעבר למחיר התחרותי. כלכלנים אינם תמימי דעים באשר ליציבות של מדיניות מסוג זה לאורך זמן ולרווחיות שתניב לזה הנוקט אותה. אולם קיימים פסקי דין שקובעים שפרקטיקה זו אינה חוקית ונוגדת את דיני ההגבלים העסקיים.¹⁹⁵

מה לכך ולקניין הרוחני? הנקודה היא שבתחום הקניין הרוחני עלות הייצור השולית פעמים רבות קרובה למעשה לאפס, ומסיבה זו כמעט אין אפשרות לקבוע מחיר מתחת לעלות הייצור השולית. על כן יישום פורמלי של דיני ההגבלים העסקיים יביא למתן חסינות לפרקטיקה זו. אולם בתחום ההשקה שבין הקניין הרוחני לדיני ההגבלים העסקיים קיימת כתיבה שלפיה יש להתאים את האיסור על תמחור טורפני באופן שיהיה רלוונטי לתחום הקניין הרוחני.¹⁹⁶ ההתאמה תיעשה באופן שבו המחיר הרלוונטי כסמן תחתון לא יהיה עלות הייצור השולית אלא עלות הייצור הממוצעת. למשל, תמחור מתחת לעלות זו יחשיד את החברה המתמחרת בנקיטת אסטרטגיה של תמחור טורפני. וריאציה מתוחכמת יותר של פרקטיקה זו תהיה לנקוט מדיניות אכיפת זכויות שונה ולא מדיניות תמחור שונה. למשל, אי-אכיפה של זכויות בעל זכות היוצרים או הפטנט בסקטור מסוים, נניח הפרטי (לעומת הסקטור המסחרי), שקולה למכירת המוצר לסקטור זה במחיר אפס. הדבר יביא לכך שבסקטור זה, במקום שאנשים יקנו את המוצר, הם יעתיקו אותו ללא תשלום. יתר על כן, הם גם לא יקנו את המוצר של המתחרים. גם כאן עולה השאלה: אם החברה בעלת הזכויות מעוניינת בכך איזה נזק נגרם? התשובה היא שניהול נכון של מדיניות זו יפחית את אטרקטיביות הכניסה של מתחרים לשוק המסוים, ובכך יישמר כוח השוק של החברה בעלת הזכויות בסקטורים אחרים שבהם היא אוכפת את זכויותיה. למשל, אכיפה בשוק עסקי ואי-אכיפה בשוק פרטי יכולות לבסס ולשמר את המעמד המונופוליסטי של החברה בעלת הזכויות לאורך זמן, תוך יצירת שיווי משקל יציב ושמירתם של מתחרים מחוץ לשוק.¹⁹⁷ לא למותר לציין כי התנהגויות אסטרטגיות אינן נחלתן הפרטית של פרטים בלבד, ואפילו אינן שמורות לחברות המשחקות במגרש הביתי של מדינה מסוימת. הן גולשות גם לרמת המדינות עצמן ביחסיהן עם מדינות אחרות. הדבר נובע מכך שבעיקרון, חוקי הקניין

195 ראו למשל Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corporation, 509 U.S. 222 (1993), 209 כמו כן, לסקירה מקיפה בעניין זה ראו Kobayashi, לעיל הערה 194.

196 לסקירה בעניין זה ראו Danny Ben-Shahar, Assaf Jacob, *Selective Enforcement of Copyright as an Optimal Monopolistic Behavior*, 3 CONTRIB. TO ECON. ANALYSIS & POLI'Y (2004).

197 ש.ם.

הרוחני הם טריטוריאליים. בשווקים סגורים היינו מצפים לראות כי האופטימיזציה של הקניין הרוחני במדינות השונות תהיה דומה. אולם כיום מוצרי הקניין הרוחני הם חוצי גבולות. על כן ביחס לכלכלה של מדינה מסוימת נקודת האופטימום של השאת הרווחים תשתנה על פי השאלה אם אותה מדינה צורכת, או מייצרת, קניין רוחני ובאיזה מינון. שאלה זו משפיעה על הגדרות הקניין הרוחני ואכיפתו, אם לאפשר יבוא מקביל ועוד. מדינה יצרנית, דוגמת ארצות הברית, תרצה ביסוס חזק יותר של כללי הקניין הרוחני מאשר מדינה צרכנית. התמריץ להתנהגויות אסטרטגיות נובע מכך שהמדינות אינן מפנימות את מלוא התועלת והעלות של הקניין הרוחני, ועל כן מנסות, באופן אסטרטגי, להשית עלויות אלו על מדינות אחרות.

6. רישום הזכות, תיחומה והגדרתה

עלות נוספת בהקשר של קניין רוחני היא עלות ההגדרה המשפטית של הזכות ושל היקפה. בניגוד לקניין רגיל, לדוגמה, חלקת קרקע אשר לה גבולות ברורים וניתנים לתחימה, הגדרת תחום הבעלות בקניין הרוחני בעייתית. הקניין הרוחני מסובך הרבה יותר לגידור, שכן גבולותיו אינם ברורים, ועל כן יש צורך לתחום ולשרטט אותם באופן מלאכותי – הליך בעל עלות גבוהה.¹⁹⁸

חלק מן העלות משולמת אקס אנטה. למשל, בתחום הפטנטים רישום פטנט עולה כסף רב בשל הצורך להגדיר את היקף הזכות במפורש תוך ניסוח טענות מדויקות.¹⁹⁹ זאת ועוד, גם לאחר הגדרת היקף הזכות נוצרות בעיות פרשנות: האם המצאה מאוחרת מפרה את ההמצאה הראשונה או שהיא נופלת מחוץ לגדר הפטנט? ואף אם מילולית היא נופלת מחוץ לפטנט, האם מדובר בהמצאה אקוויולנטית? בעיות אלו הן חלק מהעלות בדיעבד. הן אינן ייחודיות לתחום הפטנטים ויכולות להיות אפילו חמורות יותר בתחומים אחרים כגון זכויות יוצרים. היכולת לדעת על מה משתרעת הגנת זכות יוצרים חשובה, למשל, לשם השאלה אם ובמה מותר למי שאינו המחבר להשתמש ובמה לא. אפשר לומר כי גם לספר, או לסיפור, גבולות ברורים, אבל מהות ההגנה מקשה על קביעת הגבול. ברור שהעסקה של הסיפור כולו לצורך מכירתו אסורה. אבל יש שימושים רבים שמותר לעשות בו. למשל, אין זו הפרת זכויות יוצרים לאמץ את הרעיונות שבסיפור.²⁰⁰ אפשר גם להשתמש בדמויות המופיעות

198 ראו סטיגליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 1703.

199 על העלויות הכרוכות בהשגת הפטנט, היכולות להגיע לעשרות אלפי דולרים ראו, למשל, <http://www.ipwatchdog.com/2011/01/28/the-cost-of-obtaining-patent/id=14668> (last visited Apr. 7, 2012).

200 על הקושי שבהבחנה בין ביטוי ורעיון ביצירות נגזרות ראו גם, אורית פישמן-אפורי "זכות הגזירה וההגנה על רעיונות בדיני זכויות יוצרים" המשפט 107, 114-116 (התשס"ה).

בסיפור, ובלבד שהן אינן מפותחות דיין כדי להיחשב יצירה עצמאית.²⁰¹ אין זו הפרה גם להשתמש בפרקים מהספר לצרכים לימודיים, שכן הדבר יהיה שימוש הוגן. אולם ההבחנות בין שימושים מותרים לשימושים אסורים אינן פשוטות. קושי זה מתורגם לידי כמה עלויות: ראשית, קיים החשש כי יהיו כאלה שייטו שלא להשתמש בדבר שהם זכאים להשתמש בו בשל החשש מפני הפרת זכותו של אחר. אי-שימוש זה הוא בבחינת עלות חברתית. שנית, הבהרת גבולות הזכות – שלא על ידי המחוקק – דורשת פעמים רבות מעורבות משפטית יקרה באשר לשאלה מה מוגן ומה מותר בלקיחה. לעומת תחום הפטנטים, שבו כתב הפטנט מגדיר את הליבה המוגנת, בתחום זכות היוצרים ההגנה אינה מחייבת רישום, ולכן ההבהרות באשר להיקפה נעשות אקס פוסט, במסגרת הדיון המשפטי.

באופן כללי אפשר לטעון, כי עלות תיחום הזכות והגדרתה היא רבה מכמה סיבות: ראשית יש בה, בתחומים מסוימים, כדי להשפיע על השאלה אם בכלל היוצר או הממציא יפנה לקבל הגנה, ומאיזה סוג. בהיעדר אפשרות קלה וזולה לקבל הגנה, ייתכן שהיוצר יוותר על הפיכת המידע לפומבי, מוצרים חשובים שהיו מיוצרים על סמך מידע זה לא ייוצרו, והחברה תצא נפסדת. הפסד נוסף טמון בעצם העובדה שהמידע לא יעבור לרשות הציבור. תופעה זו תתרחש בעיקר משום שהממציא אינו מפנים את כל התועלת החברתית שבהמצאתו אך גם בשל היותו שונא סיכון ובשל היעדרם של משאבים זמינים (כסף למימון בקשת הפטנט) אשר אינם עומדים לרשותו. בעלות ההגנה יש גם כדי להשפיע על הניתוח הדינמי, שכן הידיעה כי ההגנה יקרה לרישום יכולה להשפיע על כמות הפיתוחים בתחום. זאת ועוד, גם אם היוצר בכל זאת המציא המצאה ומחליט לפנות לכיוון של קבלת הגנה כלשהי ופיתוח מוצר, ייתכן שבגלל העלויות השונות הוא יוסט מקו ההגנה העיקרי שבו היה צריך לבחור. למשל, ייתכן שמבחינת החברה האופטימום היה לקבל הגנת פטנט, אך היוצר יפנה לקבלת הגנה מהסוג של סוד מסחרי רק משום שכרוכות בה פחות עלויות. זאת, משום שהוא אינו מפנים את כל התועלות החברתיות הכרוכות בהמצאתו (כגון המידע שזולג לשוק עם רישום הפטנט).

אין זה סוד כי בתחום הפטנטים ההוצאות הכרוכות ברישום הן הגדולות ביותר, בין היתר בשל הבדיקות הקפדניות הנעשות על ידי עורכי הפטנט ורשמיו. מובן שהוצאות אלו הן בבחינת הוצאות מערכתיות שראוי למזערן. אולם חלק מן העלויות הוא בלתי נמנע, ואי-נקיטתו של הליך בדיקה ראוי טרם מתן הזכויות ייצור לפעמים מצב שבו הנזק שבאי-הבדיקה גדול בהרבה מעלותה. לכאורה היה אפשר לחשוב, בתחום הפטנטים, על עולם שבו

201 ראו, למשל, Jasmina D. Zecevic, *Distinctively Delineated Fictional Characters Who Constitute the Story Being Told: Who Are They and Do They Deserve Separate Copyright Protection?* (Berkeley Elec. Press, Working Paper No. 818, 2005). bepress .Legal Series. Working Paper 818

מוותרים על הגדרת הזכות אקס אנטה ועוברים לבחינתה אקס פוסט בלבד. הליך הרישום, אם בכלל יתרחש, יהיה במתכונת מקוצרת, מצומצם עד מאוד, ויכיל הצהרה כללית בלבד בדבר מהות ההמצאה. רק לאחר מכן, אם תיטען טענה של הפרה, יבחנו בתי המשפט מה הייתה ההמצאה ואם היא הופרה. בחינה זו תיעשה באופן דומה לבחינות עובדתיות אחרות הנערכות בבית המשפט מדי יום, על סמך הראיות שיובאו בפני השופט. עולם שכזה מתקיים דה פקטו בחלק נכבד מתחומי הקניין הרוחני, כגון דיני זכויות היוצרים, או הסודות המסחריים, שם לא נדרש רישום כלל. בשינוי שיטת הרישום באופן דומה לזה שתואר לעיל, כך ניתן לטעון, יש משום יתרון, שכן ייחסכו עלויות הרישום חיסכון ניכר. ראשית, יצומצמו עלויות עריכת הפטנט, על כל המידע המפורט בו, וייחסך שלב הבדיקות מראש. שנית, ייתכן שבכלל לא יזדקקו לבדיקות מקיפות, שכן ללא טענת הפרה לא יהיה בהן צורך, להבדיל מהמצב כיום שבו כל פטנט ופטנט מפורט לפרטי פרטים ונבחן לעומקו אף על פי שרובם המכריע של הפטנטים איננו מגיע כלל לכלל הפרה או לתביעה משפטית.²⁰² לכן אפשר לראות בהוצאות אלו הוצאות מבוזבזות.

טיעון זה הוא מעניין, אך יש בו כשלים אחדים: הכשל הראשון נובע מחוסר הוודאות באשר למה מוגן ומה לא. תחום הפטנטים, מכוח הגדרתו והאופן שבו הוא מעוצב, נמצא בליבת העשייה. בתחומים מסוימים מושקעים כספים רבים בהסתמך על הפטנט. פיתוחים של מוצרים צורכים זמן ומשאבים, ולכך כמה השלכות: ראשית, חברות שחושבות שהן חוסות בצל הגנת הפטנט ישקיעו רבות בפיתוח רק כדי לגלות אחר כך כי למעשה הפטנט

202 קשה בעניין זה להצביע על נתונים מדויקים, וממוצעים עלולים להציג תמונה מעוותת של המציאות, שכן מספר התביעות המוגשות לבתי המשפט בגין הפרת פטנט משתנה על פי התחומים השונים שבהם ניתן הפטנט, על פי חדשנותו היחסית של הפטנט ותרומתו הטכנולוגית, על פי המגמות השונות בשווקים ועל פי המדינות שבהן מוגש הפטנט לאישור. כמו כן חלק ניכר מן הסכסוכים מסתיימים בפשרה עוד בטרם הגשתה של תביעה משפטית פורמלית, ובכל זאת אשר לשוק האמריקאי, הנתונים מראים באופן גס כי מספר התביעות בשל הפרת פטנט הוא בטווח שבין 12 ל-20 תביעות לכל 1,000 פטנטים. מספר התביעות המוגשות משתנה על פי התחומים. בתחומים מסוימים, כגון פטנטים על כימיקליים, שיעור התביעות בגין ההפרה נמוך יותר – כ-12 תביעות לכל 1,000 פטנטים, ואילו בתחום המחשוב, הביוטכנולוגיה והרפואה השיעור גבוה יותר ויכול להגיע אף ל-25-35 תביעות לכל 1,000 מקרים. בעניין זה ראו Jean O. Lanjouw, Mark Schankerman, *An Empirical Analysis of the Enforcement of Patent Rights in the United States* 2 (Feb. 2002). כמו כן ראו המחקר שנערך על ידי PricewaterhouseCoopers Patent Litigation Study: trends as the "America Invents Act" becomes law at <http://www.pwc.com/us/en/forensic-services/publications/assets/2011-patent-litigation-study.pdf> (last visited ...). מספר התביעות משתנה גם משנה לשנה. נתונים ישנים יותר, שלפיהם מספר התביעות קטן עוד יותר אפשר למצוא ב־ Jean O. Landjouw, Mark Schankerman, *Characteristics of Patent Litigation: A Window on Competition*, 32 RAND J. ECON. 1, 131 (2000).

אינו תקף. לכאורה אין רע בכך, שכן המוצר כבר יוצר ונמצא בנחלת הכלל, אולם החשש הוא כי במשטר משפטי שכזה יחששו חברות לפתח מוצרים חדשים ולהשקיע משאבים רבים בפיתוח מתוך תחושה שכספן מושם על קרן הצבי. שנית, חברות שמשקיעות רבות בפיתוח עלולות לגלות כי חברה אחרת כבר פיתחה מוצר דומה. לפיכך אי-פירוט ראוי באשר למהות ההמצאה עלול לגרום להשקעה במחקר ובפיתוח של מוצר שבסופו של דבר לא יוכלו להשתמש בו, שכן הוא מוגן בפטנט של חברה אחרת. וזאת, במקום שה"מפר" היה משקיע במחקר ופיתוח של מוצר אלטרנטיבי. ההשקעה הכפולה היא בבחינת משאב חברתי מבוזבז שירד לטמיון. נקודה שלישית היא שהחשש מפני הפרה עלול למנוע גופים מלעשות שימוש במידע שאינו מוגן על ידי פטנט, דבר שיש בו משום הפסד חברתי. הגדרות עמומות גם ימנעו פיתוחים ב"האזור האפור", אקס אנטה, ובכך עלולות להרחיב את היקף המונופול שניתן לבעל הפטנט באופן שחורג מ"עסקת היסוד" שלה התכוונו הצדדים.²⁰³

203 לעומת אלו התומכים בוודאות ורואים בחוסר הבהירות עלות של השיטה, אפשר להציג את גישתם של אירס וקלמפר, שלפיה יש לחוסר הוודאות יתרון, לפחות ככל שהדברים אמורים באכיפת הזכות כנגד מפריים. לדבריהם, חוסר הוודאות באכיפה נגד מפריים והעיכוב במתן צו נגד ההפרה פועלים ביעילות לדיכוי הרווח המונופוליסטי של בעל הפטנט. גישה זו יוצאת מהנחה שהתמחור המונופוליסטי בחלקו העליון (השקלים האחרונים) אינו יעיל, שכן הוא מייצר בשביל המונופול רווח קטן יחסית לעלות החברתית הגדולה הטמונה בו. כך המאמר מראה כי הורדה קטנה של המחיר מתחת למחיר המונופוליסטי (ועדיין מעל מחיר התחרות) תשפיע רק במעט על רווחיו של המונופול, ועל כן תמריצו לייצר את ההמצאה אקס אנטה יפחתו אך במעט, אך תהיה לה השפעה גורפת על העלות החברתית, עלות אשר המונופול כמובן אינו מביא בחשבון, שכן אותה אינו מפנים. במודל לינארי פשוט מראה המאמר כי הורדת המחיר המונופוליסטי בעשרה אחוזים תפחית את רווחיו של הממציא רק באחוז אחד (שכן הורדת המחיר תביא בין היתר להעלאת כמות המכירות), אך הם יפחיתו את העלות החברתית של המונופול ב-19%. מסיבה זו שחיקת השקלים האחרונים של הרווח המונופוליסטי היא בבחינת מטרה שאליה החברה צריכה לשאוף. וכיצד הדברים קשורים להפרה? המאמר גורס, כי חוסר הוודאות המשפטית באשר לזכות הממציא תוביל לכניסת מתחרים "מפריים" לשוק. אם ההסתברות שהפטנט ייאכף נמוכה מספיק, הם עשויים לחשוב כי הסיכון כדאי, וכי יהיה רווחי למכור את המוצר המוגן. הרווח שיפיקו במקרים שהפטנט לא ייאכף יכסה על העלות שיצטרכו לשאת בה במקרים שהפטנט ייאכף (אפילו אם במקרים אלו יצטרכו להיפרד מרווחיהם בשל הסטנדרטים של עשיית עושר). במובן הכלכלי מפריים אלו אינם רעים, שכן הם משרתים אינטרס חברתי ראוי. כניסתם זו של המתחרים תהיה מוגבלת ותרוסן על ידי ההסתברות שיצטרכו לשלם פיצויים אם וכאשר ייפסק שהם הפרו את הפטנט. בתחילה, כאשר ייכנסו לשוק, הרווח שיוכלו להפיק מן המכירות במחיר שקרוב למחיר המונופול יהווה תמריץ ראוי כנגד הסיכון בפסיקה על הפרה מאוחרת ובהשבת רווחיהם. אולם ככל שימכרו יותר, כך ירד המחיר, וכך ירד גם הרווח השולי. ירידת המחיר תהפוך את המשך המכירות לבלתי כדאי מכיוון שמחירי השוק הנמוכים יותר לא יצדיקו את המשך הפרקטיקה – הרווח השולי יקטן ואילו סכום הפיצויים שהמפר יצטרך לשלם יגדל. הכניסה לשוק תיעצר

הכשל השני נוגע למושכלות יסוד בתחום הפטנטים. הממציא מקבל הגנה בתמורה להעברתו של מידע חדש לחברה. הבדיקה הקפדנית באה לבחון אם אכן מדובר במידע חדש. שערו למשל, מצב שבו הבדיקה בדבר קיומם של פטנטים קודמים אינה מעלה דבר, אך למעשה הפטנט נרשם על המצאה שכבר ניתן עליה פטנט. או, לחלופין, נרשם על ידע שהיה בנחלת הציבור. במצבים אלו החברה משלמת מחיר אשר אין ראוי לשלמו. השאלה במקרים אלו אינה רק דיכוטומית במובן של להעניק או לא להעניק את הגנת הפטנט, אלא מתייחסת גם לרוחבו של הפטנט, למידע שהממציא חייב להעביר לידי החברה ולמגבלות שאפשר להטיל עליו. בדיקה שאינה יסודית עלולה להוביל להקנייתו של פטנט רחב מדי. בהקשר זה אפשר להביא כדוגמה את המקרה של ידע מסורתי שעליו נרשם פטנט. הניחו שידוע בקרב אוכלוסייה מסוימת כי לשימוש בתמצית מפרח מסוים יש אפקט מרפא. חברת תרופות מוצאת דרך להשתמש בחומר באופן מסוננת ורושמת על כך פטנט. הפטנט מנשל אנשים רבים משימוש לא מוגבל בידע שנצבר על הרכיב המצוי בפרח. בכך יש עלות חברתית כבדה, שכן המידע כבר היה מצוי בידי החברה (society) לשימוש כולם, ועם מתן הפטנט יחולו מגבלות על השימוש בו בלא שתהיה בצדן תועלת חברתית ראויה.²⁰⁴ אולם מלבד הצורך לוודא חדשנות, לפירוט הדקדקני בפטנט גם טעמים נוספים. מטרתו של הפירוט היא, בין היתר, להעביר באמצעות הפטנט את כל הידע הטמון בו לידי הציבור כדי שבעל מקצוע שמצוי בתחום יוכל להשתמש בו. ללא הפירוט החברה אינה מקבלת את מלוא התמורה מן ה"עסקה", ולכן תמצא עצמה מפסידה. על כן ויתור על הרישום המפורט והבדיקה יביאו לידי מתן פטנטים על המצאות לא חדשות – לפחות לתקופה מסוימת, עד שייפסלו בדיעבד – וללא הנחלת מלוא המידע הטמון בהן לציבור. אפשר לטעון כי התקיפה המאוחרת תצמצם את הזמן שבו ניתנת הגנת סרק בלא תמורה, אבל בכך לא יהיה כדי

במקום שבו הרווח שיפיקו יתאזן עם חוסר הוודאות שיפסקו נגדם בגין הפרה על תשלומי הפיצוי והשבת הרווחים הכרוכה בכך. נקודה מעניינת לא פחות במאמר היא שלשם שיפור התמריצים של הממציא, אקס אנטה, מציעים המחברים כי תוארך תקופת הפטנט באופן שתפצה את הממציא על הגבלת זכויותיו, הנובעת מחוסר ודאות זה ותעמיד אותו בפני אותה מערכת תמריצים באופן שאלו לא ייפגעו. כלומר היקף זכויותיו של בעל הפטנט יהיה מצומצם יותר. Ian Ayres, Paul Klemperer, *Limiting Patentees' Market Power Without Reducing Innovation Incentives: The Perverse Benefits of Uncertainty and Non-Injunctive Remedies*, 97 MICH L. REV 985 (1998-1999). בעניין זה, ראו דיון בהמשך פרק זה, בטקסט שבין הערות 205-207.

204 דוגמה נוספת היא בדבר מתן הפטנט על האורז הבסמטי. אורז זה זכה להגנת הפטנט בארצות הברית (פטנט מספר 5,663,484 משנת 94) אף על פי שהידע בעניינו היה ידוע להודים רבים שצרכו את האורז הבסמטי במשך שנים רבות. אולם הבוחנים בארצות הברית לא דקדקו בבדיקה. הם חשבו כי מדובר בהמצאה חדשה ולכן הגנו עליה בפטנט. ראו סטיגליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 1704.

לפתור את הבעיה של העברת המידע לידי החברה, הן בדבר תיקים שיגיעו לבית המשפט אגב הפרה והן, ואולי במיוחד, בדבר תיקים שלא יגיעו כלל לידי דיון משפטי. נקודה אחרונה זו מביאה אותי לכשל השלישי, שעניינו שימוש אסטרטגי ברישום פטנט. לעתים די ביתרון קצר מועד כדי לעקוף את המתחרים או למנוע מהם להיכנס לשוק (first mover advantage). על כן גם אם ניתן לחברה מסוימת פטנט, והוא נפסל לאחר תקופה, ייתכן שהפטנט נתן לה יתרון לא הוגן על פני המתחרים והכביד על התחרות.²⁰⁵ שיטת רישום מקוצרת עשויה לעודד שימוש אסטרטגי ברישום פטנט. היא עלולה להביא לידי רישום של פטנטים שאינם בני הגנה רק כדי להרתיע מתחרים. זאת בהיעדר מחיר אמיתי בגין חשיפת השקר: היה ולא יתקפו את הפטנט – מבקשת הפטנט תרוויח; היה ויתקפו את הפטנט – הרי שהמבקשת השיגה יתרון מסוים לטווח קצר. גם היום, לפי השיטה הקיימת, רואים התנהגות שכזו. חברות מגישות בקשות לפטנט רק כדי שיוכלו לרשום על המוצר שלהן את צמד המילים "patent pending", מתוך ידיעה ברורה שבסופו של דבר בקשת הפטנט תידחה. אולם כיום, מכיוון שההליך יכול להימשך שנים מספר, היתרון הוא זמני בלבד, ודחיית בקשת הפטנט מביאה אותו לקצו. במשטר החלופי אי אפשר יהיה לדעת בוודאות מה מוגן ומה לא, שכן, בניגוד לשיטה כיום, ההתנהגות האסטרטגית לא תוגבל להליכי הרישום, והפטנט ייחשב תקף לכל דבר ועניין עד לתקיפתו המאוחרת.²⁰⁶ על כן יותר ויותר אנשים וחברות יחששו להשתמש בו. בהיעדר מנגנון "עונשי" על רישום אסטרטגי מעין זה אין לרישום כמעט עלות, ולכן רבים ינקטו בדרך זו. בכך יעמיק חוסר הוודאות במערכת באשר לפטנטים "תקפים" ושאינם תקפים.

נקודה נוספת וחשובה לעניין הרישום היא בררת המחדל שאותה מייצרים דיני הקניין הרוחני. קשה להפריז בהשפעתה של בררת מחדל זו על עלויות השיטה ועל הנגשת הקניין הרוחני לציבור הרחב. במילים אחרות, הבחירה בבררת מחדל שלפיה יש או אין צורך ברישום משפיעה באופן דרמטי על אפשרויות הציבור להשתמש בקניין הרוחני. בעניין זה

205 ראו רע"א 6025/05 Merck & Co. Inc. נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.2011). אשר קבע כי אין אפשרות להוציא צו מניעה בתקופת הביניים עד הרישום. לכן "נחמה" מסוימת מצויה בכך שהמתחרה יכול להחליט להסתכן ולהשתמש בהמצאה תוך כדי הליכי ההתנגדות. בפסק הדין בערעור ובפסק הדין במחוזי בתל-אביב-יפו בת"א 1080/05 מיום 23.5.2005 יש גם ניתוח מעניין של מאזן ה"עלות/תועלת" החברתי בשאלת צו המניעה בתקופת הביניים.

206 גם כיום תקיפת הפטנט בבית המשפט היא סוג של טובין ציבוריים, שכן התוקף נושא בעלויות התביעה ופסילת הפטנט, ואילו החברה כולה זוכה מאפשרות השימוש בהמצאה שתעבור לנחלת הכלל. במודל שכזה נצפה למצוא השקעת חסר בתקיפת של פטנטים שאינם ראויים להגנה. סיטגליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 1715.

עולים שני מודלים, אשר שניהם קיימים בעולם המציאות: מודל הפטנטים ומודל זכויות יוצרים.

בתחום הפטנטים אומץ מודל של opt in – כדי לזכות בהגנה על הממציא לטרוח, לפנות לבעל מקצוע לשם עריכת הפטנט ולשאת בעלותו הגבוהה. ההנחה היא שאם הממציא או מי מטעמו עושה זאת, הוא רואה בהמצאתו פוטנציאל כלכלי, שאם לא כן, לא היה טורח לשאת בהשקעה. במובן זה, ההשקעה הגדולה ברישום הפטנט היא גורם מסנן להגנה המוענקת מכוח חוק – מי שאיננו מוצא בהמצאתו יתרון כלכלי (או מוצא בה יתרון כלכלי זניח בלבד) ואינו מוכן לשלם את המחיר, לא יקבל הגנה.²⁰⁷ לעומת תחום הפטנטים, בתחום זכות יוצרים אומץ מודל של opt out. המודל לא אומץ כבר מתחילת הדרך ובעבר, בדומה לדיני הפטנטים, כדי לזכות בהגנת זכות יוצרים היה צורך לרשום את היצירה. הדרישות לצורך הרישום והתשלומים הכרוכים בו היו נמוכים לאין שיעור מאלו הנהוגים בתחום הפטנטים, אך הם הצריכו פעולה אקטיבית מצד היוצר. היה והיצירה לא נרשמה, לא ניתנה בגינה הגנה. בשלב מסוים שונתה השיטה,²⁰⁸ וכיום אין עוד להתנות את ההגנה ברישום. די לעמוד בדרישות המהותיות הבסיסיות הקבועות בחוק זכות יוצרים כדי שהיצירה תיחשב יצירה מוגנת. זאת גם אם לא נרשמה בשום מקום, לא מופיע עליה סימן ה-© המוכר ואף לא שמו של המחבר או בעל הזכויות.²⁰⁹ בעקבות זאת, גם שרבוט של ציור על נייר, אגב ישיבה, מבלי משים, יהיה מוגן בזכויות יוצרים. האם הסדר חדש זה יעיל?

במבט ראשון נראה שאין כאן כל בעיה. חוסכים בעלויות הרישום, ואם ירצה היוצר, הוא יוכל לוותר על ההגנה או להימנע מאכיפתה. ולא היא. הבעיה בהסדר הנוכחי נובעת מעלויות הגישה והמשא ומתן שעליהן פירטתי קודם לכן. אכן, במקרים רבים היוצר מוכן לתת לאחרים להשתמש ביצירתו, וברבים אחרים הוא אפילו מוכן לוותר על ההגנה

207 אפשר להתווכח אם הסכומים המשולמים כיום בגין עריכת הפטנט גבוהים מדי או נמוכים מדי. אולם, כאן ברצוני להדגיש את העיקרון שלפיו הנכונות לשלם מעידה על שווי ההמצאה בעיני הבעלים.

208 האיסור על הצבת תנאים פורמליים, ובהם רישום, כתנאי למתן הגנת זכות היוצרים שולב במסגרת הבין-לאומית נקבע בשנת 1908 על ידי תיקון ברלין של אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, בסעיף 5(2) כ"א 21, 259, (נפתחה לחתימה ב-1886) (לאחרונה בבריסל, 1948).

209 אמנם רוב המחברים, לפחות המסחריים, נוהגים להטביע סימנים אלו ביצירה ולצדם כיתוב בדבר בעלי הזכויות, אך אלו אינם תנאי לתחולת ההגנה. עם זאת יש בהם כדי להעניק ליוצר הטבות אשר לא יוענקו לו במקרים אחרים, כגון לשלול את הגנת המפר התמים הקבועה בסעיף 58 לחוק זכות יוצרים.

בכלל.²¹⁰ אולם הציבור הרחב יניח שהבעלות קיימת, ושהיוצר דווקא מעוניין באכיפה של זכויותיו. בהיעדר אינדיקציה מצד היוצר לא ידעו המשתמשים מהו רצונו. היוצר אמנם מוכן לוותר על זכויותיו – כולן או חלקן – אך הדבר כרוך בעלות. מתן רשות שימוש או ויתור על הזכות כרוכים בפעילות אקטיבית מצד היוצר, אשר פעמים רבות אינו נוקט אותה, בין משום שהוא חסר את העניין או הידיעה של המצב המשפטי ובין בשל הטרחה הכרוכה בויתור על הזכות.²¹¹ על כך גם אפשר להוסיף הטיית קוגניטיביות כנגד שינוי הסטטוס קוו.²¹² במצב דברים זה נוצרת עלות חברתית כבדה, משום שהיוצר מוכן לתת לציבור רשות שימוש, והציבור רוצה להשתמש ביצירה, אבל בגין עלויות העסקה הדבר אינו יוצא לפועל. מודל הפוך היה גורס כי אין ליוצר זכות כל עוד הוא איננו מפגין מאמץ מינימלי לשם השגתה. מי שהפגין מאמץ, הראה כי לפחות בשלב מסוים הייתה לבעלות חשיבות מבחינתו, ולכן הואיל לרשום את הזכות, על המאמץ והכסף הכרוך בכך. במעשיו הוא גם מפגין כי הוא אכן מעוניין בזכויות ואינו מוכן לוותר עליהן. זאת ועוד, פרטיו יהיו מצויים במרשם מרכזי, שבו יוכלו המשתמשים לברר מה מצב הזכויות. בעולם שבו הרישום מתחייב, היעדר רישום מלמד על ויתור מצדו של היוצר. הוא יצטרך לפעול באופן אקטיבי כדי להגן על זכויותיו, ובררת המחלוקת תהיה כי החומרים נגישים לשימוש של הציבור הרחב. בעבר, אחת הסיבות לביטול המרשם הייתה הקשיים הכרוכים בו והעלויות המוטלות על היוצר כמו גם היעדר גישה אליו מצד המשתמשים. אולם כיום, עם התפתחות המרשתת והגישה המקוונת לרשם הפטנטים וסימני המסחר, היה אפשר לאמץ בקלות מודל שלפיו הרישום ייעשה באופן מקוון, והמשתמש יגלה בקלות יחסית אם היצירה מוגנת או לא ויחליט באופן מושכל אם להשתמש בה ולמי לפנות לשם קבלת רישיון, אם בכלל.²¹³

לסיכום נקודה זו, ברצוני לגעת לרגע בתחום הסודות המסחריים. גם בתחום זה המשפט אינו דורש את רישום הסוד כדי לזכות בהגנה. עם זאת, בעל הסוד אינו פטור מהשקעת מאמצים שידגימו את מחויבותו לסוד. הוא אינו יכול לנקוט מדיניות של "שב ואל תעשה", ועליו להראות כי נקט אמצעים מינימליים לשמירתו. אם יוכח כי בעל הסוד לא נקט אמצעים מינימליים לשמירתו, יש בכך כדי להראות כי ערכו הכלכלי של הסוד אינו גבוה, וכי אין

210 לכך מצטרפים המקרים שבהם תקופת ההגנה על הזכות פקעה אך הדבר אינו רשום בשום מקום.

211 בהקשר הזה גם עולה שאלה כיצד מיידעים את הציבור הרחב כי היוצר אכן ויתר על זכותו.

212 ראו למשל William Samuelson, Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 J. RISK UNCERTAINTY 7 (1988).

213 לנדס ופוזנר מבקשים ליצור מנגנון מתחדש שבו היוצר יצטרך להפגין את רצונו בהמשך זכויותו מדי תקופה. לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 215.

סיבה אמיתית לחברה להתערב ולמנוע את גילוייו באמצעים משפטיים יקרים תוך הטלת עלויות חברתיות, הכרוכות בהגבלת הגישה למידע.

7. עלויות אכיפה

עלויות אכיפה הן סוג נוסף של עלויות שיש להביאן בחשבון במסגרת קביעת משטר ההגנה המשפטי.²¹⁴ במסגרת האכיפה צריך לאתר את המקרים שבהם מופרות הזכויות, להפסיק את הפעילות המפרה או להביא את המפרים למשפט. האכיפה יכולה להיעשות באופן פרטי, שאז עיקר הנטל מוטל על בעל הזכות, או על ידי המדינה, שאז היא שתישא בעלויות, או על ידי שניהם. שלא כמו בקניין הפיזי, כגון במקרה הפרדיגמטי של גנבה שבו נשלל נכס פיזי מידי הבעלים, הפרות קניין רוחני יכולות להתרחש בו זמנית במקומות שונים בעולם. התקדמות הטכנולוגיה הופכת את עבודת האכיפה במידה רבה לסיזיפית. הורדת אתר מרשתת אחד, לאחר שנמצאו בו סרטים מפרים, תביא מיד להעלאתם של אותם סרטים לאתר אחר, שלא לדבר על תוכנות החלפת הקבצים החדשות יותר, המאפשרות מצב שבו המחשבים המשמשים להורדת חומרים מפרים משמשים בה בעת גם מחשבים שמפיצים את החומרים המפרים לכולי עלמא. במצבים כגון אלו על פי המודל הכלכלי הקלסי, סיכויי תפיסה נמוכים ועלויות אכיפה גבוהות מצדיקים הטלת פיצוי עונשי כדי להפוך את האכיפה לכדאית יותר.²¹⁵

8. עלויות נוספות

עד כה הנחנו כי חדשנות היא דבר טוב ושהחברה מעוניינת לעודדה. אולם לחדשנות פנים רבות, ופעמים יש מחירים שצריך להביאם בחשבון במסגרת השאלה אם נרצה לעודד אותה. מחירים אלו הם חלק מהעלויות של משטר משפטי שמעודד המצאות ויצירות חדשות. פעמים רבות מוצרים חדשים נתפסים כמוצלחים מהקיימים, אולם לאחר זמן מה מתגלה כי למעשה הם גורמים נזקים חברתיים ואין בהם כדי להגדיל את התועלת החברתית, ואולי דווקא להפך. נזקים או עלויות אלו הם חלק מן השיטה ויש להביאם בחשבון. למשל: תרופות חדשות שמקלות תופעות פיזיולוגיות מסוימות אך עם הזמן מתגלה כי למעשה הן גורמות נזקים כבדים או מוצרים טכנולוגיים אשר הציבור מאמץ תחילה בהתלהבות אך

214 זאת, כמוכן, מעבר לעלות שטמונה באכיפה מכוח העובדה שהיא מגבילה את הגישה ליצירה ויוצרת את הנטל העודף שבו דנתי לעיל.

215 ראו למשל A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998).

בהמשך מתברר כי הם גורמים לנזקים. כיום, למשל, ניטש ויכוח סוער על הקרינה של הטלפונים הסלולריים והשפעתה על הבריאות. אמנם עדיין אין הכרעה חד-משמעית בעניין, אך בהחלט ייתכן כי התפתחות טכנולוגית זו כרוכה בעלויות גבוהות שנגבות בבריאות הציבור. לעתים, במאזן הסופי יתגלה כי העלויות גבוהות מן התועלת וכי לכן ראוי להפסיק את השימוש בהמצאה החדשה. בכל מקרה, יש להבין כי הנזק הוא חלק מחבילת החידוש, ובשיקול העלות-תועלת הסופי יש להביאו בחשבון. יש להבין שבעניין זה העלויות אינן מוגבלות לעלויות פיזיות בלבד. פיתוחים והמצאות שונים, למשל, דוחקים רגליהם של עובדים ממקום עבודה מסוים, וגם זו עלות שצריך להביאה בחשבון.

ראוי לציין כי מנגנון הפטנטים המעניק, כפי שראינו, את הזכויות לראשון בזמן ללא פרסי ניהומים יוצר לחץ כבד מאוד על הממציאים והמפתחים להיות ראשונים בתור. לחץ זה עלול לגרום פעמים לחיסכון בפיתוח, ואולי להחמצה של בדיקות שהיו נעשות בעולם שבו מערך התמריצים היה שונה.

יג. צמצום עלויות הקניין הרוחני באמצעות מתן הגנות/פריווילגיות

עד כה עסקנו באיזון העדין שעומד בבסיס דיני הקניין הרוחני – מן הצד האחד הצורך לספק ליוצרים או ממציאים תמריצים מספיקים, אשר בשיווי משקל דינמי יגרמו להם להמשיך ולייצר יצירות והמצאות, ומן הצד האחר הרצון לצמצם את העלויות החברתיות הכרוכות במתן הגנת הקניין הרוחני. עלויות אלו, כאמור, באות לידי ביטוי בהגבלת הגישה ליצירות בנות קיימא לא רק בהקשר של צריכתן הישירה אלא גם, ואולי בעיקר, בהקשר של השימוש ביצירות או בהמצאות קודמות כחומרי גלם ליצירה או המצאה מאוחרת. אחת הדרכים לשמר איזון עדין זה היא באמצעות מערכת ההגנות והפריווילגיות המסופקות בדיני הקניין הרוחני. זכויות הקניין הרוחני מעניקות ליוצר או לממציא כוח שוק. כוח שוק זה הוא פעמים רבות הכוח המניע ליצירה, אך הוא גם מייצר עלויות חברתיות כבדות. כאשר כוח השוק גורם לאבדן כלכלי גדול מדי, במונחים של העלויות שהוא מטיל על הציבור, החברה נוקטת כמה שיטות לצמצם עלויות אלו. כאן באות לכלל ביטוי הפריווילגיות של המשתמשים וההגנות.

בשימוש במילה "הגנות" בפרק זה איני מתכוון דווקא להגנות במובן המשפטי פרוצדורלי, היינו לשאלה על מי מוטל נטל ההוכחה, אלא להגנות במובן המהותי, כלומר לאופן שבו הן משפיעות על עיצובה של הזכות הסופית של הצדדים המעורבים. יתרון של ההגנות הוא באפשרון לבית המשפט גמישות בבואו לעשות כיוון עדין של מערך התמריצים הנתון ליוצרים. גם אם באופן כללי יעיל להעניק את הזכות ליוצר/ממציא, הרי שבמקרים מסוימים יש לסטות מן הכלל לאור מערכות עובדתיות מסוימות, ולהתיר לציבור

או לחלק מסוים ממנו להשתמש ביצירה ללא אישור מצד היוצר ואף ללא צורך בתשלום בגין השימוש.

שיטה אחת לצמצום העלויות החברתיות היא זו שבה יופקעו מן הממציא או היוצר זכויות הווטו לגבי חלק מן השימושים, אשר יותרו לציבור או למתחרים. הפקעה זו של זכויות הווטו אינה שקולה לשלילת הזכות או לביטול התשלום בגינה, אלא יש בה קביעה כי התשלום ייעשה על פי מפתח מסוים שייקבע על ידי גורם חיצוני. מנגנון זה נקרא רישיון כפייה. הוצאתו פועלת באופן שמשפיע על הורדת המחירים בשוק. אפשרות אחרת היא להפקיע מידי היוצר חלק מאגד הזכויות שניתנו בידו, בין באופן כללי ובין באופן ממוקד, לשימושים מסוימים. משמעותה של הפקעה זו היא העברתן של הזכויות או חלקן מידי היוצר לציבור המשתמשים – כולם או קבוצה מסוימת. במובן זה, אפשר לראות בהגנות חלק מעיצוב המשטר הכללי שלפיו לא ראוי שהזכויות יהיו במקרים מסוימים בידי היוצר או הממציא. חלק מאגד הזכויות יעבור לידי הציבור, ובעקבות זאת הוא יקבל זכויות שימוש אשר בגינן לא יצטרך לשלם דבר.

שאלה נוספת שמתעוררת במצבים אלו היא מי מטיל את ההגבלה על היוצר או על הממציא – המדינה או בית המשפט? ובאיזה אופן – באמצעות הכתבת כלל גורף או באמצעות בחינה נקודתית? בבחינה הנקודתית אפשר להביא בחשבון את התנהגותו של בעל הזכויות אך גם את התנהגות המפר. לפיכך אפשר להגיע למסקנה שכאשר השימוש ה"מפר" יביא תועלת חברתית בעלת ערך ולא יגרום נזק חברתי גדול מדי במונחים של פגיעה בתמריצים, נאפשר אותו. המחוקק יכול להשתמש בכמה מנגנונים, אשר כל אחד מהם פועל בצורה שונה. קצרה היריעה מלפרט את כלל ההגנות והמנגנונים, ועל כן אגע רק בשלושה: רישיון כפייה, ביטול פטנט ושימוש הוגן. שני הראשונים מוסדרים בחוק הפטנטים, והשלישי בתחום זכויות היוצרים.

1. רישיון כפייה

כותרתו של סימן א לפרק ז לחוק הפטנטים הישראלי היא "רישיון כפייה". חלק נכבד מן הסימן עוסק במצבים שמוגדרים כ"ניצול מונופולין לרעה", אשר בגינן יש לרשם הפטנטים סמכות להעניק רישיון לנצל את ההמצאה נושא הפטנט. הדגש בחלק זה הוא בהתנהגותו ה"רעה" של בעל הזכות. כך, יראו במצבים שבהם "אין מספקים בתנאים סבירים בישראל את מלוא הביקוש למוצר" ניצול לרעה וגם כאשר "התנאים שהתנה בעל הפטנט להספקתו של המוצר או מתן רישיון לייצורו או לשימוש בו אינם הוגנים בנסיבות העניין ואינם מתחשבים בטובת הכלל והם נובעים בעיקר מעצם קיום הפטנט".

מתי יש צורך ברישיון כפייה? ברור מהדיון עד כה כי המונחים "סבירות" ו"הוגנות" אינם צריכים להתפרש על פי הקריטריונים של שוק תחרותי, שבו יימכר המוצר בסכום ששווה לעלות הייצור השולית, שכן פרשנות כגון זו תשלול מבעל הפטנט את האפשרות

להחזיר לעצמו את ההשקעה הגדולה בפיתוח. אולם המשפט אינו מאפשר לבעל הפטנט לעשות ככל העולה על רוחו. כאשר העלויות החברתיות שבעקבות הפטנט גבוהות מדי, הוא מאפשר לפנות למנגנון של רישיון כפייה. המקרה הקלסי שבו ייעשה שימוש ברישיונות כפייה הוא זה שבו הוצאות העסקה הן גבוהות ועל כן מסכלות באופן שיטתי עסקאות בין הצדדים. רישיון הכפייה מייצר את הצורך בהתדיינות בין הצדדים ומאפשר שימוש בהמצאה בעלות סבירה, שנקבעת על ידי הרשם. פנייה לרישיונות כפייה תיעשה גם במצבים שבהם הצדדים אינם מפנימים את התועלת מהעסקה ביניהם שכן התועלת מוחצנת על החברה כולה. במקרים כאלו ייתכן שהמחיר שמבקש הרישיון מוכן לשלם נמוך מהמחיר שבעל הפטנט דורש, שכן מבקש הרישיון אינו מפנים את התועלת החברתית שנובעת מקבלת הרישיון, ועל כן לא תתבצע עסקה (מחיר, לעניין, זה הוא רק פרמטר אחד בעסקה, אך ייתכן שבעל הפטנט ידרוש תנאים נוספים שמבקש הרישיון לא יוכל לעמוד בהם). במקרים שהתועלת החברתית מן העסקה היא רבה, החברה יכולה להתערב ולקבוע מחיר שיחייב את מבקש הרישיון, ללא צורך בהסכמתו של בעל הפטנט. למשל, אם המחיר המבוקש על ידי בעל הפטנט הוא 150, והמחיר שמבקש הרישיון מוכן לשלם הוא 100, לא תתקיים עסקה. אולם אם התועלת החברתית בעסקה שכוזר עולה על 100, והיא למשל 200, ייתכן שהחברה תכפה על בעל הפטנט את העסקה. יש לזכור כי כפייה שכוזר פוגעת בתמריצים של בעל הפטנט ומקטינה את רווחיו, ועל כן שאלה היא על כמה צריכה לעמוד אותה תועלת חברתית מוחצנת כדי להצדיק הרישיון. שוב, במסגרת השיקולים אין להביא בחשבון רק את העלויות והתועלות החברתיות בשיווי משקל סטטי, אלא גם את אלו שיבואו לכלל ביטוי בשיווי משקל דינמי.

קריטריונים למתן רישיון כפייה. חשוב להדגיש כי במקרים אלו רישיון הכפייה אינו ניתן לכולי עלמא אלא רק למבקשים אשר עומדים בתנאים מסוימים, שעניינם בעיקר התאמתו של בעל הרישיון להוריד את העלויות החברתיות שבגינן הוא ניתן. רישיון הכפייה נתפס כמכשיר לתיקון עדין של העסקה הבסיסית העומדת בבסיס ההגנה. מסיבה זו, הרשם מחויב במסגרת החלטתו להביא בחשבון לא רק את התנהגותו של בעל הפטנט או את צד העלות, אלא גם את צד התועלת החברתית – זו שצומחת מההגנה אך גם זו שתצמצם מרישיון הכפייה. בעניין זה קובע החוק בסעיף 122 רשימה של שיקולים שבהם, בין היתר, חייב הרשם להתחשב. למשל, על הרשם לבחון את יכולתו של מקבל רישיון הכפייה לרפא את הפגם שבשלו נתבקש הרישיון (למשל אם יוכל להגדיל את ההיצע הגדלה ניכרת). הוא גם צריך לשים לנגד עיניו את העובדה שטובת הציבור מחייבת דרך כלל כי המצאות שאפשר לנצלן בישראל בדרך של ייצור או יבוא ינוצלו בהיקף רחב. מנגד, הוא צריך להביא בחשבון גם את התמורה הסבירה שצריך הממציא לקבל ואת שמירת זכויותיו של מי שמנצל בישראל את ההמצאה בדרך ייצור או יבוא. אל כל אלו מצטרפים השיקולים של טבע ההמצאה, הזמן שחלף מאז שניתן הפטנט (כקירוב לשיעור ההכנסות) והצעדים שנוקט בעל הפטנט לשם

ניצול ההמצאה. כאן השאלה היא אם באמת בעל הפטנט מנצל את ההמצאה, או משתמש בה, למשל, באופן אסטרטגי למנוע שימוש מאחרים. זאת ועוד, הסכם TRIPS מאפשר במקרים של צורך לאומי, כגון מצב חירום רפואי, להוציא רישיונות כפייה לתקופה מסוימת בתנאים מקלים.²¹⁶ זאת אף מבלי לנסות ולבקש את אישור הממציא לשימוש בהמצאתו – תנאי שמתחייב בדרך כלל טרם הוצאת רישיון הכפייה. מקרים אלו מאופיינים בכך שבשל התנאים הנקודתיים שנוצרו העלות החברתית הכרוכה בכוח השוק שניתן לממציא גבוהה מדי, ועל כן יש צורך לשנות את תנאי העסקה באופן נקודתי. במצבים אלו, היות שנוצר צורך לא צפוי, הסיכוי שייפגעו התמריצים של בעל הפטנט קטנים: הן בגלל היעדר הצפי של המצב והן משום שבאותם מקרים הצריכה גדלה באופן לא פרופורציונלי למצב הרגיל, ועל כן גם אם שיעורי הרווח קטנים יותר, התמורה הכוללת הצפויה מראש נשארת בעינה. במונחים של פגיעה בתמריצי הממציא – פגיעת רישיונות הכפייה חמורה פחות מהפקעת הזכויות, שכן היוצר יקבל תשלומים בגין השימוש בהמצאה אך הם לא ייקבעו על פי רצונו, וסביר להניח שיהיו נמוכים ממה שהיה קובע בעצמו. חלק ניכר בשאלה אם רישיון הכפייה יהיה יעיל תלוי בקביעה נכונה של המחיר שישולם בגינו. כדי להגן על האינטרסים של הממציא קובע החוק כי בהליך של רישיון כפייה יהיה אפשר להשתמש רק לאחר שלוש שנים מיום שניתן הפטנט, או ארבע שנים מיום הגשת בקשת הפטנט, וזאת כדי לשמר תקופת זמן שבה לממציא תהיה בלעדיות והוא יהיה "בלתי פגיע" ובעל שליטה מוחלטת על המצאתו וניצולה.²¹⁷

פטנט אחר פטנט. משקל מיוחד לעלויות החברתיות שבאי-ניצול הפטנט והסיכון שיש בהן כדי להשפיע על התמריצים לפתח, ניתן במקרים של פטנט אחר פטנט. במקרים אלו יש פטנט מאוחר שנסמך על פטנט קודם או משפרו, אולם בעל הפטנט המוקדם מונע מזה המאוחר לנצל אותו. החברה נמצאת במצב שבו כדי שתזכה להשתמש בהמצאה המאוחרת, יש צורך בהסכמת שניים – הממציא המוקדם והממציא המאוחר – שלא כמו המקרה הרגיל, שבו השימוש מותנה בהסכמתו של ממציא אחד. מקרה זה מאופיין כמונופול ביילטרלי – כל צד צריך את האישור של הצד האחר כדי להשתמש בהמצאה המשופרת, ולשני הצדדים יש

216 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Art. 31, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, THE LEGAL TEXTS: THE RESULTS OF THE URUGUAY ROUND OF MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS 320 (1999), 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197 (1994)

217 מלבד זאת, עצם קיומו של מוסד של רישיון כפייה הוא כלל רקע חשוב שמכוון התנהגות של בעלי פטנטים – הם עלולים לחשוש מהפעלת מנגנון הכפייה, והדבר יביא לריסון כוח השוק שקיים בידם. מובן שכדי שזה יקרה, בעלי הפטנט צריכים לדעת על אפשרות הכפייה, ורשם הפטנטים צריך להפעיל אותה מדי פעם כדי שהחשש יהיה אמתי ואפקטיבי.

זכות וטו. מקרים שכאלו מתאפיינים בספרות הכלכלית כמצבים שיש בהם הוצאות עסקה גבוהות, ועל כן הסיכוי להגיע לעסקת שוק הוא לרוב נמוך. מכך החברה יוצאת נפסדת, שכן היא שילמה את חלקה במונחים של מתן ההגנה להמצאות, אך היא אינה מקבלת תמורה. על כן התערב המחוקק וקבע כי בנסיבות מעין אלו רשאי הרשם לתת רישיון כפייה, ובלבד שיש בהמצאה המאוחרת תועלת חברתית רבה ובעלת ערך כלכלי לעומת ההמצאה המוקדמת. במילים אחרות, הנוק החברתי שבאי-ההסכמה של בעל ההמצאה הראשון הוא גדול, ועל כן החברה תימצא נפסדת אם השניים לא יגיעו להסדר. ההסדר שנקבע על ידי המחוקק במקרים אלו הוא סימטרי. אמנם בעל ההמצאה המאוחרת יקבל רישיון כפייה להשתמש בהמצאה המוקדמת, אך אם שתי ההמצאות משמשות לאותה המטרה, הרישיון יינתן בתנאי שבעל ההמצאה המאוחרת ייתן אף הוא רישיון דומה לבעל ההמצאה המוקדמת. כך גם הממציא המוקדם וגם המאוחר יוכלו להשתמש בשתי ההמצאות. הדבר יביא למצב שבו יהיו בשוק שני שחקנים, והסיכוי שהמחיר ירד – יגדל. דרך נוספת לבחון את העניין היא מנקודת הראות של הממציאים לפני ההמצאה ואחריה. ללא המנגנון של רישיון הכפייה, ייסחט הממציא השני על ידי הממציא הראשון אשר יגבה ממנו את כל רווחיו. הוא יסכים לשלם לו את כל רווחיו בעבור הרישיון רק כדי לצמצם את ההפסד הכרוך בהשקעה הראשונית שכבר נעשתה על ידיו. אולם ביודעו מראש כי ישלם לממציא המוקדם את כל רווחיו, לא ייכנס הממציא המאוחר למיזם מלכתחילה.²¹⁸ רישיון הכפייה פותר בעיה זו. באופן דומה אפשר לבחון את מערך התמריצים של הממציא הראשון. אם היה יודע שרק הממציא השני יקבל רישיון כפייה, ייתכן שלא היה מפתח את ההמצאה הראשונה, שכן מרגע שיינתן לממציא השני אישור להשתמש בהמצאה השנייה, פעמים רבות לא יהיה שוק להמצאה הראשונה, והמצאתו תרד לטמיון. מתן רישיון כפייה פותר גם את בעיית התמריצים שלו.

2. ביטול פטנט

כותרתו של סימן ב לפרק ז היא "ביטול פטנטים בשל טובת הציבור". צעד זה, של ביטול פרמננטי של הפטנט, הוא צעד דרמטי, שכן בניגוד למקרה שבו ניתן רישיון כפייה, ביטול הפטנט מפקיע מבעליו את הזכות לקבל תמורה בגין השימוש בפטנט ולא רק אל מול אדם

²¹⁸ מונופול בילטרלי, מוסבר, למשל באופן הבא: "A monopoly on one side of the market finds its power neutralized by the appearance of a monopoly on the other side of the market. There thus develops a system of checks and balances built on the foundation of bilateral power concentrations" (Walter Adams, *Competition, Monopoly and Countervailing Power*, 67 Q. J. ECON. 469, 475 (1953)) להבדיל ממונופול בילטרלי רגיל, הממציא הראשון יכול להמשיך ולהשתמש בהמצאה שלו, ולעומתו בעוד השני איננו יכול לעשות בה דבר, ובכלל זה אפילו לא להחזיר לעצמו את עלויות הפיתוח.

אחד אלא כלפי הציבור כולו. בכך יש משום פגיעה חמורה בתמריצים לפתח, שכן אם הממציאים יסברו, אקס אנטה, כי הסיכוי לביטול הפטנט גבוה, הם יהססו אם לפתח המצאות חדשות. לחלופין, יגרום הדבר לממציאים להעדיף לשמור את המידע על ההמצאה קרוב ללבם באמצעות שימוש בהגנת הסוד המסחרי. לכן קובע סעיף 129 כי ביטול פטנט ייעשה על ידי הרשם, רק אם שוכנע שאין בהסדר של מתן רישיון כפייה כדי למנוע ניצול לרעה של המונופולין שהיה העילה למתן הרישיון, וגם זאת רק לאחר שנתיים מיום שניתן לראשונה רישיון כפייה. כלומר, הביטול ייעשה רק בנסיבות מחמירות, שבהן אין די ברישיון הכפייה כדי לרפא את ה"נזק" החברתי שנגרם על ידי בעל הפטנט.

צעד דרקוני פחות לצמצום הכוח המונופוליסטי אפשר למצוא בארצות הברית בדוקטרינה המשפטית של "ניצול לרעה של פטנט".²¹⁹ על פי דוקטרינה זו, בתביעה בגין הפרת פטנט המפר יכול להעלות טענת שימוש לרעה בפטנט מצד הממציא, ובעקבות זאת יכריז בית המשפט על הפטנט בלתי אכיף – עד לחזרתו בו של בעל הפטנט ממעשי הניצול. עד היום הגישה הרווחת היא כי אפשר להשתמש בדוקטרינה זו רק כמגן ולא כחרב. במילים אחרות, למתחרים אין אפשרות לתקוף את הפטנט באמצעות הדוקטרינה, אבל, אם וכאשר בעל הפטנט יחליט לתבוע אותם על הפרה, טענה זו תעמוד להגנתם. הנקודה המעניינת היא שאף על פי שהטענה מועלית בדרך כלל על ידי נתבע ספציפי, ההכרזה תקפה כלפי כולי עלמא. במילים אחרות, טענת ניצול לרעה מביאה להשעיה זמנית של האכיפה ביחס לחברה כולה ולא רק ביחס לאדם הספציפי שהעלה את הטענה במסגרת התביעה נגדו.

מי שמכריע בדבר תקפות ההגנה הוא בית המשפט ולא רשם הפטנטים. היא תינתן רק כאשר בית המשפט יראה שהשימוש שנעשה בפטנט בפועל פגע בחברה פגיעה ניכרת, ולא כאשר הפגיעה היא בגדר פוטנציאל בלבד. הגנה זו נולדה בתגובה למקרים שבהם הממציא ניסה להרחיב את הפטנט מעבר למה שבית המשפט תפס כתחום הפטנט הלגיטימי. למשל, בדרך של כבילת שירות בשירות או באמצעות תיאום מחירים. לדוקטרינה זו יש תחום השקה נרחב עם דיני ההגבלים העסקיים, ויש הטוענים שלמעשה אין לה חיות נפרדת במנותק מהם.²²⁰ הסעד מכוח הגנה זו אפקטיבי מאוד ומהווה תמריץ לבעל הפטנט להיזהר באכיפה ובהגשת תביעות. ההגנה תישאר בתוקף עד לתיקון ההתנהגות הסוררת מצד בעל הזכות.

האם המנגנון יעיל? בהנחה שבעל הפטנט מנכס לעצמו נתח גדול מזה שהחברה העניקה לו, הוא יוותר ללא אפשרות לאכוף את זכויותיו. הממציא, בהנחה שהוא חורג מגדר

219 בארצות הברית קיימת דוקטרינה כזאת גם בהקשר של זכות יוצרים. ראו בעניין זה Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F. 2d 970 (4th Cir. 1990).

220 ראו למשל את גישתו של השופט פוזנר ב-, Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc., 816 F. 2d 1191 (7th Cir. 1987).

המונופול, יהסס לפני שיגיש תביעה שתשעה את המצאתו. הוא אף עלול להירתע מלהיכנס לסיטואציה שכזו מלכתחילה, או אם נכנס, לחזור לדרך המלך. אולם יש לזכור שמדובר בהשעיית הזכות או בהשעיית אכיפתה ולא בביטולה. לכך יתרונות וחסרונות: מצד אחד, נוצר כאן איום ממשי של מערכת המשפט באשר לסוג מסוים של התנהגויות; מהצד האחר אין בהשעיה הזמנית כדי לעודד תחרות כוללת משום שהסעד ניתן רק כל עוד הכוח מנוצל לרעה. מתחרים לא יוכלו להסתמך על סעד זה לאורך זמן ולהיכנס לשוק בידיעה שחלים בו תנאים של שוק תחרותי. על כן ייתכן שאף על פי שדה פקטו הפטנט לא ייאכף, מתחרים לא "יפרו" אותו באופן שיטתי מתוך ידיעה שבשלב מסוים הוא יהיה שוב בתוקף, ואז יחויבו המפרים בפיצויים בשל ההפרות העתידיות, או גרוע מכך, יוצא נגדם צו המורה על הפסקת השימוש.

3. שימוש הוגן

אולי הדוגמה המובהקת ביותר לשימוש בהגנות²²¹ במסגרת הקניין הרוחני היא של הגנת השימוש ההוגן. על פי הגנה זו, הקבועה בסעיף 19 לחוק זכות יוצרים הישראלי (הגנה דומה קיימת גם בחוק האמריקני): "שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך". החוק מוסיף וקובע כי לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה יישקלו בין היתר ארבעת הפרמטרים האלה: מטרת השימוש ואופיו; אופי היצירה שבה נעשה השימוש; היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה; השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה. כאן מתעוררת באופן מידי השאלה כיצד יש לשקול פרמטרים אלו וכיצד יש לאזן ביניהם – האם, למשל, יש לתת לכל אחד מהם משקל זהה או שונה, והאם המשקל היחסי יכול להשתנות ממקרה אחד למשנהו על פי חשיבותו היחסית של כל אחד מן הפרמטרים. כמו כן, עולה השאלה מה היחס בין הפרמטרים הקבועים בחוק לבין הזכות הכללית המוקנית ליוצר.

במקרה של הגנת השימוש ההוגן מטרתם של המחוקק (בהתוויית הכללים של ההגנה) ושל בית המשפט (בפרשנותו אותם) המבקשים להשיא את היעילות היא לקבוע, בהתייחס לשימושים שונים בקניין רוחני, את הקומבינציה אשר תשיא את התועלת באופן שיביא

221 אני משתמש במילה "הגנות" באופן רחב, הכולל את מכלול אפשרויות הצרכן להשתמש ביצירה או בהמצאה בניגוד לרצון היוצר או הממציא או ללא הרשאה מצדם, וזאת מבלי להתייחס לשאלת נטל ההוכחה המוטל על הצדדים או לאפיון הזכות. במובן זה, ההגנות מכסות גם את המקרים של שימושים מותרים או של זכויות משתמשים. בעניין זה ראו פרק ד' לחוק זכות יוצרים שכותרתו "שימושים מותרים", ואשר יש הטוענים שמעניק למשתמשים זכויות שימוש. בעניין זה ראו, למשל, אלקין-קורן, זכויות משתמשים, לעיל הערה 72.

בחשבון את התמריצים ליוצר ואת הפחתתם בשל התרת ההפרה, אך גם את הנזק החברתי שנגרם בעקבות מניעתם של השימושים המפריים או דרישת תשלום בגינם.²²² במאמר סמינלי הציעה פרופסור ונדי גורדון לבחון את הגנת השימוש ההוגן ואת הפרמטרים הקבועים בה כמנגנון אשר נועד להתגבר על כשלי שוק הנוגעים לשימוש ביצירות, ואשר מונעים עסקאות רצוניות בין בעל הזכות לבין משתמשים פוטנציאליים.²²³ על פי גישה זו, דוקטרינת השימוש ההוגן צריכה להביא בחשבון את זכותו של היוצר לקבל שכר עתידי בגין השימוש ביצירתו ואף את זכותו לשליטה בשימושים שייעשו בה, אך גם את העובדה שלעתים זכויות אלו ייסוגו בפני הצורך החברתי שבמתן גישה ליצירות. היא מכירה בכך שלעתים רצוי כי פרטים ישתמשו ביצירה או בחלקה ללא קבלת אישור מצד היוצר ואף ללא צורך לפצותו בגין השימוש. במובן זה, הגנת השימוש ההוגן צריכה להיתפס כסוג של תגובה שיפוטית לכשלי שוק בתחום זכויות היוצרים. הגנה זו חשובה במיוחד בעולם ש"כופה" את זכויות היוצרים כבררת מחדל, שכן עולם שכזה מגדיל את כמות האנשים שעמם היוצר צריך להתדיין ואת חוסר הוודאות באשר לשאלה אם הבעלים מותר על זכותו.²²⁴

גורדון מאמצת את גישתו של קואס כבסיס שעליו מושתת הניתוח המשפטי. הכבידה (הגרביטציה) הכלכלית – או במילים אחרות: השוק והעסקאות בו – תביא ברוב המקרים לידי כך שהזכויות והשימושים ביצירות ימצאו את מקומם בידי הגורם שמעריך אותם יותר ומסוגל להפיק מהם את מרב התועלת. דיני הקניין הרוחני מאפשרים קיומו של שוק באמצעות שילובם של כמה אלמנטים בסיסיים: יצירת זכות קניינית והקנייתה ליוצר, הנמכתן של הוצאות העסקה למסחר בזכויות המוקנות, הספקת מידע לציבור באשר לזהות הבעלים של הזכויות ויצירת מנגנון כפייה שיכוון את הציבור לפעולה במסגרת השוק

222 השוו בעניין זה בש"א (מחוזי ת"א) 11646/08 *The Football Association Premier League Ltd* נ' פלוני, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן (פורסם בנבו, 2.9.2009): "לצורך עידוד היצירה, מאפשרים ליוצר ליהנות, הנאה בלעדית, לתקופה מסוימת מפירות יצירתו. לכאורה, הנאה בלעדית כזו מחייבת איסור על כל שימוש אחר ביצירה. אולם, יד ביד עם דיני זכויות יוצרים, נקבעו זכויות מסוימות למשתמשים, המאפשרות שימוש מסוים ביצירות, גם ללא נטילת רשות מבעלי הזכויות. הצורך באיזון נובע מכך שמתן זכות יוצרים ביצירה, מטיל מגבלות על חופש הביטוי, הזכויות התרבותיות, חופש היצירה וחופש המידע. השימושים המתירים, ובראשם השימוש ההוגן, מדגישים את האינטרס הציבורי בשימוש חופשי ביצירות התרבות ובהנגשתם לציבור רחב ככל האפשר."

223 Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLM. L. REV. 1600 (1982) (להלן – גורדון).
224 Copyright in Books, לעיל הערה 47.

ושימנע את עקיפתו. למשל, באמצעות המנגנון של רישיונות וסחר בזכויות מתאפשרות עסקאות בין צדדים.²²⁵

עם זאת, לעתים, למרות ההסדרים המשפטיים, קיימים כשלי שוק אשר מונעים עסקאות בין הצדדים. למשל, קיימים מקרים שבהם ניהול משא ומתן כרוך בהוצאות גדולות מאוד; מקרים שבהם יהיה זה בלתי ישים להשיג אכיפה משפטית על צדדים שלישיים אשר לא קנו את היצירה אך הם נהנים ממנה, או מקרים אחרים שבהם השוק ייכשל. דרך אחת להתמודד עם נסיבות שכאלו, שבהן הכשל הוא מערכתי ונשנה, היא באמצעות חקיקתם של רישיונות כפייה.²²⁶ דרך אחרת להתמודד עם כשלי שוק היא באמצעות הגנת השימוש ההוגן. מכיוון שהצדדים אינם יכולים להגיע לכלל עסקה, בית המשפט יעריך אם השימוש הוא יעיל ומקדם את המטרות שלשמן נחקקו חוקי זכויות היוצרים, ועל פי זה יחליט אם להעניק הגנה או לא. אם יחליט להעניק הגנה, הוא יפסוק שהשימוש ראוי ויאפשר אותו. טענתה של גורדון במאמר הייתה כי יש להעניק למפר את הגנת השימוש ההוגן בתנאים המצטברים הבאים: 1. קיים כשל שוק מוכח; 2. העברת השימוש בזכות לידי המפר רצויה מבחינת חברתית שכן יש בה משום הגדלת התועלת הכללית; 3. שימוש בהגנת השימוש ההוגן לא יפגע פגיעה גדולה בתמריצים של התובע, בעל זכות היוצרים.

באשר לתנאי הראשון אומרת גורדון שהיות שהמערכת בדרך כלל מסתמכת על עסקאות שוק לקידום התועלת החברתית, אין די – לשם מתן ההגנה – בהבנה של בית המשפט כי העברת השימוש מהתובע לנתבע תגדיל את התועלת החברתית. פסיקה שכזו, שתעניק הגנת שימוש הוגן בכל פעם שהתועלת החברתית גדולה מהנוק ליוצר, תשלול למעשה מן היוצרים את האופי הקנייני של ההגנה בדיוק כאשר הם נתקלים במצב שבו המשתמשים יכולים לשלם על השימוש. אף על פי שקיימים מקרים רבים שבהם העברת הזכות באמצעות שימוש הוגן יכולה להיות יעילה מבחינה חברתית, אין סיבה לכפות זאת על הצדדים בכל מקרה כזה, שכן רוב הסיכויים שהעסקה תתרחש מרצון.

המקרים שבהם השוק איננו מתפקד כראוי הם רבים ומגוונים. אמנם המקרה הפרדיגמטי של עלויות עסקה גבוהות הוא יחסית קל לבדיקה וליישום,²²⁷ אך קיימים מצבים אחרים,

225 כדי למנוע מעקף של השוק נקבע, גם כי במקרים מסוימים, הפרת זכויות בתחום הקניין הרוחני תיחשב לעברה פלילית, ופעמים, גם אם לא תיכנס לגדר המתחם הפלילי, יינתנו בגין ההפרה פיצויים עונשיים.

226 ראו דיון בעניין זה בתת-פרק 13 א לפרק זה.

227 שערור, למשל, מצב שבו על המשתמש לפנות לגורמים רבים, שלהם בעלות בחלקים שונים ביצירה כדי להשתמש בה. הצורך להתדיין עם כמות גדולה של בעלים כדי לקבל אישור לשימוש ביצירה מייקר את המשא ומתן, מגדיל את עלויות העסקה ועלול להביא את המשתמש לידי ויתור על השימוש או, לחלופין, לבחור "להפר" את הזכויות מבלי לבקש את רשות הבעלים. הכרה במקרים אלו בהגנת השימוש ההוגן תכשיר את ההפרה. ראו למשל את ת"א

מסובכים יותר, שמהם אסור להתעלם. כך יהיה במקרים שבהם ההתנהגות של המפר מחצינה תועלת חיובית על השוק ועל כן אינה באה לכלל ביטוי בעסקה רצונית בין ה"מפר" ליוצר. במקרים אלו העסקה לא תצא אל הפועל הגם שייטכן כי התועלת החברתית בה היא כזו שאילו הייתה מופנמת, היה המפר משלם מספיק כדי שהיוצר יתיר לו שימוש ביצירה. דברים אלו נכונים אולי במיוחד כאשר מטרתו של המפר אינה הפקת רווחים מן השימוש ביצירה. במצב שכזה השאלה כמה הוא היה מוכן לשלם רלוונטית פחות. מקרים אחרים שבהם קיים כשל שוק אינהרנטי הם אלו שבהם בעל הזכויות מסרב להעניק רישיונות לשימוש בהן בשל רצונו שהמידע לא יופץ או כי פעילות מסוימת לא תבצע – בגלל אופי המידע או אופי הפעילות. במקרים אלו סביר פעמים רבות להניח כי הציבור, כמכלול, דווקא ירוויח מהפצת המידע. דוגמה לכך הוא ציטוט מתוך ספר לצורך ביקורת שלילית על הספר או יצירה נגזרת אשר מטרתה להגחך יצירה מקורית או להעמידה באור ביקורתית. שני השימושים לא יעלו בקנה אחד עם רצונו של היוצר הראשון, ואולי אף יגרמו לו אבדן רווחים. אך דיני היוצרים אינם משמשים לצורך מתן הגנה מפני אבדן רווחים שכזה. חשוב להבין שכשל השוק במקרים כגון אלה הוא אינהרנטי לפעילות. בעולם שבו המבקר יצטרך לקבל את אישורו של היוצר לצורך כתיבת ביקורת, לא תהיינה ביקורות רעות והביקורת תאבד מטעמה. מוסד הביקורת והרווח החברתי שבצדו יכולים להתקיים רק בהקניית מרחב מחיה רחב למבקר לצטט את היצירה. בהנחה שלא תיתכן עסקה רצונית בין הצדדים (שכן עסקה שכזו אינה רגישת מחיר), המשפט צריך להכיר בכשל השוק כאינהרנטי לסוג הפעילות ולפרוס הגנה רחבה ל"מפר". כך עשה בית המשפט בכל הקשור לפרודיה ולסטירה, אשר הוכרו במקרים שבהם הגנת השימוש ההוגן תתפרס בצורה רחבה.²²⁸

לגישה של גורדון, הוכחת קיומו של כשל שוק היא תנאי הכרחי להכרה בהגנה. הכרחי אך לא מספיק. התנאי השני שנדרש לתחולת ההגנה הוא כי בית המשפט יתרשם לשימוש מושא הדיון יהיה ערך חברתי רב יותר בידיו של "המפר" מזה שבידי בעל זכות היוצרים. לשימוש המפר חייב להיות ערך חברתי חיובי כלשהו, הנובע מהצורך להשתמש ביצירה המופרת (בשונה מערך חברתי כללי שמתווסף בעקבות יצירתו של המפר), שאם לא כן דינו

(שלום ת"א) 66737/03 הארגון היציג של המבצעים בישראל נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ (פורסם בנבו, 4.5.2005), שם אומר בית המשפט את הדברים האלה: "גם המשמיעים עצמם נתקלים בבעיות לא פשוטות אשר לא אחת גורמות להן להפר את החוק ביודעין. ליצירה אבות רבים ומשכך מרובה היא בבעלי זכויות יוצרים אשר יש לשלם להם תמלוגים בטרם השמעה. לא אחת לא יודע המשמיע מיהם כל אותם בעלי זכויות היוצרים, ואף אם ישלם לאחדים מהם, ימצא מפר את זכויותיהם של הבעלים האחרים". כפי שנראה להלן, לעתים יש דרכים נוספות/אחרות להתגבר על כשל השוק, דוגמת הקמת ארגון יציג אשר יעניק רישיונות שמייכה לשימוש ביצירות, שאז לא יקום צורך להשתמש בהגנת השימוש ההוגן.

228 ראו בעניין זה למשל את הדיון בעניין גבע, לעיל הערה 16.

של השימוש המפר נחרץ שלא להיות שימוש הוגן. דרך אחת לבחון התקיימותו של תנאי זה היא לשאול אם, בהנחה שהשוק היה מתוקן, היו הצדדים מגיעים לידי עסקה רצונית שתתיר את השימוש.²²⁹ כך, במקרים שבהם הנזק ליוצר מהשימוש המפר הוא קטן, סביר להניח שאלמלא כשל השוק היו המפר והיוצר מגיעים לעסקה.²³⁰ אולם הסכמה היפותטית היא מכשיר אחד בלבד מבין אלה שבהם אפשר להשתמש לשם עריכת מאזן עלות-תועלת ואין להסיק, כמובן, שמדובר במכשיר בלעדי. בעולם שבו קיימים כשלי שוק, אי אפשר להסתמך אך ורק על עסקאות רצוניות, ואפילו לא על הסכמה היפותטית, לשם הפצת המידע, ויש צורך במנגנונים נוספים שיעזרו בהפצתו. לכשל השוק פנים רבות. לעתים הוא נוצר במצבים שבהם השימוש ה"מפר" אינו מסחרי באופיו, והוא מחצין תועלות לציבור, וכך המחיר שהמפר היה מוכן לשלם יהיה נמוך מזה שהיה מתבקש על ידי בעל הזכות גם אם הצדדים היו יכולים לתקשר ביניהם. ריפוי כשל השוק במקרה שכזה מחייב תיקון גדול מזה שמתמקד רק ביכולת ההתקשרות בין הצדדים, שכן עליו להביא בחשבון גם את התועלת הציבורית שנובעת מהמעשה המפר ושאינה מופנמת אל מערכת היחסים ביניהם.²³¹ במסגרת חישוב התועלת אל מול העלות יש להביא בחשבון גם את הערך החברתי שייגרע אם המפר

229 נקודה מעניינת שראוי להזכיר בהקשר זה מתייחסת לתשלומי ההעברה בין המשתמש לבעל הזכות. אפשר היה לסבור כי מתן אפשרות שימוש סטטוטורית שנגזרת מאותה הסכמה היפותטית מחייבת גם מתן פיצוי בגין השימוש בשווי של אותה הסכמה. אולם, גורדון מציינת שהמטרה של ההסכמה היא לצורך אומדן התועלת החברתית ולא התועלת האישית של המשתמש, ועל כן, גם אם בית המשפט מגיע למסקנה שהצדדים היו מגיעים לעסקה רצונית, לא נגזר מכך בהכרח שה"מפר" צריך להעביר תשלום לבעל זכות היוצרים. אילו היה מתבצע תשלום, היה בכך כדי לשנות את חלוקת העושר בין שני הצדדים, אך בשל אופיו של התשלום כ"תשלום העברה" גודל העוגה לא היה משתנה, ולכן מן האספקלריה של היעילות אין לתשלום כל נפקות. גורדון, לעיל הערה 223, בעמ' 1617-1618.

230 לשם הבהרת נקודה זו אפשר להיעזר בדוגמה: ציטוט ממאמר של אחר לצורך עבודה אקדמית נחשב בדרך כלל לשימוש הוגן. זאת, משום שבמקרה שכזה עלות הפנייה ליוצר לשם קבלת רשות שימוש ביצירה היא גדולה, ואילו הנזק שנגרם לו מן השימוש הוא קטן. גם התועלת מהרחבת הידע תהיה גדולה יחסית. אפשר להניח כי שימוש שכזה ייחשב שימוש הוגן, שכן הצדדים היו מסכימים לו במקרה של הוצאות עסקה נמוכות.

231 גם אם אי אפשר להניח הסכמה היפותטית, או אף אם ברור כי הסכמה זו לא הייתה ניתנת, ייתכן שהתנאי השני מתקיים. למשל, סימון על ספר שקובע כי ההעתקה אסורה ישלול את תוקף ההסכמה אך לא בהכרח ימנע מבית המשפט לקבוע כי מדובר בשימוש הוגן בהתחשב במאזן עלות התועלת ביחס לחלק מן השימושים המפרים. ראו גורדון, לעיל הערה 223, בעמ' 1643. תוצאה זו אינה צריכה להפתיע, שכן אפשר להשוות אותה לתחום הרשלנות. גם ללא הסכמה היפותטית לגרימה הנזק קיימים מקרים שבהם לא ניתן פיצוי בשל האיזון החברתי הכללי שמביא בחשבון גם שיקולים חיצוניים לצדדים עצמם.

הפוטנציאלי יהיה מנוע משימוש בחומרים המוגנים, ובעקבות זאת יהיו יצירותיו הנגזרות מעטות יותר ובאיכות ירודה.²³²

עניינו של התנאי השלישי והאחרון הוא היעדר פגיעה ניכרת בתמריצו של היוצר. תפקידו של תנאי שלישי זה הוא לשמר את היחס שבין הרצון להעניק תמריצים ליוצר מצד אחד והצורך בהפצתו של המידע מן הצד האחר. סט אחד של מצבים יתרחש כאשר כשל השוק הוא מוחלט. כאשר הענקת הגנה ליוצר לא תשרת מטרה תמריצית כלשהי, וכאשר האפשרות להשתמש שימוש חופשי ביצירה על ידי ה"מפר" לא תפגע בתמריצי היוצר, ההיגיון יאמר שיש להעניק הגנת שימוש הוגן. במקרה כזה הרווח מעסקה לצדדים הוא מזערי, ובגלל עלויות העסקה הם לא יטרחו להגיע להסכמה. על כן אין סיבה כלכלית שלא לאפשר את השימוש. הקושי מתעורר במקרי הביניים שבהם השוק היה מייצר עסקאות לגבי חלק מן המשתמשים הפוטנציאליים אך לא לגבי כולם. במצב דברים זה, הענקת הגנת שימוש הוגן לכולי עלמא תגרום גם לאותם צדדים שהיו מגיעים לעסקה וולונטרית, להסתמך על הגנת השימוש ההוגן כדי להימלט מתשלום כלשהו בגין השימוש.

במקרים אלו, הכרה בשימוש הוגן יכולה לפגוע בתמריצי היוצרים בשל אבדן עסקאות שוק. מנגד, אכיפה של זכויות היוצרים בכל מקרה תמנע שימוש רצוי במידע ותפגע בהנגשתו. ונדי גורדון סבורה כי יש לשלול את הגנת השימוש ההוגן אם ההכרה בה תביא, באופן אבסולוטי, להפחתה ניכרת של תמריצי היוצרים.²³³ זאת, גם אם במאזן העלות-תועלת שימוש ביצירה על ידי ה"מפר" יגדיל את סך התועלת החברתית. טיעון זה נתמך בכמה טעמים: טעם אחד הוא כי גישה זו תשמר את מבנה התמרוץ הכלכלי המסורתי העומד בבסיס זכות היוצרים; הטעם השני הוא שגישה זו תשקף את אי-הדיוק שבהערכת השופטים את התועלת החברתית שנובעת מפעילות המפר ואת היותה מועדת לטעויות; טעם שלישי ומעניין לשלילת ההגנה במקרים אלו הוא כי היעדר פגיעה ניכרת בתמריצי היוצר כתנאי עצמאי נועד להבטיח, בין היתר, כי הכרה בהגנת השימוש ההוגן לא תהווה חסם בפני התפתחות עצמאית של אמצעים לריפוי כשל השוק. לדעת גורדון, ייתכנו מצבים שבהם קיים ברגע נתון כשל שוק אשר ניתן לריפוי על ידי בית המשפט באמצעות שימוש הוגן. עם זאת, ללא ההתערבות המשפטית קיים סיכוי שהתנאים יבשילו – בין מבחינה טכנולוגית שתביא להורדת הוצאות העסקה ובין בשל שינוי ערך הזכויות – לפתרון בעיית הכשל באמצעות השוק. התערבות בית המשפט ומתן ההגנה תקטין את התמריצים של הצדדים המעורבים לנסות לפתור את הכשל. דוגמה לפתרונות כאלו היא פיתוחם של "מכשירים

William W. Fisher III, *Reconstructing The Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1661, 232 (1988) (להלן – פישר).

233 הבעיה בטיעון זה היא, כמובן, שיש להעריך את הפחתת התמריצים באופן חיצוני. הדבר תלוי בפרמטרים כלליים שאותם ניתן רק לשער, ועל כן, הסיכון לטעויות במקרים אלו הוא גדול.

חדשים" להקטנת עלויות העסקה, דוגמת רישיונות שמיכה שניתנים על ידי ארגוני יוצרים לשימוש ביצירות. אם בעבר היה צורך לפנות לכל יוצר ויוצר כדי לבקש את רשותו לשימוש ביצירה, כיום אפשר, בחלק מן השימושים, לקבל רישיון שמיכה לשימוש ביצירות של יוצרים רבים תמורת תשלום אחד. הדבר מביא להפחתה ניכרת בעלויות של אדם המבקש להשתמש ברפרטואר מגוון של יצירות שונות המאוגדות בו. בכך יש כדי להקטין מאוד את עלויות העסקה. הכרה כי שימוש בכל אחת מן היצירות הוא הוגן כשלעצמו ואינו מחייב בתשלום הייתה עלולה למנוע את התפתחות המנגנון של רישיונות שמיכה, שכן הצדדים לא היו מחפשים דרך יצירתית להפחתת ההוצאות.

שאלה מעניינת שעמה מנסה גורדון להתמודד היא מדוע לא לשלב את המנגנון של שימוש הוגן עם המנגנון של רישיון כפייה. במילים אחרות, היה אפשר להניח מצבים שבהם בית המשפט יכיר בשימוש הוגן, אך תוצאת ההכרה לא תהיה שימוש חופשי ביצירה אלא חיוב המפר לשלם ליוצר סכום כסף, שיקבע על ידי בית המשפט, אשר יביא בחשבון את התועלת החברתית מהפעילות ואת הפגיעה היחסית ביוצר. ריפוי כשל השוק יבוא אפוא לידי ביטוי באמצעות שימוש הוגן בתשלום. גורדון טוענת כי יש להיזהר מנקיטת פתרון זה כעניין שבשיטה לא רק משיקולים של התועלת החברתית הכללית אלא גם, ובניגוד לאינטואיציה, מנקודת ראותו של כל בעל זכות. אם בתי המשפט ירגישו חופשיים להחליף את השימוש ההוגן המסורתי בשימוש הוגן בתשלום, הדבר עלול לחתור תחת מנגנון השוק כולו, שכן השופטים עלולים לקבוע מחיר "הולם" להפרה ולהפוך אותה לעניין טריוויאלי. על כן שיטה שמכירה בשימוש הוגן חינומי, ובלבד שאינו פוגע פגיעה ניכרת ביוצר, עשויה להיות עדיפה על שיטה שבה מחיר ההפרה נקבע על ידי בית המשפט בכל מקרה ומקרה נתון.²³⁴

מאמר זה של ונדי גורדון נתן את אות הפתיחה לדיון רחב בשאלה אם העקרונות שהוצבו בו הם אכן העקרונות המנחים לתחימתו של השימוש ההוגן. ביקורות שנמתחו עליו הציגו כי אף על פי שהתפיסה בו משכנעת במקרים רבים, היא מצמצמת מדי ואינה מכילה את כל המקרים שבהם ירצה המשפט להכיר בהגנת השימוש ההוגן.²³⁵

²³⁴ לגישה נוגדת ראו פישר, לעיל הערה 232, בעמ' 1723, אשר מסביר כי לגישה כזו, שלפיה תוכר הגנת שימוש הוגן בכפוף לתשלום שיקבע השופט, יש יתרונות ולעתים תהיה עדיפה על האלטרנטיבה הקיימת כיום. הוא מציין שהפגיעה בתמריצי היוצרים תהיה קטנה יותר, שכן הם עדיין יקבלו פיצוי בגין ההפרה. כמו כן, הדבר יגדיל את מספר האפשרויות של השופט במקרה נתון. לפיכך מציע פישר לקונגרס לאמץ מודל שבו יותר סוג מסוים של שימושים הוגנים בתנאי שהשתמשים יסכימו לשלם פיצוי בגין ההפרה כפי שייקבע על ידי טריבונלים מנהליים שיוקמו לצורך העניין.

²³⁵ גם ונדי גורדון עצמה נטתה להכיר בעובדה שהמאמר (גורדון, לעיל הערה 223), לפחות בקריאה צרה שלו, אינו ממצה את כל המצבים שבהם יש להכיר בהגנת השימוש ההוגן. בעניין

אחד המבקרים, פרופסור Glynn S. Lunney, טען כי גישתה של גורדון אינה מדגישה מספיק את אפקט הטובין הציבוריים שנוצר מהשימוש בקניין הרוחני ושהבדיל מהקניין המוחשי, השימושים ביצירות המוגנות אינם בגדר שימושים יריבים.²³⁶ לוני סבור כי תחום הקניין הרוחני מתאפיין בכך שמלכתחילה השוק בו אינו מתפקד כנדרש, ועל כן נדרשת התערבות רגולטורית ליצירת מערך תמריצים מלאכותי כדי לעודד יצירה. זכויות היוצרים עצמן, כמו גם הגבלתן והענקת הגנת שימוש הוגן, נועדו בסופו של דבר לשרת את הציבור, ועל כן במסגרת הגנת השימוש ההוגן יש לבחון מה יש לציבור להפסיד או להרוויח מהתרת השימוש או משלילתו.²³⁷ לוני סבור כי כל עוד הגנת זכות היוצרים מונעת ממניעים של טובת הציבור והשאת הרווחה המצרפית, הרי שבמקרה של יצירות תכונות של טובין ציבוריים, על בית המשפט – כאשר הוא מיישם את דוקטרינת השימוש ההוגן ומחליט אם לתת לבעל הזכות את היכולת למנוע שימושים מסוימים ביצירה או לשלול זאת ממנו – לאזן בין התועלת וההפסד לציבור.²³⁸

על פי התזה המוצעת, על בית המשפט להכריע בהגנת השימוש ההוגן באמצעות התמקדות בשלוש שאלות: הראשונה, אם השימוש הבלתי מורשה יפחית את רווחי הבעלים הקשורים לשימוש ביצירה המוגנת בזכות היוצרים; השנייה, אם הפחתה זו, בהנחה שקיימת, תשפיע על המשך תהליך היצירה של יצירות מוגנות בעתיד; השלישית, אם פגיעה שכזו ביצירות העתידיות היא מסתברת, מה יהיה ההפסד הציבורי מאיסור על השימוש המסוים מושא הדיון.²³⁹ לדעת לוני, יש לשקול הגבלת השימושים הבלתי מורשים רק במצבים שבהם סביר להניח שייפגע השוק הפוטנציאלי או הערך של היצירה המוגנת. פעמים רבות אלו לא ייפגעו כלל. באותם מצבים שבהם בית המשפט ישתכנע שאכן יש פגיעה, יש לבחון אם פגיעה זו תביא לפגיעה בייצור העתידי של היצירות המוגנות בזכות היוצרים. לעתים קרובות, כאשר רווחי היוצר או בעל הזכות הם אקססיביים, הרי גם אם שימושים "מפרים" כלשהם יפגעו בשוק או בערך היצירה, עדיין יישארו ליוצר או לבעלים

זה ראה Wendy J. Gordon, *Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B. L. REV. 1031 (2002).

Glynn S. Lunney, Jr., *Fair Use and Market Failure: Sony Revisited*, 82 B. U. L. REV. 236 (2002) (להלן – לוני).

שם. 237

שם בעמ' 996. לדעת לוני, בעולם אידאלי על בית המשפט להכריע בשאלת השימוש ההוגן על ידי קביעה מדויקת מה תהיה התועלת החברתית בעקבות שלילת השימוש במונחים של "additional authorship" ולהשוות אותה לתועלת החברתית שתיגרם מהתרת המשך השימוש. שם, בעמ' 998.

שם בעמ' 999. 239

תמריצים מספיקים להבטחת יצירתן של יצירות עתידיות.²⁴⁰ על בית המשפט אפוא מוטל הנטל לבחון את היחס שבין ההפחתה ברווחים השוליים לבעל הזכות בעקבות התרת השימוש לבין ההפחתה היחסית שתיגרם, אם בכלל, בייצור העתידי של יצירות בעקבות הפחתה זו.²⁴¹ אולם גם בכך אין די שכן גם אם מסתמנת הפחתה בייצור העתידי, עדיין יש לבחון אם הפחתה זו אינה מתקזזת כנגד הגידול ברווחה שייגרם אגב הרשאת השימוש באמצעות ההכרה בו כשימוש הוגן. הגדלת הרווחה נובעת מהאינטרס הציבורי המקודם מהמשך השימוש.²⁴² אינטרס ציבורי זה יכול להביא בחשבון פרמטרים רבים, כגון הנגשת היצירה לציבור, עידוד יצירות חדשות של יוצרים מאוחרים, הגדלת מגוון היצירות, קידום חופש הביטוי, עידוד ביקורות על יצירות, קידום פרודיות, סטירות ועוד.

לנדס ופוזנר מציעים בספרם²⁴³ גישה קצת שונה. לגישתם, קיימים למעשה שלושה מצבים פרדיגמטיים שבהם יש להכיר בהגנת שימוש הוגן. המצב הראשון מאופיין בהוצאות עסקה גבוהות והיעדר נזק ליוצר. המשתמש ה"מפר" היה מוכן לשלם לבעל הזכות סכום שאותו היה היוצר מוכן לקבל, אך הוצאות העסקה מונעות זאת מהם. במקרים אלו התרת השימוש באמצעות ההכרה בהגנה תוסיף תועלת למשתמש ולא תפגע בבעל הזכות.²⁴⁴ מצב שני שהם מתארים הוא של נזק שלילי והסכמה משתמעת,²⁴⁵ למשל בביקורות ספרים. ביקורות ספרים עשויות להגדיל בממוצע את הביקוש לספרים, שכן הן מספקות לקהל מידע מדויק על טיבם, וליוצרים הן למעשה פרסום חינם. ללא הגנת שימוש הוגן מוציאים לאור עלולים להתנות את השימוש ביצירה לצורך כתיבת ביקורת בכך שהביקורת תהיה חיובית. פרקטיקה זו תיגרע מאוד מכוחן של ביקורות. על כן המוציאים לאור, כקבוצה, יהיו במצב טוב יותר, אקס אנטה, אם מבקרי הספרים יוכלו, לצורך הביקורת, להשתמש שימוש הוגן ביצירות. שאם לא כן ביקורות הספרים לא תהיינה אמינות והציבור לא יוכל להיבנות מהן. מצב שלישי הוא זה שבו ליוצר נגרם נזק אך מדובר בשימוש פרודוקטיבי.²⁴⁶ הוא מתאפיין בכך שלבעל זכות היוצרים נגרם נזק כלשהו עקב השימוש, שמתורגם לאבדן הכנסות, אולם

240 שם בעמ' 1017.
 241 את הפחתה זו אין למדוד רק במונחים של כמות הייצור, והיא יכולה, שלא לומר צריכה, אף להימדד באיכות היצירות שיווצרו.
 242 לוני, לעיל הערה 236, בעמ' 1023.
 243 לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 115.
 244 לנדס ופוזנר מעלים אפשרות שבמצב זה אפשר להשתמש במנגנון של כלל אחריות, להבדיל מכלל קנייני, אך גם זה יהיה פעמים רבות יקר לשימוש. לעומת זאת הם מזהירים מפני יישום רחב מדי של ההגנה כדי שלא תמנע פיתוחם של מנגנונים שיפחיתו את הוצאות העסקה. ראו, בעניין זה, לנדס ופוזנר, לעיל הערה 17, בעמ' 116.
 245 שם, בעמ' 117.
 246 שם, בעמ' 122.

נזק זה מתאיין אל מול סך הרווחים לציבור והחיסכון בהוצאות עסקה שהיו נדרשות לצורך הוצאת רישיון. במקרים אלו על בית המשפט לבדוק מהי התרומה החברתית של היצירה המאוחרת. דוגמה טובה לכך היא הפרודיה. להבדיל מביקורת הספרים, היוצר איננו חפץ בה ולא היה נותן לצורך יצירתה רישיון לשימוש ביצירתו, שכן הפרודיה פוגעת בערך עבודתו. מנגד, לפרודיה ערך חברתי רב. על כן ככל שהפרודיה נוטלת מהיצירה הראשונה פחות, במובן שלא תהיה לה תחליף, וככל שתורמתו העצמאית של היוצר המאוחר בה גדולה יותר, כך יגדלו הסיכויים להכיר בפרודיה כמקרה המצדיק את הגנת השימוש ההוגן. דומה שזה היה הקו שהנחה את בית המשפט בפרשת דודו גבע.²⁴⁷

ד. אלטרנטיבות לשיטת הקניין הרוחני הרווח

ראינו כי כדי לייצר מערכת תמריצים הולמת ליוצרים ולממציאים להמשיך וליצור דיני הקניין הרוחני משלמים מחיר כבד בעלויות חברתיות. בהקשר זה עולה השאלה, אם המודלים הקיימים אינם משלמים מחיר כבד מדי ביצירת התמריצים, ואם אי אפשר לשפרם באמצעות שינוי השיטה הקיימת. שאלה זו מטרידה מספר רב של חוקרים אשר מציעים אלטרנטיבות לדיני הקניין הרוחני הרווחים, ובעיקר לדיני הפטנטים. אמנם אלטרנטיבות אלו מייצרות פתרונות יישומיים שונים לצמצום העלויות החברתיות הנובעות מהשיטה הקיימת, אך אפשר לאפיינן בכמה תכונות משותפות. רובם המכריע של המודלים תוקפים את העלות החברתית הנובעת מכוח השוק שניתן לממציא במובנים של הפסדי רווחה מצרפיים.²⁴⁸ הבעיה, כזכור, היא כי בעל הפטנט, שרוצה למקסם את רווחיו, יעלה מחירים עד לאותה נקודה שבה ההפסד מאבדן הצרכנים יהיה גדול מתוספת הרווח שנובעת מהעלאת המחיר. עם זאת רובם של החוקרים סבורים כי הפתרון החלופי של מימון עלויות הפיתוח על ידי המדינה, באופן שבו "תשכור" המדינה את שירותי הממציאים בעבור מימון מראש של עלויות הפיתוח ובתמורה תקבל את הבעלות בהמצאות, הוא פתרון שאינו יעיל, לפחות לא כתחליף יחיד לשיטה הנוכחית.²⁴⁹ מכאן נובע הצורך למצוא פתרונות שיקטינו את הפסדי הרווחה הללו בדרכים אחרות. באילו פתרונות מדובר?

247 עניין גבע, לעיל הערה 16, הגם שבסופו של דבר הכריע בית המשפט באותו מקרה נגד הגנת השימוש ההוגן.

248 במובן זה, הפתרונות האלטרנטיביים אינם פותרים את הבעיות הנובעות מהעלויות האחרות שציינתי לעיל, החל מתת פרק 12 א לפרק זה.

249 אם כי בחלק מן המקרים הפתרון הוא הסדר נוהג כחלק מהשיטה הקיימת. כך למשל קבוע הסדר דומה ב-Bayh-Dole Act, 35 U.S.C. §§ 200-212.

1. היעדר התערבות חקיקתית רגולטורית

יש הסוברים כי גם בהיעדר חקיקה, בשווקים רבים התמריצים ליצירה מספיקים כדי להמשיך ולייצר קניין רוחני, ועל כן אין צורך בהתערבות רגולטורית ובהענקת זכויות על ידי המדינה. לדעתם, בהיעדר כשל שוק אין צורך בהתערבות מסיבית, וזו צריכה להיעשות במשורה,²⁵⁰ בשווקים מסוימים בלבד, ובשום פנים לא באופן גורף. למשל, פרופסור ברייר סבור, בהקשר של זכויות יוצרים, כי גם ללא הגנת זכויות יוצרים לא ברור כלל אם תהיה ירידה ניכרת בייצור,²⁵¹ וגם אם תהיה ירידה שכזו, אי אפשר להסיק מכך בהכרח פגיעה בתועלת החברתית, שכן אנשים יפנו את המשאבים לתחומים אחרים (למשל הוראה או מחקר), והתועלת שיפיקו מהם לא בהכרח תהיה פחותה מכתובת ספרים.²⁵² לעומת זאת, ויתור על זכויות יוצרים יוביל באופן מדי להפצה רבה של יצירות ולירידה במחירי העותקים.

השאלה אם קיים כשל שוק המצדיק הגנת זכות יוצרים, ומה מידתו, נתונה פעמים רבות במחלוקת. לדוגמה, למול הגישה המסורתית, שלפיה היוצר או הממציא צריך להפיק את מלוא התועלת מיצירתו, יש הסוברים כי אין סיבה כלכלית אמיתית לכך שהמחבר או הממציא יהיו זכאים למלוא תועלת זו.²⁵³ זאת, בדומה לתחומים אחרים שבהם התנהגותו של אדם אינה מתוגמלת לפי התועלת החברתית הכללית אלא לפי חוקי הייצע והביקוש. העובד "בחנויות הפארם" או הרוקח אינם מפיקים את מלוא התועלת החברתית מהתנהגותם, ובכל זאת ממשיכים בעבודתם. בדומה לכך, רופא שמטפל באדם עשיר אינו מקבל את שכרו על פי התועלת החברתית שנוספה בהצלת חייו של המטופל. שכרם של רבים אינו מגלם את מלוא התועלת המופקת מעבודתם, והוא מרוסן על ידי היצע של עובדים פוטנציאליים שיכולים לתפוס את מקומם. במקרים שבהם היצע של עובדים אינו קיים, החברה תתייחס פעמים רבות לסיטואציה כמונופול ותפקח על השירות באופן שירסן את המחיר שאותו יכול נותן השירות לגבות. בדומה לשוק העבודה, כך על פי הטענה, גם בתחומים שונים בקניין הרוחני, השוק מספק תמריצים מספיקים לפיתוחים וליצירות חדשות גם ללא הפנמה מלאה של התועלת. תמריצים אלו נובעים מכמה סיבות:

סיבה אחת שעליה מצביעים היא יתרון הראשוניות.²⁵⁴ על פי טענה זו, כניסת היוצר או הממציא ראשונים לשוק מאפשרת להם תקופה של בלעדיות דה פקטו, שבה יוכלו למכור

250 הן מבחינת התחומים שבהם תידרש התערבות והן מבחינת רוחב הזכויות ומשך ההגנה.

251 Copyright in Books, לעיל הערה 47, בעמ' 309.

252 שם, בעמ' 310.

253 שם.

254 שם.

את המוצר ללא תחרות ולהחזיר לעצמם את עלות ההשקעה הראשונית ביצירה. אמנם יתרון הבלעדיות מוגבל לתקופה הראשונית בלבד, שכן לאחריה ייכנסו המתחרים לתמונה ויורידו הורדה ניכרת את המחיר שבו יהיה אפשר למכור את ההמצאה או היצירה, אך ההנחה היא שדי ביתרון הראשוניות כדי לספק ליוצר או לממציא די תמריצים, וששיקול דעתם לא יעוות באופן שאינו רצוי ויגרום, למשל, לעיכוב בהוצאת המוצר לשוק (כדי לאגור מלאי) – זאת גם ללא קבלת מלוא התועלת החברתית. על כן מתעוררת השאלה אם הראשוניות בשוק מייצרת תמריצים מספיקים.

אין ספק שמדובר בשאלה אמפירית הקשורה בתנאי השוק, ולכן אי אפשר להשיב עליה תשובה כללית ובמנותק מהם. עם זאת, אפשר להניח כי יתרון הראשוניות רלוונטי בעיקר למיזמים שאינם מרובי השקעה משום שעל הממציא להחזיר לעצמו את עלויות הפיתוח בתקופה קצרה יחסית, עד לכניסתם של המתחרים. אפשרות זו אינה קיימת בדרך כלל במיזמים עתירי השקעה. כאשר מושקע סכום גדול בפיתוח, להחזר ההשקעה נדרש, בדרך כלל, זמן רב, ולכן הסיכוי להחזר מלא בתקופת הראשוניות קטן. במקרים שכאלו נדרשת התערבות חיצונית, שאם לא כן ממציאים ויוצרים עלולים שלא להסכים להיכנס למיזמים מלכתחילה. מכל מקום, קיימים כמה פרמטרים נוספים שעליהם יש לתת את הדעת כאשר בוחנים אם לראשוניות תמריצים מספיקים.

פרמטר אחד קשור למשך תקופת הבלעדיות. ככל שהתקופה הראשונית ארוכה יותר, כך התמריץ לפיתוח גדול יותר, משום שיתאפשר ניצול של כוח השוק לאורך זמן ארוך יותר. למשל, אם ממציא ימכור תרופה חדשה מוצלחת, יידרש למתחרים זמן כדי ללמוד על הרכבה של אותה תרופה ולקבל רישיון לשווק אותה מטעם הרשויות המוסמכות. בתקופה זו יוכל הממציא לגבות מחיר מונופוליסטי ויהיה היחיד שמשווק את התרופה. במקרים רבים ייתכן שתקופת בלעדיות זו תספיק כדי להחזיר את ההשקעה הראשונית בפיתוח התרופה. השאלה מהי תקופת הראשוניות הדרושה משתנה מתחום לתחום, והיא תלויה זמן וטכנולוגיה. קיימים מצבים שבהם קל יותר לממציא לשמור את הידע לעצמו ולהאריך את תקופת הראשוניות (למשל הנוסחה של קוקה קולה) לעומת מצבים שבהם החדשנות נובעת מאלמנט גלוי לעין שאותו אפשר להעתיק בנקל (למשל צורת המשולש של שוקולד "טובלרין").

פרמטר נוסף הקשור לתקופת הראשוניות, אך נפרד ממנה, הוא התקופה שהלקוח מוכן להמתין כדי להשתמש בהמצאה או ביצירה בעלות זולה יותר. במילים אחרות, עד כמה הלקוח נכון לדחיית סיפוקים כדי ליהנות מירידת המחיר. במסגרת זו בוחנים את היחס שבין האנשים שצורכים את המוצר בתקופה הראשונה אל מול אלה שמעדיפים להמתין תקופה עד לפיתוח המוצר המתחרה, אשר יוריד את המחיר הורדה ניכרת. לעתים הביקוש יהיה

קשיח.²⁵⁵ למשל, כשמדובר בהמצאה שעניינה תרופה מצילת חיים. גם אם אדע כי בעוד כשנתיים תשווק תרופה זהה במחיר זול יותר, אינני מעוניין להמתין ואצרוך את התרופה גם בתקופה הראשונה במחיר היקר. לעומת זאת, קיימים מקרים אחרים שבהם אעדיף להמתין עד אשר המתחרים ישווקו את ההמצאה לשוק, שאז אוכל לצרוך אותה במחיר נמוך הרבה יותר. לצורך המחשה אביא כמה דוגמאות מתחום זכות היוצרים: למשל, ההחלטה אם לקנות ספר בכריכה קשיחה, יקר יותר, שיוצא במהדורה הראשונה או להמתין עד שיצא לשוק בכריכה רכה במחיר זול יותר. או ההחלטה אם לצפות בסרט בקולנוע או להמתין עד שיצא לשוק בעותק די-וידי או עד שישודר בטלוויזיה. דוגמאות אלו אמנם אינן עוסקות במצב שבו המחיר יורד בשל כניסת מתחרים לשוק, אבל הן מעידות שהצרכן מוכן פעמים רבות להמתין ולדחות את הרכישה כדי לרכוש מוצר זהה (או כמעט זהה) במחיר זול יותר. לעומת זאת יש כאלו שלא יתאפקו וירצו את הגישה לספר או לסרט ללא דחייה. היחס בין גודלן של שתי הקבוצות ישפיע מאוד על התמריצים של היוצר, שכן הוא יקבע מה יהיה גודל ההחזר שהוא יוכל להפיק בתקופת הבלעדיות הראשונית. ככל שההחזר יהיה יותר גדול, הצורך בהתערבות חיצונית כמובן פוחת.

נקודה זו מתקשרת לפרמטר השלישי והוא עלויות הכניסה שהמתחרה צריך לשאת בהן לשם חדירה מהירה לשוק. אף פה הדברים משתנים ממקרה למקרה על פי השוק והטכנולוגיה, אבל אפשר לומר, באופן כללי, כי קיימים שווקים שבהם המתחרים יצטרכו להשקיע רבות כדי להבין את מהות המוצר ולהעתיק אותו, כגון שוק התרופות. לימוד הרכב החומרים וקבלת הרישוי המתאים כרוך בעלויות ניכרות. ככל שעלויות אלו יהיו כבדות יותר, תקופת הבלעדיות תגדל.²⁵⁶ זאת ועוד, זירוז תהליך הכניסה לשוק יהיה כרוך פעמים רבות בהוצאות מוגברות, אשר יהיו גורם מרסן שיהפוך את הכניסה המהירה לאטרקטיבית פחות.²⁵⁷

²⁵⁵ ראו פרק א, המבוא, לספר זה בעמ' 60.

²⁵⁶ לעומת זאת, אפשר להעלות מצבים אחרים שבהם אפשר, למשל, להעתיק את היצירה בעלות אפסית ולהחזירה מיד לשוק כמוצר מתחרה. דוגמה הממחישה נקודה זו היא דוגמת הדיסקים המזויפים. במקרים אלו חשיבות האכיפה החיצונית גדולה יותר, שכן אין מנגנון פנימי מרסן מפני העתקות, וזמן הראשונית קצר עד מאוד.

²⁵⁷ בעניין זה ברצוני לחרוג לרגע מהדיון ולהתייחס להגנת הקניין הרוחני מהסוג של סוד מסחרי. הגנה זו קשורה לנקודה שבה אנו עוסקים, שכן היא אינה כרוכה בהגנה ישירה על התוצר אלא על אופן השגת המידע מהמתחרים. החברה, באמצעות הרגולציה, מונעת קיצורי דרך שבהם מושג המידע על המוצר המתחרה בצורה שאינה לגיטימית, ובכך מעלה את עלויות הייצור של המתחרים ומפחיתה את האטרקטיביות של כניסה מהירה לשוק, שכן המתחרים צריכים לעבור תהליך עצמאי ארוך, ולעתים יקר, של הנדסה לאחור.

פרמטר רביעי נוגע לגודלו של השוק, שכן נהוג להניח שתקופת הבלעדיות הראשונית ואורכה מושפעים מכך. בשוק גדול התמריצים של מתחרים להיכנס לשוק גדולים, ולכן תקופת הראשוניות תהיה קצרה באופן יחסי, ואילו בשווקים קטנים העתקת המוצרים עשויה לא להשתלם, משום שעד שהמתחרה ייכנס לשוק, השוק כבר יהיה רווי ולא יהיה מי שירכוש את המוצר, גם אם מחירו ירד ירידה ניכרת. בהקשר זה, הפיכתו של העולם לשוק גלובלי פועלת בשני כיוונים מנוגדים: מצד אחד הרחבת השווקים מרחיבה את אפשרויות המכירה של הממציא או היוצר לקהל יעד הרבה יותר גדול, אך מצד אחר מתחרים רבים יותר רוצים להיכנס לשוק ולהתחרות בו, ולכן תקופת הראשוניות מתקצרת.

פרמטר אחרון הנוגע לתקופת הבלעדיות עניינו רווחים "עקיפים" שנוצרים בעקבותיה. אם עד כה התמקדתי במכירות הנעשות בתקופת הבלעדיות, הרי שתקופה זו מניבה ליוצר גם רווחים עקיפים. רווחים אלו מתורגמים לתמריצים אשר מעודדים את היוצר או הממציא להמשיך וליצור. רווח עקיף אחד שכזה הוא המוניטין הנרכש על ידי הממציא או היוצר. היותו גורם ראשון, בלעדי בשוק, עוזר לו לרכוש מוניטין אשר לאחר מכן ישמש אותו בתקופת התחרות ויעניק לו כוח שוק. זאת, כמובן, בתנאי שהציבור ידע להבחין במקור השונה של המוצר בתקופה שבה השוק נפתח לתחרות.²⁵⁸ נקל להמחיש זאת באמצעות דוגמה מתחום התרופות: גם לאחר פקיעת הפטנט – היינו פקיעת הבלעדיות המשפטית – ופיתחתו של השוק לתחרות באמצעות מתחרים המייצרים תרופות גנריות, עדיין יהיו רבים אשר ירצו לרכוש דווקא את התרופה האתית על אף מחירה הגבוה יותר. העדפה זו נובעת מהמוניטין שרכש היצרן הראשון בשוק בתקופת הבלעדיות – מוניטין שמתקיים גם בשלב שבו בלעדיות זו מסתיימת. מוניטין זה מתורגם למכירות רבות יותר ואף למחיר גבוה יותר ביחס למתחרים האחרים. רווחים עקיפים נוספים יכולים להיות פרסים שבהם הממציא זוכה, מלגות לשם מחקר עתידי (שמתבססות על הצלחות העבר [previous record] של אותו ממציא), חשיפה עיתונאית בלעדית שמגדילה את כמות המכירות ועוד.

אמנם רוב הדוגמאות שנגענו בהן היו מתחום הפטנטים, אולם פרמטרים אלה רלוונטיים גם לתחומים אחרים, כגון זכויות יוצרים. למשל, אפשר לטעון כי בשל תקופת הבלעדיות בתוכנה יכול היוצר להחזיר את השקעתו בפיתוחה, שכן עד שהמתחרים יצליחו לייצר תוכנה דומה הוא יספיק למכור מספיק עותקים ממנה. אולם בהקשרים אלו אין ספק שהעולם הדיגיטלי שינה את חוקי המשחק. אם בעבר, למשל, הוצאתה של מהדורת ספרים מודפסת ארכה זמן רב ועל כן הקנתה ליוצר הראשוני תקופת בלעדיות ארוכה, היום פרק זמן

258 על יצירת בידול שכזה אמון התחום המשפטי של סימני מסחר.

זה התקצר עד מאוד ותקופת הבלעדיות הצטמצמה.²⁵⁹ כאשר מדברים על ספר אלקטרוני אפשר לומר שתקופת הבלעדיות נמדדת בדקות. מהרגע שיצא העותק הראשון של היצירה במהדורה דיגיטלית אפשר להעתיקו ולהפיצו באופן מדי. הדברים נכונים גם כאשר לתוכנה. אם בעבר התחרות שהדאיגה את היוצר הייתה מצד מתחרים שיפתחו מוצר דומה, כיום התחרות נשקפת גם מצד המשתמשים עצמם, אשר יכולים ליצור כמעט באופן מידי עותקים מושלמים מן התוכנה ובכך לקצר כמעט לאפס את תקופת הבלעדיות. במקרים שכאלו ההנחה הראשונית היא כי התערבותו של המחוקק ביצירת התמריצים חיונית.

אולם הדברים אינם כה פשוטים. כפי שראינו לעיל, המהפכה הטכנולוגית אינה פועלת בכיוון חד-סטרי, של צמצום התמריצים והרווחים, אלא גם בכיוון של הגדלתם. ראשית, בעולם הדיגיטלי השוק ואפשרויות המכירה התרחבו ללא הכר והפכו במקרים רבים לגלובליים. היוצר יכול למכור את ספריו לעולם כולו ללא צורך במתווכים – אפשרות שלא עמדה בפניו בעבר. מסיבה זו גם אם בסופו של דבר מתקצרת תקופת הבלעדיות, הרי שהיוצר יכול להרוויח בה הרבה יותר. מלבד זאת ההתפתחות הטכנולוגית מאפשרת ליוצר שליטה פיזית ביצירה הדיגיטלית. בניגוד לספר פיזי, שאותו אפשר להעתיק בקלות, היוצר יכול לשלוט על העתקת היצירה הדיגיטלית ועל השימושים בה באמצעות הגבלות דיגיטליות. למשל, לעומת ספר שאותו אפשר לשאול מחבר, את "השאלת" היצירה הדיגיטלית יכול היוצר למנוע ובכך להרחיב את חוג הרוכשים. בדומה לכך, קיימות טכנולוגיות שונות אשר מונעות העתקה, ובכך מאריכות בפועל את תקופת הבלעדיות. טכנולוגיות אלו הפכו להיות סטנדרט בתעשייה, והן מקנות ליוצר זמן הגנה ארוך יותר, שבמסגרתו הוא יכול להחזיר לעצמו את ההשקעה הראשונית. אמצעי הגנה דיגיטליים אלה עשויים להיות גם, ובפני עצמם, מקור להגנת זכות יוצרים. בחקיקה שנויה במחלוקת בארצות הברית בחר המחוקק להגן על אמצעים אלו באופן דומה לזה שבו מוגנות זכויות היוצרים עצמן.²⁶⁰

סיבה אחרת שיכולה להצדיק אי-התערבות רגולטורית בהגנה על זכות היוצרים היא כי די במנגנון החוזי כדי לספק אכיפה הולמת. אין צורך להכביר מילים מדוע באופן מערכתי

259 בחלק מן המקרים תקופת הבלעדיות בשוק מתקצרת מאוד עם התקדמות הטכנולוגיה. כך, למשל, יכולת שכפול מהירה וזמינה עשויה לנגוס בחלקים גדולים מרווחיו של הראשון בשוק. ראו, Barry W. Tyerman, *The Economic Rationale for Copyright Protection of Published Books: A Reply to Professor Breyer*, 18 UCLA L. REV. 1100 (1971). ייתכן שצריך להבחין בין התחום של זכויות יוצרים ופטנטים: בפטנטים זמן הראשוניות יישאר פחות או יותר קבוע, ואילו בזכויות היוצרים הזמן ילך ויתקצר ועל כן יש צורך רב יותר בהגנה.

260 על הבעייתיות שבחקיקה ובפרשנותה ועל הצורך להגן על האינטרסים של הצרכנים ראו, למשל, Elkin-Koren, לעיל הערה 75 וכן, Peter K. Yu, *Anticircumvention and Anti-anticircumvention*, 84 DENV. U.L. REV. 13 (2006).

אין די בפתרון החוזי כדי לספק הגנה ראויה לקניין הרוחני.²⁶¹ אולם עדיין יש המשליכים יהבם על החוזה כמכשיר שיכול לקדם יצירה.²⁶² לטענתם, אחד הפתרונות לכשל השוק הוא מנגנון חוזי – לפני כל שימוש יחתום הצרכן על חוזה שכזה. כמו כן הם מדברים על מנגנונים של התחייבות מוקדמת לרכישת כמות מסוימת של עותקים כתנאי ליצירתה. התחייבות שכזו תתגמל את היוצר על השקעתו הראשונית, שכן היוצר ידע מראש שהוא יכול להסתמך על רכישתם של מספר מסוים של עותקים. היוצר יכול להצהיר שלא התחייבות כזו לא תבוא היצירה לעולם. איום שכזה יכול להיות אפקטיבי אם הקבוצה תשתכנע שאכן זו כוונת היוצר, ועל כן תרכוש את היצירה מראש. ואמנם יש מקרים שבהם מנגנון זה יעבוד במיוחד כאשר עלות היצירה אינה גבוהה במיוחד ומספר הרוכשים מצומצם והם אינם זרים זה לזה.²⁶³ מנגד אפשר לטעון כי מנגנון כזה כרוך בעלויות עסקה רבות, ובהן עלות ההתארגנות ובעיית ה"טרמפיסט" – אין תמריץ אמתי לרוכש הבודד להתחייב על רכישה מוקדמת אם ידע שלאחר מכן יוכל לקבל גישה ליצירה ללא עלות. הבעיה היא שאם כולם ינהגו באופן דומה, לא תבוא היצירה לאוויר העולם. אכן, כיום בעולם הטכנולוגי שבו אנשים מתקשרים באמצעות המרשתת אפשר להפחית את עלות ההתארגנות, והפרקטיקה של קבוצות רכישה הופכת פופולרית יותר ויותר. אולם בעיית הטרמפיסט נותרת, וכך גם העובדה שאנשים אינם מעוניינים לקנות "חתול בשק" ועל כן הם עלולים לסרב להצטרף לחוזה, טרם ראו את היצירה.²⁶⁴

אף על פי כן, קיימים תחומים שלמים, בעיקר דיגיטליים, שבהם החוזה יכול לספק פתרון הולם, שכן הוא הופך להיות חלק אינטגרלי מן המוצר. ככזה, ובדומה לזכות הקניינית, הוא עובר עם המוצר מיד ליד, וכל המשתמש במוצר מחויב גם לתנאים החוזיים. לצורך המחשה אפשר לפנות לדוגמה של ספר אלקטרוני, תוכנה או אפילו אתר מרשתת. לפני כל כניסה המשתמש צריך להסכים לתנאים החוזיים. למשל, אי אפשר להשתמש בתוכנה ללא "חתימה" על החוזה, ואין זה משנה אם המשתמש רכש אותה מן היוצר או קיבל אותה מאדם שלישי. הבעיה במקרים אלו היא, בדרך כלל, הפוכה. כיצד אפשר להגביל את בעל הזכויות שלא ינצל את זכויותיו החוזיות יתר על המידה על דרך של הרחבת הגנת

261 ראו תת-פרק ב לפרק זה.

262 ראה Copyright in Books, לעיל הערה 47.

263 במקרים שכאלו המחויבות הלא פורמלית וההיכרות האישית תסייע להתגבר על דילמת הטרמפיסט שתפורט להלן.

264 בנקודה זו יש משמעות רבה למוניטין שנרכש על ידי היוצר, שמאפשר לצרכנים לצפות כי טיב היצירה יהיה דומה לזה שבו התנסו בעבר. דוגמה למוצר מסוג זה הוא ספר בסדרת הספרים של "הארי פוטר". קוראים רבים של סדרת הספרים היו משלמים בשמחה לרכישת הספר הבא בסדרה מראש כדי לקבלו מיד עם הגיעו לחנויות הספרים.

הקניין הרוחני מעבר למותר, בין במונחים של זמן ההגנה ובין במונחים של היקפה? האם אפשר, למשל, לקבוע בחוזה כי ההגנה תהיה לעד, או כי היא תשתרע על תחומים שאינם נכללים במסגרת ההגנות המסורתיות?²⁶⁵ כדי להגן על האינטרסים של הלקוחות אפשר להשתמש בחוקים צרכניים כגון חוק חוזים אחידים או חוקי הגנת הצרכן.

סיבה שלישית מדוע אין צורך בהתערבות רגולטורית גורפת קשורה לאפיון מודל ההמצאה הקיים בשוק. דיון מעניין בנקודה זו אפשר למצוא במאמרו של ארנולד פלנט,²⁶⁶ שבו הוא יוצא מנקודת מוצא שלפיה אפשר לזקוף את קיומו של חוק הפטנטים וההגנה על ההמצאה לרצון החברתי לעודד המצאות. אולם בדומה לטענה בתחילת הפרק, גם לדעתו של פלנט אי אפשר לסווג את ההמצאות כולן לקטגוריה אחת, שכן קיימים סוגים שונים של ממצאים ותהליכים שונים של המצאה.

למשל, חלק מן ההמצאות באות לעולם באופן ספונטני או אוטונומי. הכוונה היא להמצאות שאינן מומצאות בתגובה לנסיבות סביבתיות כלשהן וכתוצאה שלהן אלא עלולות בראשו הקודח של הממציא ללא קשר לשינויים או לצרכים חיצוניים הדורשים פתרון. במובן זה צורך הוא לא אבי כל ההמצאות; אקט ההמצאה עומד בפני עצמו. תהליך ההמצאה נובע במקרים אלו מסקרנות אינטלקטואלית ואולי מרצון לזכות בתהילת עולם. איזה שיעור מן ההמצאות הוא כזה? קשה לדעת. לדעת המחבר, הן קיימות לפחות באותה מידה שקיימים יוצרי אמנות אשר עוסקים בכך ללא קשר לשאלה אם בסופו של דבר יצליחו למכור את יצירתם. סוג אחר של המצאות הן אלו שאמנם נולדות מנסיבות חיצוניות, אך לא באופן ישיר. מדובר במקרים שבהם עיסוק בתחום מסוים מוליד המצאה בדרך של "תקלה": הליך מסוים ננקט באופן שונה מהרגיל והטעות מתבררת בדיעבד כרעיון מוצלח. קטגוריה נוספת היא של המצאות הבאות לעולם באמצעות ממצאים חובבנים אשר מתוך סקרנות, ולא לשם מטרת רווח, בוחנים תהליכים שונים במקום עבודתם ומחפשים דרכים לשפרם. גם כאן תמריצים כלכליים אינם בעלי חשיבות.

קבוצה אחרת של המצאות היא זו המכונה "המצאות יזומות" (induced inventions). אלו קשורות בהווייתן לסביבה ומקורן בצורך לפתור בעיה מסוימת. פעמים רבות הן הבסיס לתגליות מדעיות, להתמחויות בתחומים שונים ועוד. המצאות אלו רגישות לתמריצים

265 בעניין זה ראו, למשל, פרשת ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) וההתלבטות אם הגבלה שכזו צריכה להיפסל בשל דוקטרינת ה־preemption ("The rule that a federal statute's preemptive force may be so extraordinary and all-encompassing that it converts an ordinary state-common-law complaint rule." BLACK'S LAW DICTIONARY 324 (9th ed. 2009)).

266 Arnold Plant, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, 1 *ECONOMICA* 30 (1934) (להלן – ארנולד פלנט).

הכלכליים שנובעים מתנאי מחיר מועדפים. במקום שבו נוצרים תנאים שיכולים לשפר את מצבו הכלכלי של הממציא הוא ישקיע יותר מזמנו בפיתוח. ככל שהביקוש יהיה גדול יותר, והמחיר שישולם בגין ההמצאה יהיה גבוה יותר, כך תגדל הנטייה להמציא.

קבוצה אחרונה זו לכאורה מתאימה לתמרוץ כלכלי, שכן הוא ישפיע על מידת השקידה של הממציא על ההמצאה. למרות זאת יש להימנע מהסקת מסקנות חפוזות בעניין מידת התמריצים שיש להעניק לממציאים. למשל, אין להניח כי הגדלת המחיר שישולם בגין ההמצאה והזדמנויות לרווח יכפילו את התמריצים להמציא, וכי ככל שיגדל הסכום שיהיו מוכנים לשלם בגין ההמצאה, כן יוסיפו התמריצים להמציא לגדול באופן דומה.²⁶⁷

אכן, הגנת הפטנט מאפשרת את שינוי "תנאי המחיר" במובן זה שהיא הופכת את הליך ההמצאה לכדאי יותר. היא פועלת בכמה אופנים: ברמת הממציא היא יכולה להסב פעילויות לפיתוח המצאות מתחומים שבהם לא ניתנת הגנה, לתחומים שבהם ניתנת הגנה. בנוסף, היא יכולה להגדיל את המאמץ הכולל המושקע בהמצאות. היא גם תעודד יזמים להשתמש בהמצאות לאחר שאלו כבר באו לאוויר העולם, שכן בעלי הפטנט או אלו שקיבלו רישיון לשימוש בלעדי בו יהיו חסינים בפני תחרות. מחבר המאמר מעלה את השאלה אם יצירת תמריץ שכזה, באופן מלאכותי, באמצעות מונופול, היא דרך ראויה, ואם היא תספק תוצאות טובות מאלו אשר היו מושגות באמצעות תנאי המחיר בשוק פתוח.

ככל שהדברים קשורים לסוגי ההמצאות הראשונות – זו הספונטנית וזו שנובעת מתקלה – התשובה קלה. ודאי שאין באינטרסים הכלכליים כדי להשפיע על כמות ההמצאות. לפחות לא באופן ניכר. על כן כל התערבות מלאכותית שיש בה עלויות ושאינה משפיעה על כמות ההמצאות – מיותרת. השאלה מעניינת יותר באשר להמצאות יזומות; האם בעניינן ההתערבות החיצונית באמצעות פטנט נדרשת?

ברמת הממציא, הטענה שתצדיק מתן פטנט צריכה להיות מהסוג הזה: בסופו של תהליך מתן המונופול כדאי, שכן הוא יגדיל את התועלת החברתית. הרווח החברתי הנובע מעידוד ההמצאות על ידי המונופול יהיה גדול מהעלות שנגרמת מהסבת המשאבים מתחומי המצאה אחרים אשר נזנחו לטובת ההמצאות בתחום שבו מוענק פטנט. לדעתו של המחבר, אין כלים מדעיים לאשש הנחה כללית שכזו באשר להמצאות כשירות-פטנט באופן כללי. אמנם ייתכן

267 שם, בעמ' 38. מחקרים חדשים בתחום הכלכלה ההתנהגותית שעוסקים בהשפעת התמורה הכספית על התפקוד מעידים שמנקודה כלשהי ואילך ההשפעה של הגדלת התגמול לא רק שאינה משפרת את התפקוד אלא אף פוגעת בו. ההסבר האינטואיטיבי לכך הוא שתגמול גדול מדי יוצר הסחת דעת ניכרת והפרעות אחרות שאינן מאפשרות למקבל התגמול הפוטנציאלי להתרכז בעבודה שבגינה הוא ניתן. בעניין זה ראו למשל את הספר DAN ARIELY, THE UPSIDE OF IRRATIONALITY, 17-36 (2010).

שיהיו נסיבות ספציפיות שבהן מתן הפטנט מוצדק, אולם לא די בנסיבות ספציפיות כדי להצדיק שיטה כללית על כל עלויותיה.²⁶⁸

אולם יש לערוך הבחנה בין ממציא לבין יזם, שמנצל את ההמצאה והופך אותה לשימושית. חלק מהטענות בעד שיטת הפטנט רלוונטיות ברמת הניצול, היישום והייצור של ההמצאה, ולא ברמת הבאתה לעולם. החשש הוא כי יזמים לא ישקיעו במפעלים ובפסי ייצור כאשר מתחרים יכולים לפתח אותו המוצר ללא הגבלה. עם זאת אין זה סביר להניח שהמצאות כשירות-פטנט מחייבות רמה כזאת של השקעה בפיתוח אשר תמנע מיזמים לנקוט אותה ללא התערבות חיצונית במתן מונופול והבטחת הכנסותיהם. גם אין מקום להניח שללא מתן מונופול הממציאים שמועסקים על ידי היזמים יפוטרו מעבודתם, וכי בשל כך תפחת כמות ההמצאות. יזמים מתחרים בתחומים רבים שבהם אין הגנת פטנט, ואין סיבה שתנאי השוק לא יאפשרו המשך פיתוח גם בתחומים אלו.

טיעון שמועלה בהקשר זה, ונשלל, הוא כי הפטנט יעודד זרימת מידע מהממציא או מהיזם לחברה, שכן ללא הגנת הפטנט יהיה תמריץ לשמור את הליכי הייצור והשימוש בסוד כדי שלא יחשפו למתחרים. לגישת המחבר, דברים אלו היו נכונים לתקופה שבה השליטה בתעשייה הייתה בידי משפחות קטנות שיכלו לשמור סודות, אולם בעולם המודרני המתועש חלחול המידע החוצה הוא למעשה בלתי נמנע, וממילא אי אפשר יהיה לשמור סודות לזמן רב.

התזה המוצעת במאמר היא כי כל מוסד הפטנט מבוסס על הנחות שאינן מוצקות דיין. חלק גדול מן ההמצאות נופלות מחוץ לתחום של הגנת הפטנט, ולמרות זאת הן נוצרות ללא תמריץ מלאכותי נוסף על זה שמיוצר ברגיל על ידי השווקים הכלכליים הפתוחים והתחרותיים. הפטנט מעכב התפתחויות טבעיות ושולל ממתחרים לפתח את ההמצאות ולשפרן. הוא גם מאלץ אותם לפנות לאפשרויות נחותות יותר, או לפיתוח אלטרנטיבי, רק כדי לא להפר את הפטנט. לכך מצטרפת העובדה שתקופת ההגנה על ההמצאה אינה מבוססת על ממצאים אמפיריים, ולמעשה היא קביעה שרירותית. אמנם כחלק מהשיטה קיימים מכשירים לצמצום הנזק שבעקבות הענקת המונופול, דוגמת האפשרות לתת רישיונות שימוש בכפייה, אך מכשירים אלו אינם יכולים לשנות את העובדה ששיטת הפטנטים אינה מבוססת על יסוד תאורטי ראוי. הם יכולים רק לצמצם את נזקי המונופול במגבלות שנקבעו על ידי המחוקק.

268 הדוגמה המובאת במאמר (ארנולד פלנט, לעיל הערה 266, בעמ' 43) היא, למשל, במקרים שבהם נדרשות מכונות מעופפות בעלות טווח טיסה גדול שיוכלו להקיף את כדור הארץ ללא נחיתה לעומת מכונות טיסה אחרות, בעלות טווח קצר יותר שאין בהן תועלת. כאן ייתכן שללא עידוד ההמצאה יזמים לא ישקיעו בפיתוח, ועל כן יהיה צורך במתן עידוד ספציפי באמצעות פטנט.

2. סבסוד

גם אם הרגולטור מחליט להתערב בשוק בשל מחסור בתמריצים ליצור, עולה השאלה מדוע לא לעשות כן באמצעות סבסוד היצירה.

הרעיון בשיטת הסבסוד מבוסס על כך שבעל הגנת הקניין הרוחני מנצל את כוח השוק שניתן לו ומעלה מחירים, מעל למחיר התחרותי. הרווח הפרטי שהוא מפיק מהעלאת המחיר קטן מהפסד הרווחה הציבורית בשל העלאה זו. כפי שראינו, המונופול ממקסם את רווחיו באמצעות העלאת המחירים עד לאותה נקודה שבה הירידה בכמות הקונים הרוכשים את המוצר תהיה גדולה מהרווח שנגרם ממכירת המוצר במחיר גבוה יותר. בשל פרקטיקה זו חלק מן הקונים הפוטנציאליים אשר היו קונים את המוצר לו נמכר במחיר נמוך מן המחיר שבו הוא נמכר על ידי המונופול אך עדיין גבוה מהמחיר התחרותי – אינם קונים את המוצר. המונופול אינו מרוויח מזה, שכן אלה אינם קונים בסופו של דבר. אך הפסד עסקאות אלו הוא חלק מאבדן הרווחה החברתית. המנגנון של סבסוד מטפל בפער זה, שבין התועלת הפרטית של בעל הזכות וההפסד הציבורי. אם נניח, למשל, כי התועלת הפרטית של המונופול מהעלאת המחירים לאורך זמן ההגנה היא 100 אך אבדן הרווחה הציבורית בעקבות זאת הוא 200, אפשר לפעול בשיטה שלפיה המונופול יקבל את ה-100 ישירות מהמדינה בתמורה להעברת הזכויות לידיה. המדינה תמכור את המוצר במחיר תחרותי או תאפשר לאחרים לעשות כן ובכך תחסוך את אבדן הרווחה הציבורית, כלומר את ה-200. בעל הזכות יהיה מוכן לכך שכן הוא לא ירע את מצבו. התמריץ של המדינה לעשות כן הוא הרצון לשפר את הרווחה החברתית.

קיימים שני מודלים עיקריים של סבסוד: סבסוד היצרנים או סבסוד הצרכנים.

סבסוד היצרן

לכאורה פתרון זה של "סבסוד" ההשקעה הוא "פתרון קסם", שכן מרגע שהבעלות בהמצאה נתגבש בידי המדינה, היא תוכל להעניק גישה חופשית להמצאה או ליצירה, או לחלופין לגבות בגין השימוש סכום שמשקף את עלויות הייצור. באופן זה הבעיה של אבדן רווחה מצרפית תבוא על פתרונה. הסבסוד פותר גם בעיות מימוניות של גיוס הון ראשוני לצורך ההמצאה והפיתוח וגם בכך יתרונו.²⁶⁹

269 בעניין זה ראו, למשל, The Economic Rational of Copyright, לעיל הערה 113, בעמ' 426, שם אומרים המחברים ביחס לזכויות יוצרים את הדברים האלה: "It seems fairly clear that without some device to assist authors in receiving compensation for their services, some works with high costs of creation... may not be produced at all. However, it does not necessarily follow that the grant of a copyright monopoly is the only such device

ולמרות הנאמר פתרון שכזה כפתרון כללי להסדרת השוק כולו הוא בבחינת מקסם שווא ומרבית הכלכלנים סולדים ממנו. ראשית, ראינו כי מודל שבו אדם מקבל מימון בעבור המצאותיו גורם להטיות אינהרנטיות מבחינת אופן הפעילות ומתמרחן אותו לפעול בצורה שאינה אופטימלית.²⁷⁰ שנית, במודל של מימון מוקדם המדינה היא שצריכה לבחור, אקס אנטה, אילו מיזמים לממן. יכולתה של המדינה לבחור את המיזמים הטובים ביותר היא בלשון המעטה, מוגבלת. היא נמצאת בעמדת נחיתות אינפורמטיבית ביחס לממציאים אשר מבקשים את המימון, ועל כן אינה יכולה לבחור באופן אופטימלי באיזה מיזם להשקיע. לא ברור אם בעיה זו של א-סימטריה במידע תבוא על פתרונה גם במקרה שבו מדובר בשחקנים חוזרים. לכאורה, שחקנים חוזרים רוכשים לעצמם מוניטין בתחום – מוניטין שעליו המדינה יכולה להסתמך. אולם מחקרים רבים מראים שגם יכולתו של הממציא לחזות מראש ולנבא איזה מיזם יהיה טוב ומוצלח מוגבלת. זאת ועוד, עד כאן הנחנו כי המדינה פועלת בצורה ניטרלית למקסום התועלת החברתית, אולם קיים גם החשש מהטיות פוליטיות בבחירת המיזמים שהמדינה תממן, מהתוויית האג'נדה המחקרית באופן מרוכז ומפעילות אדמיניסטרטיבית כושלת של רשויות המדינה.

אמנם אין להשתמש בכלי הסבסוד שימוש כללי, אך אין ללמוד מזה שאי אפשר להשתמש בו במקרים ספציפיים. ואכן, במספר רב של מדינות משתמשים בסבסוד לצורך עידוד יצירתו של ידע והמצאת המצאות בתחומים מסוימים.²⁷¹ למשל, פרופסור ברייר סבור כי סבסוד על ידי המדינה של מחקר ופיתוח הוא ראוי. במקרים רבים מימון של מחקר ופיתוח על ידי המדינה עדיף על הענקת זכויות בדיעבד. מימון זה יכול להיעשות בכל מיני אופנים, כגון מתן מלגות, מענקי מחקר וכו'. דעתו של ברייר היא כי הסבסוד אינו מתאים להיות תחליף כללי להגנת קניין רוחני, אך הוא ראוי בתחומים מסוימים, כגון ספרות מקצועית ומדעית.²⁷²

possible, nor that it is the most desirable device... it may be preferable to support authors during the period of production rather than during the moment of potential income protected by copyright laws. This can be done through private patronage by tax-exempt foundations, universities... or even by government support for desired literary creation". כמו כן ראו סטיגליץ, לעיל הערה 5, בעמ' 1723.

270 ראו בעניין זה תת פרק ו לפרק זה, בעמ' 391.

271 Copyright in books, לעיל הערה 47.

272 ברייר מודע במאמרו לסיכונים שבסבסוד, כגון צנזורה והטיית מחקרים. כמו כן, הוא מודע לכך שהמדינה אינה נמצאת בעמדה הטובה ביותר להעריך את התועלת מיצירה פוטנציאלית לצורך מימון ההשקעה. על כן, הנטייה היא שלא להסתמך על מימון מלא על ידי המדינה כתחליף להענקת הזכויות, אלא על סבסוד חלקי. שם, בעמ' 308.

גישה מעניינת אשר עומדת על קו התפר שבין אי-התערבות רגולטורית לבין סבסוד היצירה אפשר למצוא במאמר Economic rationale of copyright.²⁷³ נקודת המוצא של המחבר במאמר היא כי פעולות רבות מייצרות החצנות חיוביות. למשל, מפעל שמוקם באזור מסוים משפר את מצב התעסוקה במקום. בדומה לכך, פתיחתו של בית עסק גדול באזור מסוים הופכת את המקום לאטרקטיבי יותר לעסקים אחרים שיתמקמו בו בעקבותיו. התפיסה הקניינית המסורתית אמנם גורסת כי כדי שתושג יעילות יש צורך שבעל הזכויות יפנים את מלוא התועלת מהן, אולם פעמים רבות השאלה אינה אם קיימת שיטה אופטימלית שבה יוצר ההחצנות החיוביות יוכל לגבות אותן (להפנימן) אלא אם המדינה צריכה לסייע באכיפת הגבייה.

שאלה זו רלוונטית לקניין רגיל ולקניין רוחני באותה המידה, ולאחרון אף אולי ביתר שאת. גם אם רוצים לעודד יצירה, השאלה היא מהו המנגנון היעיל לעשות זאת. המחבר סבור שהענקת הקלות מס ליוצרים מצליחים או העברת תשלומים ישירה לשם יצירת יצירות ספרותיות שאינן מתגמלות דיין יהיו נוחות ליישום יותר מהעידוד שניתן היום באמצעות זכויות הקניין הרוחני. ואמנם במקומות רבים תגמול והקלות שכאלה הם חלק מן השיטה הרווחת. על פי גישה זו, יש למעשה שלוש שאלות, ורק תשובה חיובית על שלושתן תצדיק את השיטה הקיימת של קניין רוחני בכלל וזכויות יוצרים בפרט. שאלה אחת היא אם הגנת זכות היוצרים מתמרצת יצירת טובין חדשים אשר לא היו נוצרים בהיעדר ההגנה; השנייה, בהנחה שטובין אלו נוצרו, אם הלקוחות מעריכים אותם יותר מטובין שהיו נוצרים ללא הגנת זכות יוצרים (היינו אם המשאבים לא היו מופנים ליצירת היצירות המוגנות בזכות יוצרים); השלישית, אם הרווח הנובע מהגנת זכות היוצרים איננו מתקזז, לפחות בחלקו, כנגד עלויות אדמיניסטרטיביות שהן חלק אינהרנטי מן המערכת.

התזה המוצגת במאמר היא שיש לערוך הבחנה בין יוצרים לבין מוציאים לאור. יצירות של יוצרים רבים מונעות מטעמים שאינם כלכליים, לדוגמה יצירתו של החוקר באקדמיה, של מפרסם הבלוג ועוד. ייתכן שתרומתן החברתית של יצירות אלו והמודלים שמביאים ליצירתן הם רק בשוליים, אך אין זה סביר. דווקא סביר להניח כי חלק גדול מהתרומה להתפתחות החברתית ולהתקדמות המדעית נובע מיצירות אשר המניע ליצירתן אינו כלכלי.

אמנם ברור לכול כי לפחות באשר לחלק מן היצירות יש צורך ב"מכשיר" כלשהו שסייע לכותבים לקבל שיפוי בגין יצירתם, במיוחד ליוצרים אשר בשבילם עלות היצירה הראשונית היא גבוהה, שאם לא כן, סביר להניח שייצירות אלו לא יבואו לאוויר העולם. דוגמה ליצירה

273 The Economic Rational of Copyright, לעיל הערה 113.

שכזו היא האנציקלופדיה המסורתית בשל הדרישות הקפדניות במחקר לצורך כתיבתה.²⁷⁴ אולם מכך אין נובע שהמכשיר של זכויות יוצרים והמונופול שהוא מעניק הוא המכשיר היחיד לקידום יצירות אלו, ואף לא שמדובר במכשיר היעיל ביותר. ייתכן שמוטב לתמוך ביוצרים בעת תהליך היצירה במקום שיזכו לתמיכה בדיעבד באמצעות הגנת זכות יוצרים. סבסוד שכזה יכול להיעשות באמצעות private patronage, פטור ממס, מימון ישיר לאוניברסיטאות ועוד.²⁷⁵

מטרתו של המוציא לאור שונה ממטרותו של היוצר. רובם של המו"לים עוסקים במלאכה לשם הפקת רווחים. עלות הכניסה הנמוכה לשוק המו"לים מצוינת כאחת הסיבות העיקריות להגנת זכות היוצרים. המעתיק חוסך לעצמו את עלויות הסיכון – הוא יכול להמתין ולראות איזה ספר מצליח להעתיק אותו ולהפיץ רק אותו.²⁷⁶ בכך הוא יפגע קשות בתמריצייהם של המוציאים לאור.

לדעת הכותב, טיעון זה של תמריצים למוציאים לאור לא תמיד משכנע. לעתים גם בעניינם די ביתרון הראשוניות בשוק.²⁷⁷ גם אם מודל זה לא יעבוד או יעבוד רק בחלקו, קיימות עוד דרכים להגנה על המפרסם הראשון ללא צורך להשתמש בזכויות יוצרים. למשל, המו"ל יכול לקבל מראש הזמנות למהדורה עוד לפני שיצאה לאור – הזמנות שיבטיחו לו מחויבות מוקדמת עוד לפני שנוצר העותק הפיזי הראשון, ולכן אי אפשר יהיה להעתיקו.

274 אם כי זו דוגמה מצוינת להראות כי שינוי הקונצפט והטכנולוגיה יכול לשנות את מודל היצירה, ואין כמו מודל היצירה של ויקיפדיה להמחיש דוגמה זו.

275 The Economic Rational of Copyright, לעיל הערה 113, בעמ' 426 ו-426.

276 ברוח זו טוענים המו"לים, דרך קבע, כי גם בעולם שקיימת בו הגנת זכות יוצרים הם מפסידים על מרבית הספרים שהם משווקים.

277 על פי טיעון זה, עלויות הייצור הקבועות של המחבר גבוהות ביחס לעלות הכללית, והשילוב של עלויות קבועות גבוהות ועלויות שוליות פוחתות מעיד על ירידה מהירה בעלות הממוצעת. אמנם עלויותיו הקבועות של המתחרה המאוחר יהיו נמוכות יותר, אך כדי שיוכל להתחרות יהיה עליו להדפיס ולפרסם מהדורה ראשונה בערך באותו מספר של עותקים כדי להוריד את עלויותיו הממוצעות הרבה מתחת לעלויות של המו"ל הראשון שבו הוא מתחרה. במצב דברים זה, למו"ל הראשון יש יכולת איום ממשית, שכן מכיוון שכבר הדפיס את המהדורה כולה, הוא יוכל לחתוך במחירים ולמנוע מהמו"ל המתחרה כניסה לשוק. איום ממשי זה, של פעולה רטרוביטיבית על ידי המו"ל הראשון, צריך להספיק עד שתימכר המהדורה הראשונה כולה והמפרסם הראשון ירוויח. מובן שמודל זה נשען על הנחות יסוד מסוימות, שבהיעדרן האיום לא יעמוד, ומכאן חולשותיו. למשל, הוא מביא בחשבון הדפסת כמות נכבדה של ספרים במהדורה הראשונה, שמוזילה את העלות הכוללת. במצב שבו אין למשל מהדורות, וההדפסה היא על פי דרישה (שכן אין יתרון רב להדפסה כוללת של המהדורה), או במצב של שיווק דיגיטלי, האיום יכול לאבד מאמינותו. המודל גם מניח מתחרים ריכוזיים מהסוג של מוציאים לאור. ספק אם האיום שמשקף כיום הוא מכיוונים אלו ולא מהעתקה ביתית פרטית, ללא גורם ריכוזי שנושא בעלויות קבועות כלשהן.

אפשר גם להפיק ערך מוסף, למשל, מהיות הפרסום מהדורה ראשונה ולכן בעלת ערך היסטורי וכולי. החיסרון שבגישה זו הוא שגם הנחות אלו הן תלויות־טכנולוגיה, ושינוי טכנולוגי יכול להביא לשינוי במודל. למשל, אפשר לשער מהי הסיבה שאנשים מוכנים כיום להתחייב מראש על קניית ספר עוד לפני שיצא לאור. הם עושים זאת כדי להיות ראשונים לקרוא אותו ולהבטיח קבלתו לפני שתאזל המהדורה הראשונה. אולם אם הספרים ישווקו בצורה דיגיטלית, בעיה זו תיעלם (אלא אם המו"ל ישכיל ליצור אותה באופן מלאכותי), ועמה הסיבות להתחייב מראש על רכישת הספר, עוד טרם יציאתו, על הסיכונים הכרוכים בכך (למשל שהספר לא יהיה מוצלח).

חשיבותה של התזה במאמר היא כי גם אם לצורך הדיון תקבל הטענה כי הגנת זכויות יוצרים מעודדת יצירת חלק מן היצירות ואת פרסומן, אי אפשר להסיק מכך, באופן אוטומטי, את השאת היעילות החברתית. שתי הנחות תאורטיות תומכות בכך שהגנת זכויות יוצרים אכן מגדילה את התועלת: לפי האחת, ללא הגנה הרווח הפרטי מהיצירה יהיה בהכרח קטן מהרווח הכלכלי לחברה, ולכן רמת הייצור של יצירות תהיה נמוכה מן האופטימום החברתי; לפי השנייה, ייצור יצירות ספרותיות ראוי לעידוד מכיוון שיש להן ערך פנימי גבוה, יותר משל מוצרים אחרים, ובשל השפעתן הרבה על החברה. לדעת המחבר, ההנחה השנייה קשה להוכחה והיא בבחינת הערכה שאין בצדה ביסוס אמפירי. אולם גם אם נקבל אותה, עדיין לא יהיה ברור אם השיטה של זכות יוצרים היא הטובה ביותר להשגת רמת ייצור אופטימלית של יצירות.²⁷⁸

התועלת שבהגנת זכות היוצרים באה לכלל ביטוי או בערך האינטריוני הטמון בהבאתן של יצירות ספרותיות לעולם או בהתגברות על בעיית ההפנמה של התועלות במקרים שבהם

278 לשם בחינה אם זה כך, יש להפריד בין הסיכונים השונים שתעשיית הספרים מסתכנת בהם: ראשית, כאמור, יש יזמות אשר לאור הדיון לעיל סביר שיחזירו את ההשקעה גם ללא הגנת זכות יוצרים. במקרים אלו ההגנה רק משפרת את הרווחים ואפשר להצדיקה רק אם השיפור ברווחים הפרטיים ייטה להשוותם עם התועלת החברתית המופקת מאותה יזמה. שנית, יש יזמות אשר בהן גם ההגנה של זכות היוצרים אינה מספקת תמריץ ליצירה בשל הרווחים הנמוכים שבגללן. כאן ייתכן שההגנה תעזור, שכן היא תגדיל את התשואה על היצירות המוצלחות ותאפשר סבסוד של היצירות הלא מוצלחות. תמיכה בעמדה זו מבחינה כלכלית יכולה להיות רק במקרים שבהם מוכח שליצירות אלו יש מאפיינים מיוחדים, אינטריוניים, שאינם נמצאים במוצרים אחרים, שאם לא כן סבסוד צולב שכזה יגרור הקצאה לא נכונה של משאבים. טענה זו, כאמור, אינה ניתנת לביסוס. קבוצה שלישית היא של יזמות שבהן הגנת זכות היוצרים היא הגורם לייצור, שכן בלעדיה לא יוכלו המו"לים להחזיר לעצמם את עלויות הייצור ולא ייכנסו למיזם מלכתחילה. באשר לאלו, השאלה אם הגנה יעילה צריכה להיענות באמצעות עריכת מאזן בין התועלת החברתית הנובעת מן היצירות המוגנות החדשות לבין העלות הכרוכה בהפחתת הייצור האלטרנטיבי, דהיינו אותן יצירות שהיו נוצרות על ידי היוצרים והמו"לים אלמלא ההגנה.

בגלל כשל השוק לא הייתה היצירה נוצרת. כנגד זאת, בצד העלות יש להביא בחשבון את העלייה במחיר ואת הקטנת כמות היצירות שהיו נוצרות גם אלמלא מתן ההגנה – דבר שיוביל לייצור תת-אופטימלי. אל כל אלו כמובן יש לצרף את העלויות האדמיניסטרטיביות הכרוכות בהגנת זכות היוצרים.

המחבר מסכם את המאמר באמרו את הדברים האלה:

“[W]e must consider the view that copyright protection should be judged by its effect upon economic welfare. Here we enter an inconclusive area of speculation. However, we can say that the traditional assumption that copyrights enhance the general welfare is at least subject to attack on theoretical grounds; the subject certainly deserves more investigation and less self-righteous moral defense.”

חשוב לציין כי דברים אלו נאמרו עוד בשנת 1966, ודומה שעדיין לא נס לחם.

סבסוד הצרכן

גישה אחרת, אשר הועלתה על ידי פרופסור ליכטמן ותוקפת גם היא את עלות הנטל העודף והפסד הרווחה המצרפית, דוגלת בסבסוד של הצרכנים על ידי המדינה.²⁷⁹ לדעתו, במקום לרכוש את ההמצאה מידי הממציא תוך מתן גישה רחבה לציבור כולו במחיר תחרותי, ראוי שהמדינה תממן את הרכישה באמצעות סבסוד (חלקי או מלא) בשביל אלו שמעוניינים לרכוש את המוצר/יצירה והיו רוכשים אותו/ה במחיר של שוק תחרותי, ואף למעלה ממנו, אך אינם מוכנים לרכוש אותו/ה בשל מדיניות התמחור המונופוליסטית. במקרים אלו, הפסד הרווחה המצרפי יקטן באמצעות קופונים שישולמו על ידי המדינה. ליכטמן סבור כי גישה זו עדיפה על פני גישה שבה המדינה רוכשת את הזכויות מן הממציא, שכן לצורך רכישה שכזו יהיה על המדינה להעלות את שיעורי המס בחברה העלאה ניכרת, על כל העיוותים הכלכליים הנגזרים מכך, ואילו התערבות לצורך מתן סובסידיה למספר מצומצם של צרכנים תהיה קטנה הרבה יותר. דולר שיינתן כסובסידיה לצרכן יכול להשפיע על השוק הרבה יותר מאשר דולר שיתווסף לשוק באופן אחר. למשל, אם צרכן מעריך את השימוש ביצירה בארבעה דולר, סבסוד של דולר אחד, באמצעות קופון, יביא אותו לרכישת היצירה

Douglas Gary Lichtman, *Pricing Prozac: Why the Government Should Subsidize the* 279
Purchase of Patented Pharmaceuticals, 11 HARV. J.L. & TECH. 123 (1997) (להלן – ליכטמן).

ולעלאת הכנסותיו של היוצר בחמישה דולרים, ואילו העברת דולר אחד ישירות ליוצר תעשיר אותו בדולר אחד בלבד.²⁸⁰ הבעיה העיקרית בשיטה זו היא שהמדינה צריכה לקבוע במדויק את סכום הקופון שיינתן לצרכנים. הטענה כי למדינה יש דרך טובה להעריך את סכום הקופון על פי נתונים אחרים הקיימים בידה (כגון שיעור ההשתכרות וכו'), המרמזים על הצורך בקופון, זכתה לביקורת, ועל כך נאמר כי השיטה אינה ישימה.²⁸¹ ביקורת מהותית כוונה גם נגד ההתנהגות האסטרטגית של בעל הזכויות במונופול. ההנחה אינה צריכה להיות שמדיניות התמחור שלו תישאר קבועה, אלא כי היא תשתנה בתגובה למדיניות הסבסוד. מדיניות הסבסוד משנה למעשה את עקומת הביקוש, דבר שיאפשר למונופול לגבות סכומים גבוהים יותר מציבור הרוכשים.²⁸²

3. פרס

אז מה בכל זאת אפשר לעשות? המודל שמנסים לקדם אקדמאים לא מעטים הוא של "פרס" שבאמצעותו תשלם המדינה לממציאים כדי שאלו יעבירו את הפטנטים או היצירות לנחלת הציבור. בקווים גסים, כל המודלים של הפרס עוקבים אחרי התבנית הזאת: המדינה תניח לשוק לפעול בתכונותיו הרגילות, המימון והפיתוח יהיו ביזמה פרטית, בדומה לשיטה הנוכחית. הממציא ירשום פטנט. המדינה תזהה את ההמצאות המוצלחות יותר אשר יש להן ביקוש בשוק ושאין נשארות על הנייר במשרדי הרישום כאבן שאין לה הופכין. היא תרכוש אותן מהממציא ותעביר אותן לנחלת הכלל, תוך חיסכון בעלויות הגבלת השימוש. התרופות – ההמצאה במקרה שלנו – יימכרו אפוא על ידי כמה יצרנים בשוק תחרותי משוכלל. בתמורה להמצאתו יקבל הממציא את ההפרש שבין הרווחים שהיו מתקבלים אילו היה לבד בשוק לבין הרווחים שמתקבלים על ידיו בשוק תחרותי.²⁸³ כך כאשר המדינה תזהה, למשל, תרופה בעלת השפעה – היא תרכוש את ההמצאה ותאפשר ייצור תחרותי של אותה תרופה

280 שם, בעמ' 125.

281 אברמוביץ, לעיל הערה 107, בעמ' 160.

282 שם, בעמ' 165. זאת, בניגוד לתחזיות של ליכטמן שלפיהן התערבות המדינה באמצעות סובסידיות תגרום למונופול לשנות אסטרטגיה ודווקא להוריד מחירים, שכן יהיה בסובסידיה כדי להסיט את החלק הנמוך של עקומת הביקוש ולהגדיל את מספר הרוכשים במחירים גבוהים יותר (אם כי עדיין לא במחיר מונופוליסטי). ראה ליכטמן, לעיל הערה 279, בעמ' 125 ואילך.

283 זאת על סמך ההנחה שחברות רבות רשאיות לייצר את ההמצאה או לעשות בה שימוש. כאמור, למדינה עדיין יהיה אינטרס לעשות כן, שכן הרווח הפרטי של בעל הזכויות המונופוליסט קטן מהפסד הרווחה לחברה.

על ידי מספר רב של חברות. ישאל השואל, אם כך, מהו ההבדל הגדול בין מצב זה לבין מצב שבו המדינה מממנת את עלויות הפיתוח מלכתחילה? לכאורה, אפשר לטעון כי אם הזכויות במוצר הסופי תעבורנה לרשות הציבור, הרי שהציבור – באמצעות המדינה – גם צריך לממן את פיתוחו. הנקודה היא שלפי מודל זה, רכישת הזכויות על ידי הציבור נעשית בדיעבד, ועל כן חוסר הוודאות ובעיות הנציג מצומצמות הרבה יותר.

המחלוקות בין הכותבים נוגעות בעיקר ליישום. השאלה כיצד ליישם שיטה זו היא כמובן בעלת חשיבות ומעוררת דילמות רבות: האם בעל הפטנט יהיה חייב למכור את המצאתו למדינה? ואם לא יעשה כן, האם תופקע ממנו?²⁸⁴ כיצד יחושב ההפרש שבין הרווחים במצב של תחרות והיעדר תחרות – האם אין מדובר בספקולציה חסרת בסיס? יש שהציעו לערוך מחקר שוק מצומצם וללמוד ממנו על היקף ההכנסות הצפוי,²⁸⁵ אך נטען נגדם כי מחקרים שכאלו אינם מדויקים, ומלבד זאת הם יעכבו עוד יותר את שיווק המוצר לקהל הרחב.²⁸⁶

פרופ' שבל ופרופ' יפרצלה הלכו לכיוון אחר. גם לדעתם הבעיה העיקרית ביישום שיטה זו היא המידע שהמדינה נזקקת לו כדי להעריך את סכום הפרס הראוי במקרה נתון. הם סבורים כי סכום הפרס לממציא צריך לשקף את התועלת החברתית מהמצאה, אך לגישתם, מכיוון שמערכת הפטנטים הנוכחית אינה מעניקה את מלוא התועלת לממציא והוא אינו מפנימה (שכן יש אבדן תועלת – שמתבטא בנטל העודף – שיוורדת לטמיון), היא מובילה להשקעת-חסר בפיתוח.²⁸⁷ חשש נוסף ועיקרי במודל המוצע על ידי שבל ויפרצלה נובע מאי-הסימטריה של המידע במקרים שבהם הממציא פונה למדינה ורוצה למכור לה את המצאתו. גם לאחר שההמצאה באה לעולם, לבעל ההמצאה/יצירה יש מידע שלמדינה אין, והוא אינו מעוניין לחשוף אותו. על כן יכולה להיווצר הטעיה שיטתית ורכישת המצאות שאינן מוצלחות.

שבל ויפרצלה מניחים שלבעל ההמצאה ידיעה טובה יותר על עקומת הביקוש והתועלת החברתית מן המוצר המוגן. לעומתו, למדינה יש רק נתונים כלליים יותר על ההסתברויות להתפלגויות שונות של הביקוש. הסיכון הוא שכאשר סכום הפרס, שאמור לשקף את התועלת החברתית, יועבר לממציא, הוא יהיה גבוה או נמוך מהתועלת האמתית שבהמצאה, ולכן יגרור השקעת-יתר או השקעת-חסר במחקר ופיתוח מלכתחילה, על פי הצפי של

284 ראו, למשל, Robert C. Guell, Marvin Fischbaum, *Toward Allocative Efficiency in the Prescription Drug Industry*, 73 MILBANK Q. 213 (1995).

285 שם.

286 אברמוביץ, לעיל הערה 107, בעמ' 134-135.

287 שימו לב להתנגשות בין מודל זה למודל של השקעת-יתר של המתחרים על פי המודל של המירוץ לאוצר האבוד. על האפשרות ליישם בין השניים, שם, בעמ' 185.

הממציא באשר לתמורה שיקבל. על כן שיטה זו של רכישה מאוחרת על ידי המדינה, כשהיא מיושמת לבדה, היא בעייתית. אמנם במקרים מסוימים היא תהיה טובה מהדין הנוכחי, וזאת אם אבדן התועלת יהיה קטן מאבדן התועלת שלפי שיטת הפטנטים, אך במקרים אחרים שיטת הפטנטים הנוכחית תהיה טובה יותר. כדי להפיק את התועלת משני העולמות מציעים שבל ופרצלה לחבר את שתי השיטות: לאפשר לממציא לבחור את השיטה העדיפה עליו, כאשר המדינה תציע לו את התמורה בגין המצאתו לפי עקומת הביקוש הנמוכה מבין ההסתברויות האפשריות (שבה התועלת לחברה היא הנמוכה ביותר). אם יבחר בפטנט, לא ישתנה דבר ביחס לשיטה הרווחת כיום בעולם המעשה. אם יבחר בהצעת המדינה (שכן גם הרווח הנמוך לפי אפשרות זו גבוה מהרווח הפרטי שהיה זוכה בו לפי השיטה של "מונופול"), הרי שהמצב ישתפר.²⁸⁸ לדעתם של שבל ופרצלה, שיטה מעורבת זו תהיה טובה מהמצב כיום, אם כי עדיין לא תביא לאופטימום ההשקעה בפיתוח בגלל אותם פערי מידע בין הצדדים. על כן הם מפתחים מודל שלפיו אפשר להעלות את שיעור התמורה לממציא (הפרס) מעבר לעקומת הביקוש הנמוכה ביותר החזויה, תוך חישוב של רווחים ועלויות אפשריים בעקבות העלאה זו של הפרס. שימוש במודל זה ישפר את התוצאות של השקעה במחקר יחסית לשילוב הבסיסי של שתי השיטות, ובוודאי ישפר את ההשקעה במחקר ופיתוח יחסית לעולם שבו קיימת מערכת אחת בלבד. זאת ועוד, במאמר מציעים הכותבים להמתין ולחכות לנתוני שוק אמתיים, שעל פיהם תעודכן הצעתה של המדינה, שכן נתונים מהשוק ישקפו טוב יותר את האפשרויות לביקוש עתידי אמתי וישפרו את תחזיות המודל.

הצעתם זו של שבל ופרצלה עוררה הדים חיוביים רבים אך גם ביקורות רבות. נטען נגדם כי הם אינם משכילים לערוך הבחנה בין המצאה לבין מוצר, וכי השניים אינם זהים.²⁸⁹ מוצר אחד יכול להתבסס על המצאות רבות של אנשים שונים, דבר שישבש לחלוטין את פעולת המודל שמניח כי ההמצאה מתורגמת למוצר שנמכר בשוק. כמו כן נטען כי הם אינם מביאים בחשבון את הקשר שבין התמריצים לפיתוח ההמצאה הנוכחית לעומת התמריצים ליצירת המצאות עתידיות, ולפיכך אין המכירות בשוק מייצגות את מלוא התועלת והעלות החברתית.²⁹⁰ כל אלו, וכן הקושי הבסיסי בהערכת ההתפלגויות של עקומות הביקוש, כך נטען, הופכים את המודל שלהם לבעייתי ליישום. מלבד זאת נטען כי המודל שהשניים מציעים אינו פותר בעיה מרכזית ניכרת: הוא מניח שהמדינה תפעל משיקולים כלכליים כדי

288 מכיוון שהשמת הפטנט בנחלת הכלל תפחית את ההפסד בגין הנטל העודף ותייצר תועלת חברתית שתייצג את סכום הפרס, יהיו רבים שיהיו מוכנים לוותר על התועלת הפרטית שבמכירה כמונופול לטובת פרס (גדול יותר) שישקף את התועלת החברתית.

289 אברמוביץ, לעיל הערה 107, בעמ' 143.

290 שם, בעמ' 143.

למקסם תועלת, והכול יודעים שלא זה המצב. החשש הגדול הוא כי שיקולים שאינה כלכליים יכוונו את ההחלטות לכיוונים אחרים לגמרי.²⁹¹ המודל יכול להיכשל לא רק בשל היעדר יכולתה של המדינה. מתעוררת גם השאלה מה המוטיבציה לפעולותיה ואם נרצה את מעורבותה בהחלטות כגון אלה.²⁹²

שיטות פרס אחרות שהוצעו הן מכירות פומביות שבהן יעמיד הממציא את ההמצאה למכירה למרבה במחיר בשוק פתוח, והמדינה תקנה ממנו את ההמצאה רק בחלק מן המקרים, וזאת במחיר שזכה במכירה הפומבית, ואילו בחלק האחר של המקרים יקבל המציע הזוכה לבעלותו את ההמצאה במחיר שהציע. מובן שההחלטה מתי הבעלות תעבור לידי המדינה ומתי לידיים פרטיות צריכה להיות רנדומלית, כדי שהצעות לא יוטו על פי התוצאה הסופית. כתיבה אקדמית מאוחרת אף ניסתה לשפר את המנגנונים ולהפוך אותם לקלים יותר ופשוטים יותר ליישום.²⁹³

המודלים של הפרס הם בבחינת האוונגרד של הקניין הרוחני. הם אמנם מביאים רוח חדשה לניתוח הכלכלי של התחום, אך הביקורות נגדם רבות. הטענות העיקריות נגד שיטות אלה, לסוגיהן, הן כי הן אינן ישימות, וכי הן מכניסות את המדינה כשחקן מרכזי למשחק שלא ברור אם בכלל נרצה אותה בו כשחקן. מלבד זאת עולות טענות גם במישור הפרקטי של מסחור ההמצאה והפגיעה בתמריצים לעשות כן, כאשר הידע מועבר למדינה, במיוחד בשלבים מוקדמים של ההמצאה ללא ייצור מוצר כלשהו.²⁹⁴ עוד נטען כי לפי המודל הקיים כיום, כדי להחליט אם המצאה זכאית להגנת פטנט היא צריכה לעבור תהליך ארוך של ביקורת, וייתכן שחלק מן ההמצאות שלהן ביקוש רב לא תהיינה כשירות להירשם כפטנט. לעומת זאת לפי מודל הפרס, למדינה לא תהיה יכולת טובה לסנן המצאות שאינן בנות הגנה

291 שם, בעמ' 147.

292 כנגד הטענה שהמדינה לא תעשה עבודה אופטימלית ושיש עליה לחצים פוליטיים רבים אפשר לטעון כי בשל המחיר הגבוה הכרוך בשיטה הקיימת והנטל העודף הגדול ייתכן שאפילו שיטה שבה המדינה מעורבת ואשר אינה פועלת באופן אופטימלי תהיה טובה יותר שכן תשפר את המצב החברתי הקיים.

293 אברמוביץ, לעיל הערה 107, בעמ' 148-153.

294 ראו F. Scott Kieff, *Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions*, 85 MINN. L. REV 697 (2001) פעמים רבות קיים קושי לתרגם את המדע למוצר. מהרגע שבעל ההמצאה מתוגמל על הפטנט ולא על דרך מסחורו בשוק, התמריץ שלו למסחר את המצאתו ולהעניק תרומה בפועל יהיה קטן יותר. זאת ועוד, גם בשיטה הקיימת לעתים ההמצאה אינה מתורגמת למוצר, שכן הממציא חושש מגילוי מידע נוסף שאינו בגדר הפטנט אשר יסייע למתחרים. אולם תופעה זאת מקווצת במידה רבה כנגד העובדה שללא המסחור – לא יהיה תזרים מזומנים. במכירת ההמצאה ללא הייצור התמריצים לגילוי מידע שכזה יקטנו עוד יותר, וכך גם הסיכוי שהמוצר יגיע אל השוק. אם הממציאים אינם מרוויחים ממכירת המוצר או מסחורו התמריץ שלהם בחשיפת המידע יהיה קטן עוד יותר.

ולהותיר את אלה שהן בנות הגנה מבלי לשלם מחיר רב עבור התהליך כולו. גם אם יעבירו כל המצאה את תהליך הבדיקה שנערך על ידי רשם הפטנטים, עדיין השיטה המסורתית בכללותה נסמכת על גילוי מאוחר של מידע שמתגלה על ידי מתחרים בהליכי התנגדות אל מול הרשם ובטענות הגנה שמועלות בתביעות על הפרת פטנט. בשיטות הפרס לסוגיהן לא יהיה תמריץ למתחרים לגלות מידע שכזה, שכן ממילא הם יכולים לייצר את ההמצאה ללא מניעה כלשהי וללא תשלום כספי, ועל כן ייתכנו מקרים רבים שבהם המדינה תשלם על המצאות שלא היו כלל כשירות להירשם כפטנט מלכתחילה. אל בעיות אלו מצטרפות בעיות של adverse selection, שכן החשש הוא שבשיטה שמציעה את שתי האפשרויות – פטנט או פרס – אלו שיפנו לפרס יהיו בעיקר אלו אשר קיים חשש כי הפטנט שלהם לא יצליח מבחינה מסחרית, או כי הרווח שלהם מהמערכת הציבורית יהיה, מסיבות אחרות שאינן מוצדקות, גבוה הרבה יותר.²⁹⁵ נוסף על אלו, קיימות עלויות השיטה במובנים של מימון רכישת ההמצאות באמצעות מערכת המיסוי,²⁹⁶ עלויות אדמיניסטרטיביות של ניהול השיטה ועלויות הליטיגציה הכרוכות בה.²⁹⁷ כמו כן הבעיה שנפתרת היא בעיקר של הנטל העודף, אך בעיות אחרות, כגון rent seeking, נשארות, כי הראשון בזמן זוכה בקופה כולה – בשל כל הנמנה לעיל אלטרנטיבה זו של הפרס, על הווריאציות השונות שלה, נשארת לעת עתה רק בין דפיהם של כתבי עת מקצועיים.

295 ובאנלוגיה לאקרלוף והלימונים, ראו אברמוביץ, לעיל הערה 107, בעמ' 193-194.

296 הטענה היא שבמודל של פרס תצטרך המדינה לשלם כסף רב יותר בקניית הפטנט. כסף זה יגויס באמצעות מערכת המיסוי, אשר יש בה אלמנט מעוות כלכלית, והיא אף פותחת פתח להגדלת מיסוי שילך לאו דווקא למטרה ספציפית זו. ראו למשל ליכטמן, לעיל הערה 279.

297 ראה אברמוביץ, לעיל הערה 107, בעמ' 199. אולם כנגד עלויות אלה יש לקזז את עלויות השיטה הפרטית, ובמיוחד הנטל העודף. נכון שהבעיה בשיטה שבה ניתנת לממציא האפשרות לבחור באחת מבין שתי אפשרויות היא שהיא תהיה יקרה הרבה יותר שכן היא דורשת ניהול ותחזוקה כפולים.

פרק ט: דיני עבודה

מאת

לילך לוריא, * אורלי ליבל, ** יובל פלדמן***

מבוא. א. מדדי יעילות וכשלי שוק; 1. מדדי יעילות בגישה הכלכלית; 2. דיני עבודה וכשלי שוק. ב. משפט העבודה הפרטי; 1. שכר מינימום; 2. חוקי מגן והטבות מנדטוריות; 3. הגבלות עיסוק ודיני קניין רוחני ביחסי עבודה. ג. משפט העבודה הקיבוצי; 1. ביטחון תעסוקתי, פיטורין בשל סיבה מספקת ופיטורין ללא סיבה; 2. התארגנות; 3. ביזוריות וריבוי ארגונים. ד. הפליה בעבודה; 1. פרדוקס ההפליה; 2. האם מעבידים בוחרים להפלות? סיכום.

מבוא

פרק זה דן בתובנות מרכזיות של גישת הניתוח הכלכלי בתחום דיני העבודה. למסתכל מן הצד נראים דיני העבודה לעתים תחום המושתת על מגבלות רבות המוטלות על עקרונות יסוד של הניתוח הכלכלי, לרבות חופש החוזים ועליונות השוק. עובדה זו הופכת את משימתנו בפרק זה למורכבת בהשוואה לעיסוק בתחומי משפט אחרים. בתחומי משפט אחרים גישת הניתוח הכלכלי כבר עברה מזמן את השלב שבו אנו נדרשים להסביר את תרומתה התיאורית והנורמטיבית, ואילו בתחום דיני העבודה מושגים כגון יעילות ותחרותיות עדיין מתקבלים בחשדנות מסוימת על ידי העוסקים בתחום. באופן פשוטני, ולדעתנו שגוי, יש המזהים את הניתוח הכלכלי עם מה שנקרא לעתים גישה פרו-מעבידית, אשר מנסה להעלות טיעונים מתחום השוק החופשי לתוך שיח דיני העבודה. כפי שנראה בפרק זה, עמדה זו מבוססת על תפיסה לא עדכנית של תרומת הניתוח הכלכלי של המשפט לדיני העבודה.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.
** בית הספר למשפטים, אוניברסיטת סן דיאגו.
*** הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

כדי להתמודד עם מורכבויות אלה נפתח את הפרק בטיעונים בשני קווים מקבילים: ראשית, ננסה להראות כי מושג היעילות הוא מושג מורכב בחשיבה הכלכלית בכלל ובתחום דיני העבודה בפרט. בין היתר ננסה להראות כי כאשר משלבים יחד את המטרות הכלכליות שהמשפט מבקש לקדם, למשל חשיבה על נושאים כמו רווחה במובנה הרחב, צמיחה כלכלית לאורך זמן, אושר של עובדים, יצירתיות, מניעת שחיקה, יושר וכן הפחתה של עלויות פיקוח על ידי מעבידים, הרי שהפער בין עמדת הניתוח הכלכלי המסורתי לבין גישות אחרות דרמטי פחות מכפי שנדמה מלכתחילה. שנית, ננסה להדגים קו מחקרי נפוץ מעט יותר בתחום הניתוח הכלכלי אשר מנסה לזהות את כשלי השוק המצריכים את התערבות הממשלה. מובן כי גם כאן כאשר מראים מקרים ביחסי עבודה שאכן קיים בהם כשל שוק אשר יכול להירפא על ידי התערבות חיצונית לשוק, הפער שבין עמדת הניתוח הכלכלי לבין גישות אחרות מצטמצם.

לאחר פתיחה דו-ראשית זו נעבור בהמשכו של הפרק מהניתוח הכללי לתחומים פרטניים יותר בדיני העבודה שבהם לטעמנו לניתוח הכלכלי יכולת להרחיב את הבסיס התאורטי הנדרש להצעת מדיניות משפטית ראויה. בפרק השני ננתח סוגיות מרכזיות במשפט העבודה הפרטי. בתחילת הפרק ננתח את תחום חקיקת המגן אשר בקוגנטיות הנלווית לו הוא מוקד שמתבקש לבחנו מזווית הניתוח הכלכלי. נוכח ריבוי המחקרים בנושא שכר מינימום נעסוק בחוק זה בהרחבה רבה מזו אשר בה נעסוק בהטבות מנדטוריות אחרות. המשך הפרק יעסוק בתניות הגבלת עיסוק ודיני קניין רוחני ביחסי עבודה. הפרק השלישי יעסוק במשפט העבודה הקיבוצי. בתחילת הפרק ננתח הסדרי ביטחון תעסוקתי, כללי פיטורין ללא סיבה וכללי פיטורין בשל סיבה מספקת. המשך הפרק יעסוק בשאלות הנוגעות להתארגנות עובדים ולתחרות בין ארגונים שונים. בפרק הרביעי נעסוק בהפליה בעבודה, אשר מעלה כמה שאלות בהקשר הכלכלי. תחילה נבדוק אם אכן החקיקה משפרת את מצבם של המיעוטים המוחלשים. שנית נבחן את היחס שבין שוויון, אי-שוויון ויעילות תוך בדיקת הצעות ביניים אחדות.

א. מדדי יעילות וכשלי שוק

1. מדדי יעילות בגישה הכלכלית

כפי שעולה מפרק המבוא לכרך זה, מלומדים רבים בשיח הכלכלי-משפטי ניסו להתוות דרך לבחון אם הסדרים משפטיים שונים רצויים מבחינה כלכלית. במדדים הקלסיים ליעילות

מונים בעיקר את המדדים של פרטו וקלדור היקס.¹ על פי יעילות פרטו, מצב הוא יעיל כל עוד איש איננו יכול להיות במצב טוב יותר מבלי שאחר הופך רע יותר. על פי פרטו, בניגוד למה שמכונה השיטה הוולפריסטית (welfarism), אי אפשר להשוות בין תועלות של אנשים שונים, ולכן בוחנים תועלת רק ברמה אורדינלית.

כך למשל בהקשר של דיני העבודה, על פי ההגדרה של יעילות פרטו, בכל מצב שבו עובד מקבל הטבה משפטית (למשל מידה כלשהי של חסינות מפטורין) יוצא שכרו בהפסדו – כי קבלת ההטבה המשפטית באה מההפחתה בשכרו – נוכל להגדיר הסדר משפטי זה כלא יעיל.²

בהקשר זה עולים דיונים קלסיים התוקפים את גישת הניתוח הכלכלי על יסוד הצרכה (commodification)³ והיעדר יכולת המרה (incommensurability)⁴. במסגרת דיונים אלו עולות השאלות האלה: מה המשמעות של קביעת תג מחיר לערכים חברתיים חשובים על פי הגישה הכלכלית המסורתית? כיצד אפשר להשוות את הזכות להתקיים בכבוד לזכות הכללית לעבוד? מה המחיר החברתי של פגיעה בבריאות עובדים? מתי מותר לחברה להטיל איסורים, כגון עבודה במשך שעות ארוכות במיוחד או בתנאים מסוכנים במיוחד, כאשר עובדים מעוניינים בעבודות אלה תמורת שכר גבוה יותר? איסורים כגון אלה הם פטרנליסטיים, משום שבסופו של דבר אנשים מסוגלים להכריע בשאלה איזו עבודה הם מעדיפים – עבודה שתאפשר להם שעות פנאי עם הילדים או כזו שבה ירוויחו כסף רב יותר גם אם אינם מסוגלים לכמת בכסף את ערך הזמן שהם מבלים עם ילדיהם. ואכן, מלבד

- 1 לצורך פרק זה לא ניכנס להבדל שבין יעילות פרטו לבין יעילות קלדור היקס. על פי קלדור היקס, המקורות מוקצים לאדם שמעריך אותם (Willingness to Pay), דהיינו שהמרוויח מן החוק יוסיף וירויח אף אם הוא מפצה את המפסיד (חשוב לציין כי אין דרישה לפיצוי – שאז לא היה הבדל בין קלדור היקס לפרטו). זהו בעצם עיקרון מקסום העושר שמביא בחשבון מוכנות לשלם כפרמטר מרכזי. למעשה הוא כמו ה-cost benefit, או ה-cost effective, ששומעים עליו הרבה בדיוני מדיניות. להרחבה בהקשר של יעילותם של חוקי המגן ראו למשל, Richard Craswell, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 STAN. L.REV. 361-398 (1991).
- 2 מבחינה התנהגותית מחקרים רבים העוסקים בפער שבין נכונות לשלם לבין נכונות לקבל מלמדים כי אנשים מושפעים מאופן ניסוח הזכות, מתפיסת נקודת ההתייחסות ומעוד פרמטרים חברתיים אשר אינם נוגעים במישרין לערכה האובייקטיבי של הזכות. להרחבה בהקשר זה ראו הפרק העוסק בכלכלה התנהגותית בכרך זה. להרחבה בנושא אפקט הבעלות והניסוח ראו בר-הלל ופרוקצ'יה בכרך זה.
- 3 כותבת החשובה ביותר בתחום זה היא מרגרט רדין. MARGARET JANE RADIN, *CONTESTED*. COMMODITIES (1996). ראו גם Tsilly Dagan, Tali Fisher, *Rights for Sale* working paper (1996).
- 4 Cass Sunstein, *Incommensurability and valuation in law*, 92(4) MICH. L.REV. (1994).

המדדים ה"קרים" אשר צוינו לעיל כשלצדם הביקורות בעניינם, אפשר למצוא בספרות גם מדדים אחרים שאפשר להביאם בחשבון כאשר באים לבחון את יעילותם של הסדרים משפטיים בתחום דיני העבודה.

תקיפת הניתוח הכלכלי הֶנְאו־קְלָסִי נעשית גם באמצעות ניתוחים כלכליים מוסדיים ונאו־מוסדיים.⁵ בבסיס ניתוחים אלו קיימת התפיסה כי יחסי העבודה עוסקים במוצר אנושי ייחודי, ועל כן נדרשת תאוריה מורכבת רבת-תחומית שתשתמש בהקשרים חברתיים ולא רק בהקשרים כלכליים.⁶ הגישה הכלכלית המוסדית מייחסת חשיבות גדולה למוסדות ולשיתופי פעולה בין מוסדות כאמצעי לקידום יעילות. מוסדות מוגדרים כמערכת של כללים פורמליים או לא פורמליים אשר השחקנים פועלים, או יכולים לפעול, לאורם. כך למשל מוסדות של יחסי עבודה הכוללים ביטחון תעסוקתי תומכים במוסדות של הכשרה מקצועית ספציפית. לעומת זאת מוסדות של הכשרה מקצועית כללית תומכים במוסדות שמאפשרים פיטורים בקלות יחסית.⁷ כפי שנראה בהמשך הפרק, מוסדות יכולים גם להחליש מוסדות אחרים ולגרוע מהם, והתוצאה היא היעדר יעילות.

מדדי אושר ורווחה (happiness and wellbeing) אשר עמדו בבסיס הניתוח התועלתני הייתה להם עדנה בתקופה האחרונה.⁸ במסגרת זו אפשר לשאול איזה משקל, אם בכלל, אפשר לתת במסגרת ניתוח כלכלי למחקרים השונים אשר משווים את מידת שביעות הרצון של עובדים מאורגנים לשביעות הרצון של עובדים שאינם מאורגנים.⁹ במובנים רבים, גישות המביאות בחשבון מדדים של אושר ורווחה מתיימרות לחזור ליסודות של הניתוח

Bruce E. Kaufmann, *Labor Law and Employment Regulation: Neo-Classical and Institutional Perspective*, in LABOR AND EMPLOYMENT LAW AND ECONOMICS 20 (DAU-SCMIDT, HARRIS & LOBEL eds., 2009) (קאופמן סוקר במאמרו את ההתפתחויות בגישה הכלכלית המוסדית למשפט).

5

6 ש.ס.

VARIETIES OF CAPITALISM 21-33 (Peter A. Hall, David Soskice ed., 2001).

7

Matthew Adler, Eric Posner, *Happiness and Cost-Benefit Analysis*, 37 J. LEGAL STUD. S253 (2008); On Amir, Orly Lobel, *Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy*, 108 COLUM. L.REV. 2098 (2008); Daniel Kahneman, Peter T. Wakker & Rakesh Sarin, *Back to Bentham, Exploration of Experienced Utility*, 12(2) QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 375-405 (1997).

8

באושר ורווחה במסגרת ניתוח כלכלי מוסדי ראו Kaufmann, לעיל הערה 5.

מחקרים אשר משווים את שביעות רצונם של עובדים מאורגנים ממצבם לעובדים לא מאורגנים בישראל ראו ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "שיעור העובדים המאורגנים בארגוני עובדים ושיעורי הכיסוי של הסכמים קיבוציים: עבר הווה ועתיד" עבודה, חברה ומשפט י 15 (2004); למחקר אשר בוחן שביעות רצון באשר להתארגנות בארצות הברית ובאנגליה ראו Alex Bryson, Richard B. Freeman, *Workers Need and Voice in the US and the UK* (NBER Working Paper, 2006).

9

הכלכלי.¹⁰ עם זאת קריאה בחלק מן העבודות הקיימות בתחום זה מעלה כי הביקורת על נטישת הניתוח הכלכלי את האושר מתעלמת מן הקשיים המתודולוגיים שבאימוץ תחום זה.¹¹ מכל מקום, מן הזווית המצומצמת של פרק זה, ברור כי שילוב העיסוק באושר כחלק מהגדרת יעילות מרחיב מאוד את היכולת להצדיק הסדרים משפטיים אשר על פי מדדים קלסיים יותר נחשבים פוגעים בגמישות הניהולית ובתחרותיות של עלויות העסקה. כך למשל בתחום משפט העבודה הקיבוצי, שבו ערכים חשובים הם ערך ההשתתפות, הייצוג והקול הניתן לעובדים. לערכים אלו קשה להעניק מדד כמותי, וממילא קשה לשלבם במרבית מדדי היעילות הקלסיים.

תפוקה ויצירתיות של עובדים וצמיחת המשק בכללותו הם שני מדדים נוספים שבהם משתמשים חוקרים שונים כדי להעריך את יעילותם היחסית של הסדרים משפטיים שונים.¹² מדדים אלה של תפוקה וצמיחה נשענים על אדנים אמפיריים יציבים יותר.¹³ ונתפסים כמקובלים יותר בספרות הכלכלית, בשל התמקדות בערכים מוניטריים, גם אם מרוחקים מעט יותר מהניתוח המיקרו-חזוי. זאת ועוד, מדדים העוסקים בתפוקה (פרודוקטיביות) מתבססים בין היתר גם על משתנים מתווכים מן הסוג של מניעת שחיקה ונאמנות. מטבעם של גורמים מעין אלו,¹⁴ הקלות היחסית של מדידת תפוקה הופכת מדד זה למרכזי בספרות האמפירית והנורמטיבית העוסקת ביעילותם של דיני עבודה.

- 10 פיתוח היחס בין תועלתנות ואושר.
- 11 נציין כי אפשר להצביע על כשלים לא מעטים בכתיבה של Frey ו-Layard, Stutzer, במיוחד בשל הסתמכותם על דיווחים עצמיים ובשל הרלטיביזם של המושג הן לאורך זמן והן באופן השוואתי. עם זאת כמות הכתיבה בהקשרים אלו נמצאת במגמת עלייה הן בפסטיכולוגיה, הן בכלכלה והן בניתוח הכלכלי למשפט. בהקשר זה ראו למשל מאמרים בספר: LAW AND HAPPINESS (Eric A. Posner, Cass R. Sunstein eds., 2010). לביקורת על כמה מהנחות היסוד של זרם זה ראו למשל Jeffrey L. Harrison, *Happiness, Efficiency, and the Promise of Decisional Equity: From Outcome to Process*, 36 PEPP. L. REV. 935 (2009).
- 12 ראו למשל On Amir, Orly Lobel, *Innovation Motivation: Behavioral Effects of Post-Employment Restrictions* (work-in-progress) Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1876133>; ORLY LOBEL, INNOVATION'S EDGE: THE UPSIDE OF TALENT WARS, SECRECY LEAKS, FREE-RIDING, VULTURE CAPITALISM & CREATIVE DESTRUCTION (forthcoming, 2011); Timothy Besley, Robin Burgess, *Can Labor Regulation Hinder Economic Performance? Evidence From India*, 119 (1) QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 91 (2004).
- 13 אם כי גם מדד זה שנוי במחלוקת עזות בכמה תחומים למשל בכל הנוגע למדיניות מצמצמת-אבטלה.
- 14 קשה אקס-אנטה להבין מה ישפיע עליהם, בוודאי כשמדובר בהסדר משפטי ספציפי. יש לזכור כי במרבית המקרים הוויכוח אינו אם יש צורך בהגנה כמו שכר מינימום אלא מה צריך להיות היקפה, למשל גובה שכר המינימום.

מדד שונה מעט בודק כיצד המשפט משפיע על מחויבותם הארגונית של העובדים. מחויבות לארגון היא תחום אשר נחקר הרבה במסגרת הספרות הכללית של יחסי עבודה, אולם במסגרת הניתוח הכלכלי של המשפט הוא זוכה להתייחסות פחותה. על יסוד התפיסה כי קיימות מגבלות מובנות ליכולת לנטר עובדים ולהניעם בדרך של מקלות וגזרים בלבד,¹⁵ מעבידים רבים משקיעים מאמץ רב לפתח בקרב עובדים תחושות של נאמנות ונכונות לציות מרצון.¹⁶ ככל שהתנהגות זו של המעבידים נתפסת כמקדמת במישרין או בעקיפין את הרווחה המצרפית, הרי שגם בניתוח הנורמטיבי של יעילות יש להביא בחשבון את הבנת האופן שבו הסדרים משפטיים מתחרים משפיעים על התנהגויות אלו. מטבע הדברים מדדים מעין אלו מגדילים את הסיכוי כי הסדרים הנוגעים למשל לביטחון תעסוקתי, אשר בראייה פשוטה מקובל לראותם כפוגעים בגמישות וממילא ביעילות, בראייה רחבה יותר ייתפסו דווקא כיעילים.

ריבוי מדדים זה מאפשר גמישות ביכולת ליישב בין גישת הניתוח הכלכלי לבין גישות מתחרות. עם זאת ריבוי זה מקשה כמובן גיבוש מדיניות נורמטיבית בהירה. כך למשל כאשר לא ברור אם האינדיקציה לתרומה של רגולציה מסוימת למשק צריכה להתבסס על שיעורי צמיחה, על שיעורי אבטלה או כל מדדים אחרים, מובן כי קיים קושי לא מבוטל להציע עמדה מוסכמת, וממילא חלק מקסמו של הניתוח הכלכלי, המאפשר לכאורה התלכדות סביב ניתוח של יעילות, נפגע.

2. דיני עבודה וכשלי שוק

אחד הנושאים המרכזיים בניתוח הכלכלי של דיני עבודה נוגע להבנת מגבלות השוק והבנת היקפה הלגיטימי של התערבות הממשלה ביחסי העבודה שבסיסם חוזי. על פי הגישה המסורתית, התערבות מסוג זו צריכה להיות מוגבלת אך ורק למצבים שבהם קיימים כשלי שוק אמתיים. כשלי השוק העיקריים בתחום יחסי העבודה כוללים פערי מידע בין עובדים

15 Yuval Feldman, Orly Lobel, *The Incentive Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties and Protections for Reporting Illegality*, 87 TEXAS L.REV. 1151 (2010).

16 לגישות המתארות ההשפעה של גורמים לא אינסטרומנטליים למידת התרומה/הפגיעה של העובד ביחס לארגון ראו למשל, Sandra L. Robinson, *Trust and Breach of the Psychological Contract*, 41(4) ADMINISTRATIVE SCIENCE QUARTERLY 574-599 (1996); Stewart J Schwab. *Life-cycle justice: accommodating just cause and employment at will*, 92(4) MICH. L. REV. 8-62 (1993).

למעבידים, סיכון מוסרי, החצנת עלויות, מונופולים וכשלי שוק התנהגותיים. כשלי השוק השונים עומדים – על פי הניתוח הכלכלי של המשפט – בבסיס ההצדקות לדיני העבודה. בתי הדין לעבודה משתמשים בכשלי השוק השונים ומפנים אליהם בפסיקתם. עם זאת לעתים פסיקת בית הדין לעבודה מתבססת על הגדרה פשטנית מעט של כשלים. למשל, פסק דין סינאי¹⁷ מדבר על כשל שוק ביחסי עובד-מעביד הנובע מפערים גדולים במיוחד בכוח המיקוח. בדומה לכך, פסק דין פוגל¹⁸ העוסק בתחולת יחסי העבודה בזמן הכשרה, מגדיר כשל שוק ככזה אשר יש בו ניצול שהוא פועל יוצא של חוסר שוויון בין עובדים למעבידים. חשוב לציין כי על פי הכתיבה הקלסית בנושא הניתוח הכלכלי, כשל שוק הנובע מפער כוח מיקוח בין הצדדים, כפי שהוא מכונה בפסיקה, הוא בעייתי. בשוק משוכלל, גם אם נקבל את ההנחה כי עובדים חלשים ממעבידים, הרי שבמצב שבו תפוקתם גדולה מן ההטבות המגיעות להם, צפוי מעביד אחר לזהות את הפער הזה ולהציע הטבות ראויות יותר. אולם תרחיש זה, אשר אמור לכאורה לפתור את השפעת הפער שבכוח המיקוח בין עובדים למעבידים, אינו בהכרח מציאותי כאשר פערי המידע גדולים. עובדים לא ידעו כי הם יכולים להשיג יותר במקומות אחרים או יתקשו לשלם את עלויות החיפוש והמעבר. פערי מידע אלו עשויים גם להשתלב עם מגבלות שונות על תחרות בשל היות המעביד הן צרכן יחיד של שירותי העבודה והן חלק מקבוצה קטנה יחסית של צרכנים מעין אלו. מובן גם כי חסמים התנהגותיים הנוגעים לחשש מפני שינויים או מתפיסה לא נכונה של העובד את ערכו הכלכלי עשויים למנוע מן השוק לפתור בעיות של פערי כוח בין הצדדים. בהקשר זה נציין בפרט את הכתיבה של פיטר דיאמונד, דייל מורטנסן וכריסטופר פיזארידס, זוכי פרס נובל לכלכלה לשנת 2010, אשר ניתחו את יסודות החיפוש בשוקי העבודה. המודלים שלהם עוזרים להבין מדוע קיימת אבטלה גם כאשר קיימות בשוק עבודות בלתי מאוישות. המודלים מתארים את שוק העבודה כשוק הטרוגני שבו, שלא כמו שוק הירקות לדוגמה, כל היצע (עובד) וכל ביקוש (מקום עבודה) שונה באופן המקשה השוואת יחסיות. מלבד זאת חלק מההתאמה בין עובדים למעסיקים אינו יכול להיבחן אלא בתקופת ניסיון. לכן שוק העבודה כולל בתוכו באופן אינהרנטי עלויות חיפוש גדולות הן למעבידים והן לעובדים.¹⁹ למעשה, נדמה כי תפיסת הפסיקה בישראל באשר לחוסר שוויון או פער גדול בין הצדדים היא סוג של חיבור היברידי בין שני כשלי השוק העיקריים בספרות: פערי מידע ומונופולים. זאת בזמן שהבדלים ביחסי הכוחות כשלעצמם אינם כשל שוק על פי הניתוח הכלכלי של

17 ע"ב (אזורי י-ם) 2589/04 סינאי נ' שטראוס שיווק בע"מ (פורסם בנבו, 18.1.2010).

18 ע"ב (אזורי ת"א) 4638/06 פוגל נ' אקול דה דנס בע"מ (פורסם בנבו, 20.7.2008).

19 מובן שיש מצבים שבהם קיים יתרון לעובדים, אך מאחר שמקרים אלו הם מיעוט, בפרק זה אנו מעדיפים לעסוק בסיטואציה המסורתית שבה עלויות חיפוש פוגעות באופן לא פרופורציוני בעובדים.

המשפט. לנוכח תפיסת המושג "כשל השוק" בפסיקת בית הדין לעבודה יש מקום לחדד מושכלות יסוד ולהגדיר בקצרה את כשלי השוק ואת השפעתם על הניתוח הכלכלי של משפט העבודה.²⁰

כשל השוק הראשון בהקשר של יחסי עבודה נוגע לפערים במידע בין עובדים למעבידים. מאחר שלעובדים ולמעבידים חסר מידע חיוני, והם אינם מבינים את משמעות האופציות בקבוצת הבחירה, בחירתם איננה יכולה להיות מושכלת ואין היא מביאה לתוצאה יעילה.²¹ בניגוד למה שעולה בחלק מהפסיקה אשר מתייחסת לכשל השוק כחד-צדדי, בספרות האקדמית פערי המידע מוגדרים כבעיה דו-צדית – בחלק מהמידע מחזיק העובד לבדו, ובחלק אחר מחזיק המעביד לבדו. המעביד יודע טוב יותר מן העובד מהו מצבו של העסק, מה הסיכוי שיהיה שינוי עתידי בבעלות על מקום העבודה (שינוי אשר עשוי להביא להרעה בתנאי העבודה), ומהם הנזקים הבריאותיים שאליהם חשוף העובד במסגרת עבודתו. תביעות נזיקיות שונות מגלות כי במקרים רבים מאוד ידעו מעבידים על נזקים בריאותיים בטרם ידעו על כך העובדים.²² בשל פערים מעין אלו מובן כי נכונותו של עובד לשלם בעבור הגנה סטטוטורית אופציונלית מסוימת עשויה להיות מעוותת הן משום שחסר לו מידע והן משום פערי המידע שבינו לבין המעביד. לעתים העובד איננו יכול לדעת כמה ההטבה שווה לו, שכן אין הוא יודע מפני מה היא מגנה עליו, או אפילו מהי נקודת ההתייחסות להערכה אם הטבה מסוימת משפרת את המצב הקיים או גורעת ממנו. למשל, כל עובד בישראל זכאי שמעסיקו יבטחו בביטוח אבדן כושר עבודה (ביטוח נכות) בקרן פנסייה או בקופת ביטוח.²³ עובדים אשר אינם ערים לסיכונים הבריאותיים במקום עבודתם עשויים להתקשות בבחירת ביטוח המתאים לצורכיהם.²⁴

- 20 סקירה זו מבוססת בעיקר על המבנה של סדרת המאמרים של קריסטין ג'ולס בתחום הניתוח הכלכלי של דיני העבודה: Christine Jolls, *Employment Law*, in THE HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS (A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, eds., 2007); Christine Jolls, *Law and the Labor Market*, 2 ANNUAL REVIEW OF LAW AND SOCIAL SCIENCE 359 (2006).
 וראו גם RICHARD EDWARDS, RIGHTS AT WORK (1993).
- 21 יש לשים לב להבדל בין חוסר הידע כאן לבין כשל שוק מן הסוג של שוק הלימונים שאליו נתייחס מיד.
- 22 לדוגמה בהקשר של תביעות האסבסטוס במקומות עבודה רבים Orly Lobel, *Interlocking Regulatory and Industrial Relations: The Governance of Worker Safety*, 57 ADMIN. L. REV. 1071 (2005).
- 23 הזכאות היא מתוקף הזכות לביטוח פנסיוני מקיף הכולל רכיבים של זקנה, נכות ושארים. זכות זו מעוגנת בסעיף 3 לצו ההרחבה לביטוח פנסיוני. וראו צו הרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק, י"פ 5772 (29.1.2008), סעיף 3.
- 24 והשוו, בהקשר אחר, לקושי של פקידי משרד האוצר בישראל לבחור ביטוח פנסיוני: Momi Dahan, Tehila Kogut & Moshe Shalem, *Do Economic Policymakers Practice What they*

אשר לסוגיות אחרות ביחסי העבודה, העובד הוא שמחזיק במידע והמעביד הוא חסר המידע. העובד הוא שמחזיק במידע המבוסס ביותר על יכולת העבודה שלו, ניסיונו המקצועי ומצבו הבריאותי. מעביד אשר קולט עובד לעבודה עושה זאת על סמך מידע חלקי. מנגנונים שונים בדיני העבודה מגדילים עוד יותר את פער המידע בין עובד למעביד. דיני ההפליה בעבודה למשל מונעים מן המעביד לברר פרטים אשר היו עשויים לאפשר לו לבחור בחירה מושכלת יותר לאחר שלב הקבלה לעבודה. מגבלות על שינויים בחוזה העבודה מונעות לעתים מן המעביד להתאים את החוזה למידע שיש לו על העובד ועל נסיבות העסקתו. מנגנונים המגבילים את שיקול דעתו של המעביד בפיטורין, ובפרט בכל הנוגע למנגנוני קביעות והסדרי משפט העבודה הקיבוצי, מחריפים אף הם את היכולת של המעביד להשתמש במידע לאחר שהצליח להשיגו. בהקשר זה של פערי מידע בין עובדים למעבידים ראוי לציין את עקרון הבחירה הנוגדת (Adverse Selection). עיקרון זה הודגם בספרות בנושא שוק המכוניות המשומשות. בשוק המכוניות המשומשות קיימים פערי מידע בין קונים למוכרים, כי הקונים אינם יודעים אם המכונית המוצעת למכירה בשוק מקולקלת. לכן הקונים מוכנים לשלם סכומים נמוכים תמורת המכונית מתוך הנחה כי המכונית מקולקלת. מוכרי המכוניות הטובות אינם מעוניינים למכור את מכוניותיהן במחירים הנמוכים הללו. לכן המוכרים מוציאים את המכוניות הטובות מהשוק וכלל מחירי המכוניות יורדים.²⁵ כפי שנראה בפרק, עקרון הבחירה הנוגדת מתרחש במקרים רבים בהקשרים של ביטוח רפואי כמו גם בהקשרים אחרים של שוק העבודה שקיימים בהם פערי מידע בין עובדים למעבידים. אשר לביטוח רפואי, ככל שאדם חולה יותר או מעריך שיהיה חולה יותר, הוא מוכן לשלם יותר עבור הביטוח הרפואי. כך נוצר מצב שארגונים נאלצים להגדיל את הפרמיה, והדבר מרתיע אף יותר את המבוטחים הבריאים. בהקשרים של שוק העבודה, ככל שהעובד בטוח פחות ביכולתו להיות מועסק, הוא ייטה יותר להצטרף לארגונים (או למערכות משפטיות) שבהם מובטחת לו רשת הגנה. עקרון הבחירה הנוגדת צופה כי איגודים מקצועיים ימשכו עובדים חלשים יחסית, ובכך תפחת עוד יותר האטרקטיביות של איגודים אלה.

כשל שוק נוסף בעל רלוונטיות לתחום דיני העבודה נוגע להחצנת עלויות. במקרים רבים חלק מן ההצדקה למניעת חופש החוזים בהקשר של יחסי העבודה נוגע לעובדה כי לחוזה יש משמעות לא רק מבחינת העובד אלא גם מבחינת צדדים שלישיים, ולפיכך יש למדינה הצדקה למנוע מן העובד אפשרות להגדיר לעצמו את מספר הסכנות שאליהן הוא מוכן

Preach? The Case of Pension Decisions (2009), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1476242

George A. Akerlof, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q.J. ECON. 488 (1970)

להיחשף. למשל: פגיעה בבריאותו של עובד עולה למדינה כסף ניכר; עובד שמת צעיר מטיל על המדינה עול לפרנס את משפחתו; עובד אשר מוכן לעבוד בפחות משכר מינימום הופך זכאי לקצבאות וממילא מעביר עלות מן המעביד אל המדינה. עם זאת בדומה לנושא פערי המידע, אשר מצדיקים את ההתערבות הרגולטורית, אשר בתורה מגדילה את פערי המידע בהיבטים אחרים, כך גם באשר לנושא החצנת העלויות, משפט העבודה עשוי לאפשר התנהגות המכונה סיכון מוסרי (moral hazard) ואשר מעודדת החצנת עלויות. למשל: חברות בארגון עובדים ומדינת הרווחה עשויות לגרום לאנשים לא לקבל על עצמם אחריות מלאה, להשתמש ממילוי חובותיהם ולנהוג בדרך שלא היו בוחרים בה אילו לא היה קשה יותר לפטרם או אילו לא הייתה המדינה נושאת בחלק מן העלויות של פרנסתם אם המעביד היה מפטרם בעקבות התנהגותם.

כשל שוק מרכזי אחר בתחום דיני העבודה נוגע למצבים שבהם המעסיקים או העובדים הם מונופול – צרכנים או ספקים יחידים של שירותי עבודה. למעשה, גם לכשל השוק של מונופולים יש שני צדדים: מחד גיסא, כאשר המעביד הוא מונופול, אי אפשר להבטיח כי השוק יגרום לו לתת לעובדים את המגיע להם, שכן הוא אינו נאלץ להתחרות עם מעבידים אחרים. כך גם כאשר הידע אשר מצוי בידי העובד הוא בעיקרו הון אנושי ייחודי למקום עבודה זה, אשר ממילא מקטין את יכולתו של העובד לעבור למעבידים אחרים, אי אפשר להבטיח כי העובד יקבל מה שמגיע לו. מאידך גיסא דיני העבודה מביאים למעשה בכוונה ובאופן ישיר, בייחוד במשפט העבודה הקיבוצי, לידי מצבים מונופוליסטיים של פגיעה בתחרות שבהם יכולתו של המעביד לבחור מבין עובדיו נפגעת. ההגנות על חופש ההתארגנות, הסעיפים הקיימים בהסכמים קיבוציים אשר מגבילים העסקה של עובדים מחוץ להסכמים הקיבוציים וזכות השביתה הם כולם – מעצם הגדרתם – מנגנונים מונופוליסטיים המיועדים לתת לנהנים מהם משהו הדומה לכוח מונופוליסטי. בהמשך הפרק נדון בהרחבה בסעיפים אלו ובהשלכותיהם על השוק החופשי ועל מדדי יעילות. לבסוף ראוי להזכיר את כשלי השוק שבסיסם התנהגותי²⁶, אשר מעצימים עוד יותר את כשלי השוק הנובעים מפערי מידע בין עובדים ומעבידים.²⁷ שתי ההטיות המשמשות יותר

26 ראו ברהילל ופרוקצ'יה בכרך זה לתיאור מעמיק יותר של כשלי השוק ההתנהגותיים והדגמתם בכמה הקשרים משפטיים, בין היתר בתחום דיני העבודה. ראו גם Cass Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 VA. L.REV. 205 (2001), שמרחיב את קשת הספרות בפסיכולוגיה שעליהן הוא מסתמך מלבד ספרות ההטיות (הוא כולל למשל עיסוק בהוגנות ובנורמות חברתיות) ומציע למדינה דרכים להשתמש בידע הזה על דרך מחשבתם של עובדים ודרך החלטותיהם כדי לקדם את רווחתם. וראו On & Lobe, *Stumble, Predict*, *Nudge*, לעיל הערה 8.

27 אם כי חלק מן ההטיות ההתנהגותיות נוגעות לסוגיות של הערכה.

מכול בהקשר של דיני עבודה הן הטיית האופטימיות והטיית קוצר הראייה (myopia).²⁸ הטיית האופטימיות בהקשר זה משמעה תמחור של עובדים זכויות מסוימות בחסר משום שהם חושבים כי אינם זקוקים להן. הטיית קוצר הראייה משפיעה בין היתר על מצב שבו עובדים יסכימו לוותר על זכויות אשר מגיעות להם בהמשך הקריירה שלהם בתמורה לרווחים גדולים יותר בהווה.²⁹ על יסוד טיעונים מעין אלו מקבלת המדינה לגיטימציה להתערב בכוחות השוק ולמנוע מן העובד להסכים לויתורים אשר אינם משרתים את האינטרסים האמתיים שלו. כפי שנראה בהמשך הפרק, שתי ההטיות הללו עשויות לספק הסבר להטבות מנדטוריות בחקיקת מגן.

סוגיית ריבוי המדדים להגדרתם של הסדרי עבודה יעילים, שעליה עמדנו לעיל, הופכת את הדיון הנורמטיבי בכשלי שוק התנהגותיים למורכב יותר. ככל שאנו צוללים יותר לטיב ההטיות ולהיבטים ההגנתיים הקיימים בהם, אנו מבינים שהתפיסה כי המדינה יודעת יותר מהצדדים עצמם מהו הדבר הנכון להם ביותר, הופכת יותר ויותר בעייתית. למשל, בהסתמכה על סקירה של הטיות התנהגותיות טוענת רבין מרגליות כי קיימת במקרים רבים הצדקה לפטרנליזם כלפי העובדים. היא מראה למשל כי מוכנותם של העובדים לוותר בקלות על זכויות המגיעות להם מכוח הסכם, שכולל למשל מגבלה על פיטורים בעבור העלאה מסוימת בשכר החודשי, נובעת מהטיות בלתי רציונליות, ולכן יש מקום לבחון אם חופש החוזים אמור לחול בסיטואציות מעין אלו.³⁰ רבין מרגליות מרחיבה את בסיס ההטיות הקוגניטיביות שעליהן היא מסתמכת גם לביטחון-יתר,³¹ המביא לידי אמונת-יתר של העובד בהבנתו וביכולותיו ולבלבול בין נורמה חברתית לבין כללי משפט מחייבים, ואלה גורמים תחושה מוטעית בנוגע להגנות שהמשפט עצמו מעניק.³² היא גם מדברת על הטיית הזמינות, המביאה אנשים לא מצליחים לידי הערכה מדויקת של אירועים שליליים שמפניהם עליהם להתגונן, ולידי הישענות-יתר על אחרים בהערכת שכר.³³ בדומה לכך

- 28 הטיה זו מתחברת בדרך כלל לקשיים שיש לאנשים למקם את העדפותיהם בצורה קוהרנטית על ציר הזמן.
- 29 להטיה זו גם אפשרות ליישומים שמאפשרים לעובדים לחסוך יותר. ראו Sunstein, לעיל הערה 26, ולכך רומזים גם בר-הילל ופרוקצ'יה.
- 30 Sharon Rabin-Margalot, *Behavioral Law and Economics and Employment Law*, IDCL. Melvin Aron Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contracts*, 47(2) STAN. L.REV. (1995) REV. 3, 123-159 (2005) ראו גם.
- 31 שהיא הטיה שונה מהאופטימיות – להרחבה ראו בר-הילל ופרוקצ'יה בכרך זה.
- 32 ראו בהקשר זה Pauline Kim, *Bargaining with Imperfect information: A study of worker perceptions of Legal protection in an at-will world*, 83(1) CORNELL L. REV. (1997).
- 33 הטיית הזמינות, אחד מקיצורי הדרך ההתנהגותיים, עוסקת בהערכת-יתר של אירועים שלא על סמך שכיחותם הסטטיסטית אלא בשל הבולטות של אירועים אלו והקלות שבה אנשים נזכרים

נראה בפרק הבא כיצד הטיית קוצר הראיה מצדיקה התערבות פטרנליסטית של המדינה בהקשר של החיסכון הפנסיוני. על יסוד הקדמה זו נעבור כעת לנתח את הדוקטרינות המהותיות במשפט העבודה הישראלי.

ב. משפט העבודה הפרטי

1. שכר מינימום

ברובן המכריע של מדינות העולם קיימים הסדרים בדבר שכר מינימום. עם זאת קיימים הבדלים ניכרים בחוקים אלה בין המדינות, הן מבחינת שיעורו של שכר המינימום והן מבחינת היקף תחולת ההסדר.³⁴ בישראל שכר המינימום מעוגן בחקיקה ראשית מאז שנת 1987.³⁵ בין השנים 1973 ו-1987 עוגן שכר המינימום בצו הרחבה כללי, ולפני כן עוגן שכר המינימום בהסכמים קיבוציים בלבד, כאשר בענפים שונים ובמפעלים שונים נהג שכר מינימום שונה. עובדים אשר זכויותיהם לא עוגנו בהסכמים קיבוציים לא היו זכאים לשכר מינימום.³⁶ בארצות הברית למשל מעוגן שכר מינימום פדרלי, ולצדו מעוגנים חוקי שכר מינימום מדינתיים ומקומיים המעלים את סף שכר החובה באותם מקומות.

בספרות הכלכלית הסדרי שכר מינימום נתונים במחלוקת. כלכלנים מובילים חלוקים בעמדותיהם באשר ליעילות שכר מינימום ובאשר לשיעורו האופטימלי.³⁷ כלכלנים חלוקים בגישותיהם אף באשר להשפעה של הסדרי שכר מינימום על גמישותם של מעסיקים

באותם אירועים. באופן נורמטיבי מקובל לסבור כי הטיה זו עשויה לגרום לאנשים להשקיע משאבים באופן לא פרופורציוני בשל מסקנות שגויות באשר להיתכנותם האמתית של אותם אירועים. וראו Amos Tversky, Daniel Kahneman, *Availability: A heuristic for judging frequency and probability*, 5 COGN. PSYCHOL 32 (1973); Russell B. Korobkin, Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051 (2000).

34 להשוואה בין הסדרים שונים של שכר מינימום במדינות שונות ראו מנוע השוואה באתר ה-ILO: <http://www.ilo.org/dyn/travail/travmain.sectionChoice2>.

35 חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987.

36 על ההשתלשלות ההיסטורית של דרכי העיגון השונות של שכר מינימום בישראל ראו GUY MUNDLAK, *FADING CORPORATISM* 112-114 (2007). ראו גם לילך לוריא אל תשליכני לעת זקנה ככלות כחי אל תעזבני – הנהגת פנסיית חובה בישראל פרק רביעי (עבודת גמר לתואר שני במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה למשפטים, 2006).

37 חשוב לציין כי מרבית הוויכוחים בין כלכלנים בדבר יעילותו של שכר המינימום נסבים על גובהו ופחות על עצם קיומו.

בהתאמת מבנה העסק לשינויים בשוק, על הצריכה ואפילו על תועלתם המידית לשכבות חלשות. על פי גישת כלכלת המיקרו המסורתית, שכר מינימום מעלה את רמת האבטלה משום שהוא גורם לעיוות ההיצע והביקוש של שוק משוכלל (ראו גרף א). כאשר נקבע שכר מינימום בחוק, גדל מספר העובדים הרוצים בעבודה, אך יורד מספר המעסיקים המוכנים לשלם מעל סף זה. התוצאה היא שאמנם חלק מהעובדים החלשים יזכו לשכר גבוה יותר בעקבות החקיקה, אולם עובדים חלשים רבים, למעשה החלשים ביותר כפי שמודגם בגרף, ימצאו עצמם ללא כל תעסוקה. חשוב לציין כי על פי קו מחשבה זה, לא רק שנוצר פער בין הביקוש להיצע, אלא גם מספר העובדים המועסקים במשטר של שכר מינימום קטן ממספרם בשיווי משקל תחרותי. נציין כי ניתוח זה הוא ניתוח קלסי המתאים למעשה לכל העלאת מחיר כפויה על ידי חקיקה, בין שמדובר בשכר עבודה או במחירי סיגריות. עם זאת הניתוח התאורטי אינו משקף בהכרח את הדינמיקה במציאות. אם קיימים בשוק מצבי מונופול מלא או חלקי של תעשיות מסוימות (מצב הקיים במציאות לעתים קרובות דווקא בתעשיות המעסיקות עובדים חלשים המושפעים מגובה שכר המינימום), אותם מעבידים קובעים באופן כמעט מוחלט את שכר המינימום בשוק.³⁸ במצבים אלה שכר השוק ממילא אינו משקף היצע וביקוש של שוק משוכלל. שנית, כפי שהכלכלן גרי פילדס מציע, המודל הפשוט אינו משקף את העובדה שבכל שוק קיימים למעשה כמה שווקים וצורות עבודה, וחלקם, כמו העסקה עצמית ועבודה בשווקים לא-פורמליים, משנים את תמונת המצב ומאתגרים את המודל.³⁹ צורות העסקה אלטרנטיביות אלה יביאו לידי כך שיתאפשר מעבר בין הסקטורים, דבר המסבך את מסקנות המודל הפשוט. שלישית, יכולות להיות עוד סיבות לכך שהניתוח הכלכלי הפשוט אינו חוזה במדויק את האפקטים האמיתיים של חוקי שכר מינימום. למשל, ייתכן כי שכר גבוה יותר לכל עובד מפחית את התחלופה בשוק העבודה, ולכן את עלויות ההכשרה של עובדים.⁴⁰ בדומה לכך, ייתכן כי שכר המינימום מייצג חלק כה קטן בעלויות השוטפות של תעשיות מסוימות, ולכן גובה השכר מייצג אלסטיות, ושינויים קלים בו אינם משנים את דפוסי ההעסקה. מלבד זאת, תורת הכלכלה הקינסיאנית מצביעה על קשר בין יכולת השתכרות לבין צמיחה כלכלית. לפי גישה זו, להעלאת שכר השפעה חיובית על יכולות העובדים לפעול בשוק כצרכנים פעילים התורמים לצמיחתו. ויכוח כלכלי זה מקבל ביטוי לא רק בדיון התאורטי אלא גם במחקרים אמפיריים רבים המנסים להבין את השפעת שכר המינימום על מקום עבודה בפני עצמו ועל השוק בכללותו.

ALAN MANNING, MONOPSONY IN MOTION: IMPERFECT COMPETITION IN LABOR MARKETS 38
(2003).

Gary Fields, *The Unemployment Effects of Minimum Wages*, 15(2) INTERNATIONAL 39
JOURNAL OF MANPOWER 74-81 (1994).

DAVID CARD, ALAN KRUEGER, MYTH AND MEASUREMENT: THE NEW ECONOMICS OF THE 40
MINIMUM WAGE (1995).

המחקרים האמפיריים מנסים למצוא קורלציה בין חוקי שכר לשיעורי אבטלה, פערים בשכר, רווחיות, צמיחה כלכלית ועלויות הכשרה. מחקר חשוב של דייוויד קרד ואלן קרוגר מאתגר את המודל הקלאסי כאשר הוא מראה בבחינה אמפירית של מקומות בני השוואה, ובפרט בתעשיית המזון בניו ג'רסי ופנסילוניה, כי שכר מינימום גבוה יחסית דווקא מוריד את רמת האבטלה.⁴¹ עם זאת מחקרים רבים מביאים ממצאים הפוכים, והוויכוח בספרות בנושא מורכב מאוד, תלוי במשתנים ממתנים רבים ורחוק מלהיות מוכרע.⁴² זוכי פרס נובל לכלכלה עומדים משני צדי הדיון. למשל, פול קרוגמן ויוסף סטיגליץ טוענים ששכר מינימום עשוי להביא ליצירת מקומות עבודה,⁴³ ואילו גרי בקר⁴⁴ וג'ימס בוקנן⁴⁵ עומדים בצד האחר ויוצאים בחריפות נגד תפיסה זו. אף שאין בכוונתנו להכריע בנושא זה, נראה כי מרבית המחקרים האמפיריים בנושא אכן מעידים על תבונת המודל התאורטי הקלאסי ומראים בדרך כלל ירידה בשיעורי ההעסקה בעקבות העלאת שכר המינימום.⁴⁶ עם זאת נזכיר כי הפרספקטיבה המוצגת בפרק זה היא כי במסגרת ניתוח היעילות עלינו להביא בחשבון תועלות רחבות יותר מאשר שיעורי האבטלה, אשר נתפסות בדרך כלל כמדד החשוב, אם כי לא הבלעדי, לבחינת היעילות של העלאת שכר מינימום. תועלות חברתיות אלו כוללות צמצום פערי שכר, עזרה לשכבות חלשות וצמיחה כלכלית. לעומת זאת, ולסיום, נדגיש כי

David Card, Alan B. Krueger, *Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania*, 84(4) AMERICAN ECONOMIC REV. 774-775 (September 1994).

42 בהקשר של היחס שבין שכר מינימום לאבטלה ראו העימות שבין Card & Krueger, שם, לבין David Neumark, William Wascher, *Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast Food Industry in New-York and Pennsylvania*, 90(5) AMERICAN ECONOMIC REV. (2000). בין היתר עולה כי בגישות סטטיסטיות שונות למסדי הנתונים אפקטים חיוביים הופכים לכמעט לא מובהקים, דבר שכמובן מקשה את השימוש באמפיריקה כמכשיר להחלטה על מהו גובה שכר המינימום האופטימלי. למחקר שבחן את השפעות שכר המינימום בענפים עתירי עבודה פשוטה בישראל ראו קרנית פלוג, ניצה קסיר ויונה רובינשטיין "השפעת שכר המינימום על התעסוקה בענפים (נבחרים) עתירי עבודה פשוטה במשק הישראלי" (בנק ישראל) <http://www.bankisrael.gov.il/deptdata/neumim/neum166h.pdf>. ראו גם ציפי פל-ים וג'ימי ויינבלט – יו"ר "דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת חוק שכר מינימום בישראל" הרבעון הישראלי למיסים כ"ח 110, 35 (2000).

43 Joseph Stiglitz, *Employment, Social Justice and Societal Well-Being*, 141 (1-2) INTERNATIONAL LABOUR REV. 9-29 (2002); PAUL KRUGMAN, THE CONSCIENCE OF A LIBERAL (2007).

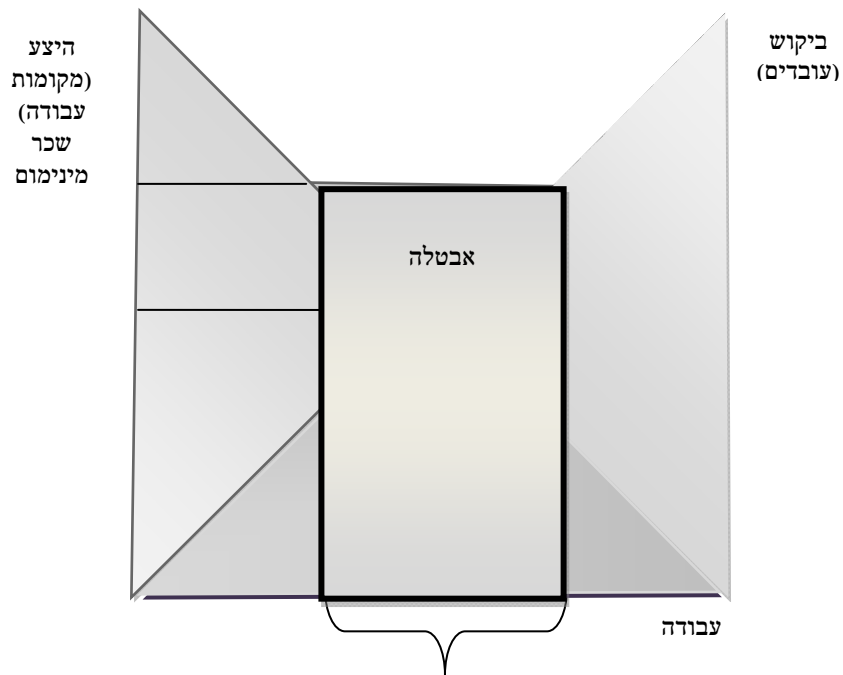
44 Gary Becker, *It's Simple: Hike the Minimum Wage, and You Put People Out of Work*, BUSINESS WEEK (6.3.1995) <http://www.businessweek.com/archives/1995/b341430.arc.htm>. Retrieved 2009-07-09

45 James M. Buchanan, *Minimum wage addendum*, WALL STREET JOURNAL A20 (1996-04-25).

46 Neumark & Wascher, לעיל הערה 42.

חוקרים רבים טוענים כי אפשר להשיג תועלות חברתיות אלה בדרכים אחרות, שמקשיחות את השוק פחות מהסדרים של שכר מינימום, למשל בדרך של מיסוי שלילי וסובסידיות מיסוייות המבטיחות מינימום הכנסה ותנאי מחיה לכל אזרח דרך מס ולא דרך רגולציה של שוק העבודה.

גרף א: המודל הקלסי של השפעת שכר מינימום על היצע וביקוש בשוק העבודה



2. חוקי מגן והטבות מנדטוריות

מלבד נושא שכר המינימום, אשר כאמור זוכה לתשומת לב רבה בניתוח הכלכלי, סוגיה אחרת המצויה במחלוקת בתחום משפט העבודה נוגעת להטבות (תניות) מנדטוריות. הטבות מנדטוריות הן הטבות הניתנות לעובד על ידי המעביד. המעביד מחויב לתת את ההטבות

הללו לעובד מתוקף חוק או צו הרחבה.⁴⁷ למשל, הדין הישראלי מחייב מעבידים לספק לעובדים חופשה שנתית, דמי מחלה, חופשת לידה, דמי הבראה ופנסיה תעסוקתית.⁴⁸ הדין הכלכלי ברובו מנסה לברר אם רגולציה ממשלתית אשר מחייבת את המעבידים להעניק הטבות מסוימות עדיפה על פני חופש חוזי המגובה בהסדרים חלוקתיים אחרים או בהספקת הטבות ישירות על ידי הממשלה. עמדה מקובלת על פי הניתוח הכלכלי למשפט היא כי בשוק תחרותי עובד שיטען כי הטבה תעסוקתית מסוימת שווה לו סכום פלוני, יצטרך להסכים להפחתה בשכרו בשווי אותו סכום בתמורה לקבלת ההטבה הרלוונטית. למשל, אם הזכות לחופשה שנתית שווה לעובד סכום שנתי של 1,200 ש"ח, יהיה על העובד להסכים להפחתה חודשית בסך 100 ש"ח משכרו בתמורה לקבלת ההטבה. חלק ניכר מן הביקורת הכלכלית על יישום הקוגנטי של חוקי המגן מראה כי תרומתן של הטבות הרלוונטיות לעובד נמוכה מעלותן למעביד, וכי העובד משלם בהפחתה משכרו בתמורה להטבה מנדטורית מעבר למה שהיה מסכים לשלם בתנאים חוזיים רגילים. כך למשל מדגימה ג'ולס, תוך שימוש במודלים של סמרס, כי במצב של שוק משוכלל חוקי המגן יעלו יותר מהרווח הצפוי לעובד, וכי בכל מצב אחר יספק המעביד את הזכות לעובד מיזמתו.⁴⁹ עם זאת קיימים מצבים שבהם הטבות מנדטוריות אינן פוגעות ביעילות. סמרס – אשר כתב את אחד המאמרים החשובים בתחום⁵⁰ – מראה כי קיימים מצבים שבהם הטבות מנדטוריות אף עשויות לתרום ליעילות באופן שהטלת מסים למשל איננה יכולה לעשות. ננסה להבין את טיעונו לאור ההקדמה התאורטית שפיתחנו לצורך פרק זה. הטיעון הראשון שעליו מתבסס סמרס נוגע לכשל השוק של החצנת עלויות ולנושא ריבוי המדדים בהגדרת תועלות. כאשר יש למדינה מטרות ארוכות טווח, ייתכן בהחלט שהעובד עצמו איננו מסוגל להפנים את כל יתרונותיה של ההטבה. אם נאפשר לעובד להחליט אילו הטבות ירצה לקבל, הוא לא יהיה מוכן לשלם על הטבות שיועילו מלבדו גם למטרות רחבות יותר. למשל, אם

47 צו הרחבה הוא צו המוצא על ידי שר התמ"ת ואשר מרחיב את תחולתו של הסכם קיבוצי כללי לכלל העובדים במשק או בענף מסוים. סמכות שר התמ"ת להוציא צווי הרחבה מעוגנת בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, סעיף 25.

48 וראו בהתאמה חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951; חוק דמי מחלה, התשל"ו-1976; חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954; צו הרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק, י"פ 5772 (29.1.2008); צו הרחבה בדבר תשלום דמי הבראה, י"פ 5147 (16.1.2003).

49 שכן אם שווי ההטבה לעובד גבוה מעלותו למעביד, בשוק משוכלל יציע המעביד את ההטבה לעובד תמורת הפחתה משכרו, ולשני הצדדים העסקה תהיה כדאית, בהנחה של רציונליות. Chirstine Jolls, *Law and the Labor Market*, 2 ANNUAL REVIEW OF LAW AND SOCIAL SCIENCE 359 (2006); Lawrence H. Summers, *Some Simple Economics of Mandated Benefits*, 79 (2) THE AMERICAN ECONOMICS REVIEW 177 (1989).

50 Lawrence H. Summers, שם.

חופשות או זמן בילוי עם ילדיהם ייטיבו עם העובדים, ובזכותם יהיו יצירתיים יותר או בריאים יותר, או שילדיהם ישמרו על החוק, אזי החברה בכללותה תפיק תועלת מההטבות ולא רק העובד. לפיכך אם ניתן לעובד להחליט על קבלת ההטבה בעצמו, הוא יסרב לשלם בעבורה.⁵¹ בנוסף, אף שסמרס מתמקד באדם הרציונלי, ברור כי בשל הכשלים ההתנהגותיים שעליהם הרחבנו לעיל – ובפרט הטיית האופטימיות והטיית קצרת הרואי – יש מקום לפקפק ביכולתם של העובדים לבחור בחוזה העבודה שלהם את ההטבות שעליהן יהיו מוכנים להיאבק. שוואב (Schwab) למשל סבור כי הערכה פחותה של שווי הזכויות מתקיימת בעיקר אצל עובדים מן המעמדות הנמוכים. על כן ללא חוקי המגן עובדים אלו אינם צפויים להסכים לשלם את שווייה של ההטבה. לפיכך כאשר המדינה רוצה לשפר את רווחתם של העובדים, עליה להביא לשינוי בסדרי העדיפויות של העובד.⁵² כותבים אחרים טוענים שהטיית קוצר הראייה מונעת מעובדים צעירים לראות את סכומי הכסף שלהם יזדקקו בגיל זקנה, ועל כן היא מצדיקה תניות מנדטוריות בדבר חיסכון פנסיוני.⁵³

הנימוק השני והמרכזי יותר של סמרס הוא כי בשל בעיות של פערי מידע המגולמים בנימוקים של סיכון מוסרי הצדדים עשויים שלא להגיע לפתרון חוזי מוסכם (עקרון הבחירה הנוגדת). על פי עקרון הבחירה הנוגדת, אשר הוסבר בתחילת הפרק, רק עובדים אשר קיימת הסתברות גבוהה שיזדקקו להטבות סוציאליות יהיו מוכנים להסתפק בשכר נמוך יותר תמורת הזכייה בהטבות. למשל, רק עובדים לא בריאים, או להבדיל נשים המתכננות ללדת ילדים רבים, יהיו מוכנים לשלם בהעלאה בשכרם בתמורה לביטוח בריאות או חופשת לידה. בעקבות זאת המעביד, שאיננו יודע אם העובד הפוטנציאלי בריא או לא, ואם העובדת מתכננת ללדת ילדים או לא, עשוי להימנע ממתן ביטוח בריאות או חופשת לידה לעובד. אפשר לבקר את טיעוניו של סמרס מכמה היבטים: ראשית גם כיום כאשר יש הטבות מנדטוריות, מעבידים מעניקים הטבות רבות נוספות, ולפיכך בכל הנוגע לבחירה הנוגדת ולאיתותים באמצעות הצעה והסכמה להטבות, הרי שחקיקה מנדטורית פותרת את הבעיה פתרון חלקי. למשל, גם כאשר דיני העבודה מעניקים זכות לפנסיה תעסוקתית, במקומות עבודה רבים מוענקת זכות לפנסיה תעסוקתית מיטיבה יותר. בדומה לכך, אף על פי שחוק דמי מחלה מעניק זכות לימי מחלה לכלל העובדים, מקומות עבודה רבים מעניקים לעובדים

51 סמרס עצמו משתמש בדוגמה של ביטוח בריאות או מגבלות על סגירת מפעלים. וראו שם.

52 טענה שגם בעניינה אפשר לפתח דיון ביקורתי החורג מגבולותיו של פרק זה.

53 וראו למשל הדיון על השפעתה של הטיית קוצר הראות על החיסכון הפנסיוני אצל: יורם מרגליות "אפליה בהסדרי החיסכון הפנסיוני ופתרונה המוצע" משפטים לא(3) 529 (2001); WORLD BANK, KEEPING THE PROMISE OF SOCIAL SECURITY IN LATIN AMERICA (Indermit S. Gill, Truman Packard & Juan Yermo, 2004).

מספר רב יותר של ימי מחלה.⁵⁴ זאת ועוד, בנייתו של סמרס חסרה התייחסות לממצאים של הכלכלה ההתנהגותית למשל בכל הנוגע לתפיסת הטבה הניתנת להם על פי חוק, להבדיל מהטבה וולונטרית המוענקת על ידי המעביד מכוח מקח חווי. כאשר מרחיבים את קשת התועלות המובאות בחשבון בהקשר של ניתוח יעילות, אפשר לסבור למשל שאימהות עובדות בשירות הציבורי בישראל יעריכו את מקום עבודתן באופן מיוחד משום שהן זכאיות לעבוד שעות עבודה מופחתות, מעבר למה שנקבע בחוק ומעבר לנורמה בשוק.⁵⁵ כאשר אותה זכות הופכת לחוק וניתנת לכולם באופן שווה, ייתכן שחלק מן התועלות – אושר, נאמנות למעביד, אזרחות ארגונית ועוד – יפחתו.

היבט נוסף אשר איננו זוכה להדגשה מספקת בכתיבתו של סמרס נוגע להטבות מנדטוריות אשר עשויות ליצור תמריץ שלילי בקרב עובדים לעבור ממקום עבודה אחד לאחר.⁵⁶ עובד אשר יחשוש מאבדן מוחלט או חלקי של ההטבה עשוי להישאר במקום עבודתו (תופעת ה-job lock).⁵⁷ תוצאה זו איננה הכרחית ותלויה בין היתר באופן הסדרת ההטבות המנדטוריות. תוצאה זו תתרחש בעיקר (אך לא רק) כאשר לשם מתן ההטבה נדרשת צבירת ותק במקום העבודה המסוים (דוגמת הזכות לדמי הבראה המוענקת רק עם

54 לסקירת הטבות תעסוקתיות שמעניקים מקומות עבודה שונים ראו עמנואל שטראוס, ג'וני גל ודוד בר-גל "מערכות רווחה במקומות עבודה בישראל: ממצאי מחקר" חברה ורווחה: רבעון לעבודה סוציאלית 22 (3) 271 (2002).

55 וראו תקנון שירות המדינה, פרק 31.1, <http://147.237.72.225/doc/nasham/nashamprod.nsf>, לעומת זאת במחקר שערכו פלדמן וטיילר בהקשר של הטבות מנדטוריות עלה כי אנשים העדיפו צדק דיוני כאשר הוא היה תולדה של חקיקה לעומת מצב שבו הוא היה תולדה של יזמה וולונטרית של המעביד. גם אם אפשר להבין כי קיים שם מקרה פרטי, זה בוודאי מעלה אפשרות שקשה יותר לנבא מהו כיוון ההשפעה של הפיכת הטבה מסוימת למנדטורית. וראו Yuval Feldman, Tom Tyler, *Mandated Justice: The Potential Promise and Possible Pitfalls of Mandating Procedural Justice in the Workplace*, AMERICAN LAW AND SOCIETY ASSOCIATION (McGill U, May 2008, 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers).

56 מגבלה שנכונה גם להטבות לא מנדטוריות, כגון ביטוחי בריאות משלימים בתעריף מוזל במקום העבודה או סיוע בשמירה על ילדים במקום העבודה.

57 Katherine Elizabeth Ulrich, *You Can't Take It with You: An Examination of Employee Benefit Portability and Its Relationship to Job Lock and the New Psychological Contract*, 19 HOFSTRA LAB & EMP. L.J. 173 (2001); KATHERINE V. W. STONE, FROM WIDGETS TO DIGITS 244 (2004); Jason Shafrin, *Job Lock: A Literature Review* (2006) <http://healthcare-economist.com/wp-content/uploads/2006/03/Job%20Lock-20Literature.%20Review.pdf>.

חלוף תקופה של שנה במקום העבודה⁵⁸). בהקדמה לפרק עמדנו בקצרה על היתרונות הכלכליים האפשריים ביצירת מחויבות של עובד למקום העבודה, מחויבות אשר מסייעת בין היתר למעסיק להשקיע בהון האנושי של העובד. עם זאת בהמשך הפרק נראה – תוך כדי דיון בתניות הגבלת עיסוק ובדיני קניין רוחני ביחסי העבודה – כי מחקרים שונים מצביעים על קשר בין ניידות עובדים לבין מדדים של צמיחה.⁵⁹ על כן הטבות מנדטוריות אשר מגבילות ניידות עובדים עשויות לפגום ברווחה המצרפית.

3. הגבלות עיסוק ודיני קניין רוחני ביחסי עבודה

אחת הסוגיות המרכזיות בשנים האחרונות במשפט העבודה הפרטי נוגעת לתוקפן של תניות הגבלתו של חופש עיסוק בחוזה עבודה. ההתפתחות המהירה של ענף ההיי טק הביאה עמה תחרות גוברת על עובדים. ברגיל המשפט מניח מתח בין השאיפה לקידום מחקר ופיתוח, לרבות השקעה בהון אנושי, לבין זכותו של העובד לחופש העיסוק. ההנחה הבסיסית היא שככל שיתאפשר למעביד למנוע בריחת כישרונות ורעיונות מן הארגון, כך יגדיל המעביד את השקעתו בפיתוחם. ניתוח חשוב ומצוטט של זוכה פרס נובל לכלכלה גארי בקר מבחין בין הון אנושי כללי לייחודי.⁶⁰ על פי בקר, יש לצפות שמעבידים יממנו את ההשקעה בהכשרה ייחודית למקום העבודה, ואילו עובדים יממנו את פיתוח הונם האנושי והכשרתם הכללית מאחר שבידם לקצור את פרי ההכשרה באשר ילכו. אולם כיוון שבמרבית המקרים לעובדים אין די אמצעים לממן את הכשרתם המקצועית, הניתוח הכלכלי המסורתי ממשיך וחווה שמעבידים יממנו הן את פיתוח ההון האנושי הכללי והן את ההכשרה הספציפית הנדרשת למפעלם, ובתמורה ידרשו מן העובד תניות אי-תחרות והבטחות נרחבות באשר לשמירה על סודות מסחריים.⁶¹ על פי טרבילקו, בדומה להגבלות חוזיות אחרות, שכר העובד צפוי לשקף איסורי אי-תחרות וחובות אי-גילוי.⁶² הנחה זו היא בבסיס קריאתם של

58 צו הרחבה לעניין מתן דמי הבראה. וראו לילך לוריא עבודה משתנה – התאמת דיני העבודה והרווחה למודל התעסוקה הפוסט פורדיסטי (עבודת דוקטורט בהנחיית גיא מונדלק, 2011).
 59 ראו להלן הדיון בכתיבתם של גילסון, הייד וסקסניאן ביחס לקשר שבין אי האכיפה של תניות אי-התחרות והצמיחה בעמק הסיליקון.
 60 BECKER, S. GARY, HUMAN CAPITAL: A THEORETICAL AND EMPIRICAL ANALYSIS, WITH SPECIAL REFERENCE TO EDUCATION (2nd ed., 1975).
 61 Eric A. Posner, George G. Triantis, *Covenants Not to Compete from an Incomplete Contracts Perspective* (Chicago Working Paper Series, Law & Economics Working Papers, No. 137., 2001).
 62 Michael J. Trebilcock, *The Common Law of Restraint of Trade: A Legal and Economic Analysis*, 37(3) THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 758-759 (1986).

גליק, בוש והפן לאכוף תניות אלה כל עוד הן עומדות במבחנים הכלליים הנדרשים לצורך תקפותם של חוזים בדרך כלל, כגון היעדר כפייה.⁶³ במילים אחרות, לדעת כותבים אלה אין צורך בתאוריה או בדוקטרינה נפרדת ומיוחדת לבחינת תוקפה של תניית אי-תחרות בחוזה עבודה. לפי עמדה זו, בתחום זה, כבתחומים אחרים בדיני חוזים, ראוי שעקרון חופש ההתקשרות יקבל תוקף ברוב רובם המכריע של המקרים. בפועל עמדה זו אינה מקובלת במרבית שיטות המשפט. המשפט המקובל דורש שתניות אי-תחרות ביחסי עבודה יעמדו במבחן הסבירות. לרוב מבחן הסבירות כולל שלושה נדבכים: אורך ההגבלה, היקפה הגאוגרפי והיקפה המקצועי. מלבד זאת, מבחן הסבירות על פי רוב נבחן דרך שלוש עדשות: אינטרס המעביד, הגנת העובד וטובת הכלל. בישראל פסק הדין בעניין צ'ק פוינט נגד רדגארד מאמץ איזון מסוג זה ונותן משקל מיוחד לטובת הכלל ולעקרון חופש העיסוק.⁶⁴ כאמור לעיל, הניתוח הכלכלי המסורתי מניח כי אינטרס המעביד הוא להגביל ככל היותר בריחת משאבים ממקום העבודה, ומנגד אינטרס העובד הוא בשמירה על זכותו לחופש העיסוק. טובת הציבור נמדדת באיזון שבין מתן תמריץ למעביד להשקיע בפיתוח כישורים ורעיונות לבין שמירה על הערך של תחרות חופשית בשוק העבודה. כיוון שלפי המודל הקלסי בפנינו אינטרסים מנוגדים של העובד והמעביד, הדיון המשפטי התמקד שנים רבות בשאלת הצדק החלוקתי בין השניים. חופש ההתקשרות וזכות הקניין של המעביד בסודותיו המסחריים אוזנו עם זכות העובד בחופש עיסוק. כפי שנראה להלן, גישה זו מאותגרת בשנים האחרונות על ידי מחקרים אמפיריים ואינטרדיסציפלינריים בדבר צמיחה והון אנושי וחדשנות תעשייתית.

שאלת ההגנה על סודות מסחריים ביחסי עבודה נמדדת בדומה לאיזון בין הצורך לתמרץ השקעה בפיתוח והרצון לאפשר לעובדים לעשות שימוש בידע שרכשו במשך הקריירה שלהם. שוב, ההבחנה הבסיסית של בקר בין ידע כללי לייחודי מנחה את הגדרת הסוד המסחרי הלגיטימי. המשפט מניח שהידע והניסיון שצובר העובד בעבודתו הם קניינו. רק

63 Mark Glick, Bush Darren & Jonathan Q. Hafen, *The Law and Economics of Post-Employment Covenants: A Unified Framework*, 11 GEO. MASON L. REV. 357-418 (2002)

64 ע"ע (ארצי) 164/99 דן פרומר וצ'ק פוינט נ' רדגארד, פד"ע לד 294 (1999). ראו גם פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין סער (ע"א 6601/96 AES System Inc נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000)) וכן עוד פסקי דין רבים של בית הדין לעבודה, אשר אימץ את גישת פסק הדין בעניין צ'ק פוינט. ואולם, ראו עניין גירית, בפסיקה של השופטת (כתוארה אז) נילי ארד נגד תחרות אשר נתפסה לטעמה כפוגעת בעיקרון תום הלב: ע"ע (ארצי) 189/03 גירית בע"מ נ' אביב (פורסם בנבו, 18.12.2003). והשוו – בהקשר מעט אחר – לאיזון שנקבע בהסדר המאפשר לקבלן כוח אדם לגבות מהעובד תשלום עבור ההכשרה המקצועית, ואשר כולל בין היתר התייחסות למשך ההעסקה לאחר ההכשרה המקצועית: תקנות העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם (חיוב בתשלום בעד הכשרה מקצועית), תשנ"ח-1997.

מידע שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי בנקל על ידי אחרים הוא קניינו של המעביד. בהקשר זה חשוב לציין כי תניות אי-גילוי בחוזה עבודה מתאפיינות בא-סימטריה חוזית מיוחדת, מעבר לא-סימטריה הכללית של יחסי העבודה. בעת חתימת החוזה, על פי רוב בתחילתם של יחסי העבודה, למעביד מידע על טבע הסודות שילמד העובד, ואילו העובד אינו במעמד לדרוש ו/או לאמור את ערך הסודות שבידי המעביד. למעשה, כפי שטריאנטיס מסביר, בשלב חתימת החוזה יש למעביד אינטרס לגלות כמה שפחות על אודות המידע שבבסיס חובת אי-הגילוי.⁶⁵ פלדמן מראה במחקר אמפירי של עובדי היי טק בעמק הסיליקון שבקליפורניה כי עובדים רבים אינם מודעים להגדרות המשפטיות בדבר סודות מסחריים, ועובדים ומעבידים כאחד מעדיפים לאמץ נורמות חברתיות בתחום זה שתכופות אינן תואמות לא את המשפט הפורמלי ולא את היעילות.⁶⁶ בשל הא-סימטריה שבמשאבי עובדים ומעבידים בעיה נוספת שהניתוח הכלכלי התאורטי מעלה והמחקר האמפירי מאשש היא שמעבידים עשויים להשתמש בליטיגציה באופן אסטרטגי לא רק כדי למנוע שימוש בסודות מסחריים אלא גם כדי להרתיע עובדים לשעבר מהקמת חברת הזנק (סטארט-אפ) מתחרה.

לעומת הניתוח המסורתי, בעת האחרונה מחקרים אמפיריים מעידים שאינטרס של מעבר חופשי של מידע וניידות עובדים עשוי בתנאים מסוימים להיות אינטרס משותף של מעבידים ועובדים כאחד.⁶⁷ הניתוח הכלכלי של תניות איסור תחרות בחוזה עבודה קיבל מפנה בשנות התשעים כאשר חוקרים כגון רונלד גילסון ואלן הייד הראו שמדינת קליפורניה, שלא כמו רוב מדינות ארצות הברית, אוסרת לחלוטין אכיפת חוזים שכאלה. למרות האיסור, וייתכן שבזכות האיסור, מדינת קליפורניה היא מהמובילות בפיתוח ענפי תעשייה שונים ובפרט ענף ההיי טק. בעשור האחרון החלו חוקרים בתחום הכלכלה הגאוגרפית והאקונומטריקה של זרימת מידע לחקור באופן השוואתי את שאלת היעילות שבתניות אלה. ממחקרים אלו עולה שבמדינות שבהן האכיפה של תניות אי-תחרות וגנבת סודות מסחריים רופסת יותר, ניידות העובדים גדולה יותר. תוצאה זו אינה מפתיעה. אך מלבדה עולה גם שמספר הפטנטים המוגשים במדינות אלה רב יותר, מספר חברות ההזנק

George C. Triantis, *The Efficiency of Vague Contract Terms: A Response to the Schwartz-Scott Theory of UCC Article 2*, 62 LA. L.REV. 1065-1079 (2002) 65
 Yuval Feldman, *Experimental Approach to the Study of Normative Failures: Divulging of Trade Secrets by Silicon Valley Employees*, U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 105 (2003) 66
 Orly Lobel, *Citizenship*, ;12 לעיל הערה 12, On & Lobel, *Innovation Motivation Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations*, 97 CAL. L. REV. 433 (2009) 67

גדול יותר, והצמיחה הכלכלית מהירה יותר. ההסבר הכלכלי לתוצאות אלה טמון בכמה הליכים הנוגעים לזרימת מידע וניידות לאורך זמן וכן בהשפעות התנהגותיות וחוזיות על סביבת העבודה.⁶⁸ אמיר וליבל מציעים מודל דואלי-דינמי שעל פיו בשלב ראשון של תחילת העבודה תניות אי-תחרות ואי-גילוי מעודדות השקעת-יתר בהון אנושי מצד המעביד ובה בעת מדכאות את מידת ההשקעה בסביבת העבודה ובפיתוח ההון האנושי על ידי העובדים עצמם. מחקר מעבדה של אמיר וליבל מדגים כי עובדים שחתמו על תניית אי-תחרות עם מעסיקים מגלים פחות מוטיבציה בפתירת בעיות בסיסיות ואף נוטים משימות בשיעור גבוה בהרבה מזה של נבדקים שלא חתמו על הסכם דומה. בנוסף, היעדר שימוש בתניות אי-תחרות בחוזי עבודה מתמרץ את הצדדים לאמץ כלים אלטרנטיביים, לרבות שכר המבוסס על תוצאות.⁶⁹ בשלב השני הדינמי קיים משחק חוזר של חברות שבהן בטווח הארוך התעשייה כולה מרוויחה מניידות גבוהה של עובדים. אמנם ניידות מביאה עמה בריחה מסוימת של רעיונות וקניין רוחני. אולם כבר בשנות השישים הראה זוכה פרס נובל לכלכלה קנת ארו (Kenneth Arrow) כי ניידות עובדים מביאה לזרימה חיובית של רעיונות בשוק.⁷⁰ מחקרים אמפיריים חדשים תומכים בטענת ארו ומעידים על תבונת המודל התאורטי שלו. זאת ועוד, ניידות עובדים מביאה לעיבוי רשתות מקצועיות, דבר התורם לתעשייה, לשיתופי פעולה, ליזמות ולהקמת חברות חדשות בשוק, לרבות חברות שמקימים עובדים לשעבר של חברות מבוססות.⁷¹

הניתוח הכלכלי של בעלות פטנטים וזכויות יוצרים ביחסי העבודה גם הוא תחום שהתפתח עם השנים. באופן כללי קניין רוחני המפותח על ידי עובד שנשכר לשם מטרה זו שייך על פי המשפט המקובל למעביד. הניתוח הכלכלי מציע הסבר מקובל שלפיו ברת המחדל של בעלות המעביד משקפת את הסיכון שהוא מסתכן בו ולא העובד הממציא או

68 עם זאת ראו Feldman, לעיל הערה 66, המראה את העלויות של משטר זה בשל השפעתו השלילית על נושאים כגון השקעה בהכשרתם של העובדים. מעבר לכך פלדמן טוען כי חלק מצמיחתו של עמק הסיליקון עשוי להיות רדיסטריבוטיבית – בשל עובדים יצירתיים במיוחד אשר מעדיפים לעזוב מדינות שבהן משטר קניין רוחני נוקשה יותר לטובת עמק הסיליקון. במובן זה המדיניות הזאת אולי טובה לקליפורניה אך לא ברור אם היא טובה לארצות הברית כולה.

69 גרמס מוצא שאכן במדינות שבהן האכיפה של תניות אי-תחרות נמוכה, מרכיב המשכורת המבוסס על תוצאות גבוה יותר. Mark J. Garmaise, *Ties that Truly Bind: Non-competition Agreements, Executive Compensation and Firm Investment*, J.L. ECON. & ORGS. (2009)

70 KENNETH J. ARROW, ECONOMIC WELFARE AND THE ALLOCATION OF RESOURCES FOR INVENTION 619 (1962).

71 On & Lobel, *Innovation Motivation*, לעיל הערה 12.

היוצר.⁷² המעבידים הם המשקיעים את ההון הכספי ואת המשאבים הדרושים למחקר ופיתוח, ואילו העובד מעדיף תגמול נטול סיכון בצורת משכורת קבועה מראש. הסבר נוסף שמציע הלר הוא שיצירתיות ופיתוח, לפחות בתעשייה המודרנית, הם מאמץ קבוצתי. לפיכך הענקת זכויות קניין רוחני לעובדים תביא לחוסר יעילות ולסכנת עלויות גבוהות של משא ומתן של המעביד עם כל עובד ועובד על חלקו בהמצאה, באותו אופן שבעלות מפורזת מדי בשוק מאטה שימוש במשאבים חיוניים.⁷³ עם זאת קיים ויכוח בספרות הכלכלית על הדרך הטובה ביותר לעודד יצירתיות בסביבות עבודה, וייתכן כי המוטיבציה של עובדים גבוהה יותר כאשר הם שותפים לקניין הרוחני של יצירתם.⁷⁴ ויכוח מרכזי בספרות נישט על יעילותן של תניות המעבירות בעלות בקניין הרוחני של כל המצאה של העובד, גם כאשר היא איננה קשורה לתחום התעסוקה של מקום העבודה, או כאשר העובד המציא או יצר מחוץ לשעות העבודה ומבלי לעשות שימוש במשאביו של המעביד.⁷⁵ שוב, הניתוח הכלכלי כיום עשיר יותר ונתמך במחקרים אמפיריים המלמדים על חשיבות המוטיבציה של הממציא ועל חשיבות זרימת מידע חופשי לפיתוחן ופוריותן של רשתות ממציאים. ניתוחים אלו מעידים על הצורך לבחון מחדש את ההלכה אשר פותחה בפסק הדין צ'ק פוינט ולהתאימה לתעשיות שונות ולהקשרים שונים של נסיבות עזיבת העובד.

ג. משפט העבודה הקיבוצי

1. ביטחון תעסוקתי, פיטורין בשל סיבה מספקת ופיטורין ללא סיבה

כותבים אשר עוסקים בשוק העבודה נוהגים להבחין בין שני כללים מרכזיים להפסקת עבודה: כלל הפיטורין ללא סיבה (employment at will) וכלל הפיטורין בשל סיבה מספקת (just cause). לפי כלל הפיטורין ללא סיבה, עובד ומעביד יכולים להפסיק את מערכת יחסי העבודה ביניהם ללא הודעה מראש, בכל זמן, מכל סיבה וללא סיבה. על פי כלל הפיטורין

- 72 THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW (Richard A. Posner, (William Landes eds., 2003).
- 73 Michael A. Heller, Rebecca S. Eisenberg *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 (5364) SCIENCE 698 (1998) .doi:10.1126/science.280.5364.698
- 74 Rafael Gely, Leonard Bierman, *The Law and Economics of Employee Information Exchange in the Knowledge Economy*, 12 GEO. MASON L.REV. 651-685 (2004)
- 75 JEREMY PHILLIPS, EMPLOYEES' INVENTIONS: A COMPARATIVE STUDY (1981); J. Buccafusco, Christopher Jon Sprigman, *Valuing Intellectual Property: An Experiment*, 91 CORNELL L.REV. 1 (2010)

בשל סיבה מספקת, נדרש המעסיק לספק "סיבה מספקת" להפסקת העבודה.⁷⁶ נוסף על הכללים הללו אפשר להבחין בעוד כלל פיטורין אחד אשר במסגרתו נדרשת לרוב הסכמת העובד או נציגות העובדים לפיטורין. נכנה כלל זה כאן "ביטחון תעסוקתי".⁷⁷ כללי הפיטורין השונים ניתנים לאופני הסדרה שונים על ידי שיטות משפט שונות אשר עשויות לבחור בהסדרה קוגנטית או דיספוזיטיבית של כללי הפסקות עבודה. למשל, אפשר לקבוע כי כלל בררת המחדל שעליו יוכלו הצדדים להתנות יהיה כלל בררת מחדל של פיטורין ללא סיבה או כלל בררת מחדל של "סיבה מספקת".⁷⁸

בפסקאות הבאות ברצוננו להתייחס לשיקולים הכלכליים הנוגעים להחלת ביטחון תעסוקתי ולבחירה בין כללי הפסקת העבודה השונים. שאלת הבחירה בין כללי הפסקת עבודה שונים הייתה שאלה שאתה התמודדו בתי הדין בעבר, בעיקר כאשר הם באו לפרש הסכמים קיבוציים שנקבעו בהם מנגנונים מגוונים של ביטחון תעסוקתי.⁷⁹ בעשורים האחרונים שאלות אלו מחלחלות גם למשפט העבודה הפרטי, הן באמצעות הטלת חובת הודעה מוקדמת לפני פיטורין על כלל המעסיקים במגזר הפרטי,⁸⁰ הן באמצעות הטלת איסורים על פיטורין בתקופות זמן מוגדרות ובשל עלות המוגדרות בחוק⁸¹ והן באמצעות הטלת חובת שימוע מכוח פסיקת בתי הדין על כלל המעסיקים במגזר הפרטי והציבורי.⁸²

- 76 למתח בין שני הכללים הללו ראו למשל David I. Levine, *Just Cause Employment Policies in the Presence of Worker Adverse Selection*, 9(3) JOURNAL OF LABOR ECONOMICS 294 (1991).
- 77 אם כי בפועל למונח "ביטחון תעסוקתי" יש משמעויות שונות מפי כותבים שונים, ואפשר לדבר על ספקטרום שלם של "ביטחון תעסוקתי" הכולל ביטחון של עובד בתפקיד מסוים במקום עבודה מסוים (job security), ביטחון תעסוקתי במובן רחב יותר (micro-economic employment security) וביטחון תעסוקתי של העובד בהמשך תעסוקה בשוק העבודה (employability). וראו – INTERDISCIPLINARY APPROACHES AND INTERNATIONAL EVIDENCE Introduction (Christoph ; F. Buechtemann Ed., 1993); GUY STANDING, BEYOND THE NEW PATERNALISM 10 (2002) Hamermes, לעיל הערה 84.
- 78 והשוו גיא מונדלק "איפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב 819 (1999).
- 79 לסקירה של הסדרי ביטחון תעסוקתי שונים ראו מונדלק, שם.
- 80 חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות התשס"א-2001, סעיפים 3 ו-4.
- 81 למשל, חוק עבודת נשים תשי"ד-1954 מטיל איסור לפטר עובדת במהלך ההיריון, בזמן חופשת הלידה, בזמן לקיחת החופשה ללא תשלום וכן במשך תקופה מוגדרת לאחר החזרה לעבודה. חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987, סעיף 7 אוסר על המעסיק לפטר עובד בשל הגשת תביעה של העובד על הפרת זכויות עבודה.
- 82 על חובת השימוע החלה על גופים ציבוריים ראו למשל דפנה ברק ארז משפט מנהלי א-529-498 (2010). על החובה לערוך שימוע במגזר הציבורי ולהתבטאויות של בית הדין הארצי

חלק ניכר מהשיקולים שנעלה כאן רלוונטיים לפסיקה הדנה בכלל ההסדרים המשפטיים המעודדים – או מונעים – הגנה תעסוקתית ופיטורי עובדים במובן רחב יותר: הסדרים בדבר פיצויי פיטורין, הגבלות על חופש העיסוק, תניות אי-תחרות וכן פסיקות של בתי דין בדבר סעד של השבה לעבודה, ובפרט פסק הדין בעניין החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא.⁸³ עם זאת לא נדון כאן בסוגיות אלו במפורש. בנוסף, לא נרחיב כאן בדבר טיעונים רבים אשר מועלים במסגרת הדיון על ביטחון תעסוקתי אך נוגעים להיבטים חלוקתיים של שוק העבודה ולא לשאלת הגדלת העוגה.⁸⁴

לעבודה בדבר החובה לערוך שימוע גם במגזר הפרטי ראו גם ע"ע (ארצי) 659/07 צים חברת השיט בע"מ נ' לוי, פסקה 18 (פורסם בנבו, 17.5.2009); ע"ע (ארצי) 516/09 מלכה נ' עגם מפעלי מתכת בע"מ, פסקה 20 (פורסם בנבו, 17.12.2009); ע"ע (ארצי) 109/08 מרכז החינוך העצמאי לתלמודי תורה נ' בן נון (פורסם בנבו, 21.8.2008) (פיטורי מנהל ללא שימוע בבית ספר מוכר שאינו רשמי); ע"ע (ארצי) 415/06 מלכה נ' שופרסל בע"מ, פסקה 6 (פורסם בנבו, 15.7.2007); לפסיקה של בית הדין האזורי לעבודה במסגרתה נפסקו פיצויים לעובדת שעבדה 22 שנה במקום עבודה פרטי ופוטרה ללא עריכת שימוע ראו ע"ב (אזורי ת"א) 300034/99 בכש נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 2.9.2001). לקביעה כי שימוע מסוים נערך שלא כדין ראו ע"ע (ארצי) 491/07 מדניק נ' קיבוץ גבולות, אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 1.2.2010). לפסיקת פיצויים בגין הפרתה של חובת השימוע ראו ע"ע (ארצי) 627/06 מורי נ' מ.ד.פילו בע"מ, פסקאות 33-35 (פורסם בנבו, 16.3.2008); ע"ע 1027/01 ד"ר גוטרמן נ' המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פסקאות 14-15, פד"ע לח 448 (2003).

ע"א (ארצי) 375/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא נ' ג'אבר, פד"ע לה 245 (2000).
 83 זאת אף על פי שהיבטים חלוקתיים פנימיים הנוגעים להעברת עושר מעובדים חזקים לעובדים חלשים ו/או מובטלים עשויים להיות גם היבטים הנוגעים להגדלת העוגה בשל עקרון התפוקה השולית הפוחתת. לסקירת טיעונים שלפיהם הסדרי ביטחון תעסוקתי מגבירים את החלוקה של שוק העבודה בין עובדים פנימיים לעובדים חיצוניים; הסדרי הביטחון התעסוקתי מגנים על העובדים שזקוקים להם פחות (המשכילים יותר, בעלי הידע והכישורים) יותר משהם מגנים על העובדים החלשים יותר שזקוקים להם יותר; הסדרי הביטחון התעסוקתי יכולים למנוע ממעסיקים לשכור עובדים חלשים יותר לעבודה. ראו BUECHTEMANN, *Introduction*, לעיל הערה 77, בעמ' 11-12. לטיעון שלפיו ארגוני העובדים והסדרי ביטחון תעסוקתי מגנים בעיקר על עובדים ותיקים אשר סיכוייהם למצוא עבודה מחוץ למקום העבודה נמוכים משל עובדים צעירים ראו, Richard Posner, *Some Economics of Labor Law*, 51 U. CHI. L.REV. 988, (1984) 1006-1007. לטיעון שלפיו הסדרי הביטחון התעסוקתי עשויים לעודד מקומות עבודה להעסיק עובדים בצורות עבודה לא טיפוסיות כדי להתחמק מהמגבלות הנוקשות של הגבלות הפיטורין ראו Daniel S. Hamermesh, *Employment Protection: Theoretical Implications and Some US Evidence*, 126 EMPLOYMENT SECURITY LABOR MARKET BEHAVIOR and Some US Evidence, (Christoph F. Buechtemann ed., 1993). לטיעונים אשר תומכים בהסדרי ביטחון תעסוקתי מטעמים של "צדק חברתי" ראו J Steiber, *Most US Workers Still May be Fired Under Employment at Will*, MONTHLY LABOR REV. 107 34 (1984).

לפי ניתוח כלכלי נאו-קלסי, כלל הפסקת עבודה ללא סיבה (at will) יוביל ליעילות מרבית.⁸⁵ אם הצדדים לחוזה העבודה יהיו מעוניינים בכלל הפסקת עבודה שונה, הם יוכלו לקיים משא ומתן בדבר מידת הביטחון התעסוקתי הרצוי.⁸⁶ מנגד עולה בספרות הכלכלית הטענה כי כשלי שונים מונעים מהצדדים להגיע פעמים רבות לתוצאה יעילה.⁸⁷ כותבים אחדים טוענים שביטחון תעסוקתי מוביל לנוקשות של שוק העבודה, אשר מונעת התאמות של כוח אדם ומעלה את עלויות העבודה.⁸⁸ כשלמפעל יהיה צורך לקצץ בכוח אדם, עלויות הקיצוץ יהיו גבוהות ויכללו למשל הסדרים של פרישה מוקדמת. לפיכך מפעל עשוי, מלכתחילה, לשכור פחות עובדים חדשים מאלו שלהם הוא זקוק בפועל.⁸⁹ מנגד נטען כי המעסיק איננו נושא לבדו בעלויות הביטחון התעסוקתי, אלא עלויות אלו מגולגלות על העובד ובאות לידי ביטוי במשכורתו של העובד. נובע מכך כי בטווח הארוך הסדרי הקביעות אינם מייקרים בהכרח בהרבה את עלויות העבודה של המעסיק.⁹⁰ דיון זה והטיעונים העולים במסגרתו דומה לדיון שהעלינו בדבר תניות מנדטוריות. טיעון נוסף נגד הסדרי ביטחון תעסוקתי הוא שהסדרים אלו עשויים לגרום לאבטלה במנעם כניסתם של מובטלים לשוק העבודה. התחלופה הנמוכה בכוח האדם במקומות העבודה עשויה להוביל לאבטלה מתמשכת של הפרט אשר בה לא יצבור הפרט הון אנושי, ולכן לא יוכל לשוב לשוק העבודה (זאת בשונה מאבטלה זמנית לפרקי זמן קצובים אשר לאחריה קל יותר לשוב לשוק העבודה).⁹¹ מנגד טוען פלנגן (Flanagan) כי גורמים שונים מובילים לאבטלת עובדים, וכי בספרות חלקו של הביטחון התעסוקתי בגרימת אבטלה מודגש בהגזמה.⁹² המרמס (Hamermes) מדגיש את ההשלכות הכלכליות השליליות של הסדרי ביטחון תעסוקתי בשלב ההתחלתי שנוגע להחלטת היזמים להקים מפעל. המרמס טוען כי הסדרים

- Richard A. Epstein, *In Defense of the Contract of Will*, UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 51 947 (1984). 85
- תאורמת קואס. 86
- וראו Levine, לעיל הערה 76. 87
- Posner, *Some Economics of Labor Law*, לעיל הערה 84. וראו איך נימוק זה בא לידי ביטוי בפסיקה בית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 746/06 נקש נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.11.2007). 88
- BUECHTEMANN, *Introduction*, לעיל הערה 77, בעמ' 10. 89
- Horst-Manfred Schelhaass, *The Economics of Employment Protection: A Comment to Daniel Hamermesh*, THE ECONOMICS OF EMPLOYMENT PROTECTION 144 (Cristoph F. Buechtemann ed., 1992). 90
- BUECHTEMANN, *Introduction*, לעיל הערה 77, בעמ' 11. 91
- Robert J. Flanagan, *Hiring Behavior and Unemployment*, EMPLOYMENT SECURITY & LABOR MARKET INTERDISCIPLINARY APPROACHES AND INTERNATIONAL EVIDENCE 148 (Cristoph F. Buechtemann ed., 1992). 92

של ביטחון תעסוקתי – בעיקר כאשר מדובר במגבלות סטטוטוריות על פיטורין – עשויים למנוע המצאות חדשות, פיתוחים טכנולוגיים מתקדמים והקמת מפעלים חדשים. יזמים פוטנציאליים לא ירצו להשקיע השקעות מסוכנות כאשר הם יודעים שיש להם עלויות קבועות ונוקשות של העסקה שבה יכולת פיטורין נמוכה. הסדרים סטטוטוריים של קביעות עשויים אפוא לפגוע בשלב הראשוני של "לידת המפעל".⁹³

לוין (Lavine) טוען שהסדרי ביטחון תעסוקתי שבהם המעסיק נדרש ל"סיבה מספקת" בעבודה עלולים לגרום לכשל שוק מסוג הבחירה הנוגדת. כפי שציינו בתחילת הפרק, כשל שוק זה נגרם כאשר קיים פער במידע בין עובדים למעבידים, למשל כאשר למידת התפוקה או כאשר ליכולתם של העובדים למצוא תעסוקה. בעקבות פערי המידע העובדים אשר יצטרפו למקומות עבודה שנוהגים בהם הסדרי קביעות עשויים להיות העובדים בעלי התפוקה הנמוכה יותר, או העובדים אשר אינם מתכוונים להשקיע במקום עבודה ויודעים כי במקום עבודה אחר הם יפוטרו במהירות.⁹⁴ כשל השוק יתעורר רק במקומות שבהם הסדרי סיבה מספקת אינם אוניברסליים, וכאשר רק חלק ממקומות העבודה מספקים אותם. על כן כשל שוק הבחירה הנוגדת מצד אחד מצביע על חוסר היעילות בכללי סיבה מספקת במקומות עבודה בודדים, ומצד אחר עשוי להצדיק כלכלית החלה כוללת של ביטחון תעסוקתי או של חובת השימוע באופן שיאפשר להתגבר על כשל השוק.

כותבים נוספים מספקים הצדקות כלכליות שונות להחלת הסדרים של ביטחון תעסוקתי ועומדים על חוסר היעילות בכלל הפיטורין ללא סיבה. אדיסון (Addison) טוען שכלל של פיטורין ללא סיבה עשוי להוביל להחצנות שליליות לצדדים שלישיים מאחר שהמעסיקים אינם נושאים במכלול העלויות החברתיות הכרוכות בפיטורין ואבטלה.⁹⁵ טיעון נוסף הוא שביטחון תעסוקתי מוביל לגמישות פונקציונלית גדולה יותר של מעסיקים וליכולת של מעסיקים לנייד עובד ממשימה אחת לאחרת ולהגיב במהירות לביקושים חדשים מבלי להידרש לגיוס עובדים חדשים. טיעון זה נוגע לתאוריית שוק העבודה הפנימי שפיתחו רונלד קואס (Ronald Coase) ואוליבר ויליאמסון.

93 Hamermes, לעיל הערה 84.

94 Levine, לעיל הערה 76. מובן שהתמונה עשויה להיות מורכבת יותר כאשר למשל מצרפים לדיון היבטים סוציאקנומיים ומגדריים. מלבד זאת אפשר לטעון שבחלק מן המקרים עובדים בעלי ביטחון עצמי נמוך עשויים להיות בעלי שאיפות נמוכות, וממילא יהיו מוכנים לעבוד תמורת שכר נמוך יותר ובמשרות בכירות פחות לאורך זמן רב יותר.

95 JT Addison, *Job Rights and Economic Dislocation*, 130 MICRO ECONOMIC ISSUES IN LABOR ECONOMICS: NEW APPROACHES (R.Drago & R Perlman, 1989).

קאזו וויליאמסון טענו כי ריכוז כל הפעילויות בתוך מפעל אחד יוביל להקטנת עלויות העסקה וליציבות.⁹⁶ מעביד שרוי פעמים רבות בחוסר ודאות באשר לסוגם וכמותם של המוצרים והשירותים אשר עליו לקנות. אך כאשר הוא נדרש לרכוש את המוצרים עליו לעשות כן באופן מידי.⁹⁷ עובדים פנימיים – המועסקים במפעל בקביעות – מעניקים לבעל המפעל אפשרות להספקה מהירה ואמינה של מוצרים ושירותים, וכך תוצר לוואי חשוב של הצורך בהסתמכות ארוכת שנים על קבוצה של עובדי פנים יציבים הוא הביטחון התעסוקתי, אשר בתורו מגדיל את הסיכוי כי העובדים אכן ישתפו פעולה עם מודל כלכלי זה. הסדרים של ביטחון תעסוקתי אשר מתמרצים עובדים להישאר במקום העבודה אף מאפשרים למעסיק להשקיע בהכשרת העובד וברכישת כישורים אשר מפרותיהם ייחנה המעסיק לאורך זמן.⁹⁸

מודל השכר אשר מאפיין את שוק העבודה הפנימי הוא "מודל התגמול הדחוי". לפי מודל זה המעסיק משלם לעובד בתקופה ההתחלתית, הכוללת את הכשרתו המקצועית של העובד, שכר גבוה מתפוקת העובד. לאחר התקופה ההתחלתית שכרו של העובד גדל בהדרגה, אך השכר נמוך מתפוקתו. מגיל מסוים תפוקת העובד יורדת אך שכרו ממשיך לעלות והוא גבוה מתפוקתו. הסדר של ביטחון תעסוקתי מתמודד עם החשש כי מעסיקים ילקו בסיכון מוסרי. ללא הסדר של ביטחון תעסוקתי מעסיק עשוי לפטר עובד מבוגר לאחר שהלה עבד במשך שנים רבות בשכר נמוך מתפוקת עבודתו והשקיע "עלויות שקועות" שאינן ניתנות עוד להחזרה.⁹⁹

לצד יתרונותיהם של שוק העבודה הפנימי ומודל התגמול הדחוי יש לשים לב להשלכותיהם על ניידות עובדים. כפי שציינו בפרק זה, במחקרים שונים נמצא קשר בין ניידות עובדים לבין צמיחה כלכלית.¹⁰⁰ הסדרים של ביטחון תעסוקתי מגבילים ניידות

Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, 3864 *ECONOMICA* (1937); Oliver E. Williamson, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, 61(2) *AMERICAN ECONOMIC REVIEW* 112 (1971)

Gunther Schmid, *Towards a Theory of Transitional Labour Markets*, in *THE DYNAMICS OF FULL EMPLOYMENT – SOCIAL INTEGRATION THROUGH TRANSITIONAL LABOUR MARKET* 152, 160 (Gunther Schmid & Bernard Gazier Ed., 2002)

Robert Boyer, *The Economics of Job Protection and Emerging New Capital-Labor Relations*, *EMPLOYMENT SECURITY & LABOR MARKET INTERDISCIPLINARY APPROACHES AND INTERNATIONAL EVIDENCE* 69 (Cristoph F. Buechtemann ed., 1992)

Watcher, M.L., G.M. Cohen, *The Law and Economics of Collective Bargaining: An Introduction and Applications to the Problems of Subcontracting, Partial Closure, and Relocation*, *U. PA. L.REV.* 136, 1349 (1988)

Yuval Feldman, *An Experimental Approach to the Study of Normative Failures: Divulging of Trade Secrets by Silicon Valley Employees*, 2003(1)

עובדים הן באסרם על מעסיקים לפטר עובדים והן בהיותה של הזכות לביטחון תעסוקתי הטבה תעסוקתית בעלת ערך שהעובד עשוי לא לרצות לוותר עליה.¹⁰¹ חלק מהכותבים המצדדים בהסדרים של ביטחון תעסוקתי עומדים על הרווח הכלכלי הצומח למפעל ולעובדים מההסדרים הללו. רוסו (Rosow) וזאגר (Zager) טוענים כי ביטחון תעסוקתי מביא ליציבות במקום העבודה ולנאמנות גדולה יותר של העובדים למקום העבודה.¹⁰² תחושת היציבות, הנאמנות והביטחון של העובדים במקום העבודה עשויה לתרום לרווחה המצרפית ולא רק להגביל את גמישותם של המעסיקים והעובדים. זאת בעיקר אם נאמץ מדדים של אושר, רווחה ותועלת תחת מושג היעילות. עם זאת גם לפי ניתוח כלכלי מסורתי אפשר למצוא בסיס לטענה כי תחושת נאמנות ויציבות של עובדים עשויה לבוא לידי ביטוי בהגברת שיתוף הפעולה שלהם עם המעסיק וכן בהגברת התפוקה של העובדים והמפעל.¹⁰³ מערכת יחסי העבודה מקבלת חשיבות רבה יותר כשהעובדים אינם נאלצים להיאבק מדי יום על מקומם.¹⁰⁴ מחקרים אמפיריים רבים בחנו את מידת התפוקה של מקומות עבודה מאורגנים שבהם אפשר למצוא לרוב הסדרים של ביטחון תעסוקתי או לפחות כלל של פיטורין בשל סיבה מספקת. אפשר לסכם את המחקרים השונים בכך שבמקרים רבים מפעלים שבהם יש ארגוני עובדים אינם פרודוקטיביים פחות ממפעלים שבהם אין ארגוני עובדים.¹⁰⁵

- 101 JOURNAL OF LAW, TECHNOLOGY AND POLICY 105 (2003). לסקירה של הכשלים ההתנהגותיים הנובעים מנורמה זו של מעבר עובדים בין חברות במצב בו החוק הקיים עומד על תילו. מנגד ראו, Anna Lee Saxanian, *The Regional Advantage culture and competition*, in SILICON VALLEY AND ROUTE 128 (1994). וראו לעיל דיון בפרק הקודם.
- 102 JEROME ROSOW, ROBERT ZAGER, *EMPLOYMENT SECURITY IN A FREE ECONOMY* (1984).
- 103 Rosow & Zager, שם.
- 104 ניסוי מחשבתי בהקשר זה אפשר לערוך בהשוואה למוסד המשפחה, שבו למעשה הגדלה של עלויות סיום הקשר מסייעת בין היתר ליצירת קשר בעל ערך רב יותר בתוך התא המשפחתי שנתפס כארוך טווח יותר, אך בה בעת עשויה במקרים אחרים לייצר סיטואציות של סחטנות וכד'.
- 105 לסיכום המחקרים השונים ראו יצחק ספורטא מחלוקת 7: איגודים מקצועיים 19-22 (התכנית לכלכלה וחברה במכון ון ליר, 2007) <http://www.vanleer.org.il/Data/UploadedFiles/econsoc/1/dispute7.pdf>. באחד המחקרים המוזכרים במאמר אשר במסגרתו נבחנו חברות ישראליות בשנות השמונים אף נמצא כי חברות בבעלות ההסתדרות פרודוקטיביות מחברות בבעלות פרטית. וראו Avner Ben Ner, Saul Estrin, *What Happens When Unions Run Firms? Unions as Employee Representatives and as Employers*, 15(1) JOURNAL OF COMPARATIVE ECONOMICS 65 (1991).

2. התארגנות

על פי הגישה הכלכלית הנאו-קלאסית ארגוני עובדים מהווים מונופסון אשר מוביל לניפוח שכרם של העובדים החברים בו מעבר לשווי השוק של אותם עובדים בתנאי תחרות חופשית.¹⁰⁶ ניפוח שכרם של העובדים מוביל להחצנת עלויות לצדדים שלישיים, ובהם צרכנים אשר יאלצו לשלם מחיר מופקע ועובדים לא מאורגנים אשר יאלצו להסתפק בשכר ובתנאים נמוכים. המעסיק, אשר יאלץ לשלם את השכר המנופח לעובדים, ישכור שיעור נמוך מהאופטימום של עובדים לעבודה. העובדים שישכור יהיו עובדים בעלי הון אנושי ותפוקה גבוהה מצרכיו האמתיים בתנאי שוק חופשי.¹⁰⁷ בעקבות זאת עובדים פוטנציאליים, בעלי הון אנושי נמוך יותר, יישארו מחוץ למעגל העבודה. כלכלנים המשתייכים לגישה הכלכלית הנאו-קלאסית – ובהם פוזנר ואפשטיין – רואים במשפט העבודה הקיבוצי (labor law) אמצעי לשימור כוחם המונופוליסטי של ארגוני העובדים, על ההשלכות השליליות שנובעות ממנו.¹⁰⁸ בישראל, לשם השוואה, לולא ההחרגה המפורשת בחוק ההגבלים העסקיים של הסדרים בין ארגוני עובדים ומעבידים היו הסדרים אלו נחשבים – לפחות בחלק מהמקרים – הסדרים כובלים.¹⁰⁹ בפסיקת בית הדין האזורי לעבודה בנוגע להפעלת קווי תחבורה ציבורית בבאר שבע אפשר לראות דיון של בית הדין בכך שהעובדים נהגו כ"מונופול" – דיון אשר השפיע על הכרעת בית הדין האזורי.¹¹⁰ עם זאת הכרעת בית הדין האזורי נהפכה על ידי בית הדין הארצי.¹¹¹

מחקרים אמפיריים תומכים בטענה שלפיה ארגוני עובדים מובילים להעלאות שכר לעובדים.¹¹² עם זאת קיימת מחלוקת באשר לגורמים אשר מובילים להעלאות שכר כאשר

- 106 Posner, *Some Economics of Labor Law*, לעיל הערה 84.
- 107 Kenneth G. Dau-Schmidt, Arthur R. Traynor, *Regulating Unions and Collective Bargaining*, 103 LABOR AND EMPLOYMENT LAW AND ECONOMICS 96 (DAU-SCHMIDT, HARRIS & LOBEL EDS., 2009).
- 108 עם זאת מעניין לציין כי לאחרונה פרסם ריצ'רד פוזנר מאמר שבו הצהיר כי עבר מהפך מחשבתי וכיום הוא תומך בגישה הקנזיאנית, גישה כלכלית שבין היתר כוללת בתוכה הסברים טובים לתבונתם של הסדרי ביטחון תעסוקתי. Richard A. Posner, *How I Became a Keynesian: Second thoughts in the middle of a crisis*, THE NEW REPUBLIC (September 23, 2009).
- 109 חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988, סעיף 3(9).
- 110 ס"ק (אזורי ב"ש) 1001/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה במרחב הנגב נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 7.2.2005).
- 111 עס"ק (ארצי) 57/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל משרד התחבורה (פורסם בנבו, 3.3.2005).
- 112 David G. Blanchflower, Alex Bryson, *What Effect Do Unions Have on Wages Now and Would Freeman and Medoff be Surprised*, 79 WHAT DO UNIONS DO? A TWENTY YEARS

כלכלנים שונים מציעים הסברים מגוונים – השונים מהגישה הכלכלית הנאו-קלאסית – לשכר הגבוה של עובדים מאורגנים. אחת הטענות המרכזיות שעולות בכתובה היא שטיעון המונופול מניח שוק חופשי אשר פועל בתנאי תחרות מלאה על סמך מידע מושלם, אך פעמים רבות המציאות שונה.¹¹³ למשל, לעתים רווחי המעסיק גבוהים בהרבה מרווחי השוק מאחר שהמעסיק עצמו פועל כמונופול או בעל גישה למשאבי טבע ייחודיים, ועל כן הוא יכול להרשות לעצמו לשלם לעובדים שכר והטבות גבוהות משכר השוק. מבחינה נורמטיבית אפשר לטעון כי כאשר המעביד פועל כמונופול, אין רע בכך שהעובדים פועלים כמונופסון, מאחר ששיווי המשקל של מונופול דו-צדדי אינו נחות נורמטיבית משיווי משקל מונופוליסטי דו-צדדי. לעתים קרובות קיימת א-סימטריה במידע בין עובדים בודדים למעבידים, ואילו ארגוני העובדים יכולים לשמש סוכנים המחזיקים בידע בשביל העובדים על אודות גובה שכר השוק ומידת התפוקה במפעל.¹¹⁴ טענה אחרת – שנויה במחלוקת כשלעצמה – היא שארגוני עובדים מובילים – מסיבות שונות – ל"הגדלת העוגה" בכללותה ולשיפור התפוקה במפעל, ועל כן נהנים העובדים משכר גבוה.¹¹⁵ חוקרים אחרים אשר מתמקדים בהשפעה החיובית של ביטחון תעסוקתי על גורמים כגון מחויבות ונאמנות, עשויים להביא לידי כך שהתארגנות עובדים תיחשב למוצדקת נורמטיבית גם מפרספקטיבה של הניתוח הכלכלי.¹¹⁶ כך למשל מהמחקרים עולה כי מידת ההשפעה על הכלכלה תלויה ברמת התיאום במערכת יחסי העבודה במדינה. כאשר רמת ההתאגדות גבוהה והממשלה היא ממשלת שמאל, הביצועים הכלכליים טובים, וכך גם כאשר רמת ההתאגדות נמוכה והממשלה היא ממשלת ימין. לעומת זאת רמת התאגדות נמוכה וממשלת שמאל יביאו לתוצאות לא יעילות.¹¹⁷ מחקרים אלו מספקים תימוכין לגישה הכלכלית המוסדית אשר

PERSPECTIVE (2007); RICHARD FREEMAN, JAMES MEDOFF, WHAT DO UNIONS DO? 43- 60 (1984).

FREEMAN & MEDOFF, שם. 113

בתוקף תפקידם כסוכני ידע יכולים ארגוני העובדים אף להביא לאכיפה יעילה יותר של חווי העבודה. וראו Dau-Schmidt & Traynor, לעיל הערה 107. 114

Freeman & Medoff, לעיל הערה 112; Blanchflower & Bryson, לעיל הערה 112. למחלוקת על השפעותיהם הכלכליות של ארגוני העובדים ראו Kaufman, *What Unions Do Insights from Economic Theory*, WHAT DO UNIONS DO? A TWENTY YEARS PERSPECTIVE (2007). ראו גם ספורטא, לעיל הערה 105. 115

הדובר הבולט של זרם זה הוא Freeman. וראו Freeman & Medoff, לעיל הערה 112. 116

לסיכום המחקרים והממצאים ראו ספורטא, לעיל הערה 105. 117

הוצגה בתחילת הפרק ואשר מייחסת חשיבות גדולה לשיתופי פעולה בין מוסדות שונים במדינה.¹¹⁸

זאת ועוד, חשוב להבהיר בהקשר זה כי בחלק מן המקרים מקובל לטעון כי איגודים מקצועיים אינם משפיעים לרעה על כמות הייצור אלא על מה שמכונה בעגה המקצועית רנטה, או תשלום עודף (rent), דהיינו ניסיון לקבל חלק מן הכסף שהמעביד מקבל שלא תלוי ביכולת יצרנית. למשל, יצרנים מסוימים יכולים לגבות כסף במקרים שבהם מסיבות היסטוריות וארגוניות קיימים צרכנים שמוכנים לרכוש מהם גם במחיר הגבוה מעלויות הייצור, ולפיכך כל שאיגודים עושים הוא להיות שותפים לזה, ולפיכך אין לראות בהם מי שמשפיעים לרעה על רמת התפוקה אלא רק על חלוקה פנימית של רווחים מונופוליסטיים. טיעון זה עשוי להיות רלוונטי במיוחד בהקשר הישראלי באשר לוועדי עובדים בחברות או ברשויות מונופוליסטיות דוגמת חברת החשמל, בזק או רשות הנמלים.

פרימן ומדוף (Freeman & Medoff) טוענים שלצד אפיון ארגוני העובדים כ"מונופולים" אפשר לאפיינם גם כמעניקי קול (voice) קולקטיבי בשם העובדים. מתן קול לפרטים מוצג בספרו של הירשמן (Hirschman) כדרך אלטרנטיבית לדרך היציאה (exit).¹¹⁹ עצם מתן הקול לעובדים כאלטרנטיבה לאפשרות היציאה עשוי להוביל להגדלת פרוץ המפעל בכך שהוא מפחית את עלויותיהם של חילופי עובדים והכשרות מקצועיות.¹²⁰ באמצעות שימוש ב"קול קולקטיבי" יכולים ארגוני עובדים אף לסייע בהתגברות על בעיית העובד הבודד ה"טרמפיסט" (free rider). לעובדים בודדים עשוי להיות תמריץ נמוך להיאבק למען "טובין חברתיים ציבוריים" במקום העבודה כמו בטיחות בעבודה, חימום, תאורה ואף הסדרי פנסיה קבוצתיים. תמריץ נמוך זה עשוי להתחזק לנוכח חששם של העובדים הבודדים מפיטורין.¹²¹ לעומת העובד הבודד ארגוני עובדים יכולים להוביל לעיגון של תניות יעילות אשר אפשר שלא תושגנה במשאים ומתנים אינדיווידואליים עם עובדים בודדים.¹²² למעשה, כפי שמראה אולסון (Olson), הסדרים משפטיים רבים בתחום משפט העבודה הקיבוצי, ובהם closed-shop – מצב שבו רק עובדים החברים באיגוד מתקבלים לעבודה –

118 הול וסוקיס מבחינים בספרם בין כלכלה מתואמת לכלכלה שאינה מתואמת, והכלכלות השונות נבדלות זו מזו בין היתר בסוגי שיתופי הפעולה השונים. וראו Hall & Soskice, לעיל הערה 7.

119 ALBERT HIRSCHMAN EXIT, VOICE AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINES IN FIRMS, ORGANIZATIONS AND STATES (1970); *Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations*, 97 CAL. L. REV. 433 (2009)

120 Dau-Schmidt & Traynor, לעיל הערה 107, בעמ' 109-106.

121 James T. Bennet, Bruce E. Kaufman, *Introduction*, 1 WHAT DO UNIONS DO? A TWENTY YEARS PERSPECTIVE (2007)

122 Dau-Schmidt & Traynor, לעיל הערה 107, בעמ' 109.

ו-union shop – מצב שבו עובדים המתקבלים לארגון חייבים להצטרף לארגון העובדים, ניתנים להסבר באמצעות בעיית הטרמפיסט.¹²³

במשפט הישראלי אפשר להסביר באמצעות בעיית הטרמפיסט הסדרים שונים אשר מטילים חובות וזכויות על עובדים אשר אינם משתייכים לארגון: למשל, על פי הדין בישראל, הסכמים קיבוציים חלים על כלל העובדים במפעל או בענף ללא קשר לשאלת חברותם של העובדים בארגון העובדים.¹²⁴ שר התעשייה, מסחר ותעסוקה אף רשאי להוציא צו הרחבה ענפי או מדינתי אשר מרחיב את תחולתם של הסכמים קיבוציים שונים על כלל העובדים בענף או במדינה.¹²⁵ כדי להתגבר על בעיית הטרמפיסט – ועל התמריץ שנוצר לעובדים ליהנות מהזכויות בהסכמים הקיבוציים ללא נשיאה בחובות בדמות תשלום דמי חבר – נקבע כי עובדים אשר אינם חברים בארגון עובדים אך כפופים לתחולתו של הסכם קיבוצי נדרשים לשלם לארגון העובדים היציג סכום מעט נמוך יותר מעובדים החברים בארגון העובדים, המכונה דמי טיפול ארגוני (זאת בזמן שעובדים אשר חברים בארגון עובדים משלמים "דמי חבר").¹²⁶ בשל ההסדרים השונים שנמנו היקף תחולתם של ההסכמים הקיבוציים בישראל גבוה בהרבה משיעור העובדים החברים בארגוני עובדים.¹²⁷ פער זה, בין שיעורי כיסוי לשיעורי חברות, התחדד מאוד בשנים האחרונות בשל הצניחה החדה בשיעורי החברות בארגוני עובדים בישראל, משיעורי חברות של כ-85% -80% מכלל השכירים בשנות השמונים לשיעורי חברות של כ-45% בשנת 2000 ו-34% בשנת 2006.¹²⁸ שיעורי החברות הנמוכים בארגוני עובדים בישראל והפער הגדול בין שיעורי החברות לשיעורי הכיסוי בהסכמים קיבוציים מעוררים את השאלה עד כמה ארגוני העובדים יכולים

123 MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION 66-97 (1965).

124 חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, סעיפים 15-16.

125 שם, סעיף 28.

126 הסכם קיבוצי כללי 7010/95 הסכם בדבר דמי חבר ודמי טיפול ארגוני מקצועי במגזר העסקי (נוסח משולב מיום 9.1.1995 ו-22.2.2005) כפי שפורסם באוגדן משה פסטרנק הסכמים קיבוציים ה (מעודכן לשנת 2011); הסכם קיבוצי כללי 7006/95 הסכם בדבר דמי חבר ודמי טיפול ארגוני-מקצועי במגזר הציבורי (20.4.2005) כפי שפורסם באוגדן משה פסטרנק הסכמים קיבוציים ה (מעודכן לשנת 2011).

127 לדיון בהשלכות השליליות של פער זה בין היקף חברות לבין היקף התחולה ראו Guy Mundlak, *Addressing the Legitimacy Gap in the Israeli Corporatist revival*, 47(4) 765 BRITISH JOURNAL OF INDUSTRIAL RELATIONS (2009).

128 יצחק הברפלד, יינון כהן, גיא מונדלק ויצחק ספורטא, "צפיפות ארגונית בישראל 2000-2006: שנים של סטגנציה" עבודה חברה ומשפט יב 533, 537-539 (2010) (נתונים לגבי 2006); כהן, הברפלד, מונדלק וספורטא, לעיל הערה 9; David G. Blanchflower, Richard Freeman, *Unionism in the United States and Other Advanced OECD Countries*, 31 INDUSTRIAL RELATIONS 56, 57-60 (1992).

לייצג את האינטרסים של כלל העובדים אשר כפופים להסכמים הקיבוציים.¹²⁹ אמנם ארגון עובדים, מעצם טבעו, אינו יכול לייצג את האינטרסים של כלל העובדים מאחר שמדובר באינטרסים סותרים.¹³⁰ עם זאת יכולתם של ארגוני העובדים לייצג עובדים באופן נאות תלויה בין היתר במספר החברים בארגון, במידת ההטרונגניות של החברים ובמידת הכוח של הארגון.¹³¹ על כן אפשר לטעון כי הירידה בשיעור החברים בארגוני העובדים מעוררת ספק באשר ליכולתם לייצג את העובדים. הספק באשר ליכולת ארגוני העובדים בישראל לייצג את העובדים, לבטא את קולם ולהסדיר טובין חברתיים באופן מיטבי, עשוי להחליש את ההצדקות להסדרים המשפטיים אשר נועדו למנוע את בעיית הטרמפיסט ולעודד את ביטויו של הקול הקולקטיבי.

3. ביזוריות וריבוי ארגונים

הניתוח הכלכלי יכול לסייע לא רק בשאלות הנוגעות לעצם ההתארגנות בארגון עובדים אלא גם בשאלות הנוגעות להשלכות הכלכליות של מדיניות המסדירה באופן מסוים ארגוני עובדים, ובכלל זה של כללים משפטיים המשליכים על ריכוזיותם וביזוריותם של ארגוני העובדים.¹³² מגמה מרכזית ביחסי העבודה הקיבוציים בישראל, לצד הירידה בשיעורי החברות בארגוני עובדים, היא של צמצום הריכוזיות והרחבת הביזוריות.¹³³ מערכת יחסי

129 Mundlak, לעיל הערה 127; לילך לוריא "פנסיית חובה בישראל: בחקיקה או בצו הרחבה כללי?" עבודה, חברה ומשפט כרך יב (2010).

130 CLAUS OFFE, DISORGANIZED CAPITALISM 170-220 (1985) (מפרט את האינטרסים הסותרים של עובדים שונים).

131 על החשיבות שבבחינת שיעור העובדים המיוצגים בארגוני עובדים השוו, MANCUR OLSON, THE RAISE AND DECLINE OF NATIONS 47-53 (1982). לקבוצות אשר מיוצגות ייצוג חסר בארגוני עובדים באופן מובנה ראו Alain Supiot, *The Transformation of Work and the Future of Labour Law in Europe: A Multidisciplinary perspective* 138 INTERNATIONAL LABOUR REVIEW 31, 41 (1999); Ton Wilthagen, Ralf Rogowski, *The Legal Regulation of Transitional Labour Market*, in THE DYNAMICS OF FULL EMPLOYMENT – SOCIAL INTEGRATION THROUGH TRANSITIONAL LABOUR MARKET 233, 244 (Gunther Schmid & Bernard Gazier Ed., 2002).

132 על כך שהניתוח הכלכלי יכול לתרום תרומה רבה בשאלת ההשלכות של מדיניות מסוימת ביחס לארגוני עובדים על יעילות כלכלית ראו Dau-Schmidt & Traynor, לעיל הערה 107, בעמ' 97.

133 להרחבה ראו טלי קריסטל "ביזוריות הסכמי השכר הקיבוציים בישראל 1957-1998" עבודה, חברה ומשפט ט 17 (2002). על ביזוריות במערכת יחסי העבודה בישראל ראו גם גיא מונדלק "יחסים בין ארגוני עובדים: על ביזור מערכת יחסי העבודה בישראל" שנתון משפט העבודה (1996) 219 וכן פרנסיס רדאי "דיני עבודה ויחסי עבודה – מגמות ותפניות בשנת 1988" שנתון משפט העבודה א 159 (1990).

העבודה בישראל השתנתה בעשורים האחרונים ממערכת קורפורטיסטית למערכת פלורליסטית.¹³⁴ המערכת הקורפורטיסטית התאפיינה בארגון עובדים ריכוזי אחד (הסתדרות העובדים הכללית) וארגון מעבידים אחד (התאחדות התעשיינים), אשר קיימו משאים ומתנים ברמת-העל עם הממשלה על מדיניות חברתית-כלכלית וחתמו על הסכמי מסגרת ועסקאות חבילה, ואילו המערכת הפלורליסטית-ביזורית מתאפיינת בהסכמים קיבוציים אשר אינם נערכים עוד ברמת-העל או ברמת הענף אלא בעיקר ברמת המפעל הבודד. המערכת הפלורליסטית מתאפיינת עוד בריבוי ארגונים, לרבות ארגונים חוץ-ממשלתיים אשר אינם ארגוני עובדים. במסגרת המערכת הקורפורטיסטית שאבה ההסתדרות את מקורות כוחה בין היתר משליטתה בקופת חולים ובקרנות הפנסיה (שיטת Ghent). בשנות התשעים ובראשית שנות האלפיים נותקו הקשרים בין חברות בארגון עובדים לבין ביטוח בריאות וביטוח פנסיוני, והניתוק הוביל בין היתר לירידת כוחה של ההסתדרות.¹³⁵

בעקבות הביזוריות במערכת יחסי העבודה והקמתם של ארגוני עובדים חדשים (דוגמת "כוח לעובדים") נתקלים בתי הדין לעבודה בעשורים האחרונים בשאלות רבות הנוגעות לעידודה של תחרות בין ארגוני עובדים.¹³⁶ למשל, בפני בתי הדין לעבודה עלו השאלות האלה: באילו מקרים ראוי להכיר בארגון כארגון עובדים לצורך מתן זכות לארגון לגבות דמי חבר? באילו מקרים ראוי להכיר ברצון של יחידה מסוימת או בעלי מקצוע מסוימים במפעל להתארגן בנפרד משאר עובדי המפעל במסגרת יחידת מיקוח עצמאית? האם יש לעודד התארגנות ראשונית של עובדים במסגרת ארגון עובדים חדש? ואם כן – עד כמה?¹³⁷

הניתוח הכלכלי יכול להעניק כלים שימושיים בנושאים אלה. ניתוח כלכלי מסורתי אשר רואה בארגוני עובדים מונופסון יגרוס שמדיניות משפטית אשר מעודדת תחרות בין ארגוני

134 MUNDLAK, לעיל הערה 36.

135 שיטת Ghent היא שיטה שבה ארגוני העובדים מספקים הטבות סוציאליות ובעיקר ביטוחי אבטלה. שיטה זו מביאה לשיעור גבוה יחסית של חברות בארגוני עובדים.

136 על השינוי הן בשאלות שעולות בפני בית הדין (ביחס לריכוזיות-ביזוריות) והן ליחסו של בית הדין לעבודה ראו MUNDLAK, לעיל הערה 36, בעמ' 95-97, 126-133.

137 וראו בהתאמה: דב"ע נח/4-30 "עמית" הסתדרות עובדים מכבי נ' מרכז השלטון המקומי, פד"ע כט 61 (1995) אשר נהפך בבג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63 (1997) (להלן – בג"ץ עמית); ס"ק (ארצי) 10/21 הסתדרות העובדים הלאומית בישראל נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פסקה 18 (פורסם בנבו, 2.5.2010) (להלן – עניין אל-על); עס"ק (ארצי) 23/10 אקרשטיין תעשיות בע"מ נ' כח לעובדים, ארגון עובדים דמוקרטי (פורסם בנבו, 24.3.2010) (להלן – עניין אקרשטיין); עס"ק (ארצי) 64/09 כח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי נ' עמותת סנימטק ירושלים (פורסם בנבו, 2.7.2009).

עובדים תהא יעילה יותר.¹³⁸ תחרות בין ארגוני עובדים תביא להפחתת ההשלכות הכלכליות השליליות הכרוכות בהיבט המונופוליסטי של ארגוני עובדים ולהגדלת ההשלכות החיוביות הכרוכות בהיבט "הקול הקולקטיבי" של ארגוני עובדים.¹³⁹ למשל, ארגון עובדים קטן והומוגני עשוי להביא להשמעת קולם של העובדים בו באופן טוב יותר מאשר ארגון עובדים גדול והטרונגני. בנוסף, ריבוי ארגוני עובדים עשוי להוביל להגדלת הגמישות הניהולית של המעסיק וליכולת גבוהה יותר לבצע התאמות לפי השינויים שבביקוש ובהיצע.¹⁴⁰ בפסיקה בישראל אפשר למצוא התבטאויות של שופטים שלפיהן תחרות בין ארגוני עובדים עשויה להוביל להתייעלות ארגוני עובדים, לסיפוק סל שירותים רחב יותר לעובדים ואף להגשמת העדפותיו של הפרט באופן טוב יותר.¹⁴¹

עם זאת היו מקרים שבהם אימצו בית המשפט העליון ובתי הדין לעבודה בסופו של דבר גישה התומכת בהגבלת התחרות בין ארגוני עובדים.¹⁴² זאת באמצעות יצירת מגבלות על עצם ההכרה בארגון כ"ארגון עובדים" לצורך מתן האפשרות לגבות דמי חבר; באמצעות הטלת מגבלות נוקשות על הכרה ביחידת מיקוח מקצועית או יחידתית של עובדים בתוך מקום עבודה; באמצעות הטלת מגבלות על הכרה ביחידת מיקוח של עובדים במסגרת מפעל בודד שהוא חלק מרשת של מפעלים.¹⁴³ בהנמקות בתי המשפט אפשר למצוא ביטוי מפורש להעדפת ארגון עובדים ריכוזי על פני קיומה של תחרות בין ארגוני עובדים. כך למשל נפסק בעניין עמית כי "ברוח התפיסה הקיבוצית ביקש בית הדין לעבודה, מאז ומתמיד, להגן על המעמד והעוצמה של ארגון עובדים. ארגון עובדים מרכזי וחזק נדרש, לפי תפיסה זאת, כדי שיוכל לייצג את העובדים כלפי המעבידים ביעילות ובהצלחה".¹⁴⁴ בעניין אקרשטיין ציין בית הדין לעבודה כי "נקודת המוצא שנקבעה בפסיקה, היא העדפת יחידת המיקוח

138 למעשה מבלי לעסוק שימוש בטרמינולוגיה זו, בפרשת עמית בה עמדה לדיון השאלה של התנאים הדרושים להכרה בארגון עובדים כמתחרה להסתדרות הכללית, העימות בין דעת הרוב והמיעוט, בבית הדין הארצי לעבודה ובמיוחד כבג"ץ נגעו בסוגיות אלו.

139 והשוו פרימן ומיידוף על כך שיש להפחית את ההשלכות השליליות ולהגביר את החיוביות והשוו גם אם הניתוח של דה שכמידט לגבי מחיר ההתארגנות.

140 הגורם לכך הוא בין היתר, היכולת המוגבלת באופן יחסי של ארגון עובדים קטן לעומת ארגון עובדים גדול להיאבק על ביטחון תעסוקתי וזכויות אחרות.

141 סב"א (ארצי) 50718-07-10 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הסתדרות העובדים הלאומית, פסקה 23 (פורסם בנבו, 17.11.2010) (להלן – עניין ספרינט).

142 אך ראו פסק דין שמייצג עמדה אחרת: דב"ע (ארצי) נה/4-28 ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון נ' ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל פד"ע לא 54 (1998).

143 וראו בהתאמה: בג"ץ עמית, לעיל הערה 137; עניין אל-על, לעיל הערה 137 ועניין אקרשטיין, לעיל הערה 137.

144 בג"ץ עמית, לעיל הערה 137, בעמ' 105.

התעשייתית-מפעלית על פני יחידת המיקוח המקצועית".¹⁴⁵ בעניין אל-על עמד בית הדין לעבודה על הכלל של "הסכם קיבוצי אחד למפעל אחד".¹⁴⁶ ההצדקות האמפיריות המרכזיות לדגם הריכוזי של ארגוני עובדים לעומת הדגם הביזורי הן ברובן הצדקות אשר חורגות מגדרי הניתוח הכלכלי. למשל, בכמה וכמה מחקרים אמפיריים מראים כי ביזוריות המשא ומתן הקיבוצי מובילה להגדלת אי-השוויון והפערים הכלכליים בין חלקים שונים באוכלוסייה.¹⁴⁷ לצד מחקרים אלו הציגו חוקרים אחדים ממצאים אשר קושרים בין ריכוזיות יחסי העבודה לבין ייצוב, מניעת אבטלה ומניעת היווצרותן של החצנות שליליות לצדדים שלישיים.¹⁴⁸ ההסבר למצאים הללו הוא שארגון עובדים ריכוזי אשר מנהל משאים ומתנים ברמת-העל עם הממשלה ועם ארגון מעסיקים, והוא שותף לתכניות חברתיות-כלכליות במדינה, ייצג אינטרסים רחבים אשר כוללים ראייה של כלכלת מקרו מערכתית. לא כך ארגון עובדים קטן אשר יחשוש פחות מההחצנות השליליות של המשא ומתן שהוא מנהל. מחקרים אלו שנויים במחלוקת, והם זכו לביקורות שונות.¹⁴⁹

בפסקי הדין של בית הדין לעבודה אפשר למצוא הנמקות כלכליות מגוונות להעדפת הדגם של ארגון עובדים ריכוזי על פני הדגם הביזורי, שכולל תחרות בין ארגוני עובדים. ההנמקות אינן מלוות בביסוס אמפירי. למשל, נטען כי תחרות בין ארגוני עובדים עשויה ליצור חוסר ודאות אצל המעסיק באשר לתוצאות ולמשמעות של המשא ומתן שניהל, מהטעם שהוא יתקשה לדעת מי ארגון העובדים היציג בכל רגע נתון. חוסר ודאות זה אף עשוי להיות מתורגם לחוסר יציבות במקום העבודה.¹⁵⁰ יהיו מקרים שבהם יידרש המעסיק לנהל משאים ומתנים עם כמה ארגונים שונים באותו מקום עבודה, מה שיוביל להקצאת משאבים רבים מצד המעסיק.¹⁵¹ עוד נטען כי תחרות בין ארגוני עובדים תוביל לפגיעה בארגוני עובדים ובעובדים עצמם בשל בזבוז המשאבים הכרוך בתחרות.¹⁵² כאמור, לטעמנו יש צורך במחקרים אמפיריים כדי לבסס טיעונים אלו.

- 145 עניין אקרשטיין, לעיל הערה 137, פסקה 13.
 146 עניין אל-על, לעיל הערה 137, פסקה 18.
 147 למחקר ישראלי ראו טלי קריסטל, ינון כהן, גיא מונדלק "מחקר מדיניות 1 האיגוד המקצועי וגידול אי השוויון הכלכלי בישראל 1970-2003". למחקרים במקומות אחרים ראו MUNDLAK, FADING CORPORATISM, לעיל הערה 36, בעמ' 23-27.
 148 לסקירת מחקרים אלו ראו MUNDLAK, שם.
 149 MUNDLAK, שם, בעמ' 24-25.
 150 עניין ספרינט, לעיל הערה 141.
 151 עניין אקרשטיין, לעיל הערה 137, פסקה 15.
 152 עניין ספרינט, לעיל הערה 141.

ד. הפליה בעבודה

1. פרדוקס ההפליה

הניתוח הכלכלי של דיני אי-הפליה בעבודה מנסה לבחון את יעילותם ותרומתם של דינים אלה לרווחה ולשוויון חברתי. הפליה בשוק העבודה היא בבחינת תעלומה לניתוח הכלכלי. כיצד ייתכן ששוק משוכלל, שמטרותיו מתמקדות ברווח, כולל בתוכו שיקולים מפלים, דהיינו שיקולים לא-רלוונטיים ליכולות העובד או העובדת? בה בעת אין ויכוח רציני בספרות על היותו של אי-שוויון מגדרי ואתני חלק מהמציאות הרווחת בתעשיית רבות ובמדינות רבות. הוויכוח העמוק בתורת המשפט וכלכלה עוסק במקורות אי-השוויון וביכולתו של המשפט לפתור, או שמא להחריף, את הבעיה. זוכה פרס נובל לכלכלה גארי בקר הציע מודל שעל פיו מעביד מפלה ישלם עבור העדפתו המפלה. באופן פשוט, אם נניח שמעביד מעדיף עובדים מקבוצה א (על פי המודל של בקר: קבוצת העובדים הלבנים) ואינו רוצה בעובדים מקבוצת המיעוט ב אף על פי שעובדים משתי הקבוצות מוכשרים באותה מידה, הרי שיהיה על המעביד לשאת בעלויות נוספות כדי לשכור את עובדי קבוצה א. לפי מודל זה, מעבידים מפלים לא יוכלו להתחרות במעבידים לא מפלים היכולים לשכור עובדים איכותיים תמורת שכר זול יותר, והשוק יקיא מתוכו את המפלים. כלומר, בשוק משוכלל המודל של בקר מציע כי אין מקום לחקיקה המתקנת אי-שוויון בעבודה, משום שהשוק יתקן עצמו.¹⁵³ ריצ'רד פוזנר ממשיך את קו המחשבה של בקר וטוען כי הפליה יכולה להתקיים רק במצבים של כשל שוק.¹⁵⁴

עם זאת יש להבין שאפילו ללא כשל שוק ישיר תיקון ואלמיניציה של "טעם הפליה" אינו חייב לקרות מיד או בכלל. למשל, אם מספר רב של מעבידים בשוק מעדיפים להפלות, הרי שרוב השוק מתחרה עם אותה רמת שכר, ושיווי המשקל המפלה מוסיף לעמוד על כנו לאורך זמן. מלבד זאת ייתכנו שווקים שבהם הצרכנים עצמם מעדיפים לשלם מחיר גבוה יותר עבור הסידור המפלה. נקודת מבט אחרת מסבירה אף היא מדוע המודל הפשטני אינו מסביר דינמיקה של אי-שוויון במצבים רבים. במצב של מידע מוגבל ייתכנו מקרים רבים שבהם באופן סטטיסטי כדאי מבחינה כלכלית לשקול שיקולים מפלים על יסוד זהויות

153 GARY BECKER, THE ECONOMICS OF DISCRIMINATION (1957). סנסטיין מציג גישה מעט רכה יותר לעמדה זו, אך עדיין סבור כי השוק מסוגל לפתור בעיות של אבטלה אם יינתנו לו התנאים המתאימים, והוא משתית את עמדתו בחלקה על התגברותם של יהודים ואסייאתים אמריקאים על ההפליה נגדם 8 SOCIAL PHILOSOPHY AND POLICY 22-37 (1991). Cass Sunstein, *Why Markets Don't Stop Discrimination*,

154 Richard A. Posner, *The Efficiency and the Efficacy of Title VII*, 136 U. PA. L. REV. 513 (1987).

חברתיות.¹⁵⁵ למשל, מעביד יכול לצפות שנשים כקבוצה ייעדרו מהעבודה או יתפטרו בתכיפות רבה יותר מגברים בגלל אתגרי איזון בין עבודה למשפחה. בדומה לכך, מעביד עלול להביא בחשבון כי מבחינה סטטיסטית עובדים מקבוצות מיעוט זכו לחינוך באיכות ירודה יחסית או כי עובדים מבוגרים הם בעלי תפוקה נמוכה משל עובדים צעירים. אף על פי שאלה סטראוטיפים שאינם מאפיינים את כל חברי הקבוצה, ייתכן כי מבחינה סטטיסטית הם נכונים במציאות מסוימות. הטיעון הסטטיסטי עלה בפני בית המשפט העליון בכמה של פסקי דין אשר נגעו להפליה מחמת גיל, ובהם קביעת גיל מרבי לקבלה לשירות במשטרה ובבתי הסוהר¹⁵⁶ וקביעת גיל פרישה כפוי בשירות בתי הסוהר.¹⁵⁷ בתשובה לעתירה שהוגשה בעניין האגודה לזכויות האזרח הציגה המשטרה מחקרים אמפיריים אשר מעידים שיכולותיו של אדם יורדות עם הגיל. בית המשפט העליון דחה את הטיעון הסטטיסטי וקבע כי היה אפשר לנקוט אמצעי שמידת פגיעתו פחותה, דוגמת מבחנים אינדיווידואליים.¹⁵⁸

סוגיה מעניינת אחרת הנוגעת ליעילותה של ההפליה בעבודה נוגעת לשאלה אם תפקודן של קבוצות הומוגניות במבחנים של ביצועים ויצירתיות טוב מזה של קבוצות הטרוגניות בהם יש גיוון בין קבוצות שונות. שאלה זו היא בעיקרה אמפירית אם כי כמובן איננה מכרעת באשר לסוגיית היעילות. ייתכן למשל כי קבוצה מסוימת לא תהיה יצרנית במיוחד אך עצם שילובן של קבוצות מוחלשות כאלו ואחרות יביא לתוצאות כלכליות טובות יותר בהקשרים אחרים כמו למשל מניעת פשע ברחובות וכדומה. עם זאת גם כאשר אנו מסכימים על המדדים, נראה שמבחינה אקונומטרית קשה להצביע על משתנים חד-משמעיים לכיוון זה או אחר. בין היתר נובעים הדברים מריבוי הנסיבות, סוגי המנגנון, ההרכבים האנושיים השונים ועוד.¹⁵⁹

- K.J. Arrow, *The Theory of Discrimination*, in DISCRIMINATION IN LABOR MARKETS 155
(Orley Ashenfelter and Albert Rees eds., 1973).
- 156 בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358 (2004) (להלן – בג"ץ האגודה לזכויות האזרח).
- 157 בג"ץ 10076/02 ד"ר רוזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סא(3) 857 (2006).
- 158 בג"ץ האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 156. וראו גם דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(5) 330 (2000) (עמדת הנשיא ברק). מנגד ראו בג"ץ 7957/07 שדה נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 2.9.2010).
- 159 ראו למשל את Cox ואחרים שמצביעים במאמרם, שנתמך בניסויים אמפיריים בקרב סטודנטים בני תרבויות שונות, על שגיוון תרבותי עשוי לתרום לשיפור הביצועים בארגון עקב הגיוון והשוני המנטלי שהוא נושא בחובו. למשל, אנשים שהגיעו מתרבויות קולקטיביות יותר שאינן מקדשות את האינדיווידואל כמו בתרבות המערבית יביאו לשיפור עבודת הצוות בארגון. ראו Taylor H. Cox, Sharon A. Lobel, Poppy Laretta McLeod, *Effects of Ethnic Group Cultural Differences on Cooperative and Competitive Behavior on a Group Task*, 34(4)

ואכן, במחקר מקיף מאוד שנעשה על ידי Ely & Thomas¹⁶⁰, שבדק השפעות של גיוון תרבותי על התנהלות ארגונים נמצא כי הקשר שבין שונות לבין חדשנות ויצרנות בארגונים מורכב יותר ותלוי במשתנים רבים. מלבד עיסוקם בריבוי המדדים כדי להעריך תרומתם של מיעוטים לתרבות הארגונית – מוטיבציית העובדים, נאמנות העובדים ועוד – הם ערכו גם מחקר אמפירי מקיף מאוד, שבו הם בחנו ארגונים שונים שקיימת בהם שונות על פי מוצא. על פי ראיונות שערכו הם יצרו טקסונומיה שאפיינה את הגורמים לקבלת מיעוטים למקום עבודה. הסוג הראשון הוא מצב שבו מטרת השונות הייתה למידה ואינטגרציה, וכאן ההשפעה על הארגון היא הטובה ביותר. לעומת זאת כאשר מטרת השונות הייתה שיווקית – למשל המחשה לקהל הלקוחות שיש בארגון מיעוטים – גישה שהם כינו גישה הלגיטימציה, השילוב נכשל. כך גם בקטגוריה השלישית והמעניינת אולי ביותר לעניינו – גישה ההוגנות וההפליה, וגם שם, כאשר עיקר המוטיבציה לשונות הייתה חוקית או מוסרית, לא הביא השילוב לאינטגרציה איתנה, והעובדים הללו לא תרמו לפרודוקטיביות הארגונית. מבחינת עיסוקנו בפרק זה למחקר מעין זה חשיבות רבה. ראשית הוא מלמד כי בסופו של דבר שונות בתוך ארגונים עשויה להביא בתום תקופת שילוב מסוימת לשיפור בתרבות הארגונית של מקום העבודה ובפרודוקטיביות שלו. במובן זה קידום של קבוצות מיעוטים שונות בארגונים עשויה להיתפס כיעילה. לעומת זאת המחקר עשוי להיתפס כמקדם את גישת השוק החופשי

Maznevski, *The Academy of Management Journal* 827 (1991) מתנגדת במאמרה לאמונה שאולי רווחת בציבור, כי קבוצת עבודה הומוגנית תתפקד טוב יותר מקבוצת עבודה מגוונת – העניין נעוץ לדעתה בתקשורת בין העובדים שצריכים לרצות להיתרם מההפריה ההדדית הפוטנציאלית ולא ליפול בפח של דעות קדומות שיפגעו בפתיחות ובתפקוד. תקשורת טובה בארגון תביא לידי כך שקבוצות המיעוט יביאו את המטען הייחודי שלהן, והדבר ייטיב עם הארגון. השוני התרבותי שקיים בארגון מגוון גזעית עלול להקשות על העובדים ולאיים עליהם, ולכן לא יוכל הארגון ליהנות מהידע השונה של בני המיעוט. המצב הרצוי הוא אינטגרציה ארגונית שבמסגרתה נטמעים כל הפרטים בארגון אך עדיין שומרים על ייחודם התרבותי. ראו Martha L. Maznevski, *Understanding our differences: Performance in decision making groups with diverse members*, 47 *HUMAN RELATIONS* 531 (1994).

גם את Richard שבוחר במאמרו את תעשיית הבנקאות. העסקת קבוצות עובדים מגוונות מבטיחה לארגון (גופים פיננסיים בנקאיים) שבחן כיווני חשיבה שונים שעשויים לתרום לארגון בכמה מישורים. Orlando C Richard, *Racial Diversity, Business Strategy, and Firm Performance: A Resource-Based View*, 43(2) *THE ACADEMY OF MANAGEMENT JOURNAL* 164 (2000).

על קידום גיוון בתעסוקה בישראל ראו אתר נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. הטיעון לפי הומוגניות מועילה לארגון הועלה בהקשר של קריטריון הגיל על ידי המשטרה בבג"ץ האגודה/ רוזנבאום ונרחה על ידי בית המשפט.

Robin J. Ely, David A. Thomas, *Cultural Diversity at Work: The Effects of Diversity Perspectives on Work Group Processes and Outcomes*, 46(2) *ADMINISTRATIVE SCIENCE QUARTERLY* 229 (2001).

להפליה שבקרה מצביע עליה, שעל פיה שונות מצליחה רק כאשר היא נעשית מסיבות אמיתיות של אמונה בכוחם של העובדים לקדם את מקום העבודה. תמיכה בעמדה זו אפשר למצוא גם בכתיבתה של קריגר על ההשפעות הנוגעות לדימוי עצמי של עובדים בני מיעוטים אשר שולבו במקומות כחלק מפרקטיקה של העדפה מתקנת.¹⁶¹

רגולציה והפליה בעבודה

גם אם מקבלים את הדינמיקה של השוק כיכולה לכלול לאורך זמן הפליה מתמשכת, קיים ויכוח בספרות המשפט וכלכלה אם חוקי איסור הפליה הם הפתרון. ריצ'רד אפשטיין הוא הקול המוביל במחנה שסבור שחוקי איסור הפליה מביאים להחרפת אי-השוויון החברתי. זאת משום שעל פי המודל של אפשטיין, חקיקה תרתיע מעבידים מלשכור עובדים משכבות מיעוט (או נשים) כי אלה יהיו כעת יקרים יותר בשל הגנות אי-ההפליה המוענקות להם.¹⁶² זאת במיוחד משום שמרבית הליטיגציה בדיני הפליה בעבודה היא בעניינם של עובדים קיימים ולא בעניינם של מועמדים לעבודה.¹⁶³ באופן דומה טוענת רבין מרגליות כי איסור על קביעת גיל פרישה כפוי או קביעה כי איסור שכזה מהווה הפליה מחמת גיל יוביל להחרפת אי-השוויון וההפליה בשלב הקבלה לעבודה של עובדים מבוגרים.¹⁶⁴

דוניו (Donohue) מחדד קושי נוסף בהבנת האינטראקציה בין חוקי מניעת ההפליה להפליה. הוא סוקר במאמרו את השפעות חוקי העבודה על מצבם של שחורים בארצות הברית ומראה כי קיים קושי¹⁶⁵ בזיהוי ההשפעה הישירה של חקיקה בתחום הפליה בעבודה על מצבם של המיעוטים שאותם מנסים לקדם. אשר לנשים – כמו גם באשר לחלק מהקבוצות המופלות האחרות – נראה כי עצם השאלה אם עדיין קיימת הפליה שנויה אף היא במחלוקת אמפירית.¹⁶⁶ גם מחלוקת אמפירית זו בנויה בין היתר על שאלות של קשר סיבתי, שהן קשות מאוד לניתוח.¹⁶⁷

- Linda Krieger, *Civil rights perestroika: Intergroup relations after affirmative action*, 86 CAL. L.REV. 1251 (1998) 161
- RICHARD A. EPSTEIN, *FORBIDDEN GROUNDS: THE CASE AGAINST EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAWS* (1992) 162
- Ayres Ian, Peter Siegelman, *The Q-Word As Red Herring: Why Disparate Impact Liability Does Not Induce Hiring Quotas*, 74 TEXAS L.REV. 1487 (1996) 163
- שרון רבין מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק" משפטים לב 131 (תשס"ב). 164
- כאן בעיית ריבוי המודים חמורה פחות, שכן כל החוקרים מתמקדים בעיקר בפערי שכר ובאחוזי אבטלה, אמפירית. 165
- על קשיים מתודולוגיים בבדיקת הפליה ראו גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה עושים את העבודה?" האם המשפט חשוב? (בעריכת דפנה הקר ונטע זיו, 2010). ראו גם 166

בהקשר הישראלי פסק הדין המעניין ביותר מזווית הניתוח הכלכלי הוא פסק הדין בעניין הומסנטר,¹⁶⁸ אשר מעלה לדיון שאלות מעניינות בסוגיית הקשר הסיבתי הנדרש לצורך הוכחת הפליה בשכר בין גברים ובין נשים. פסק הדין אשר ניתח את קיומם של הגורמים לפערי השכר בין גברים ונשים ברשת הומסנטר נמנע מלקבוע שנמצא קשר ישיר ומכוון בין מגדר ומשכורת, ולפיכך נמנע מלפסוק פיצויים על יסוד חוק שוויון הזדמנויות בעבודה והסתפק בפסיקה על יסוד חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, אשר דורש רמה נמוכה יותר של קשר סיבתי. גם בפסק דין זה נעשה שימוש במונח "כשל שוק" כמשקף מצב שבו עובדים מתוגמלים לפי רקעם.¹⁶⁹ אולם בהמשך פסק הדין עולה התייחסות לאחד מן המובנים הקלסיים של כשלי שוק – פערי מידע. על פי פסק הדין, אף שמדובר בעובדת אשר שכרה ניתן לה לפי עמדה אשר הציגה במשא ומתן, החוק מאפשר לבית המשפט להתערב במצב מעין זה. וכך כאשר לעובדת חסר מידע, הרי שלפי חוק שכר שווה, יש מקום לשנות את החוזה ולהתאימו לשכר שהייתה מקבלת לו היה לה המידע בעת ניהול המשא ומתן על רמות ההשתכרות של עובדים בתפקידים דומים.

2. האם מעבידים בוחרים להפלות?

סוגיה זו של הקשר הסיבתי מעלה שאלה מרכזיות נוספת באשר לכוונתם של מעבידים להפלות. מאמרה בעל השפעה של לינדה קריגר באשר לעובדה שהפליה נעשית באופן לא מודע, מעלה אף הוא שאלות בנוגע לכשלי שוק התנהגותיים בעניינן של קבוצות מוחלשות באוכלוסייה.¹⁷⁰ מחקרים מקיפים נוספים אשר בוחנים הטיות נגד קבוצות שונות מעניקים ביסוס אמפירי לקיומה הנרחב של הפליה אשר נעשית שלא במודע. מובן כי ככל שאנו מדברים בבחירות לא מודעות להפלות, אי אפשר לנקוט, לפחות לא באופן פשטני, את עמדת הניתוח הכלכלי, המדברת על אפשרות בחירה למעבידים לעצב את מקום עבודתם, גם

אורלי ליבל "האם המשפט מסוכן" באותו כרך לדיון באופן שבו תנועות חברתיות שונות תופסות את יעילותו של המשפט למניעת הפליה.

167 שאלת השפעת המגדר על דפוס קבלת ההחלטות של גברים ונשים היא דוגמה קלאסית לקושי זה. לדיון בהבדלים פסיכולוגיים בין גברים ונשים ובאופן שבו הם מגיבים לתחרותיות ולתמריצים כספיים ראו למשל Uri Gneezy, Muriel Niederle, Aldo Rustichini, *Performance in Competitive Environments: Gender Differences*, 118(3) QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 1049 (2003). וראו גם Feldman & Lobel, לעיל הערה 15.

168 ע"ע (ארצי) 1156/04 הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' גורן (פורסם בנבו, 20.11.2007).

169 כשל השוק של תגמול עובדים לפי הקבוצה שאליה הם משתייכים מלידה מחליש עוד יותר את כוח המיקוח של הקבוצות החלשות ומקבע את הפלייתן.

170 Linda Hamilton Krieger, *The content of our categories: a cognitive bias approach to discrimination and equal employment opportunity*, 47 STAN. L.REV. 1161-1248 (1995).

בצורה מפלה, כדי לקדם את יעילותו של העסק שברשותם. מאחר שהקישורים הלא מודעים שעושים מעבידים אינם נובעים בהכרח מחשיבה על יעילות ותפוקה אלא מסכימות קוגנטיביות שאי אפשר בהכרח לתקף את ניבויים, יש לבחון מחדש את עמדת הניתוח הכלכלי באשר לעליונות הבחירה.

סיכום

דיני העבודה – בניגוד לדיני הנזיקין, החוזים והתאגידים – לא נתפסו בעבר כזירה המתאימה לחוקרים מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט או כזו שתמשוך אותם,¹⁷¹ על אף המחקרים הכלכליים והמשפטיים שעסקו במשך שנים רבות בשוק העבודה. מגמה זו השתנתה מעט בעשורים האחרונים כאשר כותבים רבים יותר עוסקים בניתוח כלכלי של דיני העבודה.¹⁷² עם זאת בהשוואה לתחומי משפט אחרים אפשר לומר כי הניתוח הכלכלי של דיני העבודה הוא תחום שעדיין נמצא בהתפתחות מתמדת, וסוגיות רבות מצויות במחלוקת נוקבת. במסגרת פרק זה התייחסנו לכמה מהמחלוקות המרכזיות בניתוח הכלכלי של דיני עבודה הנוגעות לשכר מינימום, הטבות מנדטוריות, הגבלות עיסוק ודיני קניין רוחני ביחסי עבודה; לכללי הפסקת עבודה; למעמדם המשפטי של ארגוני עובדים; לאופן ההסדרה של איסורי הפליה בעבודה. בשל מגבלות הדיון הושארו מחלוקות חשובות אחרות מחוץ לדיון שבפרק זה.

בעתות של משבר כלכלי אפשר לזהות נטייה של כותבים מתחום המשפט הכלכלי של דיני העבודה להתמקד בניתוח של כלכלת מקרו במקום בניתוח של כלכלת מיקרו תוך כדי הצבעה על התוצאות הלא יעילות הנגרמות מההתייחסות אל יחסי עבודה כאל יחסים מסחריים ללא מאפיינים ייחודיים. בפרק זה הצבענו על מורכבותו של מושג היעילות בחשיבה הכלכלית בכלל ובתחום דיני העבודה בפרט והדגמנו מורכבות זו. מורכבותו של הניתוח הכלכלי אולי פוגמת בקסמו הראשוני ככלי ניתוח אשר עשוי להוביל לתוצאה אחת מדויקת. עם זאת, כאשר משולבים בתוך הניתוח הכלכלי מדדי יעילות שונים וכן נדונים

171 וראו Posner, *Some Economics of Labor Law*, לעיל הערה 84. פוזנר מונה שתי סיבות לכך: הראשונה היא מורכבות התחום והשנייה היא רתיעה של חוקרים מתחום המשפט הכלכלי לחקור תחום שמבוסס על מדיניות שעומדת בסתירה לערכים של יעילות ותחרות שבהם מצדדים רוב הכלכלנים.

172 וראו למשל (Kenneth G. Dau-Schmidt, *LABOR AND EMPLOYMENT LAW AND ECONOMICS* (Seth D. Harris, Orly Lobel eds., 2009).

במסגרתו כשלי השוק השונים, הוא מאפשר ניתוח עשיר ומפרה של הסוגיות המרכזיות בדיני העבודה.

להרחבה והעמקה ראו –

LABOR AND EMPLOYMENT LAW AND ECONOMICS (Kenneth G. Dau-Schmidt, Seth D. Harris, Orly Lobel eds., 2009)

Chirstine Jolls, *Law and the Labor Market*, 2 ANNUAL REVIEW OF LAW AND SOCIAL SCIENCE 359 (2006)

Laurence H. Summers, *Some Simple Economics of Mandated Benefits*, 79 THE AMERICAN ECONOMICS REVIEW 177 (1989)

Cass Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 VA. L.REV. 205 (2001)

Richard Posner, *Some Economics of Labor Law*, 51 U. CHIC. L.REV. 988 (1984)

פרק י: מתקל דינים

מאת

אוריאל פרוקצ'יה, * דפנה קפליוק**

הקדמה. א. חברות ציבוריות וחברות פרטיות. ב. בעיית ההשפעות החיצוניות;
1. כללי ברירת הדין ובעיית ההשפעות החיצוניות – הקדמה; 2. החצנות אפשריות:
המקרה של דיני הימאות; 3. אפיון הפתרון המוצע בשוק דיני הספנות, עם הצצה
חטופה לשוק דיני הסודיות הבנקאית. ג. מקרה ביניים: דיני ניירות ערך.
ד. האחדת דינים (הרמוניזציה); 1. הבעיה; 2. האחדת דינים מהותיים – על שום
מה?; 3. בעד שימורן של שיטות משפט לאומיות; 4. האחדת דיני הברירה. ה. ברירת
הדין בחוזים; 1. מיפוי הבעיות; 2. כאשר הצדדים בחרו בדין שיחול על
התקשרויותיהם; 3. כאשר הצדדים לא בחרו בדין שיחול על התקשרויותיהם.
ו. ברירת הדין בנוזקין; 1. הערות כלליות; 2. תפריט של כללי ברירת דין בנוזקין;
3. הרהורים על הדין המיטבי.

הקדמה

ענף ברירת הדין הוא אחד מפרקיו המרכזיים של המשפט הבין-לאומי הפרטי. תכליתו כידוע היא לברור את הדין החל על סוגיה משפטית נתונה שמעורבים בה גורמים זרים לפורום. ענף זה נחשב לעתים טכני במקצת בשל היותו שונה מענפי המשפט האחרים: מושאם של הענפים האחרים הם החיים עצמם, ואילו מושאו של ענף ברירת הדין הוא דינים אחרים. לשון אחרת, ענף ברירת הדין עוסק בדיני דינים. התשתית המסורתית לעיצוב כללי ברירת הדין נסמכת על גישות תאורטיות אחדות, והבולטות שבהן הן גישת הזכויות המוקנות, גישת ניתוח האינטרסים וגישת מרב הזיקות.

* בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה, והמרכז לחקר הרצינאליות, האוניברסיטה העברית.

** בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה.

ביסוד גישת הזכויות המוקנות ניצבת תפיסה טריטוריאלית, שלפיה לכל מדינה יש סמכות ריבונית להסדיר יחסים משפטיים ולקבוע זכויות וחובות בתחומי הטריטוריה שלה.¹ לפיכך זכות שנוצרה לפי דיניה של אותה מדינה הופכת לזכות מוקנת,² ועל המדינות האחרות להכיר בזכות זו לפי דינים אלו.³

גישת ניתוח האינטרסים מתמקדת באינטרסים של המדינות השונות להחיל את הנורמות שלהן על היחסים המשפטיים בין הצדדים לסכסוך.⁴ לפי גישה זו יש להחיל את דין המדינה שיש לה אינטרס שהמדינות המשפטיות שלה תחול על הסוגיה המשפטית הנדונה. לצורך זה נבחנת המדיניות של כל אחת מן המדינות הרלוונטיות בדבר החלת הדין שלה על המקרה המשפטי, ודיניה של המדינה שהאינטרס שלה הוא החזק ביותר נבחרים לחול. גישת מרב הזיקות גורסת כי יש לזהות את כלל הזיקות שנוגעות לסכסוך המשפטי ושקושרות אותו לדיניהן של מדינות שונות ולהחיל את דין המדינה שיש לה הזיקה ההדוקה ביותר לעניין. בהקשר זה נבחנות זיקות הנוגעות בין היתר לצדדים, לנכס או לאירוע הנוגעים לסכסוך.

אף שגישות אלו נסמכות על הצדקות נורמטיביות שונות, הן מתעלמות מן ההשלכות הכלכליות שיכולות לנבוע מדרך עיצובם של כללי ברירת הדין. כללי ברירת הדין יכולים להפנות לדינים יעילים או בלתי יעילים, צודקים ובלתי צודקים. לכן בראייה כלכלית שיטה מיטבית של כללי ברירת דין היא שיטה המפנה לדינים יעילים וצודקים, ומפנה עורף לדינים בלתי יעילים ובלתי צודקים.

לכאורה יכולה להישאל השאלה כיצד יכולה שיטת ברירת הדין להשפיע על שאלת היעילות או על שאלת הצדק, וזאת בשל היותה "עיוורת" לזהותו של הדין שאליו היא מפנה. אם למשל כללי ברירת הדין מפנים בסוגיה פלונית לדינו ה"לאומי" של המתדיין, שאלת היעילות והצדק הופכת לתלויה ביעילותם ובצדקתם היחסית של הדינים הלאומיים השונים ולא בכלל הברירה עצמו: אם עולה בגורל דין לאומי יעיל וצודק, ההפניה אליו היא יעילה וצודקת, אך אם עולה בגורל דין בלתי יעיל או בלתי צודק, גם כלל הברירה נושא (בדיעבד) אותם מאפיינים. השערה זו, שכלל הברירה עצמו הוא ניטרלי מבחינת השפעתו על איכותו של הדין הנבחר, וכל אמירה נורמטיבית בדבר הדין הנבחר תלויה בשיקולים ה"פנימיים" של אותו דין ולא בכללים המפנים אליו, הניבה התייחסות הנראית לנו שטחית באשר

1 ראו למשל: JOSEPH H. BEALE, A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS 311-12 (1935) ("[T]he power of a state is supreme within its own territory ... It follows generally that no statute has force to affect any person, thing, or act ... outside the territory of the state that passed it.")

2 ראו למשל LEA BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS 22 (2nd ed. 1995).

3 שם.

4 BRAINERD CURRIE, SELECTED ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS 183-84 (1963).

לתפקידיו של ענף ברירת הדין. בעינינו כללי ברירת הדין אינם, או לפחות אינם צריכים להיות, ניטרליים באשר לזהותו של הדין הנבחר. להפך, עליהם להיות בררניים ולאמץ לעצמם פתרונות יעילים וצודקים ולסנן החוצה את היתר.

בהקשר זה עולה השאלה המקדמית אם שיטה של כללי ברירת דין המפנה בכל סוגיה משפטית לדין הפורום (*lex fori*) היא שיטה מיטבית, שהרי מנקודת המבט של כל מדינה ומדינה, חוקיה שלה יעילים וצודקים. לכאורה כלל ברירה המפנה הפניה גורפת לדין הפורום בכל סוגיה משפטית הוא הזול ביותר להפעלה. כלל זה מפחית את עלויות ההליך המשפטי משום שבית המשפט של הפורום הבקי בדיני מדינתו לא יודקק לעדויותיהם של עדים מומחים המעידים על הדינים הזרים. גם ההסתברות כי בית המשפט יטעה ביישומו של הכלל שנבחר ובכך יגרום לנזק נוסף היא הפחותה ביותר.

כלל ברירה המפנה לדין הפורום עשוי גם להגביר את ודאות הצדדים בדבר הדין שיחול בעניינם. ואולם, ודאות זו קיימת בבירור רק בדיעבד (*ex post*), לאחר שנבחר הפורום והוגשה התובענה, אך לא בהכרח קודם לפרוץ הסכסוך ולהגשת התביעה (*ex ante*). אם קודם לפרוץ הסכסוך צדדים לחוזה עורכים תניית שיפוט ובוחרים בפורום שידון בעניינם אם יפרוץ סכסוך, הם יודעים מראש מה יהיה הדין שיחול בעניינם. ידיעה זו עשויה להשפיע על התנהגותם בקיום התחייבויותיהם לפי החוזה ולפי הדין, על הסיכוי שיפרוץ סכסוך ועל הדרך שבה הם יבחרו להסדיר את הסכסוך אם יפרוץ. לעומת זאת אם הצדדים אינם מעוניינים להסכים על הפורום שידון בעניינם, או אם אין להם היכולת להסכים על פורום שכזה משום שאין ביניהם קשר חוזי בשלב הקודם לפרוץ הסכסוך, הם לא ידעו מראש בפני איזה בית משפט יתדיינו, ולפיכך מה יהיה הדין שיחול על הסכסוך. חוסר הוודאות באשר לדין שיחול ישפיע על התנהגות הצדדים לפני פרוץ הסכסוך ויעודד את התובע לאחר פרוץ הסכסוך לבחור בפורום שבו יוחל הדין הנוח לו ביותר (*forum shopping*). פעילות זו עשויה להיות יקרה וחסרת הצדקה כלכלית, שהרי היא עשויה לתמרץ את התובע (בכפוף לאילוץ הדוקטרינה העוסקת ב-*forum non conveniens*) להגיש את התביעה במקומות שאינם נוחים אף לאחד מן הצדדים, העדים ולא לבית המשפט עצמו. מן הטעמים האלה אנו מסירים מעל תפריט האפשרויות, כבר בשלב מקדמי זה של הדיון, את דין הפורום כדין המיטבי ה"אוטומטי" שכללי ברירת הדין אמורים להפנות אליו.

הגישה הכלכלית למשפט מניחה תשתית נורמטיבית לעיצובם של כללי ברירת דין מיטביים ברבדים אחדים.⁵ התובנה הבסיסית העומדת ביסוד הגישה הכלכלית לכללי ברירת

5 למרות הפוטנציאל הברור של ניתוח כלכלי של המשפט הבין-לאומי הפרטי העוסקים בתחום מיעטו להתעניין בו. אופיינית היא גישתו של ריצ'רד פוזנר, שספרו פורץ הדרך ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (7th ed., 2007) מקדיש לנושא עמודים ספורים בלבד, להבדיל מן הטיפול המסיבי שגאון משפט זה הקדיש לענפים אחרים של המשפט. ראו שם, בעמ' 633 וכן בעמ' 710. לספרות הדנה בניתוח כלכלי של כללי ברירת הדין ראו למשל: Andrew T. Guzman,

הדין היא שאם השיטה מאפשרת לצדדים לבחור את הדין החל עליהם (ורק אז), הבחירה נקבעת בדרך כלל כתוצאה של "משחק" שיש בו, נוסף על הצדדים עצמם, עוד כמה שחקנים. שחקני מפתח הם המדינות המייצרות (על ידי חקיקה, פסיקה וכדומה) את דיניהן הלאומיים. אנו מניחים כי ייתכן (אם כי זה לא הכרחי) שלמדינות אלה יהיה עניין שדיניהן יחולו, באמצעות כללי ברירת הדין, לא רק במצבים המנופים מכל אלמנט זר (במצבים מעין אלה יש להן בלאו הכי מונופול על החלת דיניהן על הצדדים) אלא גם במצבים מעורבים, שבהם תיתכן בחירה בין דיניהן לבין דינים של מדינות אחרות. אם אכן יש למדינות אינטרס שיווקי מעין זה, יכולתן להשיג את היעד מותנה בכך שתשכלנה לעצב את דיניהן בצורה מושכת בעיני מי שמבצע את הבחירה, או לפחות מושכת יותר מן "הסחורה של המתחרים", הלוא הם הדינים של מדינות אחרות. מובן מאליו כי המתדיינים הפוטנציאליים, אלה שיש להם בחירה בין דינים של מדינות שונות, גם הם "שחקנים" במשחק זה. האינטרס המניע שחקנים אלה הוא לבחור בדינים המשיאים את תועלתם. בצדם של המתדיינים הפוטנציאליים הללו מופיעים לעתים שחקנים נוספים, והם אלה שבחירתם של המתדיינים משפיעה על רווחתם. לצדדים שלישיים אלה יכול שתהיה, ויכול שלא תהיה, אפשרות להגיב בדיעבד (*ex post*) על מהלכיהם של הצדדים הפוטנציאליים. אם יש להם אפשרות להגיב, ואופייה של תגובה זו ניתן לצפייה מראש, הצדדים הפוטנציאליים יביאו אותה בחשבון בבחירת מהלכיהם בשעת הבחירה (*ex ante*). תוצאתו הסופית של המשחק היא בחירתם של המתדיינים הפוטנציאליים לאחר שהביאו בחשבון את תגובתו של הזולת לבחירתם. הבנה בהירה של משחק מורכב זה מאפשרת לנו להצביע על כללי ברירת דין מיטביים, כלומר כאלה שתוצאת המשחק שלהם היא התוצאה המיטבית. כפי שנראה בהמשך, תוצאה מיטבית כזו מושגת למשל בכללי ברירת הדין בארצות המשפט המקובל המתמייחסים לדיני חברות ציבוריות. עם זאת אין זה ברור כלל ועיקר כי התוצאה מושגת ככל שהדבר נוגע לחברות פרטיות. לניתוחן של שתי תוצאות אלה, המתייחסות בהתאמה לחברות ציבוריות ופרטיות, נקדיש את סעיף 1 להלן. המקרים הנסקרים בסעיף 1 מתאפיינים בכך שהשווקים הרלוונטיים מתפקדים כהלכה. בסעיף 2 להלן נבחן מקרים שבהם השווקים

Choice of Law: New Foundations, 90 GEO. L. J. 883 (2002); Larry D. Kramer, *Rethinking Choice of Law*, 90 COLUM. L. REV. 277 (1990) ; Erin O'Hara & Larry E. Ribstein, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, 67 U. CHI. L. REV. 1151 (2000) Giesela Ruhl, *Methods and* ; (O'Hara & Ribstein, *From Politics to Efficiency –* (להלן) *Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective*, 24 BERKELEY J. INT'L L. 801 (2006) ; Michael J. Solimine, *An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law*, 24 GA. L. REV. 49 (1989); ERIN O'HARA & LARRY E. RIBSTEIN, *THE LAW MARKET* (2009) MICHAEL J. WHINCOP & MARY KEYES, ; (O'HARA & RIBSTEIN, *LAW MARKET –* (להלן) *POLICY AND PRAGMATISM IN THE CONFLICT OF LAWS* (2001); *AN ECONOMIC ANALYSIS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW* (Jurgen Basedow & Toshiyuki Kono eds., 2005)

רוויים בכישלונות שוק מן הסוג של "השפעות חיצוניות". במקרים אלה ראוי לעשות רגולציה שתנווט לפתרונות שונים מאלה המושגים "מאליהם" על ידי כוחות השוק. המקרה הבולט ביותר שנדון בסעיף 2 הוא כללי הברירה בדיני הימאות. סעיף 3 להלן דן בדיני ניירות ערך. דיני הברירה המיטביים בענף משפטי זה אינם חד-משמעיים, שכן מערכת השיקולים המתמייחסים לכללי ברירה אלה היא מעין מקרה ביניים בין דיני החברות הציבוריות לבין דיני הימאות. פתרון רגולטורי שכיח הוא האחדת דינים (הרמוניזציה), שהוא פתרון העוקף את דיני הברירה ולמעשה מבטל אותם (שהרי בכל המדינות המאמצות כללים אחידים לא נותר עוד במה לבחור). השיקולים בעד ונגד הרמוניזציה נשקלים בסעיף 4 להלן. סעיף 5 להלן דן בברירת הדין בחוזים, וסעיף 6 להלן דן בברירת הדין בנוזיקין. מערכת השיקולים בענפי משפט אלה מורכבת ביותר, וכמות הכתיבה האקדמית אינה רבה. אך אפילו בהם, כפי ששני סעיפים אלה מיועדים להדגים, יש בכוחה של הגישה הכלכלית להאיר את הדרך ולהסביר דינים שבלעדיה הם עלולים להיראות שרירותיים.

אף על פי שהצגת הנושא בדרך שבחרנו בה עשויה להצטייר כבעלת אופי נורמטיבי טהור, כלומר ככזו שיכולה להשפיע רק על תיאורו של המשפט הרצוי (*lex ferenda*), פני הדברים אינם כאלה. הדין המצוי (*lex lata*) בסוגיית כללי ברירת הדין אינו תמיד חד-משמעי, ולכן שופטים ואדריכלי מדיניות אחרים רואים עצמם חופשיים לבחור בנסיבות מסוימות בכללי ברירת הדין המיטביים בעיניהם. למיטב ידיעתנו, השיקול הכלכלי שיוצג בפרק זה לא נשקל כהלכה, ולכן הבנה טובה יותר שלו עשויה לדעתנו להשפיע השפעה מכרעת על עיצובו של הדין הפוזיטיבי, הוא המשפט הנוהג.

א. חברות ציבוריות וחברות פרטיות

כלל ברירת הדין בשיטות המשפט המקובל הוא שהדין החל על חברה הוא הדין של מקום התאגדותה.⁶ פירוש הדבר הוא שחברה הרשומה בלשכת רישום החברות בירושלים נשלטת על ידי הדין הישראלי בכל מקום בעולם אף אם עיקר עסקיה הוא מחוץ לישראל. הכלל הזה איננו מחויב המציאות. בכמה וכמה שיטות חלופיות, כמו שיטת המשפט הציבילי הנהוגה ביבשת האירופית, הדין החל על תאגיד הוא הדין שבו מרוכזים מרב עסקיו. למשל, תאגיד

6 ראו למשל (1971) §302(2) OF CONFLICT OF LAWS (SECOND) RESTATEMENT, הקובע שיחול דין מדינת ההתאגדות. כלל הברירה מעגן את הדוקטרינה המכונה state of incorporation doctrine או internal affairs doctrine. ראו למשל: Note, *The Internal Affairs Doctrine: Theoretical Justifications and Tentative Explanations for Its Continued Primacy*, 115 HARV. L. REV. 1480 (2002).

גרמני שמקום מושבו העיקרי הוא בגרמניה איננו יכול להשיל מעליו כמה מעיקריו של הדין הגרמני ולחסות תחת כנפיו של הדין הצרפתי אם יעתיק את הרישום שלו לפריז. הכלל הנהוג במשפחת המשפט המקובל מאפשר ליזמי חברות והנהלותיהן "לצאת למסע קניות" (shopping) ברחבי תבל ולברור להם את הדין המיטבי מבחינתם. סביר להניח כי יזמים ומנהלים אלה נתונים לתמריצים להעדיף דינים הרצויים להם גם אם אין הם מיטיבים עם קהלים אחרים בתוך החברה, כגון בעלי המניות או הנושים, ואף אם הם פוגעים בציבור. גם למדינות המייצרות את ה"סחורה" – היא דיני החברות שלהן – יכול להיות אינטרס משלהן בבחירה הנעשית על ידי היזמים או המנהלים. תאגידי הבוחרים את מקום התאגדותם משלמים למדינה המארחת במטבע קשה, ולו שני פנים: באגרות רישום שנתיות ובעידוד הכלכלה המקומית, עד כמה שזו נשענת על מספרם וזהותם של התאגידי הרשומים באותה מדינה. למשל, מדינת ההתאגדות הפופולרית ביותר בעולם, דלוור אשר בארצות הברית, נהנית מאגרות רישום הממנות כעשרים אחוזים מתקציבה הכולל, וזאת מבלי להביא בחשבון את הפריחה הכלכלית של דלוור בשל הפעילות התאגידית הענפה בתחומה. גם המדינות, כמו התאגידי הנרשמים בהן, חשופות לתמריצים לעצב את דיני החברות שלהן באופן המשיא רווחים מסוג זה גם אם אין הדבר עולה בקנה אחד עם תועלתם או רווחתם של צדדים שלישיים.

לאור הדברים האלה אפשר להציג את השאלה הזאת: כלום כלל ברירת הדין של המשפט המקובל הוא מיטבי? נתחיל את הדיון בהנחה שהחברה שמדובר בה היא חברה ציבורית. השאלה הניבה שפע של כתיבה, בעיקר סביב הצלחתה של דלוור לבסס לעצמה מעמד מוביל ב"שוק הרישומים". דעת המיעוט היא שהכלל אינו מיטבי, ובמבט דינמי הוא מעודד ניוון של דיני החברות, או כפי שהדבר מכונה: "מירוץ אל התחתית" (race to the bottom).⁷ הטיעון מבוסס על ההשערה שקיימת "בעיית נציג" (agency problem) כרונית ביחסים שבין יזמים ומנהלים של חברה ציבורית מצד אחד לבין משקיעים מן הציבור מצד אחר. היזמים והמנהלים נתונים לתמריץ להשיא את תועלתם האישית גם כאשר היא אינה עולה בקנה אחד עם תועלתם של המשקיעים. לכן כאשר הם בוחרים להם מדינת התאגדות, הם נוטים לבחור במדינה המיטיבה אתם על חשבון המשקיעים. במיוחד היזמים והמנהלים צפויים להעדיף דיני חברות "מרשים" (enabling, or lax), שמספר ההוראות הקוגנטיות

7 ראו למשל: Lucian Arie Bebchuk, *Federalism and the Corporation: The desirable Limits of State competition in corporate Law*, 105 HARV. L. REV. 1437, 1440 (1992); Lucian Arye Bebchuk & Allen Ferrell, *A New Approach to Takeover Law and Regulatory Competition*, 87 VA. L. REV. 111, 130 (2001); Lucian Arye Bebchuk & Allen Ferrell, *Federalism and Corporate Law: The Race to Protect Managers from Takeovers*, 99 COLUM. L. REV. 1168 (1999).

שבהם הוא קטן, המייצרים בשבילם חופש פעולה נרחב לעשות בכספי המשקיעים כהבנתם, ומבלי שלמשקיעים תינתן דריסת רגל בנושאים של ממשל חברות. אכן, אין ספק כי דיני החברות של מדינת דלוור, המנצחת בשוק הרישומים, הם דיני חברות מתירניים, הנותנים חופש פעולה נרחב להנהלת החברה לנווט את התאגיד כהבנתה.⁸

המדינות מצדן, בהיותן מודעות לפונקציית המטרה של היזמים והמנהלים, תעצבנה את דיני החברות שלהן באופן התואם את העדפות היזמים והמנהלים, ולכן באופן הסותר את טובת המשקיעים.⁹ התחרות בין המדינות, השואפות להגדיל את נתח השוק שלהן בשוק הרישומים, תתמרץ אותן להוריד עוד ועוד את מפלס ההגנות על המשקיעים, כדי למצוא חן בעיני היזמים והמנהלים. מדינה ש"תתעקש" על סטנדרטים גבוהים תמצא את עצמה מחוץ למירוץ, כי מתחרותיה תספקנה סחורה עדיפה בעיניהם של היזמים והמנהלים. הדוגלים בהשקפה זו בארצות הברית מטיפים לפדרליזציה של דיני החברות האמריקאיים, כדי לנטרל את התחרות הבין-מדינתית המייצרת מירוץ אל התחתית.

אך זו אינה אלא דעת המיעוט. דעת הרוב מציגה תסריט שונה לחלוטין, ועל פיו התחרות בין המדינות בשוק הרישומים יוצרת מירוץ אל הצמרת דווקא (race to the top).¹⁰ כדי להבין את הדינמיקה של התפתחות דיני החברות לפי השקפה זו, יש למדל את זירת ההתרחשות כמשחק בין שלושה שחקנים ולא רק בין שניים. על המדינות והתאגידים המשתתפים במשחק זה יש להוסיף שחקן שלישי והוא הציבור. אילו מדינות מתירניות כמו דלוור היו מתכנסות אל התחתית, היו המשקיעים למדים כי התשואה שהם יכולים לצפות לה במדינות מתירניות נמוכה באופן עקיב מן התשואה שהם יכולים לצפות לה במדינות שחוקי החברות שלהן נוקשים יותר. תהליך למידה זה אינו דורש תכום מיוחד, ואין הוא מותנה בהבנתם של המשקיעים מהם הפרמטרים בחוקים המתירניים הפוגעים בתוחלת התשואה שלהם: הם ויועציהם היו מסתפקים בשורה התחתונה, ועל כן גם ממהירים להסיק ממנה את הלקחים

8 למשל, כאשר בשנת 1985 נפסק בדלוור כי דירקטורים של חברה שאישרו את מיזוגה עם חברה אחרת מבלי ששקלו את צעדיהם בכובד ראש הנדרש חייבים לפצות את החברה בשל הפרת חובת הזהירות שלהם כלפיה, הזדרזו המחוקק של דלוור לשנות את החוק ולאפשר לחברות הרשומות במדינה זו לפטור דירקטורים מאחריות בכל המצבים של הפרת חובת זהירות. ראו Smith v. Van Gorkom, 488 A. 2d 585 (Del., 1985) והחקיקה שבאה בעקבות פסק הדין – Delaware General Corporation Law, section 102 (b) (7).

9 ראו למשל, Bebchuk & Ferrell, *Federalism and Corporate Law*, לעיל הערה 7.

10 ROBERTA ROMANO, THE GENIUS OF AMERICAN CORPORATE LAW 16 (1993); ראו למשל: Roberta Romano, *Competition for Corporate Charters and the Lesson of Takeover Statutes*, 61 FORDHAM L. REV. 843, 847 (1993); Ralph K. Winter., *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 6 J. LEGAL STUD. 251, 254-92 (1977).

הנדרשים. לקחים אלה היו מובילים אותם לנייד את השקעותיהם מחברות הרשומות במדינות מתירניות לחברות הרשומות במדינות נוקשות, או לחלופין לדרוש פרמיה נאותה שתפצה אותם על נזקיהם אם יתמידו להשקיע בחברות הרשומות במדינות מתירניות. שוק ההון היה מעניש אפוא את החברות הרשומות במדינות מתירניות, אם בשל הגירת משקיעים מהן אל חברות הרשומות במדינות שחוקיהן נוקשים יותר, ואם בשל הצורך לפצות משקיעים בפרמיה נאותה. החשש לסנקצייה השוקית הזאת צפוי לאחד את פונקציות המטרה של המנהלים והיזמים מצד אחד ושל המשקיעים מצד אחר, כי מה שפוגע במשקיעים חוזר כמו בומרנג לפתחם של המנהלים והיזמים. והנה אנו רואים כי חרף נבואותיהם השחורות של חסידי המירוץ אל התחתית המשקיעים נוהרים דווקא למדינות מתירניות כמו דלוור. התאוריה מנבאת אפוא כי המירוץ הוא אל הצמרת.

תאוריה זו מאוששת היטב במחקר האמפירי.¹¹ גם בעניין זה הדעות חלוקות, אך דעת הרוב היא כי התשואה הממוצעת במדינות מתירניות כמו דלוור עולה על התשואה הממוצעת במדינות שחוקיהן נוקשים, וזאת לאחר שהובאו בחשבון כל – או כמעט כל – הקשיים המתודולוגיים המקשים על השוואת התשואות בין חברות המואגדות במדינות שונות.

אף על פי שרבים סבורים שהוויכוח בין שתי האסכולות הוא בעיקרו ויכוח "אמריקאי", הן בשל מרכזיותה של דלוור בוויכוח והן בשל אופיו של המשטר האמריקאי, המאפשר בחירה קלה בין מדינות האיחוד ללא צורך "להגר" לארצות נכר, יש לו גם לקחים ישראליים ברורים.

ישראל איננה כמובן מדינה פדרלית, וכל החברות המואגדות בישראל כפופות לדין אחיד, הלוא הוא דין החברות הישראלי. ובכל זאת מי שמאמין כי המירוץ הוא אל הצמרת (כמו כותבי שורות אלה) יכול לתמוך יתדותיו בשני נימוקים מצטברים: ראשית, בכפר הגלובלי בן זמננו ה"הגירה" אל ארצות נכר, ככל שמדובר ברישומן של חברות, איננה כרוכה בעלויות גדולות כל כך. למשל, יזם ישראלי יכול לרשום חברה בדלוור באמצעות האינטרנט בדקות ספורות, ואם החברה אינה גדולה, גם בעלויות רישום סבירות (אם כי עליו להביא בחשבון כי חשבון שכר הטרחה הצפוי לו בכל מקרה של סכסוך או צורך ביעוץ משפטי יהיה בקנה מידה אמריקאי, הגבוה בהרבה משכר הטרחה הנגבה בישראל, וכן עליו להניח כי משפטים שיתנהלו נגד החברה שלו יהיו שם ולא כאן). מכאן שאף על פי שישראל היא מדינה מוניסטית (דהיינו לא פדרלית), אין למחוקק הישראלי מונופול בשוק הרישומים הרלוונטי לחברות ישראליות, הרשאיות, על פי שיקול דעתן, להעדיף "סחורת יבוא" על פני

11 ראו למשל Robert Daines, *Does Delaware Law Improve Firm Value?* 62 J. FIN, ECON. 525 (2001).

הדין הישראלי. אכן, אין פלא כי בקרב החברות המהגרות הגירה רישומית לדלוור קיימות רבות שמקום מושבן הקבוע הוא מחוץ לגבולות ארצות הברית, כולל חברות ישראליות. שנית, אם אכן יש לשוק ההון תפקיד בריסון חמדנותם של המנהלים וברתימת פונקציית המטרה שלהם לאפיקים התואמים את תועלתם של המשקיעים, כל מה שהדין הישראלי צריך לעשות הוא להימנע מהוראות קוגנטיות נוקשות ולהיות מתירני בדומה לדין בדלוור. אין צורך בתחרות בין-מדינתית וגם לא בהגירה רישומית לחו"ל, שהרי התחרות יכולה להתחולל בין התאגידים הישראליים לבין עצמם, שכל אחד מהם בן חורין לקבוע לו תקנון כרצונו. תאגיד שינצל את החירות הזאת לרעת המשקיעים ויקבע בתקנונו כללי ממשל תאגידי לא יעילים יוענש על ידי שוק ההון, ולכן אפשר לצפות ליתרון תחרותי לתאגידים שקובעים לעצמם ממשל תאגידי יעיל. אכן, חוק החברות הישראלי נוסח בהסתמך על התובנה הזאת, והוא נחשב לחוק מתירני לעומת מרבית חוקי העולם. ברור שאילו היה הדין בישראל נושא אופי קוגנטי יותר, ההוראות הקוגנטיות היו מנחיתות מכת מוות על התחרות הבין-תקנונית, והמירוץ אל הצמרת היה נמנע.

הבה נסיט את המבט מעולמן של החברות הציבוריות לעולמן של פירמות קטנות. למרות שכיחותן של פירמות אלה, העולות במספרן מאות מונים על מספרן של הפירמות הגדולות, הגישה הכלכלית לא התייחסה, למיטב ידיעתנו, לשאלת ברירת הדין החלה על סוג זה של פירמות.

הפירמה הקטנה נבדלת מן החברה הציבורית בשני נושאים מרכזיים, שיש להם חשיבות רבה בשאלת ברירת הדין: מצד אחד הנימוק המרכזי שעליו מושתתת גרסת המירוץ אל הצמרת מתעמדם במידה רבה ביחס לפירמות פרטיות. פירמות אלה אינן מגייסות הון מן הציבור, ולכן אינן מעמידות את עצמן לאמונו בכל פעם מחדש. נוסף על כך מידת חשיפתן לעין הציבורית קטנה בהרבה, שהרי הדרישות המפליגות של "גילוי נאות", המעוגנות בחוקי ניירות הערך, חלות רק על חברות הנסחרות בבורסה. לכאורה היה אפשר לסבור כי פירמות פרטיות מסוגלות לקבוע לעצמן כללי ממשל תאגידי קלוקלים (למשל, על ידי התאגדות במדינה שאיננה מיטיבה לעצב כללים יעילים) מבלי לשלם על כך בייקור עלויות ההון שלהן ומבלי שתעמדה את עצמן בתנאים תחרותיים נחותים אל מול פירמות שהיטיבו מהן לבחור להן כללי ממשל תאגידי נאותים.

מן הצד השני של המתרס, גם בעיית הנציג, שעליה מושתתת גרסת המירוץ אל התחתית, נשמעת לעתים קרובות חלולה עד כמה שהיא מתייחסת לפירמות פרטיות קטנות. כמקרה פרדיגמטי המדגים טיעון זה נשווה לנגד עינינו "חברת אדם אחד" שבה היוזם והמנהל הוא גם בעל המניות היחיד בחברה, ובמקרים רבים עיקר עושרו בא לו ממנה. אדם כזה איננו מתומרץ להעדיף את טובת עצמו על טובת התאגיד, כי השניים ממילא מתמזגים זה בזה. ברור כי שני השיקולים דלעיל מכוונים לכיוונים הפוכים. אם שוק ההון אינו מעניש התנהגות תת-מיטבית של יזמי הפירמה ומנהליה, נוצר חשש כי המירוץ יהיה אל התחתית.

לעומת זאת אם ליזמים ולמנהלים אין אינטרס לבחור באסטרטגיה תת-מיטבית, והם רואים רק את טובתה של החברה לנגד עיניהם, אולי בכל זאת יש לצפות כי המירוץ יהיה אל הצמרת. כנימוק נוסף לאותה מסקנה יש לזכור כי מימון הפירמה אינו נשען רק על השווקים הציבוריים; גם פירמות פרטיות נזקקות לאשראי, וספקי האשראי יכולים להתנות, ומתנים הלכה למעשה, על דפוסי ממשל תאגידי נאות לפני שהם מעניקים אשראי. למשל, פירמות הממומנות "מימון דק" נדרשות על ידי ספקי האשראי להמציא ערבויות אישיות של בעלי הפירמה לחובותיה, וכך יוצרים – כאשר יעיל לעשות כן – "הרמת מסך חוזית" של פירמות פרטיות המבקשות אשראי (ראו פרק יד להלן). הנה כי כן, השוק חולש לא רק על אורחותיה של החברה הציבורית, וגם פירמות פרטיות קטנות עלולות להיענש אם בחרו בדרכי פעולה בלתי יעילות.

על סמך כל השיקולים האלה אנו סבורים כי ברמת העיקרון כלל ברירת הדין של חברות פרטיות קטנות צריך להיות זהה לזה החל על חברות ציבוריות. אולם עיקרון זה צריך להיות כפוף לחריג מרכזי אחד: קיימות מדינות – ונסיכות ליכטנשטיין היא דוגמה בולטת לכך – שהתכונה הבולטת ביותר בדיני החברות שלהן היא תכונת החשאיות. רמת המידע הדולפת מן המרשם בליכטנשטיין ליתר העולם היא אפסית, וזהותם של בעלי המניות, של נושאי המשרה, של מטרות החברה, של מקורות המימון שלה ושל טיב עיסוקיה נשמרים כסוד כמס. חשאיות זו הפכה לסחורת יצוא חשובה בשביל ליכטנשטיין ובשביל עוד קומץ מדינות הפועלות באותה דרך, ולכן מדינות אלה הפכו ליעד התאגדות מבוקש בשביל תאגידים שיש להם מה להסתיר. לא כל סוד עסקי הוא בהכרח סוד אפל, אך תחת מעטה המסתורין של ליכטנשטיין ומדינות הדומות לה אפשר בין היתר להעלים מסים, להלבין הון, ובדרך כלל להעלים מן הציבור מידע שעין השמש הייתה יפה לו. מצב זה יוצר השפעות חיצוניות, שבהן אנו מטפלים בסעיף הבא.

ב. בעיית ההשפעות החיצוניות

1. כללי ברירת הדין ובעיית ההשפעות החיצוניות – הקדמה

כפי שכבר הוסבר בפרק א לעיל, "השפעה חיצונית" (externality) קיימת כאשר פעולה הננקטת על ידי סוכן שוק אחד, או כמה סוכני שוק, משפיעה על רווחתם של צדדים שלישיים, למשל כאשר מפעל המזהם את האוויר משחיר את הכביסה התלויה בכל רחבי האזור. קיומן של השפעות חיצוניות גורם ל"כשלי שוק". כשלים אלה נגרמים משום שהעלות ה"חיצונית" (למשל נזקי הפיח של המפעל המזהם) או התועלת ה"חיצונית" (למשל פריחת הדורים שהיא תוצר לוואי בלתי שוויוק של התוצרת החקלאית השוויקה) אינם מובאים בחשבון עלות-תועלת של מי שמייצר אותם. אם מדובר בעלויות חיצוניות, מי

שמייצר אותן איננו מפנים אותן אל תוך שיקוליו הפרטיים ולכן מייצר יותר מדי באספקלריה כלל-חברתית. אם מדובר בתועלות חיצוניות, מי שמייצר אותן אינו מפנים אותן אל תוך שיקוליו הפרטיים, ולכן מייצר פחות מדי באספקלריה כלל-חברתית. דרך אחרת להציג את הלקחים המתייחסים לכלל ברירת הדין המיטבי בחברות ציבוריות (סעיף 1 לעיל) היא כי שוק הרישומים המתייחס אליהן פועל ביעילות, כי מנהלי החברה אינם יכולים "להחציץ" (to externalize) עלויות למשקיעים על ידי בחירה במדינת רישום שאינה מיטיבה אתם. אם החברה תהגר למדינה שחוקיה אינם מיטביים מבחינתם של המשקיעים, הללו יהגרו לחברות הרשומות במדינות מיטביות, מה שיכריח את החברה לחזור ולהפנים אל תוך שיקולי פעולתה את מה שאחרת היה יכול להוות השפעה חיצונית. לעומת זאת ראינו כי אם בחברות קטנות עסקינן, מנגנון ההפנמה של ההשפעות החיצוניות הוא מנגנון בלתי מושלם: המשקיעים עלולים להתקשות להעניש את הפירמה דרך נדידה בשוק ההון אל פירמות מתחרות, וחוסר המידע שלהם באשר למתרחש בפירמה יכול להיות בעוכריהם.

בסעיף זה אנו מבקשים לעבור מן הפרט אל הכלל ולהבחין בין ענפי משפט שבהם ההחצנה היא אפשרית, ולכן אין זה רעיון טוב לאפשר לצדדים לבחור מתחת לאיזה כלל ברירת דין הם מבקשים לחסות, לבין ענפי משפט שבהם ההחצנה אינה אפשרית, או שהיא קשה לביצוע, ולכן כלל ברירת דין התלוי ברצון הצדדים הוא כלל המתקבל על הדעת.¹²

2. החצנות אפשריות: המקרה של דיני הימאות

כלל ברירת דין דומה לזה השורר בדיני החברות שורר גם בדיני הימאות. לפי כלל זה, דיני הים החלים על כלי שיט הם הדינים של מדינת הרישום שלו, או כפי שמכנים זאת אנשי הים, "מדינת הדגל" שלו. למשל, כלי שיט המניף את דגל ישראל, כלומר בחר בישראל כמדינת הרישום שלו, משייט בארבע כנפות תבל לפי המשפט הישראלי.¹³ דיני ים אלה קובעים כללים המתייחסים לנושאים שונים ומגוונים, כגון כללי בטיחות מינימליים המזכים את כלי השיט להפליג ללב ים (seaworthiness), כללים המסדירים את יחסי ההעסקה של הצוות ועוד. בשוק חוקים זה המנצחת איננה מדינת דלוור. אם נספור את כלי השיט הרשומים מחוץ למדינת המוצא ה"טבעית" שלהם, כלומר אלה שהחליטו "להגר" למדינת דגל זרה,

12 ראו בהקשר זה, Guzman, לעיל הערה 5.

13 סעיף 103 לחוק הספנות (כלי שיט), התש"ך-1960, ס"ח 315, מורה שהחוק יחול על כלי שיט ישראליים, דהיינו על כלי שיט שנרשמו בישראל, גם כשהם נמצאים מחוץ למימי החופין של ישראל.

יתברר כי שתי המדינות הפופולריות ביותר הן ליבריה ופנמה. גם איי בהאמה קונים להם "מקום של כבוד" בקבוצת מדינות זו.

מה מייחד את דיני הים של המדינות העומדות בראש הרשימה? המייחד הוא הסטנדרטים הנמוכים של דרישות החוק. למשל, כללי בטיחות ההפלגה הם מקלים יותר, דיני איכות הסביבה אינם נוקשים, ותנאי העבודה של הצוות "חסכוניים" במדינות המנצחות יותר מאשר במדינות אחרות הנותרות מאחור. כמו כן מדינות של "דגל נוחות" (flag of convenience) מניחות לכלי השיט הרשומים בהן לנקוט מדיניות פיראטית בכל מה שנוגע לכללי הדיג בים הפתוח, מה שמדלדל את מאגרי הדגה בצורה נפשעת. בדומה לרישום חברות, גם רישום ספינות במדינות של "דגל נוחות" יכול להיעשות בקלות רבה באמצעות האינטרנט.

על פני הדברים, לנוכח כלל ברירת הדין השורר בדיני הימאות האפשרות של כל חברת ספנות לבחור לה מדינת דגל כאוות נפשה ולהפליג על פי חוקיה מייצרת "מירוץ אל התחתית". ככל שדרישות החוק צנועות יותר, כך יכולה חברת הספנות לחסוך בעלויות, ולכן האטרקטיביות של הבחירה באותו חוק עולה. בהנחה שיש קווים אדומים שאסור לחצות אותם מתעורר החשש שהבחירה בחוקים חסכוניים מדי איננה מיטבית מבחינה חברתית. אם נרתום את מושג ההשפעות החיצוניות לחיזוקה של טענה זו, הדברים ייראו עוד יותר ברורים. בחירתה של מדינת הדגל נעשית על ידי חברת הספנות. אם היא בוחרת במדינת דגל שחוקיה מאפשרים להשיט גרוטאה זולה בים הפתוח, לקפח את הימאים או להשמיד מאגרי דגה מידלדלים, החברה יכולה להשיא את רווחיה אם המסע עולה יפה (הרווחים מוגדרים, כמו תמיד, כפדיון פחות ההוצאות); אם המסע נכשל, או כלי השיט אובד בלב ים, חלק הארי של העלויות נישא על ידי אנשי הצוות ובני משפחותיהם, וכן על ידי קבוצות אוכלוסיית העולם שאוצרות הים יקרים להם. לחברת הספנות אין תמריץ להפנים עלויות חיצוניות אלה, כי תמיד קיים היצע סביר של יורדי ים, שבשל מצוקתם, חוסר השכלתם או בשל פערי מידע מוכנים להשכיר את עבודתם לכל דורש. זה הדין בתנאי העסקתם של העובדים לאחר שכבר עלו על סיפון כלי השיט. מדינות דגל פופולריות מאפשרות לקצץ בהוצאות גם בחזית הזאת, ואילו אנשי הצוות אינם מסוגלים, בשל נחיתות עמדת המיקוח שלהם, לגרום לחברת הספנות לחזור ולהפנים עלויות אל תוך שיקולי פעולתן. לבסוף אם מושמדות קבוצות אוכלוסייה שונות של דגי ים (או מקורות אוקיאניים אחרים), חלק הארי של העלויות מוחצן לעבר יתר האנושות, בדורנו ובדורות הבאים, שההנאה העתידית ממקורות הטבע שירדו לטמיון נשללה מהם.

לו שררה בשוק הספנות תחרות משוכללת, ייתכן שהיה אפשר להגיע למסקנה אחרת. בשוק תחרותי חלק מן העלויות החיצוניות היה מופנם בחזרה: בשוק כזה מספר אין-סופי של פירמות ספנות היו מתחרות על כוח עבודתם של יורדי הים, והללו, שהיו מצוידים במידע מושלם על כל תפריט הזדמנויות התעסוקה (הכוללות את שאלת בטיחותו של כלי

השיט), היו מתניידים לפירמות המציעות להם את התנאים הטובים ביותר.¹⁴ פירמות שהיו מתעקשות על תנאים מקפחים היו מוצאות את עצמן מחוץ לשוק. אולם עולם אידאלי זה אינו קיים כמעט בכל שוק עבודה, ובוודאי לא בשוק המאוכלס בעובדים שאינם מתוחכמים. זו הסיבה שבמשפט הפנימי ברוב המדינות הנאורות תנאי עבודתם של העובדים מוגנים על ידי חקיקה קוגנטית. העידן של חופש החוזים בשוק העבודה (עידן "לוקנר" כפי שרבים מכנים אותו)¹⁵ כבר עבר מן העולם מזמן. אין סיבה נראית לעין להגן על העובדים בתוך המשפט הפנימי אך לאפשר למעבידים לקעקע את ההגנה הזו כאשר מדובר בעבודתם של ימאים המועסקים על ידי חברה "מקומית" שבחירה להניף מעל התורן דגל זר.

נשאלת עתה השאלה: כלום אפשר למצוא תרופה לבעיה? ייתכן שהמחוקק הישראלי נתן דעתו על השאלה, אך דבריו נשמעים בקול ענות חלושה. סעיף 2 לחוק הספנות (כלי שיט) משנת 1960 קובע כי תנאי לרישומו של כלי שיט בישראל (רישום המזכה אותו להניף את דגל המדינה) הוא כי לפחות מחצית הבעלות בו תהיה בידי אזרח ישראלי או תאגיד ישראלי. הדבר חוסם לכאורה¹⁶ את הנפת דגל ישראל על ידי כלי שיט זר שאין לו זיקת בעלות למדינתנו. עם זאת סעיף 2 אינו מטפל בשורש הבעיה. ישראל אינה נמנית עם המדינות המקלות בדיני הים, ולפיכך דגל ישראל אינו נחשק בלאו הכי כ"דגל נוחות". הבעיה איננה התארכות התור לפתחה של ישראל אלא התארכותו לפתחן של המדינות המקלות. הואיל והחוק מסדיר את הכללים החלים על כלי שיט הרשומים בישראל בלבד, ואין הוא יכול לשלול את לאומיותם של כלי שיט המניפים דגל של מדינות זרות, אין בכוחו לעצור את המירוץ אל התחתית. לכן סביר להניח כי אם יש פתרון לבעיה, הריהו שוכן במישור הבין-לאומי.

14 בהקשר זה מעניין לציין כי איגוד עובדי התחבורה הבין-לאומי – International Transport Worker Federation – שמאגד 751 איגודי עובדים ב-154 מדינות והמייצג את האינטרסים של יורדי ים בעולם, מציע חוזים אחידים להעסקת יורדי ים הכוללים הגנה על אינטרסים מינימליים שלהם. דא עקא, שלא כל חברות הספנות בעולם מאמצות לעצמן חוזים אלה.

15 בפרשת לוקנר, הידועה לשמצה, תקפו מעבידים על בסיס חוקתי חוק של מדינת ניו יורק שהגביל את שעות העבודה של אופים לעשר שעות ביום ושישים בשבוע. לטענתם החוק סתר את החוקה בהגבילו את חירותם של הצדדים לעצב את חוזה העבודה כהבנתם. רוב שופטי בית המשפט העליון, כנגד דעה חולקת של כמה מגדולי המשפטנים של הדור, קיבל את הטענה ופסל את החוק. ראו Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). תקדים עצוב זה בוטל בשנת 1937.

16 אך מה דינו של כלי שיט בבעלותה של חברה ישראלית הרוכשת את "לאומיותה" הישראלית על ידי רישום בישראל, אך הנמצאת, היא עצמה, בבעלות זרה? נדמה שכלי שיט זה יכול להיחשב ל"ישראלי" ללא זיקה של ממש לישראל.

צעד חשוב קדימה נעשה על ידי האומות המאוחדות, שניסחו בשנת 1982 אמנה חשובה, ה-United Nations Convention on the Law of the Sea. אמנה זו עוסקת בעיקרה בנושאים שאינם שייכים לעניין, אך סעיף 91 שלה דורש כי כדי שכלי שיט יהיה רשאי להפליג בהניפו את דגל המדינה שבה הוא נרשם, צריכה להתקיים זיקה "אמתית" (genuine) בין כלי השיט לבין מדינת הרישום שלו. אולם במבחן התוצאה גם אמנה זו אינה עוצרת את המירוץ אל התחתית. ראשית, המונח "זיקה אמתית" הוא עמום ואינו מוגדר, מה שיוצר פרצה ענקית המאפשרת להיאחז בזיקות פיקטיביות (למשל, בעלות של תאגיד הרשום במדינת הרישום של כלי השיט, אך שאין לו, לתאגיד, כל זיקה נוספת למדינת רישומו). האפשרות שיש לחברות הספנות לעקוף את הדרישה לזיקה ממשית באה לידי ביטוי בקלות הרישום של חברות במדינות אלו. כל חברה המעוניינת להירשם באחת ממדינות אלו יכולה לעשות זאת באמצעות חברות המספקות באינטרנט שירותי רישום משולבים של חברות ושל כלי שיט במדינות המבוקשות.¹⁷ מכאן לדעתנו דרישת הזיקה אינה מספיקה כדי לפתור את בעיית המירוץ לתחתית. יתרה מזו, מעניין לציין כי בקרב 157 המדינות שחתמו על האמנה ואשררו אותה מצויות שלוש המדינות המובילות ברישום כלי שיט: פנמה, ליבריה ואיי בהאמה.¹⁸ ישראל, לעומתן, לא חתמה עליה.

צעד נוסף קדימה נעשה בשנת 2006 על ידי הוועדה הכללית של איגוד התעסוקה הבין-לאומי, שניסח אמנה המסדירה את תנאי העסקתם של יורדי ים – ה-Maritime Labor Convention. עיקרה של האמנה הוא לקבוע כללים וסטנדרטים אחידים באשר להעסקתם של יורדי ים לנוכח אופיו הגלובלי של ענף הספנות. המדינות החתומות על האמנה מתחייבות להבטיח שספינות המפליגות תחת דגליהן תקפדנה על קיומם של כללי עבודה מינימליים הקבועים באמנה. למשל, האמנה קובעת שעל המדינות החתומות לאמץ חקיקה או כללים הנוגעים לתנאי העבודה של יורדי הים, לרבות חוזה העבודה, שעות העבודה והמנוחה ותנאי השכר של הצוות. למרבה האירוניה, אף כי מטרת האמנה היא לעצור את המירוץ לתחתית בכל הנוגע לתנאי העבודה של הצוותים המפליגים, המדינה הראשונה שאשררה את האמנה הייתה ליבריה, ופנמה ואיי בהאמה לא איחרו אחריה.¹⁹

הואיל והצטרפותן של מדינות "דגל הנוחות" לאמנות הבין-לאומיות האלו לא קטע את המירוץ אל התחתית, לא נראה כי כלל הברירה המפנה לדין מדינת הדגל הוא כלל מיטבי.

17 ראו למשל <http://www.flagsofconvenience.com>.

18 שלושתן חתמו על האמנה בשנת 1982. פנמה אשררה אותה ביום 1.7.1996, ליבריה ביום 25.9.2008, ואיי בהאמה ביום 29.7.1983.

19 ליבריה אשררה את האמנה ביום 6.7.2006, איי בהאמה ביום 11.2.2008, ופנמה ביום 6.2.2009.

אכן, בעיית ההשפעות החיצוניות בשוק הימאות היא חריפה כל כך, עד שיש להמיר את כלל מדינת הדגל בכללים חלופיים, הממוקדים בזיקות רלוונטיות אחרות.

3. אפיון הפתרון המוצע בשוק דיני הספנות, עם הצצה חטופה לשוק דיני הסודיות הבנקאית

נשקיף שוב אחורה אל שוק הרישומים של חברות ציבוריות, שסברנו שהוא מתאפיין במירוץ אל הצמרת. כפי שכבר בואר לעיל, היו כאלה שסברו שהוא מתאפיין במירוץ אל התחתית דווקא. הבה נניח (בניגוד לדעתנו) שחוקרים אלה צדקו. התרופה שהם הציעו הייתה פדרליזציה של דיני החברות האמריקאיים (לפי מיטב המסורת המסתגרת (אינסולרית) האמריקאית, דיני החברות של מדינות זרות לא הובאו כלל בחשבון). לשיטתם של חוקרים אלה, ובהנחה שהמירוץ בשוק הרישומים אכן היה אל התחתית, הם צדקו: ברור שבמתן מונופול כלל-אמריקאי לקונגרס הפדרלי התחרות בין המדינות תתקצר מאליה, ועמה ייחסם המירוץ אל התחתית. מה שהצענו באשר לשוק דיני הספנות איננו שונה למעשה ממה שהוצע על ידי חסידי המירוץ אל התחתית בשוק הרישומים של חברות ציבוריות אמריקאיות.²⁰ בשני המקרים ההצעה היא לשלול את בחירת הדין על ידי הצדדים עצמם (כלומר שלילת המירוץ אל התחתית) ולקבוע במקום זאת כלל ברירה בעל אופי על-מדינתי (בהקשר האמריקאי) או בין-לאומי (בהקשר הגלובלי היאה לשוק דיני הספנות), שיש בכוחו לעצור את המירוץ אל התחתית ובכך להבטיח דינים מהותיים סבירים. עתה ברצוננו לציין כי סוגים רבים של חקיקה על-מדינתית או בין-לאומית נשענת על רציונל דומה גם כאשר שאלת ברירת הדין מוצנעת, ואולי אפילו איננה קיימת. למרות היעדרו של ממד ברירת הדין במקרים אלה, כפי שמיד נדגים, המשותף להם ולבעיות של ברירת דין הוא ברור: בכולם נדרשת רגולציה מסיבית כדי לעצור את המירוץ אל התחתית, המלווה בהשפעות חיצוניות שליליות.

לצורך כך הבה נבחן שוק אחר לגמרי, הוא שוק הסודיות הבנקאית, בעיקר עד כמה שהוא נוגע לבנקאות קמעונאית.

כידוע, קיימות מדינות המקפידות על כללי הסודיות הבנקאית יותר מאחרות. לקוחות הבוחרים להפקיד את חסכונותיהם במדינות כאלה קונים – עם תנאי ההפקדה – גם הגנה של סודיות. עד לא מזמן המדינה שהובילה בתחום זה הייתה ללא ספק שווייץ. על שום מה חפץ הלקוח לשמור על סודיות בנקאית? ללא ספק, יכולות להיות לכך כמה סיבות לגיטימיות, כגון רצונו של אדם להסתיר את יכולותיו הכספיות מפני מתחריו (למשל מי שמתכנן הצעת

20 כל ההבדל הוא שבשוק הרישומים של חברות ציבוריות הטענה של מירוץ אל התחתית איננה משכנעת, ואילו בשוק דיני הספנות הוא גלוי לעין כול.

רכש עוינת עשוי להיות מעוניין באופן לגיטימי שלא לעורר זאבים נמים מרובים, כדי שלא יקדימו אותו במסע הרכישה). ייתכן גם שיש מידה של הצדקה לנטייתו של אדם לשמור על צנעתו העסקית, פן תיחשף בפני כול. אך ככל הנראה אין זו הסיבה העיקרית שמפקידים מסתירים את רכושם מעין הזולת. שתי סיבות עיקריות לכך והן קיומם של רווחים חייבי-מס שבעליהם מבקש להסתירם מפיקדי שומה "חטטנים"; קיומם של רווחים "שחורים" מסוגים אחרים, כגון כאלה שמקורם בעברה. כאמור, במשך תקופה ארוכה נהנו בנקים שווייצריים מיתרון תחרותי בשוק ההפקדות אף על פי שתנאי ההפקדה בהם היו לעתים קרובות נחותים ביחס למתחריהם (היו אפילו תקופות שבהן הריבית על הפקדות בבנקים אלה הייתה שלילית). "סחורת היצוא" של אותם בנקים הייתה הסודיות הבנקאית. מצב זה היה רחוק מלהשביע רצון. בכל אותם מקרים שבהם הסודיות מאפשרת למפקידים להחזין עלויות, קשה להעלות על הדעת מנגנונים שוקיים שיאלצו אותם לשוב ולהפנים אותם אל תוך שיקולי פעולתם. המירוץ הוביל בבירור אל התחתית, כי למדינות היה כדאי לחוקק חוקי סודיות, לבנקים היה כדאי לשמור עליהם בקנאות, ולמפקידים השתלם להיעלם מעבר למסך הסודיות. לעומת זאת קרבנות הסודיות, קרי משלמי מס האמת ונפגעי העברה, היו חסרי מנגנון יעיל להדוף מעליהם השפעות חיצוניות אלה.

בעיה זו אינה ניתנת לפתרון באמצעות כללי ברירת דין. גם אם מדינות אחרות תחלטנה כי כללי הסודיות הבנקאית הנוהגים אצלן יחולו גם על היחסים בין בנקים שווייצריים לבין לקוחותיהם, לא יהיה בכך כדי לחייב את בתי המשפט של שווייץ או לסייע בחשיפתם של חשבונות חשודים. הפתרון היעיל היחיד הוא יצירה של סטנדרטים בין-לאומיים לסודיות בנקאית סבירה והפעלת לחץ על כל אומות העולם ליישר קו עם סטנדרטים אלה. אכן, בשנים האחרונות אנו עדים ללחצים מסיביים המופעלים על הבנקאות השווייצרית ליישר קו, ולחצים אלה אכן הניבו פרי.²¹

קביעת סטנדרטים על-לאומיים יכולה לעתים להתגבר על מירוצים אל התחתית. אך לא תמיד סטנדרטים אלה יכולים להתמקד בכללי הברירה לבדם. לעתים מתעורר הצורך במדיניות תקיפה יותר, הכופה על מדינות "סרבניות" לפעול על פי עקרונות בין-לאומיים.

21 שווייץ אימצה לעצמה כמה דינים שתכליתם לתקן כמה מדיני הבנקאות שלה, בעיקר ככל שהדבר נוגע להלבנת הון. ראו לעניין זה את החוק הפדרלי השווייצרי ללוחמה בלבנת הון Loi Fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), Oct. 10, 1997, RO 1998 892. כן ראו Greg Brabec, Note: *The Fight for Transparency: International Pressure to Make Swiss Banking Procedures less Restrictive*, 21 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 231 (2007).

מדיניות זו ניתנת לתמצות בביטוי אחד – האחדת דינים (ובמילה אחת – הרמוניזציה). הדיון בתרופה רגולטורית זו יידחה לסעיף 4 להלן.

ג. מקרה ביניים: דיני ניירות ערך

דיני ניירות ערך הם מעבדה נאה ליישום התובנות של הסעיפים הקודמים. השאלה היא מה צריך להיות הדין החל על מנפיק המציע את ניירות הערך שלו לציבור במדינת הפורום, אך החפץ כי דיני ניירות הערך החלים עליו יהיו דיניה של מדינה זרה, למשל דיניה של מדינת ההתאגדות? מבחינת הגישה הכלכלית למשפט מערכת השיקולים מרחפת בתווך שבין אלה החלים על דיני החברות (שבהם ניתנת ליזמים בחירה חופשית של הדין החל, על ידי בחירתה של מדינת ההתאגדות) לבין אלה שהיו צריכים לחול (אם כי אינם חלים הלכה למעשה) בדיני הספנות, שם לדעתנו יש להגביל את חופש הבחירה של חברות הספנות בשל קיומן של השפעות חיצוניות שליליות ולהחיל במקום הדין שנבחר על ידיהן דין אחר, המעוגן בשיטת משפט ראויה.

כבר ראינו כי חברה ישראלית העושה עסקים בארצות הברית נשלטת, מבחינת דיני החברות שלה, על ידי דין החברות הישראלי (דין מדינת הרישום). מבחינה זו הבחירה בדין החברות היא בעיקרה בעלת אופי מרשה (דיספוזיטיבי). אך אם אותה חברה חפצה לגייס הון מן הציבור על אדמת ארצות הברית, דיני ניירות הערך שיחולו עליה הם דיני ניירות הערך האמריקאיים, שהם דינים פדרליים (דין המדינה שבה נעשה גיוס ההון). מבחינה זו אין ניתנת לצדדים אפשרות לבחור את הדין הרצוי להם, ודין המדינה שבה נעשה הגיוס מוחל עליהם באופן כופה, קוגנטי.

הבחנה זו אומרת דרשני. לכאורה דינים המסווגים כדיני ניירות ערך היו ניתנים לסיווג, אילו חפצנו בכך, גם כדיני חברות. למשל, דינים הנוגעים לשימוש במידע פנים מעוגנים אצלנו (וגם בארצות הברית) בחקיקת ניירות הערך,²² אך היה אפשר להכליל אותם, לו רצינו בכך, בתוך חקיקת החברות. מה יש בדיני ניירות הערך המייחד אותם מדיני החברות ומצדיק בעניינם כלל ברירת דין שונה?

השאלה מתחדדת עוד יותר אם נביא בחשבון שרבים מן הנימוקים המצדיקים את חופש הבחירה בדיני החברות ישימים במידה רבה גם בדיני ניירות הערך. למשל, אילו חברה שהייתה מבקשת לגייס הון מן הציבור הייתה מתעקשת לחסות תחת כנפיו של דין שאין בו הגנות מספיקות על ציבור המשקיעים, היו העלויות החיצוניות שהיה בדעתה להעמיס על

22 ראו פרק ח' 1' לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 541

המשקיעים חוזרות אליה כבומרנג, כי המשקיעים היו מדירים רגליהם מן החברה, או תובעים פרמיה גבוהה שתפצה אותם על נכונותם להשקיע בחברה שאינה מפקחת כהלכה. תשלומה של פרמיה כזו היה מייקר את עלות גיוס ההון במידה ניכרת, באופן שהיה בו כדי לשלול את שרירותה התחרותית של החברה.

למעשה, הטיעון "במגרש" של דיני ניירות הערך הוא חזק עוד יותר ממה שהוא בדיני החברות. כידוע, עיקרם של דיני ניירות הערך הוא "גילוי נאות" של פרטי מידע העשויים להיות רלוונטיים למשקיע הסביר. דרישת הגילוי היא קוגנטית (mandated disclosure). מה היה יכול לקרות אילו ניתנה למנפיקים חירות הבחירה במשטר הגילוי הרצוי להם? הרע ביותר שהיה יכול לקרות הוא שהיו בוחרים במשטר גילוי שאין בו דרישות כלל, כלומר שאינו כופה גילוי משום סוג. אך כמה היו המשקיעים מוכנים לשלם בעד חתול בשק? התשובה הברורה היא "אפס".²³ לא היה על החוק לדרוש – כדרישה כופה – אלא כלל האוסר על מרמה (anti fraud provision), כלומר כלל המטיל אחריות משפטית על מי שהשתבח בנוצות שאין לו. מכאן עולה לכאורה המסקנה כי גם בהיעדר גילוי כפוי יש למנפיקים די תמריצים לגלות את כל הטעון גילוי מרצונם, ולפיכך אפשר לסמוך עליהם כי יבחרו במשטר הגילוי המיטבי, כשם שהם בוחרים בדיני החברות המיטביים ואין פוצה פה ומצפצף. אכן, אין פלא בדבר שכמה מטובי המשפטנים בעולם הטיפו, ועודם מטיפים, לאפשר לחברה לבחור בדיני ניירות הערך שיחולו עליה בדיוק כשם שהיא יכולה לבחור

23 כדי להבין טיעון זה טוב יותר אפשר לעשות את הניסוי המחשבתי הזה, שהובא לידיעתנו על ידי פרופסור עוזי סגל: נתאר לעצמנו כי ראובן מציע לשמעון לרכוש את חשבון הבנק שלו אך אינו מגלה לו כמה כספים מופקדים באותו חשבון. לוי, המעוניין לראות את העסקה נקשרת, מודיע לשמעון כי אם יציע לרכוש את החשבון בסכום שיתקבל על דעתו של ראובן והעסקה תתבצע, הוא, לוי, יתגמל את שמעון בסכום השווה לשמונים אחוזים משווי החשבון בבנק. ברור שמצב דברים זה טומן בחובו פוטנציאל רווח גדול הן לראובן והן לשמעון. כל הצעה של שמעון שסכומה נע בין מאה למאה ושמונים אחוז משווי החשבון תיטיב עם שני הצדדים גם יחד. אך אם שמעון הוא אדם רציונלי, לא יהיה מוכן להציע בעד החשבון סכום חיובי כלשהו. ההצעה הטובה ביותר ששמעון יוכל לתת היא בדיוק מאה אחוז משווי החשבון, מה שיאפשר לו לשלשל לכיסו את מלוא הבונוס שיעור של שמונים אחוז מן הסכום המופקד בחשבון. עם זאת ברי לו שאם יציע סכום קטן משווי החשבון הצעתו לא תתקבל. לשון אחרת, אם יציע סכום חיובי כלשהו, נכנה אותו a, ההצעה תתקבל רק אם שווי החשבון גדול או שווה לאפס אך קטן או שווה ל-a. אם נניח התפלגות שווה של כל האפשרויות, כאשר הצעה פלונית מתקבלת, שוויו הממוצע של החשבון צפוי להיות 0.5a. במקרה כזה שמעון יקבל בונוס של שמונים אחוז, שיעלה את שיעור השלל שלו ל-a⁻0.9, פחות ממה שיידרש כדי לרכוש את החשבון. חברה הבוחרת שלא לגלות מרצון את מה שיש באמתחתה משולה למי שמבקש למכור את חשבון הבנק שלו בלי לגלות את שווי החשבון. בשני המקרים לא יהיה צורך בשוטר תנועה שישליט סדר בזרם המתעניינים.

בדין החברות שיחול עליה.²⁴ הצעתם של משפטנים אלו נסמכת על הטענה שתחרות בין מדינות תעודד חקיקתם של חוקים המיטיבים עם המשקיעים. למשל, ספק אם משקיעים ישקיעו בחברה שבוחרת בדיניה של מדינה הפוטרת את מנהליה מאחריות בגין מרמה. הד קלוש למערכת שיקולים זו אפשר למצוא בפרק 3 של חוק ניירות ערך הנוגע לניירות ערך הרשומים למסחר בבורסה בחו"ל. פרק זה דן בעיקרו בחברות ישראליות, אך אפשר להרחיבו ולכלול בו גם חברות זרות שניירות הערך שלהן רשומים למסחר ב"בורסת חו"ל", המוגדרת (בסעיף 1 לחוק) כבורסה השייכת לרשימה סגורה של בורסות המנויות בתוספת השנייה או השלישית לחוק. הרשימה הורכבה מבורסות שאיכות הרגולציה המופעלת בהן במקום מושבן קיבלה "הכשר" מטעם המחוקק הישראלי.²⁵ פרק 3 קובע כי מקצת הדרישות הרגולטוריות החלות על מנפיקים ישראלים "טהורים" לא יחולו על תאגידים אלה, והרציונל העומד מאחורי קביעה זו הוא שהמחוקק הישראלי סומך על הרגולטור הזר ומסתפק בדיני ניירות הערך הזרים כתחליף (חלקי) לדיני ניירות הערך שלנו.²⁶ הסדר זה מעניק מידה מסוימת של בחירה לתאגידי "רישום כפול" אלה, שכן הם יכולים לבחור, עד כמה שהחוק מתיר להם לעשות כן, ברגולציה הזרה במקום ברגולציה המקומית. גם פתרון חיזור זה פילס את דרכו בקושי אל ספר החוקים, ומה ששכנע בסופו של דבר בנחיצותו הייתה השאיפה לפתות תאגידי ניירות הערך שלהם רשומים בחו"ל – רובם ככולם תאגידי איכותיים – להיטיב עם שוק ההון שלנו ולהירשם למסחר גם כאן. ההכרה של חוק ניירות ערך בבחירתו של המנפיק המקומי ברגולטור הזר היא הכרה "חלשה", שכן לא בכל רגולטור אפשר לבחור, ובכל מקרה הפטור מן הדין המקומי איננו אלא פטור חלקי.

בכפוף להערה זו, המתעדת את יחסו של מחוקק חוק ניירות ערך לחברות "הרישום הכפול", כלל ברירת הדין בישראל מעגן את דיני ניירות הערך לחוקיה של מדינת ההנפקה, וזה גם הכלל הנוהג ברוב מדינות תבל. מדוע? אנו סבורים כי זהו הכלל הממוזער סוג של הוצאות שנכנה אותן כאן, בהיעדר מונח טוב יותר, "הוצאות ניהול הדינים". בשונה מדיני החברות, שאינן מעמיסות על הרגולטור הוצאות שוטפות של פיקוח גם כאשר חברה פלונית

24 Roberta Romano, *Empowering Investors: A Market Approach to Securities Regulation*, 107 YALE L.J. 2359 (1998); Stephen J. Choi & Andrew T. Guzman, *Portable Reciprocity: Rethinking the International Reach of Securities Regulations*, 71 S. CAL. L. REV. 903 (1998).

25 מדובר ברשימת בורסות בארצות הברית ובאנגליה.
 26 ראו לדוגמה, סעיף 35א(ב) לחוק ניירות ערך, לעיל הערה 22, הפוטר את תאגידי החוץ מחובות הגשת דוח שוטף על פעילותו; כמו כן ראו ת"צ (מרכז) 3912-01-08 **Verifone Holdings, Inc.** נ' שטרן (פורסם בנבו, 11.9.2008, 25.8.2011).

נשלטת על ידי דין זר, דיני ניירות הערך מחייבים את הרגולטור לפקח באופן שוטף על התנהלותם של התאגידים הכפופים למרותו: האם דיווחו על כל אירוע בעל משמעות שיש לו השפעה על שווי ניירות הערך שלהם? האם הדיווח היה במסגרת הזמן שהוקצבה לכך על ידי החוק? האם שיטת הדיווח, לרבות כללי החשבונאות, הייתה שיטה תקינה? ובאופן כללי – האם הקורפוס הרחב של דיני ניירות הערך לא הושם למרמס על ידי התאגידים המדווחים, נושאי המשרה שלהם ובעלי השליטה שלהם? אילו כלל ברירת הדין היה מאפשר בחירה בדין הזר, התשובה לכל השאלות האלה הייתה שאלה של דין זר. אך מי יפקח על קיום דרישותיו של הדין הזר? קשה להניח, מטעמים מובנים, כי הרגולטור הזר, זה שנמצא מחוץ לגבולות השיפוט אך ששיטת המשפט שלו נבחרה על ידי המנפיק, יוכל לבצע משימות אלה. רגולטור זר זה אין לו מידע מספיק על המתרחש במדינת ההנפקה, אין לו כוח שיטור ואמצעי אכיפה מספיקים, ונוסף על כך אין לו די עניין בגורלם של המשקיעים במדינת ההנפקה, שהיא מדינה זרה מבחינתו. לעומת זאת הרגולטור המקומי, הפועל בתוך תחום שיפוטה של מדינת ההנפקה, אינו בקי ברזי הדין הזר שנבחר על ידי המנפיק, ולכן לו הייתה משימת הפיקוח רובצת לפתחו לא היה יכול לבצע את המשימה ללא הוצאות כבדות. רשויות ניירות ערך במדינות השונות בקיאות בדין הפנימי, אך אין להן גישה טובה או מומחיות מספקת בדינים הזרים, ולכן הכלל הממזער את הוצאות ניהול הדינים הוא הכלל השכיח, המעגן את הדין החל בחוקיה של מדינת ההנפקה.

העולה מכל זה הוא שדיני ניירות ערך הם ענף משפטי הנמצא בתווך שבין דיני החברות (שם המירוץ הוא אל הצמרת) לבין דיני הימאות (שם המירוץ הוא אל התחתית). מצד אחד הוצאות ניהול הדינים אכן מתמזערות על פי הכלל הנוהג, המעדיף באופן קוגנטי את דין מדינת ההנפקה. מצד אחר, אילו היו המנפיקים רשאים לבחור ברגולציה זרה והיו עושים בה שימוש לרעה, היה השוק מעניש אותם על ידי הגירת משקיעים לאפיקי השקעה אחרים. בהיעדר הזדמנויות טובות להחצנת עלויות בחירה חופשית של הדין החל נראית חלופה סבירה. במסגרת סקירה קצרה זו אנו מניחים לקוראים לצדד בכל אחת משתי השיטות על פי נטייתם לבם.

ד. האחדת דינים (הרמוניזציה)

1. הבעיה

מדינות רבות בעולם פועלות במרץ למזעור ההבחנות בין דיניהן לבין דינים של מדינות זרות. מאחר שבדרך כלל (לא תמיד) מדובר ב"מזעור" ההבחנות ולא בביטולן, המונח הלועזי "הרמוניזציה" מדויק מצירוף המילים העברי "האחדת דינים". בכל זאת כדי למדל

את השאלה טוב יותר בעיניים כלכליות, נניח לשם הפישוט שהמדינות שואפות לבטל את ההבדלים המשפטיים ביניהן ולהשליט במקומם דין אחיד. ברור, בפתח הדברים, כי תנועה מוצלחת של האחדת דינים מהותיים, להבדיל מהאחדה של כללי ברירת הדין, מבשרת את סוף ההיסטוריה של כללי ברירת הדין, שהרי אם בכל המדינות שורר דין אחיד, שאלת הברירה הופכת בלתי רלוונטית. ראינו לעיל כי האחדת דינים יכולה להעלות ארוכה לבעיות של מירוץ אל התחתית. בסעיף זה נציג תמונה מורכבת יותר. בצד הדיון על האחדת דינים מהותיים ניזקק גם לשאלה הנוגעת להאחדת כללי ברירת הדין. האחדה זו אינה מבשרת את סוף ההיסטוריה של כללי ברירת הדין; כלל של האחדת דיני הברירה עדיין מחייב את בתי המשפט לברור את הדין המהותי החל אם כי כל בתי המשפט בכל מקום צפויים לבחור, בכל סיטואציה נתונה, באותו דין מהותי.

2. האחדת דינים מהותיים – על שום מה?

כמה סיבות חוברות יחד להצדקת ההתלהבות ליצור מערכת אחידה של כללי משפט שאיננה מתחשבת בגבולות מדיניים.²⁷

חלק מן הסיבות אינן נושאות אופי כלכלי מובהק, כגון האמונה כי צוותי מומחים השוקדים על דין אחיד למדינות רבות צפויים לייצר רפורמות בחוק שהפרלמנטים של המדינות השונות מתקשים לייצר בכוחות עצמם; לשון אחרת, מלאכת ההרמוניזציה היא דרך עקיפה, אך אמינה, לשיפור איכותו של הדין. כפי שנראה בהמשך, ניתוח כלכלי זהיר של השקפה זו חושף את חולשותיה ומעמיד את הצפי לתמורות חיוביות באיכות הדין בסימן שאלה גדול.²⁸ רציונל לא-כלכלי אחר מושפע מחזון של שיתוף גורל כלל-אנושי, שאחד מסממניו הוא דין אחיד לכולם. האימפריה הרומית, ולא רק היא, ניסתה לכונן אידאל כזה. הקושי בעמדה קוסמופוליטית מעין זו הוא שאין זה ברור שחוק אחיד תואם את העדפותיהם של כל מי שכפופים לו, ואפשר להעלות את ההשערה שאידאל השוויון בין בני האדם צריך דווקא לאפשר לכל קבוצה אנושית לעצב לה את דיניה לפי השקפתה ולפי צרכיה. הרציונל הכלכלי המרכזי המצדיק את אקט ההרמוניזציה קשור למושג "השפעות הרשת" (network externalities),²⁹ שהוא סוג של השפעות חיצוניות (מן הזן החיובי).

27 בהקשר זה ראו, Souichirou Kozuka, *The Economic Implications of Uniformity in Law*, in An ECONOMIC ANALYSIS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, לעיל הערה 5, בעמ' 73.

28 Paul B. Stephan, *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, 39 VA. J. INT'L L. 743, 748-9 (1999).

29 Joseph Farrell & Garth Saloner, *Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements, and Predation*, 76 AM. ECON.

השפעות רשת אלה מהן? קיימים מקרים שבהם ערך צריכתו של אדם אחד מסוג מסוים של טובין עולה ככל שמספר הצרכנים האחרים הצורכים עמו יחד אותם טובין עולה. למשל, אדם יחיד המחובר לרשת טלפוניה, משוכללת ככל שתהיה, אינו יכול להפיק ממנה הנאה, כי הקישור מחבר אותו רק אל עצמו. ככל שמספר המנויים האחרים המחברים לאותה רשת עולה, כך עולה ערך המנוי של כל אחד מהם. זה הדין למשל בשימוש בתוכנות מחשב מסוימות. ככל שמספר המשתמשים בתוכנת Word למשל עולה ומאפשר למשתמשים לשלוח קבצים אלה לאלה, כך עולה רווחתם של כולם. דין אחד למספר גדול יותר של בני אדם מספק יתרונות רשת מן הסוג הזה, כי אילו התפצלו לקבוצות קטנות יותר, שכל אחת מהן נשלטת על ידי דין משלה, כל התקשרות בין פרטים השייכים לקבוצות שונות הייתה מעמיסה על המתקשרים השקעות זמן ומאמץ מיותרות לגבי מי שטורח ללמוד שיטות משפט זרות, ועלויות הקשורות באי-ודאות משפטית (כלומר בסיכון) לגבי מי שבוחר שלא להכיר את הדינים החלים מחוץ לד' האמות של קבוצתו.

האנלוגיה הקרובה ביותר העולה על דעתנו של השפעות רשת מאתו סוג הוא במאמץ לבטל מטבעות לאומיים של מדינות שונות ולאמץ במקומם מטבע אחיד (כגון האירו). אכן, אין ספק כי מטבע אחיד חוסך למשתמשים בו עלויות רבות, כגון עלויות החלפת מטבע עם חציית הגבול או סיכונים הנובעים מתנודות שער שבין המטבעות לבין עצמן.

דוגמה יפה של האחדת דינים לנוכח קיומן של השפעות רשת חיוביות היא אימוצה של אמנת ניו יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ משנת 1958.³⁰ האמנה, אשר למעלה מ-140 מדינות הצטרפו אליה, קובעת הסדר אחיד של אכיפת פסקי בוררות שניתנו במדינה אחת על ידי בתי המשפט של מדינה אחרת. הסדר זה מגביר את ודאות הצדדים בדבר אפשרות האכיפה של פסק הבוררות ומפחית את העלויות שלהם במנעו החלטות סותרות בבתי משפט של מדינות שונות.

אולם השפעות רשת אינן בהכרח מן הזן החיובי. הן יכולות גם להיות שליליות. ככל שהמדינות המצטרפות לאמנה נתונה רבות יותר, כך יהיה להן קשה להגיע להסכמה בעתיד אם תידרשנה לערוך שינויים באמנה. בסוג זה של בעיה לא נעסוק כאן.

REV. 940 (1986); Joseph Farrell & Garth Saloner, *Standardization, Compatibility, and Innovation*, 16 RAND. J. ECON. 70 (1985); Michael Katz & Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, 75 AM. ECON. REV. 424 (1985); Michael Katz & Carl Shapiro, *Systems Competition and Network Effects*, 8 J. ECON. 93 (1994).

30 כ"א 128, כרך 10, 15.

3. בעד שימורן של שיטות משפט לאומיות

גם בקרב המקטרגים על תנועת ההרמוניזציה בלטו כאלה שנימוקיהם לא נשאו אופי כלכלי. למשל, הושמעה הסברה שמשפטו של עם הוא חלק מתרבותו, ולכן "מסמוסו" אל תוך בליל דינים אחיד הוא פגיעה בתרבות. טענות מעין אלה דומות לטענות המשכנעות המושמעות נגד ויתור על שפות לאומיות "לטובת" אימוצה של שפה בין-לאומית, כגון אספרנטו. אלה הן טענות כבדות משקל, אך לא בנימוקים מעין אלה עסקינן, ובהמשכו של סעיף זה נדון בתובנות כלכליות בלבד.

תחרות בשוק החוקים

מושג הדין האחיד הוא שווה ערך מבחינה כלכלית להענקת מונופול בשוק החקיקה לרשות המתקינה את הדין האחיד. כבר ראינו לעיל שאם שוק החקיקה הוא תחרותי, ואין בו השפעות חיצוניות שליליות, התחרות גוררת מירוץ אל הצמרת (כמו בדיני החברות). כמו כן ראינו לעיל שכאשר השוק אינו תחרותי ויש בו השפעות חיצוניות שליליות, המירוץ יכול להיות אל התחתית. מכאן אפשר להסיק, עוד כדרישת סף, ובטרם יילמדו כל יתר הלקחים, כי יש להגביל את ההרמוניזציה רק לאותם תחומי משפט המועדים להוביל למירוץ אל התחתית. למשל, יש מקום לבדוק את השאלה אם יש לאפשר הרמוניזציה בשוק חוקי הספנות אך להדיר אותה למשל משוק דיני החברות הציבוריות.

התאמת חוקים לצרכים המגוונים של מדינות שונות

האנלוגיה של האחדת דינים להאחדת מטבע כבר הוזכרה לעיל. נפתח בכמה מילים על משבר האירו של הזמן האחרון. כאשר מדינות מחליטות על האחדת המטבע שלהן, אין להן אלא בנק מרכזי אחד האחראי למדיניות המוניטרית של כל מדינות האיחוד (עם סמכויות מוגבלות לשלטונות המוניטריים של המדינות החברות). אחד התפקידים המרכזיים של הבנק המרכזי הוא להתאים את המדיניות המוניטרית למצבו של המשק. למשל, אם המשק נתון בהאטה, ובו שיעורי אבטלה גבוהים, יש לנקוט מדיניות מרחיבה (למשל הורדת שער הריבית). אם המשק רותח, למשל כאשר יש בו אינפלציה גבוהה, יש לנקוט מדיניות מרסנת (למשל העלאת שער הריבית). אך מה יעשה הבנק המרכזי אם במדינה א, השייכת לאיחוד, שוררת אבטלה, ואילו במדינה ב, שגם היא שייכת לאיחוד, משתוללת אינפלציה? ריכוז הסמכויות בידי בנק מרכזי יחיד מגביל את חופש התמרון המוניטרי ואיננו מאפשר לבנק המרכזי לטפל טיפול נאות בתסמינים שונים, ולעתים הפוכים, הדורשים את התערבותו. מצב זה היה אחד הגורמים למשבר החריף שפקד את יבשת אירופה החל משנת 2010. ומן המשל אל הנמשל. גם כללי המשפט, כמו המדיניות המוניטרית שבמשל, הם מעין תרופות המיועדות לטפל בבעיות חברתיות. מאחר שבאזורים שונים של העולם מתעוררות

בעיות חברתיות שונות, ולעתים "הפוכות", כלל משפטי אחיד העשוי להעלות ארוכה למכאובי החברה במקום אחד עלול לחולל נזקים במקום אחר, שם מתעוררות בעיות מסוג אחר, המצריכות תרופות אחרות. נדגים טענה זו: נניח שהשאלה העומדת לדיון היא השאלה הידועה כ"תקנת השוק", הלוא היא שאלת הקצאת הזכות העדיפה לבעלים ה"אמתי" של זכות קניין כלשהי, או למי שרכש את הזכות בתמורה ובתום לב ממי שהתחזה כבעל הזכות. למשל, סעיף 34 לחוק המכר קובע כי "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקייה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום לב". תקנות שוק נוספות מוכרות בדין הישראלי באשר לסוגים שונים של נכסים, ובהם כסף מזומן, שטרות סחירים, מקרקעין, משכונות ועוד. קיימים סוגי נכסים, כגון חיובים, שבהם אין קיימת תקנת שוק כלל. אך מהו הכלל המיטבי בשאלה זו? בגישה הכלכלית למשפט הוצעו לשאלה זו תשובות אחדות: התשובה הרווחת משקיפה על כל הנושא כעל מעין תאונה: פלוני מפר את זכות הקניין של הבעלים המקורי ומתיימר להעבירה, שלא כדין, לקונה בתמורה ובתום לב. על הדין להעדיף צד תמים אחד על פני משנהו. ההקצאה המיטבית היא זו המעניקה את הזכות לצד שקשה לו יותר – או יקר לו יותר – למנוע את התאונה. הקצאה זו תתמרץ את הצד השני, זה שהוצאות מניעת התאונה הן הנמוכות יותר מבחינתו, למנוע את התרחשות התאונה. כך יש סיכוי טוב שהסכום של עלויות התאונות ועלויות מניעתן יהיה הנמוך ביותר. רציונל זה מתיישב עם סעיף 34 לחוק המכר. מי שקונה נכס נד ממי שעוסק במכירת נכסים מאותו סוג, והמכירה נעשית במהלך הרגיל של עסקי המוכר, כמשמעותם של ביטויים אלה בסעיף 34 לחוק המכר, איננו יכול למנוע את התאונה, בהוצאות סבירות. לעומתו הבעלים המקורי יכול למנוע את התאונה על ידי שמירה קפדנית יותר של נכסיו ומניעת הגעתם לידי המוכר או חליפיו. על שום כך יפה עשה סעיף 34 שהקצה את הזכות לקונה בתמורה ובתום לב. לא בכל המקרים ברור מיהו הצד שהוצאות מניעת התאונה מבחינתו הן הנמוכות ביותר. נתאר לעצמנו למשל שבמדינות מסוימות מתקיים מרשם אמין של זכויות הקניין הרלוונטיות, ובמדינות אחרות אין מרשם אמין כזה. אם המרשם אמין, אין על הבעלים האמתי אלא לרשום את זכותו במרשם (הוצאות קטנות באופן יחסי); הקונה, לעומתו, אינו יכול לעשות הרבה מעבר לעיון במרשם, ולכן אם אינו מדויק (מן הסתם באשמת הבעלים) אין הוא יכול לחוש בהתקרבות הסכנה אלא בהוצאות גבוהות. לכן יש להקצות את זכות הקניין לקונה. לעומת זאת אם אין מרשם כלל או שאינו אמין, נדרשת הוצאה גבוהה מצד הבעלים כדי לפרסם את דבר בעלותו באופן שיחדור לתודעתו של הקונה, ואילו הקונה יכול לברר את זהות הבעלים בבדיקה מקיפה קצת יותר בנושא זה. במצב דברים כזה יש להעדיף את הבעלים המקורי. הנה כי כן, הכלל המיטבי בשאלה כמו תקנת השוק תלויה בפרמטרים אזוריים, או מדינתיים, ואין לה תשובה "נכונה" במישור האוניברסלי. אם כמה מדינות

החוסות תחת כנפיו של חוק אחד שונות זו מזו בשאלת אמינות המרשם, החוק האחד איננו יכול שלא להחמיץ את הפתרון המיטבי לפחות בחלק מהן.³¹

שיקולים של כלכלה פוליטית

השיקולים דלעיל יפים גם אם נניח כי מתקני הדינים האחידים הם סוכנים נאמנים של האינטרס הציבורי, וכי לא יעלה על דעתם להתקין חוקים אחידים שאינם משרתים את טובת הכלל.³² אך כפי שכבר נאמר לא פעם בספרות,³³ יש מקום לחשש כי מתקני הדינים האחידים יהיו במצב של ניגוד עניינים עד כדי פגיעה של ממש באיכות עבודתם. שלא כמו הפרלמנטים שבהם המצביעים הם פוליטיקאים, חוקים אחידים מתנסחים בדרך כלל בוועדות מומחים,³⁴ מה שזיכה את פרי עבודתם בכינוי "חקיקה פרטית". ברור שלחקיקה הפרטית אין תוקף כל עוד לא אומצה על ידי הפרלמנטים השונים, אך הכוח המניע של החקיקה מעוגן בדרג המקצועי – של מומחים המציעים לפרלמנטים הצעות לחקיקה. מהי פונקציית המטרה של מומחים אלה? סביר להניח כי מאמצייהם מכוונים בין היתר להצלחת המפעל, כלומר הם מעוניינים לייצר חוקים אחידים "טובים". אולם מאחר שמלאכת החקיקה הפרטית גוזלת מהם שנים של מאמץ וויתור של ממש על הזדמנויות חלופיות היורדות לטמיון, אין הם רוצים לשוב לביתם בידיים ריקות.³⁵ לעומת חקיקה מוצלחת העשויה להקנות להם יוקרה מקצועית רבה, ואולי גם הכנסה כספית בלתי מבוטלת, מאמץ חקיקתי עקר, שלא הניב תוצאות, מחמיץ את כל אלה וודאי שאינו הולם את

31 בהקשר זה עלתה הטענה שיש יתרון למדינות גדולות על פני מדינות קטנות בכך שבמסגרת שיתוף הפעולה ביניהן הן תפעלנה באופן שיגדיל את הרווחה של תושביהן. ראו Erin O'Hara, *Economics, Public Choice, and the Perennial Conflict of Laws*, 90 GEO. L. J. 941, 949 (2002).

32 אך הדברים אינם בהכרח כך. ראו למשל Paul B. Stephan, *The Political Economy of Choice of Law*, 90 GEO. L.J. 957, 958 (2002) ("[A]ny positive or normative analysis of legal rules must grapple with the possibility that states may act in a way that harm their subjects.")

33 חלוצי הגישה הזו הם Alan Schwartz & Robert Scot, *The Political Economy of Private Legislatures*, 143 U. PA. L. REV. 595 (1995).

34 למשל גופים בין-לאומיים כדוגמת United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ו-International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). בארצות הברית קיימים כמה וכמה גופים כאלה, למשל ה-American Law Institute (ALI) שממונה על חיבור מודלים לחוקים אחידים לצורך אימוצם על ידי המדינות השונות בארצות הברית.

35 Stephan, לעיל הערה 32, בעמ' 961; Katharina Pistor, *The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies*, 50 AM. J. COMP. L. 97 (2002).

ציפיותיהם. מצב דברים זה גורר לפחות שלוש הטיות, שכל אחת מהן טומנת בחובה פוטנציאל של פגימה באיכות החקיקה האחידה.

ראשית, מחוקקים פרטיים מעדיפים חקיקה על אי-חקיקה.³⁶ למגינת הלב, למדינות שונות השוקלות להצטרף לחוק האחיד עשויות להיות העדפות שונות באשר לתוכן החקיקה. חילוקי דעות קשים עשויים ליצור משבר, ולכן למחוקקים הפרטיים יש תמריץ חזק להציע פשרות שתתקבלנה על דעת כולם. הפשרה הקלה ביותר להשגה היא חוק שאיננו נוקט עמדה, או ליתר דיוק חוק הקובע פתרונות שאין להם פשר אלא לאחר שיפורשו על ידי בתי המשפט (למשל "סטנדרטים" פתוחי רקמה כמו "תום לב", "סבירות", "הגינות" או "דרך מקובלת").³⁷ כדי לראות זאת ביתר בהירות נניח כי מדינה A מעדיפה פתרון A לבעיה משפטית פלונית, ומדינה B מעדיפה פתרון B לאותה בעיה. סביר להניח כי מדינה A תעדיף את הסטנדרט העמום על פני פתרון B, כי הסטנדרט העמום מותר לה סיכוי כי בתי המשפט יפעילו את שיקול דעתם באופן התואם את העדפתה. מדינה B תעדיף את הסטנדרט העמום על פני פתרון A מסיבות מקבילות. כך יכול להיווצר רוב של מדינות התומכות בסטנדרט העמום על פני כל אחד מן הפתרונות, A ו-B.³⁸ אכן, חקיקה אחידה מרבה בפתרונות עמומים. ואולם, בהניחנו כי קיים תמהיל מיטבי של סטנדרטים עמומים ושל כללים בהירים בכל שיטת משפט,³⁹ נטייתם של מחוקקים פרטיים להרבות בסטנדרטים עמומים עלולה לעוות את התמהיל ולהטותו לכיוון של סטנדרטים.

36 Stephan, לעיל הערה 32, בעמ' 961: "the people who negotiate international agreements, as well as the people who serve the institutions that promote these negotiations, have powerful incentives for achieving some kind of agreement regardless of substantive outcome. Association with a concluded agreement brings prestige, opportunities to offer ,O'Hara ; interpretation, and invitations to participate in subsequent negotiations." לעיל הערה 31, בעמ' 953; ראו גם במאמרם של Schwartz & Scott, לעיל הערה 33, בעמ' 650-648.

37 ראו מאמרם של Schwartz & Scott, שם.

38 טיעון זה מבוסס על משפט שפותח על ידי דאגלס בלאק בשנת 1952, וידוע כ"משפט הבוחר החציוני". נתאר לעצמנו כי שלושה שופטים חלוקים בדעתם איזה עונש ראוי להשית על נאשם שהורשע בדינו. שופטים מספר 1, 2 ו-3 סבורים, בהתאמה, כי העונש הראוי הוא שנת מאסר אחת, שנתיים מאסר ועשר שנות מאסר. משפט הבוחר החציוני, שלפרטיו הטכניים לא ניכנס כאן, מראה כי ההעדפה של הבוחר החציוני, הוא שופט מספר 2, "תנצח". שופט מספר 1 מעדיף את העונש הרצוי לשופט מספר 2 על פני העונש הרצוי לשופט מספר 3. שופט מספר 3 מעדיף גם הוא את החלופה החציונית על פני זו המועדפת על ידי שופט מספר 1. כך נוצר רוב לטובת הבחירה החציונית.

39 חלוץ התובנה הזו הוא לואיס קפלו. ראו Louis Kaplow, *Rules and Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992). להעשרת המודל של התמהיל המיטבי של כללים

שנית, מחוקקים פרטיים מעדיפים "רפורמה" על פני הסטטוס קוו. העדפה זו נובעת מן התובנה הפשוטה שקשה לקבל קרדיט אם הולכים בתלם, ואימוצו של הסטטוס קוו אל תוך החוק האחיד איננו אלא הליכה בתלם. האם הטיה הגורמת לסטייה מן הסטטוס קוו רצויה? הדבר תלוי כמובן במה שאנו חושבים על הסטטוס קוו. כדי לדייק, המשפט המשווה מספק לנו לא סטטוס קוו אחד אלא רבים, אחד לכל שיטה משפטית (אם כי יש שיטות רבות הדומות זו לזו). לפחות עד כמה שהמשפט המקובל נוגע לעניין, הדעה המקובלת היא שהוא מספק פתרונות יעילים לרוב השאלות, אולי מטעמים אבולוציוניים, כאשר תקדימים לא יעילים מסולקים הצדה ומפנים את מקומם לתקדימים יעילים יותר;⁴⁰ אולי בשל סיבות "תלויות מסלול" (path dependent) המסבירות את התופעה בטיעון שהמשפט המקובל התחיל את דרכו "ברגל ימין";⁴¹ אולי מסיבות אחרות. אם אלה הם פני הדברים די ברור שהטיה נגד הסטטוס קוו של המשפט המקובל איננה רצויה. יש לציין שלפחות ביבשת האירופית מאמצי איחוד הדינים מכוונים לעתים קרובות להמיר כללים של המשפט המקובל בכללים השאלים, עם או בלי שינויים, ממשפטיהם של עמי אירופה (ולו מפני שרוב "המחוקקים הפרטיים" ביבשת אירופה קיבלו את חינוכם המשפטי מחוץ לאיים הבריטיים), ולכן אם יש סטטוס קוו אופייני שממנו הם סוטים, הרי זה הסטטוס קוו של המשפט המקובל.⁴² גם ההיסטוריה של הרפורמות הגדולות שנעשו בשיטה המשפטית בישראל מוטה לאותו כיוון, דהיינו השלה הדרגתית של עקרונות המשפט המקובל שירשנו מן המחוקק המנדטורי והחלפתם בעקרונות שבאו אלינו מן הקונטיננט האירופי, בהשפעתם המשוערת של אבות המשפט הישראלי שחונכו באירופה.

שלישית, יש הסבורים כי חקיקה פרטית של דינים אחידים חשופה יותר מחקיקה פרלמנטרית רגילה לשדולנים (לוביסטים) וקבוצות אינטרסנטים המבקשים להטות את

וסטנדרטים ראו אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הברית" מחקרי משפט כו 661 (2011).

40 ספקולציה (לא מוכחת) בעניין זה הועלתה על ידי Paul H. Rubin, *Why is the Common Law Efficient?*, 6 J. LEG. STUD. 51 (1977).

41 ראו בעניין זה את עבודתו המעניינת של Todd Zywicki, *The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply Side Analysis*, 97 N. W. U. L. REV. 1551 (2003).

42 חברה מובילה של אמפיריציסטים יצרה אסכולה שלמה המוכיחה על יסוד תצפיות את עליונותו של המשפט המקובל על פני משפטיהן של אומות אירופה. ראו: Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes, Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, *Legal Determinants of External finance*, 52 J. FINANCE. 1131 (1997). אף שאנו סבורים כי יש לקבל את תוצאות המחקר "עם קב חומטין" הייתה לו, ועדיין יש לו, השפעה רבה על קבוצות נרחבות של חוקרים ברחבי העולם.

החקיקה לטובתם.⁴³ מכל מקום, חברי פרלמנט נוטים לעצב את נוסח החוקים שהם מחוקקים לטובת מי שיכול לתגמל אותם ביד רחבה יותר (שיקולים קואליציוניים, תמיכה במרכזי מפלגות, תרומות למסעי בחירות, העסקה עם תום הכהונה וכדומה). אם בדרך כלל המתמודדים על חסדו של המחוקק הם קבוצות הלחץ מול כלל הציבור, במקרה של חקיקה על-מדינתית האינטרס של הציבור בתוך המדינה נוטה להיטשטש, ולכן שיעור התגמול שחברי פרלמנט יכולים לצפות לו מן הציבור הרחב קטן יחסית לשיעור התגמול הצפוי להם מתמיכה באינטרסים של קבוצות הלחץ. כך קורה שחקיקה על-מדינתית נוטה להיטיב עם התעשייה הגדולה ועם אילי הון מסחריים, לעתים קרובות על חשבון הציבור הרחב.

4. האחדת דיני הברירה

הנימוקים החזקים נגד האחדת דינים מהותיים והצורך להגביל את מאמצי הרמוניזציה המהותית רק למקרים ברורים של מירוץ אל התחתית מחייבים עיון מחודש כאשר מדובר בהאחדתם של כללי הברירה.⁴⁴ האחדה זו אינה מבטלת את התחרות בשוק החוקים.⁴⁵ היא קלה להסכמה יותר מהאחדה של כללים סובסטנטיביים, הואיל ואין היא שוללת את קיומם של צרכים ייחודיים באזורי עולם הנבדלים אלה מאלה ואת יכולתן של מדינות שונות לעצב לעצמן כללי משפט המתאימים לצורכיהן. למעשה החיסרון היחיד של הרמוניזציה מעין זו נעוץ בשיקולי הכלכלה הפוליטית המשותפים לכל סוג של חקיקה פרטית.

בהיעדר הרמוניזציה של כללי הברירה עלולה לצמוח תקלה לא פשוטה. בהנחה כי בתי המשפט של יותר ממדינה אחת נהנים מסמכות שיפוט בין-לאומית ביחס לסכסוך פלוני, היעדר הרמוניזציה מתמרץ את התובע לבחור פורום שכללי הברירה שלו מיטיבם אתו יותר (forum shopping). עמדתנו הנחרצת נגד סוג זה של אסטרטגיה משפטית כבר הובעה בדברי ההקדמה לפרק זה. היכולת לבחור פורום נוח נותנת עדיפות בלתי מוצדקת לתובעים על פני נתבעים. לא זו גם זו, בעידן הגלובליזציה והתאגידים הרב-לאומיים קיומה של סמכות שיפוט במדינות רבות היא חיזיון נפרץ. במצב כזה הצדדים ידעו מהו הדין שיחול בעניינם רק לאחר הגשת התביעה בפורום שהתובע בחר בו. עובדה זו תורמת לאי-בהירות רבה ביחס למצב המשפטי ומקשה על הצדדים, החפצים לנהוג על פי הדין החל, לכלכל את צעדיהם.

43 Stephan, לעיל הערה 32, בעמ' 960.

44 לדיון בשאלת ההאחדה הפדרלית של כללי ברירת הדין בארצות הברית ראו למשל O'HARA &

RIBSTEIN, LAW MARKET, לעיל הערה 5, בעמ' 199-215.

45 ראו בהקשר זה, Frederick Tung, *Exploring the Need for International Harmonization: Passports, Private Choice, and Private Interests: Regulatory Competition and Cooperation in Corporate, Securities, and Bankruptcy Law*, 3 CHI. J. INT'L L. 369 (2002). הדן בהרמוניזציה של כללי ברירת דין הנחוצה כדי לייצר תחרות בין המדינות.

שאלת האחדתם של כללי ברירת דין היא במרכז עבודתה של ועדת האג למשפט בין-לאומי פרטי. אחד מתפקידיה הוא לנסח אמנות המעגנות בין היתר כללי ברירה אחידים בתחומי משפט שונים, כחוזים, נזיקין, ניירות ערך, משפחה והתדיינות משפטית.⁴⁶ מגמת ההאחדה של כללי ברירת הדין קיימת גם במדינות האיחוד האירופי, שאימצו לאחרונה כללי ברירה אחידים הנוגעים לברירת הדין בחוזים⁴⁷ ובחובים שאינם חוזיים.⁴⁸ לא כאן המקום להציע כללי ברירה אחידים "טובים" (זאת אנו עושים בפסקאות אחרות של פרק זה); די לנו אם נצביע על זן אחד של כללי ברירה "גרועים", העלולים להקדיח את התבשיל. אם ועדת המומחים שתציע כללי ברירה אחידים תאמץ לעצמה יותר מדי סטנדרטים (למשל, כלל ברירה המעדיף את הדין בעל הזיקה "ההדוקה ביותר", או אפילו כלל ברירה המפנה לדין "מרב הזיקות"), החשש של "מסעי קניות" בין פורומים שונים לא יוסר, והוא עלול אפילו להחריף.⁴⁹ סטנדרטים עמומים מאפשרים לכל מדינת אמנה לפרשם כאוות נפשה, ולכן חרף קיומו של כלל הברירה ה"אחיד" כביכול הפעלתו הלכה למעשה עלולה להניב כללי ברירה רבים, לפי מדינת הפורום. חשש זה יעמוד לנגד עינינו בפסקאות הנוגעות לדיני החוזים והנזיקין להלן.

ה. ברירת הדין בחוזים

1. מיפוי הבעיות

מתוך שלל הכללים הבאים בחשבון בעניין ברירת הדין בחוזים אפשר לנפות שתי שאלות יסוד. השאלה הראשונה היא באיזו מידה יש לכבד את רצון הצדדים כי דין פלוני יחול על התקשרויותיהם כאשר נתנו ביטוי לרצון זה, במפורש או מכללא. בסוגיה זו יש להבחין בין בחירה במערכת דינים המתיישבת עם כללי משפט עקרוניים שיכולים להיות כללי משפט של הפורום או של מדינה רלוונטית אחרת, לבין בחירה שאינה מתיישבת עמם. השאלה

46 לרשימה מלאה של האמנות ראו [http://www.hcch.net/index_en.php?act=](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.listing)

47 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 2008 O.J. (L 177) 6 – (להלן "Regulation (EC) No 593/2008").

48 Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), 2007 O.J. (L 199) 40 – (להלן "Regulation (EC) No 864/2007").

49 Whincop & Keyes, לעיל הערה 5, בעמ' 24-31.

השנייה היא איזה דין יש להחיל על התקשרויותיהם כאשר הצדדים לא הביעו רצון, מפורש או משתמע, כי דין פלוני יחול עליהם.

2. כאשר הצדדים בחרו בדין שיחול על התקשרויותיהם

(א) הדין שנבחר על ידי הצדדים אינו סותר כללים קוגנטיים במדינה רלוונטית

על פי המשפט הבין-לאומי הפרטי החל בישראל, כאשר הצדדים בחרו בדין פלוני, ואותו דין אינו סותר את תקנת הציבור הישראלית, נותנים תוקף לבחירתם. הרציונל הכלכלי לכלל בחירה זה כמעט "מדבר בעד עצמו". למעשה אין הוא שונה מן הכלל השורר בתוך משפטנו הפנימי, הקובע, בלשונו של סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973,⁵⁰ כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". הבחירה בדין זר שאינו נוגד את תקנת הציבור שקולה כנגד ציטוט הדין הזר כתניה מפורשת בתוך החוזה, ומאחר שהדין הפנימי מרשה לצדדים לבחור, בסייגים שצוינו לעיל, בכל תניה חוזית הנראית להם, יש לתת גושפנקה משפטית מלאה לבחירתם של הצדדים. ומדוע? כל תניה חוזית המוסכמת על הצדדים משפרת את רווחת שניהם (הכוונה היא ל"שיפור פרטו", וראו לעניין זה פרק א לעיל), שהרי אלמלא כן לא היו הצדדים מכלילים את התניה בתוך החוזה.⁵¹ אם הטוב החברתי מוגדר כפונקצייה של תועלתם של הפרטים החיים באותה חברה, שיפור פרטו איננו יכול להיות בלתי יעיל, ובדרך כלל⁵² גם אינו יכול להיות בלתי צודק. ייתכן כמובן שמה שמיטיב עם הצדדים הישירים להתקשרות גורע מרווחתם של צדדים שלישיים, דהיינו ההתקשרות נגועה בהשפעות חיצוניות שליליות. אם זה המצב, ייתכן שאין ראוי לאמץ את בחירתם של הצדדים. אך אם קיומה של תניה פלונית עלול לגרוע מרווחתו של הזולת, חזקה על התניה שהיא נוגדת משהו "חזק" מן הדין המרשה (דיספוזיטיבי) במדינה: מה שפוגע

50 ס"ח 694.

51 חופש החוזים כולל את החירות שלא להתקשר בחוזה. אם שני הצדדים הסכימו להתקשר בחוזה, אות הוא שיש בו כדי לשפר את רווחת שניהם. לעתים חוזים נערכים כדי להתנות על בררת מחדל חוקית. יש לצפות לכריתתם של חוזים כאלה כששני הצדדים אינם מרוצים מברירת המחדל, או לחלופין כאשר הנזק שבררת המחדל מסבה לאחד מן הצדדים גדול מהתועלת שהיא מביאה לצד השני. חזקה על הצד ה"סובל" שיציע לצד ה"נהנה" פיצוי גדול משיעור הנאתו אך קטן משיעור סבלו כדי שייאות לוותר על בררת המחדל ולהמירה בתניה החוזית המבטלת אותה.

52 מדוע רק "בדרך כלל"? הדבר תלוי בהגדרת הצדק, למשל אילו היינו מגדירים "צדק" כשוויון בחלוקת המקורות, אפשר להעלות על הדעת שיפורי פרטו המקטינים את השוויון הזה אף על פי שהם מגדילים את התועלת של כל אחד מן הצדדים. לא כאן המקום להיכנס לפרטי ניתוחים מעין אלה.

בצדדים שלישיים יכול שיהיה נוגד דין קוגנטי במדינה או כלל מוסרי חשוב או את "תקנת הציבור". כלל הבחירה הראוי בסיטואציות מעין אלה יידון בהמשך. לעת עתה ברור שאם הבחירה אינה נוגדת אף אחד מאלה, אין כל סיבה שלא לכבד אותה כמות שהיא.

(ב) הדין שנבחר על ידי הצדדים סותר דינים "עקרוניים" במדינה רלוונטית

לענייננו "מדינה רלוונטית" יכולה להיות מדינת הפורום או מדינה אחרת כמפורט להלן. נפתח בדיון בכללי בחירה הנוגדים דינים עקרוניים במדינת הפורום.

יעקב, קבלן בניין ישראלי, מבקש למכור דירה חדשה לעשו, שגם הוא ישראלי. אין לחוזה "זיקת" זולת הזיקה לדין הישראלי. אולם הצדדים מבקשים להחיל על החוזה את דינה של מדינה זרה שאינה דורשת ערבויות להבטחת השקעתו של עשו כנדרש בחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974, שהוא חוק קוגנטי. כללי ברירת הדין ידחו את בחירתם של הצדדים מאותם טעמים ממש שדין החוזים הכללי דוחה תניות הנוגדות את הדין הקוגנטי. רשימת הטעמים לדחייה כזו יכולה לכלול כאלה הנובעים מטעמים כלכליים מובהקים, כמו למשל בשל קיומן של השפעות חיצוניות (למשל חוזה בין סוחרי סמים), והיא יכולה לכלול גם טעמים המעוגנים בהכרה שבחירתן של הבריות יכול שלא תהיה רציונלית כמו במקרה של הבטחת השקעותיהם של רוכשי דירות, ונדרשת התערבות פטרנליסטית מטעמו של המחוקק כדי "לתקן" את בחירתם (על התנהגות לא רציונלית של הבריות ראו פרק ב לעיל).

הכותרת של פסקה זו מתייחסת לדין זר הסותר דינים "עקרוניים", ולא דווקא "קוגנטיים", של שיטת המשפט הנהוגה בפורום. הביטוי "דינים עקרוניים" איננו מונח טכני, ו"המצאנו" אותו לצורך הדיון כאן. מה שעמד לנגד עינינו היא הוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), האוסרת לא רק על תניות חוזיות הסותרות את החוק (הקוגנטי) אלא גם את אלה המנוגדות למוסר או לתקנת הציבור. גם אם תניות אסורות אלה אינן מנוגדות לדין הקוגנטי, הריהן מנוגדות לדינים "עקרוניים" של הפורום. ככלל, כל תניה בחוזה שבין יעקב לעשו שהייתה בטלה אילו היה ברור שהיא נשלטת על ידי הדין של הפורום, יש לבטלה גם אם השניים התיימרו להחיל על החוזה שביניהם דין זר שהתייחסותו אל התניה מתיימרת מזו של דין הפורום.

קשה מזה הוא המקרה שבו יוהאן ויוהאנה, אזרחים זרים, מתדיינים בישראל ומבקשים להכיר בדין חוזי הסותר דינים עקרוניים של הפורום (ישראל) או של המדינה שדיניה היו חלים על חוזהם אלמלא בחרו בדיניה של מדינה אחרת.

נניח תחילה שהדין הזר נוגד דין עקרוני של הפורום. בהקשר זה מתבלט השוני שבין דינים קוגנטיים לבין דינים עקרוניים אחרים. כלל הבחירה הנפוץ ביותר קובע שאם יוהאן ויוהאנה בחרו בדין ראוי, כלומר בדין שרוב זיקות החוזה קשורות בו, יש להחילו כמות

שהוא אף אם הוא נוגד הוראות קוגנטיות של הפורום, למעט במקרים שבהם הדין הזר נוגד את תקנת הציבור של הפורום. לשון אחרת, המחסום של תקנת הציבור נתפס כחמור מן המחסום של דין קוגנטי "סתם".⁵³ למשל, אם דין הפורום דורש כדרישה קוגנטית "סתם" שהבטחות חוזיות תיתמכנה בתמורה, יוכלו יוהאן ויוהאנה להתחמק מדרישה זו בבתי המשפט של הפורום. לעומת זאת חוזה עבדות לא יתפוס בפורום גם אם הבחירה בדין המכיר בעבדות הייתה כדין, כי הוא נוגד לא רק את הדין הקוגנטי של הפורום אלא גם את תקנת הציבור. כלל ברירה זה נראה לנו סביר. למחוקק של הפורום אין אינטרס לגיטימי לפעול כרגולטור של היחסים בין יוהאן ויוהאנה אם הרגולטור של דין החוזה פוטר אותם מפיקוח. למשל, אם יוהאן הוא קבלן בניין שמכר דירה ליוהאנה ללא ערבות כנדרש על ידי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) אך הדירה היא מחוץ לישראל, יהיה אפשר לאכוף את החוזה בישראל כלשונו כי אין בו אלמנט הנוגד את תקנת הציבור הישראלית. הכרה מעין זו בזכותו הייחודית של כל רגולטור לפעול באופן ריבוני בתוך הטריטוריה שלו מעודדת תחרות בין רגולטורית, שהיא ככל הנראה "מירוץ אל הצמרת".⁵⁴ לעומת זאת אם החוזה נוגד את תקנת הציבור, קיים אינטרס מובהק בפורום שלא להכיר בתוקפו, שכן תקנת הציבור היא נכס המשותף לכלל האוכלוסייה בפורום, ופגיעה בנכס זה מחוללת מכוח ההגדרה השפעות חיצוניות מובהקות הגולשות מן הצדדים לחוזה אל הציבור בכללותו. למשל, חוזה שיש בו פגיעה חמורה בכבוד האדם אינו יכול להתקיים בחברה המכירה בכך שזכויות האדם אינן ניתנות לחלוקה. הנגיסה בזכויות אדם מהותיות היא פגיעה בכלל האוכלוסייה של הפורום ואינה עניינם הבלעדי של הצדדים לחוזה. לעתים הדין העקרוני העומד בסתירה להוראות החוזה איננו דין עקרוני של הפורום אלא דין עקרוני של מדינה אחרת והיא מדינה שלה מרב הזיקות לחוזה שנערך בין הצדדים. נניח למשל כי מרב הזיקות הן לדין של פינלנד, ודין זה מכיל הוראה עקרונית פלונית, אך הצדדים בחרו להחיל על החוזה שלהם את הדין של הפיליפינים, שאין בו זכר לאותה הוראה עקרונית. כלל הבחירה באיחוד האירופי פוסל את בחירתם של הצדדים כאשר היא נוגדת את הדין הקוגנטי של פינלנד.⁵⁵ כלל הברירה במשפט האמריקאי דומה – הוא פוסל בחירה המנוגדת לדין הקוגנטי של פינלנד אם לדין זה יש "אינטרס" לחול.⁵⁶ שתי הגרסאות נראות לנו. כשם שיש להכיר בדין הזר כאשר הוא מתיר משהו הנוגד את הדין הקוגנטי של הפורום

53 ראו למשל *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, [1939] A.C. 277.

54 ראו פסקה 1 של פרק זה לעיל. ההשערה שתחרות בין רגולטורית היא בדרך כלל מירוץ אל הצמרת נשענת על ההנחה שבמשחק בין מחוקקים לאומיים לבין הכפופים למרותם אין אף לאחד מן השחקנים אינטרס מובהק להחצין עלויות על צדדים שלישיים.

55 סעיף 3 ל-Regulation (EC) No 593/2008, לעיל הערה 47, §3.

56 סעיף 187 ל-RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS, לעיל הערה 6.

(ובלבד שאינו נוגד גם את תקנת הציבור של הפורום) מתוך כיבוד זכותו של הרגולטור הזר לריבונות בד' אמותיו, כך גם יש לכבד את ריבונותו של הרגולטור הזר לאסור משהו אף על פי שהדבר מותר על פי כללי הפורום או על פי כללי דין שהצדדים בחרו בו, אך שאין לו זיקה מספקת לחוזה שערכו. בשני המקרים, קרי הכרה במה שהרגולטור הזר מתיר והכרה במה שהרגולטור הזר אוסר, יש כדי לעודד תחרות בין־רגולטורית, שעל פי הנחתנו היא מירון אל הצמרת.

3. כאשר הצדדים לא בחרו בדין שיחול על התקשרויותיהם

צדדים שלא בחרו במפורש בדין החוזים שיחול על התקשרויותיהם משולים לצדדים שהחוזים שלהם אינם "שלמים" בכל מובן אחר. מחדל הבחירה יוצר "לקונה חוזית", והשאלה היא כיצד יש למלא אותה. הדעה המקובלת בגישה הכלכלית למשפט היא שבמקרה מעין זה יש "לפרש" את החוזה, כלומר להתחקות על כוונת הצדדים אף על פי שלא הביעה במפורש. מלאכת ההתחקות היא מלאכה של חיקוי. אל לו לפרשן להציב את ערכיו או העדפותיו תחת אלה של הצדדים, אלא עליו לנסות לאמוד כיצד הצדדים עצמם היו ממלאים את הלקונה אילו נהנו מתנאים אידאליים של מידע מלא ואפס הוצאות עסקה.⁵⁷ בהיעדר מידע טוב יותר, תפקידו של הפרשן הוא לשער מה היו מעדיפות רוב הבריות שהיו נמצאות במצב דומה לזה של הצדדים באותן נסיבות. גישה פרשנית זו נתפסת כיעילה מן הסיבות האלה: אילו בחר המחוקק (או הפרשן) בכלל שאינו תואם את העדפות הצדדים, היו הצדדים עומדים בפני בחירה קשה: או להתנות על הכלל שאינו רצוי להם ולכן להגיע אל היעד הרצוי עם הוצאות עסקה גדולות יותר, או בשל גודלן של הוצאות העסקה לוותר על ההתנאה אך להישאר "תקועים" עם דינים לא רצויים. יש לציין כי יש החולקים על גישה זו. למשל, יש המפקקים ביכולתו של הפרשן לאמוד את רצונם של הצדדים, ועל כן הציעו את אימוצן של תניות מחדל "עונשיות" (penalty defaults), כלומר כאלה שהצדדים לא היו בוחרים בהן בשום אופן. בררת מחדל זו מתמרצת את הצדדים לגלות את העדפותיהם במפורש כדי להימלט מעונשה של בררת המחדל, ובכך למלא בעצמם את הלקונה.⁵⁸ אין אנו סבורים שיש בהצעה אחרונה זו יותר מאשר קוריוז. הייתכן כי שני צדדים המופיעים

57 ראו אוריאל פרוקצ'יה "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית" עיוני משפט יז 165 (1992).

58 נהוג לייחס את תורת בררת המחדל העונשית ל-Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L. J. 87 (1989).

בפני בית משפט ישראלי יהיו כפופים לדיניה של המדינה הגרועה ביותר מבחינתם רק משום שלא טרחו לציין את הדין החל?

מה אפוא צריך להיות דין בררת המחדל? תפריט האפשרויות רחב ומגוון. בישראל חל הכלל שיש לבחור בשיטת המשפט שלה מרב הזיקות להסכם. גם תפריט הזיקות הוא עצום: מקום מושבם של הצדדים (ולכן, אם הם תאגידיים, מקום התאגדותם), מקום כריתת החוזה, מקום עריכתו של המשא והמתן, דין מקום הימצאו של מושא החוזה או מקום ביצועו המיועד של החוזה ועוד. שיטה זו מאפשרת לבית המשפט להפעיל שיקול דעת רחב, וכרוחב שיקול דעתו כך גם גודל הכרסום ביכולתם של הצדדים לצפות מראש מהי שיטת המשפט שתחול על הסכמיהם. הדין באיחוד האירופי איננו "פתוח רקמה" כל כך. בחוזים ספציפיים מסוימים כלל הברירה מפנה באופן נוקשה לשיטת משפט יחידה.⁵⁹ גם בחוזים אחרים הכלל מפנה אל שיטה יחידה והיא דין המדינה שבה נמצא מושבו של הצד שנדרש לבצע את החיוב המאפיין את החוזה.⁶⁰ עם זאת בשני המקרים ניתן בכל זאת שיקול דעת לבית המשפט להעדיף את דיניה של מדינה שה"זיקה" שלה לחוזה נתפסת בעיניו כאמיצה יותר מן ה"זיקה" למדינה הקבועה בכלל הנוקשה.⁶¹ במשפט האמריקאי אם מקום המשא ומתן ומקום הביצוע הם באותה מדינה, כלל הברירה מפנה (למעט במקרים של חוזים מיוחדים מסוימים) לדיניה של אותה מדינה.⁶² בכל המקרים האחרים מתבוננים, כמו אצלנו, במערכת ה"זיקות" ופונים אל דיני המדינה שהזיקה שלה לחוזה היא ההדוקה ביותר. מי שרוצה למפות שלוש שיטות אלה לפי מידת שיקול הדעת שניתן לבית המשפט, שיטתנו היא המרחיבה ביותר, שיטת האיחוד האירופי המצמצמת ביותר, וכלל הברירה האמריקאי ניצב בתווך. אין צריך לומר שכל אחת משיטות אלה, בהיותה שונה מן השיטות האחרות, יכולה להפנות לדין אחר. מצב דברים זה, כפי שכבר נאמר לעיל, מזמין "מסע רכישה" בין הפורומים, ולכן בהיעדר נימוקים סותרים יש סיבות טובות להחיל עליו הליך של הרמוניזציה.

אנו סבורים שכלל הברירה הישראלי הוא הגרוע מכולם. קשה לשער שאילו היו הצדדים מקיימים משא ומתן באשר לכלל הברירה בעת כריתת החוזה, היו בוחרים בכלל ברירה הנותן שיקול דעת לבית המשפט לבחור בכל שיטת משפט הנראית לו, מתוך התבוננות במגוון ה"זיקות" שהחוזה קשור אליהן. בחירה כזו מייצרת בשביל כל אחד מן הצדדים הימור היכול לפעול לטובתו (כשבית המשפט מפעיל כלל ברירה המיטיב אתו) או לרעתו (כשבית המשפט מפעיל כלל ברירה הפוגע בו). בהנחה שהצדדים הם "שונאי סיכונים" (risk

59 סעיפים 4.1, 5-8 ל-Regulation (EC) No 593/2008, לעיל הערה 47.

60 שם בסעיף 4.2.

61 שם בסעיף 4.

62 סעיף 188 ל-RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS, לעיל הערה 6.

(averse), עצם קיומו של ההימור פוגע ברווחתם. האם יכולים אנו לשער באיזה כלל ברירה היו הצדדים בוחרים אילו ניתנה להם הזדמנות זולה לעשות כן? מצד אחד ברור כי אין לצפות שכל הצדדים תמיד יעדיפו כלל ברירה אחד על פני חברו. אולם מצד אחר אם תכליתו של המחקק החקיקי איננה לשער את העדפותיו של כל שחקן, כי אם לשער את העדפותיהם הצפויות של רוב השחקנים בסיטואציות אופייניות, כלל הברירה של האיחוד האירופי נראה לנו טוב מן החלופות המוכרות לנו, אך גם הוא איננו מושלם. כזכור, כלל ברירה זה מצמצם בשלב ראשון את שיקול דעתו של בית המשפט ומסייע ביצירת ודאות לצדדים (ובשל כך בלבד יש לו יתרון חשוב), ונוסף על כך הוא מפנה לדיניה של מדינה שודאי עמדה לנגד עיניהם של הצדדים כאשר עיצבו את ההסכמות ביניהם. גם החריג שנקבע בדין האיחוד, אף על פי שהוא מכניס אלמנט של אי-ודאות, נראה לנו: אם קיימות ראיות לקיומה של זיקה הדוקה יותר לשיטת משפט אחרת, מותר להניח כי הצדדים התכוונו להחיל את כלליה של שיטת המשפט ההיא. מדוע אפוא כלל הברירה של האיחוד האירופי אינו נראה לנו מושלם? הסיבה היא שכאשר משקיפים על שתיקת הצדדים כעל לקונה חוזית, יש לאמוד את כוונת הצדדים מתוך מכלול הנסיבות, כפי שנעשה בכל סיטואציה אחרת של פרשנות חוזית. כל שיטה המפנה ל"זיקות" כאלה או אחרות יכולה לשמש "כלל אצבע" סביר, ואולי אפילו נתון שיש להביאו בחשבון במלאכת הפרשנות, אך אין זה ראוי לאמץ אותה ככלל מחייב. הצדדים יכולים להתכוון להחיל דינים שאין די זיקות בינם לבין ההתקשרות שלהם, ואם כוונתם לעשות זאת, עולה מתוך מלאכת הפרשנות, גם אם ככוונה משתמעת, שהדבר הנכון הוא ליתן תוקף לדין שהתכוונו לבחור בו בעת ההתקשרות.

1. ברירת הדין בנוזיקין

1. הערות כלליות

כפי שעולה מפרק ו לעיל, מטרת-העל של דיני הנוזיקין מבחינה כלכלית היא למזער את עלות התאונות. לעניין זה עלותן של תאונות אינה כוללת רק את העלות הישירה הנגרמת מן התאונה, אלא גם צרור של עלויות נלוות, כגון העלויות הכרוכות במניעת תאונות, ההוצאות האדמיניסטרטיביות הכרוכות בהפעלת כללי המשפט ובמידת האפשר גם עלויות הנספגות על ידי צדדים שלישיים למעשה הנוזיקין, כגון שארי ניזוק שנפטר או שנפצע בתאונה. את כל העלויות הללו יש לסכום, ולבחור בכלל המשפטי המביא את סכום העלויות למינימום. בעולם אוטופי היה אפשר לסבור שכשם שכל שיטת משפט פנימית צריכה לבחור לה את דיני הנוזיקין היעילים ביותר, גם כלל הבחירה של המשפט הבין-לאומי הפרטי צריך להפנות אל אותה שיטת משפט המביאה למינימום את סכום העלויות.

אך לא זה הדין הנוהג. הסיבה לכך כפולה: ראשית, כפי שעולה מן הניתוח בפרק ו לעיל, אין קיימת תמימות דעים באשר לעיצובם של כללי המשפט היעילים ביותר. למשל, אפשר להתווכח בשאלה אם כללי אחריות המבוססת על רשלנות יעילים יותר או פחות מכללי אחריות מוגברים, או אם יעיל יותר או פחות להתיר למזיק להיעזר בהגנה של אשם תורם, ואם כן, עד איזו מידה. חוסר ההסכמה באשר להפניה היעילה ביותר שולל את האפשרות שכלל המבוסס על עקרונות שכאלה יהיה ידוע ושקוף לצדדים, ומשמעותו היא הסתרת הדין מעיני המתדיינים. שנית, בשל חילוקי הדעות הצפויים בין השופטים הכלל יהיה לא רק חסוי מעיני המתדיינים אלא גם בלתי אחיד, וכל פוסק מעצב אותו על פי הגיגיו האישיים. בעולם שאיננו אוטופי כללי ברירת דין יעילים בנוזיקין חייבים לסגת מן הטוב ביותר אל האפשרי, דהיינו להיאחז בעקרונות שהם בבחינת "second best". אלה הם כללים שיכולים, לכל היותר, לרמוז על שיטת המשפט המיטבית, זו הממזערת את מכלול העלויות הכרוכות בתאונות גם אם היא מחטיאה את המטרה בחלק מן המקרים. נשרטט תחילה כמה קווי מתאר של השיטות העיקריות הנוהגות בעולם ונחתום בניסיון לברור מתוכן את הראויות ביותר.

2. תפריט של כללי ברירת דין בנוזיקין

שיטה אחת של כללי ברירה מחילה את דין מקום קרות העוולה.⁶³ למשל, אם ישראלי נוהג את רכבו בבריטניה, יחולו עליו דיני הנוזיקין הבריטיים ולא אלה הישראליים. כלל זה חל לא רק בנושאים שהם בחינת מובנים מאליהם (למשל נהיגה בצד שמאל של הדרך, כמנהג המקום, ולא בצד ימין כמקובל אצלנו) אלא גם בנושאים מהותיים יותר, כגון רמת הזהירות הנדרשת, הבסיס להטלת האחריות (למשל רשלנות מול אחריות מוגברת), כללי האשם התורם וכדומה. הסיבה הדוקטרינרית לכלל ברירה זה נקבעת על ידי עקרון הריבונות הטריטוריאלית, שלפיו לכל מדינה ריבונות מלאה לקבוע את כללי ההתנהגות החלים בשטחה. לפיכך הדין שחל במקום שבו בוצע המעשה קובע את תוצאותיו של המעשה. אילו היה כל מזיק ראוי לגרור עמו כללי משפט שונים, היה בכך כדי לפגוע בריבונותה של המדינה שבה קרתה התאונה ובסמכותה להסדיר את כללי ההתנהגות בשטחה. שיטה אחרת של כללי ברירה, הנהוגה במדינות האיחוד האירופי, מתמקדת במקום שבו התרחש הנזק.⁶⁴ אם העוולה והנזק התרחשו באותה מדינה, הבעיה אינה מתעוררת, כי כל אחת משתי שיטות הברירה מפנות לאותו דין. לעומת זאת אם העוולה בוצעה במדינה

63 כלל זה חל למשל בדין הישראלי. ראו ע"א 1432/03 ינון ושיזוק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345 (2004) (להלן – עניין יינון).

64 ראו סעיף 4 ל-Regulation (EC) No 864/2007, לעיל הערה 48.

פלונית, אך הנזק התרחש במדינה פלמונית, למשל אם מפעל מזהם את האוויר בגרמניה, אך הזיהום נישא על כנפי הרוח ומזהם את הסביבה בפולין, שיטה המחילה את מקום התרחשות הנזק תפנה לדיניה של פולין. ההצדקה הדוקטרינרית לכלל ברירה מעין זה נסמכת על תאוריית הזכויות המוקנות, שלפיה הנזק הוא המאורע האחרון הנחוץ לצורך גיבושה של הזכות הנזיקית. אפשר גם לטעון, אם כי קצת בדוחק, כי אם הנזק הוא אלמנט הגדרתי של העוולה, המעשה הנזיקי איננו "משתכלל" אלא כאשר הנזק נגרם, ולכן "מקום העוולה" הוא מקום השתכללותו של המעשה הנזיקי, קרי מקום קרות הנזק. על פי פירוש זה, מקום ביצוע העוולה ומקום קרות הנזק חד המה, אך אליה וקוץ בה: מי שמזהה את מקום קרות הנזק כמקום התרחשותה של העוולה שולל בכך את חלות הדין שבו נעשה המעשה עצמו (למשל, הפצת חלקיקים המזהמים את האוויר או ייצור המוצר הפגום שגרמו נזק במדינה אחרת). פירוש זה הוא פירוש הפוגע בריבונותה של המדינה שבה בוצע המעשה, שנתפסת כמי שרשאית לפקח על התנהגות המזיקים בשטחה.

לצד כללי ברירה אלו נקבעו כמה חריגים. יש שהחריג ספציפי ומפנה לדין שיש לו זיקה מיוחדת לאירוע הנזיקי או לצדדים, כמו למשל לדין מדינת מושבם של הצדדים,⁶⁵ ויש שהחריג כללי ומפנה לדין המדינה שלה הזיקה ההדוקה ביותר לאירוע הנזיקי.⁶⁶ חריג אחר מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב יותר ומתיר סטייה מכלל הברירה כאשר הדבר נדרש מטעמי צדק, למשל כאשר המקום שבו בוצעה העוולה הוא נתון מקרי שנעדר זיקה אמיתית למאורע.⁶⁷

שיטה נוספת של כללי ברירת דין המותירה שיקול דעת רחב בידי בית המשפט מוותרת על הניסיון לקבוע כללים להכרעה ומעדיפה את מבחן הזיקות ככלל ולא כחריג. גישה זו, הנוהגת במשפט האמריקני, מחילה את דין המדינה בעלת הזיקה ההדוקה ביותר למאורע ולצדדים.⁶⁸ הבחינה נעשית לאורם של עקרונות מנחים, ובהם האינטרסים של אותן מדינות בהחלת דינן על המאורע הנזיקי.⁶⁹

התפריט העשיר של האפשרויות וריבוי הניואנסים בתוך כל אפשרות מפתים את בורר הדינים להציע דין ברירה שונה לפי הסוגים השונים של אירועים מזיקים, למשל דין אחד

65 חריג מסוג זה קיים באיחוד האירופי. לפי החריג, אם בעת קרות הנזק המזיק והניזוק הם תושבים של אותה מדינה, יחול דינה של מדינה זו. סעיף 4.2 ל- Regulation (EC) No 864/2007, לעיל הערה 48.

66 שם, בסעיף 4.3.

67 עניין יינון, לעיל הערה 63, פסקה 30 לפסק דינו של השופט ריבלין.

68 סעיף 145 ל- RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS, לעיל הערה 6. ראו Symeon C. Symeonides, *A New Conflicts Restatement: Why Not?*, 5 J. PRIV. INT'L L. 383 (2009).

69 שם בסעיף 6.

לתאונות דרכים ודין אחר לאחריות למוצרים פגומים או לזיהום הסביבה.⁷⁰ אולם אף בתוכו של כל "אירוע מזיק" אפשר לחלק את הדיון לכמה חלקים ולהחיל דין ברירה שונה על כל מרכיב. דוגמה יפה לכך הוא פסק הדין הניו יורקי הנודע בפרשת *Babcock v. Jackson*.⁷¹ התובעת והנתבע, שניהם תושבי ניו יורק ואזרחיה, נסעו במכוניתו של הנתבע לבילוי קצר מעבר לגבול הקנדי, שם אירעה תאונת דרכים באשמת הנתבע, והתובעת סבלה נזקי גוף. על פי החוק של הפרובינציה הקנדית הרלוונטית (אונטריו), אורחים במכוניתו של נהג רשולן אינם רשאים לתבוע ממנו פיצויים. ככל הנראה דין זה הונע מתוך החשש שמא בעל הרכב ואורחו ירקחו ביניהם קנוניה כדי להונות את חברת הביטוח. על פי החוק של ניו יורק אין מגבלה כזו, ולכן דיני הנזיקין מתייחסים לאורח כמו לכל צד שלישי שהוא. השאלה שהתעוררה היא איזה דין יש להחיל על תביעתה של התובעת נגד הנתבע לפיצוי. הערכאה הגבוהה ביותר של ניו יורק פסקה ברוב דעות שגם אם אלמנט ההתרשלות צריך להיחתך על פי מקום ביצוע העוולה, הדין המתייחס למעמדו של האורח כלפי המזיק יכול וצריך להיחתך על פי מקום מושבם המשותף של השניים. באשר לאלמנט ההתרשלות הכיר בית המשפט בכוחה הריבוני של מדינת ביצוע העוולה לכוון את התנהגותם של המשתמשים בדרכיה על פי הבנתה. אך באשר לאלמנט מעמדו של האורח סבר בית המשפט שרצונה של אונטריו להגן על מבטחיה מפני קנוניות אינו רלוונטי לצדדים החיים במדינה אחרת וגם מבוטחים בה, והחפצה לפרוס את הגנת החוק גם על צדדים שלישיים הנוסעים נסיעות חינוך ברכבו של אחר. בהתחשב בכל זוויות ההסתכלות האלה על שאלת הברירה, שלכל אחת מהן אחיזה איתנה במשפט המשווה, נשאלת השאלה מהי הדרך המיטבית מבחינה כלכלית לפיצוחה של השאלה.⁷²

3. הרהורים על הדין המיטבי

מאחר שקיימת מחלוקת עמוקה באשר לשאלה מהו דין הנזיקין המיטבי ה"פנימי", כלומר הדין המיטבי בתוך המדינה פנימה, כל ניסיון להפנות באמצעות כלל הברירה אל הדין המיטבי מבלי לציין מהו נדון מראש לכישלון, שהרי כל פוסק יוכל לברור לו את הדין שהוא

70 ואכן כך נעשה לעתים. ראו למשל באיחוד האירופי, Regulation (EC) No 864/2007, לעיל הערה 48.

71 *Babcock v. Jackson*, 2 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963).

72 לניתוח כלכלי של כלל הברירה המפנה לדין מקום ביצוע העוולה ושל כלל הברירה הנסמך על גישת ניתוח האינטרסים ראו, Kazuaki Kagami, Toshiyuki Kono & Yuko Nishitani, *Economic Analysis of Conflict of Laws Rules in Tort – Lex Loci Delicti Principle vs. Interest Analysis Approach*, in AN ECONOMIC ANALYSIS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, לעיל הערה 5, בעמ' 121.

מיטבי בעיניו. לאור שיקול זה עלינו לפנות לשיקולים מסדר שני. במסגרת שיקולים אלה "כלל הברירה המיטבי" (להבדיל מדין הנזיקין המיטבי במשפט הפנימי) חייב למלא לפחות שני תנאים: בהירות ופשטות להפעלה. כלל בלתי בהיר, כמו למשל כלל המפנה אל דין הנזיקין המיטבי במשפט הפנימי מבלי לציין מהו, הוא מטיבו מעורר מחלוקת, ויישובה של המחלוקת אינו יכול שלא להיות עתיר בעלויות. המזיק יידרש לחקור *ex ante* מהו הדין המיטבי מכל הדינים הבאים בחשבון כדי לכוון את התנהגותו, דבר הכרוך בעלויות רבות ובחוסר ודאות אם הדין המיטבי לדעתו ייבחר גם כדין המיטבי על ידי בית המשפט שידון בתביעת הנזיקין *ex post*. הצדדים יהיו מתומרצים לחקור את כל הדינים הבאים בחשבון, לבדוק את כדאיותם היחסית בעניינם ולנסות לשכנע את הפוסק כי ראוי לו לאמץ את הדין המיטבי אתם יותר מכול. מחקר זה אינו יכול להתבצע ללא ייעוץ מקצועי המתייחס לכל אחד מן הדינים הבאים בחשבון, ושכרם של היועצים מתווסף גם הוא אל חשבון העלויות. גם מלאכתו של הפוסק מתייקרת בשל כך, כי עתה מוטלת עליו המשימה לבדוק את יעילותם של כל הדינים שבתפריט האפשרויות ולברור מתוכם את מה שנראה לו היעיל ביותר. גם פשטות ההפעלה היא אמצעי להוזלת העלויות, שכן כלל פשוט מעלה את הצדדים אל "מסלול ירוק" של יישוב הסכסוך שביניהם, לעומת כלל מסובך המצריך מחקר מעמיק וגוזל משאבים מיותרים של זמן וממון.

כלל מקום ביצוע העוולה הוא כלל המקיים את דרישת הפשטות והבהירות.⁷³ כמה סיבות חוברות יחד לבחירה בו ככלל הברירה המיטבי.

ראשית, וזה אולי העיקר, אילו הורשו אזרחים זרים לפעול במדינה א על פי הכללים של דיני הנזיקין של מדינה ב, השונים מדיניה של מדינה א, היה בכך כדי לשבש את סדרי החיים במדינה א, ומן הסתם גם להגדיל את מספר התאונות ואת עלותן. דיני הנזיקין הפנימיים מיועדים בין היתר לכוון את התנהגות הבריות על פי כללים ידועים מראש. הצלחתה של התנהגות כזו אינה נמדדת לגבי כל פרט במנותק מיתר הפרטים; התנהגותו של כל פרט רצופה השפעות חיצוניות על הפרטים האחרים. למשל, אם דיני הנהיגה בדרך מגבילים את מהירות הנסיעה, הגבלה זו מדריכה את הנהגים לא רק בנוגע למהירות נסיעתם שלהם, אלא מותר להם להניח כי פרטים אחרים נוהגים פחות או יותר כמותם והם מכלכלים את צעדיהם כנדרש. אילו היה אזרח זר (למשל אזרח גרמניה, שבה מהירות הנסיעה בנתיבים בין-עירוניים מהירים אינה מוגבלת כלל) רשאי לנהוג בהכא כבהתם, הייתה נהיגתו הפרועה מקשה על התנהלותם של כל הנהגים האחרים, גורמת לתאונות ומשבשת את המתרחש בכל נתיבי התנועה. ננסח זאת ניסוח חלופי: מבחינת הניתוח הכלכלי ברור שהתנהגות אחידה

73 ראו Giesela Rühl, *Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective*, 24 BERKELEY J. INT'L L. 801, 819 (2006).

יוצרת "השפעות רשת חיוביות" (positive network externalities), ואילו היינו מניחים לחלק מן השחקנים לפרוש מן ה"רשת" ולכלכל את צעדיהם על פי כללים משלהם, יתרונות הרשת היו מצטמצמים ואולי אפילו יורדים לטמיון. יתרונות רשת כאלה מצדיקים הרבה הסדרים משפטיים אחרים, כגון שימוש במטבע אחידה ברחבי האיחוד האירופי, חיבור בין כל מנויי הטלפון באופן שיוכלו לתקשר אלה עם אלה וכדומה.

שיקול נוסף הוא השיקול הביטוחי. ביטוח תאונות נחשב ליעיל מבחינה כלכלית, שכן יש בו כדי לפזר את הנזק. כפי שהוסבר בכמה וכמה מקומות לעיל (למשל, בפרק ג), על סמך התובנה המתייחסת לתועלת השולית הפוחתת של הכסף פיזור הנזק נוטל מכל המבוטחים שקלים שתועלתם מועטה יחסית וחוסך להם עמידה בנזקי תאונות קשות, העלולות לעלות להם בשקלים שתועלתם רבה יחסית. דרכם של מבטחי תאונות שהם מגבילים את תחולת הביטוח לתאונות המתרחשות במדינה או במדינות מסוימות. למשל, ביטוח תאונות דרכים בישראל חל על תאונות המתרחשות בשטח המדינה או בשטחים המוחזקים, אך אין בו כדי לכסות תאונות הקורות בלוקסמבורג למשל. פוליסות ביטוח אלה, והחישובים האקטואריים שעליהם הן מבוססות, מניחים את דיני הנזיקין של הטריטוריה שמכוסה על ידי הביטוח. אילו הותר למבוטחים לכלכל את צעדיהם שלא על פי דיני הנזיקין של האזור הגאוגרפי שבו חל הביטוח, היה עלול להיווצר המצב שתאונות שנגרמו על ידיהם לא תהיינה מכוסות על ידי הביטוח, ובכך תיפגע המגמה לפזר את הנזק בין כל ציבור המבוטחים.

שאלה אחרת היא אם יש לדבוק בכלל המוצע ללא סייג, או שמא יש להכיר באפשרות לסטות ממנו במקרים מיוחדים. אנו סבורים שיש לרחק מעמדות אורתודוקסיות בשאלה זו, כמו גם בשאלות אחרות בחיים. חלק ניכר מן הנימוקים דלעיל, המצדיקים את עליונותו של דין המקום שבו אירעה העוולה, מעוגנים בצורך לפקח על התנהגות המזיק ו"ליישר קו" בינה לבין ההתנהגות המצופה מכל יתר השחקנים באותה טריטוריה. אך חלק מדיני הנזיקין אינם קשורים כלל לדרך התנהגותו של המזיק בטריטוריה. למשל, שיעור הנזק המגיע לניזוק אינו תלוי בדרך התנהגותו של המזיק. זה למשל הדין המתייחס ל"חוקי אורחים" (guest statutes) מן הסוג שנדון בפרשת *Babcock* שאוזכרה לעיל. דוגמאות חשובות אחרות לקוחות מדיניהן של מדינות המשתיתות את דיני תאונות הדרכים שלהן על בסיס של אחריות מוגברת (no fault liability). בדרך כלל שיטות אלה נותנות לקרבנות התאונות מעין "עסקת חבילה", שיש בה גם דבש וגם עוקץ. הדבש הוא שהקרבן פטור מהוכחת רשלנות, ולכן אינו יוצא בלא כלום כפי שהיה עלול לקרות בחלק ניכר מן המקרים בשיטה המבוססת על רשלנות. והעוקץ הוא ששיעור הנזק מוגבל בדרך כלל ביחס למה שהקרבן היה זכאי לקבל בשיטה המבוססת על רשלנות, באותם מקרים שבהם עלה בידו להוכיח את קיומה של הרשלנות. שיטת האחריות המוגברת, שאינה תלויה ברשלנות, היא שיטה המכוונת-התנהגות, ולכן יש להחיל את כלליה שעה שאנו באים לסוגיית ברירת הדינים. לעומת זאת

שיעור הנזק אינו נוגע ישירות להכוונת התנהגות, ולכן הצורך בהחלת הכללים הנוגעים לכך חלש יותר.⁷⁴ כיצד יש לפתור את הדילמה?

בדרך כלל אנו נוטים לדעה שמאחר ששיטת האחריות המוגברת היא עסקת חבילה הוגנת, אין זה ראוי לאפשר לניזוק גם להיות פטור מהוכחת הרשלנות וגם לקבל פיצוי כאילו השיטה הייתה מושתתת על יסוד של רשלנות. לכן לדעתנו אין זה ראוי לבחור במקרים כאלה שיטה שונה מזו שבה התחוללה העוולה. אך נשווה לנגד עינינו את המקרה הזה, שהוכרע לאחרונה בדיון נוסף בית המשפט העליון בהרכב מורחב.⁷⁵ ישראלית הסיעה שני ישראלים ברכב במדינת ניו זילנד. קרתה תאונה ואחד הישראלים הפך לנכה קשה לכל ימי חייו. השיטה הנוהגת בניו זילנד מבוססת על אחריות מוגברת, אך המדינה מגבילה את שיעור הנזק של תיירים בשיעור קיצוני כדי לחסוך בעלויות. נוסף על כך החוק בניו זילנד חוסם שם הגשת תביעה בנוזיקין. במצב דברים זה עסקת החבילה המוצעת על ידי ניו זילנד למי שאינם תושבי ניו זילנד איננה יעילה. הנזקים הנגרמים לתיירים על ידי נהגים מקומיים אינם מופנמים על ידי הנהגים המקומיים, ולכן השיטה אינה מתמרצת אותם למזער את מספר התאונות או את עלותן. מסקנה זו אינה נפגמת על ידי העובדה שתיירים רשאים לרכוש על חשבונם ביטוח נגד רשלנותם של אותם נהגים מקומיים – ההשפעה החיצונית נותרת בעינה. מנגד כלל ברירה המפנה בשאלת הפיצויים אל דין אחר, למשל הדין הישראלי, איננו פותר את בעיית חוסר היעילות בניו זילנד, שכן נהגים בניו זילנד לא יפנימו את עלויות התאונות שהם גורמים לתיירים גם אם תיירים אלה יזכו לפיצוי גדול יותר בארצות מוצאם. לכל היותר אפשר לומר שבמקרים מיוחדים,⁷⁶ כמו זה שנדון בבית המשפט

74 תופעה זו, שלפיה מחילים דינים שונים על סוגיות שונות שעולות מן המקרה המשפטי, מכונה *dépeçage*. ראו Alex Mills, *The Application of Multiple Laws Under the Rome II Regulation*, in *THE ROME II REGULATION ON THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS* 133, 136 (John Ahern & William Binchy eds., 2009).

75 דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר (פורסם בנבו, 25.10.2011). לנייתוח דעות השופטים בערכאת הערעור בע"א 3299/06 יובינר נ' סקאלר (פורסם בנבו, 26.4.2009), ראו איריס קנאור "הארכיטקטורה של כלל בררת הדין בנוזיקין במשפט הבין-לאומי הפרטי בישראל – עיון תאורטי בפרשת יובינר" הפרקליט נא 3 (2011).

76 במדינות האיחוד האירופי נקבע חריג בדבר מקום מושב משותף של הצדדים. ראו סעיף 4(2) ל-Regulation (EC) No 864/2007, לעיל הערה 48. לחריג זה יש חריג נוסף – אם יש מדינה שלה "קשרים הדוקים יותר" עם העוולה מאשר המדינה שבה אירע הנזק או מדינת המושב המשותפת, אזי יחול דין אותה מדינה. ראו סעיף 4(3), שם. לדיון בדבר החריג בדבר מקום מושב משותף ראו, Tim W. Dornis, "When in Rome, do as the Romans do?"—A defense of the *Lex Domicili Communis* in the Rome-II-Regulation, *EUROPEAN LEGAL FORUM*,

העליון, שבהם גם המזיק וגם הניזוק הם תושבים ישראלים, יש מקום להחיל את הדין הישראלי בסוגיית הפיצוי,⁷⁷ כי כך תושגנה שתי מטרות בעת ובעונה אחת: מצד אחד לא תיפגע ריבונותה של ניו זילנד, שתהיה בת חורין לקבוע את כללי החבות על פי הבנתה, ומצד אחר מזיקים ישראלים יפנימו את עלויות התאונות שהם גורמים לניזוקים ישראלים, כי בהיתבעם בישראל דיני הפיצויים שיחולו עליהם יהיו דיני הפיצויים הישראליים.

152, 157 (2007); Peter A. Stone, *The Rome II Proposal on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, EUROPEAN LEGAL FORUM, 213, 218 (2004).

77 בהקשר זה עולה השאלה בדבר סיווגה של שאלת שיעור הפיצויים למהות – אז יחול דין העניין – או לפרוצדורה – אז יחול דין הפורום. בעניין יינן, לעיל הערה 63, סיווג בית המשפט את השאלות בדבר זכות פיצוי בגין ראש נזק מסוים ותקרת הפיצוי כמהותיות, שעליהן יחול דין העניין. באיחוד האירופי סוגיה זו מסווגת כשאלה מהותית. ראו סעיף 15(3) ל-Regulation (EC) No 864/2007, לעיל הערה 48.

משפט פומבי

פרק יא: משפט ציבורי

מאת

ברק מזינה*

א. הקדמה: הסוגיות שבהן עוסק הניתוח הכלכלי של משפט ציבורי. ב. האסכולות המתחרות: האינטרס הציבורי לעומת ציבור האינטרסים; 1. אסכולת "האינטרס הציבורי" (Republicanism); 2. אסכולת "ציבור האינטרסים" (Pluralism). ג. הכרעה על ידי הציבור; 1. מה מבטא הציבור בהצבעתו?; 2. כיצד מצרפים העדפות? ד. הכרעה על ידי נבחרי ציבור; 1. דרך הפעולה הצפויה של נבחרי הציבור; 2. אמצעים לתמרוץ נבחרי הציבור לפעול לקידום האינטרס הציבורי; 3. אמצעים שנועדו להבטיח ייצוג הולם לאינטרסים הרלוונטיים. ה. הכרעה על ידי המנהל הציבורי; 1. חלוקת הסמכויות בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת; 2. אופן הפעלת סמכויות המנהל. ו. ביקורת שיפוטית; 1. דרך הפעולה הצפויה של שופטים; 2. מאפיינים של הביקורת השיפוטית; 3. הכרה בזכויות יסוד חוקתיות; ז. סיכום.

א. הקדמה: הסוגיות שבהן עוסק הניתוח הכלכלי של משפט ציבורי

ניתוח כלכלי של משפט ציבורי עוסק בתיאור התנהגותם של בעלי סמכויות שלטוניות ובהערכה מהם ההסדרים המוסדיים והכללים המשפטיים הרצויים הנוגעים להפעלתן של סמכויות אלה. הדיון בסוגיות השונות במשפט ציבורי נערך מנקודת המבט של בחירת אופן קבלת ההחלטות הרצוי בחברה. לפיכך עיקר הדיון במסגרת אסכולת הניתוח הכלכלי של משפט חוקתי הוא בסוגיות כגון אלה: האם יש להעדיף הכרעה על ידי מי שאינם מייצגים בעלי אינטרסים (בעיקר שופטים או אנשי מנהל ציבורי) או על ידי בעלי האינטרסים עצמם או נציגיהם? מהו הרוב (או כלל הכרעה אחר כלשהו) שבו יש להכריע? באילו נסיבות מוטב שברשות המשתתפים בהכרעה יהיה מידע רב ככל האפשר, ובאילו נסיבות מוטב שיפעלו

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

“מאחורי מסך בערות”? הניתוח הכלכלי של משפט חוקתי נועד לסייע בהכרעות בשאלות אלה ובדומות להן, ועל פי זה להציע פרשנות לתוכנו של הדין ולעיצובן של הדוקטרינות הרלוונטיות.

הדיון בשאלה מהי דרך ההכרעה הרצויה בדילמות חברתיות כולל ממד פוזיטיבי (מהי התוצאה הצפויה אם תוחל פרוצדורת הכרעה מסוימת) וממד נורמטיבי (מהי התוצאה הרצויה). הדיון במישור הפוזיטיבי מבוסס על ההנחה היסודית שלפיה כל נושאי המשרה הרלוונטיים הם “רציונליים”, הן במובן זה שאינם נתונים לכשלים קוגניטיביים והן במובן זה שהם מבקשים להשיא אינטרסים אישיים שלהם. לא אחת ניטש ויכוח בדבר השאלה מהם היעדים של כל אחד מבעלי התפקידים, אך המכנה המשותף של התאוריות השונות במסגרת הגישה הכלכלית למשפט חוקתי הוא שאין לשלול את האפשרות שכל נושאי המשרה מבקשים להשיא אינטרס אישי כלשהו שלהם.

הדיון במישור הנורמטיבי באשר לבחירה בפרוצדורת הכרעה חברתית מבוסס בראש ובראשונה על ההערכה הערכית מהי אמת המידה שלפיה יש להעריך אם פרוצדורת מסוימת היא “טובה”, ומהי ההגדרה של “האינטרס הציבורי”. נקודת המוצא היא הכרה בקיומה של אי-הסכמה בין הפרטים בחברה בשאלה מהי ההכרעה החברתית הרצויה. אי-ההסכמה היא לעתים בשל אינטרסים שונים של הפרטים באשר להכרעה החברתית (למשל: קביעת שיעור מס מסוים או שימוש במשאבים ציבוריים לצורך הספקת מוצר מסוים ייטיבו עם קבוצה אחת בחברה אך ירעו את מצבה של אחרת), ולעתים היא מבטאת מחלוקת עקרונית באשר לשאלה מהי ההכרעה הצודקת בהקשר כלשהו. לפיכך השאלה היא מהן אמות המידה שלפיהן יש להעריך מהי פרוצדורת ההכרעה החברתית המיטבית. בקווים כלליים אפשר לאפיין בהקשר זה כמה גישות מתחרות: האחת, המבטאת תאוריות מוסריות “דאונטולוגיות”, קובעת כי הבחירה בפרוצדורות הכרעה כפופה ל“אילוצים מוסריים” (deontological constraints). האילוץ העיקרי בהקשר הנדון הוא החובה לכבד את “זכות ההשתתפות השווה” של כל הפרטים בחברה בהכרעות חברתיות.¹ במסגרת זו אפשרית תפיסה של “צדק פרוצדורלי טהור”, שלפיה החלטה צודקת אם היא התקבלה בדרך המוגדרת הוגנת (למשל בהכרעת הרוב). אסכולת הניתוח הכלכלי של משפט חוקתי מבוססת בעיקרה על גישה שונה, שהיא “תוצאתית”. לפי גישה זו, יש להשוות בין הדרכים השונות להכרעות חברתיות לפי ההערכה איזו דרך צפויה להניב הכרעה חברתית שתוכנה יהיה קרוב ככל האפשר לזו הרצויה. באופן כללי אפשר להבחין בהקשר זה בשתי אסכולות

1 למשל, JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 232-254 (1999).

מרכזיות במסגרת המחקר בתחום הניתוח הכלכלי של משפט ציבורי, שמובחנות ביניהן בהגדרה מהי אמת המידה להעריך הכרעות חברתיות. בתמצית, אסכולה אחת, הקרובה לתפיסה המקובלת בקרב משפטנים – והיא הדומיננטית במשפט הציבורי הישראלי – מבוססת על העמדה שיש לשאוף שההכרעות החברתיות יהיו מנותקות מאינטרסים אישיים של המשתתפים בהכרעה ויתבססו על הערכה של מקבלי ההחלטה מהי ההכרעה הצפויה לקדם במידה המיטבית את "האינטרס הציבורי". לפי אסכולה שנייה, הקרובה לתפיסה המקובלת בקרב כלכלנים, יש לשאוף שהמשתתפים בהכרעה חברתית יכריעו לפי האינטרס האישי שלהם, שכן התוצאה הרצויה היא שמיאיה את הרווחה החברתית המצרפית, ופרוצדורת ההכרעה הרצויה היא שמצרפת כראוי את האינטרסים האישיים. האסכולה הראשונה קרובה במידת מה להגותו של ז'אן ז'אק רוסו, שעיקרה אפיון ההכרעה החברתית כביטוי ל"רצון הכללי", והאסכולה השנייה מזוהה עם היבטים בהגותו של ג'רמי בנת'אם, שעיקרם אפיון ההכרעה החברתית הרצויה כחיפוש אחר הצירוף של "הרצונות הפרטיים" של כל אחד מן הפרטים בחברה.² ההבדלים בין שתי האסכולות הללו הם כה יסודיים, עד שלעתים נדמה כי גישת הניתוח הכלכלי של משפט ציבורי אינה אלא שתי גישות נפרדות, שמציגות מסקנות מנוגדות בסוגיות רבות. לאחר התלבטות בחרתי שלא לדון כאן בכל אחת מן האסכולות הללו בנפרד אלא לחלק את הדיון באופן תמטי, וכך בכל פרק נדונה סוגיה מרכזית אחת תוך הצבעה על ההבדלים בצורת הניתוח של הסוגיה על פי כל אחת מן האסכולות. אפתח את הדברים באפיון מפורט מעט יותר של שתי האסכולות הבסיסיות (פרק ב). בעקבות זאת אעבור לדון בהיבטים הקשורים לאופן קבלת הכרעות חברתיות בחמישה מוסדות: הכרעה על ידי הציבור (פרק ג), הכרעה על ידי נבחרי ציבור (פרק ד), הכרעה על ידי המנהל הציבורי (פרק ה) וביקורת שיפוטית והכרה בזכויות חוקתיות (פרק ו). בכל אחד מן הפרקים הללו אציג את עיקרי הטענות התאורטיים הרלוונטיים על פי כל אחת משתי האסכולות ואדגים את יישום התובנות הללו בהתייחס לסוגיות רלוונטיות למשפט הציבורי הישראלי.

2 ז'אן ז'אק רוסו על האמנה החברתית 43-61 (י' אור תרגם, 1996) (1762); JEREMY BENTHAM, ; AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION (1823). עם זאת יש לשים לב שלפי גישתו של בנת'אם כל פרט נדרש, כעניין של חובה מוסרית, לפעול באופן שישא את התועלת המצרפית, ואילו לפי האסכולה השנייה הנידונה כאן, מצופה מן הפרט לפעול לשם השאת תועלתו בלבד.

ב. האסכולות המתחרות: האינטרס הציבורי לעומת ציבור האינטרסים

1. אסכולת "האינטרס הציבורי" (Republicanism)

זרם אחד במסגרת הגישה הכלכלית למשפט ציבורי מתמקד בבחינה כיצד להבטיח שמקבלי ההכרעות החברתיות – הציבור עצמו, נציגיו או גופים לא-נבחרים כמו רשויות מנהל ובתי המשפט – יבססו את החלטותיהם לא על אינטרסים אישיים או כיתתיים אלא על "האינטרס הציבורי". כלומר, תכליתו של המשפט הציבורי להגדיל את הסיכוי שהכרעות חברתיות יתקבלו בדרך שאינה מוטתה (impartial). ההחלטה הרצויה אינה אמורה להיות תוצאה של תהליך מן הסוג שמקובל לכנותו "יד נעלמה", שבו כל אחד מן המשתתפים בהחלטה בוחר בדרך הפעולה המיטבית לקידום האינטרסים האישיים שלו, ושקלול הקולות הוא, בהגדרה, האינטרס הציבורי (למשל, משום שהוא מבטא את ההחלטה המשיאה את התועלת המצרפית של המשתתפים בהחלטה). באסכולה הנדונה כאן הקביעה מהו האינטרס הציבורי אמורה להיעשות בדרך מכוונת, שבה כל אחד מן המשתתפים בהחלטה מחליט לפי מה שנראה לו כדרך הפעולה המיטבית לקידום מה שהוא מאפיין כ"אינטרס הציבורי".

הדגש במסגרת גישה זו אינו דווקא ביש – על מה צריכה להתבסס ההכרעה החברתית – אלא בעיקר באין – על מה אין לבסס הכרעות חברתיות. המענה לשאלה הראשונה מורכב, ואנסה להציע רק ראשית של תשובה לכך. ההנחה (שלרוב אינה מפורשת) היא שההכרעה החברתית אמורה להתבסס על מה שג'ון רולס כינה public reason.³ הכוונה היא שההכרעה תתבסס על תפיסת צדק שהיא חלק ממוסכמות היסוד של החברה. אלה הם עקרונות יסוד אשר הכול מסכימים להם, ולכל הפחות הכול אמורים באופן סביר להסכים להם. עקרונות יסוד כאלה הם בין היתר השאיפה לקדם את רווחת האדם, החובה להתייחס אל כל בני האדם בחברה באופן שווה (באופן שרווחתו של כל אחד מן הפרטים רלוונטית במידה שווה פחות או יותר) והחובה לכבד אילוצים מוסריים, בעיקר האיסור על פגיעה מכוונת באנשים. למשל, כיצד יש להכריע בשאלה אם להעדיף קבוצה מסוימת בחברה בהקצאת משאב כלשהו (למשל פטור משירות בצבא, מימון ציבורי של השכלה גבוהה וכדומה)? התשובה לפי גישה זו היא שיש לשאוף שאיש מן המשתתפים בהכרעה לא יבסס את הכרעתו על ההשתייכות שלו (או של יקירו) לקבוצה הרלוונטית (ולכן ייהנה באופן אישי מן ההחלטה להיטיב עם הקבוצה) או על אי-השתייכותו לה. על המשתתפים בהכרעה להתבסס על שיקולים שכל אדם סביר (כעניין שהוא בעיקר נורמטיבי, ובמידה חלקית בלבד פוזיטיבי) יכול להסכים להם, כגון מהו שיעור הגמול שמגיע לחברי הקבוצה על פעילות ראויה לשבח,

3 .JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 48-54 (expanded ed., 2005).

מהי הדרך הראויה לתיקון עוול שנגרם לבני הקבוצה בעבר, אם ההקצאה צפויה להמריץ אנשים לפעול בדרך רצויה, כיצד לצמצם אי־שוויון בחלוקת הכנסות או להבטיח קיום בכבוד וכדומה. המשתתפים בהכרעה אמנם אינם צפויים להסכים באשר לשאלה מהי ההחלטה הנובעת מן היישום של שיקולים מסוג זה, למשל משום שאינם מסכימים על המשקל היחסי שיש להעניק לשיקולים השונים, אך מיוחסת להם הסכמה שאלה הם סוגי השיקולים שמוצדק לבסס עליהם את ההחלטה.

הגישה הנדונה מייחסת אפוא משקל מכריע לשאיפה שההכרעות חברתיות יהיו מבוססות על עקרונות כלליים של צדק ולא על השאיפה לקדם אינטרסים כיתתיים. היטיב לבטא זאת אחד התומכים הבולטים של העמדה ה"רפובליקאית" (במובן המדיסוני של הביטוי, שעליו אעמוד מיד) באקדמיה המשפטית האמריקאית, פרנק מייקלמן⁴:

What we need, and all we need, is assurance that, whenever political and legislative choices bear upon the basic structural conditions of social citizenship, those choices will be approached by all who take part in them under what Rawls calls a constraint of public reason.

גישה זו מעוררת כמה קשיים: האסכולה הנדונה אינה כוללת התחשבות באילוצים של הוגנות ההליך של קביעת ההכרעה החברתית, בעיקר כיבוד הזכות של כל אחד מן הפרטים בחברה להשתתפות שווה בהכרעות החברתיות. המענה (החלקי) לקושי זה הוא שמימוש הזכות להשתתפות שווה יכול להיעשות לא רק בדרך של מסירת הסמכות לציבור עצמו להחליט בסוגיות קונקרטיות, אלא גם בדרכים עקיפות, כמו אלה המקובלות בדמוקרטיה ייצוגית. קושי שני הוא אפיסטמי במהותו. יש תפיסות צדק מסוימות, ובכלל זה תועלתנות, המבוססות על מצרף של רווחה אנושית, שקיים קושי ליישמן אם ההחלטה אינה מבוססת על תהליך קבלת החלטות של "יד נעלמה". ברגיל, מקבלי החלטות אינם מסוגלים להעריך נכונה מהי ההחלטה הרצויה מבחינה הרווחה החברתית, והיזקקות להכרעה בידי בעלי האינטרסים עצמם, שכל אחד מהם פועל להשאת רווחתו שלו, היא בלתי נמנעת. המענה לקושי זה הוא כפול: ראשית, כפי שנראה בהמשך, גם הכרעות המבוססות על העדפות הפרטים אינן מניבות את התוצאה הרצויה, ובחירה בפרוצדורת הכרעה המניבה קירוב טוב ליעד הרצוי בלתי נמנעת. יש יסוד סביר להניח שדווקא הכרעה המבוססת על הערכה "חיצונית" של התוצאה הרצויה מבחינה חברתית תניב תוצאות טובות יותר. תשובה שנייה

4 Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification*, Lawrence B. Solum, *Public Legal Reason*, 1 OXFORD INT'L J. CONST. L. 13, 32 (2003).
Reason, 92 VA. L. REV. 1449 (2006).

מבוססת על כפירה בהיותו של מצרף של רווחה חברתית אמת מידה ראויה להכרעות חברתיות. זהו המצב אם מקבלים את העמדה שהמדינה, כמו גם כל קבוצה מאורגנת אחרת, כפופה לאילוצים דאונטולוגיים (מוסריים) שונים: אילוצים הקשורים לשוויון ברווחה אנושית ולהבטחת מינימום של רווחה אנושית לכול ואילוצים באשר לדרכי הפעולה המותרות לשם השגת רווחה מרבית, כגון איסור על פגיעה מכוונת ואקטיבית באנשים. אילוצים אלה אינם צפויים בהכרח לבוא לידי ביטוי בהכרעות שבהן כל פרט בוחר באופן הצפוי להשיא את רווחתו, ומכאן הצורך במנגנוני הכרעה מן הסוג הנתמך על ידי אסכולה זו.

2. אסכולת "ציבור האינטרסים" (Pluralism)

אסכולה זו מבוססת על הקביעה שעל החלטות חברתיות להתבסס על אמת מידה תוצאתית טהורה, שעניינה השאת סך התועלות של כל האנשים בחברה, כלומר השאת הרווחה החברתית. זוהי כמובן קביעה שנויה במחלוקת בשל ההתעלמות הנובעת ממנה מאילוצים דאונטולוגיים ומשיקולים חלוקתיים, אך בהסתמך על נקודת המוצא הזו, אסכולה זו עוסקת בעיקר בשאלה מהן הדרכים המיטביות להבטיח את השגת היעד הזה. כלומר, ההנחה היא שתכליתו של המשפט הציבורי היא להבטיח שההכרעות החברתיות יהיו תוצאה של צירוף האינטרסים האישיים של הציבור.

התחושה הבסיסית היא חשדנות כלפי מקבלי החלטות ריכוזיים. טעם אחד לכך הוא החשש שמניעיהם של מקבלי החלטות כאלה עלולים להיות נפסדים, בין משום שהם ינהגו בשחיתות ויעדיפו לקדם את האינטרסים האישיים שלהם, ובין משום שיבקשו לפעול לפי אמת מידה לקידום הטוב החברתי השונה מזו שבה תומך הציבור. טעם שני לכך הוא ההערכה שמקבל החלטה ריכוזי צפוי להתקשות להשיג את המידע הנחוץ לשם הערכה מהי ההחלטה הצפויה להשיא את הרווחה החברתית.⁵ משום כך הדרך המיטבית להכרעות חברתיות היא באמצעות תהליך ספונטני. ביסוד אסכולה זו מונחת ההנחה "האינטרס הציבורי" אינו אלא אוסף של האינטרסים האישיים של הפרטים בחברה (תוך התחשבות לא רק במספר האנשים המעדיפים תוצאה מסוימת אלא גם ב"עצמת ההעדפה" של כל אחד מהם). מנגנון ההכרעה המיטבי הוא אפוא זה שצפוי להניב החלטות חברתיות שמבטאות במידה הרבה ביותר את ההגדרה הזו של האינטרס החברתי. במסגרת זו השאיפה היא לגרום

5 בהקשר קרוב הוצעה המטפורה שלפיה לעתים הבעיה היא שמקבלי ההחלטות אינם מלאכים, קרי שוחרי טוב, ולעתים שאינם אלוהים, קרי יודעי כול. Larry Alexander, *Judicial Review and Moral Rights*, 33 QUEEN'S L. J. 1 (2007).

שמקבלי החלטות יכריעו דווקא על פי האינטרס האישי שלהם (או של הקבוצה שהם מייצגים) ולא על יסוד מה שנראה בעיניהם כמבטא את האינטרס הציבורי. האפשרות האחת היא הסתמכות על השוק החופשי באמצעות מסחור (קומודיפיקציה) של מוצרים ושירותים רבים ככל האפשר. הטענה היא שיש לאפשר לאנשים להעריך בעצמם מהי התועלת שהם מצפים להפיק מצריכת המוצרים השונים ולבטא את הערכתם זו באמצעות הקביעה מהו הסכום המרבי שכל אחד מהם מוכן לשלם בעבור המוצר.⁶ דרך זו מונעת את הצורך בהערכות חיצוניות, העלויות להיות מוטות, של התועלת שמפיק כל אחד ואחד מן הפרטים מן המוצר.⁷ ביטוי התועלת בערכים כספיים מאפשר לתרגם את המושג "תועלת" למונחים אובייקטיביים, בני השוואה, בין פרטים שונים. מכאן העמדה העקרונית השוללת הספקת מימון ציבורי למוצרים (כלומר, מימון ההספקה מכספי מסים, הנגבים ללא קשר לצריכת המוצר)⁸ ותמיכה בגביית "דמי שימוש" (user-fees) תמורת הספקת שירותים ומוצרים על ידי גופים ציבוריים. אשר למקרים שבהם מוצדקת הספקת מוצר במימון ציבורי (אלה הם המקרים שבהם מדובר במוצרים ציבוריים) פותחו מודלים לגילוי העדפות הציבור באמצעים שנועדו לדמות את פעולת השוק החופשי, בעיקר באמצעות הערכה של נכונות לשלם.⁹ למשל, ההחלטה אם להקצות מימון ציבורי לסלילת כביש מסוים צריכה להתבסס על סקר בדבר הסכום שכל משתמש בכוח בכביש נכון לשלם תמורתו, ובדרך זו להעריך אם יש הצדקה לסלילת הכביש, בהתחשב בעלות המיזם (פרויקט). במקרים שבהם אי אפשר להסתמך על השוק החופשי ועל מחירים, אסכולה זו דוגלת בעמדה שהמערכת הפוליטית צריכה להיות דומה ככל האפשר למערכת השוק.¹⁰ יש לאפשר לכל אחד מן האנשים הצפויים להיות מושפעים מן ההחלטה לבטא את עמדתו באופן שיבטיח במידה הרבה ביותר האפשרית שכל אחד מהם יבטא במידה מדויקת ככל האפשר את התועלות שלו. כלומר, השאיפה היסודית היא שהמצביעים יצביעו על פי האינטרסים

6 חסידי גישה זו מרבים להשתמש בהקשר זה בשאלה (הרטורית) "who knows best?" כאשר לצרכים ולתועלות של כל אחד ואחד מהפרטים בחברה – הפרט עצמו או רשות תכנון מרכזית. ראו למשל, PAUL BURROWS & CENTO G. VELJANOVSKI, THE ECONOMIC APPROACH TO, LAW (1981), Ch. 1. ראו גם Ronald A. Cass, *Privatization: Politics, Law and Theory*, 71 MARQ. L. REV. 449, 466 (1988).

7 למשל, מילטון פרידמן ורוז פרידמן *החופש לבחור: עיקרי הכלכלה החופשית* (1988).

8 למשל, פרידריך האייך *הדרך לשעבוד* 43 (1998) (1944) ("ההכרה ביחיד כשופט העליון של מטרותיו, האמונה שבמידת האפשר צריכות השקפותיו שלו לכוון את מעשיו, היא-היא תמצית העמדה האינדיבידואליסטית").

9 ראו להלן, הטקסט שאליו נלווית הערה 29 ואילך.

10 דובר קלסי של הגישה המצביעה על הדמיון שבין המערכת הפוליטית לבין השוק החופשי הוא שומפטר. JOSEPH SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY 250-302 (1975).

האישיים שלהם, וכלל ההכרעה החברתית שיוחל – למשל הכרעה לפי עמדת הרוב – אמור להניב את התוצאה שמיאיה את הרווחה החברתית. במקרים מתאימים, לשם הבטחת תוצאה זו, יש לאפשר למצביעים "לסחור" בקולותיהם (logrolling) כדי להעשיר את המידע שיכול כל מצביע למסור. משמעות הדבר שבמקום מידע בינארי – האם המצביעה תומכת בהצעה מסוימת או מתנגדת לה, היא יכולה לבטא את עצמת ההעדפה שלה, ולפיכך בקירוב את עצמת התועלת שהיא מצפה להפיק (או הנזק) באמצעות קביעת מחיר, בכסף או במתן קולה בהצבעה אחרת, שתמורתו תהא מוכנה למכור את קולה או לרכוש את קולו של אחר. אחת ההשלכות של גישה זו היא לעניין ההערכה בדיעבד של תוצאות ההצבעה. לפי האסכולה הראשונה, אסכולת האינטרס הציבורי, כל אחד מן המשתתפים מבטא את עמדתו באשר לאינטרס הציבורי, כלומר באשר לשאלה מה נובע מיישומו של "הרצון הכללי" בנסיבות הרלוונטיות. משום כך המשתתפים בהחלטה עוסקים בניסיון לשכנוע הדדי. תוצאות ההצבעה הן בבחינת הצהרה ערכית בדבר העדפת עמדת הרוב על פני עמדת המיעוט. לעומת זאת באסכולה הנדונה כאן ההכרעה אינה אלא דיווח על השפעת ההחלטה על רווחת הפרטים. אין נדרשים במסגרתה הנמקה וניסיון לשכנוע הדדי. העובדה שמצביעים מסוימים נותרו במיעוט אינה מבטאת טעות שלהם בהערכת האינטרס הציבורי, ובמובן זה, כך הטענה, היא מבטאת כיבוד ראוי של כל המשתתפים בהצבעה.¹¹

מאפיין חשוב של ההבדל בין הגישות הוא לעניין תחולתם של אילוצים מוסריים על הכרעות חברתיות, ובכלל זה הכרה בזכויות יסוד חוקתיות. כאמור לעיל, באסכולת האינטרס הציבורי המשתתפים בהצבעה אמורים להתחשב באילוצים שכאלה בעת גיבוש עמדתם. מכאן נובעת מידה פחותה של לגיטימיות של התערבות בהחלטות של הציבור או של נציגיו, למשל בדרך של ביקורת שיפוטית. לעומת זאת באסכולת ציבור האינטרסים ההנחה היא שהמצביעים אינם מתחשבים בשיקולים מסוג זה, ואם מכירים בתוקפם של אילוצים כדוגמת זכויות חוקתיות, קיימת מידה רבה יותר של לגיטימיות להגבלת כוחו של הרוב בדרך של ביקורת שיפוטית.¹² אגב, אחת התשובות המוצעות לטענה זו היא שבמקרים לא מעטים לציבור יש "העדפות לאילוצים", כלומר הציבור מפיק תועלת מכיבוד זכויות (וסובל נזק, גם אם לא כספי, מהפרתן), ולפיכך הכרעות חברתיות צפויות ממילא לבטא התחשבות באילוצים כאמור.¹³ אך ספק אם תשובה זו מתאימה, משום שאין זה ברור שהאילוצים מתבטאים במלואם בהעדפות הפרטים (לעתים הצורך בזכויות חוקתיות מתעורר דווקא בשל

11 לעמדה ברוח זו ראו וולדרון, לעיל הערה 1, בעמ' 109.

12 עם זאת תיתכן גם טענה הפוכה, שלפיה דווקא במערכת רפובליקאית יש לגיטימיות רבה יותר לבית משפט לבחון אם ההכרעות השלטוניות מקדמות את האינטרס הציבורי, שהרי רק בתפיסה כזו, להערכה של נבחרי הציבור אין בהכרח יתרון על פני ההכרעה השיפוטית.

13 RICHARD O. ZERBE JR., ECONOMIC EFFICIENCY IN LAW AND ECONOMICS 24-25 (2001)

היעדר הפנמה שכזו),¹⁴ ומשום שספק אם תשובה זו עולה בקנה אחד עם ההצדקה היסודית להסתמכות על הצבעת האנשים עצמם – מתן ביטוי לאינטרסים האישיים שלהם.¹⁵ אך שתי הבעיות הבסיסיות הנוגעות לשתי האסכולות הללו, שיבואו לידי ביטוי במהלך הדיון בפרק זה, הן אלה: האחת, אין בידינו מידע ברור כיצד פועלים המצביעים, הציבור הרחב או נציגיו – אם הם מבססים את עמדותיהם על האינטרסים האישיים או הכיתתיים שלהם או על הערכתם מהו האינטרס הציבורי. בהיעדר ממצאים ברורים בהקשר זה אין בספרות האקדמית הכרעה ברורה בין שתי האסכולות.¹⁶ בחירתם של החוקרים לבסס את הדיון על אחת האסכולות נעשית בעיקר על יסוד טעמים אידאולוגיים באשר לאמות המידה הראויות להכרעות חברתיות. בעיה שנייה, שאף לה אין פתרון מוסכם, היא מהי פרודות ההכרעה המאפשרת לצרף בצורה המיטבית את קולותיהם של הבוחרים, בין שאלה האינטרסים האישיים שלהם ובין שזו תפיסת הצדק שלהם.

ג. הכרעה על ידי הציבור

נקודת המוצא לדיון בדרכים שונות להכרעות חברתיות היא הכרעה על ידי הציבור. במדינות מסוימות אמנם מקובל להכריע בסוגיות מסוימות בדרך של "משאל עם", אך כידוע אין זו הדרך המקובלת לקבלת החלטות בדמוקרטיה מודרנית, בוודאי לא כדרך להכרעה במגוון הרחב של הנושאים שבהם נחוצה הכרעה חברתית. עם זאת הדיון במאפייניה של הכרעה על ידי הציבור מספק תשתית הכרחית לדיון במגוון הרחב של הסוגיות המתעוררות במשפט חוקתי.

הדיון כולל שני חלקים: בראשון אדון בשאלה על מה מבססים אנשים את הצבעתם – האם אנו בוחרים לפי מה שנראה לנו כצפוי לקדם את האינטרסים האישיים או הכיתתיים

- 14 EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY 27-29 (2011).
- 15 ביקורת דומה יפה גם להצעה להשמיט מחישוב הרווחה החברתית העדפות שהן "בלתי מוסריות". להצעה כזו ראו MATTHEW D. ADLER & ERIC A. POSNER, NEW FOUNDATIONS OF COST-BENEFIT ANALYSIS 129-130 (2006).
- 16 מבין ספרי היסוד בתחום אפשר לאפיין את שני הספרים האלה כנטועים בעיקר במה שמכונה כאן אסכולת האינטרס הציבורי: DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE – A CRITICAL INTRODUCTION (1991); JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE – USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW (1997), ואת שני הספרים האלה כמבטאים במידה רבה את מה שמכונה כאן אסכולת ציבור האינטרסים: ROBERT D. COOTER, THE STRATEGIC CONSTITUTION (2000); DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE III (2003).

שלנו או לפי מה שנראה לנו כמבטא את האינטרס הציבורי? בחלק השני אציג את עיקרי התובנות שפותחו בספרות הכלכלית באשר לדרכים לסיכום ההעדפות של ציבור אנשים, ובכלל זה שתי תאורמות מפורסמות: "משפט Condorcet" ו-"משפט אי-האפשרות של Arrow". הדיון המובא כאן כולל יסודות תאורטיים אך הוא גם בעל השלכות יישומיות לא מעטות בעולם המשפט. אלה בין יתר הסוגיות המשפטיות שיידונו כאן: חוקיותה של הקביעה שהכרעות מסוימות ייקבעו בדרך של "משאל עם", חוקיותה של קביעת כללי הכרעה "על-רוביים", הטלת חובה להצביע בבחירות ועוד.

1. מה מבטא הציבור בהצבעתו?

האם המצביעים מבססים את הכרעתם בעיקר על האינטרסים האישיים שלהם (כפי שרצוי לפי אסכולת ציבור האינטרסים) או דווקא על תפיסת הצדק המנחה אותם (כפי שרצוי לפי אסכולת האינטרס הציבורי)? נקודת פתיחה מקובלת לדיון זה היא טיעונו של ג'יימס מדיסון בציבור שפורסם בשנת 1787 ואשר נודע כ"פדרליסט מס' 10", ובו ביקש מדיסון לשכנע את הציבור לכונן דמוקרטיה ייצוגית ("רפובליקאית"):

אי-היציבות, אי-הצדק והבלבול החודרים למועצות הציבוריות [שבדמוקרטיה ישירה – ב"מ] הם המחלות הקטלניות שהביאו את הקץ על ממשלות עממיות באשר הן... אלה הן ודאי פועל יוצא... מרוח הפלגנות שהכתימה את מוסדות הציבור שלנו. כשאני מדבר על פלג, או סיעה, כוונתי למספר אזרחים, בין שהם רוב ובין שהם מיעוט בתוך הכלל, המאוחזים והפועלים מכוח דחף משותף של להט פנימי או של אינטרס המנוגד לזכויות של אזרחים אחרים או לאינטרסים הקבועים והכלליים של הציבור... הרפובליקה, ובזה כוונתי לשלטון שמתקיימת בו שיטת הייצוג, פותחת לפנינו סיכוי [לריפוי הפגמים שב]דמוקרטיה צרופה... ההבדל הגדול בין דמוקרטיה לרפובליקה [הוא] האצלת השלטון, בזו האחרונה, למספר קטן של אזרחים הנבחרים על-ידי השאר... תוצאת ההבדל [הזה] היא עידון והרחבה של השקפות הציבור בשל העברתן במסגרת של גוף נבחר של אזרחים, שחוכמתם יכולה להיטיב לעמוד על האינטרס האמיתי של מולדתם, ואשר אהבת המולדת ואהבת הצדק שלהם מקטינות עד מאוד את הסכנה שיקריבו אינטרס זה לטובת שיקולים ארעיים או זרים. התזה הזו, שנודעת כיום כתזה המדיסונית, כוללת למעשה שני סוגים של טיעונים: האחד הוא נורמטיבי, והוא כאמור משותף לגישות הנכללות באסכולת האינטרס הציבורי: מוטב שמקבלי ההחלטות לא יקדמו אינטרסים של קבוצות מסוימות בחברה אלא יחליטו לפי מה שנראה להם האינטרס הציבורי. ההיבט האמפירי של התזה המדיסונית קובע שמסירת סמכות ההכרעה לנציגי הציבור ולא לציבור עצמו מגדילה את הסיכוי שההכרעה תתבסס על מה שנתפס בעיני מקבלי ההחלטה כמקדם את האינטרס הציבורי ולא על אינטרסים צרים. מובן שמלבד הציבור ונבחריו קיימים מועמדים נוספים לשמש מקבלי ההחלטה – "מועצות חכמים" שונות, בעיקר המנהל הציבורי והרשות השופטת – ובשנים

האחרונות גוברת בספרות האקדמית (וכנראה גם בציבור הרחב) תחושת ייאוש מכך שהציבור הרחב או נציגיו יצליחו להתעלות מעל לאינטרסים הצרים שלהם וכריעו על פי תפיסות צדק כלליות.¹⁷ גם אם יש ממש בהערכות עגומות אלה (ואינני בטוח בכך כלל), יש בכל זאת חשיבות להשוואה בין דמוקרטיה ישירה לבין דמוקרטיה ייצוגית בהיבט הנדון כאן של מידת המחויבות לעיקרון של public reason, ובפרק זה אתמקד כאמור בדמוקרטיה ישירה.

סוגיה אחת עוסקת במידע שבידי המצביעים. מקובל לסבור שהבעיה העיקרית במסירת סמכות ההכרעה לציבור היא החשש שאין בידי הציבור מידע מספיק, ואין לו תמריצים מספיקים להשקיע מאמצים ומשאבים בהשגת המידע הרלוונטי, ושהציבור הרחב נתון במידה רבה יחסית להטיות קוגניטיביות ולמניפולציות רטוריות. חשש זה גדול בעיקר במסגרת אסכולת האינטרס הציבורי, שבה השאיפה היא שהמצביעים יכריעו על פי תפיסת צדק כללית. אגב, חשש זה הוא אחד הטעמים המוצגים לעתים נגד אכיפת חובה משפטית להצביע: אפשר לאכוף על כל אזרח להצביע, אך בלתי אפשרי להבטיח שיצביע הצבעה מושכלת. אם קיים מתאם חיובי בין הנכונות להצביע לבין המידע שברשות הבוחרים-בכוח, הרחבת מספר המצביעים באמצעות איום בהטלת סנקציות תגרום שהמצביעים הנוספים יהיו בעלי מידע חלקי ואולי אף מוטה.

הסוגיה העיקרית היא כאמור כיצד אנשים מצביעים. לפי אסכולת האינטרס הציבורי, מסירת סמכות ההכרעה לציבור היא בלתי רצויה אם נכונות ההערכות שהמשתתפים בהצבעה צפויים להכריע על פי האינטרסים האישיים או הכיתתיים שלהם (או שהסיכוי שיעשו כן גבוה מזה שכך יקרה אם ההכרעה תימסר לנציגים). לעומת זאת לפי אסכולת ציבור האינטרסים, הבעיה מתעוררת דווקא אם מתברר שהציבור נוטה לבסס את הכרעותיו על הערכתו מהי התוצאה הרצויה מבחינת האינטרס הציבורי (וזאת אפילו אם אמת המידה המנחה אותו היא הנכונה לפי אסכולה זו, קרי מקסום הרווחה החברתית) ולא על פי מה שנראה לכל אחד מן המצביעים כמקדם את האינטרס האישי שלו.

17 ביטוי מובהק לכך ניתן בכותרת ספרו של MASHAW, אחד הספרים המשפיעים ביותר בתחום הניתוח הכלכלי של משפט חוקתי: GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE. הביטוי "תוהו ובוהו" מכוון לחוסר היכולת לזהות את תוכנו של האינטרס הציבורי, ובו אדון בתת-הפרק הבא; הביטוי "תאוות בצע" מכוון לסוגיה הנדונה כאן ולהשתלטות "קבוצות אינטרסים" על ההליך הפוליטי. Olson אף הגדיל לעשות בטענתו הידועה שהדמוקרטיה המודרנית, ובראשן ארצות הברית, הן בתהליך שקיעה, וזאת בשל השפעתן ההרסנית של קבוצות אינטרסים על המערכת הפוליטית. MANCUR OLSON, THE RISE AND DECLINE OF NATIONS: ECONOMIC GROWTH, STAGFLATION, AND SOCIAL RIGIDITIES (1982).

לא מפתיע שממצאי המחקרים הרבים מאוד בשאלה כיצד (ומדוע) אנשים מצביעים אינם חד־משמעיים. אם מקבלים את ההנחה שאנשים צפויים לפעול באופן "רציונלי", כלומר באופן שמשא את רווחתם, סביר שאופן ההצבעה אכן יהיה על פי התחזית הפסימית של מדיסון, כלומר על פי אינטרסים אישיים וכיתתיים. חשאיית הבחירות עלולה לגרום שמנגנונים חברתיים שפועלים לריסון הנטייה של אנשים לפעול לשם קידום האינטרסים האישיים שלהם אינם יעילים. יתר על כן, האנונימיות של ההצבעה גורמת שאיש מבין המשתתפים בהחלטה אינו נושא באחריות לתוצאות ההחלטה. אין מחויבות לעקיבות (קונסיסטנטיות), להתחשבות באחרים, לחובה לנמק את אופן ההצבעה. בכך שונה ההכרעה במסגרת דמוקרטיה ישירה מזו שבדמוקרטיה ייצוגית, שם הצבעת הנציגים גלויה, ואפשר להניח שקיימת לפחות מידה מסוימת של תחושת אחריות אישית של כל אחד מן המשתתפים בהצבעה באשר להחלטה ומידה מסוימת של מחויבות לעקיבות בהכרעות. אחת הבעיות הנוגעות לעמדה זו היא כיצד אפשר ליישב את ההנחה שהמצביעים פועלים באופן רציונלי עם ההערכה שמצביע רציונלי אינו צפוי כלל להשתתף בהצבעה. כידוע, בבחירות שבהן משתתפים מיליוני אנשים, הסיכוי שקולו של מצביע מסוים יהיה מכריע הוא כמעט אפס (או באופן הבוטה שבו מקובל לנסח זאת, ההסתברות שקולו של אדם מסוים יהיה מכריע נמוכה מן ההסתברות שהוא ייהרג בתאונת דרכים בדרכו למקום ההצבעה).¹⁸ אפשרות אחת היא שאנשים מצביעים פשוט משום שהם טועים לחשוב שהצבעתם עלולה להיות מכרעת (או שהם מייחסים משקל גבוה במיוחד לאפשרות, אף שהיא קלושה, שלא יצביעו וכדיעבד יתברר שהצבעתם הייתה יכולה להיות מכרעת).¹⁹ ראייה לכך אפשר ללמוד מן העובדה שבהצבעות שבהן יש יותר משתי חלופות (כגון בחירה בין יותר משני מועמדים למשרה מסוימת), אנשים רבים נוטים להצביע באופן אסטרטגי: לא אחת, כאשר אנשים מעריכים שהחלופה המועדפת עליהם אינה צפויה לזכות לתמיכת הרוב, הם חוששים "לבזבז את קולם" ומצביעים בעד חלופה אחרת, שסיכויי הזכייה שלה גבוהים יותר, אף שלמעשה קולם ממילא אינו צפוי להשפיע.²⁰ אם כך, ספק אם אפשר ללמוד מעצם

18 לסקירת הספרות הרבה בנושא זה ראו למשל John H. Aldrich, *When Is It Rational to Vote?* in PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 373 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

19 זוהי אסטרטגיית הידועה בתורת המשחקים כ־minimax-regret. למשל, André Blais et al., *Do People Vote on the Basis of Minimax Regret?*, 48 POLITICAL RESEARCH QUARTERLY 827 (1995).

20 תופעה זו מכונה בספרות "משפט Duverger", שלפיה במערכת בחירות שבה מי שמקבל את מספר הקולות הרב ביותר הוא הזוכה במשרה (כפי שהיה למשל בעת שנהגו בישראל הבחירות הישירות לראשות הממשלה), יעמדו בסופו של דבר לבחירה רק שני מועמדים. לדיון בטענה זו ובהיבטים אחרים של התנהגות אסטרטגית של בוחרים ראו GARY W. COX, MAKING VOTES COUNT: STRATEGIC COORDINATION IN THE WORLD'S ELECTORAL SYSTEMS (1997). זהו

ההחלטה של אנשים להצביע על תוכן ההצבעה שלהם – אם הוא מונע מאינטרסים אישיים או משאיפה לקדם את האינטרס הציבורי.

יש הסבורים שהעובדה שאנשים רבים מצביעים מלמדת שהמניע העיקרי להצביע אינו השאיפה להגדיל את הסיכוי שתוצאות ההצבעה יקדמו את האינטרסים האישיים של המצביע. המניע הוא תחושת אחריות חברתית שבהשתתפות בהצבעה. המצביעים מפיקים תועלת מן הביטוי שהם נותנים להעדפותיהם (או מבקשים להימנע מן העלות שייאלצו לספוג אם לא יצביעו עקב ביקורת חברתית נגדם), כלומר מדובר ב"מעשה אקספרסיבי". על סמך זה אפשר אולי להסביר את ההצלחה המועטה למדי של השימוש בהצבעות מרחוק, למשל באמצעות האינטרנט. אפשרות קרובה היא שהאזרחים מצביעים משום שהם מכירים בחובה מוסרית לעשות כן, בדומה לחובה להשתתף במימון ההספקה של מוצר ציבורי (שכן ההכרעה בסוגיה בדרך דמוקרטית, בבחירות שבהן משתתף שיעור גבוה מבין בעלי זכות הבחירה, היא "מוצר ציבורי").²¹ מכאן אפשר אולי להסיק מסקנות גם באשר לתוכן ההצבעה. למשל, אם אנשים מפיקים תועלת מעצם כך שהם מבטאים, בדרך של הצבעה, את העדפותיהם באשר להכרעה החברתית, סביר להניח שהם מפיקים תועלת גם מהצבעה לפי תפיסות הצדק שלהם ולא רק מהצבעה לפי האינטרסים האישיים שלהם.

במחקרים שונים נמצא כי הפרטים מבטאים שתי מערכות שונות של העדפות – העדפות כ"צרכנים" בתחומים שבהם הם נדרשים לבטא את העדפותיהם בנכונות לרכוש מוצרים שבהם מניעיהם הם בעיקר השאיפה להשאת תועלתם; העדפות כ"אזרחים" בתחומים שבהם הם נדרשים לבטא את העדפותיהם בדרך ההצבעה שלהם, ושבהם הם מעדיפים לתת ביטוי לתפיסת הצדק העקרונית שבה הם דוגלים.²² יתר על כן, כמה וכמה ניסויים הראו

יתרון חשוב של בחירות ארציות-יחסיות, שבהן הצבעה אסטרטגית נדירה יותר, וחסרון של ההצעה לקבוע מראש שתפקיד הרכבת הממשלה יוטל על ראש הרשימה שזכתה במספר הקולות הגדול ביותר.

21 לסקירת הספרות הרבה העוסקת בניסיון להסביר את שיעורי ההצבעה הגבוהים המקובלים בדמוקרטיות, העומדים בניגוד להערכה כי פרט רציונלי צפוי להימנע מלהשתתף בהצבעה שבה קיים סיכוי זניח שקולו יכריע ("the paradox of voting"), ראו Mueller, לעיל הערה 16, בעמ' 348-369.

22 ראו למשל Amartya K. Sen, *Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory*, 6 PHIL. & PUB. AFF. 317 (1977); Amitai Etzioni, *The Case for a Multiple-Utility Conception*, 2 ECON. & PHIL. 159 (1986); RUSSELL HARDIN, COLLECTIVE ACTION 105-107 (1982); DONALD P. GREEN & IAN SHAPIRO, PATHOLOGIES OF RATIONAL CHOICE THEORY 47-71 (1994). לסקירה ביקורתית של טיעונים ברוח זו, ולהסבר חלופי לפער בין התנהגות הפרטים כ"צרכנים" לבין התנהגותם כ"אזרחים" שאינו מחייב הנחה כי לפרטים שתי מערכות נפרדות של העדפות, ראו Daphna Lewinsohn-Zamir, *Consumer Preferences, Citizen Preferences, and the Provision of Public Goods*, 108 YALE L. J. 377 (1998).

שההערכה של אדם שהצבעתו אינה צפויה להיות מכרעת מגבירה את נטייתו להצביע על פי תפיסת הצדק הכללית המנחה אותו, ולא על פי האינטרס האישי שלו.²³ יש הסבורים שזהו ההסבר לכך שבמדינות דמוקרטיות רבות הציבור אינו בוחר בעמדות – או אפילו בנציגים – שיקדמו את האינטרסים של בעלי ההכנסות הנמוכות, אף שלא לה רוב מכריע בקרב ציבור המצביעים. המצביעים מונעים מתחושות צדק (אמתיות או כוזבות) באשר לגיטימיות של התערבות המדינה בחלוקת העושר בחברה, ומצביעים אפוא בניגוד לאינטרסים האישיים שלהם.²⁴

קשה להכריע במחלוקת האמפירית הזו, וסביר להניח שאין מקום למסקנות גורפות. גם אין זה בלתי סביר להניח שאנשים לא מעטים נוטים להעדיף, ולו באופן לא מודע, תפיסות צדק כלליות שיישומן עולה בקנה אחד עם האינטרסים האישיים שלהם (למשל בתחומים כמו העדפה מתקנת, העברת עושר מעשירים לעניים, היקף ההגנה על חירויות יסוד ועל קבוצות מיעוט וכדומה). חרף זאת ייתכן שאפשר להניח שנטיותם של מצביעים להעניק קדימות לאינטרסים האישיים שלהם על חשבון מה שנתפס בעיניהם כאינטרס הציבורי גדולה יותר ככל שהאינטרס האישי הוא בעל חשיבות רבה יותר ובעל השלכות קרובות יותר.²⁵

להבחנה הזו בין מערכות שונות של העדפות ייתכנו כמובן גם השלכות נורמטיביות. ביטוי מובהק לכך ניתן על ידי וולצר: MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1983).

23 ראו, למשל: Alan Hamilt & Colin Jennings, *Expressive Political Behaviour: Foundations, Scope and Implications* (working paper, 2009); Timothy Feddersen, *Sean Gailmard & Alvaro Sandroni, Moral Bias in Large Elections: Theory and Experimental Evidence*, 103 AM. POL. SC. REV. 175 (2009); Moses Shayo & Alon Harel, *Non-Consequentialist Voting* (working paper, 2011).

24 לדיון בהסברים שונים לתופעה זו ראו, למשל, Alberto Alesina et al., *Why Doesn't the United States have a European-Style Welfare State?*, 2 BROOKINGS PAPERS ON ECON. ACTIVITY 187 (2001). להערכה הפוכה ראו אלכסיס דה-טוקוויל המשטר שהיה והמהפכה (תרגמה ע' צמח, 1962), שהעריך, עוד במאה התשע-עשרה, שהעלייה במספר ובשיעור המצביעים הובילה לכך ש"מספר הבוחרים על-פי אינטרסים ייחודיים עלה בעוד שמספר הבוחרים על בסיס דעה פוליטית פחת... [נוצר] פיתוי למי שנהנה מזכויות פוליטיות לעשות בהן שימוש אך ורק למען האינטרסים האישיים שלו".

25 Elster הצביע בהקשר זה על התפקיד המחנך שיש לצורך לנמק הכרעות, וכינה זאת "the civilizing force of hypocrisy". Jon Elster, *Deliberation and Constitution making*, in DELIBERATIVE DEMOCRACY 97, 111 (Jon Elster ed., 1998): "Generally speaking, the effect of an audience is to replace the language of interest by the language of reason and to replace impartial motives by passionate ones. The presence of a public makes it especially hard to appear motivated merely by self-interest".

אנסה להדגים בקצרה כמה יישומים אפשריים של טיעונים מסוג זה: יישום אחד הוא בתחום ההחלטה לאילו מוצרים ושירותים יש להעניק מימון ציבורי והחלטות בדבר מיסוי. העיקרון בדבר "אין מיסוי ללא ייצוג" (no taxation without representation) מבטא את השאיפה להבטיח כי כספי המסים הנגבים מן הציבור ישמשו למימון פעילויות המקדמות את הרווחה החברתית ולא לשם קידום אינטרסים צרים של גורמי השלטון.²⁶ עם זאת הענקת סמכות ההכרעה לציבור מעוררת קושי ניכר.

ככל שמדובר באסכולת האינטרס הציבורי, החשש הוא שהמשתתפים בהצבעה יקבעו את עמדתם לא רק על סמך תפיסת הצדק המועדפת עליהם ואשר קובעת לאילו מוצרים יסופק מימון ציבורי ומה תהא מדיניות המיסוי, אלא גם – ושמה בעיקר – על השפעת ההחלטה על האינטרסים האישיים שלהם. הספקת מימון ציבורי למוצר מסוים משמעה "רווח" או "הפסד" נטו לכל אחד ואחד מן המשתתפים בהצבעה: פרטים עשויים לצפות כי הספקת מימון ציבורי למוצר המסוים תשפר את מצבם לעומת הימנעות מכך, וזאת למשל משום שהם צפויים להפיק תועלת מצריכת המוצר, ושיעור המס שיוטל עליהם צפוי להיות נמוך מן המחיר שהיו נדרשים לשלם תמורת המוצר בשוק חופשי. בדומה לכך, פרטים אחרים עשויים לצפות כי מימון ציבורי דווקא ירע את מצבם.²⁷ למשל, הצעה למתן מימון ציבורי לפעוטונים צפויה לזכות לתמיכה של הורים לפעוטות ולהתנגדות של אחרים. זו תופעה שבאה לידי ביטוי גם במישור המעין-פרטי, למשל באשר להקצאת כספי ועד הבית המשותף למימון התקנת מעלית. אפילו אם הפרטים צפויים לבסס את הכרעתם בעיקר על תפיסת צדק כללית, עדיין יש קושי בדרך הכרעה זו: עמדתה של כל מצביעה היא שילוב של שתי הכרעות נפרדות: תפיסת הצדק המועדפת עליה וההערכה האמפירית שלה באשר לתוצאות הנובעות מיישומה של תפיסה זו באשר לסוגיה הקונקרטית העומדת לדיון. משום כך קיים קושי ללמוד מתוך תוצאות ההצבעה מהי תפיסת הצדק שמעדיף הציבור. פתרון אפשרי לקשיים אלה הוא פנייה אל הציבור לשם קבלת הכרעה עקרונית בשאלה מהי "החוקה הכלכלית" של המדינה (או הקהילה האחרת הרלוונטית, כגון הרשות המקומית, הבית המשותף וכדומה). הכרעתו של הציבור צריכה להיעשות, במידה רבה ככל האפשר,

26 לדיון במהותו של עיקרון זה ראו למשל Kirk J. Stark, *The Right to Vote on Taxes*, 96 NORTHWESTERN U. L. REV. 191 (2001). המחבר סוקר שם הוראות בחוקות של מדינות בארצות הברית שלפיהן החלטות של רשויות מקומיות בדבר העלאת מסים חייבות לזכות באישור במשאל עם של תושבי הרשות המקומית.

27 להערכה ברוח זו ראו למשל William H. Oakland, *Theory of Public Goods*, 2 HANDBOOK OF PUBLIC ECONOMICS 485, 528 (Alan J. Auerbach & Martin Feldstein eds., 1987); RICHARD A. MUSGRAVE & PEGGY B. MUSGRAVE, *PUBLIC FINANCE IN THEORY AND PRACTICE* 71 (5th ed., 1989).

“מאחורי מסך של בערות”, כפי שיפורט מיד, באופן שיגדיל את הסיכוי שעמדותיהם של הפרטים יבטאו תפיסת צדק כללית שלהם ולא יישומה בהחלטות קונקרטיות בדבר הספקת מימון ציבורי למוצר כלשהו או בדבר מדיניות המיסוי.²⁸

ככל שמדובר באסכולת ציבור האינטרסים, המסקנה יכולה להיות שונה. בהנחה שהמציבים צפויים לבסס את הכרעתם על השאלה אם הספקת המוצר במימון ציבורי תשפר את רווחתם, ההכרעה בעד או נגד הספקת מימון ציבורי למוצר מסוים מספקת מידע רלוונטי. אולם היות שלהחלטות מסוג זה ממד חלוקתי מובהק, הכרחי להוסיף מנגנונים להשלמת ההצבעה. ביסודם של מנגנונים אלה יצירת זיקה בין עמדתו של משתתף בהצבעה באשר לשאלה אם לספק מימון ציבורי למוצר מסוים לבין חלקו בנטל המימון, כלומר שיעור המס שיוטל על אותו פרט אם אמנם יוחלט לספק למוצר מימון ציבורי. למשל, לפי גישתו של Wickcell, ההכרעה אם יש לספק מימון ציבורי למוצר אינה צריכה להתבסס על הכרעת הרוב אלא על הבחינה אם צירוף הסכומים שהמשתתפים בהצבעה מוכנים לשם בעד המוצר עולה על העלות הכרוכה בהספקת המוצר.²⁹ למשל, די בכך שמיעוט של אנשים נכון לשלם תמורת בניית מחלף בצומת מסוים סכום מצרפי העולה על עלות הקמת המחלף כדי להצדיק את הבנייה. בדרך זו מובטח כי רווחתו של איש מן הפרטים לא תיפגע מהחלטה על הספקת מימון ציבורי למוצר מסוים. עם זאת דרך זו חשופה להתנהגות אסטרטגית של המשתתפים בהצבעה, העלולה להוביל לכשלים.³⁰ מי שערך המוצר בשבילו קטן מן המס הצפוי לו עלול לדווח על ערך אפס, ומי שמתקיים בו ההפך יטה את הדיווח שלו כלפי מעלה. לפי מנגנון אחר, שהוצע על ידי Vickrey, יש לספק מימון ציבורי למוצר מסוים אם סכום התועלות שמפיקים הפרטים התומכים בכך, כפי שהן באות לידי ביטוי בסכומים שעליהם מדווחים הפרטים שהם נכונים לשלם בעד המוצר, גבוה מן הסכום הכולל שאותו מוכנים לשלם המתנגדים להספקת המימון הציבורי לאותו מוצר. כדי לחזק את התמריץ לדיווח אמת נקבע כי כל פרט ופרט שעמדתו תתקבל נדרש לשלם בפועל, כמס, סכום השווה לזה הדרוש כדי שעמדתו תנצח.³¹ אך גם מנגנון זה, כמו כל מנגנון אחר שמקיים כמה תנאים בסיסיים, חשוף למניפולציות, ובכל מקרה יישומו מסורבל ויקר.³²

28 להצעה ברוח זו ראו ברק מדינה “חוקה כלכלית”, הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית” ספר יצחק זמיר על משפט, חברה ופוליטיקה 583 (אריאל בנדור ויואב דותן עורכים, 2005).

29 Knut Wicksell, *A New Principle of Just Taxation* (1896) reprinted in CLASSICS IN THE THEORY OF PUBLIC FINANCE 72 (Richard Musgrave & Alan T. Peacock eds., 1967).

30 ראו למשל Mueller, לעיל הערה 17, בעמ' 43-52; Oakland, לעיל הערה 27.

31 William Vickrey, *Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders*, 16 J. FINANCE 8 (1961). קושי מרכזי בדרך זו הוא שאין בה כדי להבטיח די מקורות מימון להספקת המוצר. לדיון בהצעה זו ראו Mueller, לעיל הערה 17, בעמ' 123-134. דרך אחרת

סוגיה כללית יותר היא באילו הקשרים אפשר להצדיק הכרעות בדרך של משאל עם. בהמשך לטיעון שהובא לעיל, על פי אסכולת האינטרס הציבורי יש להכריע בדרך זו רק בסוגיות שבעניינן אין אינטרסים אישיים מגובשים. הכרעה בדבר אימוץ חוקה היא דוגמה לכך. אך מה דינה של הוראה שלפיה הסכם להעברת שטח המדינה לריבונות זרה (למשל, רמת הגולן או מזרח ירושלים) טעון אישור של הכנסת, ואם ההסכם אושר ברוב של פחות משמונים חברי כנסת, גם אישור במשאל עם?³³ הוראה זו מעוררת קושי באשר להחלטה אילו סוגיות טעונות אישור במשאל עם: הוראה שכזו תורמת לחיזוק הסטטוס קוו, משום שהפנייה אל עמדת הציבור נעשית רק כאשר הרוב בכנסת מבקש לסטות מן הסטטוס קוו. החלטת הכנסת שלא לאשר הסכם כאמור אינה טעונה אישור במשאל עם, וכמוה גם ההחלטה להחיל את שטח המדינה בשטח כלשהו. כמו כל כלל הכרעה המנציח סטטוס קוו מסוים, מתקיים גם כאן החשש מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב בכנסת, התומך במצב הקיים, לדרוש אישור במשאל עם של החלטה בדבר סטייה מן המצב הקיים. אתייחס לסוגיה זו בהמשך, במסגרת הדיון בהכרעה על ידי נציגים.³⁴ באשר להחלטה עצמה, זו כנראה סוגיה שאפשר להצדיק בה הכרעה בדרך של משאל עם, שכן מבד מהאנשים המתגוררים בשטח הרלוונטי או מנהלים בו את עסקיהם, אפשר להעריך שלציבור הרחב אין אינטרסים אישיים בהחלטה.

2. כיצד מצרפים העדפות?

שאלה סבוכה שנדונה רבות במחקר הכלכלי הידוע כ"תורת הבחירה החברתית" (social choice theory) היא כיצד אפשר לתרגם את העדפות הפרטים בחברה להעדפה החברתית, כלומר מהו כלל ההכרעה הראוי. הכלל המקובל הוא הכרעת הרוב הפשוט. כפי שציין השופט חשין בפרשת בנק המזרחי, דרישת רוב מקרב המשתתפים בהצבעה היא "תחנת המוצא לכל מסע של דמוקרטיה... [רוב שכזה] הוא-הוא הרוב האמיתי", הרוב הנגזר מתוך

מבוססת על סקרים לבחינת הנכונות לשלם: USING SURVEYS TO VALUE PUBLIC GOODS: THE CONTINGENT VALUATION METHOD (Robert Cameron Mitchell & Richard T. Carson eds., 1989); A PRIMER ON NONMARKET VALUATION (Patricia A. Champ, Kevin J. Boyle & Thomas C. Brown eds., 2003)

32 זהו הטיעון הידוע כתאורמת Gibbard-Satterthwaite. לדיון מפורט ראו Robert P. Inman, *Markets, Governments, and the "New" Political Economy*, 2 HANDBOOK OF PUBLIC ECONOMICS 647 (Alan J. Auerbach & Martin Feldstein eds., 1987)

33 כך נקבע בסעיף 3 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999.

34 ראו להלן הטקסט שאליו נלווית הערה 104.

העיקרון הדמוקרטי³⁵. אך כפי שנראה להלן, הבחירה בכלל זה אינה מובנת מאליה ומעוררת לא מעט קשיים. בדיון המובא להלן אתייחס בקצרה לכמה מן הטעמים העיקריים לתמיכה בבחירה בכלל זה, אאפיין את התוצאות הנובעות מהחלטה (ההעדפות של הקבוצה משקפות את העדפותיו של "הבוחר החציוני") ואציג את חסרונותיו ואת החלופות העיקריות לו. סוגיה זו נדונה ביתר פירוט בפרק "צדק" שבספר זה, והדיון המובא כאן הוא אפוא תמציתי למדי.³⁶

אפשר לאפיין שלושה סוגים עיקריים של טעמים לתמיכה בהחלטה של כלל הכרעת הרוב. טעמים מסוג אחד קשורים ללגיטימציה נורמטיבית וציבורית של ההכרעה החברתית. ההכרעה לפי עמדת הרוב מעניקה משקל שווה לקולו של כל אחד מן המשתתפים בהצבעה ומבטאת אפוא כיבוד במידה הרבה ביותר האפשרית של הזכות להשתתפות שווה.³⁷ כלל הכרעה זה מבטיח במידה הרבה האפשרית את האידאל שלפיו הכרעות חברתיות הן תוצאה של הסכמת האזרחים (שכן כלל הכרעה המחייב תמיכה של יותר מרוב רגיל של המשתתפים מעניק כוח וטו למיעוט). מובן שהצדקה זו אינה נקיה מקשיים, בין היתר בשל הספקות בשאלה כיצד יש למנות את הנמנעים בהצבעה, ובשל החשש מפני פגיעה בזכות ההשתתפות השווה כאשר קבוצה מסוימת היא במעמד של "מיעוט כרוני".³⁸

טיעון מסוג שני מבוסס על השאיפה להבטיח שכלל ההכרעה יגדיל את הסיכוי להשגת התוצאה הנכונה. הטענה מבוססת על התזה שמזוהה עם Condorcet, ולפיה: אם נדרשת הכרעה בין שתי חלופות שאחת מהן "נכונה" במובן רלוונטי כלשהו, המשתתפים בהכרעה מכריעים באופן בלתי תלוי בעמדת האחרים (בין היתר כל אחד מן המשתתפים אינו יודע מהן ההעדפות המסתמנות של הרוב), וההסתברות שהכרעתו של כל אחד מן המשתתפים נכונה היא למעלה ממחצית, אזי כאשר מספר המשתתפים בהצבעה הוא גדול מספיק, התבססות על הכרעת הרוב מבטיחה שההכרעה החברתית תהיה כמעט בוודאות ההכרעה

35 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל, כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 538 (1995).

36 ראו סגל, לעיל פרק ג, בעמ' 121-122.

37 למשל, Robert A. Dahl, Democracy and Its Critics 143 (1989) ("Majority rule ... maximizes the number of persons who can exercise self-determination in collective decisions"; וולדרון, לעיל הערה 1).

38 למשל, דוד הד "על-פי רוב?" סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית 77, 89 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 1999) ("בפוליטיקה שבה אי-ההסכמה משקפת בדרך כלל התפלגות של רוב ומיעוט מובנים, הכרעת רוב היא שרירותית... [ויוצרת] סכנה לעריצות הרוב" – שלטון מוחלט של קבוצה שאיתרע מזלה להיות הקבוצה הגדולה בחברה").

הנכונה.³⁹ הטיעון הזה מבטא במובהק את האסכולה בדבר האינטרס הציבורי, שכן הוא מניח שהפרטים מכריעים על פי הערכתם מהי התוצאה הרצויה מבחינה חברתית ולא על פי האינטרסים האישיים שלהם.⁴⁰ גם טיעון זה אינו נקי מקשיים. בין היתר ההנחה שההסתברות שהכרעתו של כל אחד מן המשתתפים נכונה היא למעלה ממחצית, רחוקה מלהיות מובנת מאליה, וגם סבירותו של התנאי שלפיו יש אמת מידה מוסכמת כלשהי לקביעה מהי ההכרעה הנכונה מוטלת לא אחת בספק. עם זאת אפשר להסביר מכוחו של טיעון זה, ולו באופן חלקי, הטלת הגבלות שנועדו להבטיח את אי-התלות של ההצבעה של כל אחד מן המשתתפים בהצבעה, כגון איסור על פרסום סקרי בחירות בתקופה הסמוכה למועד הבחירות.

לכסוף, טיעון מסוג שלישי, הנשען על האסכולה של ציבור של אינטרסים, מבוסס על שיקול תועלתני: הכרעת הרוב היא, בקירוב טוב, זו המבטאת את התוצאה שבה הרווחה החברתית המצרפית היא מרבית.⁴¹ הטיעון הזה מבוסס כמובן על כך שהפרטים יודעים להעריך נכונה את ההשפעה של ההכרעה על תועלתם, ושהם מכריעים אך ורק בהסתמך על שיקול זה (ולא על ההערכה שלהם מה מתחייב מהתחשבות בטובת הכלל או בתפיסת צדק עקרונית כלשהי). אך הטיעון מבוסס גם על הנחה בדבר סימטריה בעצמת ההעדפות של הפרטים, באופן שהתועלת שמפיק כל אחד מן המשתתפים בהצבעה התומך בהחלטה דומה להפסד התועלת שייגרם לאחד מן המתנגדים לה. מובן שהנחה זו אינה מתאימה לכלל ההקשרים, וקושי זה הוא הבסיס העיקרי להצעה לכללי הכרעה חלופיים בהקשרים מסוימים, כפי שנראה מיד.

ההכרעה לפי כלל הרוב מעוררת שני קשיים עיקריים: הקושי הראשון שאליו אתייחס הוא שהתוצאה הנובעת מהחלטה כלל זה אינה בהכרח חד-משמעית, ולכן במקרים לא מעטים החלטה הכלל מניבה תוצאה שתלויה בגורמים חיצוניים להעדפותיהם של הפרטים, כגון סדר עריכת ההצבעה.⁴² נניח למשל שנדרשת הכרעה בשאלה מה יהיה היקף המימון הציבורי של

39 תאורמה זו מכונה לעתים Condorcet's jury theorem. ראו Marquis de Condorcet, *Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making*, (1785) in CONDORCET: SELECTED WRITINGS (trans. K.M. Barker, 1976). קונדורסה הוא גם מי שפיתח את שיטת ההצבעה המכונה כיום על שמו, שלפיה בבחירה בין כמה מועמדים יש לקיים הצבעה בין כל שני מועמדים בנפרד, והמועמד הזוכה (אם יש כזה) הוא מי שניצח את כל אחד מן האחרים בהצבעה שהתקיימה ביניהם.

40 ליישום תזה זו ראו למשל ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON (2009).
41 למשל, Michael James, *Public Interest and Majority Rule in Bentham's Democratic Theory*, 9 POLITICAL THEORY 49 (1981).

42 להצגה מפורטת בעברית של טיעון זה ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" קרית המשפט 115, 119-125 (2008); סגל, לעיל הערה 36.

שירותי הבריאות, ונדרשת בחירה בין שלוש חלופות – מימון ציבורי (ולכן גם מיסוי) גבוה (A), בינוני (B) ונמוך (C). נניח לשם פשטות שיש רק שלושה מצביעים (או שלוש קבוצות של מצביעים): מצביע 1 מעדיף מימון ציבורי גבוה ככל האפשר, מצביע 2 מעדיף מימון בהיקף בינוני (ומעדיף מימון נמוך על פני גבוה), ומצביע 3 מעדיף מימון נמוך ככל האפשר. כלומר, ההעדפות הן אלה:

$$1: A > B > C; 2: B > C > A; 3: C > B > A$$

בהתחשב בהעדפות אלה, אם תתקיים הצבעה בין כל שתי חלופות (כפי שמקובל בכנסת), התוצאה תהיה שחלופת הביניים (B) תיבחר. סדר ההצבעה בין כל שתי חלופות אינו חשוב במקרה זה (שכן B יזכה לתמיכת הרוב גם מול A וגם מול C). אולם הבעיה היא שתוצאה חד-משמעית זו אינה מובטחת במקרים אחרים. מבחינה פורמלית התוצאה החד-משמעית מושגת אם מערכת ההעדפות של כל אחד מן המשתתפים בהצבעה מקיימת את הדרישה המכונה "חד-שיאיות" (single-peaked preferences).⁴³ אך אם מערכת ההעדפות של אחד המשתתפים אינה מקיימת תנאי זה, אפשרית תוצאה שונה, המוליכה למה שמכונה "פרדוקס הבחירה". נניח למשל שבוחר 3 עדיין מעדיף הוצאה נמוכה ככל האפשר (C). אולם בבחירה בין הוצאה בינונית (B) לגבוהה (A) הוא אינו מעדיף כמו קודם כמה שפחות (B > A), אלא דווקא הוצאה גבוהה (A > B). מערכת העדפות שכזו, שבה C > A > B, אינה בהכרח לא רציונלית (למשל, הבוחר מעדיף להסתמך על מערכת הרפואה הפרטית, ולכן החלופה המועדפת עליו היא הוצאה ציבורית נמוכה, אך אם ההוצאה הציבורית לא תהיה זו המזערית, הוא צפוי להעדיף להסתמך על הרפואה הציבורית, ובמקרה כזה יעדיף הוצאה גבוהה על פני בינונית). אך מבחינה פורמלית מערכת העדפות שכזו אינה "חד-שיאית", והתוצאה המתקבלת היא שכלל הרוב אינו יכול לספק תשובה לשאלה מהי העדפת הציבור. ההעדפות של המצביעים כעת הן אלה:

$$1: A > B > C; 2: B > C > A; 3: C > A > B$$

הכרעה לפי הצבעה בין כל שתי חלופות יכולה להביא לבחירה בכל אחת משלוש החלופות, וזאת על פי קביעת סדר ההצבעה: אם מתחילים בהצבעה בין A ל-B, A גובר, ובסיבוב השני C נבחר על ידי הרוב, אך אם מתחילים בהצבעה בין A ל-C, C גובר, ובסיבוב השני B נבחר על ידי הרוב, ואם מתחילים בהצבעה בין B ל-C, בסופו של דבר בוחר הרוב ב-A. זוהי תוצאה בעייתית, משום שמשמעותה שהכרעה הרוב אינה מבטאת את העדפותיו של הציבור אלא תלויה בגורמים בלתי רלוונטיים, כמו סדר ההצבעה. בדרך אחרת משמעות

43 להסבר ראו סגל, לעיל הערה 36, בעמ' 115-122.

הדבר שהכרעה בדרך זו עלולה להניב מערכת העדפות חברתית שאינה רציונלית: הציבור מעדיף את A על פני B, את B על פני C אך את C על פני A, כלומר מערכת העדפות שאינה טרנזיטיבית. בעיה זו נותרת בעינה גם אם נוקטים טכניקות אחרות של הכרעה לפי עמדת הרוב. הסיכוי שההתבססות על הכרעת הרוב תוליך ליצירת מערכת העדפות חברתית שאינה רציונלית גדול יותר ככל שמספר המשתתפים בהצבעה (שלכל אחד מהם מערכת העדפות שונה) גדול יותר, וככל שמספר החלופות העומדות לבחירה גדול יותר.

משמעות הדבר שהתבססות על הכרעת הרוב אינה יכולה לספק את הלגיטימציה הציבורית והנורמטיבית להכרעה שהתקבלה. גם אם כל האנשים הרלוונטיים משתתפים בהצבעות ומקבלים הזדמנות שווה להשפיע על התוצאה, הכרעה לפי עמדת הרוב אינה מאפשרת בהכרח "לתרגם" את אוסף ההעדפות של הפרטים למערכת העדפות אחת של הציבור כולו. מכאן העמדה שלפיה תוצר החקיקה הוא הכרעה מקרית, התלויה בגורמים מקריים כמו סדר ההצבעה על הצעות שונות. אם מערכת ההעדפות המתקבלת היא בלתי טרנזיטיבית, קשה לבסס עליה הכרעה כלשהי. מכאן גם הטענה שמוצע לעתים במענה לביקורת נגד הלגיטימיות של החלטת ביקורת שיפוטית כמהלך "אנטי-רובני": אם ההכרעה העומדת לביקורת שיפוטית אינה אלא תוצאה של גורמים בלתי רלוונטיים כמו סדר ההצבעה, ממילא ההכרעה הזו אינה מבטאת את העדפותיו של הרוב, פשוט משום שאין אפשרות לקבוע מהן העדפותיו של הרוב. כלומר, הביקורת השיפוטית אינה מכוונת נגד הכרעה שמבטאת בהכרח את העדפותיו של הרוב אלא נגד ההכרעה המסוימת שהתקבלה, שיכולה להיות מקרית.⁴⁴

למעשה, כפי שהראה Arrow, הקושי האמור של עקרון הכרעת הרוב אינו אלא מקרה פרטי של תופעה כללית יותר, שלפיה אין שום כלל הכרעה שהוא שמקיים אוסף של דרישות סבירות.⁴⁵ יש דרכים שונות להתמודד עם הבעיה הזו. אחדות מהן מתמקדות בויתור על

44 WILLIAM RIKER, LIBERALISM AGAINST POPULISM: A CONFRONTATION BETWEEN THE THEORY OF DEMOCRACY AND THE THEORY OF SOCIAL CHOICE (1982). אמנם גם ההכרעה השיפוטית נעשית על פי כלל הרוב, ולכן כפופה אף היא לפרדוקס ההצבעה, אך בשונה מהכרעה על ידי הציבור (או על ידי נציגיו), ההכרעה השיפוטית מבוססת על הנמקה ועל יומרה לשכנע בדבר נכונות התוצאה של ההכרעה השיפוטית. אחזור לעניין זה בהמשך, בדיון בהכרעה שיפוטית.

45 משפט זה מכונה "משפט אי-האפשרות של Arrow". ראו Kenneth J. Arrow, *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, 58 J. POL. ECON. 328 (1950). להצגה בהירה של משפט זה ראו סגל, לעיל הערה 36. ראו גם, למשל, JOHN BONNER, INTRODUCTION TO THE THEORY OF SOCIAL CHOICE 95-99 (1986); Maxwell L. Stearns, *The Misguided Renaissance of Social Choice*, 103 YALE L. J. 1219 (1994).

אחת הדרישות, למשל הדרישה בדבר אי-תלות בחלופות שאינן רלוונטיות.⁴⁶ דרכים אחרות מתמודדות עם החשש שמערכת ההעדפות תכלול העדפות מסוימות שעלולות לגרום את התוצאה האמורה, ובכלל זה צמצום מספר החלופות העומדות לדיון; אי-התחשבות בעמדותיו של מצביע אם העדפותיו אינן "חד-שיאיות"; צמצום מספר המשתתפים בהצבעה (למשל באמצעות בחירת נציגים); מתן אפשרות להתקשרות בהסכמים פוליטיים (שוב, באמצעות הסמכת נציגים, כפי שנראה בהמשך) ועוד.

כאמור, השימוש בהכרעה לפי עמדת הרוב אינו מוביל בהכרח לתוצאה של חוסר אפשרות לסכם את העדפות הפרטים באופן רציונלי. במקרים לא מעטים כלל הרוב מניב מערכת העדפות חברתית רציונלית ועמה תוצאה חד-משמעית. כלל הרוב מביא מכוח הגדרתו לידי כך שההכרעה החברתית מבטאת את העדפותיו של מה שמכונה "הבוחר החציוני" (median voter): אם נניח שאפשר לבטא בערך מספרי את עמדותיהם של כל הבוחרים על פי אמת מידה אחידה כלשהי (למשל: לפי חלוקה לעמדות יוניות או נצייות, לפי היקף המעורבות הממשלתית במשק וכדומה), ושהבחירה היא בין שתי חלופות, וההעדפות של כל המשתתפים היא "חד-שיאיות", אזי הבוחר החציוני הוא זה שמספר האנשים שההעדפה שלהם היא בעלת ערך כמותי נמוך משלו וזה למספר האנשים שההעדפה שלהם היא בעלת ערך כמותי גבוה משלו. בהנחה שמחילים את האסכולה השנייה שהוגדרה לעיל בדבר ציבור של אינטרסים, השאלה היא אם הכרעה לפי העדפותיו של הבוחר החציוני רצויה.

כאמור לעיל, הכרעה לפי כלל הרוב מניבה את התוצאה האופטימלית מנקודת המבט של רווחה חברתית מצרפית רק אם ההעדפות של הפרטים הן "סימטריות", כלומר עצמת ההעדפות שלהם דומה. אולם בדרך כלל תנאי זה אינו מתקיים. העובדה שמצביעים רבים יותר מעדיפים את חלופה א על פני חלופה ב אין משמעה בהכרח שהסך הכולל את התועלת החברתית יהיה מרבי אם החברה תבחר בחלופה א. אם מידת העדפתו של המיעוט את חלופה ב רבה מזו שבה הרוב מעדיף את חלופה א, ייתכן שדווקא חלופה ב תשיא את הרווחה החברתית הכוללת.

דרך אחת להשיג זאת היא באמצעות התקשרות בהסכם באשר לאופן ההצבעה בסוגיות שונות (logrolling). הצבעה רגילה אינה מאפשרת לציבור לבטא את עצמת ("אינטנסיביות") העדפותיו, והתקשרות בהסכם צפויה לאפשר למתקשרים בו להגדיל את רווחתם. ההסכם יכול לאפשר לכל קבוצה לזכות בהצבעה שביחס אליה עצמת העדפותיה גדולה, במחיר של

46 סגל דן באפשרות זו. סגל, לעיל הערה 36.

ויתור על האפשרות לזכות בהצבעה החשובה פחות מבחינתה.⁴⁷ הבעיה היא שבדמוקרטיה ישירה יש קושי ניכר להתקשר בהסכמים מסוג זה בשל מאפייני ההצבעה (הצבעה חשאית, של כל מצביע בנפרד). כפי שנראה בהמשך, זהו אחד היתרונות החשובים של דמוקרטיה ייצוגית (המכונה bargain democracy).⁴⁸

דרך אחרת להביא לידי ביטוי את עצמת העדפותיהם של הבוחרים היא באמצעות קביעת כללי הכרעה "על-רוביים" באשר להכרעות מסוימות. המקרה הקיצוני בהקשר זה הוא של אינטרסים בעלי חשיבות רבה במיוחד לאדם. ההכרה בזכות חוקתית משמעותה שהכרעות שעלולות לגרום פגיעה באינטרסים הללו אינן יכולות להתקבל ברוב רגיל אלא טעונות את הסכמתו של בעל הזכות (או קיומה של הצדקה מהותית לפגיעה). בספרות האקדמית הוצעו כמה כללי הכרעה – חלקם מהותיים וחלקם פרוצדורליים – שנועדו להבטיח את היעד של השאת הרווחה החברתית. ההצעות השונות מבוססות ברובן על הבחינה מהו כלל ההכרעה שבו היה בוחר אדם סביר בעת שהיה "מאחורי מסך הבערות", כלומר לפני שהוא יודע אם העמדה שבה הוא דוגל היא נחלת הרוב בחברה הרלוונטית, ואם אימוץ הצעות מסוימות שיעמדו להכרעה ישפרו את רווחתו או יפגעו בה.

אחת ההצעות הידועות בהקשר זה היא זו של רולס.⁴⁹ לפי גישתו של רולס, אדם המצוי "מאחורי מסך הבערות" צפוי להיות "שונא סיכון" במידה רבה מאוד. רולס סבור שהאדם שיתבקש לקבוע, בהיותו חסר מידע כאמור, מה יהיו כללי ההכרעה בחברה, יחשוש במידה רבה מפני האפשרות שהחלטה שתתקבל תהיה לרעתו, לפחות ככל שמדובר בהחלטות הנוגעות לאינטרסים חיוניים שלו, ובכלל זה הקצאת משאבים הנחוצים לקיום אנושי בכבוד. על סמך הנחה זו, אדם יתמוך בשני כללי הכרעה מהותיים: ראשית, חלוקה שוויונית של משאבים עדיפה על פני חלוקה בלתי שוויונית. הטעם לכך הוא זה: נניח שאדם מעריך שאם לא תהיה התערבות שלטונית ההסתברות שהוא יזכה בסכום כסף גדול (נניח, בזכות ירושה שתיפול בחלקו) וחברו לא יזכה בדבר שווה לזו שהוא לא יזכה בדבר וחברו יזכה בסכום כאמור. קל לראות שאם שני האנשים הללו יסכימו ביניהם מראש – עוד בטרם התברר מצב העולם (כלומר "מאחורי מסך הבערות") – על חלוקה שווה של התוצאות, מצבם יוטב. כך יקבל כל אחד מהם, בוודאות, מחצית מסכום הכסף, ואילו בהיעדר הסכם יקבל כל אחד את

47 להצעה לאפשר לאזרחים להתקשר בהסכמים מחייבים לכינון "קבוצת הצבעה", בין באמצעות הסכם בדבר אופן ההצבעה של כל אחד מחברי הקבוצה ובין באמצעות הכרה בחוקיות של הצבעה באמצעות נציג (proxy) ראו Saul Levmore, *Precommitment Politics*, 82 VA. L. REV. 567 (1996).

48 ראו להלן הטקסט שאליו נלוות הערה 124.

49 JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* (rev. ed., 1999).

הסכום כולו בהסתברות של חצי. אדם שונא-סיכון יעדיף כמובן את התוצאה הראשונה.⁵⁰ הצדדים להסכם יוכלו להפיק את התועלת הגבוהה רק אם יתקשרו בהסכם לפני שתברר ההקצאה, אך זה בלתי אפשרי בעולם האמתי. הכרחי להסתמך בעניין זה על כלל הכרעה שיבטיח זאת (למשל הטלת מס עיזבון). הטיעון כאן הוא אפוא שלשם השאת הרווחה החברתית יש לקבוע כלל הכרעה המעדיף הקצאה שוויונית של משאבים. הכלל השני שלו טען רולס הוא כלל בחירה של מקס-מין (כלומר, המקסימום של המינימום). לפי כלל זה, התוצאה הרצויה מבין שתי אפשרויות היא זו שבה מצבו של הפרט שמפיק את התועלת המועטה ביותר בחברה אם נבחרה תוצאה זו, הוא טוב יותר ממצבו של הפרט שמפיק את התועלת המועטה ביותר בחברה אם נבחרה התוצאה החלופית האפשרית. הטעם לבחירה בכלל הכרעה זה מבוסס, בדומה לאמור לעיל, על ההנחה בדבר שנאת סיכון חזקה בעת הבחירה ההיפותטית בכלל ההכרעה "מאחורי מסך הבערות". עמדתו זו של רולס שנויה במחלוקת. יש הסבורים שסביר יותר לצפות שאנשים יבחרו "מאחורי מסך הבערות" בכלל הכרעה של תועלתנות, משום שלא יבטאו שנאת סיכון חזקה.⁵¹

הצעות אחרות מתמקדות בהכרעה מהו כלל ההכרעה ה"פרוצידורלי" המיטבי, כלומר מהו הרוב שבו רצוי לקבל הכרעות חברתיות. יש התומכים בהחלת הדרישה להסכמה פה אחד בהקשרים מרכזיים שונים.⁵² ביסוד גישה זו השאיפה לחייב את מי שנמנה עם קבוצת הרוב להשיג את ההסכמה של קבוצת המיעוט כדי להבטיח שיינתן ביטוי לעצמת ההעדפות, כאמור לעיל. מכאן גם הצדקה אפשרית לביקורת שיפוטית, דווקא מחמת היותה "אנטי-רובנית": אם הכרעת המחוקק אינה פה אחד, היא אינה תוצאה של פרוצדורת הכרעה צודקת, והביקורת השיפוטית היא אמצעי נחוץ לשם הגנה על קבוצת המיעוט, בהיעדר כפיפות הרוב לצורך להשיג את הסכמת המיעוט. הבעיה בגישה זו היא ההסתמכות הרבה על האפשרות של הציבור – או נציגיו – להשיג הסכמה מלאה להצעות שונות. חשובה כאן גם השאלה מה תהא בררת המחדל בהיעדר הסכמה, שהרי זו צפויה להשפיע על עמדות המיקוח של הצדדים.

Martin Shubik, *Competitive Equilibrium Contingent Commodities and Information*, 17 THE JOURNAL OF FINANCE (1977) 189 50

John C. Harsanyi, *Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-Taking*, 61 J. POL. ECON. 434 (1953); Kenneth J. Arrow, *Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice*, 70 J. PHIL. 245 (1973) 51
ראו סגל, לעיל הערה 36.

Ian Shapiro, *Three Fallacies Concerning Majorities, Minorities, and Democratic* למשל, 52
Politics, in MAJORITIES AND MINORITIES 79 (John W. Chapman & Alan Wertheimer eds., 1990); עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489 (1998).

שיקולים מסוג זה עומדים ביסוד התזה של Buchanan & Tullock, שהציעו בספר רב השפעה שפורסם ב-1962 מודל כללי לקביעה מהו כלל ההכרעה שיש להחיל – ובפרט מהו הרוב שמוטב לדרוש לשם קבלת החלטה – כדי להשיא את הרווחה החברתית.⁵³ בתמצית, לפי גישה זו, כלל ההכרעה המיטבי באשר לסוגיות שונות צריך להיקבע בהתחשב בשני שיקולים נוגדים שאמור לשקול הפרט שנדרש לגבש את כלל ההכרעה "מאחורי מסך הבערות". מצד אחד קיים סיכוי שהפרט יפיק תועלת מן ההחלטה שתעמוד להצבעה. ככל שהרוב הדרוש לקבלת החלטה גדול יותר, כן גדל הסיכון שלא יושג הרוב הדרוש לקבלת ההחלטה (למשל, משום שגדלות "הוצאות העסקה" הנחוצות לשם השגת הרוב הדרוש, בשל הצורך לנהל משא ומתן עם גופים רבים, הצורך להתפשר עם רבים יותר שזוכים בכוח וטו מכוח כלל ההכרעה ועוד). כלומר, ככל שהרוב הדרוש לקבלת החלטה גדול יותר, גדלה העלות של קבלת החלטה שבה תומך הפרט. מצד אחר ייתכן שההחלטה שתעמוד לדיון תביא דווקא לפגיעה בפרט ותגרום לו לנזק. ככל שהרוב הדרוש לקבלת החלטה גדול יותר, כן קטנות העלויות הללו (שכן לשם גיבוש ההחלטה יידרשו התומכים בה להשיג את ההסכמה של לפחות חלק מן הנפגעים – בכוח ממנה). כלל הרוב המיטבי לפי גישה זו הוא הכלל שבו סכום התוחלת של שתי העלויות הללו הוא מזערי. למשל, אם מדובר בהחלטות שאינן צפויות לגרום נזק רב לפרט כלשהו, אך המחיר הכרוך באי-קבלת החלטה גבוה (למשל החלטה בדבר הספקת מימון ציבורי לשירות מסוים), יהיה אפשר להסתפק בכלל הכרעה של רוב רגיל, אך אם מדובר בהחלטות שהפרט שיוותר במיעוט צפוי לספוג בגינן נזק רב (למשל פגיעה בחירויות יסוד), שעולה על התועלת שיפיק בגינן אם עמדתו תזכה לרוב, אפשר להצדיק החלה של כלל בדבר רוב מיוחס (ואולי אפילו הסכמה פה אחד).⁵⁴ ניתוח זה אינו נקי מקשיים, בין היתר בשל היעדר ההגדרה מהי בררת המחל או אין מושגת הסכמה, כלומר מהו הסטטוס קוו, ומשום שהוא מבוסס על ההנחה שאפשר לבטא את התועלות והעלויות הרלוונטיות בערכים בני השוואה.⁵⁵ אך גישה זו מספקת מסגרת טובה לבחירת כללי הכרעה, ונובעת ממנה הצדקה חשובה להחלת כללי הכרעה על-רוביים, כמו למשל במקרה של הכרה בזכויות חוקתיות.

- JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 63-77 (1962). לדיון בגישה זו ראו אוריאל פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית" משפטים כח 621 (1997).
- 54 גישה זו יושמה מאז בהקשרים רבים, ובהם למשל לעניין ההרכב המיטבי של מוסדות פוליטיים וכללי ההכרעה בהם. למשל, Aghion, Alberto Alesina & Francesco Philippe, "The Size of Government: A Theory of the Size of Government", *Journal of Economic Theory*, 119 (2004), 565. גם תאוריות של ממשל תאגידי מבוססות על פיתוח רעיונות דומים.
- 55 לדיון ביקורתי בגישה זו ראו למשל Douglas W. Rae, *Decision-Rules and Individual Values in Constitutional Choice*, 63 AM. POL. SC. REV. 40 (1969).

סוגיה קשורה לכך היא הבחירה בין כללי הכרעה מהותיים ודיוניים. כידוע, בחוקי היסוד שלנו אמנם אפשר למצוא כמה ביטויים לכללי הכרעה "על-רוביים", כלומר הוראות שקובעות כי שינוי הסדרים מסוימים בחוקי היסוד טעונים תמיכה של רוב מיוחס כלשהו, אך שתי ההוראות העיקריות שמגבילות את כוחו של הרוב – המכונות "פסקאות ההגבלה" שבחוקי היסוד בדבר זכויות האדם⁵⁶ – קובעות הגבלה "מהותית" על כוחו של הרוב.⁵⁷ הוראות אלה שוללות את כוחו של כל רוב שהוא – לרבות הסכמה מלאה של כלל חברי הכנסת – לפגוע בזכויות יסוד שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה.⁵⁸ אמנם אפשר לשנות את פסקת ההגבלה (את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בכלל רוב שהוא, ואת חוק-יסוד: חופש העיסוק ברוב של 61 חברי כנסת), אך ככל שמדובר בהכרעות של הרשות המחוקקת, יש כאן כבילה של כוחו של הרוב. אפשר לאפיין את מסגרת השיקולים לבחירה בין כבילה "צורנית", שעניינה קביעת רוב מיוחס כלשהו לקבלת החלטה, לבין כבילה "מהותית", שעניינה קביעת תנאים שרק בהתקיימם אפשר לקבל החלטה מסוימת. הקביעה של כלל הכרעה "צורנית" מבוססת על ההערכה באשר להשפעתו של כלל הכרעה שייבחר על ההסדר החברתי הספציפי שעליו יוחלט. כלל הכרעה "מהותית" נועד למנוע את הצורך בהערכה מסוג זה. במסגרתו נקבע במפורש מהם השיקולים שיש להביאם בחשבון בעת קבלת הכרעה, ונקבע מתחם של החלטות מותרות. הבעיה היא שכלל הכרעה "מהותית" מחייב החלת ביקורת חיצונית – לרוב שיפוטית – לשם הבחינה אם ההחלטה שהתקבלה מותרת. מכאן גם יתרונו של כלל הכרעה ה"צורנית", שבמסגרתה הבחינה מחייבת הפעלת שיקול דעת מוגבל הרבה יותר.⁵⁹ הבחירה היא אפוא בין הכוונה ישירה של תוכן של ההכרעות הספציפיות, המחייבת מעורבות שיפוטית לשם קביעת תוכנה של ההכוונה, לבין הכוונה עקיפה בלבד, מכוח ההסתמכות על פרוצדורת הכרעה, שבמסגרתה נדרשת מעורבות שיפוטית מועטה בהרבה.

- 56 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 57 הוראה דומה במהותה קבועה בסעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת, לעניין הארכת תקופת כהונת הכנסת.
 58 בכפוף להוראת סעיף 8 ("פסקת ההתגברות") שבחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 59 לטיעון ברוח זו – ומכוחו הצעה לקבוע כללי הכרעה על-רוביים כתחליף לביקורת שיפוטית – ראו John O. McGinnis, Michael B. Rappaport, *Supermajority Rules as a Constitutional Solution*, 40 WILLIAM AND MARY L. REV. 365 (1999). נטען שם כי כדי להבטיח כי ההחלטות בענייני תקציב והטלת מסים ישרתו את טובת הכלל יש לקבוע כלל הכרעה על-רובי בעניינים אלה, בגלל הקושי להחיל ביקורת שיפוטית לבחינת תוכנם של ההסדרים הנקבעים על ידי הקונגרס.

ד. הכרעה על ידי נבחרי ציבור

כידוע, הדרך המקובלת בדמוקרטיה המודרנית לקבלת הכרעות חברתיות היא באמצעות הסמכת קבוצה של כמה מאות נבחרי ציבור לחוקק חוקים. מינוי נציגים צפוי להועיל לפתור בעיות של תמריצים להשקיע משאבים בהשגת המידע הנחוץ לשם ההערכה מהי ההכרעה המיטבית לקידום אינטרסים מסוימים. אך השאלה הגדולה היא מהי ההערכה הסבירה יותר באשר להתנהגות הצפויה של נבחרי הציבור. קיימות כאן שלוש אפשרויות עיקריות: הנציגים עלולים לפעול באופן מושחת, לשם קידום אינטרסים אישיים רכושיים שלהם; הם עשויים לפעול לקידום האינטרס של ציבור הבוחרים בהם, וזאת מטעמים עקרוניים או מכוח שאיפתם להגדיל את סיכוייהם להיבחר מחדש; והנציגים עשויים להכריע על פי מה שנראה להם רצוי לקידום האינטרס הציבורי. שתי האסכולות שהוזכרו מאוחדות כמובן בשלילת דרך הפעולה הראשונה, וג'ון סטיוארט מיל נודע בעמדתו שלפיה בקביעת הסדרים חוקתיים מן ההכרח להניח כי הנציגים יפעלו פעילות מושחתת לקידום האינטרסים האישיים שלהם, ולפיכך יש לנקוט הסדרים שיקשו עליהם לעשות כן.⁶⁰ אך תפיסות חוקתיות מודרניות מדגישות בעיקר את הצורך להתמודד עם החשש שנבחרי הציבור ינקטו אחת משתי דרכי הפעולה האחרות. שתי האסכולות נבדלות ביניהן במענה לשאלה אם מוטב שנבחרי הציבור יפעלו לקידום האינטרס הציבורי, או שמוטב שייצגו את האינטרסים של ציבור הבוחרים בהם, ולכן מובא במסגרת כל אחת מהן דיון נפרד בשאלה מהם ההסדרים החוקתיים המיטביים.

אפתח את הדיון בשאלה האמפירית – מהי דרך הפעולה הצפויה (או זו הנצפית) של נבחרי הציבור – תוך התייחסות בין היתר לתזה המדיסונית, שכבר הוזכרה, ולתאוריה בדבר היווצרותן של "קבוצות אינטרסים" אפקטיביות. בעקבות זאת אפנה לדון בהצעות העיקריות המוצעות במסגרת כל אחת מן האסכולות באשר לדוקטרינות של המשפט הציבורי שהחלתן יכולה לסייע להגדלת הסיכויים שנבחרי הציבור יפעלו כראוי.

1. דרך הפעולה הצפויה של נבחרי הציבור

כפי שראינו לעיל, התזה המדיסונית מעניקה אשראי רב לנבחרי הציבור. ביסוד השקפה זו התפיסה שהמודל הרצוי הוא זה שבו הציבור בוחר את נציגיו על פי לכישוריהם ולתפיסות הצדק שבהן הם מאמינים, אך הוא מותיר לנציגים שיקול דעת רחב ("מנדט חופשי") להכריע בסוגיות השונות. הנציג אינו אמור להיות כבול להעדפת האינטרסים של ציבור

60 ג'ון סטיוארט מיל ממשל של נציגים פרק 12 (יוסף אור תרגם, 1984).

בוחריו. להפך: עליו להכריע לפי מה שנתפס בעיניו כצודק, כמקדם את האינטרס הציבורי. השאלה היא כאמור מהו הבסיס להערכה זו באשר להתנהגות הנבחרים. התזה המדיסונית מעוררת קושי אם מכירים בכך שבצד שאיפתם של הנציגים להביא גאולה לעולם הם מבקשים להבטיח גם את הבחירה בהם בבחירות הבאות. אם ציבור הבוחרים צפוי להעדיף את האינטרסים האישיים שלו, אפשר לצפות שיצביע בבחירות על פי ההערכה מי מבין המועמדים צפוי לקדם בצורה המיטבית את האינטרסים הללו, והנבחרים, הצופים זאת, צפויים לפעול באופן שישיא את סיכויי הבחירה שלהם, כלומר לקידום האינטרסים של ציבור הבוחרים. ואכן, כפי שתיאר זאת בוביו, אף ש"האיסור על מנדט מחייב [הפך] כלל יסוד בכל החוקות שהתבססו על ייצוג דמוקרטי... מעולה לא הופרה נורמה חוקתית יותר משהופר האיסור על מנדט מחייב".⁶¹

התומכים בתזה המדיסונית מציעים כמה תשובות לקושי זה. ראשית, ה"שוק" של תמיכה בנבחר ציבור פועל כתנאים של מידע חסר. רבות מן הפעולות של חברי בית הנבחרים אינן מדווחות לציבור הרחב, בוודאי לא באופן סדיר. חברי הכנסת מתקשים בדרך כלל לצבור "הון פוליטי" מהצבעה בעד או נגד הצעות חוק מסוימות בשל המידע החלקי מאוד של ציבור הבוחרים וזיכרונו הקצר. החלטות רבות משפיעות על קבוצה קטנה יחסית מקרב ציבור הבוחרים, ובאופן שולי למדי על חלק הארי של הציבור. נוסף על אלה, בשיטת בחירות ארצית יחסית, שבה הבחירה היא ברשימת מועמדים ולא במועמד מסוים (לפחות ככל שאין נהוגות בחירות מקדימות לבחירת רשימת המועמדים), אופן ההצבעה של כל חבר כנסת אינו משפיע הרבה על התמיכה הציבורית בו. עקב כך אף אם מקבלים את הטענה שחברי בית המחוקקים מונעים בראש ובראשונה מן השאיפה להיבחר מחדש בשל הערכתם של הנבחרים שלאופן ההצבעה שלהם תהא השפעה מועטה בלבד על סיכויי הבחירה, חברי הכנסת חופשיים להצביע על פי מצפונם (הערכה זו סבירה פחות כאשר חברי הכנסת נבחרים בבחירות מקדימות, שהן אישיות).

שנית, בבתי מחוקקים נוצרת לא אחת תרבות פוליטית של מחויבות לטיעונים ולהנמקות המבוססים על public reason. הפרקטיקה המוסדית הזו נוצרת בתהליך מורכב המושפע במידה לא מעטה מן המעורבות הרבה של גופים מקצועיים שונים בהליך החקיקה, ובהם יועצים משפטיים, אנשי המנהל הציבורי ומומחים שונים.⁶² פרקטיקה מסוג זה נפוצה פחות

61 נורברטו בוביו עתיד הדמוקרטיה 8 (2002).

62 במקרים מסוימים יש אפילו הסכמה מפורשת לנהוג כך. למשל, בהסדר שנקבע לכינון החוקה הדמוקרטית של הונגריה בתחילת שנות התשעים נשללה הלגיטימיות של טיעונים שעניינם השפעתם של ההסדרים החוקתיים על האינטרסים של מפלגה כלשהי או של קבוצה מסוימת באוכלוסייה. ראו: Andrew Arato, *Dilemmas Arising from the Power to Create Constitutions in Eastern Europe*, 14 CARDOZO L. REV. 661, 684 (1993).

בדיונים המאפיינים את השיח הציבורי שמחוץ למערכת הפוליטית, ולפי הטענה הבדל זה בא לידי ביטוי גם באופן ההצבעה בכל אחד מן המוסדות הללו. בדמוקרטיה ישירה איש מבין המשתתפים בהחלטה אינו נושא באחריות לתוצאות ההחלטה, והמצביעים נוטים יותר להכריע לפי האינטרסים האישיים שלהם. לעומת זאת ההצבעה בבית המחוקקים גלויה, ואפשר להניח שקיימת לפחות מידה מסוימת של תחושת אחריות אישית של כל אחד מן המשתתפים בהצבעה באשר להחלטה, כמו גם מחויבות מסוימת לעקיבות בהכרעות. הדבר צפוי להגביר את מחויבותם של חברי הכנסת להכריע על פי מה שצפוי לדעתם לקדם את האינטרס הציבורי. טיעון קרוב לכך קשור לתכונותיהם של מקבלי ההחלטות. אפשר להניח שנבחרי הציבור ניחנים בתכונות מסוימות (civic virtues) שבזכותן הם ייטו להכריע על פי תפיסת צדק כללית במידה רבה יותר משיעשה זאת הציבור הרחב. נוסף על זה קיימת מידה רבה של לגיטימציה ציבורית ונורמטיבית להחיל אמצעי פיקוח ובקרה על אופן פעולתם של נבחרי הציבור יותר משעל הציבור עצמו.

כנגד נימוקים אלה מוצעים כמה וכמה טיעונים שנועדו לבסס את ההערכה שחברי הכנסת צפויים לפעול בעיקר לקידום אינטרסים כיתתיים של ציבור הבוחרים שלהם. ראשית, כפי שכבר הוזכר לעיל, גם אם נכונה הסברה של ציבור אין מידע מספיק על אופן הפעולה של חבר הכנסת, אין נובעת מכאן המסקנה שהדבר יביא את חבר הכנסת, החופשי מעינים הפקוחה של בוחריו, לפעול דווקא לקידום האינטרס הציבורי. יש מקום לחשש שבמצב דברים שכזה התנהגותם של חברי הכנסת תהיה מושחתת בהעדפתם אינטרסים אישיים שלהם או סתם יתרשלו בתפקידם ויימנעו מלהשקיע את מרצם בלימוד הסוגיות העומדות לדיון והכרעה כמתחייב מתפיסת הצדק שבה הם דוגלים.

שנית, גם אם חבר הכנסת חופשי במידה רבה מפיקוח הבוחרים, לא כן הסיעה שבה הוא מכהן. יש כנראה יסוד לסברה שהמידע בדבר דפוסי ההצבעה של סיעות זמין במידה רבה מן המידע באשר לאופן ההצבעה של חבר כנסת בודד. אם מקבלים את ההנחה שהמניע העיקרי של הסיעה הוא השאת מספר הקולות שתקבל הרשימה בבחירות הבאות, זמינות המידע עלולה להגדיל את התמריץ של הסיעה להצביע באופן שיקדם אינטרסים צרים של ציבור הבוחרים. הדבר תלוי כמובן באמצעים העומדים לרשות הסיעה כדי לכפות את עמדתה על חברי הכנסת.

שלישית, וזה הטיעון העיקרי, יש להביא בחשבון את האפשרות שבעלי אינטרסים מסוימים יצליחו להתארגן באופן שיביא להחלת פיקוח יעיל על הנבחרים. ההערכה כי חברי הכנסת צפויים ליהנות ממידה רבה של חופש מפיקוח אפקטיבי של ציבור הבוחרים מבוססת במידה רבה על היותה של מלאכת הפיקוח הזאת בעלת מאפיינים של "מוצר ציבורי"

(public good).⁶³ כל אחד מן הפרטים הנמנה עם קבוצה שלפרטיה אינטרסים משותפים כלשהם (למשל: ציבור החקלאים, ציבור תושבי ההתנחלויות, החברות העוסקות בחיפושי נפט) מעריך כי יפיק תועלת מפעילות שתביא חברי כנסת לפעול לקידום האינטרסים שלו ושל שכמותו. פעילות זו יכולה להתבטא בהעסקת שדולנים ("לוביסטים") בכנסת, במפגשים עם חברי כנסת, בפרסום מודעות בתשלום באמצעי התקשורת, בהשתתפות בהפגנות וכדומה. אולם כל אחד מן הפרטים מעריך גם שאי אפשר יהיה למנוע ממנו להפיק את התועלת האמורה גם אם לא יתרום את חלקו למאמץ המשותף – בכסף, בפעילות ציבורית ואף בהצבעה בקלפי – הנחוץ כדי לגרום לחבר הכנסת לפעול למען האינטרסים של הקבוצה. לכן צפויה השתמטות של כל אחד מחברי הקבוצה מלתרום את חלקו למאמץ, והתוצאה היא השקעה נמוכה מדי של הקבוצה כולה בפעילות, ולפיכך תוצאה בלתי יעילה מבחינת האינטרסים של הקבוצה. אולם ההערכה הזאת בדבר השתמטות צפויה של ציבור הבוחרים ממלאכת הפיקוח על חברי הכנסת (המוערכת כתוצאה טובה לפי אסכולה אחת וכבלתי רצויה לפי האסכולה השנייה) נכונה רק בחלקה.

במקרים לא מעטים אפשר לצפות שבעלי אינטרסים מסוימים יצליחו להתארגן, במסגרת פורמלית או בלתי פורמלית, וייצרו "קבוצות אינטרסים" יעילות שמצליחות להשפיע על חברי כנסת (ולעתים גם על גורמי מנהל, כפי שנברר בהמשך). ואכן, אחת התאוריות הידועות ביותר בתחום הניתוח הכלכלי של משפט ציבורי היא התאוריה של קבוצות אינטרסים (interest-group theory).⁶⁴ הממד העיקרי בתאוריה זו הוא פוזיטיבי, והוא עוסק בשאלה כיצד נוצרות קבוצות אינטרסים אפקטיביות.

קיימים שני סוגים עיקריים של מקרים שבהם בעלי אינטרסים מסוימים צפויים להצליח לרכוש עמדת השפעה על חברי בית המחוקקים. בסוג האחד החקיקה הנדונה צפויה להשפיע במידה רבה על האינטרס של אנשים או תאגידים מסוימים, ולכן יש להם תמריץ גדול מספיק להשקיע את המשאבים הנחוצים לשם הפעלת השפעה על חברי כנסת. מקרה אופייני במסגרת זו הוא של תאגיד עסקי הפועל בתחום שבו עוסקת המדיניות השלטונית הרלוונטית, והצפוי לספוג עלויות או להפיק רווחים גבוהים מספיק כדי להעניק לו תמריץ

63 למהותם של "מוצרים ציבוריים" ראו למשל מדינה, לעיל הערה 28, בעמ' 592-610.

64 ספרי היסוד בהקשר זה הם אלה: MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965); DAVID B. TRUMAN, THE GOVERNMENTAL PROCESS (1964); ROBERT DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (1956). הדיון בתאוריה זו במחקר המודרני רב מאוד. ראו למשל Mashaw, לעיל הערה 16, בעמ' 15-40; Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive*; 101 YALE L.J. 31, 35-59 (1991). *Judicial Review?*, לדין בעברית ראו כהן, לעיל הערה 42, בעמ' 125-129; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 33-29 (כרך א, 2010); יעל ישי קבוצות אינטרס בישראל: מבחנה של דמוקרטיה (1998).

לפעול בעצמו ללא צורך בשיתוף פעולה עם אחרים. מקרה קרוב לכך הוא של חקיקה הצפויה להשפיע על קבוצה קטנה יחסית של גורמים, שוב בעיקר תאגידיים למטרות רווח. כאשר מדובר במספר קטן יחסית של בעלי אינטרסים המקיימים ביניהם קשרים עסקיים מתמשכים ("שחקנים חוזרים"), ואשר קל להם יחסית לבחון את אופן ההתנהגות של שאר החברים בקבוצה, נקל לצפות לשיתוף פעולה של חברי הקבוצה בנקיטת צעדים להשפיע על הכרעותיהם של חברי כנסת.⁶⁵ מטבע הדברים, במקרים מסוג זה אין לחברי הקבוצה קולות שאפשר לסחור בהם, אך ההשפעה האפשרית על חבר הכנסת יכולה להיות מושגת באמצעים אחרים, שעיקרם תמיכה כספית, שכירת שירותיהם של יועצים מקצועיים שונים, הצעת משרה לאחר סיום הכהונה וכדומה.

סוג שני של מקרים שבהם אפשר לצפות להיווצרות של קבוצת אינטרסים יעילה הוא זה שבו קיים מכנה משותף תרבותי רחב בין האנשים הצפויים להיות מושפעים, לטוב או לרע, מהסדר חקיקתי מסוים. לשם יצירת קבוצת אינטרסים כאמור נדרשות בדרך כלל מידה גבוהה של לכידות חברתית ומוטיבציה גבוהה של חברי הקבוצה לשתף פעולה, להשקיע משאבי זמן וכסף, ולהתחייב באופן אמין בדבר דרך ההצבעה בבחירות (או בבחירות המקדימות). בדרך כלל לבני קבוצה אחת מכנה משותף רחב, אמונה רבה בצדקת הדרך ולעתים גם מנהיגות חזקה. הדוגמה המקובלת בארץ היא של מגזרים מסוימים בציבור החרדי. גם בארצות הברית שימשו קבוצות של יהודים חרדים דוגמה מרכזית במחקר באשר להצלחתן של קבוצות אינטרסים מלוכדות להשיג הישגים.⁶⁶ אפיק ההשפעה העיקרי של קבוצה מסוג זה על הליך החקיקה הוא סיעה המייצגת אותה בכנסת ומקדמת באופן אפקטיבי את האינטרסים של חבריה (ונתונה לפיקוח יעיל של ציבור הבוחרים בה). במקרים אחרים אפיקי ההשפעה הם עקיפים יותר, כגון הפעלת לחץ על סיעות (ודרכן על אופן ההצבעה של חברי כנסת) שאינן סקטוריאליות באופן מלא אך נבחנות על פי דרך פעילותן

65 לדיון בהסברים מסוג זה לשיתופי פעולה בהספקת מימון למוצרים ציבוריים ראו למשל David M. Kreps et al., *Rational Cooperation in the Finitely Repeated Prisoner's Dilemma*, 27 J. ECON. THEORY 245 (1982); Eric S. Dickson, Kenneth A. Shepsle, *Working and Shirking: Equilibrium in Public-Goods Games with Overlapping Generations of Players*, 17 J. L. ECON. & ORG. 285 (2001). תוצאה דומה צפויה כאשר קיימת אפשרות לתקשורת בין הפרטים (אף אם אינה יוצרת הסכם מחייב). ראו: Mark R. Isaac, James M. Walker, *Communication and Free Riding Behavior: The Voluntary Contribution Mechanism*, 26 ECON. INQUIRY 585 (1988).

66 לדיון בחוקתיות של הישגים שהצליחה להשיג בניו יורק קבוצה מאורגנת מקרב חסידי סאטמר בתחום הקצאת משאבים ציבוריים לחינוך דתי ראו Board of Education of Kiryas Joel v. Village School District, 512 U.S. 687 (1994). ראו גם Levmore, לעיל הערה 47.

בהיבטים היקרים ללבם של חברי קבוצת האינטרסים או הפעלת לחץ על חברי כנסת במקרים של בחירות מקדימות.

סביר להניח אפוא שבהקשרים מסוימים ייווצרו קבוצות אינטרסים יעילות שיוכלו להשפיע על נבחרי הציבור. על פי האסכולה בדבר "אינטרס ציבורי", זוהי תוצאה בלתי רצויה משום שקבוצות כאלה צפויות להפעיל על חברי הכנסת לחץ לפעול לקידום האינטרסים שלהן על חשבון האינטרס הציבורי. על פי האסכולה בדבר ציבור של אינטרסים, זוהי דווקא תוצאה רצויה, מאותו טעם בדיוק, והבעיה שעמה יש להתמודד אינה נובעת מעצם היווצרותן של קבוצות אינטרסים אלא דווקא מאי-הצלחתם של בעלי אינטרסים מסוימים להתארגן ביעילות. לפיכך בכל אחת מן האסכולות נבחנים הסדרים ודוקטרינות משפטיות שנועדו להתמודד עם הקשיים הללו. בכך אעבור לדון כעת, תחילה בהתייחס לאסכולת האינטרס הציבורי ולאחר מכן בהתייחס לאסכולת ציבור האינטרסים.

2. אמצעים לתמרוץ נבחרי הציבור לפעול לקידום האינטרס הציבורי

התזה המדיסונית אינה כוללת את הטענה שאין לחשוש שנבחרי הציבור יפעלו שלא על פי האינטרס הציבורי. הטיעון הוא שהענקת סמכות ההכרעה לציבור הרחב עלולה להוליך לתוצאה רעה עוד יותר, במונחים הנדונים כאן, לעומת זו הצפויה אם תוענק הסמכות לנבחרים. למעשה, אפילו כוחם של הבוחרים לפקח על נבחריהם ולהגיב בבחירות על אופן הצבעתם של הנבחרים נתפס כמסוכן להבטחת השגת המטרה של הכרעה על פי האינטרס הציבורי. בשורות הבאות אדון באמצעים שונים שנועדו להגדיל את הסיכוי שנבחרי הציבור אכן יפעלו לקידום האינטרס הציבורי, כפי שמצופה מהם לפי האסכולה הראשונה. אסקור כאן שלושה סוגים עיקריים של אמצעים: העיקרון בדבר "מנדט חופשי", ובכלל זה הגבלה ניכרת של המשמעת הסייעת והימנעות מהכרה ב"הבטחות בחירות" כבעלות תוקף משפטי מחייב; דוקטרינות שנועדו לצמצם את השפעתן של קבוצות אינטרסים על חקיקת הכנסת, הן באמצעות הגבלות מראש והן באמצעות החלת שיטת הפרשנות התכליתית; אמצעים שנועדו לחייב את הכנסת לפעול באופן הקרוב להימצאות "מאחורי מסך של בערות".

(א) מנדט חופשי ומשמעת סיעתית

ביטוי מובהק לתזה המדיסונית הוא בתפיסה בדבר "מנדט חופשי" של חברי הכנסת, שלפיה שיקול הדעת של חברי הכנסת אינו אמור להיות מוגבל מכוח מחויבות לאינטרסים של ציבור הבוחרים בהם או עמדת הסיעה שלהם. חבר הכנסת אמור להכריע לפי מה שנתפס בעיניו כצודק, כמקדם את האינטרס הציבורי. במילותיו של אדמונד בורק: "Your"

representative owes you not his industry only, but his judgment”⁶⁷ בדיון הישראלי אפשר למצוא כמה וכמה ביטויים לתפיסה עקרונית זו. למשל, בכללי האתיקה לחברי הכנסת נקבע כי “חבר הכנסת... הוא נאמן הציבור וחובתו לייצג את ציבור בוחריו באופן ישיר את כבוד האדם, קידום החברה וטובת המדינה” (סעיף 1 לכללים). בפרשת ולנר ציין השופט ברק (אגב דיון בתוקפו של הסכם קואליציוני) כי חבר הכנסת “אינו מתחייב לשמור אמונים למפלגתו ולמלא באמון את שליחותה בכנסת. כל חבר כנסת הוא ‘נציג’ של העם כולו. עליו לפעול כנאמן הציבור”⁶⁸.

עם זאת מובן כי קיים קושי ניכר לאכוף על חברי הכנסת את החובה לפעול לקידום האינטרס הציבורי ולא לקידום האינטרסים של ציבור הבוחרים.⁶⁹ בית המשפט נמנע כמעט לחלוטין מהחלת ביקורת שיפוטית על אופן הפעלת שיקול הדעת של חבר הכנסת.⁷⁰ בחקיקה לא נקבע איסור על חבר הכנסת להשתתף בהצבעה על הצעת חוק אף אם יש לו עניין אישי בהצעת החוק, ואין נאכפות ביחס אליו החובות המוטלות על גופים ציבוריים המפעילים סמכויות שלטוניות, כגון החובה להכריע רק לאחר גיבוש תשתית עובדתית

Edmund Burke, *Speech to the Electors of Bristol*, in *THE WORKS OF THE RIGHT HONORABLE EDMUND BURKE* 2, 10 (1826)

67 בג”ץ 5364/94 ולנר נ’ יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ”ד מט(1) 758, 807 (1995) (המשנה לנשיא ברק). ראו גם בג”ץ 5131/03 ליצמן נ’ יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 17.8.2004), סעיף 13 לפסק הדין של הנשיא ברק: “כל חבר כנסת פועל כנאמן הציבור כולו. עליו להבטיח את אמון הציבור בכנסת. עליו להגשים את נאמנותו לכלל הציבור. אכן, ערכים אלה כולם מבקשים להבטיח – בכל הנוגע להליכי החקיקה – כי החוק שהתקבל ישקף את הרצון הקולקטיבי של בית המחוקקים”. ראו גם סוזי נבות “חבר הכנסת כנאמן הציבור” משפטים לא 433 (2001); יגאל מרזל המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות 126-127 (2004).

69 ראו ברוח זו עמדת השופט חשין בעניין ולנר, לעיל הערה 68, בעמ’ 829: “[חברי הכנסת אינם משמשים נאמנים ושליחים של הציבור כולו אלא אך ורק נאמנים ושליחים של מפלגתם ושל ציבור בוחריהם. אלה שלחום למקום ששלחום, להם חייבים הם הסבר ותירוץ, בידיהם נשפטים הם יום-יום, לפיהם עתידים הם ליתן דין וחשבון, וביום פקודה לפניהם יתייצבו ולהם יסבירו מה עשו ומה לא עשו; מדוע ולמה וכיצד”; בג”ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד מז(5) 404, 426 (1993) (השופט ד’ לוי): “חבר-כנסת זוכה למעמדו מכוח האמון שנתן בו ציבור של בוחרים, כאשר ראה בו את מי שמייצג נאמנה את רחשי לבו ואת השקפותיו – אם מבחינת דרכו המדינית ואם משום השקפותיו בענייני חברה וכלכלה וגישתו לעניינים שבאמונה וברוח. משנבחר על-ידי ציבור מסוים זה, אך טבעי הוא שראה עצמו חב חובת נאמנות לבוחריו. אם יאכזבם חלילה, אם ייפגם האמון שרחשו לו, מטעם זה או אחר, הרי שבבוא העת יעמוד פוליטית לדין הבוחר”.

70 כפי שציין בוביו, לעיל הערה 61, בעמ’ 9: “האיסור על מנדט מחייב הוא מעל לכל כלל שהפרתו אינה מלווה בסנקציה. אדרבה, הענישה היחידה המאיימת על נציג שבחירתו מחדש תלויה בתמיכת המפלגה היא זו הנובעת מהפרת הכלל הנגדי של דבקות בקו המפלגתי”.

נאותה והחובה לנמק את ההכרעה. כידוע, גם אין מוטלות כמעט דרישות לכשירות לכהונה כחבר כנסת (מלבד דרישות של גיל והיעדר הרשעה בעברה שיש עמה קלון). הסוגיה בדבר המנדט של חברי הכנסת ניבטת בשני מישורים עיקריים: האחד, היקפה של החובה המוטלת על חברי הכנסת כלפי ציבור הבוחרים בהם, ובכלל זה החובה לכבד "הבטחות בחירות"; השני, מידת העצמאות של כל אחד מחברי הכנסת מן העמדות של הסיעה שעמה הוא נמנה.

האסכולה הנדונה כאן אינה מצדיקה הטלת חובה משפטית על חברי הכנסת לפעול לקידום אינטרסים של ציבור הבוחרים בהם, מן הטעם הפשוט שחברי הכנסת אמורים לקדם את האינטרס הציבורי. אך שאלה קשה יותר נוגעת להבטחות של חברי הכנסת בעת מערכת הבחירות. המקרה הקל הוא הבטחות הנוגעות לקידום אינטרסים אישיים או כיתתיים של ציבור מסוים. התפיסה המקובלת, והיא גם המיושמת בישראל, היא שהבטחות מסוג זה אינן מתגבשות לכלל "הבטחה מנהלית" בעלת תוקף משפטי מחייב.⁷¹ אך שאלה קשה יותר היא מה דינה של הבטחה של מועמד לקדם תפיסת צדק מסוימת. לכאורה, ההכרה בזכות הציבור להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות מחייבת להבטיח כי הליך הבחירות אינו מתמצה בבחירה בניציגים על פי כישוריהם אלא גם במתן ביטוי לתפיסות צדק מסוימות. ברוח זו קבע השופט לוי, בדעת מיעוט, כי אין תוקף לחוק שתוכנו מנוגד ביסודו למצעה של הסיעה הגדולה בכנסת, שהעומד בראשה מכהן כראש הממשלה.⁷² לגישתו, "חובת הנאמנות כלפי הבוחר אינה אלא ביטוי לציפייתו הלגיטימית של זה האחרון... להשפיע על סדר היום הפוליטי ולעצב את דמותו, באמצעות נציגיו".⁷³ עמדת הרוב שללה גישה זו, מכוח הקביעה שאף לו הייתה המפלגה כבולה מכוח האמור במצעה, אין בכך כדי להגביל את כוחה של הכנסת לחוקק.⁷⁴ אף שאפשר להצדיק, במישור העקרוני, את גישת המיעוט בדבר הכרה בחובה המוטלת על חברי כנסת לפעול על פי תפיסות היסוד שהבטיחו שינחו אותם, קשה לראות כיצד אפשר לאכוף חובה שכזו בדרך משפטית. הקשיים הניכרים באכיפת הסכמים פוליטיים בין סיעות מתקיימים בבחינת קל וחומר בהקשר הנדון כאן.

הדילמה העיקרית מתעוררת באשר למידת העצמאות של חברי הכנסת ממשמעת סיעתית. אין זה ברור כלל איזו מן החלופות – עצמאות חברי הכנסת או כפיפות למשמעת

71 למשל, ע"א 6620/93 עיריית רמת-גן נ' גולומב, פ"ד נא(2) 363 (1997). ראו גם יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" משפט וממשל ה' 471 (2000).

72 בג"ץ 1661/05 מועצה אזורית חוף עזה נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2005), סעיפים 18-27 לפסק הדין של השופט לוי. החוק שנדון שם הוא חוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005.

73 שם, סעיף 23 לפסק הדין של השופט לוי.

74 שם, סעיף 92 לפסק הדין של הרוב.

סיעתית – צפויה לצמצם את ההשפעה של קבוצות אינטרסים. מצד אחד בבחירות יחסיות- ארציות המפלגה (המיוצגת בכנסת על ידי הסיעה) היא העומדת לבחירה ולא חברי הכנסת הבודדים, וממילא היא הצפויה להיות חשופה ללחצים רבים יותר של קבוצות אינטרסים. אך מצד אחר ייתכן שדווקא חברי הכנסת כבודדים עלולים להיות נתונים במידה רבה יותר להשפעותיהן של קבוצות כאמור, בוודאי אם מתקיימות בחירות מקדימות. אם כך, הכפיפות למשמעת סיעתית עשויה לשמש דווקא לחיזוק העצמאות של חברי הכנסת מפני לחצים של קבוצות אינטרסים. בנוסף, יש לזכור כי בצד היעד האמור שביסוד אסכולת האינטרס הציבורי יש להתחשב גם בשיקולים אחרים, ובהם הצורך להבטיח משילות ויציבות שלטונית. למשל, בהיעדר משמעת סיעתית, אם צריך יהיה לגבש רוב לכל נושא ונושא, "עלויות העסקה" של השגת ההסכמה צפויות להיות גבוהות מאוד. בנוסף, לא אחת נדרש לגבש מדיניות כוללת, למשל כזו הכוללת הן התייחסות למקורות מימון והן להוצאות והסדרי פיקוח. התקשרות בהסכמים פוליטיים בין סיעות מאפשרת להשיג יעדים אלה. מן הכיוון ההפוך, התמיכה הנלהבת של חסידי האסכולה המתחרה במשמעת סיעתית ובהסכמים פוליטיים בין סיעות כאמצעי להבטיח ייצוג ראוי לאינטרסים כיתתיים יכולה ללמד כי צמצום "עלויות העסקה" אינו בהכרח תוצאה רצויה מן ההיבט של קידום האינטרס הציבורי.

הדין הקיים משקף את הקושי לקבוע עמדה נחרצת בהקשר זה מנקודת מבטה של אסכולת האינטרס הציבורי, שהיא הדומיננטית במשפט החוקתי הישראלי. הסמכויות שניתנו לסיעות לאכיפת מרותן על חברי הכנסת הן מצומצמות למדי, באופן המותר לחברי הכנסת חופש פעולה שהם יכולים לנצל לשם פעולה לקידום מה שנראה להם כאינטרס הציבורי, ולא דווקא האינטרס של ציבור הבוחרים במפלגתם. לכן אף שחברי הכנסת אינם נבחרים באופן עצמאי אלא כחברים ברשימת מועמדים המוגשת מטעמה של מפלגה (סעיף 5א לחוק-יסוד: הכנסת), לסיעה אין סמכות לגרש חבר כנסת מתוכה.⁷⁵ הסיעה אף אינה רשאית לשלול מחבר הכנסת את האפשרות להעלות הצעות חוק. בנוסף, אמנם נקבעו בחוק סנקציות המוטלות על חבר כנסת שהצביע נגד עמדת הסיעה, אך אלה מוטלות רק אם חבר הכנסת קיבל "תמורה בעד הצבעתו", שעניינה תמורה בעלת אופי אישי (סעיף 6א לחוק-יסוד: הכנסת). אך יש גם לא מעט הסדרים המבטאים גישה הפוכה שביסודה מצויה לא רק ההערכה שהמשמעת הסיעתית נחוצה לשם יציבות המשטר והבטחת "משילות", אלא גם עמדה עקרונית שלפיה המשמעת הסיעתית נחוצה לקידום האינטרס הציבורי. הביטויים לכך

75 בעבר היה מקובל כי חברי כנסת מפקידים בידי סיעותיהם מכתבי התפטרות מן הכנסת, שהיה אפשר להפעילם במקרה של הפרת המשמעת הסיעתית או פרישה מן הסיעה. דרך זו נחסמה עם חקיקת הוראת סעיף 40 לחוק-יסוד: הכנסת, שבו נקבע כי כתב ההתפטרות יהיה חתום ביום הגשתו או המשלוח שלו.

הם מגוונים: לסיעה מוקנות סמכויות להטיל מגבלות שונות על כוחו של חבר הכנסת להשתתף בוועדות הכנסת ולהימנות עם רשימת מועמדים לכנסת הבאה. כמו כן בית המשפט הכיר בלגיטימיות של התקשרות של סיעות בהסכמים הכרוכים בהגבלת האופן שבו מופעל שיקול הדעת של חברי הכנסת (אם כי מוכר גם הכוח להשתחרר מהתחייבויות מסוג זה).⁷⁶

שיטת הבחירות הנוהגת בישראל, שבה נבחרים חברי הכנסת בבחירות ארציות-יחסיות ולא בבחירות אישיות-אזוריות, מבטיחה חופש פעולה ניכר למדי לחברי הכנסת. אולם הנהגת הבחירות המקדימות במפלגות הגדולות, חלקית על יסוד אזורי או מגזרי, פועלת בכיוון ההפוך. הבחירות המקדימות אמנם העצימו את עצמאותו של חבר הכנסת היחיד,⁷⁷ אך בה בעת הן עלולות להגביר את השפעתן של קבוצות אינטרסים על חברי הכנסת.

(ב) הגבלת השפעתן של קבוצות אינטרסים על חברי כנסת ועל הליך החקיקה

צעדים מסוג שני לקידום היעד של הכרעה על פי האינטרס הציבורי מתמקדים בהגבלת ההשפעה של קבוצות אינטרסים על חברי הכנסת. מדובר בשני סוגים עיקריים של הגבלות: האחד נועד לצמצם את האפשרות של בעלי אינטרסים להעניק טובות הנאה לחברי הכנסת; השני נועד לצמצם את השפעתם של בעלי אינטרסים באמצעות קביעת הסדרים הנוגעים להליך החקיקה.

צמצום ההזדמנות של בעלי אינטרסים להעניק טובות הנאה לחברי הכנסת אפשרי בעיקר ככל שמדובר בקבוצות אינטרסים עסקיות, שטובת ההנאה שהן מציעות היא לרוב כספית (בשונה מקבוצות אינטרסים שהתמורה שהן מציעות היא קולותיהם של חברי הקבוצה). חבר כנסת אינו רשאי כמובן לקבל טובת הנאה תמורת הצבעתו, אך המגבלות המוטלות בהקשר זה הן רחבות יותר. התפיסה המקובלת כמעט בכל המדינות הדמוקרטיות היא שמלבד איסור על מתן תמורה ישירה לחברי כנסת בתמורה להצבעתם יש גם להגביל מתן תרומות. החשש הוא שעצם מתן התרומה, אף שאין בצדה התחייבות של חברי הכנסת באשר לדרך פעולה מסוימת או התניה של מתן תרומה בעתיד בדרך פעולה כאמור, עלול

76 למשל, עניין ולנר, הערה 68 לעיל, בעמ' 782 (הנשיא שמגר): "גם הסכמה מראש על גישה אחידה בהפעלת שיקול הדעת החקיקתי, אינה פוסלת את ההחלטה". ראו בעניין זה למשל אמנון רובינשטיין, ברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – רשויות השלטון ואזרחות 818-787 (2005).

77 ראו איל בנבנשתי, מיכל גינוסר-נוי "הבחירות המקדימות במפלגות לקראת הבחירות לכנסת והשפעתן על הדמוקרטיה בישראל" משפט וממשל ז' 207 (2004); ראובן חזן "מהרסייך ומחריבייך ממך יצאו: השלכות הפריימריס על המפלגות" קץ המפלגות – הדמוקרטיה הישראלית במצוקה 78 (דני קורן עורך, 1998).

לגרום לשיבוש באופן הפעלת שיקול הדעת של חברי הכנסת. כזכור, באסכולה שעניינה הוא ציבור של אינטרסים עיקר החשש הוא מפני פגיעה בשוויון, בשל כך שאינטרסים מסוימים יזכו לייצוג רב יותר משל אחרים. לעומת זאת, באסכולה הנידונה כאן החשש הוא מעצם ההטיה האפשרית של שיקול דעתם של חברי הכנסת. לכן אפוא בישראל מוטלות מגבלות רחבות למדי על קבלת תרומות, ובכלל זה הטלת איסור מוחלט על מי שאינו בעל זכות בחירה לכנסת לתרום למועמדים בבחירות מקדימות או למפלגות, ולכן תרומה של תאגיד היא אסורה, ומוטלות מגבלות על סכום התרומה המותר.⁷⁸

הדילמה העיקרית המתעוררת בהקשר זה קשורה לפגיעה בחופש הביטוי של גופים – לרוב תאגידים עסקיים – המבקשים לפרסם, או לממן, שידורי תעמולת בחירות או פרסומות בעלות אופי פוליטי שאינן מבטאות תמיכה במועמדים מסוימים דווקא. בארצות הברית נקבע בהקשר זה כי אין להטיל מגבלות מסוג זה על שידור של תשדירים פוליטיים מכוח הקביעה כי אם אין מוכחת זיקה בין הגוף המממן את התשדיר לבין מועמדים או מפלגות, אין להצדיק את הפגיעה בחופש הביטוי.⁷⁹ לעומת זאת בית המשפט בישראל הכיר באפשרות לאסור שידורי פרסומת המסווגים כ"פוליטיים" – זאת נוסף על ההגבלה הקבועה בחוק מימון מפלגות על מימון תעמולת בחירות על ידי "גוף הקשור לטיעה", המוגדר באופן מרחיב למדי,⁸⁰ ונוסף על הפיקוח הנרחב על היקף ההוצאה המותר של מפלגות.⁸¹ איסור זה הוא אמצעי נוסף לצמצום החשש מפני השפעת קבוצות אינטרסים על חברי הכנסת. קרובה לכך היא ההגבלה המוטלת על פעילותם של שדולנים בכנסת. בהקשר זה אין מוטל איסור מוחלט, מתוך הבנה שאין מדובר בפעילות שהיא בהכרח תיווך לעסקאות בלתי לגיטימיות בין חברי הכנסת לבין בעלי אינטרסים. יש בהקשר זה נכונות להכיר בחשיבות המידע שמתקבל באמצעות השדולנים באשר להשלכות הצפויות של החקיקה, ולפיכך מקובל להסתפק בהטלת הגבלות מסוימות על פעילותם.⁸² אגב, בעבר סירב בית המשפט

78 חוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973. לדיון ראו למשל רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 76, בעמ' 777-785.

79 ההלכות המנחות בהקשר זה הן Buckley v. Valeo 424 U.S. 1 (1976), שם נקבע שאפשר להגביל תרומות למפלגות, אך אין להגביל את היקף ההוצאה בגין שידורי תעמולה; ו-Citizen United v. FCC, 558 U.S. 50 (2010), שם נשלל תוקפו של איסור על תאגידים לממן שידור של משדירי תעמולת בחירות ("electioneering communications"). לדיון ביקורתי ראו למשל Samuel Issacharoff, *On Political Corruption*, 124 HARV. L. REV. 118 (2010).

80 סעיף 1 לחוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973.

81 בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008).

82 סעיפים 65-70 לחוק הכנסת, תשנ"ד-1994. בין היתר נקבעו שם איסורים על הצעה או העניקה של טובת הנאה לחבר כנסת ואיסור על בקשה לקבלת התחייבות של חבר כנסת כי יצביע בדרך

להכיר בחובתה של הכנסת להעניק זכות טיעון לכל גורם מעוניין, כנראה מתוך תפיסה שלפיה מוטב לשאוף לנתק במידה רבה ככל האפשר את הכנסת מגורמים מעוניינים.⁸³ אך בשנים האחרונות השתנתה הגישה, כנראה מכוח ההכרה שמעורבותם של גורמים מעוניינים בהליך החקיקה היא בלתי נמנעת וכנראה גם לא בהכרח בלתי רצויה. במהלך שנעשה למעשה ביזמת הכנסת עצמה נהוגה כיום פתיחות רבה בדיוני ועדות הכנסת, וכל גורם מעוניין החפץ בכך מוזמן להשמיע את עמדתו. אפשר להעריך שהסדר זה יכול להקטין את ההוצאות הכרוכות בניסיון להשפיע על חברי הכנסת ולאפשר גם למי שאינו חלק מקבוצת אינטרסים מאורגנת להשמיע את עמדתו. עם זאת בפועל בדיוני הכנסת באים לידי ביטוי – על ידי מי שאינם חברי כנסת – בעיקר האינטרסים של קבוצות ממומנות ומאורגנות היטב, המיוצגות על ידי שדולנים.

סוג שני של הסדרים שנועדו להגדיל את הסיכוי שחברי הכנסת לא יושפעו מקבוצות אינטרסים קשור להליך החקיקה עצמו. הסדרים אלה נועדו להתמודד עם החשש להטיה במידע המוצג בפני חברי הכנסת על ידי קבוצות אינטרסים ולהטיה אפשרית מכך שחברי הכנסת שומעים את טיעוניהם של רק חלק מן הצדדים המעוניינים. העמדה המדגישה את חשיבותו של הליך החקיקה להבטחת קידום האינטרס הציבורי בחקיקה ידועה כאסכולת "ההליך המשפטי" (the legal process), והיא מזוהה עם כתיבתם של Henry Hart & Albert Sacks.⁸⁴ בישראל בית המשפט אפיין את עקרונות היסוד של הליך החקיקה, ובכלל זה מתן הזדמנות לכל אחד מחברי הכנסת לגבש את עמדתו, לרבות מתן שהות מספקת לבחינת הצעת החוק, וקבע כי על הכנסת לכבד עקרונות אלה.⁸⁵ בית המשפט ביקר את הנוהג שנוצר מאז 1985 – לכלול אוסף של תיקונים לחקיקה הקיימת במסגרת מה שמכונה "חוק ההסדרים במשק המדינה", המובא לדיון בסמוך לדיון בחוק התקציב, בעיקר בשל הליך

מסוימת. לדיון בסוגיה זו, שעיקרו מבוסס על תפיסה הקרובה לאסכולה המכונה כאן ציבור של אינטרסים, ולהצעה להגביר את השקיפות של פעילותם של השדולנים ראו יואב המר, משה כהן-אליה "שתדלנות וההליך הדמוקרטי" עיוני משפט לג 593 (2011). ראו גם הילה טל הלובי המסחרי בישראל: הגורמים לצמיחתו ודרכי פעילותו (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, 2009).

83 בג"ץ 975/89 נמרודי לנד דיוולופמנט נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מה(3) 154 (1989).

84 HENRY HART & ALBERT SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW 695 (William N. Eskridge & Philip P. Frickey eds., 1994) ("the best criterion of sound legislation is the test of whether it is the product of a sound process of enactment").

85 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004). עם זאת בית המשפט סירב להחיל על הכנסת את הדוקטרינה בדבר החובה לקיים "הליך חקיקה נאות", מטעמים של גבולות הביקורת השיפוטית על הכנסת.

החקיקה המזורזת.⁸⁶ בשל הביקורת הרבה שנמתחה על חקיקת חוק ההסדרים צומצם בשנים האחרונות היקף ההוראות הכלולות בו, אך בשיעור מוגבל למדי. מנגד יש הסבורים ש"סרבול" הליך החקיקה משיג דווקא תוצאה הפוכה מזו הרצויה: חקיקה שנועדה לקידום האינטרס הציבורי אינה זוכה בדרך כלל למעורבות הדוקה של קבוצות אינטרסים. העלות הכרוכה באי־השגת הסכמה אינה מוצגת בבירור בפני חברי הכנסת, והחשש הוא שאם אין נוקטים הסדרים של חקיקת בזק, דוגמת אלה הנהוגים בחקיקת חוק ההסדרים, תיפגע דווקא האפשרות לחוקק חוקים שיש בהם פגיעה בקבוצות אינטרסים חזקות.⁸⁷ זוהי גם אחת הטענות המועלות לתמיכה במהלך לחקיקת חוק תקציב דו־שנתי תוך ייתור הצורך בהליכי חקיקה אחת לשנה, הנתונים ללחצים שונים של קבוצות אינטרסים שונות. עם זאת מובן כי אין כאן ואקום: בהיעדר הליכי חקיקה "מסורבלים" מוקד הכוח עובר לידי הרשות המבצעת, ועמו הלחצים האפשריים של קבוצות אינטרסים.⁸⁸ אשוב לעניין זה בהמשך במסגרת הדיון בהכרעה על ידי המנהל הציבורי.

(ג) הגבלות על תוכן החקיקה מכוח הסדרים של "מסך בערות"

הדרך המידית להתמודד עם החשש שנדון כאן היא החלת איסור על ניגוד עניינים על חברי הכנסת. בית המשפט קבע כי בהקשרים שבהם מצויים חברי הכנסת בניגוד עניינים הנוגע להם באופן אישי, בעיקר כאשר מדובר בקביעת שכרם ותנאים נלווים, תוחל ביקורת שיפוטית הדוקה.⁸⁹ אולם הדין הקיים אינו מחיל על חברי הכנסת – בשונה מהדין החל על שרים – איסור לפעול בנסיבות שבהן הם עלולים להימצא בניגוד עניינים מחמת אינטרס מובהק של ציבור בוחרים. משום כך מוחלים הסדרים מגוונים שנועדו להתמודד בעקיפין עם החשש שהכרעות הנציגים יתבססו על אינטרסים כיתתיים, באמצעות הטלת מגבלות שהמכנה המשותף שלהן הוא השאיפה לקרב את חברי הכנסת למצב של הימצאות "מאחורי מסך של בערות" בעת הליך החקיקה. ההערכה היא שהדבר יגדיל את הסיכוי שהכרעות יתבססו על העדפת האינטרס הציבורי ועל יישום תפיסת צדק כללית.

86 למשל, שם, בעמ' 50-51.

87 William N. Eskridge, Jr, *Politics without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275, 291 (1988).

88 ראו בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 7.4.2011), שם נדחתה עתירה בעניין, אך תוך מתיחת ביקורת על הסדר זה.

89 בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 153 (2001) ("ניגוד עניינים זה חושף את החלטותיהם [של חברי הכנסת] לביקורת [שיפוטית] צפופה ומעמיקה").

אדם פועל "מאחורי מסך של בערות" כאשר אינו יודע מה יהיה "מקומו בחברה",⁹⁰ אך הוא מעריך כי קיים סיכוי (או סיכון) מסוים כי לאחר שיוּרם "מסך הבערות" הוא ימצא עצמו בנעליו של כל אחד מן הפרטים בחברה. במקור שימש מושג זה לשם בחינה נורמטיבית מהי ההכרעה (או מהי שיטת ההכרעה) הצודקת, וזאת על ידי ההערכה מהי תפיסת הצדק שפרט היה צפוי להעדיף אלמלא ידע מהם האינטרסים האישיים שלו.⁹¹ הטענה שביסוד הגישה הנדונה כאן שונה: מכוחה הכרעה חברתית היא צודקת אם התקבלה בעת שמקבלי ההחלטה נמצאו בפועל, ולא כעניין של תרגיל היפותטי, "מאחורי מסך של בערות" (במידת מה ברוח המסורת שענינה של אלת הצדק מכוסות בבואה לעשות משפט).

התפיסה היא כי החלת הסדרים המאלצת את הפרטים לקבל החלטה בתנאים שבהם אינם יודעים את זהותם של בעלי האינטרסים השונים מבטיחה קידום של האינטרס הציבורי.⁹² השאיפה שהחלטות יתקבלו "מאחורי מסך של בערות" אין כוונתה שהן יתקבלו בתנאים של אי-ודאות באשר לתוצאותיהן. השאיפה היא לגרום למקבלי ההחלטות להחליט כאשר ברשותם מידע רב ככל האפשר באשר לתוצאות הצפויות – מה תהא ההשפעה של כל אחת מן החלופות הנדונות על רווחתם של האנשים הרלוונטיים, מה יהיו המאפיינים החוקתיים של כל אחת מן התוצאות האפשריות וכדומה. חוסר המידע שאליו שואפים הוא רק באשר לזהותם של האנשים שמצבם יוטב עקב ההחלטה הנדונה ושל אלה שמצבם יורע כדי לצמצם את החשש להטיות ולהתחשבות בשיקולים שאינם רלוונטיים.⁹³

90 ג'ון רולס, שטבע את המונח הזה, הבחין בין שני סוגים של פעולה מאחורי "מסך של בערות": האחד, "המצב הבסיסי" ("the original position"), בו אי הידיעה היא רחבה מאד, ומתייחסת גם למאפייניה של החברה בה פועלים הפרטים; והשני, "הוועידה החוקתית" ("constitutional convention"), בו יש בידי הפרטים מידע בדבר מאפייניה של החברה ובדבר עקרונות של צדק, באופן המאפשר חילוקי דעות פוליטיים בין הפרטים. Rawls, לעיל הערה 49. לדיון ראו, למשל, פרוקצ'יה, לעיל הערה 53.

91 ניתוח תיאורטי מסוג זה נעשה, בין היתר, על ידי Harsanyi, לעיל הערה 51, לצורך הוכחת הטענה כי אמת-המידה הצודקת לקבלת החלטות בחברה היא זו של תועלתנות, שכן בהימצאו במצב זה צפוי פרט רציונלי לבחור בה; ורולס השתמש בניחות מסוג זה לשם ביסוס תפיסת הצדק שלו. ניתן לפרש את תפיסת-הצדק שניסח הלל הזקן כמבוססת אף היא על מושג זה: "מעשה בנכרי אחד [שביקש] גייירני על-מנת שתלמדני כל-התורה כולה, כשאני עומד על רגל אחת. ... אמר לו [הלל]: 'מה ששנא עליך לא תעשה לחברך' – זוהי כל התורה כולה, והשאר פירוש הוא – לך למד" (שבת לא).

92 למשל, Ludwig Van den Hauwe, *Constitutional Economics*, in THE ELGAR COMPANION TO LAW AND ECONOMICS 100, 111 (J.G. Backhaus ed., 1999) ("the veil of ignorance transforms potential interpersonal conflicts into intrapersonal ones"). ראו גם VIKTOR J. VANBERG, RULES AND CHOICE IN ECONOMICS 170 (1994).

93 ברוח זו טען ביוקנן כי הכרעות חברתיות – ובכלל זה קביעת כללי הכרעה – צריכות להיעשות, במידה רבה ככל האפשר, "מאחורי מסך של בערות". ראו James M. Buchanan, *How Can*

לכאורה נדמה שזהו יעד בלתי אפשרי ואולי גם בלתי רצוי. אדון תחילה במישור הראשון. כל אחד מחברי הכנסת יודע לא אחת מהם האינטרסים שלו ושל ציבור בוחריו, ומהו האופן שבו יושפעו אינטרסים אלה מהכרעות שונות העומדות על הפרק. אמנם מובן שאי אפשר לגרום לחבר הכנסת "לשכוח" את כל המידע הזה ולהכריע תוך התעלמות ממנו. למשל, בנסיבות שבהן התוצאות הצפויות של החלטות מסוימות הן השפעה מסוימת על מצבם של אנשים שהכנסתם נמוכה והשפעה אחרת על אנשים שהכנסתם גבוהה, בלתי אפשרי לגרום לחבר הכנסת לפעול "מאחורי מסך של בערות" בהיבט זה של ההשפעה החלוקתית של ההחלטה. אך קיימים הסדרים לא מעטים שיכולים להגביר את הסיכוי שמקבל ההחלטה – במקרה זה נבחר הציבור – יפעל שלא מתוך שאיפה לקדם אינטרסים של מגזר מסוים אלא בצורה ניטרלית (impartial) תוך יישום תפיסת צדק כללית. ספרות הניתוח הכלכלי של משפט חוקתי עשירה בהצעות מסוג זה, ובשורות הבאות אציין כמה מהן.⁹⁴

הסדר חשוב אחד הוא הדרישה להחלה פרוספקטיבית בלבד של חקיקה. הבעיה הבסיסית בהחלה למפרע של נורמות – הכוללת הן מתן תוקף לנורמה למועד הקודם למועד חקיקתה והן שינוי המצב המשפטי של פעולות שכבר הושלמו בעבר – היא שההשלכות הנובעות מחקיקת הנורמה ידועות היטב במועד החקיקה. הגורמים שצפויים להיפגע מן הנורמה כבר ידועים במועד חקיקתה, ולפיכך עלול המחוקק להכריע על פי אינטרסים של גורמים מסוימים ולא לפי תפיסת צדק כללית. החלת החובה להעניק לחקיקה תחולה המתייחסת לעתיד בלבד, למעשים שטרם נעשו, מקטינה את החשש האמור. ברוח זו בית המשפט נכון להכיר בתחולתו של האיסור על החלה למפרע של חקיקה, בעיקר מכוח הפגיעה הנובעת מכך בזכויות חוקתיות.⁹⁵

אפשר להגביר את הסיכוי שהכרעותיהם של חברי הכנסת יתבססו על האינטרס הציבורי בלבד באמצעות עיכוב תחילת התוקף של חוקים, למשל החל מתקופת כהונתה של הכנסת הבאה או לאחר חלוף תקופת זמן מסוימת. אמצעי קרוב לכך להגברת הסיכוי שהכנסת תפעל

Constitutions Be Designed So that Politicians Who Seek to Serve "Public Interest" Can Survive?, 4 CONST. POL. ECON. 1 (1993). אגב, ההנחה שזהותם של בעלי האינטרסים אינה רלוונטית היא כמובן הנחה קשה. תפיסות צדק מסוימות מכירות באפשרות – ולעתים אף בחובה – שיהיה על אדם להעדיף את האינטרסים של אנשים מסוימים, ובכלל זה צאצאים ואזרחים.

94 ראו למשל Adrian Vermeule, *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, 111 YALE L.J. 399 (2001); Michael A. Fitts, *Can Ignorance Be Bliss? Imperfect Information as a Positive Influence in Political Institutions*, 88 MICH. L. REV. 917 (1990).

95 למשל, בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004). לדיון ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 76, בעמ' 311-317.

“מאחורי מסך של בערות” הוא החלת הדרישה ליציבות החקיקה. קביעת אילוצים לאפשרות לשנות החלטות, למשל באמצעות הדרישה לתמיכה של רוב מיוחס בהצעה לשינוי החוק, גורמת שהיקף תחולתה של הנורמה יהיה רחב יותר, שכן חברי הכנסת יתקשו להניח שבמקרה שההסדר המוחל יפגע באינטרסים של קבוצות הקרובות להם, הם יוכלו לתקן את החוק ללא קושי.⁹⁶ מנגד הסדר כזה מייקר את “שווי” החקיקה, ולפיכך עלול להגדיל את התמריץ של קבוצות אינטרסים להשפיע על הליך החקיקה מלכתחילה.

דרישה אחרת שיכולה לסייע בהשגת היעד הנדון כאן היא האיסור על “חקיקה פרטית” והחובה לקבוע בחקיקה אמות מידה כלליות שלפיהן יופעלו סמכויות שלטוניות. המשמעות של הדרישה לכלליות היא שהנורמות המשפטיות יבטאו עמדה עקרונית באשר לדרך ההתנהגות הראויה במצבים מסוימים, באשר לאופן הקצאתם של משאבים ציבוריים וכדומה, ולא יתבססו על זהויותיהם של האנשים שאליהם מכוונות הנורמות. משמעות הדרישה שהנורמות הקבועות בחקיקה יהיו כלליות (אוניברסליות) במהותן היא שהן יחולו על קבוצה בלתי מסוימת של אנשים, המאופיינת לפי תכונות מסוימות. חקיקה “פרטית”, המכוונת לאנשים מסוימים – בין ששמותיהם מצוינים במפורש ובין שלמרות ההגדרה הכללית היא מכוונת למעשה לאנשים מסוימים – עומדת בסתירה לעיקרון זה. התפיסה המקובלת במשפט החוקתי שלנו אכן מגבילה את כוחה של הכנסת לחוקק חקיקה “פרטית”. דוגמאות מובהקות לחקיקה בלתי ראויה בהקשר זה היא הענקת פטור מתחולה של חובה כללית לגורמים המנויים בשם⁹⁷ וההוראות בדבר “כספים ייחודיים” שהיו מקובלות בעבר בחוקי התקציב השנתיים.⁹⁸ עם זאת ככל שמדובר בחקיקה ראשית, נמנע בית המשפט

96 ברוך זו טען Mueller כי משום שלקביעת הסדרים בעלי מעמד משוריין צפויה להיות השפעה ארוכת טווח בשל הקושי הצפוי לסטות מן ההסדרים שייקבעו, משתתפי ההצבעה צפויים להצביע על פי עמדותיהם בטווח הארוך. בשל אי-הוודאות באשר למעמד שלהם – או של צאצאיהם – בטווח זה בתחום הכלכלי, החברתי והמדיני, הם צפויים להחליט על פי ההנחה כי הסיכוי שלהם להיות עני או עשיר, בעל עמדות מדיניות או חברתיות “ימניות” או “שמאליות” וכדומה הוא שווה. ראו (Dennis Mueller, Constitutional Democracy (1996). ראו גם Inman, לעיל הערה 32, בעמ' 743.

97 למשל, סעיף 3א(ט) לחוק יסודות התקציב, שבו נקבע כי הוראות סעיף 3א לחוק, שלפיו הקצאה של תמיכות מכספי התקציב תיעשה לפי מבחנים שוויוניים, לא יחולו על הוצאות הממשלה לצורך תמיכה בתאגיד מרכז החינוך העצמאי (המזוהה עם אגודת ישראל) ובתאגיד מרכז מעיין החינוך התורני בארץ ישראל (המזוהה עם ש"ס).

98 ראו בהקשר זה למשל בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010).

מלאכוף מגבלה זו.⁹⁹ אכיפתה של הדרישה לכלליות מוגבלת בעיקר למצבים שבהם מדובר בפגיעה בזכויות יסוד.¹⁰⁰

בעיה יסודית המאפיינת את מכלול ההצעות הללו היא המחיר הכרוך בהחלתן מבחינת המידע המסור למקבל ההחלטות בעת קבלת ההחלטה. ככלל מוטב שיהיה בידי מקבלי ההחלטה מידע רב ככל האפשר באשר לסוגיות העומדות להכרעה. חיובם של חברי הכנסת לפעול בהתעלמות ממידע שיכול להיות זמין צפוי להוביל לתוצאה בלתי רצויה מבחינה חברתית. בדומה לכך, הדרישה להחיל נורמה מסוימת רק באופן פרוספקטיבי, ובוודאי הטלת ההגבלות על חופש הפעולה של המחוקק לשנות נורמות שקבע או לתת להן תחולה מידית, צפויות לפגוע בהשגת היעד המרכזי של קידום האינטרס הציבורי. הצורך לא רק להביא בחשבון את יצירתם של תמריצים נאותים לחברי בית המחוקקים אלא גם להבטיח מידע מלא מטיל מגבלות על יעילותו של השימוש באמצעים הנדונים כאן.¹⁰¹

אפשר להדגים את הטיעונים שלמעלה באשר לתנאים לקביעת חוקה. אחת התאוריות היסודיות בתחום החוקתי היא ההכרה בכוחה הבלתי מוגבל של הרשות המכוננת לקבוע נורמות שהן עליונות בשיטה המשפטית. ההנחה שביסוד הנחה זו היא כי כאשר נקבעת חוקה ומוקמת שיטה משפטית חדשה, פועלים הפרטים, במידה רבה, "מאחורי מסך של בערות". מכאן הטענה שכדי שחוקה תשיג את יעדיה – הגנה על מסגרת יציבה של כללי משחק וערכי יסוד – מוטב שהסדרים חוקתיים יאומצו בהליך מיוחד, שיאפשר לנתק את השפעותיה של הפוליטיקה הרגילה, שבה מתבססות ההחלטות לא אחת על אינטרסים

99 בבג"ץ 1406/02 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 603 (2003) טען העותר כי יש להכריז על בטלותו של סעיף 30 לחוק שחרור על תנאי ממאסר, תשס"א-2001, שלפיו אם "מצאה ועדת שחרורים מיוחדת שאסיר עולם שהורשע ברצח ראש הממשלה פעל ממניע פוליטי-אידאולוגי", אין היא מוסמכת לקצוב את עונשו של האסיר או להמליץ לנשיא על מתן חנינה – בין היתר בשל אופיו ה"פרטי" של החוק. העתירה נדחתה בלא לדון בטענה זו. ראו בהקשר זה גם בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 171-170 (2002), שם ציין השופט ריבלין כי בית המשפט יחיל ביקורת שיפוטית הדוקה במיוחד על חקיקה שהיא "פרטית" מעצם טיבה, כלומר מיועדת לחול על מספר מוגבל מאוד של מקרים. ברוח זו ציין דותן כי יש להחיל דרישת "כלליות ורגולריות" כתנאי לתוקפה של חקיקה הפוגעת בקניין. חקיקה עומדת בדרישה זו אם היא "מכילה נורמות כלליות המיועדות להסדיר התנהגות אנושית במצבים קונקרטיים (עתידיים בדרך כלל), כאשר הצדדים המעורבים באותן סיטואציות הם אנונימיים מנקודת-הראות של המחוקק": יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח 535, 554 (1997).

101 לדיון בקשיים אלה ראו למשל Fitts, לעיל הערה 94, בעמ' 970; Saul Levmore, *Efficiency and Conspiracy: Conflicts of Interest, Anti-Nepotism Rules, and Separation Strategies*, 66 *FORDHAM L. REV.* 2099 (1998); Elizabeth Garrett, *Rethinking the Structures of Decisionmaking in the Federal Budget Process*, 35 *HARV. J. ON LEGIS.* 387, 409-415 (1998).

כיתתיים, מהפוליטיקה החוקתית.¹⁰² בישראל הוחמצה ההזדמנות לקבל חוקה ברגע ה"מהפכני" של הקמת המדינה. מכאן נגזרת השאלה באילו הקשרים יש להכיר בנורמות מסוימות כחוקתיות, כלומר כבעלות מעמד נורמטיבי עליון וכאלה שאפשר להקנות להן תכונה של נוקשות, כלומר שאין לשנותן אלא בהליך מיוחד או ברוב מיוחס כלשהו. ברוח התזה שהוצגה לעיל אפשר להציע טיעון שלפיו סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות "כבילה" צריכה להיות מוגבלת למקרים שבהם היא נעשית "מאחורי מסך של בערות".¹⁰³ ההבחנה הנחוצה כאן היא בין קביעת הוראה בעלת מעמד חוקתי שתכליתה הנצחת סטטוס קוו מסוים או הכרעה חברתית נתונה, לבין קביעת הוראה שנועדה להחיל כלל הכרעה "על-רובי" מסוים, שאינו מנציח סטטוס קוו. ככל שטווח העניינים שעליו אמור להיות מוחל כלל ההכרעה שנקבע רחב יותר, כן רב הסיכוי שהכרעתם של חברי הכנסת מבטאת את עמדתם בשאלה מהי הדרך שבה ראוי להכריע בסוגיות מן הסוג הנדון (העדפות מ"סדר שני"), ולא את עמדותיהם באשר להסדרים חברתיים ספציפיים שכבר קיימים (העדפות מ"סדר ראשון"). נתייחס למשל לקביעה שביטול החלת משפט של המדינה בשטח מסוים טעון רוב מיוחס (או אישור במשאל עם).¹⁰⁴ זוהי קביעה שיוצרת עיגון של סטטוס קוו מסוים. כאשר חברי כנסת נדרשים לשאלה אם יש "לשריין" את חוק רמת הגולן, הכרעתם צפויה להיות מושפעת, במידה מכרעת, מעמדתם כלפי הסטטוס קוו: אלה שתומכים בהמשך החזקת השטח בידי ישראל צפויים לתמוך בקביעת כלל הכרעה על-רובי כתנאי להחלטה על נסיגה, ואילו התומכים בויתור על השטח בהסכם מדיני צפויים להסתפק בדרישת רוב רגיל. כלומר, אפשר להעריך שתכליתה העיקרית של ההכרעה בדבר הוראת ה"כבילה" – העמדה בשאלה אם יש להעניק מעמד חוקתי להוראה הקובעת את גבולות המדינה – היא הנצחת המצב הקיים, כלומר ניסיון של הרוב הנוכחי לכבול את כוחו של רוב בעתיד לשנות את הסטטוס קוו. זהו שימוש לרעה בכוחו של הרוב לקבוע הוראות חוקתיות, ולפיכך תוקפו מוטל בספק. לעומת זאת אין קושי ממשי במקרה שבו הרוב בכנסת מחליט להחיל כלל הכרעה "על-רובי" על כל ההחלטות בתחום יחסי החוץ של ישראל וביטחונה למשל (וכן אם נקבעת דרישה לרוב מיוחס, מה תהא התוצאה במקרה שבו אין מושג רוב מיוחס שכזה). במקרה כזה נחלשת השפעת עמדתם של חברי הכנסת בסוגיית המשך ריבונות ישראל ברמת הגולן על עמדתם בשאלה מהו כלל ההכרעה הראוי. מכאן

102 למשל, רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 70 (1997); אור בסוק "עשור ל'מהפכה החוקתית' – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית" משפט וממשל 1 ו 451 (2003).

103 ראו ביתר פירוט רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 76, בעמ' 110-118.

104 סעיף 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל וסעיף 3 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999.

שבמקרה כזה יש מידה רבה יותר של לגיטימיות להכרה בהפעלת סמכות חוקתית. אפשר להדגים זאת גם בנושא הטלת הגבלות על הזכות להיבחר לכנסת שעניינן גיל, עבר נקי מהרשעה בעברות מסוימות ועוד (סעיפים 6 ו-7 לחוק-יסוד: הכנסת). האם אלה הן הגבלות מוצדקות? אפשר להשיב על שאלה זו בשני אופנים: האופן האחד הוא באמצעות דיון קונקרטי בהצדקה להטלת ההגבלות השונות, אשר עיקרו העדפות מ"סדר שני", פטרנליזם, השאיפה למנוע שחיתות וכדומה.¹⁰⁵ האופן האחר מתמקד בבחינת הלגיטימיות – ולא ההצדקה – שבעצם הקביעה של הגבלות מסוג זה על ידי הרוב בכנסת. קביעת המגבלה תקפה אם אינה מכוונת נגד מועמד מסוים אלא משקפת העדפות מ"סדר שני" – באשר לתנאי הכשירות לכהונה. המסקנה שונה אם מדובר בהחלת הגבלה על מי שכבר מכהן בתפקידו. במקרה כזה עלולה לעמוד בבסיס ההחלטה התנגדות לכהונתו של אדם מסוים ולא לעמדה עקרונית, ומכאן הקושי שבה.¹⁰⁶

(ד) הגבלת ההשפעה של קבוצות אינטרסים באמצעות תאוריות של פרשנות החקיקה

דרך נוספת להתמודד עם הבעיה הנובעת מהשפעתן של קבוצות אינטרסים היא בחירת השיטה של פרשנות החקיקה. גישה אחת, הידועה היטב בישראל, היא הפרשנות התכליתית. אחת התובנות החשובות של Hart & Sacks, שהוזכרו לעיל, היא שיש לזהות בכל דבר חקיקה (או לייחס לו) תכלית סבירה (rational purpose), ועל סמך התכלית הזאת לקבוע את מובנן של הוראות דבר החקיקה.¹⁰⁷ כפי שציין למשל Posner, לא אחת קיים קושי לחוקק – או לתקן – חוקים שלא נועדו לקדם אינטרסים קבוצתיים, ותכליתם קידום האינטרס הציבורי, ובמקרים כאלה לבית המשפט תפקיד חשוב בפיתוח ההסדר שנקבע בחקיקה על פי מסורת המשפט המקובל.¹⁰⁸ פרשנות תכליתית של החקיקה מאפשרת "להתאים" את ההסדר שנקבע בחקיקה למצבים חדשים.¹⁰⁹ כלומר, במקרים שבהם הרשות המחוקקת

105 Einer Elhauge, *Are Term Limits Undemocratic?*, 64 U. CHI. L. REV. (1998) 83; Stephen Holmes, *Pre-Commitment and the Paradox of Democracy*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 195 (J. Elster & R. Slagstaad eds., 1988).

106 ברוח דומה אפשר להסביר את הנוהג לקבוע כלל הכרעה אחד באשר להחלטת הכנסת על מינויו של אדם לתפקידים מסוימים, וכלל הכרעה שונה – שבו נדרש רוב גדול יותר – באשר להחלטה להעבירו מתפקידו. כך נעשה בין היתר בעניינם של נשיא המדינה, מבקר המדינה ויושב ראש הכנסת.

107 Hart & Sacks, לעיל הערה 84.

108 Richard Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 HARV. L. REV. 761, 774-777 (1987).

109 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 76-55 (2004).

פועלת לקידום האינטרס הציבורי, שיטת פרשנות זו גורמת לכינון "שותפות במפעל החקיקה" בין הרשות המחוקקת ובין הרשות השופטת. אך במקרים אחרים החקיקה היא דווקא תוצר של השפעותיהן של קבוצות אינטרסים מסוימים, והדיון בספרות הוא בשאלה מהי דרך הפרשנות המתאימה בתגובה לכך.

תגובה מסוג אחד היא הימנעות של בית המשפט מהשתתפות במפעל החקיקה במקרים מסוג זה. הדובר המובהק של גישה זו הוא Easterbrook, שסבר שעל בית המשפט להתייחס לחוקים לא מעטים בדומה להתייחסותו לחוזים.¹¹⁰ הכוונה היא לחוקים שיש לראות בהם תוצר של פשרה בין קבוצות אינטרסים מתחרות, כמעין חוזה ביניהן, והמחוקק ממלא כאן תפקיד שולי למדי של תיווך בין הקבוצות המתחרות.¹¹¹ גישה זו מכוונת בעיקר לשאלה מהי התגובה השיפוטית הראויה למקרים שבהם מתברר שההסדר הקבוע בחוק, לפחות לפי פשוטם של דברים, הוא חלקי ואינו מאפשר להשיג את התכלית שלשמה הוא נקבע, למשל משום שנוצרו נסיבות חדשות שלא נצפו בהליך החקיקה. לפי עמדה כשל Easterbrook, אין מקום להשתמש בסמכות הפרשנות של בית המשפט לשם סיוע למחוקק במפעל החקיקה באמצעות התאמת ההסדר שנקבע בחוק לנסיבות משתנות, לשם הגשמת התכלית שביסודו. לפי גישה אחרת, לבית המשפט תפקיד אקטיבי – לצמצם את ההשפעה השלילית (מנקודת המבט של אסכולת האינטרס הציבורי) של חקיקה שהיא תוצר של השפעותיהן של קבוצות אינטרסים. לפי עמדה זו, המזוהה למשל עם עמדתו של Macey, יש להניח, כחזקה חלוטה, שכל דבר חקיקה נועד לקדם את האינטרס הציבורי ולא אינטרסים קבוצתיים כלשהם, ועל סמך הנחה זו לקבוע את המובן שלו.¹¹² אחת הדרכים לכך היא ייחוס משקל מצומצם להתחקות על כוונתם ה"אמתית" של המחוקקים, כלומר למניעים שהביאו את חברי הכנסת ליזום את החקיקה הנדונה ולהצביע בעדה. אין ניתן משקל מכריע גם לעמדות

- Frank Easterbrook, *Forward: The Court and the Economic System*, 98 HARV. L. REV. 4, 110 (1984). לדיון ביקורתי בגישה זו ראו, למשל, Mashaw, לעיל הערה 16, בעמ' 88.
- 111 ראו ברוח זו גם בובי, לעיל הערה 61, בעמ' 9: "ההוכחה, אני מעז לומר הניצחת, לניצחון ייצוג האינטרסים על הייצוג הפוליטי היא סוג היחסים, שהפכו לנורמה במרבית המדינות הדמוקרטיות האירופיות, בין קבוצות גדולות בעלות אינטרסים מנוגדים (נציגי התעשייה ונציגי הפועלים) לבין הפרלמנט. יחסים או הולידו מערכת חברתית חדשה שנקראת... ניאור-קורפורטיזם. זו מערכת שמאפיין אותה יחס משולש, שבו הממשל, שבאופן אידיאלי מייצג את האינטרסים הלאומיים, מתערב רק כמתווך בין שני הצדדים ולכל היותר פועלת כערב (בדרך כלל משולל כוח) לכיבוד הסכמים". Frank Easterbrook, *Forward: The Court and the Economic System*, 98 HARV. L. REV. 4, 14-18 (1984). לדיון ביקורתי בגישה זו ראו למשל Mashaw, לעיל הערה 16, בעמ' 88.
- 112 Jonathan R. Macey, *Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223 (1986)

שבוטאו על ידי חברי הכנסת בתהליך החקיקה אף אם יש בהן התייחסות לסוגיה הפרשנית הספציפית שבה עוסק בית המשפט.¹¹³

גם אם מקבלים את הגישות הללו ומניחים בין היתר שהכרעות שיפוטיות אינן מושפעות מלחצים של קבוצות אינטרסים,¹¹⁴ הקושי העיקרי ביישומן הוא בזיהוי המקרים שבהם חקיקה היא "טובה", כלומר נועדה לקידום האינטרס הציבורי, ועל בית המשפט לסייע למחוקק בהתאמתה לנסיבות משתנות, לעומת אלה שבהם החקיקה נועדה לקדם אינטרסים קבוצתיים מסוימים. הצעה מפורטת להבחנה בין המקרים הללו הוצעה על ידי Eskridge.¹¹⁵ לפי גישה זו, על בית המשפט להתאים את שיטת הפרשנות להערכה אם מדובר בחקיקה (או בהחלטה של רשות מנהלית) שקיים חשש שיהיו בה השפעות – בלתי לגיטימיות – של בעלי אינטרסים מסוימים אם לאו. ההבחנה צריכה להתבסס על הערכה מיהם הצפויים להפיק תועלת מן ההסדר שנקבע ומיהם הצפויים לשאת בעלותו. בתמצית, חקיקה שנועדה לקדם אינטרס ציבורי, ובעניינה יש להחיל פרשנות תכליתית ושותפות במפעל החקיקה, התועלות והעלויות בה מבוזרות. במקרים אלה אין מקום לחשש מפני היווצרות קבוצות אינטרסים אפקטיביות, ונקל להניח שהמחוקק פועל לקידום האינטרס הציבורי. המקרה הקיצוני ההפוך הוא זה שבו התועלות והעלויות מרוכזות במידה רבה, ולכן קיימות קבוצות מוגדרות היטב שלהן אינטרס רב בהסדר שנקבע בחוק. אלה הם המקרים הדומים למודל החוק כחווה שבו עסק Easterbrook, ובעניינם מוטב להימנע ממעורבות שיפוטית רבה

113 למשל, בג"ץ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 143-144 (1985): "בית המשפט אינו מעוניין בתמונות הספציפיות ובדימויים הקונקרטיים, שהיו לנגד עיניו של המחוקק, אנו מחפשים בהיסטוריה החקיקתית את תכלית החקיקה. אנו מחפשים את האינטרסים והמטרות, אשר הפשרה והאיזון שביניהם הביאו למדיניות, העומדת ביסוד הנורמה שאותה יש לפרש. אנו מחפשים את התפיסה העקרונית ולא את היישום האינדיווידואלי... אנו עוסקים באנאליזה של החוק ולא בפסיכואנאליזה של המחוקק. ההיסטוריה החקיקתית... היא אך כלי עזר משני לגילוי תכלית החקיקה". המכתם שלפיו אין מקום לערוך פסיכואנאליזה של המחוקק נטבע על ידי השופט Frankfurter בפרשת McGowan v. State of Maryland, (1961) 366 U.S. 420, כנימוק לדחיית הטענה שלפיה לאור דבריהם של חברי בית המחוקקים יש לקבוע כי חקיקה האוסרת על פתיחת בתי עסק בימי ראשון נועדה לקדם מטרות דתיות, ולפיכך אינה חוקתית. ראו בהקשר זה גם MASHAW, לעיל הערה 16, בעמ' 100-96; McNollgast, *Regulating Regulation: The Political Economy of*; 3 (1994) *Administrative Procedures and Regulatory Instruments*, 57 L. & CONT. PROB. שם נטען כי יש להיעזר באמירות כאמור רק אם הם דבריהם של יוזמי החקיקה אינם בבחינת "cheap-talk".

114 בהמשך אדון בסוגיה זו במסגרת הדיון בפרק 10 בהכרעות על ידי הרשות השופטת.

115 Eskridge, לעיל הערה 87; William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, 135 U. PA. L. REV. 1479 (1987). לדיון בתאוריה זו וליישומה בהקשר הישראלי ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" משפט וממשל יא 317 (2007).

ב"התאמה" של העסקה שבין בעלי האינטרסים לנסיבות משתנות או לתיקון כשלים בניסוח החוק. מקרי הביניים הם אלה שבהם רק אחד מצדי המשוואה – התועלת או העלות – מרוכז והאחר מבוזר. כאשר קבוצה מסוימת היא הנהנית העיקרית מהסדר כלשהו, מוטל על בית המשפט לבחון את הלגיטימיות של ההסדר, ובמידת הצורך לייחס לו תכלית סבירה כלשהי שתאפשר פירוש מצמצם של ההטבה. כאשר קבוצה מסוימת נושאת בעיקר העלות של הסדר כלשהו, החשש הוא מלחצים של בעלי האינטרסים על המוסד האחראי על אכיפת ההסדר בניסיון לתקן את הכישלון שלהם למנוע את החוק, ועיקר התפקיד השיפוטי הוא בפקוח על מדיניות האכיפה.¹¹⁶

יישומן של הצעות אלה אינו פשוט. שאלה אחת היא מהו קו הגבול בין פרשנות החקיקה לבין החלת ביקורת שיפוטית על תוקפה. ובעיקר אם יש עיגון חוקתי לכך, אין זה ברור מהי ההצדקה להסתפק ב"פסיביות" שיפוטית, שעיקרה אימתן סיוע לחקיקה והסתפקות בפרשנות דווקנית שלה, במקום לנקוט גישה אקטיבית של פרשנות מרחיבה של החקיקה שנועדה לצמצם את הפגיעה הנובעת ממנה באינטרס הציבורי ואף הכרזה על בטלותה. שאלה שנייה היא אם יש להבחין לעניין הנדון כאן בין השפעתן של קבוצות אינטרסים "פוליטיות" לבין זו של קבוצות "עסקיות". כאמור לעיל, במקרים מסוימים חקיקה היא תוצאה של עמדת השפעה שצברה לעצמה קבוצת אזרחים באמצעות ייצוג במערכת הפוליטית בזכות מאפיינים תרבותיים של הקבוצה ונסיבות פוליטיות מתאימות (למשל, הייצוג הפוליטי של חלקים בציבור החרדי בישראל או של חברי הקיבוצים והמושבים), ואילו באחרים החקיקה מושפעת מעמדת השפעה שמחוץ למערכת הפוליטית עצמה, מכוח האינטרסים הכלכליים של תאגידים.¹¹⁷ אין זה ברור גם מהי מידת ההשפעה הלגיטימית של קבוצה מסוימת, שמעבר לה מוצדקת התערבות שיפוטית.¹¹⁸ אגב, גישתו של Ely, שלפיה יש להבחין בין חקיקה שהפגיעה העיקרית הנובעת ממנה היא בקבוצה שהאינטרסים שלה זוכים לייצוג הולם בבית המחוקקים, לבין קבוצה שאינה זוכה לייצוג כאמור, מבוססת על האסכולה השנייה, והיא תידון בהמשך.

אפשר ליטול דוגמאות מפסיקת בית המשפט העליון שלנו כדי להמחיש הקשיים שביישום התפיסה שלפיה יש להתאים את שיטת הפרשנות לעצמת החשש מפני השפעתן

116 לטיפולוגיה שונה במקצת, שלפיה יש לסווג את החוקים לארבע קבוצות – חוקים שתכליתם קידום יעילות, צדק חלוקתי, מוסר ואינטרס כיתתי – ולהחיל ביקורת שיפוטית הדוקה רק על חוקים הנכללים בקבוצה הרביעית ראו Richard Posner, *Economics, Politics and the Reading of Statutes and the Constitution*, 49 U. CHI. L. REV. 263 (1982).

117 KAY LEHMAN SCHLOZMAN, JOHN T. TIERNEY, ORGANIZED INTERESTS AND AMERICAN DEMOCRACY (1986).

118 Elhauge, לעיל הערה 64.

של קבוצות אינטרסים. דוגמה אחת היא הביקורת השיפוטית על הסכמים פוליטיים. התפיסה המקובלת היא שאין כל מניעה להתקשרות בהסכמים פוליטיים שכלולה בהם התחייבות לחקיקת חוקים מסוימים, אף אם יש בחוקים כאלה משום קידום האינטרסים של קבוצה מסוימת בחברה (תוך ניצול עמדת כוח פוליטי של סיעה בכנסת). אולם מובן שאין בהתקשרות בהסכמים מסוג זה כדי להגביל את סמכותו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה שיש בה משום יישום של התחייבויות כאמור. למשל, נשלל תוקפו של חוק שמכוחו הוענק זיכיון לתחנת הרדיו "ערוץ 7" תוך עקיפתם של הליכי המכרז שלפיהם הוקצו זיכיונות לשידורי רדיו.¹¹⁹ התפיסה שבוטאה שם היא שאף שאין מניעה שסיעה תפעל לקידום אינטרסים קבוצתיים – במקרה זה, הבטחת קיומה של תחנת רדיו שבה ניתן ביטוי לעמדות של הציבור המזדהה עם הסיעה – הדבר צריך להיעשות מתוך הכרה באינטרסים הקבוצתיים כחלק מן האינטרס הציבורי. אפשר להכיר בקיומו של אינטרס ציבורי בהבטחת "פלורליזם" בשוק התקשורת, ולפיכך הכנסת רשאית לקבוע מסגרת להקצאת זיכיונות לתחנות רדיו "ייעודיות", אך הקבוצות הראויות להיכלל במסגרת זו צריכות להיקבע לפי אמות מידה כלליות ולא לפי כוחן הפוליטי.

דוגמה אחרת היא פרשת הפטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות שעוגן בחקיקת הכנסת ("חוק טל"). לפי גישה אחת, שביטא השופט גרוניס, הצידוק המרכזי לביקורת השיפוטית הוא "הצורך להגן על המיעוט".¹²⁰ על פי זה אין מקום לביקורת שיפוטית על חוק זה, משום שהפגיעה הנובעת ממנו אינה בקבוצת מיעוט אלא בקבוצת הרוב – הציבור היהודי-ציוני, שנושא בנטל הכרוך בשירות ביטחון – שיכולה לדאוג לאינטרסים שלה בהליך הפוליטי. הנשיא ברק נקט גישה שונה, השוללת את הרלוונטיות של אופייה של הקבוצה הנושאת בעלות של ההסדר הנדון – אם נמנית היא עם המיעוט או עם הרוב במערכת הפוליטית – וקבע כי בכל מקרה של העדפה פסולה של קבוצה מסוימת יש מקום לביקורת שיפוטית.¹²¹ יישום הגישה שהציע Eskridge עשוי להוליך דווקא לגישה שלישית: דווקא היותה של העלות של הסדר הפטור מבוזרת, שכן הפטור לתלמידי ישיבות מטיל על כל אחד מן הנדרשים לשרת בצה"ל תוספת נטל זניחה יחסית, והתועלת ממנו מרוכזת

119 בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002).

120 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006), סעיף 7 לפסק הדין של השופט גרוניס.

121 שם, סעיפים 75-81 לפסק הדין של הנשיא ברק. הנשיא ברק תמה בהקשר זה באשר לאופן יישומה של הגישה החלופית: "כיצד נבחין בין הרוב למיעוט? וכיצד נבחין בין המהות להליך? כך למשל, במשטר פרלמנטרי רב מפלגתי המבוסס על קואליציות, מיהו הרוב ומיהו המיעוט? מפלגה קטנה המשמשת לשון מאזניים בקואליציה – האם מצביעה הם חלק מהרוב או מהמיעוט?". שם, סעיף 76.

בקבוצה אחת, החשש הוא שהאינטרסים של קבוצת הרוב לא יזכו לייצוג ראוי בכנסת. קבוצת האזרחים שעליהם מוחלת חובת שירות ביטחון אינה מצליחה לכוון קבוצת אינטרסים אפקטיבית, שכן אין לה מידת הלכידות החברתית וזהות האינטרסים הנחוצות לשם כך. משום כך, באופן פרדוקסלי, דווקא קבוצת "המיעוט המובנה" צריכה לזכות במקרה זה להגנה פחותה מצד הביקורת השיפוטית. מובן שמסקנה זו אינה תקפה לקבוצות המיעוט שאינן מצליחות להתארגן בקבוצת אינטרסים יעילה (ובהקשר הישראלי מדובר בעיקר בציבור הערבי בכללו, או תת-קבוצות בתוכו).¹²²

3. אמצעים שנועדו להבטיח ייצוג הולם לאינטרסים הרלוונטיים

כפי שראינו, זרם שני במסגרת הגישה הכלכלית מבטא תפיסה שונה באשר לתכליתו של המשפט הציבורי. התפיסה הבסיסית היא של "פלורליזם", המתבטאת בכפירה בקיומן של תשובות נכונות לדילמות חברתיות (או לפחות בקיומה של דרך מוסכמת לברר מהן התשובות הללו). תחת זאת המטרה היא להבטיח כי ההכרעות שיתקבלו יתבססו על מנגנון שבו מיוצג מגוון האינטרסים הרלוונטיים. כלומר, יש כאן כפירה בעמדה שאפשר לזהות "איוון ראוי" כלשהו בין האינטרסים השונים. השאיפה צנועה בהרבה: התוצאה הצודקת מתקבלת בעקבות הליך המאופיין במתן ייצוג ראוי לכל האינטרסים השונים. לפיכך היעד צריך להיות הבטחת ייצוג הולם לכל הקבוצות במוקדי קבלת ההחלטות ושכלול התחרות בין קבוצות האינטרסים השונות.¹²³

קיימות שתי דרכים עיקריות להבטיח ייצוג הולם לאינטרסים הרלוונטיים: ייצוג הקבוצות בבית המחוקקים; יצירת תנאים שיאפשרו לקבוצות אינטרסים "חריג-פרלמנטריות" להשפיע על הליכי החקיקה. דרך הייצוג המרכזית של אינטרסים היא כמובן באמצעות נבחרי הציבור בבית המחוקקים. הנציגים אמורים להשקיע את המשאבים הנחוצים בהשגת מידע באשר להשלכות של החלטות שונות על האינטרסים של הקבוצה שהם מייצגים. הכרעה באמצעות נציגים גם מאפשרת לפרטים לקיים סחר באופן ההצבעה שלהם בסוגיות שונות (logrolling). כידוע, הסכמים מגדילים את הרווחה החברתית של כל הצדדים להם. במינוח המקובל, הצבעה לכל סוגיה בנפרד אינה מאפשרת לציבור לבטא את העצמה (האינטנסיביות) של העדפותיו. התקשרות בהסכם צפויה לאפשר לכל הצדדים

122 ראו, ברוח זו, Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713 (1985).

123 להדגשת ממד התחרות בין קבוצות האינטרסים ולהערכה שהיא צפויה להוביל לתוצאה הרצויה מבחינה חברתית ראו Gary Becker, *Public Policies, Pressure Groups and Dead Weight Costs*, 28 J. PUB. ECON. 329 (1985).

להסכם להגדיל את רווחתם, שכן היא תאפשר לכל קבוצה לזכות בהצבעה שבעניינה עצמת העדפותיה גדול, במחיר של ויתור על האפשרות לזכות בהצבעה החשובה פחות מבחינתה. ההסכם גם מקטין את הסיכון שלו חשופים המצביעים כי יוותרו במיעוט. כפי שראינו, בדמוקרטיה ישירה ניכר קושי רב להתקשר בהסכמים מסוג זה בשל מאפייני ההצבעה (הצבעה חשאית, על ידי כל מצביע בנפרד). לעומת זאת הכרעה באמצעות נציגים מקטינה את "הוצאות העסקה". הנציגים הם "שחקנים חוזרים", שהצבעתם גלויה, והם מסוגלים להתקשר בהסכמים פוליטיים (למשל: הסכמים קואליציוניים או התקשרות בהסכם לכינון סיעה משותפת בבית המחוקקים). מכאן אפיונה של הדמוקרטיה הייצוגית כ־bargain democracy.¹²⁴

הדרישה הבסיסית במסגרת אסכולה זו היא שלאינטרסים השונים יהיה ייצוג בבית המחוקקים. מכאן נובעות תובנות שונות באשר למנגנונים המוסדיים המיטביים להבטחת ייצוג של האינטרסים השונים. בין היתר נדונה בהקשר זה בפירוט ההשוואה בין שיטת בחירות אזורית לבין שיטת בחירות ארצית-יחסית, על פי מגוון של משתנים המשפיעים על השאלה איזו מן השיטות צפויה להניב ייצוג טוב יותר של הקבוצות השונות בחברה. כן נדונה ההשוואה בין הכרעה על ידי בית מחוקקים אחד לבין הכרעה על ידי שני בתי מחוקקים ששיטת הייצוג בהם שונה ועוד.

כאמור, הנחת היסוד במסגרת האסכולה הפלורליסטית הנידונה כאן היא שעל נבחרי הציבור לייצג את האינטרסים של ציבור הבוחרים בהם. לפיכך הדיון בדוקטרינות השונות של המשפט החוקתי נערך מנקודת המבט ההפוכה לזו שהוצגה לעיל – ההנחה היא שמטרת הדיון להבטיח פיקוח אפקטיבי של הבוחרים על הנציגים. ביטוי מרכזי לכך הוא התמיכה בהחלת משמעת סיעתית. התארגנות המערכת הפוליטית במסגרת מפלגתית היא בעלת חשיבות רבה הן לשם הוזלת הוצאות העסקה הכרוכות בהתקשרות בהסכמים פוליטיים והן לשם ייעול הפיקוח של הבוחרים על אופן הפעולה של הנציגים. מכאן גם התמיכה בהכרה בתוקף המשפטי המחייב של הסכמים פוליטיים בין סיעות.

בדומה לכך, מאסכולה זו נובעת תמיכה בהסמכת ועדות פרלמנטריות להפעיל סמכויות נרחבות בהליך החקיקה, כמו שמקובל בישראל. היתרון של מהלך זה הוא לא רק בהיות מספר המשתתפים בוועדות קטן יחסית, באופן המקל גיבוש רוב מקרב בעלי אינטרסים מסוימים ועריכת עסקאות; הוועדות מבטיחות גם שנבחרי הציבור המכהנים בוועדה מסוימת הם שייצגו אינטרסים שצפויים להיות מושפעים במידה הרבה ביותר מן ההכרעות המתקבלות בוועדה, באופן המבטיח ייצוג הולם לאינטרסים הרלוונטיים.

124 למשל Cooter, לעיל הערה 16, בעמ' 78-51; Tomas Stratmann, *Logrolling*, in ; PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 322 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

הקושי העיקרי הוא שהתארגנות של קבוצות אינטרסים מסוימות עלולה לבוא על חשבון הציבור הרחב. למשל, קיים חשש שמתן אפשרות לעסקאות חבילה בין נבחרי ציבור המייצגים אינטרסים שונים – למשל אינטרסים אזוריים או מגזריים – לתמיכה בהקצאת מימון ציבורי לקבוצות שהם מייצגים תוביל להגדלה לא יעילה של ההוצאה הציבורית.¹²⁵ במקרים רבים לאנשים שונים אוסף של אינטרסים שונים, והם מתקשים לבחור במפלגה שמייצגת את מכלול האינטרסים שלהם. מכאן החשיבות של היווצרות קבוצות אינטרסים "חוץ-פרלמנטריות", שמשלמות את החסר בייצוג המפלגתי. לכן הספרות באסכולה זו עשירה בהצעות כיצד לחזק את היווצרותן של קבוצות האינטרסים וליצור תנאים שיאפשרו לקבוצות אלה להשפיע על ההליך הפוליטי. Ackerman & Ayres למשל הציעו להקל על מועמדים בבחירות לגייס תרומות, שכן הדבר יאפשר לקבוצות רבות יותר לזכות בעמדת השפעה על המערכת הפוליטית ויצמצם את הזמן שנדרשים נבחרי ציבור להקדיש לגיוס כספים.¹²⁶ Cooter הציע לעודד את פעילותם של שדולנים, שכן הם ממלאים תפקיד חשוב במסירת מידע לנבחרי הציבור בדבר אינטרסים שונים ובפיקוח על פעילותם של נבחרי הציבור מטעמם של בעלי האינטרסים.¹²⁷ הטלת הגבלות על הליך החקיקה, ובכלל זה החובה להעניק זכות טיעון למי שעלול להיפגע מחקיקה מסוימת, היא אמצעי נוסף להבטיח ייצוג הולם למכלול האינטרסים הרלוונטיים. גישה זו יכולה להצדיק גם יצירת מוסדות שיבטיחו ייצוג של אינטרסים שבלעדיהם אין צפויה להתגבש קבוצת אינטרסים אפקטיבית, כדוגמת נציב הדורות הבאים. מנגנון אחר, שכבר הוזכר לעיל במסגרת הדיון בגישתם של Buchanan & Tullock, הוא קביעת כללי הכרעה "על-רוביים" שמטרתם להבטיח כי תידרש גם הסכמתם של בעלי אינטרסים הצפויים להימצא במיעוט, כלומר שההכרעה תבטא התחשבות בהיקף אינטרסים רחב מזה שנחזף לשם גיבוש רוב רגיל.¹²⁸

התפיסה הנדונה מוליכה לתוצאה הדומה בעיקרה לזו המוצעת על ידי Eskridge במסגרת האסכולה הראשונה, אף אם מנימוקים שונים. אפשר להניח שחקיקה שהשלכותיה העיקריות – לחיוב ולשלילה – מתמקדות בציבור מצומצם תתקבל לאחר התחשבות באינטרסים הרלוונטיים, שכן בנסיבות שכאלה יש תמריץ רב להיווצרות קבוצות אינטרסים יעילות. במקרה כזה אין צורך ממשי בסיוע בתי המשפט להליך החקיקה בדרך של פרשנות שיפוטית

Gordon Tullock, *Problems of Majority Voting*, 67 J. POL. ECON. 571 (1959); William H. 125

Riker, Steven J. Brams, *The Paradox of Vote Trading*, 66 AM. POL. SCI. REV. 66 (1973)

BRUCE ACKERMAN & IAN AYRES, VOTING WITH DOLLARS: A NEW PARADIGM FOR 126

Daniel H. Lowenstein, CAMPAIGN FINANCE (2002) לביקורת על הצעה זו ראו למשל,

Voting with Votes, 116 HARV. L. REV. 1971 (2003).

Cooter, לעיל הערה 16, בעמ' 64-66. ראו גם המר וכהן-אליה, לעיל הערה 82.

ראו לעיל הערה 53. 128

תכליתית, ומוטב להותיר להליך הפוליטי ולפשרות המושגות במסגרתו בין בעלי האינטרסים את מלאכת ההתאמה של החקיקה לנסיבות משתנות. לעומת זאת חקיקה שהשלכותיה מבוזרות אינה צפויה להיות נתונה ללחצים רבים מצד קבוצות אינטרסים, ודווקא בה יש מקום למעורבות שיפוטית כדי להבטיח התחשבות נאותה באינטרסים השונים, שאינם מיוצגים.

טיעונים מסוג זה מלמדים על הקושי הבסיסי שבאסכולה זו, שעניינו היעדר אמת מידה ברורה שלפיה אפשר להעריך אם ההסדרים הפוליטיים הקיימים נאותים. שאלה זו מתעוררת למשל באשר לגישתו הידועה של Ely, שלפיה תכליתן העיקרית של החוקה ושל הביקורת השיפוטית היא להבטיח את "תקינות ההליך הפוליטי", המתבטאת בהבטחת ייצוג הולם לאינטרסים השונים.¹²⁹ במינוח המקובל בעקבות הפסיקה האמריקאית, המקרים שבהם מופרת הדרישה הזו, ולפיכך מוצדקת התערבות שיפוטית קפדנית (בדרך של פרשנות או אף החלת ביקורת שיפוטית), הם אלה שבהם עיקר הפגיעה הנובעת מן החקיקה היא במי שאפשר לאפיינם כ- "discrete and insular minorities".¹³⁰ אך כפי שכבר ראינו, גישה זו פשטנית מדי. העובדה שהסדר מסוים פוגע בקבוצת מיעוט אין משמעותה שהאינטרסים של הקבוצה אינם זוכים לייצוג ראוי בהליך הפוליטי. לעתים דווקא מיעוט מצליח לגבש קבוצת אינטרסים חזקה יותר, אף אם זו נכשלה להבטיח את האינטרסים של הקבוצה במקרה הקונקרטי. הבעיה העיקרית בהחלת בחינה מסוג זו שמציעה גישתו של Ely היא שאין "קו בסיס" ברור שביחס אליו אפשר לבדוק אם הייצוג בהליך הפוליטי של אינטרסים מסוימים הוא "ראוי".¹³¹ כאמור, זהו חסרונה העיקרי של האסכולה בדבר ציבור של אינטרסים – היעדר אמת מידה לשיפוט לא רק של תוצאות ההליך הפוליטי אלא גם של תקינות ההליך עצמו. הקושי תקף גם במקרים של מה שנדמה כ"ייצוג-יתר" או כוח פוליטי "מוגזם" של קבוצת אינטרסים כלשהי. העובדה שקבוצת אינטרסים כלשהי מצליחה להתארגן ביעילות ולצבור עמדת השפעה יכולה ללמד שאינטנסיביות ההעדפות של הקבוצה גדולה מספיק כדי להצדיק השקעה במשאבים הנחוצים לשם התארגנות יעילה.

129 JOHN H. ELY DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980). ליישום גישה זו בישראל ראו איל כנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בכתב-המשפט" עלי משפט ג 463 (2004); משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 (2007).

130 Untied States v. Carolene Products, 304 U.S. 144, 154 (1938) ("prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities... [and] correspondingly more searching judicial inquiry")

131 לביקורת ברוח זו ראו למשל, Elhauge, לעיל הערה 64.

ה. הכרעה על ידי המנהל הציבורי

במדינה המודרנית מרבית הסמכויות השלטוניות מסורות לרשות המבצעת, כלומר לגופים שאינם נבחרים על ידי הציבור. המשפט הציבורי מסדיר את פעילותה של הרשות המבצעת באמצעות שני הסדרים עיקריים: האחד, חלוקת סמכויות בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת, ובכלל זה הדרישה שפעולת הרשות המבצעת תהא מבוססת על הסמכה בחוק והפעלת סמכויות פיקוח שונות בידי הרשות המחוקקת על פעילותו של המנהל הציבורי; השני, דוקטרינות משפטיות באשר לאופן הפעלת סמכויות המנהל הציבורי. בשורות הבאות אדון דיון ביקורתי בכמה מן התובנות שהוצעו בספרות הכלכלית לכל אחת משתי הסוגיות הללו. בדומה לדיון לעיל, גם בהקשרים אלה קיימים הבדלים חשובים באופן הניתוח של סוגיות אלה בין שתי האסכולות, אך שניהם מבוססים על בחינתה של סוגיה מרכזית אחת: מהי ההשפעה הצפויה (החיובית או השלילית, כל אסכולה לפי שיטתה) של קבוצות אינטרסים על המנהל הציבורי? בפרט, באיזו מידה יש מקום לחשש שגופי פיקוח ואסדרה (רגולציה) יהיו "שבוים" (במינוח המקובל בספרות, "capture") בידי בעלי אינטרסים?

1. חלוקת הסמכויות בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת

אחד מעקרונות היסוד המקובלים במשטר דמוקרטי הוא עקרון החוקיות, שלפיו תנאי להפעלת כוח שלטוני הוא קבלת סמכות לכך מאת המחוקק. בגרסתו המורחבת עיקרון זה מחייב שהמחוקק הוא שיכריע בדבר אופן ההפעלה של סמכויות שלטוניות, כלומר יקבע בעצמו את הסדרים הראשוניים הרלוונטיים תוך שלילת כוחו לאצול את סמכות ההכרעה לרשות המנהלית.¹³² ביסוד גישה זו טעמים שונים, ובהם טיעונים הנגזרים מתפיסות בדבר מהותה של דמוקרטיה וזכות ההשתתפות השווה.¹³³ אך גורם מרכזי בהקשר זה הוא ההערכה בדבר סוג השיקולים שלפיהם צפוי להכריע כל אחד מן המוסדות.

132 לדיון ביקורתי בדוקטרינה זו ראו למשל גרעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מא (2012); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע "הסדרים ראשוניים" בחוק – תגובה ליואב דותן ולגרעון ספיר" משפטים מא (2012).

133 למשל, John Locke, *The Second Treatise of Government*, in *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* 265, § 141 at 363 (Peter Laslett ed., 1988): "[the legislative power], being derived from the People by a positive voluntary Grant and Institution, can be no other than what that positive Grant conveyed, which being only to make Laws, and not to make Legislators, the Legislative can have no power to transfer their Authority of making Laws, and place it in other hands"

על פי אסכולת האינטרס הציבורי, הבחינה העיקרית היא באיזו מידה צפויים גופי מנהל להיות נתונים להשפעתן של קבוצות אינטרסים. בדומה לדיון בנושאי משרה אחרים, גם כאן נקודת המוצא היא ההערכה מהם מניעיהם של האנשים המכהנים במנהל הציבורי. במקרה הרגיל אין הם מונעים על יסוד שיקולים "פוליטיים" של שאיפה להיבחר, אך הם עשויים להיות מונעים על יסוד מניעים אישיים רבים אחרים, כמו שאיפה לקידום, השגת הכנסה גבוהה יותר, קידום היוקרה וההשפעה של המוסד שבו הם מכהנים, שאיפה לצבור עמדת השפעה ושאיפה לקדם את האינטרס הציבורי על סמך תפיסת צדק מסוימת שמנחה אותם. אחד הטיעונים העיקריים של תומכי האיסור לאצול למנהל הציבורי את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים הוא החשש שפקידי הרשות המבצעת חשופים להטיות וללחצים מצד קבוצות אינטרס ותאגידים עסקיים יותר משחשופים להם חברי בית המחוקקים. אנשי המנהל הציבורי אינם נתונים ללחצים הקשורים לבחירה מחדש, ולפיכך הם חסינים במידה רבה בפני השפעותיהן של קבוצות אינטרסים הפועלות במסגרת פרלמנטרית ובפני העדפת האינטרסים של הרוב, אך עלולים להיות מושפעים במידה רבה יותר מקבוצות אינטרסים עסקיות. ביסוד הערכה זו העובדה שמכויות החקיקה מבוזרות בידי חברי בית המחוקקים, ואילו שמכויות המנהל מרוכזות בדרך כלל בידי קבוצה קטנה של נושאי משרה. כך בעיקר במקרים של הפעלת שמכויות פיקוח ואסדרה על מספר מצומצם יחסית של תאגידים (למשל בתחום הבנקאות או הביטוח) שנושאי המשרה השלטונית עשויים לשאוף לקיים עמם קשרים עסקיים לאחר סיום כהונתם.¹³⁴ מכאן החשש שלגורמים מעוניינים יהיה קל יותר לרכוש עמדת השפעה ביחס לרשויות המנהל, ומוטב להגביל את היקף שיקול דעתם של גופים שכאלה.¹³⁵ אחת הדרכים להתמודד עם חשש זה היא חקיקה בדבר תקופת צינון המוחלת על נושאי משרה בשירות הציבורי.¹³⁶

- 134 הספרות בנושא זה רבה מאוד. למשל, E. Levine, J. L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, 6 J. L. ECON. & ORG. 167 (1990); Steven P. Croley, *Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process*, 98 COLUM. L. REV. 1 (1998); Sidney A. Shapiro, Rena I. Steinzor, *Capture, Accountability, and Regulatory Metrics*, 86 TEX. L. REV. 1741 (2008); Amitai Etzioni, *The Capture Theory of Regulation Revisited*, 46 SOCIETY 319 (2009); Wendy E. Wagner, *Administrative Law, Filter Failure, and Information Capture*, 59 DUKE LAW JOURNAL 1321 (2010).
- 135 למשל, Thomas W. Merrill, *Rethinking Article I Section 1: From Nondelegation to Exclusive Delegation*, 104 COLUM. L. REV. 2097 (2004); Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 UN. CHI. L. REV. 315, 320-321 (2000).
- 136 הגבלות שכאלה נקבעו בחוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), תשכ"ט-1969.

אחד המחקרים המשפיעים ביותר בהקשר זה פורסם על ידי Bernstein, שהראה כי בתקופה הראשונה לקיומן רשויות פיקוח עצמאיות פועלות לרוב ביעילות לקידום האינטרס הציבורי, אך קיימת נטייה מובהקת שלהן להזדהות גוברת והולכת עם האינטרסים של הגופים שעליהם הן מפקחות, עד שמגיע השלב שבו הן תופסות עצמן כמייצגות את האינטרסים הללו.¹³⁷ על כך יש להוסיף שבמקרים לא מעטים הפעלת סמכויות על ידי רשויות מנהל אינה נעשית באופן פומבי, ואין מושגים היתרונות שב"סרבול" הליך החקיקה בבית המחוקקים. שיקול נוסף לתמיכה בדרישה שההכרעות החברתיות העיקריות יתקבלו על ידי נבחר הציבור קשור לתמריצים מוסדיים. ברגיל גופים מנהליים מופקדים על קידום היבט מסוים בלבד של האינטרס הציבורי. בשל סיבות הקשורות להתמחות מקצועית ולמבנה הביורוקרטיה הציבורית, גופים מנהליים מופקדים בדרך כלל על קידום אינטרסים מסוימים, ולא דווקא על הבטחת האינטרס הציבורי בכללותו. הדבר נכון במידה רבה גם להיבטים תקציביים של היחידה שעליה ממונה אשת המנהל: מגבלת התקציב היא לרוב קשיחה כלפי מעלה, ואין אפשרות לחרוג ממנה גם אם האינטרס הציבורי מחייב זאת, ובמידה לא מעטה גם כלפי מטה, במובן זה שעלול להיות לאנשי המנהל אינטרס לנצל את תקציב הפעילות השנתי עד תומו, גם אם אין לכך הצדקה עניינית. לעומת זאת לכנסת אין הטיות מסוג זה, ומכאן יתרונה ביחס למנהל הציבורי.

בה בעת יש גם לא מעט טיעונים לתמיכה בהענקת סמכויות רחבות למדי למנהל הציבורי, כפי שאכן נעשה בפועל. למשל, אין כל מניעה לקיים הליכי התקנת תקנות והפעלת סמכויות מנהל באופן פומבי, המלווה בשיתוף ניכר של הציבור באופן שצפוי להגביר את שקיפות ההליך. אנשי מנהל, כמי שאינם נושאי משרה פוליטית, מחויבים לנמק את הכרעותיהם במונחים של public reason. על זאת יש להוסיף שההבחנה בין פירוט ההסדרים הראשוניים בחקיקה לבין אצילת הסמכות לרשויות המנהל אינה כה חדה. החקיקה עשויה להתנות הפעלתן של סמכויות מנהליות בקביעה של חקיקת משנה הטעונה אישור ועדה של הכנסת, ולהותיר בידי הכנסת סמכויות פיקוח עקיפות שונות. מכאן הטענה שדווקא הענקת סמכויות רחבות יחסית למנהל הציבורי צפויה לייקר את העלות שבה נדרשות לשאת קבוצות אינטרסים, שכן עליהן לרכוש השפעה הן במנהל והן בבית המחוקקים, ולפיכך היא צפויה לצמצם את השפעתן.¹³⁸ אגב, במקרים לא מעטים הסדרים בחקיקה המגבילים את שיקול הדעת של רשויות המנהל הם דווקא תוצאה של לחצים המופעלים על ידי קבוצות

137 MARVER H. BERNSTEIN, REGULATING BUSINESS BY INDEPENDENT COMMISSION (1955) ראו גם George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. Sci. 3 (1971).

138 Jonathan R. Macey, *Transaction Costs and the Normative Elements of the Public Choice Model: An Application to Constitutional Theory*, 74 VA. L. REV. 471 (1988).

אינטרסים החוששות מהענקת שיקול דעת רחב למנהל הציבורי.¹³⁹ לכן התפיסה המקובלת בקרב רבים מן החוקרים היא שאצילת סמכויות למנהל הציבורי צפויה דווקא לשפר את הסיכוי שהכרעות תיעשינה על פי המתחייב מן האינטרס הציבורי לעומת הצפוי מההכרעה הנעשית בבית המחוקקים.¹⁴⁰

המחקרים האמפיריים הרבים למדי בסוגיה זו אינם מוליכים למסקנות חד־משמעיות.¹⁴¹ היקף ההשפעה של קבוצות אינטרסים על גורמי מנהל תלוי בגורמים רבים, ובהם מידת העצמאות של גופי מנהל בתוך ההיררכייה המנהלית, ההבחנה בין מנהל המבוסס על מינויים פוליטיים לבין מודל של נושאי משרה מקצועיים הנהנים מקביעות ומאיתלות בגורמים פוליטיים ועוד. סביר להעריך שבישראל, בניגוד למקובל בארצות הברית שבה עוסק מרבית המחקר האמפירי בנושא, המנהל הציבורי בדרך כלל חסין בפני השפעות ולחצים של קבוצות אינטרסים שונות במידה רבה יותר מחברי הכנסת. הסיבות לכך עשויות להיות מגוונות, ובהן מודל השירות הציבורי הבריטי שנהוג בישראל, שבו השירות הציבורי הוא במקרים רבים קריירה לחיים, הקידום הוא על יסוד ביורוקרטי, וגם אין בחירות המוקרטיות של בעלי תפקידים בתוך המנהל עצמו; האופי הריכוזי למדי של המנהל הציבורי בשל השפעתו הרבה של אגף התקציבים במשרד האוצר; והפיקוח השיפוטי האינטנסיבי למדי על המנהל הציבורי. לעומת זאת יש להביא בחשבון שבכנסת פעילותם של השדולנים גלויה ומוסדרת, אך לא כך הוא באשר למנהל הציבורי. מכל מקום, כאמור, בפועל ניכרת הימנעות רבה מאכיפת הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים, ומוכרת החוקיות של הפעלת סמכויות שלטוניות רחבות על ידי גופי מנהל.

חסידי האסכולה בדבר ציבור של אינטרסים אף הם אינם תמימי דעים בעניין זה. מצד אחד כפיתום של גורמי המנהל הציבורי לכללי המשפט המנהלי, ובהם החובה להעניק זכות טיעון לכל גורם מעוניין, מגדילה את הסיכוי שהליך קבלת ההחלטות יבטא התחשבות במגוון האינטרסים הרלוונטיים. בנוסף, יש הסבורים שהאפשרות שגופי מנהל מסוימים, בעיקר אלה העוסקים באסדרה של תעשיות שבהן פועלים תאגידיים מעטים, עלולים להיות נתונים להשפעה קרובה ("capture") של בעלי אינטרסים מסוימים, היא דווקא תוצאה רצויה, משום שהיא מבטיחה תיאום רב יותר בין הגוף המסדיר (הרגולטור) לבין התעשייה

139 למשל, Sunstein, לעיל הערה 135, בעמ' 324.

140 למשל, MASHAW, לעיל הערה 16, בעמ' 132-152; Eric A. Posner, Adrian Vermule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 UN. CHI. L. REV. 1721 (2002); David Epstein, Sharyn O'Halloran, *The Nondelegation Doctrine and the Separation of Powers: A Political Science Approach*, 20 CARDOZO L. REV. 947 (1998-99); David B. Spence, .Frank Cross, *A Public Law Case for the Administrative State*, 89 GEO. L.J. 97 (2000)

141 לסקירה ראו למשל Merrill, לעיל הערה 135, בעמ' 2143.

המפוקחת ועידוד מנגנונים של "אסדרה עצמית".¹⁴² מצד אחר, מקבלי ההחלטות במנהל הציבורי מוגבלים, יותר מהמחוקקים, בהכרעות המבוססות על פשרות בין אינטרסים מנוגדים. מקבלי ההחלטות אמורים לפעול תוך הימנעות מניגוד אינטרסים, וקיים חשש שבעלי אינטרסים מסוימים יתקשו להפעיל את השפעתם על החלטותיהם. לרוב גופי מנהל אינם גופים פלורליסטיים (אם כי, כפי שנראה מיד, ניכר שינוי בעניין זה), והכרעותיהם הם תוצאה של הכרעה "חיצונית" בין האינטרסים המתחרים.

כאמור, על אף הספקות בעניין זה במחקר הניתוח הכלכלי המגמה המובהקת במשפט החוקתי מבטאת העדפה של הפעלת סמכויות על ידי גופי מנהל תוך הסתפקות בהפעלת סמכויות פיקוח על ידי הרשות המחוקקת. עם הביטויים העיקריים לכך נמנית למשל העדיפות הניתנת לממשלה בייזום הליכי חקיקה. חקיקה שיוזמים חברי כנסת ואשר טעונה הוצאה תקציבית ניכרת טעונה תמיכה של 55 חברי כנסת לפחות (סעיף 33 לחוק-יסוד: משק המדינה) וכפופה למגבלה בדבר הצבעה על מקורות למימון החוק. הסדרים אלה, בצד ההכרה בחוקיות של חקיקת "חוקי סל" דוגמת חוקי ההסדרים במשק המדינה הנחקקים מדי שנה בסמוך לחקיקת חוק התקציב, הם ביטוי לחשש מפני חוסר אחריות תקציבית של הרוב בכנסת והעדפת שיקול הדעת של גורמי המנהל ברשות המבצעת.

2. אופן הפעלת סמכויות המנהל

שאלה מרכזית הקשורה להפעלת סמכויות המנהל היא אופיו הרצוי של המנהל הציבורי – מודל "השירות הציבורי" הבריטי (civil service) או המודל הפוליטי הנהוג בארצות הברית. דוגמאות לדילמה זו הן סוגיית עצמאות שיקול הדעת של הרשות המנהלית וסוגיית המינויים הפוליטיים.

לפי עקרון עצמאות שיקול הדעת, מוטלת על הרשות המנהלית חובה לפעול באורח עצמאי בלא לקבל תכתיבים או הנחיות באשר לאופן שבו ראוי להפעיל את שיקול הדעת. דוקטרינה זו מבטאת את התפיסה שלפיה אי-תלותם של בעלי הסמכות השלטונית בתכתיביהם של שרי הממשלה או גופים אחרים תבטיח שהחלטותיהם יקדמו את האינטרס הציבורי. אולם עיקרון זה אינו נקי מספקות.¹⁴³ הוא סותר עקרונות יסודיים של ניהול, שכן

Ian Ayres, John Braithwaite, *Tripartism: Regulatory Capture and Empowerment*, 16 *LAW & SOCIAL INQUIRY* 435, 451-456 (1991); Dorit Rubinstein Reiss, *The Benefits of Capture* (working paper, 2011)

143 ראו בהקשר זה דין וחשבון הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו 27 (1999) ("ועדת שמגר"): "מניין הסברה ששיקול הדעת העצמאי של בעל הסמכות יפעל... לעולם לטובת האזרח ולכיוון של הימנעות מפגיעה בו עקב שיקולים זרים? אולי דווקא הפיקוח של השר, האחראי לפעולותיו בפני הכנסת וכלפי

הוא מונע התוויה של מדיניות אחידה. הוא גם עלול לעמוד בסתירה עם העיקרון בדבר הטלת אחריות מיניסטריאלית. ואכן, בפועל אי-תלותם של גופי מנהל אינה מובטחת, מסגרת התקציב שעומדת לרשותם נתונה להכרעת אחרים, ולא אחת חקיקת משנה שלהם טעונה אישור של גופים שונים. לשר גם מסורה הסמכות ליטול לידי, באופן פורמלי, את הסמכויות הנובעות מחוק שהוא ממונה על ביצועו (מכוח סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה).

סוגיה קרובה היא בתחום המינויים: לפי הגישה המקובלת, סמכותו של שר למנות נושאי משרה שונים חייבת להיות מופעלת על יסוד שיקולים ענייניים בלבד: על השר למנות לתפקיד אנשים בעלי כישורים מתאימים כדי להבטיח כי יפעלו למען האינטרס הציבורי, ואין הוא רשאי להשתמש בסמכותו זו לשם הענקת טובות הנאה למקורביו ולתומכיו. אולם מכאן אין נובעת בהכרח שלילת הלגיטימיות של התחשבות במדיניות שבה דוגלים המועמדים לתפקידים הכרוכים בהפעלת שיקול דעת ובעיצוב מדיניות כדי להבטיח כי זו עולה בקנה אחד עם המדיניות שמבקש השר ליישם.¹⁴⁴

סוגיה מרכזית אחרת הקשורה להפעלת סמכויות שלטוניות היא הרכבו של הגוף שלו מסורה הסמכות. אתייחס בקצרה לשני היבטים של סוגיה זו: הסוגיה של הענקת סמכות לגופים פלורליסטיים; הענקת סמכויות שלטוניות לגורמים פרטיים, ובכלל זה תאגידים למטרת רווח. לפי הדוקטרינות המקובלות במשפט הציבורי, מי שמכהן בגוף שלטוני כפוף לאיסור להימצא במצב של "ניגוד עניינים", ולכן אדם שיש לו אינטרס אישי או מוסדי בעניין הקשור לסמכויות הגוף השלטוני הנדון אינו רשאי לכהן בגוף זה. לעומת זאת לפי המודל של גופים פלורליסטיים, הכשירות לכהונה בגוף השלטוני נקבעת דווקא על פי הזדהותם של החברים בגוף עם אינטרסים מסוימים. למשל, נקבע כי "מועצת הבריאות", המוסמכת להמליץ לשר הבריאות על הרכב "סל הבריאות", יכהנו נציגים של גופים שונים מבעלי האינטרסים הרלוונטיים, כגון נציגים של קופות החולים, נציגים של בתי החולים הפרטיים ועוד.¹⁴⁵ בדומה לכך נקבע לעניין הרכבה של "המועצה להשכלה גבוהה" כי במועצה יינתן "ייצוג הולם לכל סוגי המוסדות להשכלה גבוהה".¹⁴⁶ הקביעה איזה מבין שני המודלים יש להעדיף צריכה להתבסס במידה רבה על הבחירה בין שתי האסכולות שתוארו לעיל. אם הנחת היסוד היא שיש לשאוף לזיהוי "האינטרס הציבורי" בדרך אובייקטיבית, תגבר הנטייה להתייחס לגופים פלורליסטיים כאמור בחשדנות ולהחיל עליהם

בית המשפט, וכאישיות פוליטית, אף כלפי הציבור בכללותו, יבטיחו במידה רבה יותר מניעה של שיקול שרירותי של דרג פקידותי נמוך, אשר במציאות שלנו מונה למשרתו גם לא אחת עקב שיקולים פוליטיים".

144 ראו דוד דרי מינויים פוליטיים בישראל: בין ממלכתיות לתנועתיות (1993).

145 סעיף 49 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994.

146 סעיף 4א(א) לחוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958.

את הדוקטרינות המקובלות במשפט הציבורי. אלה מחילות על הפעלת סמכות מנהלית נורמות הדומות במהותן לאלה המוחלות על בעלי סמכות שיפוטית (ובהן, בצד האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים, הלכת עצמאות שיקול הדעת, החובה להעניק זכות טיעון, חובת הנמקה, החובה לקבוע כללים שלפיהם יופעל שיקול הדעת, ביקורת שיפוטית על סבירות ההחלטה ועוד). לעומת זאת אם הנחת היסוד היא הפוכה, והשאיפה היא שההכרעה תבטא במידה רבה ככל האפשר את שקלול האינטרסים של הגורמים הנוגעים בדבר, יועדפו גופים פלורליסטיים, שנושאי המשרה בהם נהנים מחופש פעולה ניכר, ועיקר הדגש הוא בהבטחת ייצוג הולם לאינטרסים השונים ובקביעת מנגנוני קבלת החלטות נאותים בגופים אלה.

שאלה מעניינת בהקשר זה היא מהי מידת עצמאותם של החברים בגופים פלורליסטיים. סוגיה זו נדונה בבית המשפט העליון אגב דיון בשאלה אם רשות ציבורית רשאית למנות נציג מטעמה בגוף כאמור (באותו מקרה, ועדה מחוזית לתכנון ולבנייה) גם אם הוא אינו נושא משרה ברשות. לפי גישת המיעוט, התשובה היא בשלילה, בשל ההכרח להבטיח שחבר הגוף הפלורליסטי אכן יבטא את האינטרסים שהוא אמור לייצג.¹⁴⁷ לעומת זאת עמדת הרוב הדגישה דווקא את חשיבותה של יצירת מסגרת עצמאית של שיג ושיח בתוך הגוף הפלורליסטי.¹⁴⁸ דומני שיש להעדיף את העמדה האחרונה. כדי להבטיח פעולה תקינה של גוף קולגיאלי, שחבריו אמונים על ייצוג אינטרסים שונים, אמנם נדרש שהנציגים יבטאו את האינטרסים שהם אמורים לייצג, אולם מטרת פעולתו של הגוף אינה מסתכמת במתן ביטוי כאמור. הענקת הסמכות לגוף הקולגיאלי נועדה להביא לידי כך שהכרעותיו ישקפו פשרה בין האינטרסים השונים המיוצגים בו, ולשם כך הכרחי להותיר לנציגים מתחם של שיקול דעת.

לבסוף, שאלה רחבה יותר בהקשר זה של אצילת סמכויות שלטוניות היא החוקיות של הפרטה. אין מדובר כאן בהפרטה בהספקת שירותים ציבוריים, למשל בתחום התחבורה (לרוב במיזמים מסוג BOT), אלא במקרים שבהם מענקים לגופים פרטיים, בעיקר לתאגידים למטרות רווח, סמכויות שלטוניות (כגון הפעלת בית סוהר, ניהול הליכים פליליים בשם

147 בג"ץ 5848/99 פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, פ"ד נד(3) 5, 16-17 (2000) (השופט דורנר).

148 שם, בעמ' 29-30 (השופט פרוקצ'יה): "חבר ועדה באשר הוא מחויב בהפעלת שיקול דעת חפשי משוחרר ממחויבויות לתכתיבים ולמדיניות הנכפים עליו, ולו על-ידי מי שמטעמו הוא נתמנה. קשה ליישב עקרון של עצמאות פעולה של מוסד תכנון עם מציאות שבה פועל חבר ועדה באמצעות מדיניות מוכתבת של גוף אשר מטעמו נתמנה לוועדה". עמדה זו הפכה להיות עמדת הרוב בדיון הנוסף שהתקיים בעניין זה: דנג"ץ 5361/00 פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 145 (2005).

המדינה ועוד). בעיקרו של דבר, תכליתה של מדיניות מסוג זה היא שיפור האיכות של הפעלת הסמכויות הרלוונטיות וצמצום העלויות הכרוכות בכך. ההנחה היא שלגוף ציבורי אין תמריצים מספיקים לשפר את איכות השירות ולהימנע מבזבוזים, ואילו התחרות שבה נתון התאגיד הפרטי ותמריצים חיוביים או שליליים אישיים לבעלי משרה בתאגיד יובילו לתוצאות טובות יותר. יתר על כן, ברוח הטיעון שהובא לעיל, הטענה היא שאם הרשות המנהלית ממילא צפויה להיות שבויה בידי בעלי אינטרסים מסוימים, מוטב לגרום לבעלי האינטרסים הללו "להפנים" את מלוא העלויות והתועלות הכרוכות בהפעלת הסמכות. מובן שהתוקף של טענות אלה שנוי במחלוקת, והוא תלוי בין היתר הן בהיבטים הקשורים למתכונת הפיקוח על פעילותם של גופים ציבוריים ואופן התקצוב שלהם והן למערך התמריצים שמוחל במסגרת מדיניות ההפרטה. אך הטיעון החשוב כאן הוא שהבחנה בין "פרטי" ל"ציבורי" אינה כה חדה וברורה כפי שנוטים לעתים להניח: מצד אחד הענקת סמכות שלטונית לגוף פרטי גוררת הטלת חובה לפעול על פי נורמות רבות מן המשפט הציבורי, ובכלל זה חובת כיבוד זכויות יסוד; מצד שני הפעלת הסמכות על ידי גוף ציבורי אינה צפויה להיות בהכרח מנותקת מאינטרסים אישיים של נושאי המשרה ומהשפעותיהן של קבוצות אינטרסים.¹⁴⁹

1. ביקורת שיפוטית

פעילותה של הרשות השופטת – ובעיקר חקירת מניעיהם של השופטים – היא אחד התחומים הקשים במסגרת הניתוח הכלכלי של משפט חוקתי. המסורת שהתגבשה בגישת הניתוח הכלכלי של המשפט הפרטי מותירה את מניעיהם של השופטים מחוץ למסגרת הדיון. למשל, בכל הקשור להשוואה בין הכוונת התנהגות בדרך ישירה, בדרך של הכרעה שיפוטית באשר לאופן ההתנהגות הראוי, לבין הכוונת התנהגות בדרך עקיפה, באמצעות קביעת הסדרים שתכליתם לגרום לפרטים "להפנים" (to internalize) את ההשפעות החיצוניות של פעילותם. ההנחה המקובלת בדיונים מסוג זה היא שיש להבחין בין הפרט לבין השופטים: הפרט צפוי לנהוג בדרך "רציונלית", ולכן כדי לגרום לו להביא בחשבון את השפעות (החיוביות או השליליות) מעשיו על זולתו יש ליצור תמריצים כספיים, למשל באמצעות הטלת אחריות, הקצאת זכויות קניין וכדומה. לעומת זאת השופטים הם נטולי

Richard L. Lippke, *Thinking About Private Prisons*, 16 CRIM. JUST. ETHICS 26, 34-35 149 (1997); Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543, 548 (2000); Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 INT'L J. CONST. L. 690 (2010)

אינטרסים אישיים וצפויים לפעול לשם קידום "האינטרס הציבורי", והדיון הוא רק בשאלה אם ביכולתם לזהות מהי דרך ההתנהגות הרצויה של הפרט. אך בדומה לדיון במניעיהם של מחוקקים ואנשי מנהל, הגישה הכלכלית של משפט חוקתי כופרת בסבירותה של הנחה זו גם כשמדובר בשופטים. שופטים הם בני אדם, בעלי אינטרסים שהם מבקשים להשיא, ויש לבחון מהם האינטרסים הללו וכיצד הללו צפויים להשפיע על הכרעותיהם.¹⁵⁰

אפתח בדיון קצר בשאלה מה מניע את השופטים. המענה לשאלה זו מכתוב במידה רבה את ההערכה באשר לתוצאה הצפויה של הסדרים שונים בדבר דרך הפעולה של בתי המשפט וסמכויותיהם להחיל ביקורת שיפוטית. בעקבות זאת אדון בשתי סוגיות קונקרטיות: באיזו מידה הסמכת בתי המשפט להכריע במחלוקות חברתיות רצויה לאור ההערכה בדבר השפעותיהן של קבוצות אינטרסים על ההכרעות החברתיות; מהן תגובותיהן הצפויות של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת להכרעות שיפוטיות, ומכאן – מהם הגורמים הקובעים את "כוחה הפוליטי" של הרשות השופטת. אסיים בדיון קצר בשאלת ההכרה בזכויות חוקתיות.

1. דרך הפעולה הצפויה של שופטים

קשה להשיב על השאלה מה מניע שופטים. כוחה של הרשות השופטת מבוסס – במידה רבה במיוחד ביחס לרשויות השלטון האחרות – על אמון הציבור בה.¹⁵¹ מקובל להניח שאמון הציבור אינו מתבסס על ההערכה שלאנשים שמכהנים כשופטים סגולות מיוחדות, המכשירות אותם להכריע בדילמות חברתיות. אמון הציבור בבתי המשפט הוא בראש ובראשונה ביטוי למחויבות הציבור לעיקרון בדבר "שלטון החוק", כלומר לרעיון של "ממשלה מוגבלת", שלפיו השלטון אינו בידיו של נושא משרה כלשהו אלא מסור לנורמות מופשטות ("non sub homine sed deo et lege", כלומר "לא תחת אדם, כי אם תחת האל והחוק"). זוהי במידה רבה מחויבות לתפיסה שכבר נדונה לעיל בדבר הכרעה "מאחורי מסך של בערות", שעיקרה הכרעה על סמך נורמות כלליות וקבועות. לפי גישה זו, אמון הציבור בשופטים מבטא הערכה שמלאכת זיהוין של הנורמות הללו היא עניין "מקצועי", כלומר

150 ריצ'רד פוזנר ניסח את הדברים באופן נחרץ בכותרת של מאמרו בעניין: Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 SUPREME COURT ECON. REV. 1 (1993).

151 למשל, Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the*, 112 YALE L.J. 153, 221 (2002); חיים ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט 9 14 (2002).

מחייבת מומחיות ויכולה (וצריכה) להיעשות בלא שיפוט סובייקטיבי, המושפע מעמדוּתיהם של השופטים או מן האינטרסים שלהם.¹⁵² שופטים המתארים את אופן ההכרעה שלהם מבטאים, כמעט ללא יוצא מן הכלל, את התפיסה הזאת שלפיה ההכרעה שלהם מבטאת את מה שמתחייב לדעתם על פי המשפט הקיים.¹⁵³ שופטים מסוימים אמנם מודים בקיומו של "שיקול דעת שיפוטי",¹⁵⁴ אך התפיסה המקובלת נוטה לצמצם מאוד את המקרים שבהם יש מקום לשיקול דעת כאמור ולהצביע על מקורות בתוך המשפט עצמו היוצרים מתחם צר למדי של שיקול דעת. מכאן גם הרתיעה של שופטים מלהשתתף במחקרים העוסקים בעמדותיהם בסוגיות שונות ובבחינת אופן הכרעתם בסוגיות היפותטיות.¹⁵⁵ עם זאת מובן כי אין הכרח לקבל את התפיסה הזו כפשוטה, מכמה טעמים: טעם אחד הוא הערכה בדבר טיבו של המשפט כמסגרת המותרת מרחב ניכר, ובלתי מוגבל כמעט, לשיקול דעת שיפוטי, וטעם שני הוא הערכות בדבר טבע האדם. יש ראיות למכביר על "התנהגות אסטרטגית" של שופטים, למשל בעת שהם מכהנים בהרכב והצהרה על עמדתם ה"אמתית" צפויה להוביל לתוצאה שאינה רצויה בעיניהם.¹⁵⁶ למעשה, הגישה הכלכלית

- Gregory A. Caldeira, James L. Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*, 36 AM. J. POL. SCI. 635 (1992). 152
- לעמדה שההסבר העיקרי להכרעות שיפוטיות הוא מחויבות לנורמות המשפטיות ראו למשל, Harry T. Edwards, Michael A. Livermore, *Pitfalls of Empirical Studies that Attempt to Understand the Factors Affecting Appellate Decisionmaking*, 58 DUKE L.J. 1895 (2009); Harry T. Edwards, *Public Misperceptions Concerning the "Politics" of Judging: Dispelling Some Myths About the D.C. Circuit*, 56 U. COLO. L. REV. 619 (1985). 153
- RICHARD A. POSNER, *HOW JUDGES THINK*; (1987); 154
- למשל, אהרן ברק *שיקול דעת שיפוטי* (1987); (2008). ראו גם למשל ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 178 (השופט חשין) (1996): "על-פי הוראות החוק כפשוטן, אמור האב-המערער לזכות בילדו, כחפצו. ובכל זאת פוסקים אנו כי במעשהו הנפשע הפקיע האב את זכותו לילדו. הנה כי כן, אומרים אנו לפסוק לכאורה, בניגוד להוראות הדין המפורש... בהניחנו כי פסיקתנו פסיקה 'נכונה' היא [אין זה] ראוי... שנאמר כי פוסקים אנו כפי שאנו פוסקים על יסוד כללי 'פרשנות' או על דרך של מילוי 'חסר'". 155
- למשל, בג"ץ 2491/02 בן ארי נ' מנהל בתי המשפט (פורסם כנבו, 1.8.2002). עם זאת יש לציין כי בארצות הברית ניכרת נכונות רבה למדי של שופטים להשתתף בניסויים שנועדו לבחון את המידה שבה שופטים נוטים למה שמוצג ככשלים קוגניטיביים בשיפוט לעומת הציבור הרחב. 156
- דוגמה לכך היא הכרעתו של השופט אנגלרד בדנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נ(3) 289 (2003). בפרשה זו קבעו ארבעה שופטים שיש לקבל את העתירה המקורית ולאפשר תפילת נשים ברחבת הכותל; ארבעה שופטים אחרים קבעו שיש לקבל את העתירה בחלקה ולאפשר תפילה באזור "קשת רובינסון", ואילו השופט אנגלרד סבר שיש

ממשיכה בהקשר זה את גישת "הריאליזם המשפטי" (legal realism), שעל פיה תיאור המשפט כאוסף של נורמות שאפשר למצוא בו את התשובה האחת הנכונה לכל סוגיה הוא כוזב.¹⁵⁷ הגישה הכלכלית משכללת גישה זו בהוסיפה ממד חיובי – אם השופטים אינם מכריעים אך ורק לפי המתחייב-כביכול מן המשפט, מה קובע את אופן הכרעתם? קיימת הסכמה רחבה בקרב החוקרים כי ככלל שופטים אינם מכריעים על יסוד אינטרסים אישיים והם חסינים במידה רבה בפני השפעות ישירות של קבוצות אינטרסים. מכלול ההיבטים המוסדיים בפעולתם של בתי המשפט, ובכלל זה הקביעות שממנה נהנים שופטים במרבית שיטות המשפט, המחויבות לנמק את הכרעותיהם על יסוד טיעונים בעלי אופי משפטי והיבטים של קולגיאליות שיפוטית – אלה מצמצמים במידה ניכרת את האפשרות שהכרעות השופטים יהיו מוטות, לפחות ישירות, מכוח אינטרסים אישיים או כיתתיים. התפיסה המקובלת ביותר באשר למניעתיהם של שופטים מייחסת להם שאיפה לקדם עמדות מהותיות מסוימות, תפיסות צדק באשר להכרעה הראויה בסכסוך או בדילמה החברתית המונחת לפנייהם (גישה זו מכונה בספרות attitudinalism).¹⁵⁸ המחלוקת היא בעיקרו של דבר בשאלה מהם המקורות שלפיהם מגבשים השופטים את תפיסת הצדק שמנחה אותם.

לפי גישה אחת, השופטים רואים עצמם מחויבים להכריע באופן שמבטא את העדפותיו של רוב מכריע בציבור ככל שקיימת תמיכה בקרב רוב ניכר בציבור בעמדה מסוימת. ביסוד גישה זו התפיסה שאמון הציבור בשפיטה יכול להיות מובטח גם אם חלקים בציבור אינם מחויבים לעקרון שלטון החוק או כופרים באפשרות שאין מרחב מספיק של שיקול דעת שיפוטי, וזאת אם השופטים ממלאים תפקיד של תיקון כשלים במערכת הפוליטית בייצוג

לרחות את העתירה ולהימנע מלהתערב בשיקול הדעת של הרב הממונה על הכותל. אולם כדרי שהעמדה השנייה תגבר, החליט להצטרף לגישה זו.

157 למשל, 4. Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935); Alf Ross, *Tu-Tu*, 70 HARV. L. REV. 812 (1957).

158 חוקרים מובילים בעניין זה הם Segal & Spaeth, ראו Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2002); Frank B. Cross, *Decisionmaking in the U.S. Circuit Courts of Appeals*, 91 CALIF. L. REV. 1457 (2003); Gregory C. Sisk, *The Quantitative Moment and the Qualitative Opportunity: Legal Studies of Judicial Decisionmaking*, 93 CORNELL L. REV. 873 (2008); Jeffrey M. Chemerinsky, Jonathan L. Williams, *Measuring Judges and Justice*, 58 DUKE L.J. 1173 (2009); Jack Knight, *Are Empiricists Asking the Right Questions about Judicial Decisionmaking?*, 58 DUKE L.J. 1532 (2009).

עמדות הרוב.¹⁵⁹ הערכה זו מבוססת על כך ששופטים אינם נתונים כאמור להשפעות של קבוצות אינטרסים פוליטיות או עסקיות, ואינם מחויבים ל"עסקאות חבילה" מקובלות במסגרת המערכת הפוליטית. מחקרים לא מעטים בוחנים את התזה הזאת באמצעות השוואה בין עמדות הציבור בסוגיות מרכזיות (כפי שהן באות לידי ביטוי בסקרי דעת קהל ובמאמרי דעה בעיתונות) לבין ההכרעות השיפוטיות.

גישות אחרות מציעות מקורות אחרים לתפיסות הצדק שמנחות את השופטים. אפשרות אחת היא השפעותיהן של קבוצות התייחסות רלוונטיות. אלה כוללות את השופטים בבית המשפט העליון (וזאת ככל שמדובר בשופטים בערכאות נמוכות, מכוח השאיפה להימנע מביטול החלטותיהם בערעור ומכוח השאיפה לקידום), השופטים האחרים בבית המשפט וגם גורמים שמחוץ למערכת השיפוטית, כגון חוקרים באקדמיה והקהילה המשפטית הרחבה יותר, עמדות של האליטה האינטלקטואלית,¹⁶⁰ ואפילו עמדותיהם של שופטים במדינות דמוקרטיות אחרות.¹⁶¹ למעשה, סביר להניח שהשופטים מגבשים את תפיסות הצדק שלהם כמו כל אדם אחר, כלומר על יסוד מאפיינים אישיים שלהם, דרך גידולם וחינוכם, התרבות שבה הם פועלים וכל הגורמים שתוארו לעיל.¹⁶² מובן גם שאין מקום להכללות, שהרי אין מקום להניח אחידות בגישותיהם של השופטים השונים או אף בגישתו של שופט מסוים ביחס לסוגים שונים של מקרים.

להערכת אלה השפעה רבה על הדיון בשאלה מהי דרך הבחירה המיטבית של שופטים. בספרות הניתוח הכלכלי הוצעו הצעות מגוונות להערכת איכותם של שופטים ושל מועמדיהם

159 למשל, Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577, 582-588 (1993); Or Bassok, Yoav Dotan, *Solving the Counter-majoritarian Difficulty* (working paper, 2011)

160 Posner, לעיל הערה 150. ידועים בהקשר זה דבריו הבוטים של השופט Scalia, בשולי פסק הדין שבו התקבלה עתירה נגד חוק שאסר לקיים יחסי מין הומוסקסואליים. השופט סקליה, שנותר במיעוט, טען כלפי שופטי הרוב כי הכרעתם אינה אלא ביטוי לעמדות של קהילת ההתייחסות שלהם – חברי הסגל בבית הספר המובילים למשפטים בארצות הברית: *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 652 (1996): "When the Court takes sides in the culture wars, it tends to be with the knights rather than the villeins, and more specifically with the Templars, reflecting the views and values of the lawyer class from which the Court's Members are drawn. How that class feels about homosexuality will be evident to anyone who wishes to interview job applicants at virtually any of the Nation's law schools. The interviewer may refuse to offer a job because the applicant is a Republican..."

161 Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, 102 AM J. INT'L L. 241 (2008)

162 למשל, Frederick Schauer, *Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior*, 68 U. CIN. L. REV. 615 (2000)

לשפיטה על סמך אמות מידה ניטרליות במהותן, כמו תפוקה, עצמאות שיפוטית ואיכות הניתוח המשפטי הפורמלי המובא בפסקי הדין.¹⁶³ אולם אף בשיטות המאמצות במידה רבה גישות מסוג זה, כמו למשל בישראל, קשה להניח שהכרעות השיפוטיות אינן מבוססות גם על השאיפה לקידום תפיסת צדק מסוימת. בצד מחויבותם של השופטים לנורמות המשפטיות, במקרים רבים הכרעתם מבוססת גם על השאיפה להשפיע על תוכן של ההכרעות החברתיות. בשורות הבאות אני מבקש לדון בקצרה בהשלכות של הנחה זו בשני מישורים: מהם האמצעים שנוקטים השופטים לשם הגברת השפעתם ומעורבותם בהכרעות החברתיות? וכיצד מגיבות לזה הרשויות הפוליטיות האחרות?

2. מאפיינים של הביקורת השיפוטית

התפיסה המקובלת היא שהביקורת השיפוטית משמשת אמצעי חשוב להגבלת השפעתן של קבוצות אינטרסים על החקיקה ועל החלטות המנהל הציבורי. לעיל כבר הובא דיון באופן שבה הפרשנות השיפוטית עשויה לסייע בהשגת יעד זה.¹⁶⁴ טענה מקובלת בהקשר זה היא שכפיפותן של החלטות שלטוניות גם לביקורת שיפוטית גורמת להגדלת העלות הכוללת של קידום הסדרים שלטוניים שבהם חפצות קבוצות אינטרסים, שכן נוסף על רכישת ההשפעה בבית המחוקקים או במנהל הציבורי, הן נדרשות לשאת גם בעלויות של ההתדיינות השיפוטית ולהיחשף לאי-הוודאות הכרוכה בהליכים אלה. מכאן הטענה שעצם קיומה של ביקורת שיפוטית צפוי לצמצם את היקף המעורבות של קבוצות אינטרסים בייזום חקיקה או החלטות מנהל.¹⁶⁵

יש המטילים ספק בהערכות אלה בדבר תועלתה של הביקורת השיפוטית. ראשית, אין זה ברור שהשופטים יהיו נכונים להחיל ביקורת אפקטיבית על החלטות הרשויות הפוליטיות. מתקיים "מאזן אימה" בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת, שתוצאתו ריסון שיפוטי ניכר.¹⁶⁶ ככל שסמכותה של הרשות המחוקקת להגביל את עצמאותה של הרשות השופטת רבה יותר, כך כוחה של הרשות השופטת חלש יותר, וכך גם כאשר אין דרוש רוב מיוחס לשם חקיקה "עוקפת בג"ץ". בעניין זה הוצעו ניתוחים "תורת-משחקיים" שמצביעים על קיומו של מתחם של הכרעות שיפוטיות בעניין מסוים שאינן צפויות להניב תגובה של המחוקק לביטול פסק הדין והשבת המצב לקדמותו. התנהגות אסטרטגית של

163 .Stephen Choi, Mitu Gulati, *A Tournament of Judges?*, 92 CALIF. L. REV. 299 (2004)

164 ראו לעיל, הטקסט שאליו נלווית הערה 109 ואילך.

165 למשל Macey, לעיל הערה 138.

166 למשל William Landes, Richard Posner, *The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective*, 18 J. L. & ECON. 875 (1975).

בית המשפט צפויה להביאו לבחור בהכרעה הנמצאת בקצה המתחם, וכך תתקבל ההחלטה הטובה ביותר על פי מערכת ההעדפות של בית המשפט שאינה צפויה להוביל לתגובה שלילית של המערכת הפוליטית.¹⁶⁷ בית המשפט עשוי להשתמש בהקשר זה בכלי עזר שונים, דוגמת קביעת הדין בלא מתן תוקף מעשי לקביעה זו במקרה הספציפי (למשל מכוח הדוקטרינה של "בטלות יחסית"), השעיית התוקף של ההכרעה ("בטלות מושעית") וכדומה.¹⁶⁸

יש לשים לב בהקשר זה להבדל שבין מתן מובן לחוק מסוים בדרך של פרשנות לבין הכרזה על בטלות החוק: במקרה של הכרזה על בטלות, אם לא השתנה מערך הכוחות בבית המחוקקים, נקל לצפות שיתגבש רוב לחקיקה מחדש של ההסדר שבוטל, ככל שהדבר אפשרי ברוב רגיל. לעומת זאת קביעה שיפוטית שתוצאתה הסדר משפטי חדש עשויה לגרום לכך שלפחות חלק מן התומכים בחוק המקורי יעדיפו את ההסדר החדש באופן שההכרעה השיפוטית לא תשונה על ידי המחוקק.¹⁶⁹ יש לכך חשיבות גם כשמדובר בסמכותו של בית המשפט להכריז על בטלות הוראות מסוימות בלבד בחקיקה ולקבוע מה יהיה הדין בעקבות הכרזה על בטלותו של הסדר מסוים. בית מחוקקים הצופה את הדבר עשוי לנסות למנוע באמצעות קביעה מראש, בחקיקה, מה יהא הדין אם בית המשפט יכריז על בטלותה של הוראה מסוימת בחקיקה.¹⁷⁰

טיעון שני שהועלה לתמיכה בעמדה שביקורת שיפוטית אינה צפויה בהכרח להחליש את השפעותיהן של קבוצות אינטרסים קשור להגדלת העלות של קבלת הכרעות חברתיות עקב הביקורת השיפוטית. העובדה שהכרעותיהן של הרשות המחוקקת והמבצעת נתונות לביקורת שיפוטית מגדילה אמנם את העלות הכוללת (במונחים של זמן, ודאות, עלויות כספיות ועוד) של הכרעות חברתיות, אולם הגדלת העלויות מוליכה להגדלת הסיכוי שלא

167 עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי" ו'אקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665 (2003); שלמה מזרחי ואסף מידני מדיניות ציבורית בין חברה למשפט 88-80 (2006). ליישום גישה דומה באשר לפסיקת בג"ץ ראו איל בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 797 (2001). מנגד לעתים דווקא העובדה ש"זכות המילה האחרונה" מסורה למחוקק מקנה לביקורת השיפוטית מידה רבה יותר של לגיטימציה ציבורית (ועמה גם לגיטימציה נורמטיבית). למשל, Lorraine E. Weinrib, *Learning to Live with the Override*, 35 McGill L. J. 541 (1989-1990).

168 יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2006); יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1994).

169 לדיון בסוגיות מסוג זה ראו למשל William N. Eskridge, Jr., John Ferejohn, *The Article I, Section 7 Game*, 80 GEO. L.J. 523 (1992). ההכרעה השיפוטית עשויה גם להשפיע על עיצוב ההעדפות של חברי הכנסת. לכאן רלוונטית ההחלטה אם לדחות עתירה על הסף או לגופה.

170 לדיון בסוגיה זו ולהדגמה של השימוש באמצעי זה בארצות הברית ראו Michael C. Dorf, *Fallback Law*, 107 COLUM. L. REV. 303 (2007).

יתקבלו הכרעות לשינוי המצב הקיים, ותוצאה זו צפויה דווקא לשרת לא אחת קבוצות אינטרסים אפקטיביות.¹⁷¹ כלומר, הטענה היא שביקורת שיפוטית צפויה לייקר את הסטייה מן הסטטוס קוו אך לא בהכרח לקדם את האינטרס הציבורי. ספק בעיניי אם טענה זו מבוססת דייה. ככל שבתי המשפט מבחינים בין הכרעות חברתיות המושפעות מלחצים של קבוצות אינטרסים לבין הכרעות אחרות, הגדלת העלויות של קבלת ההחלטה בשל קיומה של ביקורת שיפוטית אינה צפויה להיות אחידה בכל סוגי ההחלטות, ולפיכך סבירות הטענה לקיומה של "השפעה מצננת" של הביקורת השיפוטית גם על קבלת החלטות שנועדו לקדם את האינטרס הציבורי אינה מובנת מאליה. בה בעת אין להתעלם מכך שעצם קיומו של ההליך השיפוטי, שהוא לרוב ממושך למדי, גורם לעיכובים ממושכים כפי שאירע למשל במרבית הרפורמות הכלכליות לפתיחת שווקים לתחרות בישראל בעשרים השנים האחרונות.

טענה אחרת שמעלים מתנגדי הגישה שלפיה אפשר להצדיק את קיומה של ביקורת שיפוטית לשם צמצום השפעותיהן של קבוצות אינטרסים היא שגם ההליך השיפוטי נתון להשפעותיהן של קבוצות אינטרסים שונות. לטיעון זה שני היבטים: ראשית, נגישותה של המערכת השיפוטית מוגבלת, בעיקר בשל העלויות הכספיות הנכרות הכרוכות בניהול הליכים משפטיים. עקב כך לקבוצות אינטרסים עסקיות יתרון ניכר על פני אחרים בייזום ביקורת שיפוטית ובניהולה. התוצאה עלולה להיות שהביקורת השיפוטית תשמש בעיקר אמצעי להגבלת חקיקה שנועדה לקדם את האינטרס הציבורי על חשבונן של קבוצות אינטרסים ולא להפך.¹⁷² שנית, ככל שמדובר באסכולה בדבר ציבור של אינטרסים, מעורבות שיפוטית בהכרעה עלולה לשבש עסקאות פוליטיות ולפגוע אפוא ביעילות של ה"שוק" הפוליטי, למשל כאשר הכרעותיהם של השופטים נועדו לגשר על הפער שבין הכרעות הכנסת לבין העדפותיו של הרוב בציבור בסוגיה קונקרטי (למשל, בנושא פטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות או בהיבטים שונים הנוגעים ל"סטטוס קוו" בנושא דת ומדינה). גם אם בית המשפט מצליח לזהות מהן העדפותיו של הרוב בציבור בסוגיה הקונקרטית, עקיפת המערכת הפוליטית באמצעות מתן תוקף להעדפות אלה אינה מקדמת בהכרח את האינטרסים של הרוב. היא עלולה למנוע התקשרות בהסכמים פוליטיים שבהם

171 Elhauge, לעיל הערה 64.

172 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & Soc. Rev. 95 (1974); Elhauge, לעיל הערה 64.

הרוב מוותר על מימוש העדפותיו בסוגיה נתונה בתמורה להסכמת המיעוט לתמוך בהעדפות הרוב בהקשרים אחרים.¹⁷³

3. הכרה בזכויות יסוד חוקתיות

אחת הסוגיות שאינה נדונה לעתים תכופות במסגרת הגישה הכלכלית היא ההגנה על זכויות חוקתיות. כאמור לעיל, סוגיה זו נדונה במסגרת הניתוח של Buchanan & Tullock, העוסק בשאלה מהו כלל ההכרעה המיטבי,¹⁷⁴ ובכמה מחקרים הוצעו הצדקות להכרה בזכויות מסוימות על סמך טיעונים תוצאתיים-תועלתניים.¹⁷⁵ העמדה המקובלת היא שאין מקום לבסס את ההכרה בזכויות חוקתיות על תפיסות מוסריות דאוטולוגיות אלא על תאוריות של רווחה חברתית בלבד, כלומר על טיעונים המראים שהכרה בזכויות צפויה להוביל להשאת הרווחה החברתית.¹⁷⁶ הטענות שנועדו להראות כי אפשר להצדיק הגנה על זכויות חוקתיות בהתבסס על שיקולי יעילות הם מגוונים. אחת הדרכים לעשות זאת היא התבססות על מה שמכונה rule-consequentialism, כלומר בחינה מהם כללי ההתנהגות הצפויים להוליך לתוצאה המיטבית, בהתחשב בכך שמקבלי ההחלטות אינם צפויים לפעול באופן אופטימלי מבחינת הרווחה החברתית. גישה אחרת מבוססת על הסברה שאנשים מפיקים תועלת מאי-הפרתם אילוצים מוסריים, וגישה שלישית מבוססת על העמדה שלפיה היעד אינו השאת התועלת-בפועל של הפרטים אלא התועלת ממעשים ותוצאות המוכרים כראויים ("ideal preferences").¹⁷⁷

173 התוצאה עלולה להיות התקשרות בהסכם פוליטי ובו התחייבות של הצדדים להגיב להכרעות שיפוטיות בדרך של תיקוני חקיקה. דוגמה ידועה לכך היא ההסכם הקואליציוני שנדון בפרשת ולנר, לעיל הערה 68.

174 ראו לעיל, הטקסט שאליו נלווית הערה 53 ואילך.

175 למשל, באשר לחופש הביטוי: Richard A. Posner, *Free Speech in an Economic Perspective*, 20 SUFFOLK U. L. REV. 1 (1986); RICHARD A. POSNER, *FRONTIERS OF LEGAL THEORY* 62 (2001); Daniel A. Farber, *Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 HARV. L. REV. 554 (1991); ובאשר לאיסור הפליה על ידי גורמים פרטיים: John J. Donohue III, *Advocacy Versus Analysis in Assessing Employment Discrimination*, 44 STAN. L. REV. 1583 (1992); Edward M. Iacobucci, *Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution*, 36 OSGOODE HALL L.J. 293 (1998). לסקירה כללית ראו Hugo M. Mialon, Paul H. Rubin, *The Economics of the Bill of Rights*, 10 AM. L. & ECON. REV. 1 (2008).

176 למשל, Louis Kaplow, Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare* 410-13 (2002).

177 לדין ביקורתי בדרכים הללו ובנוספות ראו Zamir & Medina, לעיל הערה 14, בעמ' 21-33.

כפי שניסיתי להראות במקום אחר (עם איל זמיר), הטיעונים הללו אינם מספיקים בדרך כלל להצדקת הגנה המוענקת בפועל לזכויות חוקתיות ולכיבוד אילוצים דאונטולוגיים.¹⁷⁸ עמדתנו היא שאפשר וראוי לשלב תפיסה של דאונטולוגיה מתונה עם ניתוח כלכלי באמצעות החלת ניתוח כלכלי כדי לבחון אם התועלת הצפויה מהפרת אילוצים (או פגיעה בזכויות חוקתיות) היא רבה במידה העשויה להצדיק זאת.

ז. סיכום

גישת הניתוח הכלכלי של משפט חוקתי עוסקת ביישום המתודולוגיה והנחות היסוד המקובלות בכלכלה לשם תיאור וניבוי ההתנהגות של נושאי משרות שלטוניות. גורם מרכזי בדיון הוא העמדה שהכרעות המוסדות השלטוניים השונים הן, בעיקרו של דבר, תוצאה של התנהגותם של אנשים שכל אחד מהם פועל לשם מימוש העדפותיו שלו, המוגדרות לא אחת על פי הנחת הרציונליות. על פי זה הזירה הפוליטית מתוארת כשוק שבו משתתפים בוחרים ונבחרים, מחפשי עמדות השפעה, ואלה המוכנים להציע את כוח ההכרעה שלהם למרבה במחיר. כמו שווקים אחרים, גם שוק זה עלול להיות חשוף לסכנה של כשלי שוק שמצדיקים התערבות באמצעות כלים שונים.

הספרות בתחום זה אמנם אינה עשויה מקשה אחת, אך המגמה הכללית היא פסימית למדי. האסכולה הפלורליסטית (ציבור של אינטרסים) של הגישה הכלכלית למשפט חוקתי חשופה לביקורת על הלגיטימציה שהיא עלולה לתת לפעילות של נושאי משרה שלטונית לקידום אינטרסים אישיים שלהם.¹⁷⁹ חמור מכך, ההערכה המקובלת בקרב מרבית החוקרים היא שהיווצרותן של קבוצות אינטרסים שמפעילות את השפעתן לקידום אינטרסים מסוימים על חשבון אחרים, באופן הפוגע ברווחה החברתית, היא בלתי נמנעת.¹⁸⁰ ההשלכה

178 שם. ראו גם איל זמיר, ברק מדינה "משפט, כלכלה ומוסר דאונטולוגי – תגובה לאריאל פורת" משפטים מא 439 (2011).

179 לדיון בביקורת מסוג זה ולניסיון למענה לה ראו למשל, Geoffrey Brennan, James M. Buchanan, *Is Public Choice Immoral? The Case for the "Nobel" Lie*, 74 VA. L. REV. 179 (1988).

180 דובר מובהק של גישה פסימית זו הוא כאמור Olson, לעיל הערה 17, שטען שעליית כוחן של גרמניה ויפן לאחר מלחמת העולם השנייה נבעה במידה רבה ממחיקתן של קבוצות האינטרסים המסורתיות בחברות אלה בעקבות המלחמה, ואילו המערכות הפוליטיות בארצות הברית, בריטניה וצרפת נותרו שבויות בידי קבוצות אינטרסים. יש מחקרים לא מעטים שקיים בהם ביסוס אמפירי להשפעתן השלילית של קבוצות אינטרסים על הכרעות חברתיות ועל המצב הכלכלי. ראו למשל Erich Weede, *Democracy, Creeping Socialism, and Ideological Socialism in Rent-Seeking Societies*, 44 PUB. CHOICE 349 (1984); Kwang CHOI, A

הנורמטיבית העיקרית של ממצאים אלה היא הטלת ספקות בסבירותן של הנחות היסוד של האסכולה בדבר ציבור של אינטרסים (או פלורליזם). בה בעת ההערכות הפסימיות הללו עלולות להוביל למסקנה שנטישה, או החלשה ניכרת, של מנגנוני ההכרעה הפוליטיים לטובת מקבלי החלטות ריכוזיים הן בלתי נמנעות.¹⁸¹ מסקנה כזאת היא כמובן בלתי קבילה, הן מכוח ההכרה באילוץ המוסרי לבחור במנגנוני הכרעה חברתיים, הנובע מן ההכרה בזכות ההשתתפות השווה, והן מכוח הממצאים האמפיריים בדבר מתאם מובהק בין האופי הדמוקרטי של משטרים לבין שגשוג ורווחה כלכלית. מכאן החשש שאימוץ התאוריה הכלכלית למשפט חוקתי עלול לרדד את הדיון ולהתעלם מגורמים מרכזיים במשפט החוקתי שעיקרם הכרה באילוצים מוסריים המוטלים על גורמי השלטון.¹⁸² אך אין מתחייבת מכאן המסקנה שגישה זו אינה רלוונטית. בסופו של דבר, התובנות השונות שמציעה גישת הניתוח הכלכלי למשפט חוקתי צריכות להצטרף לשיקולים נוספים שלפיהם יש לעצב את המוסדות השלטוניים ואת הדוקטרינות של המשפט הציבורי תוך מחויבות לעקרונות היסוד המוסריים בתחומים אלה.

statistical test of Olson's model, in THE POLITICAL ECONOMY OF GROWTH 57 (Dennis Mueller ed., 1985).

181 למסקנה רדיקלית מסוג זה ראו Richard Epstein, *Toward a Revitalization of the Contract Clause*, 51 U. CHI. L. REV. 703, 711-715 (1984).

182 לביקורת ברוח זו ראו למשל Michael C. Dorf, *The Coherency of Democracy and*

Robert C. Post, *Constitutional Scholarship* *Distrust*, 114 YALE L.J. 1237 (2005)
in the United States 7 INT'L J. CONST. L. 416, 421-422 (2009).

פרק יב: משפט פלילי

מאת

אלון הראל*

א. מבוא. 1. כללי; 2. סקירה היסטורית; 3. תכלית הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי; 4. מבנה הפרק. ב. העברייין הרציונלי בחברה ממקסמת-תועלת: הניתוח הכלכלי הקלסי של המשפט הפלילי; 1. מבוא; 2. מהי התנהגות אנטי-חברתית?; 3. גבולות המשפט הפלילי: על התייחסות בין סנקציית פלילית לסנקציית נזיקית; 4. תוחלת הסנקציית הפלילית; 5. מרכיבי תוחלת הסנקציית הפלילית: שיעור של הסנקציית הפלילית, הסתברות התפיסה; 6. הדוקטרינה המשפטית הפלילית; 7. הפושע אצל השכן ירוק יותר – הכלכלה הפוליטית של החקיקה הפלילית; 8. סכום ביניים והסתייגויות אפשריות. ג. על העברייין שטרם למד רציונליות: תורת הנורמות החברתיות והניתוח ההתנהגותי של המשפט הפלילי; 1. מבוא; 2. משפט צדק ויעילות: תורת הנורמות החברתיות והמשפט הפלילי; 3. משפט וכלכלה התנהגותיים; 4. סיכום: תורת הנורמות ומשפט וכלכלה התנהגותיים. ד. האושר והמשפט הפלילי. ה. סיכום ואתגרים לעתיד.

א. מבוא

1. כללי

הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי משתמש במתודולוגיה הלקוחה ממדעי החברה (כלכלה, כלכלה התנהגותית, פסיכולוגיה וסוציולוגיה) כדי לבחון את תפקידו של המשפט הפלילי בחברה, את תוכנם של ההסדרים הפליליים, את אופיים של העונשים הפליליים ואת חומרתם האופטימלית. זאת ועוד, כפי שאראה להלן, על הניתוח הכלכלי של המשפט

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

הפלילי לעסוק גם בשאלות שאינן חלק מן המשפט הפלילי, כמו מדיניות האכיפה, וכן בסוגיות של דיני ראיות ומשפט פרוצדורלי.

ביסודו של דבר הסנקצייה הפלילית נתפסת על ידי אנשי משפט וכלכלה כתמריץ המיועד להבטיח שאדם לא יבצע פעולה לא רצויה מבחינה חברתית. לפיכך בניגוד למסורת הגמולית (רטריבוטיבית), המשפט הפלילי איננו צופה פני עבר, ובמיוחד הוא איננו מיועד לענוש עבריינים שביצעו עברות בעבר. המשפט הפלילי הוא צופה פני עתיד, ותפקידה של הסנקצייה הפלילית היא למנוע התנהגות אנטי-חברתית בעתיד (בדרך כלל בדרך של הרתעה ולעתים גם בדרך של מניעה (incapacitation)). על פי עמדה זו, העונש נתפס כרע הכרחי (בשל העלויות הכרוכות בו הן לחברה והן לעבריינין). יש למזער את השימוש בעונש ולהשתמש בו רק כאשר הוא מבטיח צמצום ההיקף של פעילות אנטי-חברתית.

הדוקטרינה המשפטית הפלילית מבוססת על ערכים גמוליים. למשל, המשפטן הפלילי המסורתי סבור כי את הסנקצייה הפלילית יש להטיל על האשמים בלבד וכן כי על חומרת העונש לשקף את מידת הרוע הגלום בעברה.¹ זאת ועוד, יש זרם מרכזי בתאוריה הגמולית אשר מתנגד כעיקרון לשימוש במשפט הפלילי לצורכי הרתעה, באשר שימוש כזה מפר את עקרון היסוד הקאנטיאני, שלפיו אין להשתמש באדם כאמצעי, אפילו לא כאמצעי להקטין את רמת הפשע בחברה.² מכאן גם שלניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי יש לעתים פוטנציאל רדיקלי, פוטנציאל להנביע הצעות הסותרות רדיקלית מן ההסדרים המשפטיים הנוהגים (אשר משקפים את האופי הגמולי של המשפט). גם הנחות יסוד של המשפט הפלילי, כמו אלה המסבירות מדוע בכלל להעניש או מדוע להעניש דווקא את האשמים, או

1 הרוע הגלום בעברה נתפס כמורכב מן הרוע האובייקטיבי wrongfulness וממידת הזדון הסובייקטיבי המתגלמת במעשה culpability. חומרת העונש לפי עמדה זו הוא פונקצייה של שני מרכיבים אלה. ראו למשל: R.A. DUFF, INTENT AGENCY AND CRIMINAL LIABILITY 103 (1990); GEORGE FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 454-459; ROBERT NOZICK, PHILOSOPHICAL EXPLANATIONS 363-397 (1981).

2 זו הפרשנות המקובלת של עמדתו של קאנט. ראו IMMANUEL KANT, METAPHYSICS OF MORALS. לפרשנות רדיקלית הרואה בעמדתו של קאנט עמדה מעורבת שלפיה הרתעה היא הטעם לענישה, ואילו גמוליות מתפקדת כחסם המגביל את חומרת העונש, ראו: B. Sharon, Byrd, Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution, 8 LAW AND PHILOSOPHY 151-200 (1989). העמדה שלפיה אין לענוש אדם לצורכי הרתעה כללית נתקבלה גם בדוח ועדת גולדברג לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין מאוקטובר 1997 סעיף 13. הוועדה קבעה כי אין לסטות מעקרון ההלימה (עיקרון גמולי ביסודו) "לצורך הרתעה כללית, במובנה המקובל ספק הוא אם החמרה בעונש לשם הרתעה כללית מתיישבת עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. משמעות ההרתעה הכללית (במובן המקובל) הוא גרימת סבל עורף לנאשם כדי להשפיע בכך על הזולת שלא יעבור עברה כשהנאשם הוא אמצעי להגשמת מטרה זו".

מדוע ואם יש להטיל על פרטים שביצעו עברות דומות עונשים זהים, מחייבות מחשבה מחודשת. ייתכן למשל כי ענישת חפים מפשע תהיה אפקטיבית כמו ענישת אשמים ואולי גם זולה יותר, וענישה דיפרנציאלית בגין עברות זהות תהיה יעילה ואולי גם זולה. התשובה לשאלה את מי יש לענוש ובאיזו דרגת חומרה מחייבת עיון שיטתי בהתנהגותם של הפרטים ובאופן שבו מדיניות הענישה משפיעה על התנהגות זו.

תיאור הסנקצייה הפלילית כתמריץ שלילי המיועד למנוע עברות בעתיד איננה ייחודית לניתוח הכלכלי. גם הניתוח התועלתני הקלסי מבוסס על ההנחה שהמשפט הפלילי איננו אלא בגדר תמריץ שלילי, ואכן קיים דמיון רב בין הניתוח התועלתני של המשפט הפלילי, פרי מחשבתו של הפילוסוף האנגלי התועלתן בן המאה השמונה-עשרה Jeremy Bentham, לבין הניתוח הכלכלי העכשווי. אלא שהניתוח הכלכלי העכשווי דוחה את הרעיון התועלתני הקלסי של מקסום אושר המוגדר במונחים הדוניסטיים – מונחים של עונג וכאב. בניגוד לבנתאם סבורים הכלכלנים כי העונג או הכאב אינם מושגים אופרטיביים הניתנים למדידה או לכימות ואי אפשר להשתמש בהם לעיצוב מדיניות ענישה. במקום זאת משתמשים הכלכלנים במונח "העדפה" ומבקשים לתכנן את מערכת הנורמות באופן שיבטיח סיפוק מרבי של העדפות. זאת ועוד, ההעדפה בתאוריה הכלכלית המסורתית איננה מבטאת מצב נפשי, והיא נבחנת על פי התנהגות: העדפותיו של אדם משתקפות בבחירות שהוא בוחר. בשנים האחרונות יש ניסיונות להחיות מחדש את המושגים ההדוניסטיים המסורתיים תוך שימוש בכלים מדעיים-פסיכולוגיים גם בתחום המשפט.

2. סקירה היסטורית

בספרו המונומנטלי An Introduction to the Principles of Morals and Legislation בחן בנת'אם ביסודיות את הסדרי המשפט הפלילי תוך שהוא מנתח אותם במונחים של מקסום התועלת החברתית. על פי עמדה זו, רק לאושר (המבוסס על סכום הכאב והעונג) יש ערך בפני עצמו (ערך לא אינסטרומנטלי דהיינו אינטרינזי). עמדה זו קרויה בספרות הפילוסופית "הדוניזם נורמטיבי"³. בנת'אם סבר גם כי הן כללי המוסר והן כללי המשפט צריכים להיות מכוונים למקסום כמות העונג הכוללת (המצרפית) בחברה. המשפט הפלילי לדידו של בנת'אם הוא ענף של המשפט המאופיין כך:

3 להגדרה מפורטת ראו Andrew Moore, *Hedonism*, *The Stanford Encyclopedia* (Edward N. Zalta (ed), Fall 2008) <http://plato.stanford.edu/entries/hedonism>

The business of the government is to promote the happiness of the society by punishing and rewarding. That part of its business which consists in punishing is more particularly the subject of penal law.⁴

למרות הדומיננטיות של המסורת התועלתנית ושל ניתוח עלות תועלת (cost benefit analysis) בתחומים רבים של המשפט ההשפעה הממשית של הניתוח של בנת'אם על התפתחות המשפט הפלילי, ואפילו על התאוריות של המשפט הפלילי, הייתה מצומצמת. השלב השני בהתפתחות הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי היה כמאה שנה לאחר מכן עם פרסום המאמר הקלסי של הכלכלן גארי בקר *Crime and Punishment: An Economic Approach* בשנת 1968.⁵ שלא כבנת'אם בקר ניתח את המשפט הפלילי לא במונחי אושר אלא במונחי העדפות בהשתמשו בכלים של הכלכלה הנאו-קלסית. מאמר זה פתח בהנחה שלפיה העברייין הוא ממקסם רציונלי של תועלת: הוא מחשב את התועלת הצפויה מן הפשע ומשווה אותה לעלות הצפויה של ביצוע הפשע. תפקידו של המשפט הפלילי הוא למזער את הסכום של העלויות הצפויות של הפשיעה והעלויות הצפויות של אמצעי האכיפה. מאמר זה היה חלק מפרויקט מקיף ופורץ דרך של בקר: לנתח תופעות שבאופן מסורתי נתפסו כחלק ממדע הסוציולוגיה (כמו הפליה גזעית, התנהגות פרטים בתוך המשפחה, התמכרות לסמים ועוד) במונחים פורמליים-כלכליים.

בשנות התשעים התפתחו שני זרמים חדשים: זרם הבוחן את המשפט מפרספקטיבה של נורמות חברתיות וזרם של משפט וכלכלה התנהגותיים. הזרם הראשון מבוסס על תובנות סוציולוגיות ועל הקשר ההדוק של נורמות חברתיות עם נורמות משפטיות.⁶ עם עליית קרנה של הכלכלה ההתנהגותית בשנות התשעים נתפרסמו גם כמה וכמה עבודות הבוחנות את המשפט הפלילי מפרספקטיבה התנהגותית תוך שימוש בתובנות פסיכולוגיות.⁷ עבודותיהם פורצות הדרך של טברסקי וכהנמן (תורת הערך, ראו לעיל פרק ב, פסקה א) שינו את הכתיבה בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט בכלל ובתחום הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי בפרט.⁸ עבודות התנהגותיות אלה נשענות לעתים קרובות לא על הנחות אפריוריות

JEREMY BENTHAM, AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION 4
(eds J.H. Burns and H.L.A. Hart, 1996). 74

Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 169-217 5

ERIC A. POSNER LAW AND SOCIAL NORMS (2000) 6

Richard H. McAdams, Thomas 7
S. Ulen, *Behavioral Criminal Law and Economics* (SSRN) URL
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1299963

לקובץ מאמרים בעברית הכולל גם תרגומים של מאמרים קלסיים של תורת הערך ראו דניאל 8
כהנמן ועמיתים רציונליות הוגנות אושר (בעריכת מיה בר הלל, 2005).

בדבר הרציונליות של הפרטים אלא על מחקרים אמפיריים (התבוננות בהתנהגותם של פרטים וניתוח סטטיסטי שלה) ועל מחקרים אקספרימנטליים (המבוססים על ניסויים שנערכים במעבדות). בשנים האחרונות השתמשו אנשי משפט וכלכלה גם בתבוננות מן הכתיבה הפסיכולוגית העוסקת באושר במובן ההדוניסטי, ובכך באופן אירוני חזרה הכתיבה העכשווית אל הכתיבה התועלתנית המוקדמת של בנת'אם.⁹

3. תכלית הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי

הניתוח הכלכלי המסורתי של המשפט הפלילי כולל בתוכו מרכיבים פוזיטיביים ונורמטיביים. לעתים קרובות הניתוח הכלכלי הנורמטיבי מאמץ את העמדה שלפיה המשפט הפלילי מיועד למזער את סכום העלויות הצפויות של הפשיעה מצד אחד ואת העלויות הצפויות של האכיפה מצד אחר. ניתוח זה גורר בעקבותיו כמה וכמה מסקנות באשר לשאלות רבות, ובהן אלה: מה הם המעשים שהם עברה פלילית? מהו העונש האופטימלי על עברות פליליות? מהי הסתברות התפיסה האופטימלית? מהו המצב הנפשי הנדרש לצורך הרשעה? ועוד. עם זאת צריך לזכור כי המתודולוגיה הכלכלית איננה חייבת לאמץ את האידאל הנורמטיבי הזה דווקא. אין כל מניעה מושגית במסגרת הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי לאמץ את העמדה שלפיה למשל תכלית המשפט הפלילי היא לתת עדיפות לתועלות של הקרבות על פני העבריינים, או שיש תועלות (או עלויות) שהמשפט הפלילי צריך להתעלם מהן בעיצוב ההסדרים הפליליים. זאת ועוד, גם שיקולי שוויון וצדק חלוקתי אינם זרים לניתוח הכלכלי. גם אם נקבל את התכלית של מזעור עלויות הפשיעה ועלויות האכיפה, אין הכרח באימוץ תכליות אלה כתכליות בלעדיות. ייתכן למשל לקבל אילוץ סף מסוימים על שיעור הסנקציה הפלילית מטעמים של צדק גם אם אי אפשר להצדיק אותם במונחי תועלת חברתית.¹⁰

בצד הכתיבה הנורמטיבית בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי קיימת כתיבה רבה המנסה לתאר ולנבא את ההתנהגות של עבריינים או של קרבות פוטנציאליים ואת האפקטים של שינויי חקיקה פלילית, או של שינויים במדיניות האכיפה, או שינויים בדיני הראיות על ההתנהגות של פרטים. חלק מכתיבה זו מבוסס על מודלים פורמליים הנשענים על הנחות בדבר רציונליות של הפושעים, וחלק אחר מבוסס על מחקרים התנהגותיים אמפיריים או אקספרימנטליים. לבסוף קיימים ניתוחים בתחום הכלכלה המדינית הבוחנים את התנהגותם של מחוקקים בתחום המשפט הפלילי.

9 ראו LAW AND HAPPINESS (Eric A. Posner & Cass Sunstein eds., 2010).
10 אחת מן העמדות הנפוצות באשר למדיניות משפטית היא כי על המשפט למקסם את התועלת החברתית בכפוף לאילוץ צד (side constraints). זו העמדה בספרם של EYAL ZAMIR, BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS AND MORALITY (2010).

כיוון שבסופו של דבר הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי הוא ניתוח של תמריצים, הניתוח הכלכלי של ההסדרה הפלילית עוסק לא רק במשפט הפלילי אלא גם באכיפה ובדיני הראיות. לאמתו של דבר, ההפרדה בין ענישה, אכיפה ומשפט פרוצדורלי נתפסת במסגרת הניתוח הכלכלי כהפרדה מלאכותית. הנכונות של עברייני לבצע עברה פלילית תלויה לא רק בחומרת העונש הפלילי או בהגנות שמהן הוא עשוי ליהנות אלא גם בהסתברות התפיסה (הנקבעת על ידי מדיניות האכיפה) ובהסתברות ההרשעה (הנקבעת על ידי כללים ראייתיים ופרוצדורליים). מכאן שפרק זה עוסק לא רק בשאלות המקוטלגות ברגיל כשאלות של המשפט הפלילי: הדוקטרינה הפלילית, חומרת העונש הפלילי או הגנות, אלא גם בשאלות המקוטלגות כשאלות של אכיפת החוק. עיסוקו של הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי בתמריצים מחייב פיתוח קריטריונים להבחנה בין המשפט הפלילי לבין ענפי משפט אחרים (למשל נזיקין) העוסקים בתמריצים גם הם. על התאורטיקן המשפטי לשאול מדוע בכלל יש משפט פלילי, ומה מייחד אותו מענפי המשפט האחרים.

4. מבנה הפרק

את הניתוח להלן אחלק לארבעה פרקים: בפרק ב אבחן את הניתוח הכלכלי המסורתי המבוסס על התאוריה הכלכלית הנאו־קלאסית. תאוריה זו מבוססת על ההנחה כי העברייני הוא רציונלי, והיא מבקשת להבטיח בניית מערכת תמריצים אשר תבטיח את מזעור סכום עלויות הפשיעה והאכיפה. בפרק ג אבחן את הניסיונות להעשיר, או לעתים לאתגר, את הניתוח הכלכלי הקלאסי באמצעות תוכנות הלקוחות מתחום תורת הנורמות החברתיות וכן מתחום הכלכלה ההתנהגותית. בפרק ד אבחן את הניתוח המבוסס על המחקרים העכשוויים העוסקים במדידת אושר ואת השלכותיהם על המשפט הפלילי. בפרק זה אבחן גם את ההשלכות של הניתוח המבוסס על האושר על תאוריות גמוליות של המשפט. בפרק ה אבחן את השפעתו של הניתוח הכלכלי על המשפט הפלילי ואעלה כמה הרהורים באשר לעתיד הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי.

ב. העברייני הרציונלי בחברה ממקסמת־תועלת: הניתוח הכלכלי הקלאסי של המשפט הפלילי

1. מבוא

הניתוח הכלכלי הקלאסי מבוסס על ההנחה כי העברייני הוא ממקסם־תועלת. העברייני כמו כל אדם אחר משקלל את התועלת שהוא יפיק מן המעשה ומשווה תועלת זו לעלויות הנגזרות מן המעשה. התועלת יכולה להיות רווח כספי, תענוג סדיסטי או סיפוק מיני. העלות גם היא יכולה להיות כספית (קנס) או מאסר או אפילו עלות המבוססת על הדחייה החברתית

(סטיגמה) או על רגשי אשם. לעתים קרובות מדובר בתועלת (או עלות) הסתברותית. הניחו למשל כי משה שוקל אם לבצע גנבת נכס ששווי 100 ש"ח. הניחו כי ההסתברות שהגנבה תצלח בידו היא 50%, וכי יש קנס של 200 ש"ח המוטל בהסתברות של 50%. במקרה כזה התועלת הצפויה מן הגנבה (או מה שמכונה תוחלת התועלת) היא $50 = 50\% \times 100$ ש"ח והעלות הצפויה (תוחלת העלות) של הגנבה היא $200 \times 50\% = 100$.

פרק זה מתבונן במשפט הפלילי מן הפרספקטיבה של המתכנן החברתי החפץ להשתמש במשפט הפלילי לצורך קידום האינטרס החברתי. תחילה על המתכנן החברתי לזהות מהי התנהגות אנטי-חברתית שאותה ראוי להרתיע על ידי הטלת סנקציות משפטיות. במילים אחרות, המתכנן החברתי צריך לקבוע אילו התנהגויות יש להרתיע באמצעים משפטיים ואילו התנהגויות יש לעודד. לאחר שזיהה מהי התנהגות אנטי-חברתית, על המתכנן החברתי להחליט איזה סוג של סנקציות משפטיות ראוי להטיל: סנקציית נזיקת, סנקציית מנהלית או סנקציית פלילית. אם נמצא שהסנקצייה הראויה היא הסנקצייה הפלילית, יש לקבוע מהו שיעור הסנקצייה הפלילית הצפויה (שיעור תוחלת הסנקצייה). כאן יש הגורסים כי לעתים שיעור תוחלת הסנקצייה הפלילית צריך להיות כגודל הנזק, ואחרים סבורים כי תוחלת הסנקצייה הפלילית צריכה להיות גבוהה במעט מן התועלת הצפויה לעברייין מן העברה (ולכן תבטיח שהעברייין לא יבצע את המעשה הפלילי גם אם התועלת שהוא מפיץ מן העברה גבוהה מן הנזק של הקרבן). שיעורה של הסנקצייה הצפויה נקבע על ידי הסתברות התפיסה והענישה וכן חומרת העונש במקרים של הרשעה. המתכנן החברתי צריך אפוא לקבוע את שיעורם היחסי של שני המרכיבים הללו. לבסוף צריך המתכנן החברתי לקבוע הסדרים הנוגעים לפרטי הדוקטרינה הפלילית: היסוד העובדתי הנדרש לצורך ביצוע עברה, היסוד הנפשי, תפקידן של ההגנות במשפט הפלילי ועוד. לאחר שבחנו את השיקולים הכלכליים הנורמטיביים, נבחן את האופן שבו פועלים מחוקקים רציונליים בפועל ונצביע על התוצאות התת-אופטימליות של פעילות רציונלית של מחוקקים.

2. מהי התנהגות אנטי-חברתית?

המשפט הפלילי מיועד להרתיע התנהגות אנטי-חברתית או התנהגות בלתי רצויה. אף שלא כל התנהגות אנטי-חברתית היא פלילית, ככלל ראוי שרק התנהגות אנטי-חברתית (התנהגות שאותה החברה רוצה להרתיע) תוגדר "פלילית". אלא שלעתים (כפי שנראה להלן) קשה להבחין בין התנהגות אנטי-חברתית להתנהגות ראויה, ובמקרים אלה ראוי לעתים להטיל סנקציות פליליות גם על התנהגות ראויה (למשל עברת מהירות בנסיבות שבהן המהירות התחייבה מן הנסיבות). דרך אחת לתאר את ההתנהגות שראוי להרתיע היא לתאר את ההתנהגות הזאת תוך שימוש במושג הכלכלי של ההחצנות השליליות (negative externalities). כאשר פרט מחליט על התנהגותו הוא מביא בחשבון את התועלת והנזק הצפויים לו מן ההתנהגות. הוא איננו מביא בחשבון את התועלת או הנזק הנגזרים מן

ההתנהגות לאנשים אחרים. כאשר ההתנהגות מביאה נזק לזולת שהוא גדול מן התועלת של המבצע, ההתנהגות היא אנטי-חברתית, ולפיכך ראוי למנוע אותה. עם זאת התבוננות במשפט הפלילי מראה כי לעתים קרובות המשפט הפלילי מטיל איסורים גם על פעילות שהתועלת שהיא מביאה לעברייני גדולה מן הנזק שהיא מביאה לקרבן. התועלת המופקת על ידי איש עני מגנבת שטר של 10 דולר גבוהה מן הנזק שנגרם למיליונר שמארנקו נלקח השטר. גם אין להוציא מכלל חשבון את האפשרות שהתועלת שתביא תקיפה לעברייני גדולה מן הנזק שייגרם לקרבן. יש כמה הסברים אפשריים להטלת אחריות פלילית במקרים מעין אלה. למשל, מקרים אלה יכולים להיות מוסברים על ידי הנחות בדבר האפקט הטיפוסי של הפעולה (דהיינו הפעולה גורמת בדרך כלל נזק שהוא גדול מן התועלת המופקת ממנה גם אם במקרים פרטיקולריים התועלת המופקת ממנה גדולה מנזקה). לעתים לפעולה יש השלכות עקיפות שליליות. גנבות מחייבות את הקרבן להשקיע באמצעי זהירות. גם אם התועלת לעברייני מן הנכס הנגנב גבוהה מן הנזק הישיר לקרבן, פטור מאחריות פלילית יביא את הקרבן להשקיע השקעה גבוהה באמצעי זהירות. לבסוף ייתכנו שיקולי מוסר אשר בגינם יש לתת עדיפות להגנה על גופו של אדם או אינטרסים אחרים גם כאשר התועלת המופקת על ידי העברייני גבוהה מן הנזק שנגרם לקרבן. אין כל מניעה בניתוח כלכלי להביא בחשבון גם את השאלה אם ההעדפות הן מוסריות או ראויות. ייתכן למשל שראוי להתעלם מן העובדה שלפרטים יש העדפות גזעניות ולא לשקלל העדפות כאלה בתחשיב החברתי.

טענה זו, שלפיה הפרט פועל רק כדי לקדם את תועלתו (דהיינו מתעלם מן ההחצנות השליליות של התנהגותו), נכונה גם כאשר ההתנהגות היא אלטרואיסטית, המכוונת להיטיב עם הזולת, או התנהגות סאדיסטית, המכוונת להכאיב לזולת או לגרום לו נזק. על פי העמדה המסורתית של הניתוח הכלכלי, בשני המקרים האלה מפיק הפרט תועלת משינוי התועלת של פרטים אחרים: הפרט האלטרואיסטי מפיק תועלת משיפור הרווחה של פרט אחר, ואילו הפרט הסאדיסטי מפיק תועלת מהקטנת הרווחה של פרט אחר. העדפות אלטרואיסטיות או סאדיסטיות אינן שונות במובן זה מכל העדפה אחרת.

אף שמרבית האיסורים הפליליים מיועדים למנוע החצנות שליליות, אין להוציא מכלל חשבון קיומם של איסורים פליליים המיועדים להבטיח התנהגות בעלת החצנות חיוביות, דהיינו לא חובות פליליות המרתיעות התנהגות מזיקה אלא חובות פליליות המעודדות התנהגות מועילה. איסורים אלה קיימים במיוחד בשיטות משפט קונטיננטליות (וגם בישראל). למשל, סעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 קובע עונש פלילי לאדם אשר נמנע "מלהושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו..." עם זאת סנקציות פליליות המיועדות להבטיח התנהגות בעלת החצנות חיוביות הן בגדר יוצא מן הכלל.

כפי שציינו, לא כל התנהגות היוצרת החצנות שליליות היא אנטי-חברתית. לעתים התועלת שהפרט מפיק מן ההתנהגות גדולה מן הנזק שהוא גורם לאחרים, ואין שיקולים מיוחדים מן הסוג שהעלינו לעיל המצדיקים הפללת ההתנהגות. התערבות משפטית נחוצה כאשר התועלת שהפרט מפיק מן ההתנהגות קטנה מן הנזק שהוא גורם לאחרים. למשל, אני יכול לגנוב נכס ששווי לבעלים הוא 100 ש"ח גם אם שוויו בעיניי הוא 50 ש"ח בלבד, או לבנות מפעל המביא רווח של 100 ש"ח אך גורם לנזק לשכנים של 200 ש"ח. במקרים אלה ההתנהגות מקטינה את הרווחה המצרפית של החברה (שהיא איננה אלא סכום התועלות של כל הפרטים), וחברה החפצה למקסם את הרווחה המצרפית חייבת להטיל סנקצייה אשר תמנע זאת. כפי שציינו לעיל, הנזק החברתי הנגרם מפשיעה איננו רק הנזק הישיר שנגרם לאחרים אלא גם נזק עקיף. למשל, הגנב הגונב נכס פוגע ישירות ברווחה של בעל הנכס. אולם הגנבה עלולה להקטין את נכונותם של פרטים אחרים לעבוד, שכן העובד ידע כי פרות העבודה אינם מוגנים דיים מפני גנבים. הגנבה מתמרצת גם את הבעלים להשקיע באמצעי זהירות, ובכך מטילה עלויות נוספות על בעלי הנכסים. מכאן שגם אם שווי הנכס לגנב גבוה מן השווי של הנכס לבעלי הנכס עלולה הגנבה להטיל עלויות שונות אשר במצטבר תהיינה גבוהות מן התועלת הנגזרת לגנב.

לעתים קרובות המתכנן החברתי איננו יודע אם פעולה מגדילה את התועלת החברתית או מקטינה אותה. למשל ברגיל המתכנן החברתי איננו יודע אם עלויות הזיהום של מפעל גדולות מן התועלת המופקת מן המפעל או קטנות ממנה. במקרים אלה יכול המתכנן החברתי להטיל סנקצייה על ההתנהגות לא משום שהיא אנטי-חברתית אלא כדי להבטיח מערכת תמריצים אופטימלית. אם המתכנן החברתי מטיל על מבצע המעשה עלות ששיעורה שווה לנזק שגורם, ייעשה המעשה רק אם התועלת למבצע גדולה מן הנזקים הנגרמים לאחרים. עם זאת חשוב גם לזכור כי גם אם תוחלת הנזק מן המעשה גבוהה מתוחלת התועלת, אין תמיד הצדקה להתערבות משפטית, שכן להתערבות המשפטית עצמה יש עלות העלולה לעלות על התועלת החברתית הנגזרת מן ההתערבות. בקביעה אם יש הצדקה להתערבות משפטית יש להביא בחשבון גם את עלויות ההתערבות המשפטית.

3. גבולות המשפט הפלילי: על התיחום בין סנקצייה פלילית לסנקצייה נזיקית

הענישה הפלילית איננה אלא סוג של תמריץ שלילי המיועד להרתיע פרטים מלבצע התנהגות אנטי-חברתית. אולם המשפט הפלילי איננו המנגנון המשפטי היחיד המיועד לייצר תמריץ מסוג זה. גם המשפט הנזיקי והמנהלי מיועד להרתיע אנשים מביצוע התנהגות אנטי-חברתית. כבר בנת'אם סבר כי יש קשר הדוק בין המשפט הפלילי לבין המשפט האזרחי וכי את הגבולות שבין שני ענפי המשפט קשה מאוד לזהות. לצורכי פרק זה חשוב לזהות מהי ההצדקה הכלכלית להבחנה בין משפט פלילי למשפט נזיקי – האם יש מקום לקיום שתי

מערכות דומות זו לזו של נורמות ששתיהן מיועדות ליצור תמריץ שלילי להתנהג התנהגות אנטי-חברתית?

כדי להבין את שורש ההבדל בין שתי המערכות הללו נצביע על שני הבדלים מרכזיים בין המשפט הפלילי למשפט הנזיקי. ההבדל האחד נעוץ בהבדל שבין הסנקצייה הפלילית לסנקצייה הנזיקית. אף שהסנקצייה הפלילית יכולה להיות סנקצייה ממונית (קנס) היא לעתים קרובות סנקצייה לא ממונית (מאסר או עונש מוות, או בשיטות קדומות יותר – עונשי גוף או גלות). זאת ועוד, ברגיל הסנקצייה הפלילית גבוהה בהרבה מן הנזק, ואילו הסנקצייה הנזיקית מבוססת (להוציא החריג של פיצויים עונשים) על הנזק, ושיעורה ברגיל כשיעור הנזק. ההבדל המרכזי השני שבין שני תחומי משפט אלה הוא אופיו של הגוף האחראי להטלת הסנקצייה. ברגיל הסנקצייה הנזיקית מופעלת על ידי קרבן העוולה הנזיקית, ואילו הסנקצייה הפלילית מופעלת על ידי המדינה. זאת על שום התפיסה המקובלת על משפטים שלפיה העברה הפלילית (שלא כעוולה הנזיקית) היא בגדר פגיעה בערכים חברתיים או ציבוריים – בחברה כולה – ולא רק בקרבן. כך למשל בדרך כלל בשיטות המשפט כיום אין לקרבן שליטה על ההליך הפלילי, וככלל הוא איננו יכול לזום אותו או להפסיקו. יש עוד הבדל קריטי אחד והוא שבדרך כלל, אם כי לא תמיד, ההסתברות לתפוס את העבריין קטנה בהרבה מן ההסתברות לתפוס אדם בהפרה אזרחית, כגון הפרת חוזה. לכן על הסנקצייה הפלילית להיות לפחות L/p כאשר L הוא הנזק ו- p היא ההסתברות להיענש. כאשר ההסתברות נמוכה מאוד, העונש האופטימלי המפנים את הנזקים גבוה מאוד. לפי פרשנות זו, המשפט הפלילי הוא הענף המשפטי המשיית עונשים כבדים, מעל לנזק שנגרם במקרה הקונקרטי, כדי שעבריינים יפנימו גם את עלות העברות שאינם נתפסים בהן. לפיצוי הנזיקי הממוני שני יתרונות כלכליים על פני הענישה הפלילית הלא ממונית. ראשית, הפיצוי הממוני הנזיקי איננו אלא בגדר העברת כסף מאדם אחד (המעוול) לאדם אחר (קרבן העוולה).¹¹ לעומת זאת העונש הפלילי הטיפוסי (מאסר) מרע את מצבו של העבריין, אולם (בהתעלם אולי מסיפוק רגשי נקם וטינה) אין הוא מועיל במאומה לקרבן העברה, והוא מטיל עלויות כבדות על המדינה (החזקה של בתי סוהר). היתרון היחיד של בתי הסוהר על פני סנקצייה ממונית – נזיקית או פלילית – הוא שמאסר (או עונש מוות) מונע מן העבריין לבצע עברות נוספות (incapacitation). לעומת זאת הפיצוי הממוני הנזיקי או הפלילי אמנם מרע את מצבו של המזיק המחויב בתשלום הפיצוי, אולם בה בעת הוא מיטיב את מצבו של הקרבן או של החברה (במקרה של קנס פלילי). שנית יש יתרון רב במעורבות של קרבן העוולה הנזיקית בהליך הנזיקי, באשר לקרבן יש אינפורמציה על אופי המעשה של המזיק ועל גודל הנזק שגרם. זו גם הסיבה הכלכלית שבגינה קרבן העוולה נהנה

11 ראה למשל (7th ed., 2007) RICHARD POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

מן הפיצוי הנזיקי, שהרי ללא העברת הפיצוי לקרבן העוולה דווקא, לא יהיה לו תמריץ לשתף פעולה ולהשקיע משאבים בהוכחת הנזק.¹² לעומת זאת ההליך הפלילי הוא מטיבו יקר יותר, באשר על המדינה להשיג אינפורמציה על העברה, על הנזק ועל הקשר הסיבתי שבין הפעולה לבין הנזק. נוסף על כך על המדינה לשכנע את קרבן העברה לשתף פעולה (למשל לתת עדות) מבלי (בדרך כלל) שהוא נהנה מפיצוי כלשהו. ייתכן שהנטייה ההולכת וגוברת בשנים האחרונות להעניק לקרבנות זכויות שונות (למשל חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001) מבוססת על הרצון לעודד שיתוף פעולה מצדם של הקרבנות, ובכך להזיל את עלות ההליך הפלילי.

מניתוח זה נובע כי במידת האפשר על המערכת המשפטית להשתמש בסנקצייה נזיקית. אלא שכפי שטיבן שאוול מסביר, הסנקצייה הנזיקית איננה תמיד אפקטיבית, מכמה וכמה טעמים: הטעם המרכזי המועלה על יד פולינסקי ושאוול הוא הסכנה של חדלות פירעון של המזיק.¹³ בצד טעם זה עלול ההליך הנזיקי להיות יקר מדי וארוך מדי מכדי לתמרץ את הקרבן לנהל הליך נזיקי. לעתים פגע המזיק בניזוקים רבים, והנזק שנגרם לכל ניזוק קטן מכדי לתמרץ את ההשקעה הפרטית בהליך המשפטי. זאת ועוד, לעתים קשה לניזוק להשיג את האינפורמציה הרלוונטית הנדרשת להוכחת הנזק. קיימות עברות שהניזוקים מהן אינם יודעים אפילו על קיום הנזק (למשל זיהום אוויר). לבסוף קיימות עברות ללא קרבנות. עברת השוחד למשל מיטיבה עם מקבל השוחד ועם נותן השוחד. הנזק שנגרם לכל פרט בציבור קטן מכדי שיצדיק מבחינתם של הקרבנות רכישת אינפורמציה הנדרשת להגשת תביעה נזיקית. הבחירה בהליך פלילי או נזיקי תלויה אפוא בשאלה מהי העלות היחסית של ניהול ההליך על ידי הקרבן לעומת העלות של ניהול ההליך על ידי המדינה.¹⁴ אם העלות של ניהול ההליך על ידי הקרבן נמוכה, יש להעדיף הליך נזיקי. אם לעומת זאת ההליך המנוהל על ידי הקרבן יקר, ותוחלת התועלת שלו מבחינת הקרבן קטנה, יש להעדיף הליך פלילי. יתרונו היחסי של ההליך האזרחי על פני ההליך הפלילי מסביר גם מדוע המשפט בוחר להשתמש לעתים במנגנונים המעודדים פרטים להגיש תביעות אזרחיות כמו למשל פיצויים עונשיים וכן תביעות נגזרות וייצוגיות המבטיחות פיצוי גבוה לתובע (גבוה בהרבה מן הנזק שנגרם לו). נראה כי מקום שבו הליך אזרחי יכול להבטיח הרתעה, בוחר המשפט להשתמש בהליך אזרחי ולא פלילי.

12 ראה פוזנר שם, בעמ' 192.

13 ראו A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, *The Theory of Public Enforcement of Law*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS vol. 1 403-454 (2007). ראו גם פוזנר, לעיל הערה 11,

בעמ' 218-219.

14 ראו סקירה אצל פולינסקי ושאוול, לעיל הערה 13.

נתבונן לרגע בקושי המרכזי להטלת האחריות לניהול ההליך על הקרבן: חדלות הפירעון. הסנקצייה הממונית המאפיינת את המשפט הנזיקי מוגבלת במידתה לשווי רכושו של המעוול. אם תוחלת התועלת שהמעוול מפיק מן העוולה גבוהה מן השווי הכולל של רכושו, יבצע המעוול את העוולה גם אם הסנקצייה הנזיקית הפורמלית שתוטל עליו גבוהה מתוחלת התועלת שהוא מפיק מביצוע העברה, פשוט מכיוון שאי אפשר לאכוף סנקצייה נזיקית זו. כדי להבטיח הרתעה אפקטיבית במקרים אלה אין מנוס משימוש בסנקציות לא ממוניות (סנקציות פליליות כמו מאסר), באשר הסנקציות הממוניות אינן מאפשרות הרתעה אופטימלית.

אלא שעובדה זו איננה מסבירה מדוע יש להטיל את ניהול ההליך על המדינה. לכאורה היה אפשר להטיל את ניהול ההליך על הקרבן גם כאשר הסנקצייה איננה ממונית. אלא שמדיניות כזו לא הייתה יעילה. אם קיים צורך להטיל סנקציות לא ממוניות, גם אין מנוס מהטלת ניהול ההליך על המדינה, באשר לקרבן העברה אין תמריץ לנהל הליך שבסיומו אין הוא נהנה מפיצוי (בשל חדלות הפירעון של המבצע). המשפט הפלילי על פי עמדה זו נכנס לפעולה רק כאשר המשפט הנזיקי איננו מסוגל – מטעמי חדלות פירעון – להבטיח הרתעה אופטימלית.

מובן שבסופו של דבר השאלה אם יש חדלות פירעון תלויה במשאבים של העבריין המסוים. אחת מן המסקנות הלא אינטואיטיביות של עמדה זו היא כי יש מקום להשתמש בסנקצייה ממונית (נזיקית או פלילית) כשהעבריין הוא עשיר, ולהטיל עונשי מאסר רק כאשר הטלת קנס (או פיצוי נזיקי) איננה אפשרית מטעמי חדלות פירעון (במילים יפות פחות – מטעמי מצוקה כלכלית).¹⁵ אם תאומץ שיטה זו יוטלו עונשי מאסר בעיקר על עבריינים עניים, ואילו העשירים יוכלו להתחמק ממאסר באמצעות תשלום קנס או פיצוי כספי נזיקי. יש גם מקום לסברה כי שיטה זו נוהגת הלכה למעשה, כי לעתים העבריין, ברצותו, יכול לבקש המרת עונש קנס בעונש מאסר. לעשירים כדאי כמעט תמיד לשלם את הקנס, אך עניים, החסים על כספם המועט, או שאין להם די כסף, עשויים להעדיף מאסר על קנס. הצורך בסנקצייה גבוהה, המביאה בעקבותיה לעתים קרובות לידי חדלות פירעון, מתקיים במיוחד במקרים שבהם ההסתברות לתפיסת המזיק נמוכה. כדי להבין מדוע, הניחו לרגע כי פרט מפיק רווח של 100 ש"ח מהתנהגות אנטי-חברתית. אם הסתברות התפיסה היא 100%, די להטיל סנקצייה של 100 ש"ח כדי להבטיח הרתעה. לעומת זאת אם הסתברות התפיסה היא 1% בלבד, תוחלת סנקצייה של 100 ש"ח היא שקל אחד בלבד: $100 \times 1\% = 1$ ש"ח. כדי להבטיח הרתעה יש להטיל סנקצייה של 10,000 ש"ח לפחות כדי

15 ראו פוזנר, לעיל הערה 11, בעמ' 224.

שתוחלת הסנקצייה תהיה 100 ש"ח ($100 = 1\% \times 10,000$ ש"ח).¹⁶ אלא שסנקצייה גבוהה כזו עלולה לעתים קרובות להביא לחדלות פירעון. מניתוח זה נובע כי ככל שהסתברות התפיסה נמוכה יותר, כך גדל הצורך בשימוש בסנקציות לא ממוניות כמו מאסר, וכן גדל הצורך בניהול ההליך על ידי המדינה (משום שלקרובן לא יהיה תמריץ מספיק לנהל את ההליך בשל חדלות הפירעון הצפויה של העברייין). במילים אחרות, ככל שהסתברות התפיסה נמוכה יותר, כך עשויה הנטייה להטלת סנקצייה פלילית ולא נזיקת לגדול. הניתוח עד כאן התבסס על ההנחה כי על כל התנהגות אפשר להטיל או סנקצייה נזיקת או סנקצייה פלילית אך לא את שתיהן. לאמתו של דבר אפשר גם לשלב את שני סוגי הסנקציות. תאורטית אפשר שהקרובן יתבע את המזיק על הנזק שגרם ויקבל פיצוי כהיקף רכושו של המזיק. אם מסיבות כלשהן הניזוק איננו יכול לתבוע, אפשר להטיל קנס במידה הנדרשת. אם מטעמי הרתעה יש צורך להגדיל את הסנקצייה אל מעבר למידה השווה לרכושו של המזיק, על המדינה להתערב ולהטיל סנקצייה לא ממונית ששיעורה כשיעור ההפרש בין הסנקצייה האופטימלית לשווי רכושו של המזיק.¹⁷ אלא שבפועל בדרך כלל המערכת המשפטית איננה פועלת כך. בדרך כלל חלק ניכר מן העברות הפליליות הן גם עוללות אזרחיות. גם לאחר שעברייין נענש, יכול הניזוק להגיש תביעה נזיקת. לא מן הנמנע כי קיומם הברזמני של סעדים נזיקיים ופליליים מביא להרתעה גבוהה מדי של מזיקים/עבריינים.

4. תוחלת הסנקצייה הפלילית

הדיון בפרק הקודם קבע קריטריונים כלכליים לזיהוי התנהגות אנטי-חברתית אשר מצדיקה שימוש בסנקציות פליליות. סנקציות פליליות ראוי להטיל כאשר סנקציות נזיקיות אינן אפקטיביות בשל חוסר תמריץ מספיק לנהל הליך נזיקי. סנקציות ממוניות עדיפות ככלל על סנקציות לא ממוניות כל עוד אין בעיה של חדלות פירעון. השאלה הבאה שעליה יש להשיב היא מהי תוחלת העונש שיש להטיל על העברייין בהתקיים הליך פלילי. בבחינת שאלה זו יש להבחין בין שיעור תוחלת העונש לחומרת העונש. הסנקצייה הנזיקית נקבעת ברגיל (להוציא המקרה של פיצויים עונשיים) על יסוד גודל הנזק האקטואלי שנגרם לקרובן. לעומת זאת הסנקצייה הפלילית גבוהה ברגיל מן הנזק שנגרם. אולם אין זה אומר בהכרח כי תוחלת העונש הפלילי גבוהה מתוחלת העונש הנזיקי. תוחלת העונש היא המכפלה של הסתברות התפיסה וההרשעה בחומרת העונש, והיא הקובעת את מידת ההרתעה המגולמת בעונש.

16 ראו שם, בעמ' 221.

17 ראו A.M. Polinsky, S. Shavell, *Optimal Use of Fines and Imprisonment*, 24 JOURNAL OF PUBLIC ECONOMICS 89 (1984).

אולם מהו שיעורה האופטימלי של תוחלת הסנקצייה הפלילית? בעניין זה קיימות שתי תאוריות מנוגדות זו לזו: תאוריית ההפנמה ותאוריית המניעה. על פי עמדתו של גארי בקר (תאוריית ההפנמה), תפקידה של הסנקצייה הפלילית הוא להפנים את הנזק הצפוי מן העברה. תוחלת הסנקצייה צריכה להיות שווה אפוא לתוחלת הנזק הצפוי מן הפעולה.¹⁸ אם תוחלת הסנקצייה תיקבע בשיעור תוחלת הנזק, יבצע העבריין הפוטנציאלי את העברה רק אם התועלת הצפויה שהוא מפיק מן העברה גדולה מן הסנקצייה הצפויה. על פי שיטה זו, תוחלת הסנקצייה הפלילית צריכה להיקבע באופן דומה לאופן שבו נקבע שיעורו של הפיצוי הנזיקי, דהיינו באופן אשר יבטיח כי המבצע "יפנים" את עלויות ההתנהגות העבריינית, ואז יבצע את העברה אם – ורק אם – תוחלת התועלת מן העברה גבוהה מתוחלת הנזק הנגרמת מן העברה. על פי עמדתו של ריצ'רד פוזנר (תאוריית המניעה), על הסנקצייה להבטיח שהעברה לא תבוצע, ולפיכך על הסנקצייה להיות גדולה במקצת מתוחלת התועלת שאותה מפיק העבריין מן הפעולה הפלילית.¹⁹

באופן אחר אפשר לתאר את ההבדל בין תאוריית ההפנמה לתאוריית המניעה כהבדל שבין הבניית המשפט הפלילי במונחים של נורמות המוגנות על ידי כללי אחריות (liability rules) לבין הבניית המשפט הפלילי במונחים של נורמות המוגנות על ידי כללי קניין (property rules).²⁰ כללי אחריות הם כללים המיועדים להבטיח שאדם יבצע פעולה אם – ורק אם – תוחלת התועלת מן הפעולה גבוהה מתוחלת הנזק שהיא גורמת. כללים אלה קובעים אפוא את תוחלת הסנקצייה על סמך תוחלת הנזק מן הפעולה (ללא קשר לתוחלת התועלת שהמבצע מפיק מן המעשה). כללי הנזיקין למשל נתפסים על ידי תאורטיקנים של משפט וכלכלה ככללי אחריות.

הלוגיקה הכלכלית של כללי אחריות היא פשוטה: אם תוחלת הנזק מן ההתנהגות היא 100 ש"ח, יש להטיל על המזיק קנס שתוחלתו 100 ש"ח. אם תוחלת התועלת של המבצע מן ההתנהגות גדולה מ-100 ש"ח, הוא יבצע את הפעולה (ובכך ימקסם את הרווחה החברתית), ואילו אם תוחלת התועלת שלו קטנה מ-100 ש"ח, הוא לא יבצע את ההתנהגות המזיקה (ובכך ימקסם את הרווחה החברתית). בזיהוי הנזק החברתי יש להביא בחשבון את הנזק הישיר לניזוק כמו גם נזקים עקיפים, כולל עלות האכיפה. בניגוד לנורמות המוגנות על ידי כללי אחריות, נורמות המוגנות על ידי כללי קניין מיועדות למנוע את הפעולה כליל (כל עוד הקרבן איננו מסכים) ולא רק לתמחר אותה. כללים אלה קובעים אפוא את תוחלת

18 ראו בקר, לעיל הערה 5.

19 ראו פוזנר, לעיל הערה 11, בעמ' 205.

20 להבחנה מרכזית זו בין שני סוגי כללים אלה: ראו Guido Calabresi, Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

הסנקציה על סמך תוחלת התועלת שהמבצע מפיק מן הפעולה (ללא קשר לתוחלת הנזק הצפויה מן המעשה). אם תוחלת הסנקציה גבוהה מתוחלת התועלת של המבצע, יימנע המבצע מביצוע הפעולה.

קודם שנבחן את הלוגיקה הכלכלית שמאחורי הבחירה בין תאוריית ההפנמה לתאוריית המניעה נבחן מהי האינטואיציה המשפטית באשר לשאלה זו. האינטואיציה הבסיסית של המשפטן כמו גם של האזרחים היא כי תפקידו המרכזי של המשפט הפלילי היא למנוע את העברה ולא לתמחר אותה. המסר המסורתי של המשפט הפלילי היא כי מעשים כמו רצח, גנבה או אונס הם אסורים, והסנקציה בגינם מיועדת למנוע את העברה ולא רק להטיל עלויות על מבצעי העברה. במילים אחרות, המשפט הפלילי רוצה (לפחות לפעמים) למנוע מ"מפלצת התועלת" (האדם אשר מפיק תועלת כה גבוהה מצריכת משאבים עד שתועלת זו עולה תמיד על התועלת של פרטים אחרים) את אכילת בשרו של אדם אחר אפילו אם מעשה קניבלי זה ממקסם את התועלת החברתית.²¹ עם זאת ברור כי קיימות עברות פליליות שבהן האינטואיציה היא אחרת, למשל הקנס על השלכת אשפה או הקנס על עברות חניה או עברות מהירות נתפס כקנס המיועד להבטיח שאנשים לא יבצעו את הפעולה המזיקה אלא אם כן יש להם טעם טוב לעשות כן. סנקציה גבוהה מדי עלולה להרתיע אנשים מלבצע עברות אלה גם כאשר ראוי שהן תבוצענה. האינטואיציות הן אפוא כי לפעמים קיים רציונל כלכלי לקבוע את תוחלת הסנקציה באופן המשקף את תאוריית המניעה ולפעמים באופן המשקף את תאוריית ההפנמה.²²

ואכן, בחינה זהירה מעידה כי מסקנה מורכבת זו היא גם מסקנתו של הניתוח הכלכלי של המשפט, ונדגים זאת להלן באמצעות דוגמה מספרית. תאוריית ההפנמה רואה בסנקציה הפלילית כלל התנהגות המוגן על ידי כלל אחריות. על פי תאוריה זו, על הסנקציה להבטיח כי העברייני יבצע את הפעולה העבריינית רק אם התועלת שהוא מפיק מן הפעולה העבריינית גבוהה מן הנזק שגרם. הניחו לרגע כי אורון מחזיק באופניים ששוויים בשבילו 100 ש"ח. ברכה היא סוחרת אופניים, והיא יכולה למכור את האופניים ב-200 ש"ח. הסתברות התפיסה במקרה גנבה היא 10%. אם ברכה אדישה לסיכון, הסנקציה הפלילית אשר תבטיח את הפנמת הנזק שנגרם מהגנבה היא 1000 ש"ח. במקרה שתוטל סנקציה כזו, ברכה תגנוב את האופניים. לאמתו של דבר היא תגנוב את האופניים בכל מקרה שבו תוחלת התועלת מן הגנבה בשבילה שווה או גדולה ל- $100 = 1000 \times 10\%$. זוהי בדיוק תוחלת הנזק שהגנבה גורמת לאורון. אם שווי האופניים בשביל ברכה הוא 200 ש"ח, תוחלת התועלת החברתית

21 ראו (1974) ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 41.
22 הניתוח להלן מבוסס על Keith N. Hylton, *The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law*, 1 REVIEW OF LAW AND ECONOMICS (2005). תכליתו של הילטון היא לבחון מתי יש לאמץ את תאוריית ההפנמה של בקר ומתי יש להעדיף את תאוריית המניעה של פוזנר.

נטו מן הגנבה היא 100 ש"ח. הגנבה במקרה זה היא אפוא "גנבה יעילה". סנקצייה גבוהה מ-1,000 ש"ח איננה יעילה. אם למשל תוטל סנקצייה של 3,000 ש"ח, ברכה עלולה להימנע מן הגנבה, באשר תוחלת התועלת מן הגנבה בשבילה היא $100 = 3000 \times 10\%$. מכאן שהאופניים יישארו בידי הבעלים, ובמקרה זה התוצאה היא תת-אופטימלית. ניתוח דומה אפשר לעשות גם לעברות אלימות ואפילו אונס או רצח.

כיצד אפשר ליישב מסקנה זו עם האינטואיציה כי לעתים המשפט הפלילי מיועד למנוע את המעשה ולא רק להפנים את עלויותיו? דרך מסורתית אחת לטפל בשאלה היא לטעון כי יש תועלות שאסור להביאן בחשבון. התועלת של המרקוז דה סאד מעינוי קרבנותיו איננה צריכה להשתקלל במשוואה החברתית. כבר הפילוסוף התועלתן האנגלי בן המאה התשע-עשרה ג'ון סטיוארט מיל הבחין בין תועלות "גבוהות" "high pleasures", שכוללות למשל את ההנאה הנגזרת מאמנות או ממוסיקה, לבין תועלות "נמוכות" או "נחותות" כמו אכילה או מין, וסבר כי בשקלול התועלתני יש לתת לתועלות "גבוהות" משקל-יתר.²³ אולם קיימים תאורטיקנים (כמו למשל ריצ'רד פוזנר) הקנאים לעקרונות היסוד של המקסום הבנת'אמיני שלפיהם אין להבחין בין "תועלות או העדפות ראויות" ל"תועלות או העדפות בלתי ראויות". עם זאת למרות התנגדותו של פוזנר לעמדה זו סבור הוא כי אפשר להסביר מדוע כללי המשפט הפלילי הם (לפחות לפעמים) כללים קנייניים הצריכים להבטיח כי העבריין לא יבצע את העברה גם כאשר תוחלת התועלת שלו מביצוע העברה גבוהה מתוחלת הנזק החברתי של העברה.

הסיבה לכך היא פשוטה. לדעתו של פוזנר, לעתים קרובות ההעברה היעילה יותר של הנכס או הטובין היא העברה הנעשית באמצעות השוק, ועל כן תפקידה של הסנקצייה הפלילית היא להבטיח כי הפרטים לא "יעקפו את השוק".²⁴ גם אם המעשה העברייני (גנבה למשל) מגדיל את התועלת החברתית, אין הוא מגדיל אותה באופן שממקסם אותה, כיוון שלעתים קיימות דרכים טובות יותר להגדיל את התועלת החברתית, ויש להבטיח שהפרטים יאמצו את הדרך האופטימלית מבחינה חברתית (הדרך השוקית) כדי להבטיח חלוקה יעילה. במקרה שלפנינו הדרך היעילה יותר להעביר את האופניים מאורון לברכה היא דרך השוק ולא בדרך של גנבה.

הדוגמה המספרית הבאה תבהיר את הטענה הזאת. הניחו כמו קודם כי לאורון אופניים השוות בשבילו 100 ש"ח, ואילו ברכה מעריכה את האופניים ב-200 ש"ח. הניחו כי עלות התפיסה של ברכה היא 20 ש"ח. התועלת החברתית מן הגנבה היא $200 - 100 - 20 = 80$.

23 לתיאור בהיר של הדוקטרינה של מיל בעניין זה ראו David Brink, *Mill's Moral and Political Philosophy*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA EDWARD, N. Zalta (ed.) URL <http://plato.stanford.edu/entries/mill-moral-political> Section 2.3

24 ראו פוזנר, לעיל הערה 11, בעמ' 205.

העלות החברתית של הגנבה היא $20 + 100 = 120$. מכאן שהסנקצייה המפנימה את העלות החברתית היא 120 ש"ח. הניחו עוד כי עלות ניהול המשא ומתן בין אורון לבין ברכה היא 10 ש"ח: אורון נושא בעלות 5 ש"ח וברכה נושאת בעלות 5 ש"ח. מכאן שהתועלת החברתית מהעברה שוקית של האופניים היא $90 - 5 - 5 - 100 = 200$. על יסוד הנחות אלה ברור כי גנבה (המגדילה את התועלת החברתית ב־80 ש"ח) יעילה מבחינה חברתית פחות ממשא ומתן שוקי (המגדיל ב־90 ש"ח את התועלת החברתית).

עם זאת קל להראות כי אף על פי שמשא ומתן שוקי זול יותר מבחינה חברתית, ברכה עשויה להעדיף להשיג את האופניים בדרך של גנבה דווקא. מחיר האופניים במשא ומתן יהיה גבוה מ־105 ש"ח (שכן אורון לא יסכים להיפרד מאופניו תמורת מחיר הנמוך מ־105 ש"ח) אך נמוך מ־195 ש"ח (שכן ברכה לא תסכים לרכוש את האופניים במחיר גבוה מ־195 ש"ח). ברכה עשויה להעריך כי המחיר שיושג במשא ומתן יהיה למשל 150 ש"ח. הרווח של ברכה מהעברת האופניים באמצעות משא ומתן שוקי יהיה במקרה זה 45 ש"ח בלבד (5 - 150 - 200), ואילו הרווח של ברכה מגנבה במשטר של הפנמה יהיה כמו שראינו לעיל 80 ש"ח.

לאמתו של דבר בחינה זהירה מעידה כי ברכה תעדיף גנבה על פני משא ומתן שוקי בכל מקום שבו מחיר האופניים גדול מ־115 ש"ח. אם מחיר האופניים הוא 115 ש"ח, ברכה תקבל מן העסקה (5 - 115 - 200) = 80 שהוא בדיוק התועלת שהיא הייתה מפיקה מגנבה במשטר של סנקצייה מפנימה. כל מחיר שהוא גבוה מ־115 ש"ח יבטיח כי ברכה תעדיף לגנוב את האופניים ולא לרכשם בשוק אף על פי שמבחינה חברתית (כפי שראינו) העברת האופניים במשא ומתן שוקי עדיפה מבחינה חברתית. מכאן שעל הסנקצייה הפלילית במקרה זה למנוע את ההעברה באמצעות גנבה (ולא רק להפנים את תוחלת הנוזק). כדי להבטיח זאת תוחלת הסנקצייה הפלילית צריכה להיות לפחות 200 ש"ח. כך גם אם ברכה מאמינה שמחיר האופניים יהיה 195 ש"ח (ועל כן הרווח של ברכה ממשא ומתן שוקי יהיה הנמוך ביותר האפשרי), היא לא תבצע את הגנבה ותנסה להשיג את האופניים באמצעות השוק. דוגמה זו מעידה כי לפעמים ראוי שהמשפט הפלילי ידחה את הגישה המפנימה ויאמץ סנקצייה אשר תבטיח כי הפועל לא יבצע את העברה אפילו במקום שבו היא מגדילה את התועלת החברתית. רק סנקצייה כזו מבטיחה כי העבריין הפוטנציאלי ישתמש בשוק החופשי לרכישת הנכס או הטובין שאותו הוא חפץ, ולא באלימות או בגנבה. יש לציין כי יתרון נוסף של הפניית הצדדים אל מנגנון השוק הוא שהלכה למעשה קשה לאמור את שוויים של מצבי עולם שונים לצדדים, למשל כמה שווים האופניים לאורון או לברכה. מכאן שהפניית הצדדים אל השוק היא דרך טובה להשאת הרווחה הכלכלית המצרפית.

עד כה סקרנו את שתי העמדות המרכזיות בתאוריה הכלכלית בעניין שיעורה של תוחלת הסנקצייה. על פי עמדה אחת, הסנקצייה הפלילית היא סנקצייה מפנימה שתכליתה לתמחר את ההתנהגות בגודל הנוזק שהיא גורמת, ואילו על פי העמדה השנייה, הסנקצייה הפלילית

היא סנקצייה מניעתית המיועדת למנוע את ההתנהגות. איזו מבין שתי עמדות אלה היא העמדה הנכונה?

התשובה לשאלה זו דומה לתשובה האינטואיטיבית שהצגנו לעיל, ולפיה לכל אחת מן התאוריות הללו מקום של כבוד בניתוח המשפט הפלילי. לפעמים המשפט הפלילי צריך לאמץ סנקצייה מפנימה (המגנה על הנורמה הפלילית באמצעות כללי אחריות) ולפעמים – סנקצייה מונעת (המגנה על הנורמה הפלילית באמצעות כלל קניין). מקום שקיימים בו שווקים יעילים והעברת זכויות יכולה להתבצע ביעילות באמצעות השוק, ראוי להשתמש בסנקצייה מונעת (כדי להבטיח שהפרטים לא "יעקפו את השוק"), ואילו מקום שאין בו שווקים יעילים ועלויות העסקה גבוהות, ראוי להשתמש בסנקצייה מפנימה. הדוגמה של ברכה ואורון היא דוגמה מובהקת לסוגיה שבה ראוי להטיל על ברכה סנקצייה אשר תמנע את ההתנהגות (באשר עלויות הרכישה באמצעות השוק נמוכות). אולם לא קשה למצוא דוגמאות שבהן ראוי להשתמש בסנקצייה מפנימה. למשל, מטיילים שמצאו עצמם בסופת שלגים והדרך היחידה שלהם להינצל היא באמצעות פריצה לבקתה ריקה אינם יכולים בנסיבות אלה לנהל משא ומתן עם בעל הבקתה. עלות המשא ומתן גבוהה מדי. במקרה מסוג זה יש להטיל על המטיילים סנקצייה מפנימה שתבטיח כי הם יפרצו לבקתה רק אם התועלת שהם מפיקים מן הפריצה גדולה מן הנזק שהפריצה גורמת לבעלים.

לסיכום, שיעור תוחלת הסנקצייה הפלילית האופטימלית הוא לפעמים כגודל הנזק הצפוי מן הפעולה (במקרים שבהם עלויות העסקה השוקית גבוהים, ויש אפוא לאמץ את הגישה המפנימה). במקרים אחרים (שהם ככל הנראה המקרים הטיפוסיים יותר) הסנקצייה הפלילית היא סנקצייה מונעת – סנקצייה אשר מיועדת להבטיח שהעברה לא תבוצע כדי להבטיח שהמבצע החפץ בכל זאת להשיג את הנכס או את השירות הרלוונטי יפנה לשוק (המקרה של גנבת האופניים).²⁵

עדיין קיימות שאלות רבות שנשארו פתוחות. לעתים קרובות שיעורה של הסנקצייה המפנימה תלוי בזהות הקרבן (שכן הנזק הנגרם מההתנהגות משתנה לפי הקרבן), ואילו שיעורה של הסנקצייה המונעת תלוי בזהות מבצע העברה (שכן התועלת הנגרמת מן ההתנהגות למבצע משתנה מאדם אחד למשנהו). המשפט הפלילי איננו יכול כמובן להטיל סנקציות דיפרנציאליות על כל אדם ואדם, והוא צריך אפוא להשתמש בקירובים גסים. עובדה זו מסבירה למשל מדוע גם כאשר הסנקצייה היא סנקצייה מונעת יהיו פרטים אשר יבצעו את הפעולה באשר התועלת שהם מפיקים מן העברה היא גבוהה במיוחד. אין כל ספק כי יישום העקרונות הללו מחייב מידה לא מבוטלת של ניחוש וספקולציה. הניתוח הכלכלי

25 להסבר מפורט ראו הילטון, לעיל הערה 22.

של המשפט איננו יכול להתממש באופן מכניסטי. עם זאת לפחות באופן תאורטי ניתן זה נותן את התשובה הכלכלית לשאלה מהו שיעורה האופטימלי של תוחלת הסנקציה.

5. מרכיבי תוחלת הסנקציה הפלילית: שיעורה של הסנקציה הפלילית, הסתברות התפיסה

גם לאחר שמתכנן המדיניות עיין בקפדנות והפנים את העקרונות שתוארו בסעיף הקודם וקבע את תוחלת העונש האופטימלית, יש צורך לקבוע את שיעורם היחסי של שני מרכיבי תוחלת הסנקציה: הסתברות התפיסה וחומרת העונש.

הניתוח הדוקטרינרי של המשפט הפלילי מפריד באופן חד בין חומרת הסנקציה להסתברות התפיסה של העברייני. שיעור הסנקציה הפלילית צריך לשקף את חומרת העברה. ככל שהעברה חמורה יותר, כך העונש שיש להטילו על המבצע חמור יותר. כמו כן על פי התפיסה המסורתית, המערכת צריכה לשאוף להרשעה של כמה שיותר עבריינים, דהיינו להגדיל את הסתברות התפיסה. על פי עמדה זו, אין קשר בין השאלה מהי חומרת העונש לבין השאלה כמה משאבים יש להשקיע בתפיסת עבריינים ובהרשעתם. חומרת העונש נקבעת על פי חומרת המעשה, ואילו הסתברות התפיסה היא פונקציה של אילוצים פרגמטיים. במחקרים אמפיריים הוברר כי גישה מסורתית זו, המנתקת את חומרת העונש הראוי מהסתברות התפיסה משקפת את האינטואיציה המוסרית של מרבית האנשים בחברה.²⁶

אלא שכבר מן הניתוח בסעיף הקודם ברור כי עמדה אינטואיטיבית זו איננה מתיישבת עם הניתוח הכלכלי הקלסי. תכליתו של העונש הפלילי הוא להרתיע פרטים מפעילות אנטי-חברתית. הן הגדלת הסתברות התפיסה והן החמרת העונש משפיעות על ההתנהגות העבריינית. הן חומרת הסנקציה S והן הסתברות התפיסה וההרשעה p הם מרכיבים הקובעים את תוחלת העונש כאשר תוחלת העונש (המכפלה pXS) היא המרכיב הקובע את רמת ההרתעה. ככל שחומרת העונש עולה, כך יש להקטין את הסתברות התפיסה (כדי להבטיח תוחלת עונש זהה) ולהפך. למשל, תוחלת עונש של 100 ש"ח אפשר לקבל באמצעות הטלת קנס של 100 ש"ח והסתברות תפיסה והרשעה של 100%; קנס של 1,000 ש"ח והסתברות של 10%; קנס של 10,000 והסתברות של 1% וכולי. על המערכת הפלילית לבצע בחירה לא רק של שיעור תוחלת העונש אלא גם של המרכיבים של תוחלת העונש, דהיינו הסתברות התפיסה מצד אחד וחומרת העונש מצד אחר.

26 למשל נמצא שאנשים אינם סבורים שיש קשר כלשהו בין שיעור הסנקציות הצודק על עברה והסתברות התפיסה. ראו Cass R. Sunstein, David Schkade & Daniel Kahneman, *Do People Want Optimal Deterrence*, 29 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 237 (2000).

תיאור זה מסביר אפוא את שנאמר במבוא: הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי איננו יכול להתעלם מתחומי משפט אחרים כמו דיני הראיות או אפילו משאלות הנוגעות למנגנוני אכיפת החוק. הן שיעור הסנקצייה הפלילית והן ההשקעה באכיפה של המשפט הפלילי ואפילו דיני הראיות (הקובעים את הסתברות ההרשעה) משפיעים על תוחלת העונש הפלילי, ותוחלת זו היא הקובעת את מידת ההרתעה של הנורמה הפלילית. במילים אחרות, הניתוח הכלכלי של המשפט רואה קשר הדוק בין השאלה מהי חומרת העונש לבין השאלה מהי הסתברות התפיסה; החמרת העונש צריכה להביא בעקבותיה הקטנת ההסתברות ולהפך. השאלה הנדונה בסעיף זה היא זו: לאחר שקבענו את תוחלת הסנקצייה הרצויה, האם עלינו להטיל עונש גבוה בהסתברות נמוכה או עונש נמוך בהסתברות גבוהה?

נראה כי התשובה לשאלה זו תלויה בשאלה כיצד משפיעים מרכיבי תוחלת העונש על התנהגותם של עבריינים פוטנציאליים. התשובה לשאלה תלויה בפסיכולוגיה של הפרטים. על פי ההגדרות הכלכליות, פרט אדיש לסיכון יהיה אדיש בבחירה בין סנקציות בעלות תוחלת דומה. קנס של 10,000 ש"ח המוטל בהסתברות של 1% ירתיע פרט כזה כמו קנס של 100 ש"ח בהסתברות של 100%. פרט שהוא שונא-סיכון יורתע מעונש חמור המוטל בהסתברות נמוכה (10,000 ש"ח בהסתברות של 1%) יותר מאשר מעונש קל המוטל בהסתברות גבוהה (100 ש"ח בהסתברות של 100%). פרט אוהב-סיכון יורתע מעונש קל המוטל בהסתברות גבוהה (100 ש"ח בהסתברות של 100%) יותר מאשר מעונש גבוה המוטל בהסתברות נמוכה (10,000 ש"ח בהסתברות של 1%).

מחקרים קרימינולוגיים מעידים כי האפקט של הגדלת הסתברות התפיסה על הפשיעה הוא בדרך כלל חזק הרבה יותר משל החמרת העונש הפלילי. להחמרת העונש יש אפקט שולי בלבד (אם בכלל) על ההרתעה. במילים אחרות, מחקרים קרימינולוגיים מעידים כי פרטים הם אוהב-סיכון; הם מורתעים מעונש נמוך בעל הסתברות גבוהה יותר מאשר מעונש גבוה בעל הסתברות נמוכה. נציע להלן שני הסברים לעובדה זו, המבוססים על תובנות כלכליות.

נפתח בניתוח של עונש המאסר. הגדלת משך מאסר משנה לשנתיים איננה מכפילה את האפקט ההרתעתי של הסנקצייה בשל התופעה הפסיכולוגית הידועה שאפשר לכנותה (קישור משקלו של העתיד).²⁷ כדי להבין את האפקט חשבו על ההבדל בין אורון שעתיד לעבור טיפול שיניים מכאיב למחרת היום לבין מצבה של ברכה שעתידה לעבור טיפול דומה בעוד חודש. יש להניח כי אורון סובל מחרדות ואולי מתקשה לעצום עיניים שעה

27 לניתוח זה ראו Alon Harel, Uzi Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime*, 1 AMERICAN LAW AND ECONOMICS REVIEW 276, 295-297 (1999).

שברכה איננה מהרהרת בכאב הצפוי לה כלל ואיננה מתקשה לישון. הסיבה היא פשוטה וידועה לכול: אנשים נוטים להקטין מן החשיבות של אירועים שעתידים להתרחש עוד זמן רב. שנת מאסר מכאיבה במיוחד כאשר היא עתידה להתחיל מחר אולם מכאיבה הרבה פחות כאשר היא עתידה להתחיל רק בעוד שנה. מכאן שברור כי לשנת המאסר השנייה (שעתידה להתחיל רק עם סיום שנת המאסר הראשונה) יש אפקט הרתעתי קטן בהרבה מלשנת המאסר הראשונה שעתידה להתחיל מיד עם ההרשעה. מניתוח זה נובעת מסקנה התואמת את מסקנות הניתוח הקרימינולוגי. שנת מאסר אחת בהסתברות של 2% היא בעלת אפקט הרתעתי חזק בהרבה משתי שנות מאסר בהסתברות של 1% בלבד.

זאת ועוד, הסנקצייה המשפטית היא רק חלק מן הסנקצייה המוטלת באופן אפקטיבי על עבריינים. נוסף על סנקצייה זו נושא העברייין בדרך כלל סטיגמה שלילית (קלון), ולעתים קרובות יש לקלון גם השפעה כלכלית עליו. הרשעה בעברה פלילית חושפת את הנאשם לסנקצייה משפטית וגם לסנקצייה חברתית. הניחו לרגע כי הרשעה בעברה חושפת את הנאשם לקנס של 100 ש"ח וכן לסנקצייה חברתית שעלותה בשבילו היא 100 ש"ח. הסנקצייה האפקטיבית על הנאשם היא 200 ש"ח. הניחו לרגע כי הסתברות התפיסה היא 1% והסנקצייה האפקטיבית על הנאשם היא אפוא 2 ש"ח. המדינה מכפילה את הסנקצייה המשפטית מ-100 ש"ח ל-200 ש"ח. הסנקצייה במקרה של תפיסה גדלה אפוא ל-300 ש"ח, והסנקצייה הצפויה גדלה מ-2 ש"ח ל-3 ש"ח. הכפלת הסנקצייה המשפטית מ-100 ש"ח ל-200 ש"ח איננה מכפילה אפוא את הסנקצייה הכוללת המוטלת על העברייין. לעומת זאת הגדלה של הסתברות התפיסה מ-1% ל-2% תכפיל את שיעור הסנקצייה הצפויה מ-2 ש"ח ל-4 ש"ח. האפקט של הגדלת הסתברות התפיסה הוא אפוא גדול יותר לפי הנחות אלה מאשר זה של החמרת העונש.

הנחת היסוד שמאחורי הניתוח הזה היא כי הסטיגמה החברתית היא קבועה ואיננה מושפעת משיעור הסנקצייה המשפטית. אם יש קורלציה מלאה בין שיעור הסנקצייה המשפטית לשיעורה של הסנקצייה החברתית, הגדלת הסנקצייה המשפטית תביא בעקבותיה גם להגדלה דומה בסנקצייה החברתית, ומכאן גם להגדלה דומה בתוחלת הסנקצייה המוטלת על העברייין. ואולם, גם אם נניח כי יש קשר בין שיעורה של הסנקצייה המשפטית לבין עצמתה של הסטיגמה, אין זה סביר להניח כי קיימת קורלציה מלאה בין השניים. אין זה סביר כי עלות הסנקצייה החברתית המוטלת על אדם המורשע בגנבה ונאסר לשנתיים היא כפולה מעלות הסנקצייה החברתית המוטלת על אדם המורשע בגנבה ונאסר לשנה אחת בלבד. בשני המקרים העברייין מתויג כ"גנב", ולתיוג זה השלכות שאינן תלויות בשיעור הסנקצייה המשפטית שהוטלה על העברייין.

ניתוח זה הוא בעל חשיבות למעצב המדיניות כאשר הוא מחייב אותו למחשבה זהירה על הקשר שבין אופי הסנקצייה הפלילית וחומרתה לבין הסתברות התפיסה וההרשעה. שיטות משפטיות שונות מאמצות עמדות שונות באשר לגדלים היחסיים הללו. למשל,

במאה התשע-עשרה היה העונש החביב ביותר על המחוקק האנגלי עונש המוות. הטעם לכך לדידם של התאורטיקנים של כלכלה ומשפט הוא כי המשטרה במאה השמונה-עשרה הייתה קטנה ולא יעילה. העונשים הגבוהים היו מחויבי-המציאות בשל הסתברות התפיסה הנמוכה.²⁸ עם התרחבות המשטרה והתפתחות הטכנולוגיה, שאפשרה הגדלת הסתברות התפיסה, היה אפשר להקל בעונשים המוטלים על עבריינים. זאת ועוד, העובדה של הסתברות התפיסה אפקט חזק משל חומרת העונש תומכת אולי במסקנה שלפיה המלחמה בפשיעה צריכה להתמקד בהגדלת הסתברות התפיסה וההרשעה ולא בהחמרת העונש הפלילי.

עם זאת הניתוח צריך להביא בחשבון גם את העלויות של הגדלת העונש אל מול העלויות של הגדלת הסתברות התפיסה. במאמרו הקלסי *Crime and Punishment: An Economic Approach* הציע הכלכלן גארי בקר הצעה פרובוקטיבית במיוחד, ולפיה שיקולי יעילות מחייבים הטלת עונש כבד מאוד על כל עברה קלה ככל שתהיה (למשל עונש מוות על כל עברת חניה באמצעות בישול אטי של העברייין בשמן רותח) בשילוב עם הסתברות תפיסה נמוכה מאוד. הטיעון של גארי בקר מבוסס על הטענה הסבירה שלפיה הגדלת תוחלת העונש באמצעות החמרת העונש היא תמיד זולה מהגדלת תוחלת העונש באמצעות הגדלת הסתברות התפיסה. אפילו אם הפרטים הם אוהבי-סיכון (דהיינו מורתעים מעונש קל בהסתברות גבוהה יותר מאשר מעונש כבד בהסתברות נמוכה), גם אז הגדלת תוחלת העונש באמצעות החמרת העונש עשויה להיות יעילה בהתחשב בעלות הגבוהה של הגדלת המרכיב השני של התוחלת: הסתברות התפיסה.

מסקנתו של גארי בקר חשפה מקצת הפוטנציאל הרדיקלי של הניתוח הכלכלי. אולם מסקנות רדיקליות אלה הדאיגו, ובצדק, את חסידי הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי. אם אכן מסקנת הניתוח הכלכלי היא כי יש להטיל עונשי מוות (אמנם בהסתברות נמוכה) על עברייני חניה, משהו חייב להיות לקוי בניתוח הכלכלי של המשפט. צריך לבחון אפוא בזירות אם מסקנה זו אכן מתחייבת מן ההנחות של הניתוח הכלכלי. התאורטיקנים של הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי הציעו שתי תשובות אפשריות לאתגר שהעמיד בקר. תשובה אחת היא התשובה הנסמכת על המושג "הרתעה שולית". העונש הפלילי חייב להיות מרתיע "באופן שולי", דהיינו בנוי באופן כזה אשר מצד אחד ירתיע עברייין השוקל ביצוע עברה ראשונה ומצד אחר – אם כבר בוצעה עברה אחת – ייתן לעברייין תמריץ מספיק שלא לבצע עברה נוספת. אם יוטל על עברייין חניה עונש כבד מדי (מאסר שנה למשל) יהיה לעברייין תמריץ עז לבצע רצח של עדים למשל. חשוב אפוא להבטיח מרווח של עונשים דיפרנציאליים על עברות שונות כדי שלעברייין החניה יהיה תמריץ חזק שלא לבצע עברות

28 ראו פוזנר, לעיל הערה 11, בעמ' 226.

נוספות. הענישה המקלה על עברת חניה מאפשרת קיומו של מרווח עונשים המבטיח הרתעה שולית של עברייני החניה השוקל את האפשרות לבצע עברות נוספות (למשל רצח או גנבה).²⁹

תשובה שנייה מבוססת על שנאת סיכון. קנס גבוה עם הסתברות תפיסה נמוכה מטיל עלויות סיכון גבוהות על עבריינים שונאי-סיכון. עלויות הסיכון הן מבוזבזות מבחינה חברתית. שעה שהחברה נהנית מן הקנסות אין היא נהנית מן הסיכון שאליו חשופים עבריינים שונאי-סיכון. מסקנתם של פולינסקי ושאוול היא כי כאשר עבריינים הם שונאי-סיכון, הקנס האופטימלי נמוך והסתברות התפיסה גבוהה יותר מבמקרים שבהם העבריינים אדישים לסיכון או שהם אוהבי-סיכון.³⁰

זאת ועוד, האכיפה הפלילית איננה מושלמת. לעתים קרובות יש הסתברות להרשעה של אדם חף מפשע בעברה שלא ביצע. בשל שנאת סיכון פרטים עלולים להימנע מלהיות מעורבים בפעילות מועילה בשל החשש שפעילות זו מגדילה את ההסתברות שלהם להיות מורשעים בעברה שלא ביצעו. למשל, בשיטה שבה עברת חניה גוררת עונש מוות, אדם החפץ לרכוש מכונית עלול שלא לעשות זאת פשוט בשל החשש שרכישה זו עלולה להגדיל את ההסתברות להרשעה שגויה בעברת חניה שתוביל להוצאתו להורג. לענישה מחמירה יש עלות גבוהה אפוא כשקיימות הנחות סבירות בדבר שנאת סיכון של פרטים.

אף כי יש ספרות אמפירית עשירה בתחום המשפט הפלילי,³¹ מרבית הדיון במסגרת פרק זה הוא תאורטי, אולם דיון בנושא שאלת האפקט ההרתעתי של חומרת העונש או הסתברות התפיסה איננו יכול להתעלם מן הספרות האמפירית העשירה בנושא זה. כלכלנים אמפיריים משתמשים במודלים אקונומטריים מורכבים כדי לבחון את האפקטים של שינוי העונש או הגדלת ההשקעה באמצעי זהירות על רמת הפשיעה. מחקרים אלה מורכבים מסיבות רבות, ובהן הקושי להבחין בין האפקט ההרתעתי של ענישה לאפקטים אחרים כמו האפקט של מניעה – incapacitation. זאת ועוד, זיהוי הקשר הסיבתי בין ענישה גבוהה לבין רמת פשע גבוהה איננו פשוט כלל. אפשר לשער כי החמרת העונש צפויה להנמיך את רמת הפשיעה, אולם הנמכת רמת הפשיעה מצדה עשויה להשפיע על חומרת העונש (בשל שינוי נלווה בגודל הסטיגמה) או על הסתברות התפיסה (בשל הקלת עומס העבודה על המשטרה). הקשרים הסיבתיים ההדדיים הללו מאתגרים כיום את המחקר האמפירי בנושא הפשע.

29 לתיאור מפורט יותר ראו פוזנר, שם, בעמ' 222.

30 פולינסקי ושאוול, לעיל הערה 13; פוזנר, לעיל הערה 11, בעמ' 221-222.

31 לסקירה מקיפה ראו Steven D. Levitt, Thomas J. Miles, *Empirical Study of Criminal Punishment*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS vol 1 455-495 (2007).

6. הדוקטרינה המשפטית הפלילית

המשפט הפלילי מכיל כללים משפטיים רבים שמקובל לראות בהם כללים המיועדים להבטיח את שלטון החוק ולממש צדק גמולי. כך למשל עקרון יסוד של המשפט הפלילי (הנגזר מעקרון שלטון החוק) הוא השימוש בנורמות מסוג של כללים (rules) – נורמות המגדירות את ההתנהגות האסורה במדויק – ולא נורמות עמומות מסוג של סטנדרטים (principles or standards) כמו כמה מן הנורמות המקובלות בנוזיקין (רשלנות) או בדיני החוזים (תום לב). זאת ועוד, המשפט הפלילי דורש יסוד עובדתי שיש לו ביטוי התנהגותי לצורך הרשעה (אין עונשין על דברים שבלב). בניגוד למשפט הנזיקי המשפט הפלילי מטיל עונש רק על פרטים שהיה להם היסוד הנפשי הדרוש (מנס ריאה). הטלת עונש פלילי בגין רשלנות או אחריות מוחלטת (אחריות קפידה) הוא חריג לכלל המחייב להוכיח יסוד נפשי מתאים. המשפט הפלילי מכיל גם כמה הגנות כמו צורך, כורח, הגנה עצמית, אי־שפיות ועוד. חלק לא מבוטל מן הניתוח הכלכלי מיועד לבחון את הלוגיקה הכלכלית העומדת מאחורי הדוקטרינות הללו. נבחן להלן את הרציונלים הכלכליים של הדוקטרינות הללו.

(א) אופי הנורמות של המשפט הפלילי

הנורמות של המשפט הפלילי הן בדרך כלל נורמות מסוג של כללים (rules) ולא סטנדרטים. נורמות כאלה מתאפיינות ברמת בהירות ודיוק גבוהה. במילים אחרות, הנורמות האלה מגדירות התנהגות באופן שמאפשר לפועל לדעת מראש מהן ההתנהגויות האסורות ולכוון את התנהגותו כנדרש. ההבדל היסודי בין נורמות מסוג של כללים ונורמות מסוג של סטנדרטים הוא השלב שבו הנורמות מיוצרות. נורמה מסוג של כלל מיוצרת מלכתחילה (ex ante) על ידי המחוקק או הרגולטור. הפעלתה לאחר מכן על ידי השופטים היא הפעלה מכנית שאיננה מחייבת הפעלת שיקול דעת. נורמה מסוג של סטנדרט מיוצרת בדיעבד (ex post) על ידי השופטים כמו למשל במקרה של עוולת הרשלנות בדיני נזיקין שאת היקף תחולתה קובעים השופטים ולא המחוקקים. התאורטיקנים של משפט וכלכלה עסקו רבות בשאלת הבחירה בין כללים לסטנדרטים.³² בבסיס הניתוח הכלכלי של ההבחנה בין שני סוגי הנורמות עומדת התכלית של מזעור עלויות מצרפיות של יצירת הנורמות מצד אחד והעלות של הפעלתם ומימושם על ידי הפרטים (הנדרשים לפעול לפי הנורמות) ועל ידי

32 לניתוח כללי של ההבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו למשל Louis Kaplow, *Rules versus Standards*, 42 Duke L.J. 557 (1992); אוריאל פרוקציה "כללים וסטנדרטים בספר הברית: תמרור אזהרה לחקיקה בעידן המודרני" מחקרי משפט כו 661 (2010).

השופטים (הנדרשים להפעילם) מצד אחר. ההשקעה בכללים בשלב עיצוב הכללים היא גבוהה יחסית (משום שיש לבחון במדויק את ההשלכות של הכללים). אולם לאחר עיצוב הכללים עלות היישום, המימוש או ההפעלה של כללים נמוכה, שכן הפרטים יודעים כיצד לנהוג והשופטים יכולים ליישם את הנורמות באופן מכני. לעומת זאת ההשקעה בסטנדרטים נמוכה בשלב הראשון (שלב עיצוב הנורמות). אולם שימוש בסטנדרטים מטיל עלויות גבוהות על הפרטים ועל המערכת השיפוטית באשר הוא מחייב את השופטים לבחינה דקדקנית בשלב היישום או המימוש של הנורמה למקרה הספציפי שהם נדרשים לבחון. השאלה למשל אם חוזה נכרת "בתום לב" אם לאו היא מורכבת ותובעת משאבים רבים מן המערכת השיפוטית, משום שתום לב הוא בגדר סטנדרט ולא כלל.

המשפט הפלילי מתאפיין בדרך כלל בהיותן של נורמות ההתנהגות שהוא אוסר עליהן סוג של כללים. בחלק מן השיטות המשפטיות הדרישה לנורמות פליליות מסוג של כללים מעוגנת אפילו בחוקה. השיטה המשפטית האמריקאית למשל מכירה בדוקטרינה של void for vagueness וקובעת כי נורמות פליליות עמומות הן מנוגדות לכללים החוקתיים, ולכן בטלות. האתגר הוא להסביר מדוע המשפט הפלילי (בניגוד למשל למשפט הנזיקי) נשלט על ידי נורמות מסוג של כללים.

כדי להבין את הטעמים לכך הניחו קיומה של נורמה פלילית מסוג של סטנדרט המכונה "גרם נזק בלתי סביר לזולת". נורמה זו קובעת כי "אדם הגורם נזק בלתי סביר לזולתו דינו מאסר שנה". הניחו גם כי המערכת הפלילית מזהה זיהוי מושלם וללא טעויות את כל מי שגורם נזק בלתי סביר לזולתו. עם זאת הפרטים עצמם עלולים לטעות בזיהוי. נניח עוד כי אני שוקל אם לנגן בחצוצרה בערב שבת, ואני סבור כי נגינה בחצוצרה עלולה בהסתברות כלשהי לגרום נזק בלתי סביר לשכני. במקרה מעין זה קיימים שני סוגי טעויות שאני עלול לעשות: טעות אחת היא לנגן בחצוצרה ולגרום לנזק בלתי סביר לזולתי, והשנייה היא לא לנגן בחצוצרה שעה שהנגינה איננה גורמת נזק בלתי סביר לזולתי.

לשתי הטעויות הללו יש עלות חברתית: במקרה הראשון אני גורם נזק לא סביר לשכני, ובמקרה השני אני נמנע מפעילות הנגינה שעשויה להביא לתועלת חברתית רק בשל החשש (הבלתי מבוסס) כי נגינת החצוצרה גורמת נזק בלתי סביר לזולת. לכאורה נראה כי סימטרייה כזו תבטיח כי אנגן בחצוצרה רק אם תוחלת התועלת שלי מן הנגינה גדולה מתוחלת הסנקציה שתוטל עליי אם ייקבע כי גרמתי נזק בלתי סביר לזולתי. אולם התבוננות כזו היא שגויה, שכן התוצאות הנלוות לטעויות השונות אינן סימטריות. קביעה שגויה שלי שלפיה הנגינה איננה גורמת נזק בלתי סביר לזולתי מטילה עליי עלות גבוהה מאוד, שכן אני עלול להיות מורשע בעברה זו, ובמקרה זה תוטל עליי סנקציה פלילית. לעומת זאת קביעה שגויה שלפיה הנגינה גורמת נזק לא סביר לזולתי מטילה עליי עלות שהיא בדרך כלל נמוכה מאוד ביחס לעלות של טעות מן הסוג הראשון. לסטנדרט הפלילי (במובחן מן הכלל הפלילי) בנסיבות אלה יש אפוא אפקט משתק. סטנדרט כזה יפגע אנושות בנכונות של

פרטים להתנהג באופנים בלתי מזיקים פשוט בשל אי-הוודאות הנגזרת מן העמימות של הנורמה הפלילית. הנטייה להעדיף נורמות מסוג של כללים בהקשר הפלילי מבוססת אפוא לא רק על עקרונות של צדק אלא גם על החשש כי סטנדרטים עלולים להרתיע התנהגויות מועילות מבחינה חברתית.

(ב) יסוד עובדתי

המשפט הפלילי דורש יסוד עובדתי הכולל בתוכו התנהגות או מעשה.³³ קיימים ויכוחים על המבחנים הנדרשים לצורך התקיימותו של היסוד העובדתי. עם זאת ברור כי אין די בכוונה או ברצון לבצע פשע; המשפט הפלילי דורש ביטוי התנהגותי לצורך הרשעה בעברה. הדוקטרינה הפלילית מבחינה בין הכנה, שהיא איננה ענישה כלל, לניסיון, שהוא בדרך כלל עניש (אף כי הסנקציה על ניסיון קטנה בשיטות משפטיות רבות מן הסנקציה על העברה המושלמת), ולעברה מושלמת. הגבולות בין הכנה בלתי ענישה לבין הניסיון הפלילי העניש מטושטשים, וקיימים מבחנים רבים המיועדים להבחין בין השניים. האם יש הצדקה כלכלית להבחנות אלה? כיצד אפשר להצדיק מצד אחד את נכונותו של המשפט הפלילי לענוש את הניסיון ומן הצד האחר את חוסר הנכונות של המשפט הפלילי לענוש את ההכנה? זאת ועוד, מהו הקו המבחין בין השניים?

דרך אחת לבחון את הלוגיקה הכלכלית שמאחורי דרישת היסוד העובדתי היא להשוותו למשפט הנזיקי. במשפט הנזיקי האחריות מושתתת ברגיל על הוכחת נזק. הטלת סיכון שלא נתממש איננה מקנה זכאות לפיצויים בדיני הנזיקין. המשפט הפלילי שונה באשר הוא מטיל אחריות גם בגין הטלת סיכון שלא נסתיימה בנזק (הניסיון הפלילי). האם יש הצדקה להטלת אחריות מסוג זה?

התשובה לשאלה היא מורכבת. הטלת אחריות פלילית על ניסיון מאפשרת להקל את העונש על הפשע המושלם ולכך יש השלכות חברתיות חיוביות.³⁴ כדי להבין זאת הניחו כי אדם מבצע עברה אשר אם תצלח תביא לו תועלת של 100 ש"ח. הסתברות ההצלחה היא 50% ותוחלת התועלת היא אפוא 50 ש"ח. עוד השוו את מצבו של העבריין בשיטה משפטית שבה יש ענישה בגין ניסיון לשיטה משפטית שבה אין ענישה בגין ניסיון. הניחו עוד כי בשתי השיטות הללו הסתברות התפיסה הן של עבריינים שהצליחו והן של עבריינים שנכשלו היא 50%. בשיטה שבה אין ענישה על ניסיון, רק רבע מן העבריינים נענשים, שכן מחצית מן העבריינים לא השלימו את העברה (ולפיכך אינם נענשים), ורק מחצית מאלו שהשלימו את העברה נתפסים ונענשים. כדי להבטיח הרתעה מלאה יש להטיל סנקציה של

33 סעיף 18 ב חוק העונשין, התשל"ז-1977.

34 ראו פוזנר, לעיל הערה 11, בעמ' 229.

200 ש"ח על כל עבריין שהשלים את העברה, וכך הסנקצייה הצפויה לעבריין היא 50 ש"ח (כשיעור התועלת הצפויה מן העברה). לעומת זאת אם תבחר השיטה המשפטית להטיל סנקצייה על הניסיון הפלילי, יהיה די להטיל סנקצייה של 100 ש"ח כדי להבטיח הרתעה מלאה. בשיטה זו מחצית מן העבריינים נענשים, ולפיכך יש להטיל סנקצייה של 100 ש"ח. סנקצייה בשיעור זה תבטיח שתוחלת הסנקצייה תהיה 50 ש"ח (כשיעור תוחלת התועלת מן העברה). התוצאה היא כי בשיטה המשפטית שבה הניסיון עניש, העונש האופטימלי על עבריינים שנתפסו והורשעו נמוך משיטה שבה הניסיון איננו עניש.

להקלת העונש יש השלכות חיוביות, בין היתר מטעמים שעמדנו עליהם קודם: ראשית, עונש קל מאפשר לעתים קרובות להסתפק בקנסות משום שהסכנה לחדלות פירעון קטנה, וקנסות כאמור לעיל עדיפים על פני עונשים לא ממוניים. שנית, בהינתן עונשים נמוכים יותר קטנה הסכנה להשקעת יתר של פרטים שונאי-סיכון באמצעי זהירות נגד הרשעת שווא. לעונש נמוך ולהסתברות ענישה גבוהה יש השפעה קטנה יחסית על הפרטים שונאי-הסיכון. שלישית, הקטנת הסנקצייה מסייעת לאפשר מרווח עונשים גדול המאפשר הרתעה שולית אפקטיבית יותר.

עם זאת ובצד יתרונות אלה יש גם חסרונות לענישת הניסיון. כל הליך משפטי הוא יקר. הקלת העונש בשיטה משפטית העונשת ניסיון פלילי מלווה גם בהגדלה של מספר ההליכים המשפטיים. זאת ועוד, ייתכן גם כי הרשעה בניסיון פלילי סבוכה מהרשעה במעשה המושלם ובעלת עלות גבוהה יותר, וכי היא מערבת גם סכנת טעות גדולה יותר.³⁵ מטבע הדברים הניסיון הפלילי מותיר ראיות מובהקות פחות מהראיות המאפיינות את העברה המושלמת. שיקולים אלה מסבירים ככל הנראה את חוסר הנכונות של המשפט הפלילי להרשיע אדם במעשי הכנה. הכנה היא שלב מוקדם מאוד של המעשה הפלילי, והיא מותרת בדרך כלל ראיות קלושות המגדילות את סכנת הרשעת השווא כמו גם את עלות ההליך המשפטי.

לבסוף חשוב לציין כי הענישה על ניסיון חייבת להיות קלה מן הענישה על העברה המושלמת משיקולים המבוססים על הצורך בהרתעה שולית. אם הניסיון הפלילי מוענש (כמו למשל בחוק העונשין הישראלי) בעונש הדומה לזה של העברה המושלמת, לעבריין אשר ניסה ונכשל יש תמריץ לנסות שנית. הצורך לתמרץ עבריין מסוג זה להכות על חטא ולהימנע מלבצע את העברה בשנית מחייב אולי הטלת עונש קל יותר על ניסיון מאשר על העברה המושלמת. מעניין בהקשר זה כי אף ששיטות משפט רבות, כולל השיטה הישראלית וכן ה־Model Penal Code האמריקאי, מאפשרות הטלת עונש זהה על ניסיון ועל העברה המושלמת, השופטים נוטים להפעיל את שיקול הדעת שלהם באופן המיטיב עם עבריינים

שלא השלימו את העברה. חוק העונשין הישראלי בסעיף 28 מכיר בחשיבות של הרתעה שולית והוא פוטר מבצע עברה באחריות בגין ניסיון אם הוכיח המבצע כי "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה". תכלית הסעיף היא לתמרץ את העבריין שניסה להפסיק את הניסיון מוקדם ככל האפשר. סעיף 34 מחיל הסדרים דומים שנועדו לתמרץ חרטה גם על המסייע או המשדל.³⁶ הפוטנציאל האפשרי לחרטה מסביר אולי גם את חוסר הנכונות של השיטה המשפטית לענוש מעשי הכנה. מעשי הכנה הם שלב כה מוקדם וראשוני, עד שאפשר לייחס הסתברות לא מבוטלת לאפשרות שהעבריין ישנה את דעתו במהלך ביצוע המעשה.³⁷

(ג) יסוד נפשי

באופן טבעי היסוד הנפשי הנדרש במשפט הפלילי הוא יסוד נפשי של מחשבה פלילית, הדורשת בדרך כלל, כלשונו של סעיף 20 לחוק העונשין: "מודעות לטיב המעשה מודעות לקיום הנסיבות וכן לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה". להוציא חריגים מעטים רשלנות או אחריות מוחלטת (המכונה בחוק העונשין אחריות קפידה) איננה מצמיחה עברה פלילית. החריגים של רשלנות ואחריות קפידה מופיעים בסעיפים 21-22 לחוק העונשין. סעיפים אלה מדגישים את האופי החריג של הרשלנות והאחריות הקפידה. ההצדקה המוסרית לדרישת היסוד הנפשי נהירה לכולנו. אין זה צודק להעניש אדם בשל מעשה שלא היה מודע לטיבו המזיק או לתוצאותיו המזיקות האפשריות. היש גם הצדקה כלכלית לדרישה זו? תשובה אחת היא שהסנקצייה הפלילית היא בדרך כלל גבוהה. הטלת אחריות בגין רשלנות פלילית עלולה להביא לנקיטת אמצעי זהירות מופרזים מצדם של פרטים אשר יחששו מהרשעה בגין רשלנות. למשל, אזרח תמים נוטל בטעות מטרייתו של אחר. כיום אזרח כזה פטור מאחריות פלילית בגין גנבה, שכן אין מתקיימת דרישת היסוד הנפשי. הטלת אחריות פלילית בגין נטילה רשלנית או אפילו (במקרה של אחריות קפידה) נטילה לא רשלנית של רכושו של אחר עלולה להטיל עלויות גבוהות, באשר אזרחים ישקיעו משאבים רבים באמצעי זהירות כדי למנוע את האפשרות שהם יבצעו מעשה פלילי ברשלנות (או אפילו ללא רשלנות). מנגד גם אין ספק כי דרישת היסוד הנפשי מטילה עלויות לא מעטות על המערכת המשפטית, באשר לעתים קרובות הוכחת קיומו של יסוד נפשי איננה קלה והיא

36 תכלית הסעיף היא אפוא לעודד חרטה של מסייעים ומשדלים.

37 לניתוח שיקולים נוספים של הניתוח הכלכלי של ניסיון ראוי: Alon Harel, Omri Ben Shahaar, *The Economics of the Law of Criminal Attempts: A Victim-Centered Perspective*, 145 U. PA. L. REV. 299 (1996).

מחייבת השקעת משאבים. לבסוף יש להניח כי דרישת היסוד הנפשי מנוצלת לרעה על ידי עבריינים מניפולטיביים כדי להיחלץ מהרשעה.

לדרישת היסוד הנפשי חריגים לא מעטים. חריג אופייני אחד הוא עברות קלות במיוחד שהן בדרך כלל עברות מנהליות. המשפט הפלילי עצמו קובע סף עונש שמעליו תידרש מחשבה פלילית. למשל, בסעיף 21 לחוק העונשין נקבע כי לא תוטל אחריות פלילית בגין עברות רשלנות על עברות מסוג של פשע, וסעיף 22 – המסדיר את האחריות הקפידה – קובע כי לא יידון אדם למאסר אלא אם הוכחה רשלנות או מחשבה פלילית. העובדה שברגיל עברות של רשלנות או עברות של אחריות קפידה הן עברות קלות, מתיישבת עם ההסבר שהבאנו לעיל, באשר הסכנות להשקעה מופרזת באמצעי זהירות קטנה יותר בשל הענישה המקלה על עברות מסוג זה.

אחד החריגים הבולטים לדרישת היסוד הנפשי הוא המקרה של אונס סטטוטורי (בעילת קטינה). עברה זו היא עברה חמורה בכל שיטות המשפט, ובכל זאת בחלק גדול של השיטות המשפטיות אין נדרשת מחשבה פלילית בעברות מסוג זה. פוזנר סבור כי במקרה זה מייחסת השיטה המשפטית ערך נמוך להשקעה באמצעי הזהירות הנדרשים כדי להימנע מהתנהגות המוגדרת בחוק כאונס סטטוטורי. מי שחפץ להימנע מהרשעה בגין אונס סטטוטורי יתכבד ויבחר באופן זהיר יותר את השותפים שלו לקשר מיני, שכן העלות החברתית של הימנעות מיחסי מין עם בגיר בשל החשד שהוא קטין איננה נתפסת כעלות גבוהה במיוחד.³⁸

בדרך כלל דרישת המחשבה הפלילית נתפסת על ידי המשפטנים כדרישה המעוגנת בשיקולי צדק, ובמיוחד חוסר הצדק, בהרשעה של אדם ובקלון הנלווה להרשעה כזו בהיעדר מחשבה פלילית. אולם החריגים שהזכרנו מעוררים קשיים לא מעטים להסבר המסורתי. אם אכן השיקול הוא שיקול צדק, מדוע אין חלים שיקולי הצדק הללו במקרה של בעילת קטינה למשל? אחד התאורטיקנים של משפט וכלכלה הציע הצעה אלטרנטיבית המעוגנת בלוגיקה כלכלית. על פי הצעה זו אחד החסרונות הבולטים של דרישת המחשבה הפלילית הוא התמריץ שהיא מעניקה לפרט שלא לרכוש או לחפש את האינפורמציה ובכך להבטיח שיהנה מן הפטור הפלילי. אם למשל הייתה השיטה הפלילית דורשת מחשבה פלילית לצורך הרשעת אדם בבעילת קטינה, לא היה לו לבועל תמריץ להשקיע ברכישת אינפורמציה. דרישת המחשבה הפלילית מביאה לכך שאידיעה יכולה להיטיב עם העבריין משום שהיא מאפשרת לו ליהנות מביצוע הפעולה מבלי להיות חשוף לסנקצייה פלילית. דוגמה נוספת היא האחריות של מי שמוכר אלכוהול לקטין. עברה זו היא בדרך כלל עברת אחריות מוחלטת. ללא הטלת אחריות מוחלטת על מכירת אלכוהול לקטין תמיד יהיה למוכר

38 פוזנר, לעיל הערה 11, בעמ' 233.

תמריץ שלא לברר את גילו של הצרכן. לבסוף גם בעברות של תאגיד פטור בגין אי-ידיעה ייתן תמריץ למנהלים שלא לרכוש את האינפורמציה הרלוונטית ובכך ליהנות מחסיונות.³⁹ אולם האם טיעון זה איננו חזק מדי? מהי ההצדקה על פי טיעון זה לדרוש מחשבה פלילית במרבית העברות ובכך לתמרץ את המבצע שלא לרכוש את האינפורמציה כדי להימנע מהרשעה? הטעם הכלכלי לכך הוא שבמרבית העברות הפליליות יש למבצע תמריץ מספיק לרכוש את האינפורמציה למרות הפטור שממנו נהנה האדם שלא השקיע ברכישת האינפורמציה. במקרים אחרים ייתכן כי אין למבצע תמריץ כזה, אולם אין טעם חברתי המצדיק לתמרץ את המבצע לרכוש את האינפורמציה משום שרכישת האינפורמציה יקרה מדי. הבה ונדגים את שני המקרים הללו. פסק הדין האמריקאי *United States v. Ahmad* עסק במקרה שבו בעל תחנת דלק הואשם בהכנסת דלק למערכת הביוב.⁴⁰ טענת ההגנה של בעל התחנה הייתה כי הוא סבר שמדובר במים ולא בדלק. בית המשפט קבע כי בעברה זו יש צורך במחשבה פלילית, ועל כן זיכה את הנאשם. ההיגיון הכלכלי הוא פשוט. היות שדלק הוא נוזל יקר ממים, יש לבעל תחנת הדלק תמריץ להבחין בין מים לדלק. אין אפוא חשש שבעל התחנה לא ישקיע ברכישת האינפורמציה הזו.

במקרים אחרים דרישת המחשבה הפלילית אכן מתמרצת מבצעים להימנע מהשקעה ברכישת אינפורמציה, אולם אין טעם כלכלי לתמרץ פרטים לרכוש את האינפורמציה. למשל, השיטה המשפטית מסרבת להטיל אחריות מוחלטת על אדם אשר בתום לב שילם בשטר מזויף. במקרה זה נראה כי דרישת המחשבה הפלילית מתמרצת פרטים שלא להשקיע בבדיקת השטר, שכן אם השקיעו הם לא יוכלו להשתמש בשטר מבלי להיחשף לסנקציה פלילית. אלא שכאן דווקא נכנס השיקול השני, שלפיו אין הצדקה כלכלית לתמרץ פרטים לבדוק כל שטר ושטר. הטלת חובה כזו תביא לשיתוק חיי המסחר משום שהיא מטילה עלויות מופרזות על המשתמשים בכסף. המסקנה היא אפוא כי הטלת אחריות חמורה מוצדקת מבחינה כלכלית רק אם מתקיימים שני התנאים האלה: ראשית, דרישת המחשבה הפלילית נותנת תמריצים למבצע לא להשקיע ברכישת אינפורמציה; שנית, רכישת אינפורמציה היא יעילה, ועל כן על המשפט לתמרץ אותה.

לעתים מבחינה השיטה המשפטית בין התנהגות בכוונה תחילה לבין התנהגות בכוונה רגילה. המקרה המובהק הוא כמובן ההבחנה בין רצח להריגה. האם יש הצדקה כלכלית להבחנה זו?

רציונל אפשרי אחד הוא לומר כי הממית אדם בכוונה תחילה מתכנן באופן יסודי ושיטתי את העברה, ועל כן הסתברות התפיסה שלו נמוכה יותר. העונש החמור יותר נדרש

39 לטיעון זה ראו Assaf Hamdani, *Mens Rea and the Cost of Ignorance*, 93 VA. L. REV. 415 (2007). הדיון להלן מבוסס על מאמר זה.
40 *US v. Ahmad*, 101 F.3d 386 (1997).

כדי להבטיח אפוא תוחלת עונש זהה במקרה של המתה בכוונה תחילה ובמקרה של המתה ללא כוונה תחילה. זאת ועוד, המתה אימפולסיבית שאיננה בכוונה תחילה היא לעתים קרובות בלתי נמנעת, והניסיון להשקיע בהרתעתה הוא בגדר בזבוז חברתי. הריגה אימפולסיבית מסוג זה איננה מלווה בשקלול דקדקני של עלויות ותועלות, והשקעה בניסיון למנוע הריגה כזו לא תישא פרות. מטעון זה עלולה כמובן לעלות המסקנה כי יש לפטור את מי שביצע המתה באופן אימפולסיבי מאחריות פלילית. עולה גם המסקנה כי אפשר שיש טעמים להטיל עונש חמור במיוחד על מי שביצע המתה באופן אימפולסיבי. שעה שהממית בכוונה תחילה משקלל באופן מדוקדק את התועלת והנזק שהוא מפיך מן העברה, הממית באופן אימפולסיבי עלול לטעות בשקלול ולבצע את ההמתה גם כשהעלות הצפויה של הסנקציה גבוהה מן התועלת הצפויה לו. הטלת סנקציה גבוהה במיוחד עשויה להבטיח כי גם המבצע האימפולסיבי יימנע מן הפעולה.⁴¹

(ד) הגנות

המשפט הפלילי מכיר בהגנות רבות. ההגנות משתייכות לשני סוגים עיקריים: צידוקים ופטורים. הצידוק הפלילי הוא מקרה שבו המעשה נתפס כנחוץ וראוי בנסיבות שבהן נעשה. הפטור הפלילי חל במקרים שבהם המעשה הוא בלתי ראוי, אך הוא נעשה בנסיבות קשות במיוחד, ולכן המשפט "מוחל" למבצע. מקרה מובהק אחד של צידוק הוא הגנת הצורך השוללת את פליליות המעשה במקום שבו ביצוע המעשה מונע נזק גדול מזה שהיה מתממש אילו היה המבצע נמנע מעשיית המעשה. באירוע הידוע של Dudley and Stephens הרגו המלחים את נער הסיפון ואכלו את בשרו כדי להינצל ממוות. אין חולק כי נער הסיפון היה מת בלאו הכי כי סבל מתת-תזונה קשה. במקרה זה נראה כי שקלול כלכלי פשוט מחייב את מתן ההגנה הפלילית למלחים. ענישה מחמירה עלולה להביא למותם של כל המלחים (כולל נער הסיפון). לחלופין אפשר אולי להניח כי ענישה מחמירה לא תרתיע מלחים מלבצע קניבליזם בנסיבות אלה משום שהם צפויים למות ברעב בלאו הכי.

אלא שלא תמיד מכיר המשפט בהגנת הצורך. ניתוח של תועלות היה מביא את המשפט הפלילי לזכות גם את הקבצן הגווע ברעב אשר גונב מזון כדי להינצל ממוות. עם זאת ברור כי המשפט הפלילי מסרב להחיל את ההגנה במקרה זה. דרך אחת להצדיק את אי-ההחלה של ההגנה היא העלויות הנדרשות לצורך בחינת העובדות במקרים אלה. הגנת הצורך פותחת פתח למניפולציה מצדם של נאשמים וכמו כן עלולה להטיל עלויות פרוצדורליות גבוהות באשר היא מחייבת בירורים עובדתיים המחייבים השקעת משאבים רבים.

41 לדיון בשאלות אלה ראו פוזנר, לעיל הערה 11, בעמ' 234.

הפטור הפלילי (במובחן מן הצידוק) ניתן לעתים קרובות לנאשמים אשר מצאו עצמם בנסיבות קשות במיוחד, ולכן היה קשה לצפות מהם שיימנעו מביצוע המעשה הפלילי. המעשה הוא אפוא בלתי ראוי, ואידאלית ראוי להימנע ממנו. האם אפשר להצדיק מתן פטורים מבחינה כלכלית?

כדי לבחון שאלה זו נבחן לרגע את הגנת אי-השפיות הנתפסת לעתים קרובות כהגנת פטור. ההצדקה הכלכלית לפטור זה היא כי במקרה של אי-שפיות הסנקצייה הפלילית איננה מרתיעה ככל הנראה. אין טעם להטיל סנקצייה פלילית במקום שבו אין לה אפקט הרתעת. עם זאת צריך לזכור כי הפטורים עלולים גם לפתוח פתח למניפולציה מצדם של עבריינים ובכך להקטין את ההרתעה גם במקרים שבהם לא נתקיימו תנאי הפטור. זאת ועוד, הכרה בפטורים מטילה עלות פרוצדורלית על המערכת הפלילית. הבירור אם נתקיימו תנאי הפטור מאריך את ההליך הפלילי ומייקר.

(ה) הסנקצייה הפלילית

הסנקצייה הפלילית יכולה להיות ממונית – קנס או מאסר – או מושתתת על סנקצייה חברתית – סטיגמה או קלון. ציינו לעיל כי לקנס יש יתרונות לא מבוטלים על פני המאסר הפלילי. קנס איננו אלא העברת משאבים מן העבריין אל המדינה. לעומת זאת מאסר מחייב את המדינה להשקיע משאבים ואיננו מביא תועלת לאיש לבד כמובן מההרתעה, ולעתים גם המניעה (incapacitation).

אלא שבשנות התשעים עלתה קרנה של סנקצייה פלילית חדשה-ישנה: עונשי הבושה, הנסמכים בעיקר על קלון חברתי. מבחינה היסטורית השימוש בעונשי בושה היה נפוץ מאוד בימי הביניים. שלא כמו היום, האקט הפומבי בימי הביניים לא היה המשפט אלא הטלת העונש אשר נעשתה במכוון פומבי. עונשים אלה גם מטביעים לעתים קרובות סטיגמה בעבריינים. עונשי הבושה (המבוססים על פרסום פומבי של פרטי העברה והעבריינין) שהיו נפוצים כל כך בימי הביניים, נעלמו ברבות השנים מן ההליך הפלילי המערבי. אולם בעשרות השנים האחרונות נעשה שימוש רחב בעונשי בושה בארצות הברית. הדרך שבה נעשה הדבר היא פרסום שמות העבריינים או פרסום תצלום של העבריינים באינטרנט, והחשיפה הציבורית הזאת מעוררת באופן טבעי עוינות כלפי העבריינים, גורמת לבידודם חברתי ולנזקים ממוניים.

עונשי בושה מחייבים שיתוף פעולה בין המדינה לבין האזרחים שומרי החוק. המדינה מפרסמת את שמות העבריינים ולעתים גם את תמונותיהם, והאזרחים שומרי החוק נמנעים מיצירת קשרים עסקיים או אישיים עם העבריינים. בשל שיתוף הפעולה מצדם של האזרחים שומרי החוק, הסנקצייה החברתית יכולה להחליף את הסנקצייה המשפטית במלואה או באופן חלקי.

אחד היתרונות הגדולים של עונשי בושה הוא העלות הקטנה יחסית של השימוש בהם. למשל, לעומת עונש המאסר העלות של עונשי בושה היא אפסית. כל שעל המדינה לעשות הוא לפרסם את שמות העבריינים באופן שיעצים תחושות עוינות כלפיהם. זאת ועוד, שלא כבקנסות אין מגבלות של "חדלות פירעון". עם זאת לעונשי בושה גם חסרונות לא מבוטלים. ראשית האפקט של עונשי בושה תלוי בתגובה הציבורית לעונשים אלה. יש להניח כי תגובה זו איננה בהכרח פרופורציונית לחומרת העברה. מקצת התגובות הציבוריות הן קיצוניות מדי ומטילות עלויות לא פרופורציוניות על העבריין. תגובות אחרות הן מתונות מדי ומטילות עלויות נמוכות מדי על העבריין. קשה אפוא למדינה "לכייל" את שיעור עונשי הבושה באופן שיבטיח שהסנקציה איננה גבוהה מדי או נמוכה מדי.⁴² על כך יש להוסיף שיש עבריינים הנהנים מן הקלון – או משום שהחברה הקרובה אליהם איננה מייחסת ערך שלילי לפעילות העבריינית או משום שהתדמית העבריינית מסייעת להם בפעילות העבריינית (למשל במקרים של סחיטה או איומים).

זאת ועוד, עונשי בושה מטילים עלויות לא מבוטלות על האזרחים הנדרשים לשאת בעלויות של הטלת הקלון. מקצת האזרחים נושאים בעלות זו מרצונם החופשי ומפיקים תועלת מפרסום שמות העבריינים בין משום שהם מעדיפים, מטעמים מוסריים-אידאולוגיים, שלא להתקשר עם עבריינים ובין משום שהעבריינות היא אינדיקציה לחוסר האמינות של העבריין או לחוסר הכדאיות של התקשרות עסקית אתו (כמו במקרים של תרמית, נהיגה בשכרות של נהגי מוניות או התעללות של אומנות בילדים). במקרים מסוג זה עונשי בושה עשויים לקדם את האינטרסים של הפרטים. אולם לעתים הפרטים אינם מעוניינים לשאת בעלות של הטלת עונשי הקלון והם עושים זאת רק בגלל לחץ חברתי ובגלל החשש להיות מזוהה עם העבריין או עם המעשה שעשה. במקרים מסוג זה יש לשקלל את העלות המוטלת על הפרטים הנדרשים לשאת בעלות הטלתם של עונשי הבושה על הפרטים.⁴³

(ו) חובת הצלה וחובות פוזיטיביות

המשפט המקובל (בניגוד למשפט הקונטיננטלי) נזהר מאוד מהטלת חובות פוזיטיביות. חובות פוזיטיביות קיימות בחוק הפלילי, אך הן בדרך כלל מותנות בהתקיימותם של יחסים קודמים בין הפרטים (כמו במקרה של חובות של הורים כלפי ילדיהם) או במקרים מיוחדים

42 לדין ביתרונות הכלכליים של שימוש בעונשי בושה ראו Eric Rasmussen, *Stigma and Self-Fulfilling Expectations of Criminality*, 39 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 519 (1996).

43 לטיעון זה ולכמה מסקנות הנגזרת ממנו ראו Alon Harel, Alon Klement, *The Economics of Stigma: Why More Detection of Crime May Result in Less Stigmatization*, 36 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 355 (2007).

(כמו נהגים העדים לתאונת דרכים). דוגמה מובהקת להתנגדות המסורתית להטלת חובות פוזיטיביות היא ההתנגדות במשפט המקובל להטלת חובות "שומרוני טוב" – חובות לסייע לאנשים במצוקה או בשעת חירום. על פי עמדה זו (המאפיינת גם את המשפט המקובל הנזיקי), גם אם אני יכול להציל את חברי ממוות ללא השקעת משאבים, אין אני חייב (כעניין משפטי) לעשות כן. שיטות משפטיות אחרות המבוססות על המשפט הקונטיננטלי דווקא אימצו חובה משפטית כזו, וגם השיטה הישראלית, בהשראת המשפט העברי, חוקקה את חוק "לא תעמוד על דם רעך" בשנת 1999.

ברגיל מוסבר היעדרה של חובת הצלה במשפט המקובל על יסוד שיקולי אוטונומיה או חירות שלילית. ריצ'רד פוזנר סבור כי אחריות משפטית בגין חוסר נכונות להציל בנסיבות כאלה מאפיינת דווקא משטרים קומוניסטיים או פשיסטיים, שכן הטלת חובות אחריות כזו היא בגדר "conscriptio for social service".⁴⁴ על פי העמדה הזו, על פרטים להימנע מלגרם נזק לזולת, אך אין הם חייבים להתערב כדי לסייע לזולת. האם יש הצדקה להיעדרה של חובת זהירות מסוג זה במשפט המקובל?

לכאורה נראה שקשה מאוד להסביר את היעדרה של חובת הצלה במונחים כלכליים. המסורת התועלתנית שממנה צמח הניתוח הכלכלי דורשת לאמתו של דבר דרישות תובעניות ביותר מפרטים לסייע לזולת. מקסום התועלת מחייב פרט לסייע לאחרים כל עוד התועלת השולית המופקת מן הסיוע גדולה מהעלות המוטלת עליו. עמדה זו מצמיחה אפוא חובות מוסריות מחמירות כמו למשל חובתי לסייע בשעה זו לקבצני העיר ירושלים במקום לשבת במשרדי הממוזג ולכתוב ערך זה.⁴⁵ מובן כמובן כי אין נובעת מעמדה זו המסקנה כי על שיטת המשפט להטיל חובות כאלה, שכן הטלת חובות משפטיות מסוג זה עלויות כבדות. עם זאת אם למשל אני יושב על סף הנהר וצופה בציפורים, וחברי מפרפר במים הגועשים וזועק לעזרה נואש, ולצדי גלגל הצלה – מדוע אפוא אין להטיל עליי חובה משפטית לקחת אתנחתה קצרה מתחביבי הפנאי שלי ולהשליך את הגלגל לעברו? הסבר אחד המוצע על ידי פוזנר ולנדס מבוסס על החשש כי מספר מקרי ההצלה יקטן – ולא יגדל – בעקבות הטלת חובת הצלה. הטענה היא כי הטלת חובת הצלה עלולה להרתיע אנשים מלהיכנס לאזורים המועדים לתאונות, ומכאן החשש שדווקא הטלת חובת הצלה תגדיל את מספר התאונות ולא תקטין אותן.⁴⁶

44 Richard Posner, William Landes, *Altruism in Law and Economics*, 68 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 417 (1972).

45 ואכן זהו אחד הטיעונים הסטנדרטיים נגד תועלתנות. לדיון מפורט ראו Alison Hills, *Utilitarianism, Contractualism and Demandingness*, 60 THE PHILOSOPHICAL QUARTERLY 225 (2010).

46 ראו לנדס ופוזנר, לעיל הערה 44.

בצדק סברו חסידי הניתוח הכלכלי של המשפט כי הסבר זה הוא בלתי סביר (המדגים מדוע הפעלה מכנית של הניתוח הכלכלי ללא הפעלת היגיון עשויה להביא למסקנות המרוחקות מאוד מן האמת). הסבר אפשרי אחר נסמך דווקא על היפותזות התנהגותיות (אשר תיבחנה בפרוטרוט בפרק הבא), ובמיוחד על התזה של ריצ'רד טיטמוס בספרו החשוב *The Gift Relationship from Human Blood to Social Policy*.⁴⁷ טיטמוס זיהה בספרו את התופעה שאותה הוא כינה *crowding out* (סילוק או חילוף). טיטמוס חקר את פרקטיקת תרומות הדם והשווה את השיטה האמריקאית, שבה התורם מקבל תמורה כספית למנת דם, לשיטה הבריטית, שבה תרומות הדם ניתנות ללא תמורה כספית. טיטמוס מצא כי הנכונות לתרום דם בבריטניה גדולה מזו שבארצות הברית למרות היעדרם של תמריצים כספיים. טענתו (השנויה במחלוקת עד היום הזה) הייתה כי התמריצים המוניטריים מסלקים, או מאיינים, את התמריצים האלטרואיסטיים, ועל כן היצע הדם בחברה שבה ניתן פיצוי כספי לתורמים קטן מהיצע הדם בחברה שבה לא ניתן פיצוי כזה.

אמנם טיטמוס התמקד בחילוף של תמריץ אלטרואיסטי בתמריץ מוניטרי, אולם ההיפותזה של טיטמוס יכולה לחול גם כאן, אם נרחיב את התזה ונכליל בה חילוף של תמריץ אלטרואיסטי בתמריץ של סנקציית פלילית. התזה המוצעת היא כי דווקא בהטלת חובה פלילית המשפט עלול להקטין – ולא להגדיל – את הנטייה של פרטים להשקיע בהצלה. פרטים עשויים להשקיע בהצלה משום שהם רואים עצמם אנשים הגונים המחויבים לסייע לזולת בעת מצוקה. דווקא הטלת חובה משפטית עלולה להפוך את ההצלה ממעשה רצוני, המעיד על אופיו הנדיב של הפרט המציל, למעשה שאיננו אלא בגדר מילוי חובה משפטית פורמלית. על פי תזה זו, התמריצים המשפטיים עלולים לסלק, או לאיין, את התמריצים האלטרואיסטיים, והתוצאה עלולה להיות הקטנת הנכונות להציל.

(ז) לא עכברא גנב חורא גנב: אמצעי הזהירות של הקרבנות והגנת אשם תורם

בדרך כלל טוענים התאורטיקנים של המשפט הפלילי שהמשפט הפלילי איננו מכיר באשם תורם של הקרבן. העובדה שהקרבן לא נקט אמצעי זהירות (או נקט אמצעי זהירות רבים מדי) איננה צריכה להשפיע על האחריות הפלילית של העבריין.⁴⁸ אלא שבחינה זהירה יותר של הדוקטרינה המשפטית מראה כי לא אחת אמצעי זהירות של קרבן עשויים להשפיע על

47 ראו RICHARD TITMUS, *THE GIFT RELATIONSHIP, FROM HUMAN BLOOD TO SOCIAL POLICY* (Ann Dakley & John Ashton ed.) לסקירה של מחקרים אמפיריים התומכים בתזה זו ראו Bruno S. Frey, Reto Jegen, *Motivation Crowding Theory*, 15 JOURNAL OF ECONOMIC SURVEYS 589 (2001).

48 ראו למשל George P. Fletcher, *Corrective Justice for Moderns*, 106 HLR 1658, 1673 (1993) (Book Review).

האחריות הפלילית. למשל, הפחתת העונש מרצח להריגה במקרה של קנטור מצדו של הקרבן (סעיף 301א לחוק העונשין) יכולה להיות מתוארת כהגנת אשם תורם. המשפט הפלילי מגן פחות על הפרובוקטור באשר הוא "תרם" להתמשותה של העברה הפלילית. זאת ועוד, אם הפקרת את רכושי ברחוב ללא שמירה, יורשע האדם אשר חמד את רכושי ולקחו בעברה הקלה של אי-השבת אבדה, או לכל היותר בגנבה. אם לעומת זאת הקפדתי להחזיק את רכושי בביתי, יורשע מי ששלח ידו ברכושי בפריצה ותוטל עליו סנקצייה חמורה בהרבה. נשאלת אפוא השאלה אם יש הצדקה להכרה בהגנת אשם תורם במשפט הפלילי, ואם כן – מתי.

לצורך בחינת שאלה זו בחנו את המקרה הזה: אורון השאיר את מפתחות המכונית בדלתה והמכונית נגנבה. האם יש טעם כלכלי להקל בעונשו של הגנב בגין "האשם התורם" של אורון?

לכאורה אין מקום להקלה זו, משני טעמים: הטעם האחד הוא שלא ברור כלל אם הקלה בעונשו של הגנב תגדיל את התמריצים של אורון לנקוט אמצעי זהירות. בניגוד לדיני הנזיקין, שם אשם תורם מקטין את פיצויו של הנזוק (ולפיכך מתמרץ אותו לנקוט אמצעי זהירות), לא ברורה ההשפעה של הקלה בעונש הפלילי על התמריצים של אורון להשקיע באמצעי זהירות. זאת ועוד, לא ברור אם יש סיבה כלכלית שבגינה יש להגדיל את התמריצים של אורון לנקוט אמצעי זהירות. אחרי הכול, רשלנותו של אורון פוגעת באורון בלבד. הניתוח הכלכלי המסורתי יאמר כי כל עוד נקיטת (או אי-נקיטת) אמצעי זהירות פוגעת אך ורק באורון, אין מקום לתמרץ את אורון לנקוט יותר (או פחות) אמצעי זהירות. התנהגותו מבטאת את העדפותיו. על פי הטיעון הכלכלי, עלות נקיטת אמצעי זהירות (שליפת המפתחות מהרכב) גבוהה מן התועלת הצפויה לו בעקבות הקטנת ההסתברות של הגנבה. אין אפוא להתערב בהחלטות המבוססות על העדפותיו של אורון אלא אם כן הן משפיעות גם על צדדים שלישיים.

אלא שבחינה מעמיקה יותר חושפת כשלים בטיעון זה.⁴⁹ ראשית, לעתים קרובות לאמצעי זהירות הננקטים על ידי קרבנות פוטנציאליים השפעות חיצוניות (הן חיוביות והן שליליות). במקרים מסוג זה יש טעם לתמרץ קרבנות לנקוט אמצעי זהירות רבים יותר (במקרה של השפעות חיצוניות חיוביות) או פחותים (במקרה של החצנות שליליות). די שנוכיר לקורא את האזעקות המותקנות בכלי רכב, המטרידות את מנוחתם של צדדים שלישיים ברחובות הערים. אחד המקרים המובהקים שבהם יש לאמצעי זהירות השלכות

49 לטיעון זה ראו: Alon Harel, *Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Faulty*, 82 CAL. L. REV. 1181 (1994); Omri Ben Shahr, Alon Harel, *Blaming the Victims: Optimal Incentives for Private Precautions against Crime*, 11 JOURNAL OF LAW ECONOMICS AND ORGANIZATION 434 (1995).

שליליות על פרטים אחרים הם אמצעי הזהירות הסטנדרטיים המיועדים להגנת דירות כמו סורגים או אזעקה. מחקרים אמפיריים שבדקו את השלכות אמצעי הזהירות הללו גילו כי אמצעי הזהירות אינם מורידים בהרבה את רמת הפשע החברתית, אלא הם מסיטים פשע מקרבן אחד למשנהו. תופעה זו מכונה בספרות הקרימינולוגית "העתקת פשע" (displacement of crime). העתקת פשע היא מעבר של הפשע ממקום למקום או מקרבן לקרבן או מעברה אחת לעברה אחרת, בעקבות אכיפה אפקטיבית יותר של אמצעי זהירות או השקעה מוגברת בהם.

העתקת פשע כזו גוררת אי-יעילות חברתית. השכן שטרם התקין אמצעי זהירות ימהר להתקין אותם משום שהוא יודע כי ההשקעה של שכנו חושפת אותו לסיכונים מוגברים. בסופו של יום כל הדיירים מתקינים אמצעי זהירות (משום שבהיעדר אמצעים אלה דירתם "קורצת" לפורצים יותר מדירות אחרות), וזאת רק משום שדיירים אחרים התקינו אמצעים אלה בדירתם, והתוצאה היא אפוא כי רמת הפשע החברתי איננה משתנה בהרבה למרות ההשקעה הרבה באמצעי זהירות.⁵⁰

במקרים אחרים יש לאמצעי הזהירות השפעות חיוביות על קרבנות פוטנציאליים אחרים. למשל, התקנת איתורן במכונית מיטיבה לא רק עם בעל המכונית אלא גם עם בעלי מכוניות אחרים. האיתורן הוא מכשיר סמוי המותקן במכוניות ומאפשר את איתורן במקרה של גנבה. הוא מיטיב לא רק עם בעל המכונית שבה הותקן אלא גם עם בעלי מכוניות אחרים, כי בהיותו סמוי אין העבריינין יכול לדעת באיזו מכונית הוא מותקן ובאיזו לא. התקנת איתורן מקטינה אפוא את התמריץ לגנבת מכוניות בכלל ולא רק לגנבת מכוניות שבהן איתורן. את המסקנות מן הדוגמאות הללו אפשר להכליל כך: אמצעי זהירות שהעבריינים יכולים להבחין בהם, כמו סורגים, גורמים להחצנות שליליות, משום שהם גורמים להססת פשע מן הקרבנות שהשקיעו באמצעי זהירות לעבר קרבנות אחרים. לעומת זאת אמצעי זהירות נסתרים, שהעבריינים אינם יכולים להבחין בהם, כמו האיתורן, עשויים להביא לידי השפעות חיוביות חיוביות משום שהם מרתיעים את העבריינים מלבצע את הפעולה העבריינית.⁵¹ המסקנה היא כי המתכנן החברתי צריך להרתיע קרבנות פוטנציאליים מהשקעה באמצעי זהירות מן הסוג הראשון (גלויים) ולעודד שימוש באמצעי זהירות מן הסוג השני (סמויים).

50 זו אחת הסיבות שבגינן נראה כי יש הצדקה חברתית להגבלות על הקמת קהילות מגודרות (gated communities). קהילות מגודרות מגוננות על יושביהם על חשבונם של השכנים.

51 עם זאת אין להוציא מכלל חשבון כי אמצעי הזהירות הללו עלולים להביא להעתקת פשע לעברות מסוג אחר. גנבי המכוניות המתוסכלים עלולים להסב את מומחיותם לפעילות עבריינית אחרת (שוד בנקים למשל).

היות שלעתיים קרובות לאמצעי הזהירות השפעות חיצוניות (חיוביות או שליליות) על צדדים שלישיים, קיים אינטרס חברתי לתמרץ קרבנות פוטנציאליים להשקיע יותר (במקרה של החצנות חיוביות) או פחות (במקרה של החצנות שליליות) באמצעי זהירות. נותרת אפוא השאלה באיזה אופן משפיע "אשם תורם" של קרבנות על התמריצים לנקוט אמצעי זהירות. כדי לבחון שאלה זו נחזור לסוגיית הקנטור (סעיף 301א לחוק העונשין). על פי הדוקטרינה הפלילית, המתה בעקבות קנטור היא בגדר הריגה ולא רצח. אפשר לראות בנומרה זו נורמת "אשם תורם" באשר היא מקטינה את העונש בשל תרומת הקרבן (המקנטור) לעברה. מהי ההשפעה האפשרית של הדוקטרינה הזו על מספר מקרי ההמתה?

התשובה לשאלה זו מורכבת משום שלדוקטרינה כזו יש שתי השפעות המנוגדות זו לזו, והאפקט המצרפי תלוי אפוא בגודל היחסי של שתי ההשפעות הללו. מצד אחד במקרה שהנאשם קנטור, הדוקטרינה הפלילית מגדילה את מספר מקרי ההמתה משום שהיא מקטינה את תוחלת העונש על עברת ההמתה. במילים אחרות, תוחלת הסנקציה של העברייין שקונטר בשיטה המכירה בהגנת הקנטור קטנה מזו שהייתה עומדת לו בשיטה שאיננה מכירה בקנטור. מטעם זה ממש יש לדוקטרינה זו אפקט אשר מקטין את מספר מקרי ההמתה, משום שאדם אשר שוקל לבצע קנטור יודע כי ההסתברות שהקנטור מסכן את חייו היא גדולה (כשידוע שהעונש על המתה בעקבות קנטור הוא עונש קל). מכאן שהדוקטרינה הזו מקטינה את התמריץ לקנטור ועל כן מקטינה את מספר מקרי ההמתה. האפקט המצרפי של שתי ההשפעות המנוגדות הללו תלוי בגודל האפקטים המנוגדים הללו.

דוגמה נוספת מעניינת בהקשר זה היא הוויכוח האמריקאי בדבר הפיקוח על נשק, הנתפס בארצות הברית כוויכוח פוליטי בין הימין המתנגד לפיקוח כזה לבין השמאל הליברלי התומך בפיקוח כזה. הניתוח הכלכלי יכול לספק תובנות בדבר מערכות השיקולים הרלוונטיות. מן הצד האחד פיקוח על נשק מקטין את העלויות של ביצוע עברות, משום שהעבריינים אינם נחשפים לסיכון גבוה של התנגדות אלימה מצדם של הקרבנות. עובדה זו מגדילה את התמריץ לפשוע. מן הצד האחר הפיקוח על נשק מגדיל גם את העלויות של החזקת נשק על ידי העבריינים, ובכך מגדיל את העלות המוטלת עליהם.⁵²

יש שיאמרו כי קנטור וגם המתה בעקבות קנטור אינם כפופים לשקלול רציונלי מסוג זה. ההתנהגות הפלילית במקרים כאלה היא אימפולסיבית ואיננה ניתנת לחישוב במונחי עלות-תועלת. אינני מעוניין להיכנס לשאלה זו. הדוגמה הזאת ניתנה אך ורק כדי להדגים כיצד דוקטרינה של אשם תורם עשויה להשפיע על התמריצים של קרבנות פוטנציאליים להשתמש באמצעי זהירות. הקלה בעונשו של עברייין אשר פגע בקרבן אשר השקיע יותר מדי באמצעי

52 ראו פוזנר, לעיל הערה 11, בעמ' 239.

זהירות (למשל התקין סורגים או אזעקה) או בעונשו של עבריין אשר השקיע פחות מדי באמצעי זהירות (למשל השאיר את המפתח במכוניתו) מתמרצת את העבריינים לבחור דווקא בקרבן זה, ובכך מגדילה את העלות של ההשקעה הלא אופטימלית באמצעי זהירות ומתמרצת אפוא את הקרבנות להשקיע השקעה אופטימלית באמצעי זהירות.

הניתוח הכלכלי של אמצעי זהירות פרטיים מעלה שלל שאלות מורכבות בדבר האפקטיביות של השקעה במניעת פשע. יש שיאמרו כי השקעה זו היא בזבזנית. השקעה ממשלתית גדולה מדי במניעת פשע תקטין את התמריצים של פרטים להשקיע במניעת פשע או באמצעי זהירות. האפקט המצטבר של הגדלת ההשקעה הציבורית באכיפת פשע מצד אחד והקטנת ההשקעה הפרטית באכיפת פשע (בעקבותיה) מצד אחר עשוי לקבץ את רמת הפשע בחברה. מכל מקום, היחס בין ההשקעה הפרטית לבין ההשקעה הציבורית במניעת פשע היא שאלה מורכבת. למשל, יש להניח שלהשקעה ציבורית השלכות חלוקתיות פרוגרסיביות, באשר השקעה פרטית במניעת פשע תמנע בעיקר פשיעה נגר עשירים, ואילו ההשקעה הציבורית במניעת פשע עשויה להגן גם על העניים. במילים אחרות, גם אם רמת הפשע נשארת קבועה, אופן החלוקה של עלות הפשע משתנה.

7. הפושע אצל השכן ירוק יותר – הכלכלה הפוליטית של החקיקה הפלילית

הנחתנו עד כה הייתה כי מחוקק נאמן הרואה עצמו משרת הציבור מחוקק חוקים למען ציבור זה, והחוקים משפיעים הן על עבריינים והן על קרבנות פוטנציאליים. אלא שבעולם גלובלי פעילותו של המחוקק משפיעה לא רק על היחידה המדינית שבמסגרתה הוא מחוקק אלא גם על יחידות פוליטיות אחרות. זאת ועוד, לעתים קרובות הפעולה הרציונלית של המחוקקים של יחידות פוליטיות שונות מביאה לתוצאות תת־אופטימליות ליחידות המדיניות כולן. סעיף זה בוחן באופן כלכלי את התמריצים הפועלים על מחוקקים ומראה כי לעתים קרובות תמריצים אלה מביאים לתוצאות תת־אופטימליות דווקא משום שכל המחוקקים חפצים להיטיב עם היחידה המדינית שאותה הם משרתים. בלשון תורת המשחקים: זוהי הסיטואציה של "דילמת האסיר" הידועה. כל יחידה פועלת כדי לקדם את האינטרסים שלה, והתוצר המצטבר של פעולות רציונליות אלה מזיק לכולם.

דרך טובה לבחינת ההיפותזה הזאת היא התבוננות בתהליך שבמסגרתו הוחמרו העונשים בארצות הברית באופן רדיקלי, והוצאות הענישה גדלו מאוד בחצי השני של המאה העשרים. התפיסה המקובלת היא כי חומרת העונשים בארצות הברית רבה בהרבה מן האופטימלי. נשאלת אפוא השאלה מדוע המחוקקים בארצות הברית בוחרים להתמיר את העונשים באופן המטיל עלויות גבוהות מאוד על תקציבי המדינות אף על פי שאין להגדלה זו אפקט הרתעת המצדיק את ההשקעה.

כדי להבין הסבר מוצע אחד יש להבין את אופן פעולתה של החקיקה הפלילית בארצות הברית. החקיקה הפלילית בארצות הברית היא (בעיקרה) מדינתית, וכל מדינה אחראית לקביעת העונשים הפליליים המוטלים על (מרבית) העברות המבוצעות בשטחה שלה.⁵³ לכל מדינה אינטרס להנמיך את רמת הפשיעה בשטחה שלה. הנמכת רמת הפשיעה מקטינה את עלויות הפשע לאזרחיה ומגדילה באופן טבעי גם את ההשקעות הכלכליות במדינה. המחוקק המדינתי הנאמן של מדינת ניו יורק למשל חפץ להנמיך את רמת הפשע במדינתו. דרך אחת להשיג תכלית זו היא להכביד את העונש על העברות הפליליות או להגדיל את הסתברות התפיסה. להכבדת העונש הפלילי כמו גם להגדלת הסתברות התפיסה יש שתי השלכות על העבריינים הרציונליים. מקצת העבריינים הרציונליים יימנעו מלפשוע, ובכך תושג תכלית החקיקה. עבריינים אחרים יעתיקו על פי הניתוח המוצע את מקום מגוריהם לטריטוריה אחרת, נוחה יותר, שבה העונשים חמורים פחות.⁵⁴

העתקת הפשע ממדינה למדינה היא תופעה אנלוגית לתופעה של העתקת פשע מקרבן לקרבן שבה דנו לעיל במסגרת סעיף 16. בדיון זה ניתחנו את העובדה כי אמצעי זהירות של קרבן אחד מביאים לעתים להעתקת הפשע מקרבן אחד למשנהו ולא להקטנת כמות הפשיעה. במקרה שלפנינו הכבדת העונש עלולה להביא להעתקת הפשע מיחידה מדינית אחת ליחידה מדינית אחרת ולא להקטנת כמות הפשיעה.

למותר לציין כי מבחינתו של המחוקק המדינתי (שתכליתו להנמיך את רמת הפשע ביחידה הפוליטית שלו) העתקת המגורים של העבריין ליחידה פוליטית אחרת היא רצויה מאוד. לאמתו של דבר היא רצויה יותר מאשר תפיסת העבריין וענישתו, באשר ענישה גוררת עלויות גבוהות, ואילו העתקת הפשע ליחידה פוליטית שכנה היא בדרך כלל נטולת עלויות (מבחינת המחוקק המדינתי). אלא שהיחידה המדינית שאליה הועתק הפושע איננה אדישה לתהליך זה. המחוקקים בפנסילבניה אינם חפצים לקלוט את העבריינים של ניו יורק יותר מאשר המחוקקים של ניו יורק חפצים לקלוט עבריינים מניו ג'רסי. תגובתם הרציונלית של המחוקקים מפנסילבניה היא להכביד את העונש על עברות פליליות ולהביא בדרך זו להעתקת הפשע מן הטריטוריה שלהם לטריטוריה שכנה. קל לראות כי תהליך זה מביא ברבות הימים להגדלה מופרזת ולא יעילה של העונשים הפליליים. בדיוק כמו שהתקנת

53 בצד העברות המדינתיות קיימות גם עברות פדרליות שלהן אחראית הממשלה הפדרלית.

54 זוהי דוגמה ספציפית של תאוריה כללית של jurisdictional competition. ראו: Charles Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditure*, 64 J. POL. ECON. 416 (1956). תאוריה זו בוחנת את השלכות התחרות בין יחידות מדיניות שונות. בהקשר הפלילי הנושא נותח על ידי Doron Teichman, *The Market for Criminal Justice: Federalism, Crime Control, and jurisdictional Competition*, 103 MICH. L. REV. 1831 (2005). הדיון להלן מבוסס על מאמר זה.

אמצעי זהירות דוגמת סורגים מביאה להעתקת פשע מקרבן אחד למשנהו, וזו מצדה מביאה להשקעה מופרזת באמצעי זהירות מבלי שהשקעה זו מורידה את רמת הפשע, כך הגדלת העונש ביחידה פוליטית אחת מביאה בעקבותיה להעתקת פשע מיחידה מדינית אחת לאחרת המביאה מצדה להחמרה מופרזת של העונשים מבלי שהחמרה זו מורידה את רמת הפשע בחברה. לאמתו של דבר היו פוליטיקאים מדינתיים בארצות הברית אשר הבחינו באפקט זה והצדיקו החמרה בחקיקה הפלילית במדינתם על יסוד ההשערה שהחמרה כזו תביא להגירת עבריינים מן המדינה למדינות אחרות. ייתכן אולי שהפופולריות של עונש הגירוש מאנגליה למושבות (כמו למשל לאוסטרליה) היה מבוסס בדיוק על אפקט זה. אלא שלו יכלה אוסטרליה באותה העת לשלוח את העבריינים חזרה לאנגליה, היו הן אנגליה והן אוסטרליה משקיעות משאבים בגירוש עבריינים מבלי שרמת הפשיעה הייתה יורדת אף באחת מהן. למותר לציין כי ניתוח דומה חל לא רק ביחידות המדיניות בארצות הברית אלא גם ברמה הבין-לאומית. ככל שהעולם נעשה גלובלי יותר ועלויות המעבר מיחידה מדינית אחת לאחרת קטנות, כך עלול המשפט הפלילי לשמש כלי לא לצמצום הפשע אלא לייצואו מיחידה מדינית אחת לאחרת. הדרך לפתור את הדילמה הזאת היא דרך שיתוף פעולה וקואורדינציה בין הקהילות המדינתיות השונות. נטען למשל כי הזכויות החוקתיות המוקנות לנאשמים בארצות הברית יכולות לסייע ולהבטיח כי התחרות הבין-מדינית שאנו מתארים לא תביא בעקבותיה לתוצאות הרסניות ולכרסום מופרז בזכויות הנאשם על ידי מחוקקי המדינות. מגבלה פדרלית על חומרת העונש הפלילי למשל תוך שימוש באיסור החוקתי על הטלת עונש אכזרי (התיקון השמיני לחוקה) הייתה מונעת את ההחמרה הפרועה בשיעור הסנקציות הפליליות המדינתיות.

8. סכום בנייים והסתייגויות אפשריות

הניתוח הכלכלי המסורתי מבוסס על הנחות בדבר הרציונליות של העבריינים. על סמך הנחות אלה בוחנים התאורטיקנים של משפט וכלכלה את ההסדרים המשפטיים האופטימליים, כולל למשל מהי תוחלת העונש האופטימלית, מהו הגודל האופטימלי של מרכיבי התוחלת, מהם התכנים של המשפט הפלילי ועוד. דומה שאחת המסקנות החשובות של משפט וכלכלה היא שההסתמכות היתרה על ענישה פלילית מחמירה היא אפקטיבית פחות ממה שמקובל לחשוב. להגדלת עונשי המאסר יש אפקט שולי בלבד על ההרתעה בשל מה שכינינו קיטון משקלו של העתיד. זאת ועוד, הגדלת הסתברות התפיסה משפיעה יותר על ההרתעה בשל אפקט הקלון. העונש המשפטי הוא בדרך כלל רק חלק קטן מן העונש הכולל על העברה, שכן חלק לא מבוטל מן העונש הוא חברתי ולא פלילי. לבסוף ראינו כי לפחות לעתים התמריץ של המחוקקים להכביד את העונש הפלילי מוביל לתוצאות מעוותות ובלתי יעילות.

כדאי אולי לסיים סעיף זה בהצבעה על עקב אכילס של הניתוח הכלכלי הקלסי – נטייתו להפשטת-יתר, להנחת הנחות בדבר רציונליות של עבריינים ולשימוש המועט יחסית בבחינה אמפירית ואקספרימנטלית לאישוש או להפרכה של ההיפותזות השונות. אף לא אחת מהתנגדויות אלה איננה חלה באופן אוניברסלי על כל הכתיבה הכלכלית בנושא, ועם זאת התחושה המצטברת של תאורטיקנים רבים היא כי הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי איננו נותן דין וחשבון מספק על התופעה הפלילית. בין יתר הטענות נטען גם כי רבים מן המודלים הכלכליים מניחים כי העדפותיהם של הפרטים אינן משתנות בעקבות ההסדרים הפליליים. המשפט הפלילי הוא כלי לענישת עבריינים שהעדפותיהם נתונות. אלא שחסידי תורת הנורמות החברתיות (social norms), שאת התאוריות שלהם נבחן בפרק הבא, סבורים כי הנחה זו היא שגויה. החקיקה הפלילית איננה רק בגדר כלי לענישת פרטים אלא גם כלי המסייע לעיצוב העדפות של הפרטים. חסידי התאוריה הכלכלית ההתנהגותית סבורים כי הנחת הרציונליות של המודלים המסורתיים איננה מבוססת דייה; לאמתו של דבר, התנהגויותיהם השונות של העבריינים אינן מתיישבות עם הנחת הרציונליות.

ג. על העברייני שטרם למד רציונליות: תורת הנורמות החברתיות והניתוח ההתנהגותי של המשפט הפלילי

1. מבוא

פרק זה יבחן תאוריות הדוחות את הניתוח הכלכלי הנאו-קלסי ומציעות במקום זאת התבוננות סוציולוגית או פסיכולוגית מדוקדקת על האופנים שבהם פרטים (ובמיוחד עבריינים) מתנהגים בפועל. המאפיין את התאוריות הללו היא הנכונות להתבונן על האופן שבו המשפט משפיע בפועל על ההתנהגות האנושית כמו גם על אי-הנכונות לקבל את הנחת הרציונליות של העברייני כהנחת יסוד של הניתוח הכלכלי. מכאן גם הרצון להתבוננות באור חדש – באמצעות מחקרים אמפיריים או אקספרימנטליים – בהתנהגות העבריינית. במסגרת הפרק נבחן שני זרמים מרכזיים של המחשבה הכלכלית אשר דוחים את הנחות התאוריה הכלכלית הנאו-קלסית: תורת הנורמות החברתיות (המבוססת בעיקר על מחקרים סוציולוגיים) והניתוח ההתנהגותי של המשפט (המבוסס בעיקר על מחקרים פסיכולוגיים). הפרק יחולק בהתאמה לשני חלקים: חלק אחד ידון בתורת הנורמות החברתיות והשני בניתוח הכלכלי ההתנהגותי.

ראינו כי המחקר המסורתי הכלכלי בתחום המשפט הפלילי תפס את התנהגותם של פרטים כנגזרת מהסתברות התפיסה, חומרת העונש, שנאת הסיכון של הפרטים, העלות הצפויה של העונש ועוד. הנחת היסוד של הניתוח הזה הייתה כי הפרטים מבצעים שיפוטם רציונליים פחות או יותר של הפרמטרים הללו וקובעים את התנהגותם על סמך שיפוטם

אלה. אולם מאחורי ניתוח זה מסתתרת הנחה סמויה, ולפיה הפרטים תופסים כמעט במדויק את הפרמטרים האלה. למשל, שהפרטים יודעים פחות או יותר מהי חומרת העונש או מהי הסתברות התפיסה, וכי הם מתנהגים באופן אשר משקף את ההערכות שלהם באשר לתוחלת הסנקציה.

נקודת המוצא של התאוריות שנבחן להלן היא כי הקשר בין תוחלת הסנקציה הפלילית לרמת הפשיעה איננו קשר פשוט; תוחלת הסנקציה איננה חוק טבע הקובע את התנהגותם של עבריינים באותו האופן שבו חוק הכבידה קובע את התנהגותה של האבן; החוק הפלילי פועל באמצעות ההשפעה שלו על התודעה של בני האדם ועל האמונות שלהם בדבר התועלת והעלות הצפויה מן הפעולה העבריינית. אם קיימות הטיות שיטתיות המעוותות את השיפוט של פרטים ואת הבחירות שלהם, הן עשויות לשנות באופן שיטתי את התנהגותם של פרטים. הן תורת הנורמות והן הכלכלה ההתנהגותית מבוססות על התובנה שבחירותיהם של הפרטים אינן נגזרות אוטומטית מן העובדות והנתונים בעולם ומהיסקים רציונליים הנגזרים מן העובדות הללו אלא גם מכמה וכמה הטיות, השפעות זרות ועיוותים.⁵⁵ זאת ועוד, הטיות אלה הן שיטתיות, ולכן ההשפעה שלהן על התנהגותם של פרטים ניתנת לניבוי ולעתים ניתנת גם לשינוי באמצעות מניפולציות מצדו של מתכנן המדיניות.⁵⁶

התאוריות שנדון בהן בפרק זה נסמכות על הניתוח הכלכלי-מסורתי ונגזרות ממנו. הן תורת הנורמות והן הניתוח הכלכלי-התנהגותי הם בגדר תגובה לניתוח הכלכלי-מסורתי. אפילו מושגי היסוד של הכלכלה ההתנהגותית (כמו הטיות (biases) מוגדרים כסטיות מן הציפיות הנגזרות מן הניבויים הכלכליים המבוססים על רציונליות. הכתיבה בתחומים שנבחן רוויה אפוא בביקורת על הגישה הכלכלית-מסורתית לא רק בשל הדומיננטיות של הגישה הכלכלית המסורתית אלא גם משום שהדבר מתחייב מן הטבע של המתודולוגיות הללו. בניגוד למשל למסורת הגמולית, הן תורת הנורמות החברתיות והן הכלכלה ההתנהגותית חבות חוב גדול למסורת הכלכלית הנאו-קלאסית ולא היו יכולות להתפתח בלעדיה.

תורת הנורמות החברתיות במשפט מבוססת על הטענה שלפיה קיימת אינטראקציה בין המשפט לבין נורמות חברתיות. עמדה זו דוחה את זיהוי של הסנקציה הפלילית פשוט כתשלום המגדיל את העלות של ההתנהגות הפלילית לעברייני. המשפט איננו רק בגדר

55 למונחים שבהם אנו משתמשים – "הטיות", "עיוותים" ועוד – יש כמובן צליל נורמטיבי. חשוב לזכור כי אין בכוונת רבים מן התאורטיקנים לשפוט את ההתנהגות אלא תכליתם היא לעתים קרובות תיאורית גרידא.

56 להרחבה שיטתית של הדיון בהנחת הרציונליות ובמידת התקיימותה הלכה למעשה ראו פרק ב לעיל.

תשלום הנוסף על התשלומים האחרים הפועלים על העבריינין; לאמתו של דבר הסנקצייה הפלילית משפיעה על העדפותיהם של הפרטים ומושפעת מהן.

זרם אחד בולט בתורת הנורמות סבור כי התנהגותו של העבריינין איננה נקבעת רק – או אפילו בעיקר – על ידי מרכיבים כמו חומרת העונש או הסתברות התפיסה. התנהגותו של העבריינין מושפעת במידה רבה מן השאלה כיצד הפרטים סביבו נוהגים, מהי רמת הציות המאפיינת את החברה סביבו, אם המשפט נתפס כצודק ועוד.⁵⁷ ההתבוננות הכלכלית-מסורתית הרואה במשפט תמריץ חיצוני ששיעורו כשיעור הסנקצייה המשפטית ומבחינה הבחנה חדה בינו לבין נורמות חוץ-משפטיות איננה משקפת את המציאות ואת האופן שבו הנורמות המשפטיות משפיעות על הפרטים. לאמתו של דבר, בין הנורמות המשפטיות לחברתיות יש קשר הדוק; הנורמה המשפטית ורמת האכיפה שלה משפיעות על העדפותיו של האדם; על תפיסתו איזהו מעשה ראוי ואיזהו לא ועוד.

דוגמה מפורסמת אשר השפיעה רבות על מדיניות האכיפה בארצות הברית יכולה להדגים את הרלוונטיות של תורת הנורמות החברתיות למשפט הפלילי. תאוריית "החלונות השבורים" גורסת כי נכונותם של פרטים לציית לחוק מושפעת במידה רבה מן הסביבה שבה הם פועלים. במיוחד מתבססת תורה זו על ההנחה כי אי-סדר חברתי פעוט: גרפיטי, בניינים נטושים וערמות זבל ברחובות, מייצר עבריינות או מעודד אותה.⁵⁸ מכאן גם נגזרה מדיניות אכיפה נוקשה בגין עברות פשוטות אלה אשר יושמה בניו יורק על ידי ראש העירייה ג'וליאני. אחד ההסברים המקובלים להיפותזת "החלונות השבורים" היא תורת הנורמות החברתיות. פרטים מתאימים את התנהגותם לא לשיעורה של תוחלת הסנקצייה אלא לנורמות ההתנהגות של שכניהם.

בניסוי מפורסם התומך בתורת הנורמות החנה הפסיכולוג פיליפ זימבארדו מכוננת במקום אחד למשך זמן רב כדי שייווצר הרושם כי היא נטושה ואף ניפץ את חלונה. הוא עקב אחר קורותיה ותיעד את השחתתה שנגרמה לדעתו בעקבות נטישתה. נמצא כי לנוכחותה של המכוננית הייתה השפעה שלילית על התנהגותם של פרטים. לתזה בדבר השפעתן של נורמות חברתיות הסברים שונים, וחלקם מעוגנים בתאוריה הכלכלית הנאו-קלסית. הסבר אחד מבוסס על תאוריית האיתות – Signaling. על פי תאוריה זו פרטים רוכשים אינפורמציה מן הסביבה שבה הם חיים בדבר רמת האכיפה. העברות הפשוטות (גרפיטי או חלונות מנופצים) מאותתות כי הסדר החברתי קורס, ומכאן נגזרת גם האמונה כי הסתברות התפיסה נמוכה, ואמונה זו מביאה מצדה להגדלת כמות הפשיעה. הסבר אחר

57 לסקירת תורת הנורמות החברתיות ראו פוזנר, לעיל הערה 6. לישום התבוננות במשפט הפלילי ראו למשל Dan M. Kahan, *Social Influence, Social Meaning and Deterrence*, 83 VA. L. REV. 349 (1997).

58 ראו למשל כהאן, שם בעמ' 369.

מבוסס על שחיקת הסטיגמה בגין עבריינות הנגרמת מן הגידול בשיעור הפשיעה. אם קיימת ירידה בעצמת הסטיגמה של עבריינים בעקבות רמה גבוהה של פשע בחברה, יש לצפות לגידול בשיעור העבריינות בסביבה שבה רמה גבוהה כזו של הפרת חוק.

הניתוח הכלכלי ההתנהגותי משתמש בתובנות מן הפסיכולוגיה כדי להשלים את הניתוח הקלסי המבוסס על רציונליות של פרטים, ולעתים אפילו כדי לבקרו או לאתגרו.⁵⁹ ההשלמה מתבצעת כאשר הניתוח ההתנהגותי מזהה או מאפיין את העדפותיהם של פרטים מקום שבו הכלכלה הנאו-קלסית נמנעה מלהניח הנחות בדבר העדפות אלה (לבד מהנחות פורמליות בדבר קונסיסטנטיות של ההעדפות). כך למשל הכלכלה ההתנהגותית יכולה לומר לנו מתי פרטים הם שונאי-סיכון או אוהבי-סיכון, מתי הם מעדיפים את ההווה על פני העתיד וכולי. הביקורת של הניתוח ההתנהגותי את המסורת הכלכלית הנאו-קלסית מבוססת על זיהוי של אי-רציונליות מסוגים שונים: שגיאות שיטתיות בשיפוטם בעניין מצבי העולם, בחירה באופציות שאינן ממקסמות את התועלת של הפרט, בחירה באופציות הנקבעות שלא על ידי מצב העולם כפי שהוא אלא על ידי האופן שבו מצב העולם מתואר או מוסבר לפרטים (framing) ועוד.

בהקשר הפלילי הרלוונטיות של מחקרים התנהגותיים היא ברורה, באשר מחקרים אלה מאתגרים את הנחת היסוד שלפיה העבריינים הם רציונליים. אנו נבחן חלק מן ההטיות הקוגניטיביות, את השפעותיהן על ההתנהגות של פרטים ואת האופנים שבהם המחוקק או מתכנן המדיניות יכול להשתמש בהם כדי לשפר את ההרתעה. דוגמה אחת אינטואיטיבית יכולה להבהיר את אופיו של הניתוח ההתנהגותי. בפרק הקודם בחנו את השפעת חומרת העונש והסתברות התפיסה על ההרתעה של עבריינים. אולם ההרתעה כמובן איננה תוצר של חומרת העונש או הסתברות התפיסה אלא תוצר של האמונות באשר לחומרת העונש או הסתברות התפיסה. כיצד אמונות אלה מתגבשות?

מקצת הקוראים של פרק זה, ואולי מרביתם, שקלו פעם או פעמיים במשך חייהם אם לנהוג במהירות הגבוהה מזו המותרת, אם לחנות במקום אסור או אולי אפילו להעלים מס. הם ודאי הרהרו בסכנות העולות מהתנהגות כזו, אולם (להוציא אולי את הקנס בגין חניה אסורה) סביר כי אין הם יודעים מהו העונש המוטל בגין עברות אלה, וודאי שאין להם כל ידע באשר להסתברות התפיסה.

כיצד אפוא רובנו מחליטים אם לעבור את המהירות המותרת בנהיגה או להימנע מנהיגה פזיזה? אם לחנות חניה כפולה ולהסתכן בקבלת דוח או לעשות עוד סיבוב מסביב לבלוק

59 לסקירה בהירה של הניתוח ההתנהגותי בהקשר המשפטי ראו Christine Jolls, Cass R. Sunstein, *Richard Thaler A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471 (1998).

כדי לחפש מקום חניה חוקי? שאלה זו מורכבת, ויש לה פנים רבות. עם זאת יש אולי פרמטר המשפיע בבירור על החלטות מסוג זה. יש להניח כי אם בשיחת סלון בערב שקדם לנסיעה התאונן אחד מחבריכם על דוח שקיבל בדואר בגלל מהירות, או שקראתם בעיתון דיווח על מבצע אכיפת מהירות שבוצע לאחרונה, הנכונות שלכם לנהוג במהירות אסורה תקטן. הפסיכולוגים מקטלגים תופעה זו כהטיה קוגניטיבית המכונה זמינות (availability). הזמינות מציינת את העובדה שאנשים מגבשים את אמונותיהם על מצבי העולם על סמך אירועים בודדים שהם דולים מזיכרונם ולא על סמך ניסיון לרכוש מידע רלוונטי, למדוד אותו ולעבדו באופן שיטתי. לא הכרכים המאובקים של המשרד לביטחון פנים המכילים את הסטטיסטיקות השנתיות בנושא אכיפת חוק משפיעים על הערכת הסתברות התפיסה (ובעקבותיה על ההתנהגות) אלא דווקא סיפור עסיסי שהושמע בעבר הקרוב על עברות תנועה, כתבה עיתונאית על תאונת דרכים או דוח מהירות שקיבל השכן בדואר.⁶⁰ היו גם שהציעו דרך פשוטה לנצל הטיה זו כדי להקטין את היקף החניה הבלתי חוקית – דוחות אדומים גדולים וכולטים שיוצבו על מכוניות שחנו ללא היתר יבטיחו הרתעה אפקטיבית יותר מדוחות חניה מוצנעים המודפסים על נייר לבן. ההולכים ושבים הרואים דוח כזה ייזכרו בו בכל פעם שישקלו חניה לא חוקית.⁶¹ טענה זו מנביעה אולי את המסקנה כי פומביות עונשי ההלקאה או התלייה בימי הביניים שירתה באופן אפקטיבי תכלית הרתעתית. שלא כמו הניתוח המסורתי, הן תורת הנורמות החברתיות והן הניתוח ההתנהגותי הם ניתוחים אקלקטיים; הם מבוססים על היפותזות שונות זו מזו ולא על מערכת אקסיומטית קוהרנטית אחת. מכאן נובעת גם ההאשמה הנפוצה, בעיקר נגד הניתוח ההתנהגותי, כי הניתוח ההתנהגותי איננו בגדר "תאוריה". בבסיס הכלכלה הנאו-קלאסית ניצבים עקרונות יסוד בהירים ומוגדרים שמהם נגזרות ציפיות באשר להתנהגויות אנושיות. חסידי הניתוח ההתנהגותי משיבים כי גם אם התאוריה הכלכלית הקלאסית היא בגדר "תאוריה" מגובשת יותר מן הניתוח ההתנהגותי, אין היא מנבאת נכונה את ההתנהגות האנושית. לדעתם בין שהניתוח ההתנהגותי הוא תאוריה ובין שלא הוא מאפשר ניבוי מדויק יותר ואמין יותר של ההתנהגות האנושית. לזאת יש להוסיף כי מקצת הניתוח ההתנהגותי (תורת הערך) איננו בעל אופי אקלקטי, והוא מעוגן במערכת הנחות פשוטה בדומה לניתוח הכלכלי הנאו-קלאסי. קודם שאנו בוחנים את ההשלכות של מחקרים על המשפט הפילי ראווי אולי להוסיף הערת אזהרה לקורא. חלק לא מבוטל מן הממצאים ההתנהגותיים מבוסס על מחקרים שנעשו באוכלוסיית סטודנטים. אוכלוסיית העבריינים שאינם סטודנטים שונה ככל הנראה מאוכלוסיית הסטודנטים. בשל הקשיים הכרוכים בכך יש מחקרים מעטים בלבד הבוחנים

60 לדיון בהטיה זו ראו למשל כהנמן, לעיל הערה 8, בעמ' 53-56.

61 ראו לעיל הערה 59, בעמ' 1538.

את ההטיות של אסירים למשל. יש להיזהר אפוא ביישום מכני של הממצאים מתחום הכלכלה ההתנהגותית בניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי.

2. משפט צדק ויעילות: תורת הנורמות החברתיות והמשפט הפלילי

בפרק הקודם עסקנו בשאלה מה ראוי להפליל, ובמסגרת זו זיהינו את ההתנהגויות האנטי-חברתיות כהתנהגויות הגורמות החצנות שליליות. הדרך להבטיח התנהגות לא עבריינית היא להגדיל את עלות ההתנהגות העבריינית על ידי הכבדת העונש או הגדלת הסתברות התפיסה. אחת התובנות המועלות על ידי חסידי תורת הנורמות היא כי תפיסה זו של המשפט הפלילי מתעלמת ממרכיב אחד חשוב: עמדתם של הפרטים כלפי השאלה אם המשפט צודק אם לאו. על פי עמדה זו, קיים קשר הדוק בין התפיסות המוסריות של הפרטים באשר לצדק של הנורמות המשפטיות לבין הנכונות לציית לנורמות אלה. ככל שאדם מאמין שהמשפט צודק יותר, כך הנטייה לציית לחוקים גדלה ולהפך. מכאן כפי שנראה נגזרות מסקנות חשובות באשר לשאלה מהו היקף הפעילות שאותה יש להפליל.

הטענה שלפיה קיים קשר בין השאלה אם המשפט צודק לבין הנכונות לציית לחוק מקובלת על רבים. כפי שאמר השופט ברנדיס: "If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for the law; it invites every man to become a law unto himself; it invites every man to become a law unto himself". תפיסה זו מסבירה אולי את האמירה הידועה כי חשוב שהצדק לא רק ייעשה אלא גם יראה. גם בית המשפט הישראלי מדגיש לא אחת את חשיבות "מראית פני הצדק" וגוזר מטענה זו מסקנות באשר לחובות החוקיות החלות על הרשות המבצעת.

אולם האם יש בסיס אמפירי לטענה זו? מקצת חסידי תורת הנורמות סבורים כי קיימת תמיכה אמפירית לטענה נפוצה זו. במחקר אחד נבחנה השאלה בהקשר של דיני המס. במחקר נמצא שיש קורלציה חזקה בין מפגש שהיה לנבדקים עם קרבן של שרירות לב של פקידי מס לבין הנכונות להעלים מס. במחקר אקספרימנטלי אחר נבדקה שאלה זו על ידי חשיפת המשתתפים לסיפורים חדשניים על המערכת המשפטית. חלק מן הנבדקים נחשפו לסיפורים על שרירות לב של המערכת המשפטית, וחלקם האחר נחשפו לסיפורים המציגים דווקא את ההומניות של המערכת המשפטית ונכונותה לעשות צדק. לאחר מכן נשאלו הנבדקים בדבר מידת נכונותם לציית לחוק, ונמצא כי נכונותה של הקבוצה שנחשפה לסיפורים בדבר שרירות לב של המערכת המשפטית לציית לחוק נמוכה בהרבה מזו של הקבוצה שנחשפה לסיפורים בדבר ההומניות של המערכת המשפטית.⁶²

לטענה זו עשויות להיות השלכות אופרטיביות הנוגעות להגדרת ההתנהגות הפלילית השונות מאלו המקובלות על כלכלנים מסורתיים. ייתכן למשל, על פי עמדה זו, כי הפללה

62 להגנה על טענה זו ראו Janice Nadler, *Flouting the Law*, 83 TEXAS L. REV. 1399 (2005).

של התנהגות שהיא אנטי-חברתית איננה אופטימלית לא משום שסנקציות נזיקות הן יעילות דיין כדי להרתיע את הפרטים, אלא משום שההתנהגות נתפסת בציבור כלגיטימית, והפללתה תביא בעקבותיה לשחיקה של הציות החברתי לנורמות המשפטיות. על פי עמדה זו, החקיקה הפלילית חייבת להביא בחשבון במסגרת שיקוליה את תפיסות הצדק של הפרטים (ולא רק את שיעור ההחצנות השליליות של ההתנהגות).

3. משפט וכלכלה התנהגותיים

שלא כמו הדיון בנושא משפט וכלכלה מסורתיים, הדיון במשפט וכלכלה התנהגותיים הוא באופן בלתי נמנע דיון אקלקטי העוסק בהטיות שונות מאוד זו מזו. למשפט ולכלכלה ההתנהגותיים אין תאוריה אחדותית ומגובשת אלא דיונים מגוונים המבוססים על ממצאים פסיכולוגיים שונים מאוד אלה מאלה. אנו נסקור להלן דוגמאות מעטות לתובנות המרכזיות במסורת זו.

(א) כיצד להעשיר את אוצר המדינה תוך שימוש בתורת הערך (*prospec theory*)?

העלמת מסים היא אחת העברות הנפוצות ביותר, וממון רב מושקע בניסיון להקטין את היקפה. תאורטיקנים התנהגותיים סבורים כי תורת הערך, מייסודם של טברסקי וכהנמן, יכולה לסייע להקטין את היקף העלמות המס.⁶³ כמו שהוסבר בפרק ב לעיל, אחד הממצאים המרכזיים של תורת הערך היא היחס הדיפרנציאלי לסיכון באשר לרווחים ובאשר להפסדים. שעה שהפרטים הם שונאי-סיכון באשר לרווחים, הם אוהבי-סיכון באשר להפסדים. למשל, פרטים הניצבים בפני הבחירה הזאת: הסתברות של 80% להרוויח 100 ש"ח או לקבל בוודאות 80 ש"ח, יעדיפו באופן טבעי לקבל בוודאות 80 ש"ח. לעומת זאת פרטים הניצבים בפני הבחירה הזאת: הסתברות של 80% להפסיד 100 ש"ח או להפסיד בוודאות 80 ש"ח, יעדיפו באופן טבעי את ההימור על פני ההפסד הוודאי.

העלמת מס היא בגדר הימור. הנישום ניצב בפני בחירה לשלם את חובו במלואו או לשלם סכום קטן יותר אך להסתכן בכך שאם ייתפס יוטל עליו קנס גדול. כפי שנראה מיד, תורת הערך מנביעה את המסקנה כי המדינה יכולה – תוך שימוש בשיטה פשוטה – להקטין את הנטייה להעלים מס. אם הנטייה להמר משתנה לפי השאלה אם הפרטים תופסים את ההימור כהימור המכוון להגדיל רווחים או כהימור המיועד להקטין הפסדים, יכולה המדינה לשלוט במידת מה בשנאת הסיכון של הנישום.

63 ראו Chris Guthrie, *Prospect Theory, Risk Preference and the Law*, 97 Nw. U. L. Rev. 1115, 1142-1145 (2002-2003).

אחד המכשירים המסיים שבהם משתמשת המדינה הוא הניכוי במקור, דהיינו קיזוז כספים בשנת המס על יסוד הערכת ההכנסות השנתיות. בסיום השנה נדרש הנישום להגיש דוח שנתי על כלל ההכנסות וההוצאות. אם ההכנסות גבוהות מן ההערכה שעל יסודה ביצעו את הניכוי, ישלם הנישום לשלטונות המס; אם ההכנסות נמוכות מן ההערכה שעל יסודה ביצעו את הניכוי, ישלמו שלטונות המס לנישום. שאלה אחת בדיני המס היא אם על המדינה לבצע ניכוי גבוה על יסוד הערכה גבוהה של ההכנסות ולהשיב לנישום את היתרה עם תום שנת המס, או לבצע ניכוי נמוך על יסוד הערכה נמוכה ולגבות את היתרה בסיום השנה. הניכוי המבוסס על תורת הערך ימליץ למדינה לבצע ניכוי גבוה ולהחזיר את היתרה עם סיום השנה. ניכוי גבוה במשך השנה משמעותו שהעלמת הכנסות היא בגדר הימור על רווחים. לצורך הדגמה הניחו כי המדינה מטילה קנס של 80 ש"ח בגין העלמת מס שתגדיל את החזר ב-20 ש"ח, וכי הסתברות התפיסה היא 20%. הפרט יכול לבחור בין החזר של 80 ש"ח בוודאות (אם לא יעלים הכנסות) לבין הימור שבמסגרתו הוא יקבל החזר כולל של 100 ש"ח בהסתברות של 80% או החזר של אפס שקלים בהסתברות של 20%. כיוון שהימור זה נתפס כהימור על רווחים, תורת הערך מנבאת כי הפרטים שונאי-הסיכון יעדיפו להימנע מן ההימור ולדווח על מסייהם כחוק. אם לעומת זאת הניכוי הוא נמוך, העלמת מס היא בגדר הימור על הפסדים, שכן הפרט צופה כי עם תום שנת המס יהיה עליו לשלם בגין ההפרש בין הכנסתו בפועל לבין ההכנסה (הנמוכה) שבגינה שילם את הניכויים. ההימור של הנישום נתפס אפוא כהפסד. על סמך הטענה של תורת הערך שלפיה פרטים נוטים להיות אוהבי-סיכון באשר להפסדים, יש לצפות כי הנטייה להעלים מס תגדל בנסיבות אלה. קל להעלות על הדעת יישומים נוספים של תורת הערך בהקשר הפלילי. למשל, היו שבחנו את נכונותם של נאשמים לקבל הסדרי טיעון המוצעים להם או לדחותם. תורת הערך צופה שנאשמים הצפויים לעונש יהיו אוהבי-סיכון, ועל כן ידחו הסדרי טיעון כאשר שיעור הסנקציה המוצעת להם על ידי התביעה שווה לתוחלת הסנקציה שתוטל עליהם במשפט. נאשם צפוי לדחות אפוא הצעה לשלם קנס של 80 ש"ח במסגרת הסדר טיעון אם הוא צופה שבמשפט יש הסתברות של 50% לקנס של 160 ש"ח.⁶⁴

(ב) אפקטים התנהגותיים של אי-ודאות: רולטת העונשים ורולטת ההסתברויות

אחת מן החידות של המשפט הפלילי היא היחס של המשפט הפלילי לאי-ודאות. מן הצד האחד קיימת נטייה חזקה במשפט הפלילי להבטיח ודאות לא רק באשר להגדרת העברה הפלילית אלא גם באשר לחומרת העונש. ודאות כזו נתפסת כחלק מעקרונות היסוד של

64 ראו Richard Birke, *Reconciling Loss Aversion and Guilty Please*, 1999 UTAH L. REV. 205 (1999).

שלטון החוק. מן הצד האחר אין כל ניסיון מצדו של המתכנן החברתי להבטיח ודאות באשר להסתברות התפיסה או ההרשעה.

לצורך הדגמה ראו את הדוגמה הזאת: אורון וברכה מבצעים עברה פלילית זהה בנסיבות זהות. אורון נשפט לעשר שנות מאסר, ואילו ברכה נשפט לחמש שנות מאסר בלבד. הפער הזה הוא סיבה לביקורת על השיטה המשפטית, ואולי גם עילה לערעור על גזר דינו של אורון. על פי העמדה המקובלת, אין כל סיבה בעולם מדוע יוטל עונשים שונים על פרטים אשר ביצעו עברות זהות בנסיבות זהות. לעומת זאת הניחו כי כאשר אורון ביצע את העברה, השקיעה המשטרה משאבים מעטים בלבד בתפיסת העבריין, ולפיכך ההסתברות שהוא ייתפס נמוכה. מסיבות שונות החליטה המשטרה להגדיל את ההשקעה באכיפה, וכאשר ברכה ביצעה את העברה היא נתפסה. שלא כמו במקרה הקודם אי-השוויון בין אורון לברכה איננו מצדיק חשיבה מחדש על ההרשעה או הקלה בעונשה של ברכה.

אינדיקציה נוספת להבדל שבין הטיפול באי-ודאות באשר לעונש הפלילי מצד אחד ולא-ודאות באשר להסתברות התפיסה מצד אחר היא האינפורמציה הניתנת לפרטים. החוק הפלילי מספק אינפורמציה מקיפה על חומרת העונש המוטל בגין עברות שונות; אין הוא מספק אינפורמציה לעבריינים על הסתברות התפיסה, וגם אם אינפורמציה כזו קיימת היא עשויה להשתנות מעת לעת מבלי שתינתן לעבריינים הודעה או אזהרה על כך. כמה וכמה דוקטרינות משפטיות מבטיחות לעבריין כי העונש שיוטל עליו לא יהיה חמור מזה שאותו צפה, אולם שום דוקטרינה משפטית אינה מבטיחה לעבריין כי הסתברות התפיסה לא תשתנה. עקרון היסוד של המשפט הפלילי הוא כי הכבדת העונש הפלילי איננה חלה רטרואקטיבית; לא יוטל על אדם עונש כבד מזה אשר נקבע בחוק שהיה בתוקף בעת ביצוע העברה (סעיף 3 לחוק העונשין). עבריין יכול אפוא להסתמך על חומרת העונש כפי שהיא בתוקף בזמן ביצוע העברה. לעומת זאת אין שיטה משפטית המאפשרת לעבריין לטעון כי הסתברות התפיסה גדלה לאחר שביצע את העברה, וכי הוא זכאי להסתמך על הסתברות התפיסה שהייתה קיימת בעת שביצע את העברה. לאמתו של דבר לעתים קרובות המשטרה מקיימת מבצעי אכיפה שבמסגרתם היא מגדילה את המשאבים המושקעים בתפיסת עבריינים, ובכך משנה מעת לעת את הסתברות התפיסה.

מאחורי כללים אלה מסתתר אתוס משפטי שונה בדבר העונש הפלילי לעומת הסתברות התפיסה: חומרת העונש משקפת את חומרת העברה, ולפיכך השיטה המשפטית מתחייבת לאחידות ולעקיבות בהפעלת העונש הפלילי, ובמיוחד היא מחויבת להבטיח "התראה הוגנת" לעבריינים בדבר חומרת העונש הפלילי. הביטוי הבולט ביותר לעיקרון זה הוא הנחיות הענישה (sentencing guidelines) אשר קובעות בפירוט את חומרת העונש הצפוי לעבריין. לעומת זאת הסתברות התפיסה היא פונקצייה של אילוצים פרגמטיים או החלטות מנהליות, ואלו משתנים מעת לעת. אפשר לראות בחומרת העונש ובהסתברות זוג רולטות: רולטת עונש ורולטת הסתברות התפיסה. השיטה המשפטית דוחה רולטות עונש ומנסה

במידת האפשר להבטיח ודאות בעונש. לעומת זאת השיטה המשפטית איננה מתנגדת לרולטת הסתברות וחושפת אפוא עבריינים שונים בזמנים שונים להסתברויות תפיסה שונות.⁶⁵

לכאורה הטיפול הדיפרנציאלי בעונש מצד אחד ובהסתברות התפיסה מצד אחר מעורר תמיהה, באשר כפי שראינו לעיל הניתוח הכלכלי רואה בעונש ובהסתברות התפיסה שני מרכיבים בעלי תפקיד דומה: קביעת תוחלת העונש שהיא קובעת בסופו של דבר את רמת ההרתעה החברתית. אם כך הדבר, נשאלת אפוא השאלה מהו הטעם לטיפול הדיפרנציאלי בחומרת העונש מצד אחד ובהסתברות התפיסה מן הצד האחר. דרך טבעית אחת לטפל בשאלה זו היא דרך התנהגותית המבוססת על התגובה הצפויה של עברייני להגרלת עונשים מצד אחד ולהגרלת הסתברויות מן הצד האחר.⁶⁶ השוו למשל את שני ההסדרים המשפטיים האלה: שיטה המטילה עונש מאסר של שנתיים על כל גנב לעומת השיטה שבמסגרתה יש הגרלת עונש המטילה על מחצית הגנבים עונש של שנה ועל המחצית האחרת עונש של שלוש שנים. תוחלת העונש במקרה זה היא שנתיים מאסר. איזו, אם בכלל, שיטה טובה יותר? האם יש הצדקה לעקרון היסוד הפלילי שלפיו אין להשתמש בהגרלה לצורך קביעת העונש?

התשובה לשאלה זו תלויה (בין היתר) באפקט ההרתעתי של כל אחת מן השיטות הללו. אם הגנבים הם שונאי-סיכון, הם יעדיפו את השיטה המטילה עונש קבוע של שנתיים על פני ההגרלה, ומכאן שההרתעה של הגרלת העונש אפקטיבית יותר מהשיטה המבטיחה עונש ודאי. אם לעומת זאת הגנבים הם אוהבי-סיכון, הם יעדיפו את רולטת העונשים על פני עונש ודאי, וההרתעה המושגת על ידי העונש הוודאי אפקטיבית מזו של רולטת העונשים. הוא הדין בהגרלת הסתברויות. אם העבריינים מעדיפים הגרלת הסתברויות על פני הסתברות ידועה, האפקט ההרתעתי של רולטת ההסתברויות (למשל 50% מן העבריינים נתפסים בהסתברות של 1% ו-50% בהסתברות של 3%) יהיה נמוך מן האפקט ההרתעתי של הסתברות ידועה (2%). אם לעומת זאת העבריינים מעדיפים הסתברות ידועה, רולטת הסתברויות היא בעלת אפקט הרתעתי גבוה יותר.

מהתבוננות זו אפשר להסיק מסקנות חשובות בנוגע להערכת היתרונות היחסיים של רולטת עונשים מצד אחד ורולטת הסתברויות מצד אחר. ממצאים התנהגותיים בדבר היחס של פרטים לסיכון באשר לחומרת העונש ולסיכון באשר לשיעורה של הסתברות התפיסה

65 חריג לעמדה זו היא "ההגנה מן הצדק", שלפיה אכיפה מפלה אסורה וגורמת לעתים ביטול כתב האישום. אלא שדוקטרינה זו מופעלת לעתים נדירות בלבד.

66 לניסיון לבסס טענה זו ראו Alon Harel, Uzi Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime*, 1 AMERICAN LAW AND ECONOMICS REVIEW 276 (1999).

יכולים לסייע בהחלטה אם לאמץ עונש ודאי, רולטת עונשים, הסתברות ידועה לתפיסה או רולטת הסתברויות. הבחירה בין השיטות השונות צריכה להתבסס על העדפותיהם של העבריינים. ליתר דיוק, על השיטה המשפטית לבחור את המכניזם ההפוך מזה שמשקף את העדפות העבריינים. אם העבריינים הם שונאי-סיכון, על השיטה המשפטית להבטיח סיכון. אם הם אוהבי-סיכון, על השיטה להבטיח ודאות וכולי.

כפי שראינו, ההסדר המשפטי הקיים דוחה את הרעיון של רולטת עונשים אך מאמץ רולטת הסתברויות. האם יש הצדקה לעמדה זו? הצעתנו עד כה הבהירה מהם הקריטריונים לבחירה בין השיטות השונות. השיטה הנוכחית מוצדקת אפוא במונחים כלכליים רק אם עבריינים הם אוהבי-סיכון כשמדובר בעונשים אך שונאי-סיכון (או אדישים לסיכון) כשמדובר בהסתברות התפיסה.

ואכן, קיימות סיבות תאורטיות להאמין שכך הדבר. אהבת הסיכון של עבריינים באשר לחומרת העונש נגזרת באופן טבעי מתורת הערך. העונש נתפס באופן טבעי כהפסד, ותורת הערך מנבאת כפי שלמדנו לעיל כי אנשים הם אוהבי-סיכון באשר להפסדים. יש לצפות אפוא כי העבריינים הם אוהבי-סיכון באשר לעונש. לעומת זאת מחקרים אמפיריים רבים מעידים כי הפרטים הם שונאי-אידאות באשר להסתברות של אירועים (המכונה עמימות – ambiguity), ולפיכך אידאות באשר להסתברות התפיסה היא בעלת אפקט הרתעתי גדול.⁶⁷ מסקנות תאורטיות אלה תומכות אפוא בהסדרים המשפטיים הקיימים.

(ג) ניבוי העתיד וניבוי העבר

חלק לא מבוטל מן הדיון עד כה התמקד באידאות. אידאות מאפיינת כמובן חלק גדול מן הפעילות האנושית, וגם המחקרים הפסיכולוגיים חשפו את האופן שבו אנשים מגיבים לאידאות מסוגים שונים. אחד מן הממצאים המעניינים הוא האופן הדיפרנציאלי שבו פרטים מגיבים לאידאות באשר לעבר ולאידאות באשר לעתיד.⁶⁸ מחקרים פסיכולוגיים

67 מושג העמימות הוא מושג חשוב בכלכלה התנהגותית אשר נבחן לראשונה במאמר קלסי של דניאל אלסברג. ראו Daniel Ellsberg, *Risk and Savage Axioms*, 75 QUATERLELY JOURNAL OF ECONOMICS 699-643 (1961), בין היתר צוין כי פרטים מעדיפים להמר על צבע של כדור בכד המכיל 50 כדורים שחורים ו-50 כדורים אדומים על פני הימור על צבע של כדור בכד המכיל מספר לא ידוע של כדורים שחורים ואדומים אף על פי שהסיכויים לזכות בהימור בשני המקרים שווים. לבחינה אמפירית של ההיפותזה הזו בהקשר של המשפט הפילילי ראו Tom Baker, Alon Harel, Tamar Kugler, *The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach*, 89 IOWA L. REV. 443 (2003-2004). בחינה זו איששה רק חלק מן המסקנות שהגענו אליהן כאן והעלתה ספק באשר לנכונותן של מסקנות אחרות.

68 ראו Ehud Guttel, Alon Harel, *Uncertainty Revisited: Legal Prediction Legal Prediction and Legal Postdiction*, 107 MICH. L. REV. 467 (2008).

מעידים כי נכונותם של אנשים להמר על אירועים בעבר קטנה בהרבה מנכונותם להמר על אירועים דומים שיקרו בעתיד גם מקום שבו תוחלת ההימור זהה. הניחו למשל כי עליכם להמר על תוצאות זריקת קובייה. במקרה אחד הקובייה כבר הוטלה, ועליכם לנחש את תוצאת ההטלה, ובמקרה השני הנסיין עומד להטיל את הקובייה. לכאורה אין הבדל בין שני המקרים. ההסתברות לנחש נכונה את תוצאות ההטלה אינה שונה ממקרה למקרה. אולם מחקרים מעידים כי תגובתם של הפרטים שונה מאוד בכל אחד משני המקרים הללו. בניסוי אחר נתבקשו המשתתפים לבחור בין שני הימורים אפשריים: האחד לנחש אם מניה כלשהי עלתה או ירדה ביום שקדם לניסוי, והשני לנחש אם מניה כלשהי תעלה או תרד ביום שאחרי הניסוי. נתברר כי 70% מן הנבדקים העדיפו להשתתף בהימור השני.

אחד מן ההסברים המקובלים לתופעה זו נעוץ בממצא שלפיו אנשים נוטים להאמין באופן לא רציונלי כי יש להם שליטה על העתיד. "פנטזיית השליטה" (illusion of control) היא תופעה מוכרת מאוד למדע הפסיכולוגיה. הימור על העתיד שונה במובן זה מהימור על העבר, באשר פנטזיית השליטה עשויה לתמרץ אנשים להיכנס להימורים מן הסוג הראשון (בשל קיומה של אמונה שהם יכולים לשלוט באירועים שיקרו בעתיד), אך היא איננה יכולה לתמרץ אנשים להיכנס להימורים מן הסוג השני.

אולם לצרכינו השאלה מהן הסיבות העמוקות העומדות מאחורי חוסר הנכונות של פרטים להמר על העבר אינן רלוונטיות. השאלה המעניינת אותנו היא השאלה אם וכיצד משליך ההבדל ההתנהגותי בין עבר ועתיד על המשפט הפלילי. במסגרת זו נראה להלן כי מעצב המדיניות יכול להשתמש ביחס הדיפרנציאלי לסיכון בעבר לעומת סיכון בעתיד כדי להגדיל את ההרתעה.

אמצעי הזהירות השונים נחלקים לשני סוגים: אמצעי זהירות המכוונים למניעת פשיעה, אשר פועלים עוד לפני ביצוע העברה ומגדילים את הסתברות התפיסה של העבריין או את ההסתברות שהעברה לא תושלם (מצלמות, איתורן ועוד), ולעומתם אמצעים המגדילים את הסתברות התפיסה ומופעלים רק לאחר השלמת העברה הפלילית (כגון פטרולים של משטרה באזור הפשע). הממצאים האמפיריים בנושא אִי־ודאות מעידים כי האמצעים מן הסוג הראשון נדרש העבריין לנחש את הסתברות התפיסה הקיימת כבר בעת ביצוע העברה. הוא מתבקש, במילים אחרות, להמר על קובייה שכבר הושלכה למשל על השאלה אם קיימת מצלמה בזירת הפשע. לעומת זאת במקרה השני מתבקש העבריין לנחש את הסתברות התפיסה אשר תתממש בעתיד; הוא מתבקש, במילים אחרות, להמר על קובייה שתושלך בעתיד (למשל אם תהיה ניידת משטרה אשר תתפוס אותו בעתיד). הממצאים האמפיריים מעידים כי עבריינים יהיו נכונים להמר במקרה השני יותר מאשר במקרה הראשון, ומכאן שאמצעי זהירות מן הסוג הראשון צפויים להיות אפקטיביים יותר.

דרך אחת להדגים את הטענה היא התבוננות באכיפת החוק נגד העלמות מס. ברגיל שלטונות המס פועלים בדרך של בדיקות מדגמיות של פרטים הנבחרים מתוך כלל הנישומים. כיום נבחר המדגם עם תום שנת המס. הנישומים השוקלים להעלים מס מהמרים אפוא על העתיד, דהיינו הם מהמרים ששמם לא יעלה במדגם. קל לראות כיצד אפשר לשנות את השיטה באופן אשר יבטיח שההימור יהיה ביחס לעבר. אם המדגם ייערך בתחילת שנת המס ולא בסופה, יהמר הנישום על השאלה אם שמו עלה במדגם ולא על השאלה אם שמו יעלה במדגם, וזה על פי הממצאים הימור שונה מאוד באופיו.

4. סיכום: תורת הנורמות ומשפט וכלכלה התנהגותיים

סיימנו את פרק ב בביקורת שלפיה התאוריות הכלכליות הקלסיות עצמו עיניהן לעתים קרובות מדי מלבחון את ההתנהגות של עבריינים בשר ודם. העבריינות נתפסה כהתנהגות שאפשר להבינה ולתארה במונחים תאורטיים-מתמטיים וגם להילחם בה באמצעים כאלה. אולם המבקרים טוענים כי העבריינים אינם כלכלנים ואינם מתנהגים כפי שהכלכלנים חושבים שהם מתנהגים. לכל הפחות יש להשלים את התוכנות הפורמליות של הכלכלה באמצעות היכרות טובה יותר עם ההעדפות האקטואליות של העבריינים ואולי אפילו יש לדחות מקצת הנחות היסוד של המודלים הכלכליים.

פרק זה תיאר ספרות תאורטית אשר מתמודדת עם אתגרים אלה. עם זאת גם ספרות זו מעוררת קשיים לא מעטים. אפשר להבחין בין שני סוגי קשיים: קשיים פנימיים וקשיים חיצוניים. בקשיים הפנימיים אפשר לכלול למשל את היעדרו של עוגן תאורטי קוהרנטי לתאוריה ההתנהגותית. היעדר עוגן כזה מקשה מאוד על גיבוש ניבויים בדבר התנהגותם של פרטים. לעתים קרובות מדי האפקטים המתוארים בספרות הם תלויי-הקשר והם משתנים על פיו. למשל, האפקט הידוע כאפקט הניסוח (framing), שהפסיכולוגים ההתנהגותיים נוטים להשתמש בו (ראו לעיל פרק ב, פסקה ב), מעורר קשיים רבים, באשר השאלה כיצד יפעלו פרטים תלויה באופן שבו הם ממשיגים את הסיטואציה שבה הם נתונים (למשל אם מדובר בהפסד או ברווח). אלא ששאלה אחרונה זו תלויה בהקשר ובנסיבות הסובבות את הפועל ומהו בעיניו ה"סטטוס קוו" שביחס אליו הוא "מודד" את השינוי בעושרו. לעתים קרובות ניבוי כזה או אחר בדבר שאלה זו הוא ספקולטיבי ומשתנה באופן אשר איננו מאפשר שימוש בתאוריה לצרכים אופרטיביים משפטיים. אולם מלבד ההסתייגויות הפנימיות הללו (ועוד רבות אחרות) יש תחושה כי הן תורת הנורמות החברתיות והן הכלכלה ההתנהגותית מטפלות בפרטים באופן מכניסטי. העונש נועד "לא לה" את העברייני. מונחים כמו "אוטונומיה של הפועל" או "בחירה", שהם מרכזיים לתאוריה הפלילית, אינם מוצאים מקום במסגרת תורת הנורמות החברתיות או במסגרת התאוריה ההתנהגותית. זאת ועוד, תאורטיקנים של המשפט הפלילי סבורים כי לעונש תפקידים נוספים על הרתעה ומניעה. העונש נועד לגרום סבל לאדם ולא רק להרתיע אותו. העונש הוא ביטוי לסנטימנט גמולי,

ולכל אלה כמעט אין זכר לא בספרות הכלכלית הקלסית ולא במסגרת תורת הנורמות או התורה ההתנהגותית. הפרק הבא העוסק בתורת האושר מנסה למלא במקצת את החסר הזה ולתת בין היתר דין וחשבון על המושג של צדק גמולי.

ד. האושר והמשפט הפלילי

פתחנו פרק זה באזכור שמו של בנת'אם כמייצג המובהק של העמדה שלפיה אושר הוא בעל ערך בפני עצמו (אינטרינזי). לעמדה זו, שנזנחה על ידי הכלכלנים במשך מאה שנים ויותר, באה עדנה בזכותם של הפסיכולוגים, ובמיוחד בעבודתו המאוחרת של דניאל כהנמן.⁶⁹ כהנמן מבחין בין שני מושגים שונים של המונח תועלת. המושג האחד מכונה על ידיו תועלת החלטה (Decision Utility), ואילו המושג השני מכונה תועלת החוויה (Experienced Utility). תועלת החלטה מבוססת על ההערכה של הפרט באשר לתועלת שיפיק מפעולה בעתיד. לעומת זאת תועלת החוויה היא יורשתה המודרנית של התועלת ההדוניסטית הבנת'אמינית שעליה דיברנו בפתח הדברים. היא מציינת את התחושה הסובייקטיבית של הפרט, דהיינו את חוויית האושר או העונג הפנימית. כפי שצינו, תועלת החוויה נזנחה על ידי הכלכלנים באשר הם סברו כי אין דרך אופרטיבית למדוד אותה ולהשתמש בה בקביעת מדיניות. מקצת הכלכלנים סברו כי בחירתו של פרט לפעול באופן כלשהו משקפת את האמונות שלו באשר לתועלת החוויה שתופק מן הפעולה. כמו כן הנחת היסוד הייתה כי אפשר בדרך כלל לסמוך על האמונות האלה, ולפיכך בחירתו של האדם לפעול באופן מסוים מספקת אינדיקציה לאושר שמקנה הפעולה לפרט הפועל (תועלת החוויה).

ביסוד פסיכולוגיית האושר העכשווית עומדת הדחייה של העמדה הכלכלית הזאת משני טעמים: ראשית בניגוד לטענה הכלכלית הקלסית אפשר להשתמש בכלים (אמנם גסים) למדידת תועלת החוויה. למשל, אפשר לשאול אנשים בזמן החוויה, קודם החוויה או לאחריה מהי התועלת שלהם או התועלת שהם צופים או זוכרים; שנית פסיכולוגיית האושר מראה כי אנשים אינם תמיד בוחרים את מה שיגרום להם אושר. לעתים קרובות הם בוחרים את מה שאיננו ממקסם את אושרם. חוויית האושר "בזמן אמת" שונה מהחזוי של אנשים בדבר השאלה מה יגרום להם אושר (או צער) בעתיד כמו גם מן הזיכרון מה גרם להם עונג (או צער) בעבר. כך למשל צרכן רעב אשר נמצא בחנות מזון עלול לרכוש מזון רב ממה שנחזף לו להמשך השבוע, רק מכיוון שהוא חווה רעב עכשיו.⁷⁰ התועלת שתופק מן המזון

69 ראו למשל Daniel Kahneman, Richard H. Thaler, *Utility Maximization and Experienced* *Utility*, 20 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 221 (2006).

70 שם.

בפועל שונה מן התועלת שהצרכן מעריך או חוזה שתופק מן המזון. דוגמה אחרת ידועה היא כי פרטים נוטים להפריז בהערכת האפקט של שינויים בחייהם על אושרם. כפי ששקדה וכהנמן מציינים: "Nothing in life matters quite as much as you think it does while you are thinking about it". למשל, כאשר סטודנטים במערב התיכון בארצות הברית ובקליפורניה נשאלו שאלות על האושר הצפוי להם (או לסטודנטים כמותם) בקליפורניה או במערב התיכון, נטו הסטודנטים להאמין כי החיים בקליפורניה מאושרים הרבה יותר, אולם כאשר הם נתבקשו להעריך כמה הם מאושרים בחייהם, נתברר כי אין פער בין אושרם של הפרטים (כפי שהוא מדווח על ידיהם) בקליפורניה לבין אלה שבמערב התיכון. מחקר האושר נראה לתאורטיקנים של המשפט הפלילי רלוונטי במיוחד. אחת הסיבות כבר הובנה על ידי בנת'אם. העונש הפלילי הוא אמצעי לגרימת סבל. אולם אנשים שונים סובלים מן העונש באופן שונה. בנת'אם סבר אפוא כי:

[O]wing to different manners and degrees in which persons under different circumstances are affected by the same exciting cause, a punishment which is the same in name will not always either really produce, or even so much as appear to others to produce, in two different persons the same degree of pain.⁷¹

הן חסידי תורת הגמול והן חסידי הניתוח התועלתני עלולים להיות מוטרדים מעובדה פשוטה זו. חסידי הגמול עשויים לסבור כי על חומרת העונש להשתקף בסבל הסובייקטיבי של העבריין, ואם זה שונה מאדם לאדם, העונש שיש להטיל על עבריינים שונים צריך להיות שונה לפי הסבל שייגרם להם בעקבות הטלת הסנקציה. חסיד ההרתעה סבור כי יש להרתיע אנשים, וההרתעה מחייבת הטלת עונש חמור מספיק כדי להרתיע. עונש כזה חייב להיות רגיש אפוא לציפיות של העבריין בדבר הסבל שייגרם לו עקב הטלת הסנקציה. מחקר האושר רלוונטי אפוא הן לחסידי התורה הגמולית והן לחסידי ההרתעה. ניתוח פשוט מדגים כי התזה הגמולית והתזה התועלתנית-הרתעתית יתמקדו בשני סוגי תועלת שונים: הגמולנים יתמקדו בתועלת החווייתית – האושר הנמדד על סמך השאלה מה מרגיש האדם באופן סובייקטיבי בזמן הטלת הסנקציה (שהוא המדד לחומרת העונש), ואילו חסידי תורת ההרתעה יתמקדו דווקא בתועלת ההחלטה – האושר המבוסס על ניבוי של הפרט באשר לאושר החווייתי הנגזר מן הסנקציה (שכן תועלת זו קובעת את מידת התמריץ השלילי שמייצרת הסנקציה הפלילית ואשר מרתיעה את הפרט מביצוע פעולה עבריינית).

71 בנת'אם, לעיל הערה 4.

נפתח בניתוח הגמולי. באופן טבעי נטה הניתוח הכלכלי של המשפט להתעלם מן הניתוח הגמולי. הכלכלן איננו מתעניין בשאלה איזה עונש "מגיע" לעברייין, שהרי הניתוח הכלכלי – שלא כניתוח הגמולי – הוא צופה פני עתיד, ולפיכך השאלה המעניינת אותו היא השאלה איזה עונש מרתיע באופן אפקטיבי ולא איזה עונש גורם סבל. אולם הממצאים הפסיכולוגיים באשר לאושר עשויים לסייע לכאורה גם לחשיבה מחדש על צדק גמולי. על פי העמדה הסובייקטיביסטית שהוצעה על ידי אדם קולבר, על התאורטיקנים הגמולניים להתמקד לא בחומרה האובייקטיבית של העונש (סכום הקנס או אורך המאסר) אלא בחוויית האושר הסובייקטיבית של האסירים כבסיס לקביעת העונש.⁷²

לצורך כך הניחו כי מר רגיש והגברת לא-רגישה מבצעים פשע דומה בנסיבות דומות. הן מר רגיש והן גברת לא-רגישה מורשעים ונשלחים לאותו הכלא לארבע שנות מאסר. אלא שמר רגיש סובל מאוד בכלא, ואילו גברת לא-רגישה אולי מעדיפה את החירות אבל מבלה את זמנה בנעימים גם בבית הכלא. הגדרות, המנעולים והשומרים מעניקים לה תחושה של ביטחון שחסרה לה אולי מחוץ לכלא. לטענת קולבר, על התאוריה הגמולית להביא בחשבון את החוויות הסובייקטיביות של המאסר, ומכאן אולי יש מקום להשתמש בממצאים הפסיכולוגיים באשר לסבל הדיפרנציאלי של עבריינים שונים בכלא לצורך קביעת עונשם. כך למשל קולבר סבור כי הממצא שלפיו אנשים אמידים סובלים בכלא יותר מאשר העניים מחייבת (בהינתן תיאוריה גמולית) להטיל על העניים עונשים חמורים יותר מאשר על העשירים כדי להבטיח שהסבל שנגרם כתוצאה מן העונש ישקף את החומרה היחסית של העברה. ממצא זה כפי שראינו לעיל היה גם אחת המסקנות הפחות אינטואיטיביות של הגישה הכלכלית מסורתית.

הגישה הגמולית-ההדוניסטית הזו, שלפיה יש להטיל עונשים דיפרנציאליים על עשירים ועניים, נראית על פני הדברים רדיקלית, אולם למרות אופייה הרדיקלי ייתכן שיש לה דווקא ביטויים אופרטיביים כבר כיום. קיימות למשל שיטות משפט אשר מטילות קנסות דיפרנציאליים המותאמים להכנסתו של הפרט. רציונל אפשרי לגישה זו יכול להיות מבוסס על הסבל היחסי הדיפרנציאלי הנגרם לעשיר ולעני. זאת ועוד, בקביעת גזר הדין נוטים השופטים להתחשב בנסיבות ההופכות את המאסר למכאיב במיוחד. גם פרקטיקה זו עשויה להתפס כקבלה חלקית מוגבלת ומסויגת של הרעיון של גמולנות הדוניסטית.

הניתוח של קולבר בחן גם את השפעתם של הממצאים הפסיכולוגיים על הניתוח הגמולני. אחד הממצאים המפתיעים של מחקר האושר הוא מה שמכונה הסתגלות

72 ראו Adam J. Kolber, *The Subjective Experience of Punishment*, 109 COLUM. L. REV. 182 (2009); Adam J. Kolber, *The Comparative Nature of Punishment*, 89 B.U.L. REV. (2009).

הדוניסטית (hedonic adaptation). הסתגלות הדוניסטית היא הנטייה של פרטים להסתגל לשינוי נסיבות באופן ששינויים דרמטיים בחייהם אינם משנים לאורך זמן את אושרם. נמצא למשל במחקר כי מרבית האנשים צופים כי זכייה בפרס כספי גדול תגדיל את אושרם בהרבה, אלא שמחקר זה גילה גם כי אושרם של אנשים שזכו בפרסים כספיים גדולים אינו רב בהרבה לאחר הזכייה מזה שהיה לפני הזכייה. הוא הדין גם בשינוי לרעה של נסיבות. אנשים צופים כי לאחר שילקו במחלה או בשיתוק, יהיו חייהם אומללים, אולם לאחר שלקו בשיתוק או במחלה קשה נתברר כי רמת האושר שעליה מדווחים איננה נמוכה בהרבה מזו שהייתה קיימת לפני האירוע. התגובה האופיינית לשינויים דרמטיים מסוג זה היא עלייה דרמטית או ירידה דרמטית – אך קצרת טווח – באושר המדווח, ולאחר מכן תיקון המביא את האושר קרוב מאוד לרמה שהייתה קודם האירוע.⁷³ מכאן גזרו תאורטיקנים גמולנים-הדוניסטיים את המסקנה שלפיה אנשים החווים חוויית כלא חווים ירידה דרמטית באושרם, אלא שירידה זו היא זמנית בלבד. זאת ועוד, חסידי התאוריה הגמולנית ההדוניסטית סבורים כי הגמולנים מתעלמים מן הסבל הנגרם לאסיר דווקא בעקבות השחרור מן הכלא. אחת המסקנות המפתיעות מן הניתוח הזה היא כי הפער ההדוניסטי בין עונש מאסר ארוך וקצר הוא קטן (בשל ההסתגלות המהירה של עבריינים לתנאי המאסר). כמו כן ממצאים אלה מטילים ספק בפער שבין מרגיש וגברת לא-רגישה, באשר הממצאים מעידים כי האסירים נכנסים לכלא כשהם דומים למר רגיש, אך לאחר שהייה לא ארוכה בו הם הופכים דומים לגברת לא-רגישה בסיפור של קולבר.⁷⁴

הניתוח הגמולי-הדוניסטי הוא ללא ספק מרתק ומפתיע בהנחותיו האינטואיטיביות ובתוצאותיו הלא אינטואיטיביות (למשל המסקנה הלא אינטואיטיבית האפשרית שלפיה על עונש המאסר שיש להטיל על עשירים להיות קל מזה שיוטל על עניים, אך על הקנסות לעשירים להיות גדולים מאלה של העניים). אולם לדעתי הניתוח הזה שגוי ביסודו משום שהוא איננו מבוסס על הבנה עמוקה של הצדק הגמולי. הצדק הגמולי איננו מבוסס בעיקרו על רמתו או עצמתו של סבלו הסובייקטיבי של העבריין אלא על המסר השלילי כפי שהוא נתפס בתודעתה של החברה המענישה. יש אפוא למדוד את העונש באופן אובייקטיבי (על פי מספר שנות המאסר או שיעור הקנס) ולא על פי הסבל הסובייקטיבי שהוא גורם לעבריין (אלא אם כן עצמתו של סבל זה מובנת ומוכרת על ידי הציבור). הפרקטיקה הגמולית היא פרקטיקה ציבורית, קומוניקטיבית-אקספרסיבית המיועדת לשקף את עצמת הגינוי המוסרי

73 ראו למשל כהנמן ותאלר, לעיל הערה 69, בעמ' 229 ואילך.

74 לסקירה של טענות אלה ראו Dan Merkel, *Bentham On Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice*, 98 CALIF. L. REV. 907, 924-929 (2010).

כפי שהוא נתפס על ידי החברה, ולא פרקטיקה המיועדת לגרום סבל סובייקטיבי בעל עצמה מסוימת לעברייין.

למותר לציין שאם מחקר האושר יתפתח דיו במידה שיהיה אפשר למדוד את הסבל הנגרם לעברייין מן הענישה, ויהיה אפשר לבנות מדד אושר, אין מניעה עקרונית להשתמש במדד אושר זה לצורך קביעת חומרת העונש. בחברה מסוג זה השופטים לא יטילו על אסיר גזר דין של 10 שנות מאסר אלא למשל גזר דין של 500 יחידות סבל. מנהלי בית הסוהר יהיו ממונים על מימושו של עונש זה, והמימוש יחייב מאסר בשיעור דיפרנציאלי לאסירים שונים לפי מידת רגישותם למאסר. אולם לצורך שימוש בעונש מסוג זה אין די ביכולת המדידה המדעית של יחידות הסבל. יש צורך בהבנה ציבורית-חברתית של המשמעות הגמולית של יחידות סבל בדומה לזו הקיימת כיום (לפחות באופן חלקי) בעניין עונשי מאסר וקנסות.

כפי שצינו בפתיח סעיף זה, תאוריות האושר אינן רלוונטיות רק לגישה הגמולית. נוסף על הגישה הגמולית אפשר להשתמש בתאוריות האושר גם לצורך בחינת האפקטיביות של העונש בהרתעת עבריינים. אולם לצורך זה הניתוח הרלוונטי איננו ניתוח התועלת ההדוניסטית החווייתית שמופקת על ידי העברייין. נהפוך הוא – הניתוח הרלוונטי הוא דווקא הניבוי של העברייין בדבר הסבל שייגזר מן השהייה בכלא (תועלת ההחלטה). לאמתו של דבר, האידאל של הניתוח ההדוניסטי של ההרתעה הוא עונש אשר יתפס מראש על ידי העבריינים כחמור במיוחד, אולם שעה שיוטל לא יגרום להם כל סבל. תכלית העונש היא להרתיע. ההרתעה איננה פונקצייה של תועלת החוויה אלא של תועלת ההחלטה, דהיינו האפקט שיש לאיום בעונש על התנהגותו של העברייין. השאלה איננה מהי החוויה שחווה העברייין בכלא, אלא מהי החוויה שהוא צופה שיחווה אם ייכנס לכלא. מחקר האושר יכול לשפוך אור גם על שאלה זו.

מחקר האושר הוא רק בתחילתו, ויש להניח שנצפה בהתפתחות מהירה שלו ונזכה לכתיבה רבה שתשתמש בו לצורך ניתוח משפטי. עם זאת יש להניח כי המחקרים המסורתיים יותר (הכלכליים הנאו-קלסיים, תורת הנורמות החברתיות והתאוריה הכלכלית-ההתנהגותית) לא ייעלמו מן הבמה התאורטית. לזכותה של תאוריית האושר ייאמר כי היא היחידה מכל התאוריות שסקרנו כאן המנסה להתמודד ברצינות עם מה שנתפס כתפקיד המרכזי של המשפט הפלילי: התפקיד הגמולי. שעה שהתועלתנים והכלכלנים זנחו את העונש כמכשיר גמולי והאשימו את תומכי התאוריה הגמולית בחוסר רציונליות, חוקרי האושר רותמים את מחקרים להבנה טובה יותר של מושג הגמול. אולם לחובתם ייאמר כי מחקר האושר איננו מבין את הרציונל העמוק של התאוריה הגמולית ומפרש את מושג הגמול פירוש פשטני. תכלית הניתוח הגמולי אינה גרימת סבל ככזו, אלא תכליתה היא גרימת סבל בעל משמעות קומוניקטיבית-אקספרסיבית. לצורך השגת מטרה זו עונשי המאסר והקנסות הם מספקים גם אם הסבל שנגרם לעבריינים שונים שהורשעו בעברות דומות הוא שונה.

ה. סיכום ואתגרים לעתיד

לא אכחד מן הקורא כי התאוריה הכלכלית בתחום המשפט הפלילי היא בעלת אפקט מוגבל מאוד על הפרקטיקה המשפטית. כמעט אין תחום משפטי שבו טביעת האצבע של הכלכלנים כמו גם זו של הפסיכולוגים ניכרת פחות. עובדה זו נכונה הן באשר לניתוח הכלכלי המסורתי והן באשר לניתוחים של תורת הנורמות, התאוריה ההתנהגותית וכן תורת האושר. לעובדה זו סיבות רבות, אלא שבמסגרת דיון זה אסתפק בהעלאת מה שנראית לי הסיבה המרכזית – המשפט הפלילי חשוף – אולי יותר מכל תחום אחר – להשפעה פופוליסטית מצדו של הציבור. תחומים אחרים של המשפט הם לעתים קרובות תחומים טכניים הנשלטים על ידי גילדות של מומחים, פשוט מכיוון שלציבור לא משפטי אין בהם עניין. לעומת זאת המשפט הפלילי עוסק ברצח, שוד, דם ואהבה, ומתחת לגלימות של השופטים, מתחת לפסקי הדין המלומדים ולדוקטרינות המפולפלות רוחשים סנטימנטים אנושיים עזים מדי; הכלכלה נראית דלה מדי מכדי לטפל בתחום אנושי כל כך – תחום שבו מוות, דם, מין, שנאה ואהבה מעורבים זה בזה. גם כעניין היסטורי המשפט הפלילי התפתח על בסיס תפיסות גמוליות, ואלו רוחשות עמוק מתחת לפני השטח. ייתכן שהאתיקנים התועלתניים צודקים באמרם כי הגמול הוא סנטימנט פרימיטיבי, ועלינו ללמוד להתגבר עליו. אולם הם טרם לימדו אותנו כיצד לעשות זאת, והציבור או המחוקקים אינם נעתרים להפצרותיהם למרות הרציונליות שלהם.

זאת ועוד, מלבד שאלת האפקטים החיוביים או השליליים של האיסורים הפליליים על ההתנהגות האנושית הרי שלעצם קיומם של איסורים פליליים (ללא קשר לתוכנם או לאפקטים שלהם), יש, כפי שסבר דורקהיים, תפקיד חשוב ביצירת סולידריות חברתית. המשפט הפלילי איננו רק מכשיר לאילוף פרטים להתנהג כהלכה; הוא גם מגבש את הלכידות החברתית. עמדה מסוג זה איננה ניתנת לניתוח במונחים של כלכלה או פסיכולוגיה.

אך אין הדבר אומר כי תובנות כלכליות לא תחדורנה אל תוך המשפט הפלילי. אלא שחדירתן תהיה ככל הנראה מוגבלת לתחומים הטכניים יותר של המשפט הפלילי: עברות שהמוטיבציה לעשייתן היא חומרית, עברות מנהליות, עברות צווארון לבן וכן בתחומים המרוחקים יותר מן הליבה של המשפט הפלילי גופו כמו שאלות הנוגעות לאכיפת החוק, במובחן משאלות הנוגעות לתוכן האיסורים או לחומרת העונשים. הדוקטרינה המשפטית תמשיך ככל הנראה להישלט על ידי האיד הפרוידיאני יותר מאשר על ידי הרציונליות הלוגית של מדעני החברה.

פרק יג: משפט בינלאומי פומבי

מאת

איל בנבנישתי, * עמיחי כהן**

א. הקדמה. ב. ניתוח כשלי שוק והצורך בהסדרתם במשפט הבינלאומי; 1. מצבי תיאום (קואורדינציה); 2. בעיות של פעולה משותפת: דילמת האסיר ונגזרותיה; ג. הכללים המבניים של המשפט הבינלאומי; 1. מקורות המשפט הבינלאומי; 2. מוסדות אכיפה. ד. ריבונות, זכויות ריבוניות והקצאות אחרות של קניין. ה. מעמד המשפט הבינלאומי בתוך המדינה. ו. ניתוח כלכלי של דיני הלחימה. ז. סיכום: הערכת הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי.

א. הקדמה

הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי הוא ענף צעיר יחסית של המשפט הבינלאומי, והכתיבה המשפטית בו, למעט בנושא של סחר בינלאומי, אינה רבה.¹ עם זאת זה שנים רבות ניתוחים של המשפט הבינלאומי הושפעו בעקיפין מתובנות הניתוח הכלכלי בשל תשומת לב הולכת וגוברת של אנשי התאוריה של המשפט הבינלאומי לתאוריות מתחום

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

** הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.

1 למעשה יש רק קבוצה קטנה של כותבים העוסקים בתחום, בעיקר בארצות הברית. ניתוחים בהיקף של ספר של ההיבטים הכלכליים של משפט בינלאומי אפשר למצוא ב: JACK L. GOLDSMITH, ERIC A. POSNER, *THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW* (2005); ROBERT E. SCOTT, PAUL B. STEPHAN, *THE LIMITS OF LEVIATHAN: CONTRACT THEORY AND THE ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL LAW* (2006); JOEL P. TRACHTMAN, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTERNATIONAL LAW* (2008); ANDREW T. GUZMAN, *HOW INTERNATIONAL LAW WORKS: A RATIONAL CHOICE THEORY* (2008); and ERIC A. POSNER, *THE PERILS OF GLOBAL LEGALISM* (2009); Eric A. Posner, Alan O. Sykes, *Economic Foundations of International Law* (forthcoming 2013). ראו גם את המאמר Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman, *Economic Analysis of International Law*, 24 YALE J. INT'L L. 1 (1999).

היחסים הבינלאומיים, שמאז ימיו של תומס שלינג² היו מבוססות על ניתוח כלכלי, לרבות ניתוחים של תורת המשחקים. למעשה דווקא אנשי מדע המדינה³ הם שהחלו לנתח ברצינות מוסדות בינלאומיים ומשפט בינלאומי, וכתיבתם הפורה עודדה את אנשי המשפט הבינלאומי להתעמק בנושא.⁴ ייתכן שבשל כך רוב ההנחות של הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי נשענות על הגישות הרציונליות או הראליסטיות של מדע היחסים הבינלאומיים, אשר מניחות כי מדינות פועלות מתוך אינטרסים. ייחוס של פעולה לפי אינטרסים למדינה אפשר יישום של הניתוח הכלכלי של המשפט, היוצא גם הוא מתוך ההנחה שנקודת הייחוס הרלוונטית (הפרט, החברה העסקית וכולי) פועלת כדי לקדם את רווחתה. אפשר אף לומר כי דווקא בשל היעדר ריבון ומנגנוני אכיפה משוכללים תחום המשפט הבינלאומי הוא כר פורה ליישום של כלי הניתוח הכלכליים, כגון תורת המשחקים, החצנות ומידע א-סימטרי. במערכת שעדיין נשלטת על ידי המדינות, שיש בה מוסדות אכיפה מתחרים וביזור ניכר של סמכויות, דווקא הניתוח הכלכלי של המשפט יכול להסביר את התועלת מחד ואת המגבלות מאידך של שימוש בכללים משפטיים שונים ולסייע בבחירה בין כללים מתחרים להסדרת נושא מסוים.

לדעתנו, נקודת המוקד של הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי היא כיצד המשפט יכול לקדם הקצאה יעילה של משאבים גלובליים, וכיצד להגן על הקצאות אלה מפני פגיעה בידי אחרים. נקודת המוצא היא שהמשאבים מחולקים על בסיס טריטוריאלי בין מדינות ריבוניות, ולכל מדינה יש זכות קניין על שטחה, ואילו משאבים מסוימים, כגון הים הפתוח, נתונים למשטר של בעלות משותפת. מלבד הנסיבות ההיסטוריות שהובילו ליצירת מסגרות מדיניות נפרדות יש להניח שהקצאת המשאבים הגלובליים בדרך של זכויות קניין ריבוניים השונים יעילה יותר מאשר אילו היה מתקיים שלטון מרכזי גלובלי, מכיוון ששלטון שכזה – מעין מדינה גלובלית – היה מתקשה לספק מוצרים ציבוריים כמו ביטחון, חינוך וביטוח

2 THOMAS SCHELLING, ARMS AND INFLUENCE (1966)

3 ROBERT O. KEOHANE, AFTER HEGEMONY: COOPERATION AND DISCORD IN THE WORLD POLITICAL ECONOMY (1984); GEORGE W. DOWNS, DAVID M. ROCKE, OPTIMAL IMPERFECTION? DOMESTIC UNCERTAINTY AND INSTITUTIONS, IN INTERNATIONAL RELATIONS (1995); HELEN MILNER, INTERESTS, INSTITUTIONS AND INFORMATION: DOMESTIC POLITICS AND INTERNATIONAL RELATIONS (1997)

4 Kenneth W. Abbott, *Modern International Relations Theory: הקריאה ההיסטורית היא של* Anne אגם *A Prospectus for International Lawyers*, 14 YALE J. INT'L L. 335 (1989) Marie Slaughter Burley, *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, 87 AM. J. INT'L L. 205 (1993)

לאומי לכלל האנושות באופן שהיה מבטא את מגוון ההעדפות שלהם.⁵ מנגד משטר המדינות יוצר כשלים מבניים שאתם המשפט הבינלאומי מנסה להתמודד. קיימות שתי רמות של כשלים שנובעים מההקצאה של משאבי כדור הארץ בדרך של זכויות קניין לריבונים השונים:⁶ הראשונה היא הרמה של היחסים בין המדינות, או הרמה החיצונית. כאן אנו נתקלים בכשלים שנובעים מהחצנה של עלויות ממדינה אחת למדינה שכנה או לכלל המדינות, כמו במקרה של זיהום אוויר חוצה-גבולות, או כשלים שיסודם בתחרות שבין מדינות על משאבים אזוריים או גלובליים, כמו זיהום הים הנגרם על ידי רוב מדינות אגן הים התיכון במשותף, אם לא על ידי כולן; הרמה השנייה של הכשלים היא הרמה הפנים-מדינתית, והיא נובעת מהתופעה, הרווחת במדינות דמוקרטיות ולא דמוקרטיות כאחת, שמי שמייצג את המדינה כלפי חוץ מקדם את ההעדפות רק של אותו חלק מהציבור שאותו הוא מתיימר לייצג. למשל, אם תעשיינים שמעוניינים להמשיך ולזהם את הסביבה מצליחים להשפיע על ממשלות המנהלות משא ומתן על כריתת אמנה בנושא, הם יצליחו להשפיע על הממשלות לנסח אמנה שתאפשר את המשך הזיהום. גם אם רוב הציבור במדינות הים התיכון מעוניין בים נקי וצלול, הים נשאר מזוהם מכיוון שהעדפה רווחת זו איננה מצליחה להשפיע על מדיניותן של הממשלות במדינות השונות. גם דרכי התגובה האפשריות לכשלים הללו הן בשתי רמות: ברמה הבין-מדינתית קיימים כללים ומנגנוני ניטור ואכיפה שתפקידם להגדיר כללי התנהגות למדינות ביחסים שביניהן לבין שכנותיהן ובכך לצמצם את ההחצנות השליליות ולהבטיח ניצול משותף ויעיל של משאבים משותפים. בנוסף, כללים שמחייבים את המדינות במישור הפנימי, כמו למשל כללים שמבטיחים השתתפות של הציבור הרחב בתהליכי קבלת החלטות וכללים שמבטיחים זכויות לעובדים, מטרתם הגבלת הכוח של קבוצות אינטרס צר, כגון תעשיינים מקומיים, והבטחת ייצוג של הציבור הרחב בקבלת החלטות שלטוניות.⁷ פעמים רבות אותה מסגרת משפטית ומוסדית מעניקה תשובה לשני סוגי הכשלים. למשל, הסכמי הסחר שמטרתם הפחתת מכסים וצמצום מגבלות אחרות על הסחר הבינלאומי מסייעים הן במצב של יריבות בין מדינות והן במצב שבו גורמים בשוק מקומי מעוניינים לקבל הגנה מיוחדת על מוצר שלהם (בדמות הגבלה על ייבוא מתחרה או סובסידיה למוצר שלהם).

5 ראו להלן ליד הערה 105.

6 להבחנה זו ראו: Eyal Benvenisti, *Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency*, in THE IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ON INTERNATIONAL COOPERATION 85 (Eyal Benvenisti & Moshe Hirsch Eds., 2004).

7 במיוחד בשנים האחרונות הכללים שמתפתחים בעניין "משפט מינהלי בינלאומי" (Global Administrative Law) : (Administrative Law) : Benedict Kingsbury, Nico Krish & Richard B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 15 (2005).

העמדת המשפט הבינלאומי כמערכת של כללים משפטיים שנועדה לתת מענה לשני הכשלים שתוארו לעיל, החיצוני והפנימי, מבוססת על ההנחה שמדינות יצרו את המשפט הבינלאומי מתוך ניסיון רציונלי להתגבר על כשלי שוק, פערי מידע ועלויות עסקה. ממילא ההנחה כאן היא שחלק ניכר מהבעיות במישור הבינלאומי הן בעיות פתירות בין מדינות שיש להן עניין בהשאת הרווחה המצרפית ולא בסכסוכים הנובעים מיריבויות נצחיות בין תרבויות. מובן שההנחה כי במישור הבינלאומי מדינות נוהגות התנהגות רציונלית כדי להשיא את הרווחה המצרפית חשופה לביקורת בגין היותה לא ראלית, ואף נאיבית. ביקורת ראשונה על עצם הניתוח הרציונלי מגיעה מתחום מלחמת התרבויות. לפי גישה זו, תפיסות לאומיות, יריבויות היסטוריות ואלמנטים לא רציונליים משפיעים על הסכמתן של המדינות לשתף פעולה במקרים שונים. ביקורת שנייה, הממוקדת בהתאמת הניתוח הרציונלי למציאות הבינלאומית, מבקשת לערער על ההנחה שהמשפט הבינלאומי יכול להתגבר על בעיות של פערי מידע ופערי אכיפה.

נציע כמה תשובות אפשריות להשגות אלו: ראשית, ברור לגמרי כי כללי המשפט הבינלאומי אינם יכולים, ואף אינם מכוונים, לפתור את כל הסכסוכים בין המדינות. ייתכן בהחלט כי אם אכן קיימים סכסוכים המבוססים על יסודות לא רציונליים, למשפט הבינלאומי יהיה מעט מאוד לתרום ליישובם (אם כי לדעתנו מעטים המקרים שבהם הוא יהיה לא רלוונטי לחלוטין); שנית, העמדה שעל פיה אין כל משמעות לנורמות ביחסים בינלאומיים אינה זוכה כיום לתמיכה רחבה אפילו בקרב אנשי הגישה הראליסטית לחקר היחסים הבינלאומיים, בשל ההבנה שהשיח המשפטי ומנגנוני האכיפה המשפטיים הם אפיקים למדינות החלשות והחזקות כאחת לשכלל ולהגביר את כוחן. בעידן שבו "דיפלומטיית התותחים" פסה מן העולם, בין היתר בשל שינויים בהעדפותיהם של אזרחים רבים, מדינות פונות למנגנונים מעודנים יותר, רבים מהם משפטיים, כדי לקדם את האינטרסים שלהן. יתר על כן, כיוון שכל פעולת אכיפה מלווה בעלויות, גם למדינות החזקות ביותר עשוי להיות עניין בגורמים משפטיים חיצוניים, כדוגמת בית דין פלילי לפושעי מלחמה או בית דין לסכסוכי סחר, שיאכוף כללי התנהגות (שהמדינות החזקות יצרו או השתתפו ביצירתן) על מדינות אחרות.

שלישית, מובן שממשלות חשופות להטיות שונות ואינן פועלות תמיד רציונלית.⁸ גם בתחום המשפט הבינלאומי קיימות מסגרות משפטיות שונות שהובילו לתוצאות לא צפויות מראש. למשל, קיימות ראיות שהנושאים והנותנים מטעם ארצות הברית לא צפו שהקמת ערכאה שיפוטית במסגרת ארגון הסחר העולמי (WTO) כדי לאכוף את הסכמי הסחר תיצור גוף שיפוטי אוטונומי.⁹ כמו כן ידוע שנשיא צרפת דה-גול התעקש לשמור על הכלל שהחלטות במסגרת השוק האירופי המשותף תהיינה כפופות להסכמתן של כל המדינות החברות (במקום שהחלטות תתקבלנה ברוב מיוחס) מבלי שהבין (ומבלי שהחברים האחרים הבינו) שכלל כזה דווקא מחזק את בית המשפט האירופי, מכיוון שבית דין זה יצר בפסיקתו כללים חדשים, והמדינות החזקות – ובראשן צרפת – נאלצו לקבל את הסכמת כל המדינות החברות כדי לעקוף את החלטותיו של בית המשפט שלא היו נוחות להן. במקרים אלו אין מדובר בהערכת סיכונים מוטעית אלא בחוסר מודעות להשפעות האפשריות של מהלכים מסוימים, תוצאות שממילא לא הובאו בחשבון. במקרים אחרים ייתכן שבגלל חוסר במידע יגיעו מדינות לתוצאות שאינן מיטביות מבחינת האינטרס שלהן עצמן. אפשר להסביר כללים של משפט בינלאומי ככאלו שנועדו למנוע מראש קבלת החלטות לא רציונליות מתוך ידיעה שהטיות לא רציונליות אפשריות, או לספק למדינות מידע מספיק כדי לקבל החלטה

8 Andrew Moravcsik, *Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics*, 51 INT'L ORG 513 (1997); Kenneth Abbott, *Enriching Rational Choice Institutionalism for the Study of International Law*, ILL. L. REV. 5 (2008); Anne van Aaken, *Towards Behavioral International Law and Economics? Comment on Kenneth W. Abbott*, ILL L. REV. 47 (2008).

9 Joseph H. H. Weiler, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement* (Jean Monnet Working Paper No. 9, 2000) ("From interviews with many delegations I have conducted it is clear that... they did not fully understand the judicial let alone constitutional nature of the Appellate Body."), at http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/000901-04.html#P158_56413 (last visited Feb. 14, 2005); Richard H. Steinberg, *Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints*, 98 AMERICAN J. INT'L L. 247, 251 n. 27 (2004) ("A few WTO DSU negotiators contemplated the possibility that in interpreting WTO agreements, the Appellate Body would engage in expansive lawmaking. However, most trade ministers consistently underestimated or dismissed that possibility, focusing instead on the virtues of its function of applying the rules... After the Uruguay Round agreements were signed, some members of the U.S. Congress expressed serious concern about the potential for judicial lawmaking, Senator Robert Dole going so far as to propose the establishment of a special U.S. commission to review certain Appellate Body decisions")

מושכלת.¹⁰ למשל: אולי ההטיה הברורה ביותר בהקשר הבינלאומי היא ההטיה לשקול שיקולי טווח קצר על חשבון היריב, כמו למשל הפיתוי להשמיד את האויב במכת מוות או להגן על הייצור המקומי של מוצרים על אף ההבנה שסחר חפשי מועיל יותר בטווח הארוך. הטיות אלו מקבלות משמעות כיוון שמקבלי ההחלטות בנושאים אלו אינם תמיד מודעים לטעותם. כפי שנראה להלן, דיני הלחימה ודיני הסחר נועדו לנטרל הטיות כאלה ככל האפשר.¹¹

אנו נדון בכשלים ובדרכי התגובה להם כסדרם. בחלקו הבא של הפרק, הפורס את התשתית התאורטית למודל הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי, נתאר את הכשלים השוקיים והמבניים ברמת היחסים בין מדינות ובתוך המדינות שאליהם מתייחסים כללי המשפט הבינלאומי. ניעזר בתובנות מתחום תורת המשחקים והניתוח הכלכלי של המשפט כדי להסביר את הצורך במשפט בינלאומי ובנורמות הכלולות בו. בהסתמך על ניתוח זה נעבור לחלקו המרכזי של הפרק, ובו ננתח את מקורות המשפט הבינלאומי ואת המוסדות המרכזיים שלו (בתי משפט וכולי) לאור גישת הניתוח הכלכלי למשפט הבינלאומי. בחלקים האחרונים של הפרק נציג תובנות הנובעות מהניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי באשר לכמה הסדרים קונקרטיים שלו. ננתח את מוסד הריבונות, נסביר את תחולת המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי ונציע פרספקטיבה חדשה לדיני הלחימה. בסיכום נתמודד עם כמה ביקורות שעלו בנוגע לניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי.

ב. ניתוח כשלי שוק והצורך בהסדרתם במשפט הבינלאומי

כפי שצינו לעיל, הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי מיועד לפתור כשלים שנובעים מבעיות של החצנת עלויות ממדינה למדינה ושל תחרות בין גורמים שונים בתוך המדינה. ננתח ראשית את בעיות הפעולה המשותפת הנובעות מהחצנת העלויות ממדינה למדינה. כפי שנראה, קיימים סוגים שונים של כשלים ברמת היחסים בין המדינות, והבנתם של אלה תורמת ליצירת המנגנונים שיוכלו לתת להם מענה.¹²

10 למאמר מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט המסביר כללים משפטיים בדיני ראיות על רקע זה ראו Ehud Guttel, *Overcorrection*, 93 GEO. L.J. 241 (2004).

11 דוגמה מובהקת לפעולה כזו היא ה-Smoot – Hawley Tariff Act האמריקאי משנת 1930, חוק שהעלה עם תחילת המשבר הכלכלי את המכסים על מגוון עצום של מוצרים מיובאים לארצות הברית. העלאת מכס זו הביאה למלחמת סחר כוללת בעולם ולהעמקתו של המשבר העולמי.

12 הניתוח בפרק זה מסתמך בעיקר על זה שהוצע על ידי GOLDSMITH & POSNER, לעיל הערה 1, ועל ידי GUZMAN, לעיל הערה 1.

1. מצבי תיאום (קואורדינציה)

מצבי תיאום הם מצבים שבהם למדינות אין העדפה בדבר ההכרעה שתתקבל, ובלבד שכל המדינות תקבלנה את אותה ההכרעה. נבחן מקרה שבו שתי מדינות, מדינה א ומדינה ב, צריכות לקבוע אם לבסס את זרם החשמל על 110 וולט או על 220. כפי שאפשר לראות במטריצה שלהלן, המדינות מפיקות תועלת גדולה יותר אם הן מקבלות החלטה זהה, וקטנה יותר אם הן מקבלות החלטות סותרות.

מטריצה של מצבי תיאום

		מדינה ב		
	חשמל 110	חשמל 220		מדינה א
	1; 1	3; 3	חשמל 220	
	3; 3	1; 1	חשמל 110	

שיתוף הפעולה בין מדינות מתבטא כאן בצורך לקבוע את הסטנדרט שעל פיו תפעלנה כל המדינות. מרגע שהושג תיאום בין המדינות, אין לשום מדינה אינטרס לסטות מהסטנדרט, ולכן הוא נאכף מעצמו. גם אם קיים איזה ביטוי משפטי להסכמה זו, הרי שכאן המשפט אינו הסיבה המידית לשיתוף הפעולה, וסביר להניח שהוא היה מושג גם ללא גיבושו במסמך משפטי. אמנם יש תועלת רבה בהסדר מפורט כדי להגדיר כראוי את הסטנדרטים, ולעתים משתמשים באמנות כדי לקבוע אותם (למשל אמנות שעוסקות בהסדרת התעופה האזרחית או בטלקומוניקציה),¹³ אך אפשר להשתמש גם במסגרות אחרות שאינן מערבות ממשלות אלא גורמים פרטיים, כמו ההסדר שמסדיר את ההתקשרות באינטרנט (ICANN).¹⁴

מצבי תיאום אינם תמיד ניטרליים מבחינה חלוקתית, ומדינות אינן תמיד אדישות לסטנדרטים שייקבעו, שכן מי שכבר פועל לפי סטנדרט אחד יתנגד לשינוי. לכן פעמים רבות יחסי הגומלין מתאימים יותר למשחק של מלחמת המינים שתוצאותיו נקבעות על פי כוחם היחסי של השחקנים בעת קביעת הכללים (אם כי מרגע שהכללים נקבעו הם יישמרו על ידי הכול).

13 לדעת Guzman, לעיל הערה 1, בעמ' 126, במצבים אלו בדרך כלל אין משתמשים במשפט הבינלאומי, ושיתוף הפעולה מושג בלא משפט. יש לזכור גם כי לאמנה בינלאומית יש עלות מסוימת.

14 Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), <http://www.icann.org>

מטריצה של מלחמת המינים

מדינה ב			מדינה א
חשמל 110	חשמל 220		
1; 1	2; 3	חשמל 220	
3; 2	1; 1	חשמל 110	

גם כאן יש למשפט הבינלאומי תפקיד מוגדר – האמנה הבינלאומית היא מסגרת שיתוף הפעולה שבה אחד הצדדים מוותר על עמדתו ומסכים לתאם את פעולתו עם מדינות אחרות על יסוד העדפה של צד אחר. ייתכן כי התיאום היה מושג גם ללא יצירת כלי משפטי, אך הכלי המשפטי מגדיר את התנאים שבהם הצד ה"מוותר" ישנה את התנהגותו. למשל: ייתכן כי כדי לשנות את ההתנהגות ידרוש הצד המוותר פיצוי, או שיבקש לקשור את הוויתור בנושא זה בהישג בנושא אחר (bundling).

2. בעיות של פעולה משותפת: דילמת האסיר ונגזרותיה

במצב המכונה "דילמת האסיר" מוטב למדינות לשתף פעולה ביניהן אם כי העדפה זו תלויה בהתנהגות המדינה האחרת, כיוון שכל אחת מהן צפויה להפסיד אם היא תשתף פעולה ואילו האחרת תסרב לשתף פעולה, ולהפך: כל אחת צפויה להרוויח אם היא תנקוט אי-שיתוף פעולה, ואילו האחרת תשתף פעולה.¹⁵

מטריצה של מצב דילמת אסיר

מדינה ב			מדינה א
השקעה בחינוך	ייצור טילים בליסטיים		
1; 4	2; 2	ייצור טילים בליסטיים	
3; 3	4; 1	השקעה בחינוך	

15 ההגדרה של מצב "דילמת האסיר" היא "מצב שבו שני הצדדים בוחרים באסטרטגיות השולטות שלהם כדי למקסם את רווחיהם, ובכל זאת התוצאה גרועה יותר לשניהם ממצב שבו היו בוחרים באסטרטגיה הממזערת את רווחיהם" אבינש דיקסיט, בארי ניילבאף תורת המשחקים: מבוא לחשיבה אסטרטגית בעסקים, בפוליטיקה, במלחמה ובמשחקי החיים 123 (2006).

דילמת האסיר יכולה להתקיים בין צמדים של מדינות, כגון שני צבאות שנלחמים זה בזה, והיא יכולה להתקיים בין מספר רב של מדינות, כמו למשל בהקשר של מניעת הפליטה של גזי החממה.

נתייחס ראשית כול למצב תאורטי שבו רק שתי מדינות מעורבות במשחק. ניתוח דילמת האסיר מעלה שלמשפט יכול להיות תפקיד חשוב ביצירת שיתוף פעולה בין המדינות ולספק פתרונות לבעיית דילמת האסיר. פתרון אחד הוא של יצירת מנגנוני בקרה שיאתרו עריקה ויקשו על האסיר לבצעה. הצדדים יסכימו מראש לשלול מעצמם את אפשרות העריקה אם יוכלו להסתמך על מוסד שיבטיח שגם אחרים לא יתפתו לערוק. למשל, מדינות המסכימות לכללים שמגבילים את מירוץ החימוש,¹⁶ את השימוש בנשק כימי או במוקשים נגד אדם, נותנות סמכויות לצלב האדום או מקימות בתי דין לענישת פושעי מלחמה. כך הדבר גם בתחומי הסחר והשמירה על הסביבה.

פתרון אחר מסתמך על הפתרון הקלסי לבעיית דילמת האסיר – "המשחק החוזר": כאשר שני השחקנים מודעים לכך שהמשחק ביניהם אינו חד-פעמי, הם מבינים שאם לא ישתפו פעולה בסיבוב הראשון של המשחק יצליחו אולי לגרוף רווח חד-פעמי על חשבון זולתם (אם הלה ישתף פעולה), אך הזולת ילמד את הלקח וישיב "עין תחת עין" במשחק הבא, וכך שני הצדדים ימנעו מעצמם את הרווח שעשוי לנבוע משיתוף פעולה. בהנחה שהמשחק נמשך ללא מועד ידוע לסיומו, הצדדים ממשיכים לשתף פעולה ואין צורך במנגנון אכיפה. לכן תפקיד המשפט יהיה לסייע לצדדים להמשיך את המשחק. ככל שהמשפט הבינלאומי יכול לסייע ליצור מנגנונים המבטיחים קיום של משחקים חוזרים רבים ולטווח ארוך, הוא יכול לסייע ולתרום לשיתוף פעולה בין המדינות. מה שיכול להעביב על שיתוף הפעולה במצב כזה הוא מידע מוטעה באשר לנכונות הזולת לשתף פעולה. ככל שהמידע יהיה אמין יותר, כך ההסתמכות ההדדית תגבר. קיימות כמה דרכים לשפר את איכות המידע: דרך אחת היא יצירת כללים ברורים שהפרתם תהיה גלויה לעין. למשל, דיני הלחימה בסכסוכים בין מדינות קבעו כללים ברורים של מותר ואסור, כגון האיסור על תקיפת ערים מפורזות¹⁷ או על שימוש בכל סוג של גז, גם אם מדובר בגז

The Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT), Sept. 24, 1996 U.N. Doc. A/RES/50/245, 35 I.L.M. 1439 [Not yet in force]; The Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (CWC), Jan. 13, 1993, U.N. Doc. A/RES/47/39; The Anti-Ballistic Missile Treaty (ABMT), May 26, 1972, 23 U.S.T. 3435

The Hague Convention No. IV respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, art. 25, 18 Oct. 1907, 187 Consol. T.S. 227

שהשפעתו זמנית. הדינים בדבר חסינות הדואר הדיפלומטי מגבילים פתיחת שקי דואר דיפלומטי גם אם יש ראיות מוצקות שנעשה שימוש לרעה בחסינות זו, למשל לשם העברת נשק.¹⁸ המגבלה של כללים כאלה היא שהם עלולים להיות אוסרים יותר מדי או פחות מדי (over or under inclusive). דרך אחרת להתגבר על בעיית המידע היא הגברת כמותו ואיכותו של המידע שמועבר לשחקנים ומאפשר להם לפקח על שותפיהם. זהו אחד התפקידים המרכזיים של המוסדות הבינלאומיים שמנטרים את המדינות החברות ומעבירים להן את המידע שאספו וניתחו.¹⁹

מצב של דילמת אסיר רבת משתתפים הוא בעייתי יותר מבחינת התוחלת של שיתוף הפעולה, שכן הוא חשוף לבעיית הטורמפיסט (Free Riders).²⁰ לשם דוגמה ננתח את נושא ההגבלה על פליטת גזי החממה.²¹ ההנחה המקובלת בעולם כיום היא שללא צמצום ניכר של פליטות גזי החממה ייגרם נזק רב לרוב המדינות (למעט מדינות בעלות אקלים קר במיוחד). אולם ליישום הגבלות על פליטת גזים עלות גבוהה. לכן רוב המדינות מעוניינות בצמצום הפליטות, אך כולן מעדיפות שמדינות אחרות הן שיגבילו את הפליטה, ואילו הן עצמן תוכלנה להמשיך ולפלוט גזי חממה, או לפחות להגביל את הפליטה רק במעט. המדינות מודעות אפוא לכך שתהיינה מדינות שלא תגבלנה את הפליטה. היעדר המחויבות הכוללת עלול להכשיל את יצירת המנגנון שיקבע כללים ויאכוף אותם. כל מדינה תצפה שמדינות אחרות הן שתגבלנה את פליטת גזי החממה, ואילו היא תיהנה מכך בלא להשקיע (טרמפיסטית). בעיה זו מכשילה את השאת הרווחה הכללית.²²

חריג לבעיה זו הם מצבים נדירים שבהם קיימים שחקנים חזקים מספיק ובעלי עניין מספיק שמוכנים ויכולים לשאת בנטל הגלובלי ללא תלות בהשתתפותן של המדינות האחרות. כפי שניתח מנסור אולסון, כאשר ההטרורוגניות בין השחקנים גדולה, יכול

- Rosalyn Higgins, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience*, 79 AMERICAN J. INT'L L. 641, 647-648 (1985) 18
- GUZMAN, לעיל הערה 1, בעמ' 51-52. 19
- KENNETH A. — וככל שמספר המשתתפים גדול יותר, כך בעיית הטורמפיסט גדולה יותר — SHEPSON, MARK S. BONCHEK, ANALYZING POLITICS: RATIONALITY, BEHAVIOR, AND INSTITUTIONS 232 (1997) 20
- GUZMAN, לעיל הערה 1, בעמ' 172-181. 21
- במונחים כלכליים אפשר לומר כי הגבלה על פליטת גזי החממה היא מוצר ציבורי: כל מדינות העולם יכולות לצרוך אותו ללא מגבלה (non-rival), ואין דרך מעשית למנוע ממדינה מסוימת ליהנות ממנו (non-excludable). כיוון שכך — כל מדינה שתייצר מוצר זה תיצור השפעות חיצוניות חיוביות על שאר המדינות, וממילא האינטרס של אלו לייצר את המוצר (כלומר להגביל את פליטת גזי החממה שלהן) קטן. כמובן — מדינות אינן נוטות לייצר מוצר שעיקר תועלתו מוחצנת למדינות אחרות. 22

שהשחקנים הגדולים יעדיפו לייצר את המוצר הציבורי בעצמם מבלי לדרוש מהשחקנים הזוטרים להשתתף.²³ במילים אחרות, ככל שקבוצת המדינות הטרוגנית יותר, היכולת להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת טובה יותר. ההסבר לכך הוא שהמדינות הללו הן בעלות אינטרס גדול כל כך במוצר הציבורי, עד שהן מוכנות לספוג גם את העלות של אי-השתתפות המדינות האחרות. למשל, אפשר להבין את תגובתה של ארצות הברית לתקיפות אל קאעידה בספטמבר 2001 כניסיון להשיג את המוצר הציבורי של ביטחון מפני איום של טרור גלובלי גם ללא גיבוי של מדינות אחרות. התועלת של ארצות הברית מהשגת הביטחון מפני טרור גדולה כל כך, עד שהיא מוכנה לקבל על עצמה את מלוא העלות של ייצור מוצר זה, אפילו שהיא מודעת לכך שגם מדינות אחרות ייהנו ממנו בלא לשלם עבורו, דהיינו בלא להשתתף בלחימה בטרור. לפי אותו היגיון, ככל שארצות הברית תיחלש יחסית למדינות האחרות, כך תפחת היכולת הכללית להילחם בטרור גלובלי.

אך כאמור למעט מצבים חריגים אלו, ובהיעדר "ממשלה בינלאומית" היכולה לייצר מוצרים ציבוריים, סובל המשפט הבינלאומי מתת-ייצור של מוצרים ציבוריים. יתר על כן, בהחלט ייתכן מצב הפוך שבו מדינה תישא בעיקר הנטל לייצורו של מוצר ציבורי, ואילו השימוש בו ייעשה בניגוד לאינטרס של אותה מדינה. למשל, ארגון האו"ם, שממממן בחלקו הגדול על ידי ארצות הברית, משמש במה קבועה לתקיפת ארצות הברית והאינטרסים האמריקאיים. ניסיון מוגבל ומסוים לתיקון מצב זה משתקף באמנות מסוימות המכירות במסגרות שונות ב"זכויות-יתר" או בסמכויות עודפות שנתונות למדינות חזקות במיוחד. זכויות-יתר אלו נועדו לתמרץ מדינות לקבל על עצמן מחויבות לייצר מוצרים ציבוריים על ידי הקטנת האפשרות שהחלטה בדבר ניצולו של מוצר ציבורי תיעשה בדרך שלא תתאם את האינטרס שלה. למשל, במועצת הביטחון של האו"ם מכהנות חמש חברות קבועות שיכולות למנוע החלטה אופרטיבית של המועצה,²⁴ ובבנק העולמי העוסק בסיוע כספי למדינות מתפתחות יש לארצות הברית משקל עודף בהצבעות.²⁵ בתקופה שבין תום המלחמה הקרה ועד המשבר הפיננסי של 2008 הגורם המרכזי שהגדיר כללי התנהגות – בין בדרך של אמנות ובין בדרך של הסדרים לא פורמליים – היה ארגון ה G-8, שכלל את שמונה

MANCUR OLSON THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965) 23

מגילת האו"ם סעיף 27(3). 24

25 כוחה של ארצות הברית נובע מהשקעתה הגדולה במניות הבנק, *IBRD Articles of Agreement*, Article 5 section 3. לחלוקה הנוכחית של זכויות ההצבעה ראו <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/ORGANIZATION/BODEXT/0,,contentMDK:21429866~menuPK:64020035~pagePK:64020054~piPK:64020408~theSitePK:278036,00.html>.

המדינות המתועשות. כפי שנראה בהמשך, כוחן היחסי של המדינות החזקות בא לידי ביטוי גם ביכולתן להשפיע השפעה ממשית של עיצוב המנהג הבינלאומי באופן שיתאם את העדפותיהן. אמנם החשש הוא שהמדינות החזקות תשתמשנה לרעה בכוחן העדיף ובזכויות-היתר שכללי ההצבעה לפעמים מקנים להן, וחשש זה מתממש לעתים קרובות, אבל לא ברור כלל אם חשש זה מצדיק את ביטול הפער שבין מעמדן של החזקות לזה של שאר המדינות (אם מחוקק גלובלי כול-יכול היה יכול לגרום לכך) מכיוון שביטול היתרון עלול להחליש את תמריץ המדינות החזקות ליצור מוצרים ציבוריים לטובת הכלל. למשל, אפשר להסביר את התגובה הפושרת בעולם לדוקטרינות התוקפניות שפיתחה ארצות הברית בהתמודדות עם ארגון אל קאעידה בנוגע לשימוש בכוח, דוקטרינות שהרחיבו מאוד את המושג "התקפה חמושה מתרחשת" (שרק התקיימותה מצדיקה שימוש בכוח), כדוקטרינות ראויות למעצמה ש"עובדת" בשביל כולן. עמדה פושרת זו נובעת מן הסתם גם מההבנה שעימות עם ארצות הברית לא היה מסיט אותה מדרכה, והיה רק מערער על תוקפו של האיסור על השימוש בכוח במשפט הבינלאומי.²⁶

הפתרון האחרון של בעיית הפעולה המשותפת הוא שינוי בכללי הבעלות, שמשמעותם הפיכת משאבים ציבוריים לפרטיים, או להפך: התייחסות למשאבים פרטיים כמשותפים. נושא זה יידון בהמשך הפרק במסגרת הדיון בריבונות המדינות.

מצב קבוע של ניגוד אינטרסים

במצב של ניגוד אינטרסים קבוע, שנקרא גם מצב של "upstream-downstream", ניגודי האינטרסים מונעים שיתוף פעולה. נניח כי לאורך נהר (כמו למשל נהר הנילוס שבאפריקה) שוכנות כמה מדינות. המדינה שבמעלה הנהר (דהיינו זו הקרובה למקור הנביעה) עלולה לצרוך מים מבלי להותיר מספיק לשכנותיה; מדינות מתפתחות גדולות כגון הודו או סין מאפשרות לתעשייה המקומית להעתיק תוכנות או תרופות ללא התחשבות בזכויות יוצריהן שבסיסם במדינות מפותחות; מדינות חזקות שנלחמות בחלשות אינן מדקדקות בכללי האסור והמותר בשדה הקרב. מצבים כאלה מציבים בפני המשפט הבינלאומי אתגר רציני. לכאורה, מדוע שהמשפט הבינלאומי יביא מדינות לידי ויתור על האינטרס המובהק שלהן לטובת אינטרס של מדינה אחרת? או במילים אחרות: האם אפשר לצפות שבמקרה כזה המשפט הבינלאומי יוכל לפעול בניגוד לאינטרס של המדינה השוכנת במעלה הנהר?

26 לניתוח ברוח זו ראו Eyal Benvenisti, *The US and the Use of Force: Double-Edged Hegemony and the Management of Global Emergencies*, 15 *EUROP. J. INT'L L.* 677 (2004).

המשפט הבינלאומי מציע כמה דרכים להתמודד עם מצבים כאלה: דרך אחת היא שילוב (bundling) של כמה תחומים לכלל עסקת חבילה אחת מתוך הבנה שמצבי upstream-downstream מצטמצמים ככל שמרחיבים את גזרת הסכסוך.²⁷ למשל, המדינה שמאפשרת העתקות פירוטיות גם מעוניינת בגישה בלתי מוגבלת לשוקי המדינות המפותחות, ואלה יכולות להתנות את האחד באחר. כאשר ארצות הברית והאיחוד האירופי הקימו את ארגון הסחר העולמי בשנת 1994, החידוש האמתי שנכלל בו לעומת הסכמי הסחר הקודמים היה הכללתו של הסכם TRIPS, שבמסגרתו התחייבו המדינות המתפתחות להגן על זכויות הקניין הרוחני כפי שהוכרו במדינות המפותחות.²⁸ מאוחר יותר נעשה ניסיון להשתמש באותם הסכמי סחר כדי לכוון בהם נושאים כמו הגנה על הסביבה וזכויות עובדים. נטען – וטענה זו התקבלה – שמדינות מייבאות רשאויות על פי ההסכמים להגביל ייבוא סחורות שיוצרו בתנאים שאינם מקפידים על השמירה על הסביבה או על זכויות העובדים.²⁹ הפתרון בדרך של שילוב תחומי הסדרה הוא בעייתי מבחינתן של מדינות מפותחות. הטעם הוא שיש דמיון יחסי בהעדפותיהן של מדינות מפותחות, ואילו בין מדינות מתפתחות רב השוני: יש כאלה שעיקר מעייניהן נתונים בחקלאות, אחרות במשאבי טבע לסוגיהם השונים, וגם ההבדלים האקלימיים והתרבותיים משפיעים. למדינות המתפתחות יהיה תמריץ לשתף פעולה ביניהן אם תפעלנה במסגרת מוסד שיחבוק תחומי עניין רבים (למשל מדינה מתפתחת א תתמוך במדינה מתפתחת ב בנושא הסחר במוצרים חקלאיים בתמורה לתמיכה של ב ב א בנושא דיני השקעות זרות). לכן ככל שהמוסד הבינלאומי יכלול מגוון רב יותר של תחומי הסדרה, כך יגדל כוחן של המדינות החלשות שיוכלו ליצור קואליציות שיכפו את רצונן על מיעוט המדינות המפותחות. מטעם זה המדינות המפותחות משתדלות לצמצם את תחומי המסגרת של הארגונים הבינלאומיים. זו מכונה תופעת הפרגמנטציה (fragmentation), שמאפשרת את המשך השליטה של המדינות המפותחות בארגונים

27 GUZMAN, לעיל הערה 1, בעמ' 165-168.

28 Agreement on Trade Related Practices of International Property Rights, Apr. 15, 1994, http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm.

29 ההחלטה הידועה ביותר של מוסד הערעור (Appellate Body) של ארגון הסחר העולמי שהרחיבה את הערכים שמדינות יכולות להגן עליהם באמצעות כללי הסחר, היא בסכסוך בין הודו, פקיסטן, תאילנד ומלזיה נ' ארצות הברית בעניין מגבלות שהטילה ארצות הברית על שיווק חסילונים (שרימפס) שנדווגו ללא התחשבות בשימור צבי הים בעת הדיג. United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/ AB/R – (appealte Body Report) 12 October 1998. לניתוח ההחלטות ותיאור ההתפתחות ראו אורן פרו "סחר חופשי ואיכות הסביבה" בתוך ארגון הסחר העולמי וישראל: משפט כלכלה ופוליטיקה 509 (אריה רייך עורך, תשס"ו).

הבינלאומיים ומונעת יצירת כללים שישנו את חלוקת העושר בין המדינות החזקות לחלשות.³⁰

הדרך האחרת שבאמצעותה המשפט יכול לסייע בפתרון מצבים של ניגוד אינטרסים היא הניסיון ליצור כללים שיחולו על המדינה במעלה הנהר גם ללא הסכמתה. ניסיונות אלה כוללים יצירת "מנהג" בינלאומי, לרבות יצירת כללים בעלי תוקף משפט מחייב (jus cogens), או יצירת משפט רך שמטרתו שינוי הדרגתי, אטי ועקיף בהעדפות של אזרחים ובתפיסתם של שחקנים באשר לגבולות הכוח. נשוב לכל אלה בדיון על מקורות המשפט בהמשך הפרק.

כשלי שוק בתוך המדינות

שנים רבות היה מקובל לראות במשפט הבינלאומי מכשיר להסדרת היחסים ברמת היחסים בין המדינות בלבד. אולי משום שחוקרי היחסים הבינלאומיים והמשפט הבינלאומי התעניינו יותר ביחסי החוץ של המדינות ופחות בתמונת הראי במישור יחסי הפנים.³¹ השינוי חל כאשר בסוף שנות השמונים של המאה העשרים החלו להתפרסם מחקרים שהדגישו את יחסי הגומלין בין המישור של יחסי החוץ למישור של יחסי הפנים.³² המחקרים הללו הצביעו על הצורך של הממשלה שנושאת ונותנת על אמנה בינלאומית להבטיח בעת ובעונה אחת שתהיה לאמנה זו תמיכה פנימית, שאם לא כן לא יהיה אפשר לאשרר את האמנה. תובנה זו האירה את העובדה שהמשפט הבינלאומי יכול לשמש כלי, חיובי או שלילי, במאבק בין קבוצות לחץ בתוך מדינה.

הנחת היסוד של ניתוח זה היא כי המשפט הבינלאומי משפיע ומושפע ממחלוקות בין קבוצות בעלות העדפות שונות בתוך מדינות. בתוך מדינה ניטשים מאבקים בין קבוצות לחץ באשר לאופיים וטיבם של המוצרים הציבוריים שיוצרו במדינה: בין חקלאים לעירוניים (על הקצאת מקורות מים), בין שוחרי איכות הסביבה לבין תעשיינים, בין יבואנים ליצואנים וכיוצא באלה. מאבקים אלו כוללים כמובן מרוויחים ומפסידים ומצבים של תיאום ושל בעיית הפעולה המשותפת, בדיוק כפי שמאבקים בין מדינות כוללים אותם. כמובן, מחלוקות אלו ידועות ונותחו על ידי חוקרים מדיסציפלינות שונות, לרבות ענפים רבים של המשפט.

Eyal Benvenisti, George W. Downs, *The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law*, 60 STAN. L. REV. (2007) 595 30

.KENNETH N. WALTZ, *THEORY OF INTERNATIONAL POLITICS* (1979) 31

Robert Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics*, 42 INTERNATIONAL ORGANIZATION 427-460 (1988); HELEN MILNER, *INTERESTS, INSTITUTIONS AND INFORMATION: DOMESTIC POLITICS AND INTERNATIONAL LAW* (1997); THOMAS C. SCHELLING, *THE STRATEGY OF CONFLICT* (1960) 32

כאשר כל הקבוצות במדינה מסכימות למדיניות מסוימת, או כאשר הן מסוגלות להגיע לתיאום סביר ביניהן, ייתכן כי אין צורך בשימוש במשפט כלל, וודאי שלא במשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי הופך כלי יעיל לצורך הכרעת המאבקים הפנימיים בידי מי שמבחינה חוקתית יש לו יכולת לחייב את המדינה במישור הבינלאומי. למשל, אמנה שמסירה חסמים על ייבוא מיטיבה עם מגזר אחד (יבואנים) ומרעה עם מגזר אחר (יצרנים בשוק המקומי). ככל שהמאבק בין הקבוצות יהיה חריף יותר, כך השימוש במשפט הבינלאומי יכול להיות בעל השפעה רבה יותר. לפיכך אפשר להציע שככל שקיימים "שחקני וטו" רבים יותר במישור הפוליטי הפנימי (למשל, רשות מחוקקת הנפרדת מהרשות המבצעת, או במדינות פדרליות מתח בין השלטון המרכזי לממשלים במדינות החברות), יהיה לרשות המבצעת, שהיא ברגיל מי שמוסמך לקשור את המדינה בהתחייבויות בינלאומיות, תמריץ להגיע להסכמים כאלה באופן שייטיב עמה על חשבון שחקני הווטו האחרים.³³ לעומת זאת ככל שיש צורך ביותר שחקני וטו לשם יצירת ההתחייבות הבינלאומית (למשל, כשיש צורך באשרור של אמנה בבית המחוקקים), יפחת העניין של הרשות המבצעת ביצירת התחייבויות כאלה.

מצב של דילמת אסיר מסביר שימוש במשפט הבינלאומי כשם שהוא מסביר שימוש במשפט החוקתי.³⁴ בדרך כלל התקשרות באמנה בינלאומית תחייב את המדינה, והיא לא תוכל להשתחרר ממנה באופן חד-צדדי מבלי שתיחשב מפרת הסכמים. במובן זה הצטרפות לאמנה בינלאומית כובלת רוב עתידי אף יותר מהוראות החוקה שאפשר לשנותן ברוב מיוחס.³⁵ כך הצטרפות לאמנה בינלאומית מאפשרת להנציח יתרון פוליטי שיש לקבוצה אחת ברגע נתון על פני קבוצות אחרות. הצטרפות להסכם סחר שמשמעותו הסרת מגבלות על ייצוא וייבוא נותנת יתרון ליצואנים ופוגעת ביצרנים המקומיים. אמנה שמגבילה זיהום אוויר מיטיבה עם תעשיינים חזקים, שיכולים לעבור לייצור מזהם פחות, ופוגעת בתעשיינים קטנים, שבשבילם המעבר לטכנולוגיות חדשות יקר מדי. בתקופות של משברים פוליטיים

33 המשפט הבינלאומי איננו קובע עמדה בשאלה מהו ההסדר הפנימי שבאמצעותו מדינה מצטרפת לאמנות בינלאומיות. ראו אסתר אפרת-סמילג "דיני אמנות" בתוך רובי סיבל משפט בינלאומי 437 (מהדורה שנייה, 2010).

34 ראו למשל אוריאל פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית" משפטים כח 621 (1997).

35 כך הראה הסכסוך בין הונגריה וסלובקיה בדבר ניצול מי נהר הדנובה: אמנה שחתמו שני משטרים קומוניסטיים בשנת 1975 שרדה את שינויי המשטר הדרמטיים של תחילת שנות התשעים. אלה לא נחשבו שינוי מהותי בנסיבות שהצדיקו השתחררות מהאמנה: Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, reprinted in <http://www.icj-cij.org/idoocket/ihs/ihsjudgement/ihsjudframe1.htm>; 37 I.L.M. 167 (1998).

וחוסר יציבות, כאשר הקבוצה השלטת חוששת שמי שיבוא אחריה יהיה מחויב פחות לערכיה שלה, היא תוכל להבטיח את הישגיה על ידי הנצחתם באמנה בינלאומית. למשל – הסדר מיסוי ליברלי לגורמי חוץ שיצרה ממשלה בעלת אידאולוגיה התומכת בשוק חופשי יוגן על ידי המשפט הבינלאומי, אם ההסדר יעוגן בהסכם בינלאומי. הסדר כזה יטיל על כל משטר עתידי עלות שיתכן שתוכל למנוע את שינוי משטר המיסוי, אפילו אם יהיה לכך רוב פנימי. כך הסביר מורבצ'יק את נכונותן של מדינות אירופה ובמיוחד בריטניה להקים את האמנה האירופית לזכויות האדם כדרך של הממשלות המכהנות להבטיח שהמדינה תמשיך להיות כפופה למנגנון האכיפה האירופי גם לאחר שמפלגות אחרות יעלו לשלטון.³⁶

באותה מידה יכולה ההצטרפות לאמנה בינלאומית, שמטרתה הגבלת שחקנים בתוך המדינה, להיות דרישה שנובעת ממקור חיצוני למדינה. למשל, מדינה חזקה שחוששת מאי-יציבות פנימית במדינה חלשה שכנה ומעוניינת להבטיח את היציבות במדינה השכנה כדי למנוע החצנות שליליות בדמות זיהום אוויר, או גלי הגירה שנובעים מחוסר יציבות פנימית, או טרור שפועל ממדינה כושלת (failed state), תבקש לכפות על שכנתה החלשה כללים שייקבעו באמנה בינלאומית, שיבטיחו שמירה על זכויות האדם ועל הסביבה. חלק נכבד מהמסגרות המשפטיות שנוסדו באירופה לאחר 1990 בתחום ההגנה על זכויות האדם, על המיעוטים ועל הסביבה נועדו להבטיח את שלטון החוק בתוך מדינות מרכז אירופה ומזרח אירופה, ובכך למנוע החצנות שליליות לכיווןן של מדינות מערב אירופה.

ההצטרפות לאמנה עשויה לשפר את הרווחה המצרפית במדינה, אבל באותה מידה היא עלולה גם לפגום בה. ככל שההצטרפות לאמנה משקפת את ההעדפות של רוב הציבור, היא תשפר את רווחתו (כמובן, בהנחה שהציבור מזהה נכונה מה יכול לשפר את רווחתו).³⁷ לעומת זאת כאשר ההצטרפות לאמנה נובעת מרצונה של קבוצה שלטת שמשקפת את העדפותיה שלה בלבד, או מהשפעה של קבוצת לחץ קטנה, ההצטרפות לאמנה תפגע ברווחה המצרפית. השפעתן של קבוצות לחץ קטנות על עיצובן של אמנות בינלאומיות יכולה להיות גדולה וחזקה יותר מהשפעתן על עיצובם של חוקים בתוך המדינה.³⁸ יש לכך שלוש סיבות עיקריות: ראשית, הליך עיצוב האמנות גלוי פחות מהליך החקיקה הפנימית, כיוון שמשקל הרשות המבצעת בהן גדול יותר ואינו מחייב דיון ציבורי פתוח כפי שמחייב

Andrew Moravcik, *The Origin of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Post War Europe*, 54 INTERNATIONAL ORGANIZATION 217 (2000)

37 אנו מניחים כאן כי האזרחים במדינה דמוקרטית פועלים בצורה רציונלית ובצורה שתשפר את רווחתם. מובן מאליו כי לא תמיד זה המצב, אך קשה לנסח כלל במשפט הבינלאומי שיביא בחשבון את כל ההטיות האפשריות הגורמות לאזרחים לפעול בצורה לא רציונלית.

38 Eyal Benvenisti, *Exit and Voice in the Age of Globalization*, 98 MICH. L. REV. 167 (1999).

הליך החקיקה (ההנחה היא שקבוצות הלחץ פועלות בדרכי עקיפין, למשל באמצעות שדולות, והדיון הציבורי הפתוח או ההשתתפות בבחירות אינם מיטיבים עמן). ממילא יכולתם של אזרחים לזהות נכונה את המדיניות שתביא למקסום עושרם מוגבלת.³⁹ שנית, לקבוצות הלחץ הקטנות קל לחבור לקבוצות דומות במדינות אחרות ולפעול בד בבד אצל ממשלותיהן (למשל, ארגוני התעשיינים במדינות השונות יפעילו יחדיו לחץ על ממשלותיהם להסכים על אמנה שתתיר שיעור זיהום גבוה). הסיבה השלישית היא שכוח המיקוח של קבוצות לחץ קטנות מסוימות גבר עם הגברת הניידות (ה־exit) שלהן הנובעת מהנמכת החסמים למעבר אנשים והון. הדבר מאפשר להם להגדיל את כוח המיקוח שלהם הן במדינת מוצאם והן במדינות אחרות שמתחרות על השקעותיהם. קבוצות האינטרס הצליחו להשיג הישגים במישור הבינלאומי שהמחוקק סירב להעניק להם. למשל, הסכם TRIPS העניק ליצרני התרופות ובעלי העניין האחרים הגנה על הקניין הרוחני שלהם מעל ומעבר למה שהקונגרס האמריקאי היה מוכן לתת.⁴⁰ במקרים אחרים הם הצליחו להתנגד התנגדות אפקטיבית להסדרה בינלאומית וכך שמרו על יכולתם ליהנות ממקלטי מס⁴¹ עד למשבר הפיננסי של שנת 2008, שהחליש את הכוחות בארצות הברית שהתנגדו לאמנות למניעת מקלטי מס.⁴² כך נוכל לראות לעתים כי הסכם בינלאומי שנחזה כהישג שנועד

39 דוגמה אחת לפערי מידע אלו בולטת בהליך המנהלי הנדרש לשם יישום כללים הנובעים מאמנה בינלאומית. בארצות הברית לפני התקנתו של כלל מנהלי כלשהו יש צורך בהליך של notice and comment, המאפשר לציבור להביע עמדתו באשר לכלל. לעומת זאת אשר לכללים הנדרשים לשם יישום אמנה בינלאומית הדיון הציבורי במסגרת ה־notice and comment מצומצם ביותר היות שההליך מתבצע לאחר שהאמנה כבר אושרה, ולפיכך הוא במידה רבה פורמלי. לניתוח ראו: Amichai Cohen, *Bureaucratic Internalization: Domestic Governmental Agencies and the Legitimization of International Law*, 36 GEORG. J. INT'L L. 1079, 1136-1139 (2005).

40 Dotan Oliar, *Resolving Conflicts among Congress's Powers Regarding Statutes' Constitutionality: The Case of Anti-Bootlegging Statutes*, 30 COLUM. J.L. & ARTS 467 (2007).

41 Reuven Avi-Yonah, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 HARV. L. REV. 1573 (1999-2000).

42 על הקשר שבין המשבר הפיננסי של שנת 2008 והיזמה בארצות הברית להגביל את מקלטי המס ראו Press Release, Senator Levin, Statement of Senator Carl Levin on Introducing the Stop Tax Haven Abuse Act (Mar. 2, 2009), <http://levin.senate.gov/newsroom/release.cfm?id=308945>; Reuven S. Avi-Yonah, *The Obama International Tax Plan: A Major Step Forward* (May 2009), University of Michigan Legal Working Paper Series, The John M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series. Available at <http://law.bepress.com/umichlwps/olin/art99>. על המאמץ הגלובלי לצמצם מקלטי מס לאחר משבר 2008 ראו Jan Wouters, Katrien Meuwissen, *Global Tax Governance: Work in Progress?* (2011) available at: <http://ssrn.com/abstract=1766436>.

לרווחת הציבור מיטיב דווקא עם קבוצות אינטרס קטנות. אמנות שקובעות סטנדרטים של שמירה על איכות הסביבה למעשה מקבעות רמות גבוהות של זיהום. לעתים יצרנים נוטים לתמוך במגבלות בינלאומיות כאלו, לכאורה בניגוד לאינטרס שלהם עצמם, כיוון שעצם קיומם של ההסכמים הבינלאומיים מוציא את הרוח ממפרשי החקיקה הפנימית שעלולה להיות מבחינתם מחמירה יותר.

כללים מן המשפט הבינלאומי יכולים לפתור כמה מהבעיות שהוצגו לעיל: מערכת יעילה של הפצת מידע לפני התחייבות באמנה בינלאומית יכולה לצמצם את פערי המידע הקיימים בציבור בנוגע לתוכנה של האמנה. האמנה יכולה לשמש מנגנון שמעגן הסכם בין מתחרים פרטיים ממדינות שונות ושמחצין את עלויות אכיפתו לממשלות ולמנגנונים שהן מקימות לשם כך. לדוגמה, יוצאנים נוהגים במשך שנים לשחד פקידים במדינות זרות כדי לשכנע אותם לרכוש מהם ציוד (במיוחד רוח הדבר בעסקאות למכירת נשק). מובן שהפסקת השוחד היא בעיה של פעולה משותפת. היוצאנים כקבוצה יוצאים ניוזקים ממתן השוחד, שכן השוחד מפחית מהיקף הייצוא ופוגע ברווחיהם (שלא לדבר על הפגיעה באינטרס הציבורי במדינות המייבאות). אלא שהם מתקשים לאכוף על עצמם להימנע ממנו כי הם חוששים שמתחריהם ימשיכו לשחד. במקרים אלו כאשר הבעיה היא בעיית פעולה משותפת, ייתכן כי השימוש באמנה בינלאומית שאוסרת על שוחד ומקימה מנגנון ניטור ואכיפה יוכל במקרים מסוימים להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת. אכן, כדי להתגבר על בעיית האכיפה ניסח ארגון ה-OECD אמנה שאוסרת על השוחד ומקימה מנגנון פיקוח ואכיפה,⁴³ אולם לא ברור עד כמה המנגנון הזה אפקטיבי.

כשלים משולבים

מובן שהכשלים יכולים להיות משולבים: בין מדינות ובתוך המדינות בעת ובעונה אחת. לעתים תביעתה של קבוצת הלחץ מאומצת על ידי המדינה, ובשל חוזקה היחסי מצליחה המדינה לסכל הסכם בינלאומי או להטות אותו לטובתה. לדוגמה, במשך שנים התנגדה ארצות הברית להצטרף לאמנה להגבלת גזי פליטה מסוג CFC שהיו הסיבה להיווצרות חור בשכבת האוזון המקיפה את כדור הארץ. ההתנגדות נבעה מהפגיעה שהייתה צפויה לתעשיינים אמריקאים שייצרו גזים אלה. רק כאשר חברת Dupont האמריקאית הצליחה לייצר גזים חלופיים, "ידידותיים לסביבה", ורשמה עליו פטנט, התחלפה ההתנגדות בתמיכה נלהבת, והאמנה נחתמה.⁴⁴

OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Dec. 17, 1997, 37 I.L.M. 1

KAREN T. LIFTIN, OZONE DISCOURSES: SCIENCE AND POLITICS IN GLOBAL ENVIRONMENTAL COOPERATION (1994)

במקרים אחרים האמנה יכולה לשקף הן פערים ביחסי כוחות בין מדינות והן פערים ביחסי כוחות בתוך מדינות. דוגמה לכך הן האמנות למניעת כפל מס. בניגוד לעמדה המקובלת שלפיה תפקידן של אמנות למניעת כפל מס הוא להפחית את נטל המס הכולל המוטל על השקעות הכפופות למס בשתי מדינות, ובכך להסיר חסמים בפני השקעות בין מדינות, צילי דגן טענה שאמנות למניעת כפל מס למעשה אינן מונעות כפל מס. גם לולא היו אמנות למניעת כפל מס היו המדינות נמנעות באופן עצמאי ומתוך האינטרס העצמי שלהן ממיסוי תושביהן על הכנסות שהפיקו בחו"ל ושעליהן הם שילמו מס מלא בחו"ל (כדי לא לפגוע בתמריץ להשקיע בחו"ל שמועיל גם לשוק המקומי), והיה נוצר שיווי משקל שלפיו הייתה ההכנסה ממוסה למעשה רק במדינה שבשטחה הופקה.⁴⁵ כך היה נמנע מיסוי כפל, ותקבולי המס היו עוברים במלואם למדינה שבה הופקה ההכנסה. אמנות כפל מס משנות את שיווי המשקל הזה וגורמות שחלק נכבד מתקבולי המס מגיע למדינת התושבות, וזאת על חשבון המדינה שבה הופקה ההכנסה. כך יוצא שהשינוי שיוצרת אמנת המס איננו משפיע על נטל המס הכולל לנישום, אלא מבטיח שהמדינות המייצאות הן תמסכנה ליהנות מרווחי הנישומים "שלהן" גם ביחס להשקעותיהם במדינה הזרה. במצבים לא סימטריים כאשר אחת מהמדינות היא יצואנית הון ("עשירה") והשנייה יבואנית הון ("ענייה"), האמנה מיטיבה עם המדינה העשירה כשם שהיא פוגעת ביכולת המדינה הענייה למסות את המשקיעים מהמדינה העשירה הפועלים בתחומה שלה. ככל הנראה אפשר להסביר את קיומן של אמנות המס בנסיבות אלה בתכתיב של מדינות חזקות, בדומה לתכתיב שמביא לחתימתם של הסכמים להגנה על נכסים של משקיעים זרים. הסבר חלופי או מצטבר הוא שהאמנות מקנות יתרון לקבוצות אינטרסים במדינות על פני שאר הנישומים. למשל, אמנה למניעת כפל המס יכולה להועיל למשקיעים שיכולים ליהנות משני העולמות (פטור בחו"ל מכוח האמנה ופטור במדינת תושבותם בשל הוראות פטור מיוחדות בחוק המקומי). כשם שהמשפט המנהלי והחוקתי במדינה משקפים לא רק הישגים של קבוצות לחץ אלא גם ניסיונות להגביל הישגים אלה, כך המצב גם באשר למשפט הבינלאומי. במסגרת משפט

45 Tsilly Dagan, *The Tax Treaties Myth*, 32 NYU JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS 939 (2000). אמנה למניעת כפל מס אינה מאפשרת לנישום לבחור באיזו מדינה ימוסה, או גורמת לכך שישלם את המס במדינה שבה המס נמוך יותר, אלא מקצה את סמכויות המיסוי בין המדינות. בהיעדר אמנה, הייתה המדינה המארחת רשאית למסות את ההכנסות של המשקיע הזר בשיעור מס מלא אם מדינת תושבותו של המשקיע הייתה מעניקה לו זיכוי בגין מסו כפל מבלי שהדבר יעלה לה באבדן השקעות. לעומת זאת האמנה מפחיתה במקרים רבים את המס במדינה המארחת, ובכך מסייעת למדינת התושבות לגבות בפועל מס גבוה יותר על חשבון המדינה המארחת. ההנחה בניתוח הזה היא שהתושבים נשארים במקום מושבם, ורק פעילים כלכלית במדינה האחרת. זו הנחה מציאותית מקום שהעלויות הכרוכות בהתקת מקום המושב למדינה המארחת והחשיפה לדין המקומי הן רבות.

המדינה מקובל להניח שמנגנונים המבטיחים השתתפות של מגוון בעלי עניין בהליכי קבלת ההחלטות ושקיפות של ההחלטות שמתקבלות מסייעים להפחתת לחצים של קבוצות לחץ ולהחלטות שמשקפות את העדפותיהם של רוב האזרחים. אלה מנגנונים שהיו חסרים במישור הבינלאומי. לאור ההבנה הגוברת בשנים האחרונות כי אכן קבוצות לחץ מצליחות להשתמש במשפט הבינלאומי באופן שפוגע ברווחה המצרפית, מתחזקת המגמה של יצירת כללים של משפט בינלאומי שמטרתם הגברת השיתוף של הציבור בעיצוב של אמנות והחלטות של מוסדות בינלאומיים והגברת השקיפות והאחריותיות של ארגונים אלה.⁴⁶ אמנם ממשלות לא תמיד שמחות לפעול במסגרות שיתופיות כאלה בשל ההגבלות שמסגרות אלה מטילות עליהן, אבל יש לזכור שעיצוב המשפט הבינלאומי הוא תוצאה לא רק של פעולת הממשלות החותמות על אמנות אלא גם של לחצים של דעת הקהל המזון מפרסומים של ארגונים לא ממשלתיים (NGOs) ושל פסיקת בתי משפט מדינתיים ובתי דין בינלאומיים, שמפרשים את האמנות הללו ומחילים אותן. כפי שנראה בהמשך, בתי דין בינלאומיים רואים לעתים אחרת את הרווחה החברתית וגם את העצמאות הנחוצה כדי לבטא את השקפותיהם ולהוציאן לפועל.

ג. הכללים המבניים של המשפט הבינלאומי

עד כה סקרנו מצבי קונפליקט בין ובתוך מדינות שיכולים למנוע אספקה של מוצרים ציבוריים ולא להשיא את הרווחה החברתית המצרפית. ראינו גם שהמשפט הבינלאומי יכול לשמש כלי כדי לשריין מצבים לא יעילים לטובת מי שנהנה מהם, אך גם יכול למנוע מצבים כאלה ולקדם הקצאה יעילה של משאבים גלובליים. עתה נשאל מהם כלי העבודה של המשפט הבינלאומי – מהן הנורמות שמגדירות את ההתנהגות ה"חוקית" של מדינות, ומהם המוסדות שבאמצעותם נאכפים הכללים הללו.

1. מקורות המשפט הבינלאומי

במסגרת זו נעסוק בניתוח כלכלי בסיסי של שני המקורות המשפטיים העיקריים של המשפט הבינלאומי – האמנה והמנהג. נתייחס ראשית למקורות עצמם ולאחר מכן נדון בקצרה בכללי הפרשנות החלים בעניינם.

46 ראו הספרות העוסקת ב-"global administrative law", לעיל הערה 7.

אמנות

האמנות הן הכלי הראשון במעלה ליצירת התחייבויות בינלאומיות מבחינתן של ממשלות, מכיוון שהן מאפשרות לממשלות הנושאות ונותנות על אופי ההתחייבויות שליטה על מידת הפירוט של הכללים ועל המנגנונים האוכפים אותם. למידת הפירוט ולמנגנוני האכיפה יש חשיבות הן במישור הבין־מדינתי (להבטיח הדדיות עם מדינות אחרות) הן במישור הפנימי (לכבול ידיהם של מתנגדים פוליטיים או מתחרים כלכליים).

מדוע בכלל מדינות מצטרפות לאמנות? ברור כי מדינות מגיעות להבנות ולסוגים שונים של הסכמים כדי לשפר את מצבן ביחס למצב שהיה לפני ההסכם. אמנה מחייבת מבחינה משפטית היא רק אחת מצורות שיתוף הפעולה בין המדינות, ולא דווקא הצורה הדומיננטית שבהן. אז מדוע הן בוחרות לעשות זאת בצורה של "אמנה בינלאומית"?

ההתקשרות באמנות⁴⁷ – לעומת יצירת מסגרות לא משפטיות "רכות" – מועילה למדינות שמעוניינות בהסדר שייראה מחייב, כלומר שיהיה בו איתות לממשלות אחרות על רצינות הכוונה של המדינה,⁴⁸ ושאכן יהיה מחייב, ובלבד שגם הצד השני או הצדדים האחרים מחויבים בו גם הם. נוסף על כך, הענקת מעמד של אמנה להסכם כלשהו מאפשרת החלתם של כללי בררת המחדל החלים על אמנות, שרובם קבועים באמנת וינה בדבר דיני אמנות (VCLT 1969).⁴⁹ אמנת וינה קובעת למשל כללים נוקשים בנוגע להשתחררות מאמנות ולחסינותה מהשפעות המשפט הפנימי, וכן כללים המסדירים התנגשויות בין התחייבויות באמנות שונות. החלת כללי בררת המחדל הללו חוסכת זמן ועלויות על משא ומתן של תנאים הנוגעים לשיתוף פעולה ולמלא חסרים שכבר קיבלו התייחסות בדיני האמנות. כאמור לעיל, להתקשרות באמנות יש חשיבות גם במישור הפנים־מדינתי.⁵⁰ השאלה מדוע מדינות מצטרפות דווקא לאמנה אינה השאלה היחידה. למעשה קיימות צורות שונות של התקשרות:⁵¹

א. אמנות לעומת הבנות ומשפט בינלאומי "רך" (soft law)

47 לכך נוסף הממד הפנימי: המעמד המחייב של האמנה במשפט המדינה. במיוחד במדינות חדשות שקמו יהיה עניין ליצור מוניטין של "אזרח טוב" בדרך של מתן תוקף בדין הפנימי לאמנות: Tom Ginsburg et al., *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*, U. ILL. L. REV. 201 (2008).

48 GOLDSMITH & POSNER, לעיל הערה 1, בעמ' 98.

49 שם, בעמ' 95.

50 ראו לעיל ליד הערה 46.

51 לניתוח האפשרויות השונות באשר לאמנות בינלאומיות ולבחירה בין צורות ההתקשרות השונות: GUZMAN, לעיל הערה 1, בעמ' 120-180.

- ב. אמנות הכוללות מנגנוני ניטור לעומת אמנות שאינן כוללות כאלו (או כוללות מנגנונים חלשים)
- ג. אמנות הכוללות מרכיב של חובת יישוב סכסוכים
- ד. אמנות דו-צדדיות או רב-צדדיות
- ה. אמנות המאפשרות פרישה, הסתייגות או השעיה, או כאלה שמגבילות אפשרויות אלה

ו. אמנות פתוחות לכל מי שמעוניינת להצטרף, ואמנות סגורות למצטרפים חדשים. קיימים גם שילובים של האפשרויות, למשל אמנת מסגרת הכוללת מנגנוני ניטור חלשים, שאליה מצרפת אמנה משנית (שמכונה פעמים רבות פרוטוקול), שמקימה מנגנון ניטור חזק למען אותן מדינות שרוצות להיות כפופות למנגנון כזה (כמו למשל האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 והפרוטוקול האופציונלי שמאפשר תלונות של יחידים נגד ממשלותיהם), או אמנת מסגרת כללית הכוללת מחויבויות מוגבלות ולה צמודים פרוטוקולים המרחיבים את היקף המחויבויות (האמנה האירופית לזכויות האדם).⁵² בכל אחד מהמקרים הללו ראוי לשאול מדוע בחרו מדינות בסוג אחד של התקשרות על פני סוג אחר. באופן עקרוני כמובן התשובה תלויה בחישובי העלות והתועלת שלהם. אחד המשתנים החשובים הוא מידת הנכונות של ממשלות להפקיע מעצמן את שיקול הדעת שלהן ולאצלו לגוף בינלאומי. מקובל למשל להציע שמדינות חזקות שמגיעות לשיא כוחן מבקשות לעגן אותו לעתיד הנראה לעין לאחר שכוחן ייחלש. שיקול אחר שמדינות מביאות בחשבון הוא מידת ההשפעה של האמנה על האינטרסים החשובים ביותר שלהן. בדרך כלל ככל שאמנה עוסקת באינטרסים חשובים יותר, יבקשו מדינות למנוע מגוף מרכזי או ממדינות אחרות להשפיע על החלטותיהן. כיוון שאפשר להניח כי המדינה שונאת סיכון בנושאים שבהם האינטרס שלה חיוני מאוד, יחלישו המדינות את ההסכמה או את המנגנון גם במחיר של ויתור אפשרי על כוח הכפייה שלהן כלפי מדינות אחרות. במילים אחרות: כדי לשמור על חופש הפעולה שלהן מדינות יאפשרו חופש פעולה גם למדינות אחרות. הברדל חשוב בין אמנות הוא בצורת הניסוח שלהן: ההתחייבויות באמנות יכולות להיות ברורות יותר או עמומות יותר, לפי צורכיהם של הנושאים והנותנים.⁵³ באותם מקרים שבהם לפירוט חשיבות רבה, אין תחליף לאמנה. למשל, צבאות מוכנים לקבל על עצמם מגבלות על סוגי תחמושת מסוימים רק כאשר הם מוגדרים באופן ברור באמנה כדי להבטיח הדדיות, וכדי שיהיה קל לזהות הפרות (ראו להלן). לעומת זאת יש מקרים שבהם העמימות מועילה,

George W. Downs, David M. Roake, Peter N. Barsoom, *Managing the Evolution of* 52
Multilateralism, 52(2) INTERNATIONAL ORGANIZATIONS 397 (1998)
 Trachtman, לעיל הערה 1, בעמ' 122-126.

למשל כשמעוניינים ליצור אצל מדינות רבות תמריץ להצטרף לאמנות שהצלחתן תלויה במספר חברים רב, כאשר מעדיפים מחויבות רכה אבל רבת משתתפים, כמו למשל לאמנה נגד העינויים או האמנה בדבר זכויות הילד, או אמנות למניעת פליטת גזי חממה. אמנות המנוסחות באופן שמפחית מעלויות העסקה (המחויבויות ואמצעי האכיפה) מעודדות מדינות רבות להצטרף. כשמדובר באמנות לטווח ארוך לעמימות יש חשיבות רבה. אלה אמנות הדומות למעשה לחוזי יחס (relational contracts), שמחייבות מרווח תמרון לצדדים או למוסדות שהאמנה מקימה כדי להתאים את תועלות הצדדים לתנאים המשתנים. במקרים רבים ההתחייבויות הכלולות באמנות עמומות במידה שמשרתת את טובתן של קבוצות אינטרסים ומשקפות את כוחן הפוליטי. למשל, הוראות מפורשות באמנה העוסקות בסחר בינלאומי ומגדירות במדויק מגבלות על ייבוא טובין מסוגים מסוימים (למשל, מוצרים חקלאיים), אך מותרות בידי הממשלה שיקול דעת רחב כיצד לפרש את האמנה וכיצד להגיב להפרות מצד מדינות אחרות. בהנחה שלחקלאים יכולת להשפיע על הממשלה אך פחות על המחוקק, באמצעות האמנה החקלאים יכולים מחד להבטיח שהם יהיו מוגנים מפני שינוי בהעדפות הציבור המקומי שירצה להוזיל ולגוון את התוצרת החקלאית באמצעות חקיקה להגברת הייבוא, ומאידך יוכלו להמשיך ולהשפיע על דרך פעילותה של הממשלה במגעים עם ממשלות זרות.⁵⁴

הכתיבה הקלסית בניתוח הכלכלי של המשפט מבדילה בין כללים וסטנדרטים. החלוקה הבסיסית קובעת כי כללים הם נורמות משפטיות אשר הוחלטו לפני מעשה ברמת דיוק גבוהה, ואילו סטנדרטים הם נורמות משפטיות אשר נקבעות במידה רבה בשלב היישום, או לאחר מעשה. מבחינה כלכלית כללים הם בעלי עלות גבוהה של ניסוח – כדי לכתוב כלל יעיל יש להשקיע משאבים מרובים בניסוחו. לעומת זאת כללים הם בעלי עלות נמוכה יחסית של יישום – מרגע שהכלל נוסח היטב, עלות יישומו בפועל נמוכה יחסית. אשר לסטנדרטים המצב הפוך: סטנדרטים הם בעלי עלות נמוכה של ניסוח, ובעלי עלות גבוהה של יישום. ההבדל כאן אינו רק נורמטיבי אלא גם מוסדי. כללים נקבעים במידה רבה על ידי הרשות המחוקקת, ואילו סטנדרטים מותרים מקום נרחב לבית המשפט. כאמור, בתחומים משפטיים שונים ובהקשרים שונים בוחרים הצדדים להסכמים לעסוק ברמה של כללים, ובאחרים בסטנדרטים. אחד מכותבי פרק זה טען למשל כי בתחום המשפט הבינלאומי ההומניטרי אפשר לזהות בשנים האחרונות מעבר מכללים לסטנדרטים בכל הקשור להגדרת החוקיות של הפעלת כוח צבאי בעת סכסוכים מזוינים, וכי מעבר זה הוא כמו המעבר

לשיפוט בינלאומי במסגרת בתי דין פליליים שהוקמו בשנות התשעים של המאה הקודמת.⁵⁵ יש כמובן קשר בין שתי התופעות: ככל שעלות ההגדרה מראש של הכללים עולה מבחינתם של הנושאים והנותנים, ועלות האצילה של סמכות ההגדרה לבית משפט פוחתת, כך יגבר השימוש בסטנדרטים לעומת כללים. בשנות השבעים של המאה הקודמת התברר שאי אפשר להגיע להסכמה רחבה על כללים בנוגע למגבלות שיוטלו על מדינות שנלחמות במורדים שבשטחן (non international armed conflicts). לאחר תום המלחמה הקרה, כאשר מלחמות פנימיות היו לנטל על המדינות החזקות, הן עקפו את הצורך בהסכמה על כללים על ידי הקמת מוסדות שיפוט פלילי שהשתמשו בסטנדרטים הכלליים לשם פיתוח הכללים. מבחינת המדינות החזקות, שהן עצמן אינן מעורבות בסכסוכים פנימיים (כמו ארצות הברית), או שאין חשש שיהיו כפופות לסמכותם של מוסדות השפיטה הפלילית (כמו סין או רוסיה), עלות האצילה של סמכות קביעת הנורמה נמוכה מעלות ההגדרה שלהן מראש.

מנהג

סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי מציין את המנהג כאחד ממקורות המשפט הבינלאומי שעל פיו מוסמך בית הדין לפסוק, ומגדיר אותו כ"ראיה להתנהגות כללית המקובלת כדין" ("evidence of a general practice accepted as law").⁵⁶ קיומו של מנהג נלמד אפוא מדפוס התנהגות המשותף למספר גדול של מדינות, ואפשר להבחין שהמדינות נוהגות כך מתוך האמונה שהתנהגות זו מחייבת אותן.⁵⁷ המנהג יחייב מדינות גם אם לא הביעו במפורש את הסכמתן לו, מתוך ההנחה שהן היו שותפות ליצירתו או לפחות לא התנגדו לו. מובן שמדינות חופשיות להתנגד ליצירתו של מנהג, והן יכולות לעשות כן אם הן מביעות את התנגדותן לכלל שמתהווה בעקיבות.

מדוע מסכימות המדינות שבסכסוך משפטי ביניהן יוכל בית הדין הבינלאומי להסתמך על המנהג כמקור משפטי? לכאורה, בהסכמתן להיות כפופות למנהג מותרות ממשלות ריבוניות על ההודמנות להגדיר את גבולות כוחן. הוויתור הוא כפול: ראשית הן מותרות על

Amichai Cohen, *Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law*, 41 ISR. L. REV. 41 (2008) 55

Rome Statute of the International Court of Justice art 38, as annexed to the Charter of the United Nations, June 26, 1945, 59 Stat. 1031, T.S. No. 993, 37 I.L.M. 999 56

The Lotus Case (France v. Turkey), P.C.I.J. Reports, Series A, No. 10 (1927) at 28: ראו 57
 "only if such [practice] were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom." See also *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*, Merits, Judgment, 1986 I.C.J. Reports, p. 14, at para. 207; *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900)

היכולת להשתתף בניסוח הכללים מראש, ושנית הן מוסרות את סמכות ההכרעה בדבר התקיימותו של מנהג לבית דין בינלאומי ששליטתן על החלטותיו מוגבלת. הרי האמנה היא לכאורה דרך המלך להתחייב במשפט הבינלאומי.

נחזור לניתוח סוגי הכשלים שאליהם התייחסנו לעיל, ונתמקד בכשלים שבין מדינות. נניח בשלב ראשון שכוחן היחסי של המדינות שווה פחות או יותר. במצב כזה הספרות בנושא הנורמות החברתיות (social norms) מציעה כי המנהג שנוצר משקף יעילות.⁵⁸ אפשר לראות על נקלה שבמצבי תיאום המנהג יאפשר לכולם להתכנס לכלל אחד ובכך יוביל להתנהגות יעילה, וכך גם במצבים של דילמת אסיר חוזרת. המנהג הוא בררת מחדל שמתאמת את הציפיות של כל המשתתפים. משעה שההתנהגות המשתקפת במנהג הופכת לא יעילה (למשל, עקב כניסתה של טכנולוגיה חדשה), יחלו כוחות השוק ללחוץ לכיוון של שינוי ההתנהגות, וההתנהגות החדשה תהפוך במהרה לכלל החדש. כאשר מדינות מסוימות לא תסכמנה לשינוי, אפשר שהכלל החדש יקבל בסופו של דבר גיבוי בפסיקה בתי המשפט שיכפו אותו על המתנגדים לשינוי. קיימת סבירות גבוהה שבתי הדין יעדיפו להכריז על שהכלל היעיל הוא מנהג גם כאשר יש ראיות להתנהגות סותרת של מדינות.⁵⁹ הטעם לכך הוא שבעולם של מדינות שוות כוח והשפעה בית המשפט נהנה מעצמאות יחסית,⁶⁰ יש לו כלים לזהות את הנורמה היעילה, וכמי שרוצה לקבוע כלל יציב שלא יאותגר בעתיד מהתחזקות התנאים שלוחצים על הכלל הישן, הוא יעדיף להכריז על הכלל החדש נורמה מחייבת. מטעמים אלה יש להניח שהמנהג הוא מכשיר שיכול לחלץ מדינות שנמצאות בשיווי משקל נאש⁶¹ לא יעיל באמצעות הכרזה שיפוטית על כלל שמשקף שיווי משקל נאש יעיל יותר, בדרך של חקיקה שיפוטית.

58 Lisa Bernstein, *Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115 (1992); Robert D. Cooter, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, 144 U. PA. L. REV. 1643 (1996).

59 ראו בהקשר זה את הדיון בשאלה אם המשפט המקובל יעיל, שמתמקד בשאלה אם בתי המשפט שעיצבו אותו יכלו לזהות את הכללים היעילים. Paul H. Rubin, *Why Is the Common Law Efficient?*, 6 J. LEGAL STUD. 51 (1977); John C. Goodman, *An Economic Theory of the Evolution of the Common Law*, 7 J. LEGAL STUD. 393 (1978); George L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 J. LEGAL STUD. 65 (1977); Robert Cooter, Lewis Kornhauser, *Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges?*, 9 J. LEGAL STUD. 139 (1980); Eric A. Posner, *Law, Economics, and Inefficient*, 144 U. PA. L. REV. 1697 (1996), לעיל הערה 58.

60 על כך להלן ליד הערה 97.

61 שיווי משקל נאש (Nash Equilibrium) בתורת המשחקים הוא מצב שבו לשום "שחקן" לא יצמח יתרון משינוי האסטרטגיה שלו אם האסטרטגיות של השחקנים האחרים לא תשתנה.

באמצעות תובנה זו אפשר להסביר כמה החלטות שנויות במחלוקת של בית הדין הקבוע לצדק הבינלאומי (PCIJ) קודמו של בית הדין הבינלאומי לצדק ה-ICJ). בפרשה הידועה של Lotus⁶² קבע בית הדין – קביעה שהיא בגדר חקיקה שיפוטית ברורה – כי לפי המנהג הבינלאומי לטורקיה סמכות לשפוט מחדל של ימאי צרפתי שספינתו גרמה לתאונה עם ספינה טורקית בלב ים. הכלל היעיל הוא כלל שמטיל אחריות על גורם הנזק. הסיכוי שכלל כזה ייאכף כאשר רק צרפת (מדינת המזיק) תוכל להעמיד לדין ימאי צרפתי על נזק שגרם לספינה טורקית הוא קלוש, ובוודאי נמוך מכלל שמסמך את טורקיה (מדינת הניזוק) לשפוט את המזיק.⁶³ הן בשל יחסי הכוחות בין המדינות שנוטים לרעת האינטרסים של הנפגעים הטורקיים והן בשל העצמאות המוסדית של השופט לעומת זו של התובע, עדיף הסיכון (הנמוך יחסית) ששופט טורקי יטה את הדין לרעת האזרח הצרפתי (ויטיל אחריות על מי שלא עוול בכפו), על הסיכון (הגבוה יותר) שהתביעה הצרפתית לא תטרח כלל להעמיד את האזרח שלה לדין. מכל מקום, ההרשעה תיצור דיאלוג בין המדינות שיחייב אותן להסדיר את הנושא (כפי שאכן קרה בסופו של דבר, כאשר נחתמה אמנה המסדירה את סמכות השיפוט בדבר תאונות בלב ים). הדוגמה השנייה עניינה פסיקתו של בית הדין בסכסוך שבו התנגדה פולין לתחולתו של עקרון חופש השיט גם על יובלי הנהר הבינלאומי שנמצאים בשטחה. היא טענה שהמנהג הבינלאומי מכיר בזכותה של המדינה שבמעלה הנהר לגישה למוצאו של הנהר, אך איננו מכיר בזכותן של מדינות שבמורד הנהר לשוט במעלה הנהר לתוך שטחה של המדינה שמקורות הנהר נמצאים בריבונותה.⁶⁴ בית הדין קבע כי כדי להעריך את טענתה של פולין יש לבחון את העקרונות החלים על נהרות בינלאומיים המבוססים על התנהגות של מדינות וכן על דרישות הצדק ושיקולי תועלת (the “requirements of justice and the considerations of utility”),⁶⁵ וכי אלה מובילים להכרה בחופש השיט של כל המדינות החופיות, שלהן זכות משותפת (“common legal right”) במי

שיווי משקל נאש אינו משיג בהכרח את התוצאה המצרפית הטובה ביותר, אלא רק תוצאה יציבה שהצדדים אינם מעוניינים לשנותה.

62 Lotus Case (France v. Turkey), P.C.I.J. Reports, Series A, No. 10 (1927).

63 כלל זה שונה באמנה משנת 1958, Convention on the High Seas, בסעיף 11 שמסמך רק את מדינת הדגל או את מדינת האזרחות להעמיד לדין (גם סעיף 97 ל-UNCLOS 1982).

64 Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder PCIJ, Ser. A, No. 23 (1929).

65 שם, בעמ' 26-27.

הנהר.⁶⁶ הזכות המשותפת מונעת סחטנות ממדינה חופית, מעודדת שיתוף פעולה בין המדינות, ולכן תורמת לניצול יעיל.⁶⁷ יש לציין שתובנה זו בדבר יעילות המנהג עמדה בבסיס תורתו של הוגו גרוטיוס (Hugo Grotius) שנחשב בעיני רבים אבי המשפט הבינלאומי המודרני. גרוטיוס ביקש לעגן את כללי המשפט הבינלאומי לא בצו אלוהי אלא בעקרונות רציונליים שאפשר לזהותם בהתנהגות אנושית, ולכן פיתח את השיטה של ניתוח התנהגות של מדינות כדי לחלץ ממנה עקרונות כלליים מחייבים. ההנחה שעמדה בבסיס גישתו של גרוטיוס הייתה שההתנהגות משקפת יעילות. בספרו הראשון הוא טען בזכות חופש השיט בים הפתוח כשביקש לשכנע לסטות מהכלל שהמעצמות הימיות – ספרד ופורטוגל – טענו לו, והשתמש בעקרון היעילות של פרטו:

why then, when it can be done without any prejudice to his own interests, will not one person share with another things which are useful to the recipient, and no loss to the giver?⁶⁸

מובן שלפורטוגל וספרד היה יכול לצמוח יתרון לא מבוטל מההכרה בבעלותן על מי האוקיינוסים, אולם כוח הסחיטה שלהן היה עלול לפגום ברווחת הכלל. נוכל לסכם אפוא ולומר כי כאשר מדינות כופפות את עצמן מראש למנהג כפי שישתנה (וכפי שבתי משפט יקבעו שהוא השתנה), הן למעשה קושרות את עצמן לכלל של יעילות גם אם מנהיגיהן יתפתו ברגע המכריע להיצמד לכלל הלא יעיל, אם בשל הכשל הבין-מדינתי או בשל הכשל הפנים-מדינתי. כיצד משתנה התמונה במצב שקיימים בו פערי כוחות גדולים בין מדינות? במצב כזה המנהג ישקף את האינטרסים של המדינות החזקות. המנהג מיטיב עם מדינות חזקות מכמה סיבות: ראשית, מדינות חזקות הן בדרך כלל מדינות ותיקות, והמנהג מיטיב עם מדינות ותיקות לעומת מדינות חדשות שמקבלות על עצמן את המצב המשפטי הקיים עם לידתן. שנית, המנהג נותן בידי מדינות חזקות יכולת להשפיע על כיוון התפתחותן. החזקות יכולות למנוע התפתחות של מנהג לא רצוי או לפחות למנוע את החלתו עליהן. למדינות החזקות

66 לדוגמאות נוספות (2002) EYAL BENVENISTI, SHARING TRANSBOUNDARY RESOURCES.
67 לדין בנושא ראו BENVENISTI שם, וכן Eyal Benvenisti, *Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law*, 90 AMERICAN J. INT'L L. 384 (1996).
68 HUGO GROTIUS, MARE LIBERUM (1609) translated and published as: HUGO GROTIUS, THE FREEDOM OF THE SEAS 38 (Ralph von Deman Magoffin trans., James Brown Scott ed., (1916).

יש הזדמנויות רבות יותר להתנהג באופן מסוים ובכך לתרום להתפתחות מנהג או למנוע את התפתחותו. הן צריכות לחשוש פחות להיוותר מבודדות בהתנגדותן העקיבה למנהג שנוצר, שהרי המתנגד העקיב צריך להכריז בעקיבות על חריגותו לעומת הכלל, ולכך יכולות להתלוות עלויות של פגיעה במוניטין. כשמדובר בכללים שיש להם תמיכה חברתית גבוהה, למשל האיסור על עינויים או על הפצצת אזרחים של מדינה בידי ממשלתם, להתנגדות עקיבה תתלווה עלות גבוהה שממשלות תימנענה מלשאת בהן. למשל נוכל לבחון את הטענה שעל פי המנהג הבינלאומי המתפתח מוטלת חובה על כל מדינה לערוך לאחר כל קרב בעל תוצאות קשות מבחינת הפגיעה באזרחים חקירה בלתי תלויה בדבר השאלה אם הפגיעה באזרחים הייתה לפי דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי.⁶⁹ ישראל וארצות הברית טענה שגם אם התפתח מנהג כזה הוא אינו מחייב אותן כי הן "מתנגדות עקיבות" לו (על פי המשפט הבינלאומי מדינה אינה מחויבת למנהג שהתנגדה לו בעקיבות מראשית הווצרותו). אם אכן התפתח מנהג כזה, מעצמה כמו ארצות הברית יכולה לעמוד בעלות של הטענה שהיא אינה מחויבת למנהג, אבל למדינה כישראל העלות עשויה להיות גבוהה מדי – בגלל הגינוי הבינלאומי שיופנה כלפיה אם תטען טענה כזו. לעומת זאת כאשר מעצמה רוצה לשנות מיזמתה את המנהג, נכונותה לשאת בעלות השינוי (שנובעת מאי-הוודאות שההתנהגות הסוטה תתקבל ככלל מחייב) גדולה יחסית למדינות אחרות. כאשר ארצות הברית הכריזה בשנת 1945 על זכויות לניצול בלעדי של קרקע הים במרחק של עד 200 מייל מחופיה (המדף היבשתי; על כך להלן), היה בכך סטייה מהתפיסה הנוהגת בדבר הבעלות המשותפת במשאבי הים הפתוח. למרות זאת לא קמו עוררין על עיקרון זה. לעומת זאת כאשר איסלנד הכריזה בשנת 1972 על תחום דיג אקסקלוסיבי במרחק 50 מילין מחופיה, היא נקלעה למאבק עם מעצמות דיג כבריטניה וגרמניה, שהיה אלים בחלקו האחד ומשפטי בחלקו האחר, ובסופו נמצאה איסלנד מפרה את המנהג.⁷⁰ אף על פי שבשני המקרים היה לצמצום הבעלות המשותפת במשאבי הים הפתוח היגיון זהה של יעילות, התוצאה המשפטית הייתה שונה.⁷¹ בעולם הטרוגני מדינות חזקות אינן צריכות לחשוש מפסיקה

69 טענה שעמדה בבסיס חלק ניכר מהביקורת שהופנתה כלפי מדינת ישראל ברוח ועדת הבדיקה מטעם מועצת זכויות האדם של האו"ם (דוח גולדסטון). http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/docs/UNFFMGC_Report.pdf

70 Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), ICJ Reports 1974, p. 2. See also the parallel and almost identical Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland), ICJ Reports 1974, p. 175

71 שם, פסקה 53. אם כי חשוב לציין שבית הדין דחה את טענתה של איסלנד לא מכיוון שלא הייתה מוצדקת לגופו של עניין אלא מחמת ההליכים שהתנהלו בד בבד בוועדת האו"ם לניסוח אמנת הים החדשה, ובית הדין ציין במפורש שהוא נמנע מלהתערב במשא ומתן הבין-מדינתי המתנהל בעת ובעונה אחת.

“לעומתית” של בתי דין נגדן, שכן הן דואגות לצמצם את עצמאות בתי הדין הללו.⁷² פסיקת בתי הדין הללו, המבוססת על מה שהם מזהים כ”מנהג”, יכולה לשמש אותם בדרך עקיפה להחיל על מדינות חלשות נורמות שהמדינות הללו לא הסכימו לקבל על עצמן בדרך המלך – באמנות.⁷³ מכאן שמדינה חזקה יכולה לראות במנהג השתקפות של האינטרסים שלה ולא מסגרת שמטילה מגבלות על קידום האינטרסים הללו,⁷⁴ וזה יכול להסביר מדוע מדינות חזקות יכולות לראות במנהג כלי משפטי חסר חשיבות מבחינת יכולתו להצר את צעדיהן.

פרשנות מקורות המשפט

מובן שאי אפשר לנתק את מקורות המשפט מדרכי פירושם על ידי מדינות, ובעיקר לא מפירושם על ידי בתי המשפט הלאומיים והבינלאומיים. במיוחד נכון הדבר באשר למנהג, שבשל הקושי בזיהויו הוא משמש בידי בתי הדין הבינלאומיים כחומר ביד היוצר ליצירה נרחבת של נורמות התנהגות ולאכיפתן על מדינות.⁷⁵ אמנם הדבר מאפשר לבתי דין, שהרכבם נשלט על ידי מדינות חזקות, לאכוף על מדינות חלשות את מה שהם מזהים כ”מנהג” אף על פי שמדובר בהתחייבויות שהמדינות החלשות לא הסכימו לקבלן על עצמן בדרך המלך, כלומר אמנות.⁷⁶ אבל אותם כלי פרשנות מקנים לבתי הדין הבינלאומיים אפשרות – מוגבלת ככל שתהיה – לקדם את הרווחה הגלובלית בשתי דרכים עיקריות: ראשית, בהתקיים תופעת ה”פרגמנטציה” של המשפט הבינלאומי, שמאפשרת למדינות החזקות לנקוט מדיניות של “הפרד ומשול” ברוב המדינות בעולם ולמנוע היווצרות קואליציה של מדינות קטנות בארגונים בינלאומיים, יש במאמצי ה”איחוי” של רסיסי המשפט – למשל ביצירת הזיקה בין חופש הסחר לבין השמירה על הסביבה – כדי לאזן את יחסי הכוחות בין החזקים לחלשים.⁷⁷ במובן עמוק יותר, בעצם תפיסת המשפט כמערכת משפטית (legal system) שבבסיסה כללי התנהגות בסיסיים ומוסכמים על הכול, להבדיל מערב רב של התחייבויות חוזיות בעולם הובסיאני, יש הגנה על זכויות בסיסיות של

- 72 ראו להלן ליד הערה 97.
73 כפי שקרה בנושא דיני הלחימה שאינה בינלאומית, שפותחו על ידי בתי הדין הפליליים ביוגוסלביה וברואנדה: ראו הערה 102 להלן.
74 GOLDSMITH & POSNER, לעיל הערה 1, בעמ' 38-39.
75 על תפקידיהם של בתי הדין הבינלאומיים ראו להלן ליד הערה 96 ואילך.
76 ראו לעיל הערה 73.
77 ראו Benvenisti & Downs, לעיל הערה 30.

המדינות ושל הפרטים, שמפחיתה במידה מסוימת את העלות של השמירה עליהן גם משום שהיא מקנה כוח לבתי משפט להגן עליהן.⁷⁸ שנית, השימוש במנהג מאפשר למעשה להרחיב את תחולתן של אמנות שהתקבלו על ידי מספר מצומצם של מדינות על צדדים שלישיים שנמנעו מלהצטרף לאמנות הללו מסיבות שונות. הרחבת התחולה תיעשה על ידי בתי דין שיראו באמנה השתקפות של מנהג בינלאומי או לא יכדילו בין התנהגות שמבוססת על התחייבות חוזית לבין כזו שנובעת מהחובה המנהגית. בהנחה שהאמנה הגרעינית מקדמת רווחה כללית (למשל הגנה על הסביבה), פרשנותה כמנהגית תקדם את הרווחה הגלובלית.⁷⁹

2. מוסדות אכיפה

כשם שהמשפט הבינלאומי נעדר רשות מחוקקת בעלת מונופול על כוח החקיקה, כך גם אין לו רשויות שמרכזות את סמכויות האכיפה של החוק. במקומן יש דרכים מגוונות הן לשפיטה הן לאכיפה. החולשה היחסית של מנגנוני האכיפה נובעת הן מעצם הריבוי של המוסדות הן מאלמנט ההסכמה שעדיין מושל בכיפה: הכפיפות לעיצומים על הפרת המשפט הבינלאומי טעונה הסכמה של המדינות מראש (בעת ההצטרפות לאמנה המקימה רשות אכיפה או שפיטה) וגם בדיעבד (ביצוע ההחלטה של המוסד הבינלאומי), למעט במקרה החריג של ענישת פרטים בגין ביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות.

עזרה עצמית (self help)

עקרון העזרה העצמית הוא העיקרון הבסיסי והפשוט המושתת על הדדיות ותגמול. על פיו, כאשר מדינה מפרה התחייבות, קמה למדינה הנפגעת מן ההפרה זכות להפר חיוב דומה שלה, או חיוב שלוב (דהיינו חיוב שבאמנה מוגדר כי קיומו מותנה בקיום חיוב קודם של מדינה אחרת) אחר באופן שיגרום נזק למדינה המפרה. למשל, מוסד שבויי המלחמה מבוסס על עקרון ההדדיות, ואף על פי שלכאורה כל צד לסכסוך אמור לשחרר את השבויים שבידו מיד עם תום הלחימה, השחרור נעשה תמיד בתיאום ובאופן הדדי.⁸⁰ דוגמה אחרת היא פעולת תגמול להפרה שביצע הצד שכנגד. תגמול כזה יכול להיות בדרך של הפרת חיוב דומה. הדבר בולט בסכסוכי סחר, כאשר למשל מדינה אחת פועלת בניגוד להסכם ומסבסדת

78 ראו Eyal Benvenisti, *The Conception of International Law as a Legal System*, 50 GERMAN YB INT'L L. 393 (2008).

79 ראו Benvenisti, לעיל הערה 6.

80 James Morrow, *The Institutional Features of the Prisoners of War Treaties*, 55 INTERNATIONAL ORGANIZATION 973-993 (2001).

תעשייה מסוימת (למשל האיחוד האירופי מסבסד את תעשיית המטוסים שלו), ואילו המדינה הנפגעת (למשל ארצות הברית, שלה מפעל מטוסים מתחרה) יכולה להגיב בהטלת מכסים על סחורה אחרת של אותה מדינה (למשל יין צרפתי), בדרך כלל יכוונו העיצומים כלפי מי שיש לו, לפי ההערכה, יכולת להשפיע על הגורמים שביצעו את ההפרה הראשונית. גם אם בדוגמה שלעיל ייפגעו ספקים וצרכנים אמריקאים של יין צרפתי, עדיין המכסים יכולים להיות תגובה מועילה לאינטרסים של ארצות הברית, כי יצרני היין המקורבים לשלטונות האיחוד האירופי ילחצו לביטול הסובסידיות.

מנגנון העזרה העצמית יעיל בהתקיים כמה תנאים מצטברים. Stephan and Scott מגדירים את המקרים שבהם אפשר להפעיל עזרה עצמית (בהסתמך על ניתוח כלכלי של דיני חוזים): כאשר הכללים ברורים; כאשר יש באמנה הזדמנות להגיב באופן שעלות התגובה לא תהיה גבוהה מדי (כלומר עלות שתהפוך את התועלת מהשימוש בסנקציה או מבריור העובדות לפחותה מעצם ההפעלה שלה); כאשר המדינה מסוגלת להעריך את התנהגות המדינה האחרת בעלות שאינה גבוהה מדי; כאשר המדינה מסוגלת להעריך את הסנקציה המתאימה בעלות שאינה גבוהה מדי.⁸¹ נעמוד על תנאים אלה עם בחינת הכשלים המצמצמים את יעילותו של מוסד העזרה העצמית, וגם נראה כיצד המשפט מנסה לשכלל את מוסד העזרה העצמית כדי להתמודד עם הכשלים:

1. היעדר שוויון כוחות: עזרה עצמית היא מוסד אכיפה יעיל ביחסים שבין מדינות שוות כוח. בסכסוכים א-סימטריים מנגנון העזרה העצמית לא יפעל. הוא לא יתמרץ את הצד החזק, שכן החזק לא יחשוש מפעולת תגמול מצדו של החלש, והוא לא יתמרץ את הצד החלש לשמור על הכללים אם הכללים מגבילים אותו, שכן אין לו עוד מה להפסיד. מציאות זו בולטת כאשר דיני הלחימה נשמרים באופן סביר בסכסוכים מזוינים בין צדדים שווי משקל, אך אינם נשמרים בסכסוכים לא-סימטריים, למשל בין מדינה לבין כוחות מורדים. מדינות החולקות נהר העובר לאורך גבולן ישמרו לא לפגוע בזרימתו או לזהמו מחשש לתגובה של הצד האחר, אך מדינה היושבת במעלה הנהר לא תחשוש לנצל את הנהר או לזהמו לפני שהוא זורם לשטח המדינה שבמורד.

התמודדות עם בעיות של חוסר סימטריה בין צדדים יכולה להיות באמצעות פעולה של מדינות שלישיות (למשל, עקרון ההגנה העצמית המשותפת מאפשר למדינה חלשה נפגעת לבקש עזרה ממדינות שלישיות, ש"נכנסות לנעלי" המדינה הנפגעת ונלחמות את

81 ROBERT SCOTT, PAUL STEPHAN, SELF ENFORCING INTERNATIONAL AGREEMENTS AND THE LIMITS OF COERCION (2004). אצל STEPHAN AND SCOTT בתי דין בינלאומיים שדנים בין מדינות נכללים בעזרה עצמית, ואילו טריבונלים נחשבים לאכיפה על ידי צד שלישי רק אם לפרטים יש גישה אליהם – כמו למשל בית הדין האירופי לזכויות אדם. לדעתנו נכון לדבר על ספקטרום של אכיפה.

מלחמתה,⁸² כמו שקרה בעת כיבוש כוויית בידי עיראק), או בדרך של הקמת מוסדות אכיפה על ידי מדינות שלישיות (דוגמאות: מועצת הביטחון של האו"ם, בית הדין הפלילי הבינלאומי).⁸³

2. פערי זמן: זהו מקרה פרטי מיוחד של יחסים א-סימטריים שמשתנים על ציר הזמן, כאשר ההתקשרות בין הצדדים מיועדת להיות לטווח ארוך. הדבר בולט במיוחד בתחום ההשקעות הזרות, כאשר למשל משקיע ממדינה א בונה מפעל במדינה ב. כל עוד מדינה ב מעוניינת למשוך את המשקיע וליהנות מיכולותיו להקים את המפעל היא תבטיח לו הגנה על רכושו, אך לכשיושלם המפעל יגבר הפיתוי שלה להפקיע ממנו את הנכס. מדינתו של המשקיע תרצה להבטיח מראש את זכויותיו באמנה להגנה על השקעות, וכאלה (המכונות Bilateral Investment Treaties) יש כמה אלפים. אולם באמנות אלה גובר כוחן היחסי של המדינות מייצאות ההון והידע, ולכן מתאפשר להן להקפיא את מצב הזכויות בשלב הראשוני באופן שמקנה למשקיע הזר חסינות כמעט מוחלטת מהפעלת סמכויות שלטוניות על ידי המדינה המארחת ומנציח את כוחה של המדינה בעלת ההון. האתגר במקרים אלה הוא ליצור מנגנון שמבטיח ניצול יעיל ובר קיימא של המשאבים בכל נקודה לאורך ציר הזמן, וזהו אתגר שעדיין נותר ללא מענה מספק.

3. ריבוי משתתפים: מנגנון העזרה העצמית יעמוד בפני קושי כאשר מדובר בהסכם רב משתתפים והנפגעות הן כמה מדינות. היות שפעולת תגמול כרוכה בעלויות אכיפה שונות, התגמול הוא בעיה של פעולה משותפת, ותהיינה מדינות שתעדפנה שזולתן תישאנה בנטל התגובה. כל עוד אין מדינה חזקה שמוכנה לשאת בנטל גם אם היא פועלת לבדה ולפתור בעצמה את בעיית הפעולה המשותפת, עלולה התגובה להפרה להיות חסרת חשיבות.

4. מידע א-סימטרי: מנגנון העזרה העצמית הבסיסי מושתת לא רק על עזרה עצמית אלא גם על הערכה עצמית בדבר ההפרה ובדבר התאמת התגובה להפרה. הדוגמה הקלסית של עזרה עצמית היא זכות ההגנה העצמית מפני תקיפה צבאית. זו גם דוגמה לבעייתיות של השימוש בעזרה עצמית, שכן מדינות רבות השתמשו לרעה בזכות ההגנה העצמית, למשל למטרות התקפיות, בתואנה שהותקפו או שסברו שהותקפו.

פתרון אחד לבעיה זו הוא לקבוע כלל ברור. סעיף 51 למגילת האו"ם קובע למשל כי הזכות להגנה עצמית קמה כאשר התקיפה "מתרחשת" בזמן הווה (armed attack occurs). המבחן הוא פשוט אבל גס: הוא איננו מאפשר תגובה מונעת ונותן יתרון בלתי סביר ליוזם ההתקפה. מנגד הוא לכאורה מתירני מדי כי הוא עדיין מותיר למגיב לקבוע אם ההתקפה

82 סעיף 51 למגילת האו"ם.

83 Dan Belz, *Is International Humanitarian Law Lapsing into Irrelevance in the War on Terror?*, 7 THEORETICAL INQ. L. 97 (2006). מסביר את התפתחות הביקורת על ידי צד ג בהתרופפות ההדדיות ביחסים הבינלאומיים.

התרחשה, בין שהייתה רחבת היקף – לשם כיבוש שטח – או חדירה חד-פעמית לצורך פיגוע או חטיפת חיילים. בשל יעילותו המוגבלת של פתרון זה נעשים ניסיונות לשכלל אותו. למשל: טוענים ש"התקפה מתרחשת" גם בשלב התכנון שלה, ולכן יש להכיר גם בעקרון "ההגנה העצמית המונעת".⁸⁴

5. הסלמה: בשל פערי המידע בין הצדדים יכול הצד שמגיב להגיב תגובה לא מידתית, או שהצד הראשון יהיה סבור שהיא לא מידתית, הוא בתורו יגיב על התגובה, וכך ימשך המירוץ הלאה לתחתית.

מבחן המידתיות נועד לצמצם אפשרות זו, אלא שמבחן זה איננו נותן קנה מידה חיצוני שיהיה מקובל על שני הצדדים. כדי לצמצם את החשש להתדרדרות אפשר לקבוע מנגנון מוסכם לקביעה מהי תגובה מידתית.⁸⁵ מוסד יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי הוא דוגמה טובה למנגנון כזה. סמכותו של מוסד זה היא להצהיר כי צד אחד הפר את ההסכמים, והסנקציה העומדת לרשותו היא ההיתר למדינה הנפגעת להפר את ההסכם כלפי המדינה הפוגעת עד לדרגת הפגיעה שספגה. מדובר אפוא בקביעת מסגרת להפעלת עקרון ה- self help שהיא אובייקטיבית ויעילה, ובמידה רבה אפקטיבית דווקא בשל כך. אפשר גם להסתמך על מנגנונים שמטרתם שיפור באיכות המידע שמועבר בין הצדדים. זהו אחד מתפקידיו החשובים של ארגון הצלב האדום הבינלאומי בעת סכסוכים מזוינים.

6. הצדקות לתגובות לא מידתיות: לעתים דווקא הדרישה למידתיות התגובה מעוררת קשיים. תגובה שתהיה שווה בעצמתה להפרה – בבחינת עין תחת עין – יכולה לעתים ליצור תמריץ למפר שבשבילו הרווח המידי מההפרה עולה על הנזק הצפוי בשלב מאוחר יותר. תגובה מידתית משאירה בידי המפר את השליטה על "גובה הלהבות" ונותנת לו בכך יתרון רב, שכן בשל פערי המידע הצד המגיב צריך להוציא הוצאות מיותרות כדי להיות מוכן להגיב להפרה לכשתגיע. במצב כזה תגובה בלתי מידתית תספק הרתעה יעילה יותר בטווח הארוך, ולכן תהיה מוצדקת. לכן אנו נתקלים לעתים בחריגות מהדרישה למידתיות במובן של "עין תחת עין". למשל, אשר לעצמת התגובה להתקפה צבאית במסגרת הגנה עצמית יורם דינשטיין מציין כי יש הבדל בין תגובה להתקפה מוגבלת או חד-פעמית, המצדיקה רק measures short of war, שהיא תגובה שחייבת להיות מידתית לעצמת ההתקפה, לבין מלחמת הגנה עצמית (war of self defense), המצדיקה מלחמה ללא מגבלות. לשיטתו, התקפה חד-פעמית שאינה מגיעה לדרגת מלחמה מצדיקה רק תגובה נקודתית המשתווה לה

84 Schmitt תומך במאמרו הדן בדוקטרינת כוש בהגנה עצמית מונעת (preemptive self-defence) בטענה שעקרון הנחיצות (קרולין) צריך להיות מפורש בהרחבה, על לפי הנסיבות המודרניות: Michael N. Schmitt, *Preemptive Strategies in International Law*, 24 MICH. J. INT'L L. 513, 533-534 (2002-2003).

85 GUZMAN, לעיל הערה 1, בעמ' 49-55.

בעצמתה. לעומת זאת כאשר מדינה מותקפת מתקפה מלאה, היא רשאית להגיב במלוא כוחה ואיננה צריכה לבחון את עקרון המידתיות כלל עד שמושגת הכנעה מוחלטת של היריב. במלחמת העולם השנייה למשל היו בעלות הברית רשאיות להילחם עד להכנעה בלא תנאי של מעצמות הציר.⁸⁶

ייתכן ששימוש בכלי הניתוח הכלכלי יכול להסביר את הפער הדוקטרינרי בין שני המקרים. אם ההתקפה של הצד השני היא התקפה שאינה מכוונת לסכן את חיי האומה המותקפת, אפשר לראות בה מהלך שנועד לבדוק את רצינותה של המדינה המותקפת ולהניח שלשתי המדינות תצמח תועלת מהבהרה הדדית של יחסי הגומלין ביניהן. Robert Axelrod הוכיח שהתגובה המתאימה לבדיקה מעין זו היא *tit for tat* – תגובה מוגבלת שמטרתה להבהיר לצד השני כי הצד הנפגע מתכוון לעמוד על זכויותיו.⁸⁷ בהנחה שאף אחד מהצדדים איננו מתכוון להכחיד את שכנו, התגובה המידתית תבסס הדדיות בריאה ביניהם. לעומת זאת כאשר הצד השני פתח במלחמה כוללת, השאלה אינה שאלת ההרתעה מפני התקפה עתידית או בניית יחסי גומלין לטווח ארוך. מרגע שצד פתח בהתקפה מרבית, אין מקום לתגובה פחותה ומידתית, שתפקידה למנוע את ההסלמה ולהחזיר את הצדדים לשיתוף פעולה פורה.

לפיכך על אף חומרתה היחסית של תגובה חריפה המשפט רואה בה תגובה מידתית. למשל, בין צרפת לארצות הברית נתגלע סכסוך כאשר צרפת סירבה לאפשר לטיסה אזרחית של חברת "פאן אמריקן" שהמריאה מפריז לכיוון לוס אנג'לס לנחות לחניית ביניים בלונדון, ובתגובה השעתה ארצות הברית את כל טיסותיה של "אייר פראנס" באותו קו. בבוררות בין המדינות נקבע שהתגובה האמריקאית, על אף חומרתה היתרה, לא הייתה בלתי מידתית כי נועדה להבהיר עיקרון כללי – לא רק לצרפת אלא גם לשאר המדינות.⁸⁸ ככל הנראה, מה שעמד מאחורי החלטת הבוררים היא ההנחה שכשמדובר ביחסי גומלין בין מספר גדול של משתתפים, לעתים תגובה בלתי מידתית תהיה היעילה ביותר לשם הנחלת העיקרון הכללי באופן שיצמצם הפרות עתידיות של מי מהמשתתפים.

מוניטין

הרצון לשמור על מוניטין שייך למשפחת העזרה העצמית מצד מדינות שמבקשות להימנע מתגובות שליליות כלפיהן ולהיבנות מתגובות חיוביות. תומכי גישת המוניטין סבורים כי

.YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF DEFENSE 237 (4th Ed., 2005) 86
 .ROBERT AXELROD, THE EVOLUTION OF COOPERATION (1984) 87
 Thomas M. Franck, *On Proportionality of Countermeasures in International Law*, 102 88
 .AM. J. INT'L L. 715, 739-40 (2008)

מדינות ייטו לקיים את ההתחייבויות שלהן על פי המשפט הבינלאומי גם אם התחייבות זו סותרת את האינטרס המידי שלהן, מחשש להפסד מוניטין. טענה זו מזוהה בעיקר עם המלומד Guzman,⁸⁹ אבל מקובלת גם על מלומדים אחרים. לפי תפיסה זו, לכל מדינה יש מוניטין שנוצר לפי הערך שמדינות אחרות מעניקות לסיכוי שהיא תקיים בעתיד את מחויבויותיה על פי המשפט הבינלאומי. ככל שהמוניטין של המדינה חיובי יותר, כך מדינות אחרות תסמוכנה יותר על התחייבויותיה אלה ויעזו לחשוף את עצמן יותר לסיכון שמא תבגוד לפתע בשותפותיה. מדינה בעלת מוניטין של שומרת חוק עשויה להעביר מסר שמטרה הפנימי יציב ומכבד קניין פרטי ובכך לעודד משקיעים זרים להשקיע בה. לעתים כדאי למדינה ליצור מחויבויות חדשות ולקיים התחייבויות קיימות רק משום שהדבר ייטיב עם המוניטין שלה, דהיינו: עם ערך המחויבות שלה. כך למשל אפשר להסביר את החלטת ממשלת ישראל בשנת 1991 להצטרף לכמה וכמה אמנות בתחום ההגנה על זכויות האדם. מבחינת ממשלת ישראל לא היה רווח ישיר מהצטרפות לאמנות אלו. להפך, למקבלי החלטות היה ידוע מראש כי הצטרפות לאמנות יציבו בפני ישראל שאלות קשות בנוגע למעמד המיעוטים והנשים בה. למרות זאת בחרה ממשלת ישראל לאשרר אמנות אלו מתוך תפיסה כי תועלת המוניטין שתצמח לישראל כמדינה המכבדת זכויות אדם תעלה על הסיכונים האפשריים.

לפי ניתוח זה, קיום ההתחייבות הבינלאומית או יצירתה יועילו למדינה אם רווח המוניטין שתפיק מכך יהיה גדול מהעלות של ההתחייבות בעיני מדינות אחרות או שווה לה. מחד כאשר מדינה עומדת להרוויח מהפרת ההתחייבות שלה (כשהיא מביאה בחשבון את אפשרויות התגובה של המדינות האחרות), היא לעתים תבחר לא להפר את הכלל המשפטי משום שהפרה כזו תפגע במוניטין שלה. מאידך אם המדינה מגיעה למסקנה שמשמעם שונים כדאי לה להפר את המשפט הבינלאומי, שיקולי הפסד המוניטין עשויים להניא אותה מההפרה. למעשה, אם המדינות מייחסות חשיבות למוניטין שלהן כשומרות חוק, הרי "טיפוח" המוניטין משנה את מאזן עלות-תועלת של הצדדים ומייקר את עלות ההפרה.

בעקבות זאת עולה הסבירות שהצדדים יקיימו את התחייבויותיהם הבינלאומיות. טעם זה עומד ככל הנראה בבסיס נטייתן של מדינות חדשות לקבל על עצמן התחייבויות בינלאומיות הנראות לכאורה מנוגדות לאינטרס שלהן.⁹⁰ מדינות אלו זקוקות נואשות למוניטין בינלאומי, ולפיכך הן ממהרות לקבל על עצמן התחייבויות בינלאומיות גם כשאין להן רווח מאימוצה של אמנה זו או אחרת, וזאת כדי להעלות את המוניטין שלהן בהיותן חלק מהקהילה הבינלאומית. במיוחד בלטה נטייה זו בקרב מדינות מרכז אירופה ומזרח

89 Guzman, לעיל הערה 1, בעמ' 71-118.

90 Ginsburg, לעיל הערה 47.

אירופה שקמו על הריסות המשטרים הקומוניסטיים בתום המלחמה הקרה וביקשו לרצות את מדינות מערב אירופה גם בדרך של הצטרפות למשטרים אזוריים ובינלאומיים.⁹¹ התחייבותן של המדינות הללו לאמנות אכן הועילה להן, כיוון שמדינות בכלל מייחסות חשיבות להיות מדינה חתומה על אמנות בינלאומיות, מתוך הנחה שהצטרפות לאמנות בינלאומיות אכן גורמת למדינות המצטרפות לקיים את ההתחייבויות הכלולות באמנה.⁹² ההנחה שמדינות מעוניינות לטפח מוניטין של אזרח שומר חוק בעייתית מכמה טעמים:⁹³ ראשית, במצבים משחקיים מסוימים מדינות תעדפנה ליצור מוניטין של פורעת חוק סדרתית. מדובר במצבים שבהם מדינה רוצה להרתיע את יריבותיה מפני פגיעה באינטרסים שלה באמצעות תגובות לא מידתיות. במקרים של דילמת אסיר רבת משתתפים או משחק chicken,⁹⁴ מדינה שיש לה מוניטין של מי שאינה תורמת למאמץ המשותף מוסרת לחברותיה מסר יעיל (מבחינתה) שלפיו עליהן לפעול בלעדיה להשגת המוצר הציבורי. שנית, רעיון המוניטין מעורפל למדי ואינו ניתן למעשה למדידה אמפירית. מוניטין, בהגדרה, תלוי בהערכה סובייקטיבית של מדינות את הסיכוי שמדינה מסוימת תקיים את ההתחייבויותיה. כמו כן מדינות מסוגלות לפתח מוניטין שונה לתחומי שיתוף פעולה שונים:

- The Aarhus Convention: Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, *Opened for signature* June 25, 1998, 2161 U.N.T.S. 447 91
- קיימת מחלוקת עובדתית בשאלה אם אכן חתימה על אמנות בינלאומיות מביאה לכיבוד של אמנות בינלאומיות. Oona Hathaway למשל סבורה כי לכל הפחות בנושא של זכויות אדם אין יחס ישר בין חתימה על אמנות בינלאומיות לבין כיבודן (ובמקרים מסוימים אפילו יחס הפוך). Oona Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, 111 YALE L. J. 1935 (2002). מכל מקום, השאלה כאן איננה עובדתית בלבד, אלא כיצד מדינות תופסות את מחויבותה של מדינה. 92
- Rachel Brewster, *Unpacking the State's Reputation*, 50 HARV. INT'L L.J. 231 (2009); Rachel Brewster, *The Limits of Reputation on Compliance*, 1 INTERNATIONAL THEORY 323 (2009) 93
- משחק של Chicken – הפחדן (או brinksmanship בעברית "הליכה על הסף") – הוא משחק שבו אם שני הצדדים ינקטו אותה אסטרטגיה הם יפסידו, ובמקרה של בחירה באסטרטגיה מסוימת – אף יושמדו. המשחק מבוסס על התחרות הידועה בסרט "מרד הנעורים": שתי מכוניות נוסעות על כביש ישר זו מול זו. אם אף אחת מהן לא תסטה, הן יתנגשו. אם אחד מהנהגים סוטה הוא ה"פחדן". אם שני הנהגים סוטים מהדרך שניהם פחדנים. המשחק מיוחד גם בכך שלעתים ההפסד או הרווח האפשריים מהמשחק (הכרוז כ"גיבור" או "פחדן") נראים בעיני המתבונן מן החוץ בטלים בשישים לעומת התוצאה ההרסנית הפוטנציאלית של המשחק. דוגמה אחת ידועה למדיניות שדומה למשחק ה-chicken היא משבר הטילים בקובה בשנת 1962, כאשר ארצות הברית הטילה סגר ימי על קובה, וספינות רוסיות נושאות טילים בעלי ראש נפץ אטומי נסוגו רק ברגע האחרון, והעולם עמד על סף של מלחמה גרעינית. 94

מדינה יכולה למשל להיות אמינה בכל הנוגע להתחייבויותיה הכלכליות אך לא בנוגע לשמירה על הסביבה. בנוסף, ממשלות שונות יכולות לייצר מוניטין שונה, וכך למתג את "האזרח הרע" (למשל, הממשל של ג'ורג' וו. בוש) לעומת "האזרח הטוב" (ממשלו של ברק אובמה) באופן שחשיבות המוניטין הרע או הטוב פוחתת עם הזמן. לפיכך יש הטוענים כי אין למעשה אפשרות להשתמש שימוש מושכל במושג המוניטין בניתוח התנהגותן של המדינות, והוא אינו תורם להבנת הסיבות לכיבוד או אי-כיבוד אמנות בינלאומיות.

כל אלה הם נתונים שמסבכים את התמונה באשר לחשיבות המוניטין כמניע לציות למשפט הבינלאומי, אך הם אינם שומטים את הקרקע מתחת לטיעון המוניטין כולו. למשל: אשר לטענה האחרונה שעל פיה מוניטין משתנה לפי נושאים שונים טוען Guzman כי אפשר לבחון את שיקולי המוניטין בכל נושא בנפרד. למשל, מדינות נוטות להאמין להתחייבויות ארצות הברית בתחום המסחר אך לא בתחום איכות הסביבה, וזאת בגלל הניסיון המצטבר השונה של המחויבות האמריקאית בכל אחד מהתחומים האלה.⁹⁵ אפשר לסכם ששיקול המוניטין הוא שיקול רלוונטי שמדינות שוקלות לקראת הצטרפות לאמנות בינלאומיות או כשהן שוקלות אם לקיים את התחייבויותיהן. עם זאת קשה להעריך מראש מה יהיה משקלו של שיקול זה כאשר על כף המאזניים שמנגד מונחים אינטרסים נוגדים.

מנגנוני העזרה העצמית שתוארו לעיל יעילים במידה מסוימת ומוגבלת, אך בוודאי אינם יכולים להביא לכפייה מלאה של כללי המשפט הבינלאומי. על הבעיות שמכשירי העזרה העצמית מעוררים כפי שתואר לעיל מנסים להתגבר בעזרת מוסדות בינלאומיים. באופן גס אפשר לחלק מוסדות אלה לשני סוגים: מוסדות ניהול ואכיפה ומוסדות ליישוב סכסוכים. נדון בהם כסדרם.

מוסדות ניהול ואכיפה

קיימים כמה מוסדות ניהוליים במישור הבינלאומי שתפקידם קביעת מדיניות ואכיפתה. לרוב הם עוסקים בתחומים ספציפיים: ארגון העבודה הבינלאומי, ארגון הבריאות העולמי, ארגון הסחר הבינלאומי. אולי יוצא מכלל זה הוא ארגון האו"ם על שלל יחידותיו, ובראשן מועצת הביטחון.

תועלתם הפוטנציאלית של מוסדות אלו ברורה: בעיות במשפט הבינלאומי, ככל בעיה המתעוררת בפעילות משותפת, תיפתרנה אם קיים מוסד שיש לו כוח כפייה לפתור הבעיה, כמובן בתנאי שעלות הפעלתו של מוסד כזה לא תעלה על התועלת הגלומה בפעילותו. אם

95 Guzman, לעיל הערה 1, בעמ' 106-100.

מאפשר המשפט הבינלאומי קיומם של מוסדות מעין אלו, קיים סיכוי כי אכן הם יתרמו לפתרון בעיות גלובליות המטרידות את האנושות. אלא שמתברר שרק לעתים נדירות יחסית מתאפשר קיומו של מוסד בעל כוח אכיפה כזה. ההיצמדות של מדינות לעקרונות הריבונות שלהן הדוקה כל כך, עד שהקמת מוסדות כאלו נדירה ביותר, וגם כאשר הם מוקמים, נוצקות אל תוכם מגבלות פנימיות שפעמים רבות מעקרות אותם חלקית מכוחם. דוגמה טובה להמחשת טענה זו היא פעילותה של מועצת הביטחון. על פני הדברים, ניתנו למועצת הביטחון הכלים להשיג, לפחות חלקית, את מטרתה: שמירת הביטחון הקולקטיבי בעולם. אלא שמתוך חשש מפני איבוד ריבונותן דאגו המעצמות לשמור לעצמן את זכות הוויטו, שבפועל משתקת את פעילות המועצה בנושאים רבים.

מוסדות שיפוט

הרעיון של בית דין בינלאומי ליישוב סכסוכים הוא לצמצם את השימוש בכוח צבאי כמנגנון שהיה מקובל במאה התשע-עשרה – מנגנון לעזרה עצמית בכל מקרה של סכסוך, גם כשמדובר בחוב כספי. בית הדין הבינלאומי הראשון הוקם לאחר מלחמת העולם הראשונה. מאז התרבו המסגרות השיפוטיות השונות. בעשרים השנים האחרונות הוקמו מוסדות שיפוט רבים בתחומים רבים ומגוונים.⁹⁶ המכנה המשותף של מוסדות השיפוט הללו הוא ההליך שמשלב בירור עובדות והעלאת טענות באשר לדין וכן הכרעה בשאלות של עובדה ודין. נוסף על בית הדין הבינלאומי לצדק, שהוא בעל סמכויות כלליות ליישוב סכסוכים בין מדינות, קיימים בתי דין מגוונים מבחינת תחומי העניין (סחר, יישוב סכסוכים בין משקיעים זרים למדינות מארחות, יישוב סכסוכים הנוגעים לאמנת הים, זכויות אדם, פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, זכויות עובדים של ארגונים בינלאומיים ועוד), מבחינת זהות המתדיינים (האם גם אנשים רשאים לתבוע או להיתבע או רק מדינות?), מבחינת הסעדים שבית הדין יכול לתת (מענישה פלילית ועד הצהרות) וגם מבחינת ההליכים ודרכי המינוי ותקופות המינוי של השופטים. המשתנים הללו משפיעים על זמינותם של בתי הדין הללו, על יעילותם ועל עצמאותם.

מחד המגוון הרחב של בתי הדין משקף יעילות מיטבית: כשקיימים כמה בתי משפט שונים מתאפשרת התמקצעות ומתאפשר למתדיינים לבחור להם ערכאה מתאימה. מאידך יש יסוד לסברה שריבוי הערכאות דווקא פוגם באפקטיביות שלהן. הסיבה היא שבניגוד

96 על מוסדות יישוב הסכסוכים השונים במישור הבינלאומי ועל הדינמיקות ביניהם ראו YUVAL SHANY, THE COMPETING JURISDICTIONS OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (2003).

לבתי משפט מדינתיים, לבתי הדין הבינלאומיים אין יכולת אכיפה ישירה של החלטותיהם (למעט בתי הדין הפליליים) והם תלויים בשיתוף פעולה של מוסדות מדינתיים (ממשלות, מחוקקים או בתי משפט מדינתיים). בתי הדין נלחמים ביניהם על מוניטין ועל רלוונטיות כשם שתגרנים נלחמים על לקוחות. אם הלקוחות ינטשו אותם, בין בדרך של בחירה בערכאה אחרת או בהקמת ערכאה מתחרה או יתעלמו מפסיקתם, בתי הדין יאבדו את הטעם לקיומם. התחרות פוגמת אפוא בעצמאותם של בתי הדין, ואלה ייטו להיזהר בכבודן של אותן מדינות חזקות.⁹⁷

מדוע טורחות מדינות ומקימות מוסדות ליישוב סכסוכים? בשונה מבתי משפט לאומיים, בתי דין בינלאומיים ברובם אינם עוסקים באכיפה. היעדר כוח הכפייה הוליד כתיבה נרחבת יחסית מתחום הניתוח הראליסטי של המשפט הבינלאומי המדגישה שאין לייחס למוסדות השיפוט הבינלאומיים שום משמעות.⁹⁸ לעומת זאת אחרים, ואנו בתוכם, סבורים כי ניתוח רציונלי של מוסדות השיפוט הבינלאומיים מביא לידי מסקנה כי אכן יש במוסדות השיפוט הבינלאומיים תועלת. במיוחד חשוב לציין כי יש להעריך את היתרונות והחסרונות של שיפוט כאמצעי ליישוב סכסוכים לעומת בררת המחדל, שהיא כאמור עזרה עצמית.

שיפוט על ידי בית דין בינלאומי יכול לשמש כמה מטרות:

(1) בתי הדין כמוסדות ליישוב סכסוכים –

מסירת סכסוך לבורר יכולה לפתור בעיות תיאום מסוג מלחמת המינים כאשר שתי המדינות חלוקות ביניהן על פרשנות ההסכם אך מעדיפות את המשך קיומו של ההסכם על פני הפרתו, תהיה פרשנותו אשר תהיה. בנוסף, מידע שהוגדר על ידי צד שלישי, כמו בית דין, יכול לסייע למנהיגים להסיר מעצמם אחריות לפשרות יעילות שעשויה להיות להן התנגדות פנימית. מבחינה זו מסירת הכרעה לבית דין דומה לאצילת סמכות הכרעה מהמחוקק לבית משפט חוקתי או למשאל עם. כך למשל אפשר להסביר את השימוש הרווח בהליכים שיפוטיים לשם יישוב סכסוכי גבולות. הסכם שכולל ויתור על חבלי ארץ מהווה בעיה פוליטית קשה לממשלה מכהנת, אבל ציות לפסק בורר או בית דין מקלה את התהליך. מצד המדינה המפרה ההתדיינות היא אמצעי לשמר את המוניטין שאולי נפגע עקב ההפרה, שכן ההתדיינות מעידה על קבלת מרות הדין, והיא מאפשרת למדינה לפרוס את טיעוניה

Eyal Benvenisti, George Downs, *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law*, 20 *EUROP. J. INT'L L.* 59 (2009)

98 גישה זו מזוהה במיוחד עם ERIC POSNER. ראו ERIC POSNER THE PERILS OF GLOBAL LEGALISM (2009) Eric Posner, John C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, 93 *CAL. L. REV.* 1 (2005)

ולטעון לצדקתה. בתי דין בינלאומיים ישתדלו לעודד פנייה אליהם ולא ימהרו לבקר מדינה שחטאה, ואף ינסו למצוא נקודות זכות בהתנהגותה.

(2) בתי הדין כמוסדות ליצירת מידע –

גישה אחת מדגישה את תפקיד מוסדות השיפוט הבינלאומיים כמוסדות שמטרתם המרכזית היא העברת מידע.⁹⁹ כפי שראינו, מוסד העזרה העצמית סובל מבעיות מידע הן באשר לדין (אם הייתה הפרה של הנורמה), הן באשר להתנהגות שהייתה לכאורה הפרה והן באשר לתגובה (אם היא מידתית, ואם תגובה לא מידתית היא חוקית). מידע זה חיוני בראש ובראשונה לצדדים לסכסוך לשם הגדרת זכויותיהם וחובותיהם ההדדיות. פערי מידע (באשר להתנהגות או לדין) עלולים להקשות על המשא והמתן בין המדינות.¹⁰⁰ שנית, המידע מסייע להוציא מוניטין של המדינות המתדיינות כשומרות חוק או מפרות חוק. שלישי, בהתחשב בעובדה שבתי דין (מסיבות שיפורטו להלן) דואגים שפסיקתם תהיה עקיבה, המידע הזה משרת גם מדינות שלישיות להבהיר לעצמן מהן זכויותיהן וחובותיהן. התדיינות מאפשרת למדינות להפיג את ערפל המידע על סוגיו השונים.

(3) בתי הדין כמוסדות חקיקה –

כפי שצינו, המידע שמייצר ההליך השיפוטי משמש גם מדינות שלישיות לא רק בשיפור איכות המידע המסייע להן לגבש הערכה של מוניטין המדינות האחרות, אלא בעיקר לצורך עדכון התמונה הנורמטיבית הכללית. לבתי הדין יש למעשה כוח חקיקתי והם משתמשים בו באמצעות פרשנות אמנות או מציאת מנהג בינלאומי, גם אם הם אינם מציינים זאת בגלוי. בספרות מתוארות דוגמאות רבות של חקיקה שיפוטית.¹⁰¹ במונחים של ניתוח כלכלי אפשר לקבוע כי בתי המשפט הבינלאומיים הפוסקים בסכסוך בין מדינות מייצרים מוצר ציבורי, שהוא הכלל היעיל לפתרון הסכסוך. מוצר ציבורי זה מוכתר בתואר "הכלל המחייב במשפט הבינלאומי" וממילא יכול לשמש גם מדינות אחרות בפתרון הסכסוך ביניהן, אשר ייתכן כי בגלל עלויות העסקה הגבוהות לא היו מגיעות אליו ללא פסיקת בית המשפט, ומאותה סיבה גם לא היו נזקקות לפנייה לבתי משפט. נוסף על הדוגמאות שהובאו לעיל נציין כאן את פיתוח דיני הלחימה בהקשר של סכסוכים פנים-מדינתיים שפותחו בפסיקת בתי הדין הפליליים הבינלאומיים ששפטו את פושעי יוגוסלביה לשעבר ופושעי רואנדה בשנות

99 Guzman, לעיל הערה 1, בעמ' 49-55.

100 Andrew Guzman, *International Tribunals: A Rational Choice Analysis*, 157 U. PA. L. REV. 171 (2008).

101 HERSCH LAUTERPACHT, *THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE INTERNATIONAL COURT* (1958); Eyal Benvenisti, George W. Downs, *Prospects for the Increased Independence of International Tribunals*, 7 GERMAN LAW JOURNAL (2011), .available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1353>

התשעים של המאה העשרים.¹⁰² מקובל לומר שבית המשפט האירופי לצדק הוא שיצר בפסיקתו האקטיביסטית את המבנה המשפטי המגובש של האיחוד האירופי. במילים אחרות, בתי הדין הפוסקים בסכסוכים בין מדינות מסייעים לייצורו של מוצר ציבורי היכול לשמש גם מדינות אחרות, אך אלמלא קיומו של בית הדין לא הייתה דרך מתקבלת על הדעת לייצור המוצר הציבורי.

מדוע מדינות מאפשרות לבתי דין לחוקק? שאלה זו דומה לשאלה ששאלנו קודם לכן, מדוע מסכימות המדינות שבית דין יוכל להסתמך על המנהג כמקור משפטי, כאשר ברור לכול שהמושג "מנהג" הוא כחומר ביד היוצר? אפשר להציע הסבר דומה לזה שהצענו כאשר למנהג: דרך היצירה השיפוטית אפשר להתגבר על חוסר הסכמה של מדינה להתחייב באמנה. מדינות מכירות בכך כי עליהן לגבש הסכמה בדבר תוכן של כללים מסוימים, הן אינן מסוגלות להגיע ביניהן להסכם, אך הן מעדיפות כל הסכם שהוא על פעולה ללא הסכם. ייתכן גם שכמו בסכסוכי גבולות הן מנועות מהגעה להסכמה מסיבות פנימיות – למשל בשל התנגדות של ציבור הבוחרים שלהן או קבוצות לחץ משפיעות. כך או כך, הן מוכנות להעביר את הסמכות של קבלת ההחלטה בדבר התוכן המדויק של ההסכם אל בתי הדין. לעתים נציגי מדינות אינם צופים את עצמתה והיקפה של החקיקה השיפוטית, והם נאלצים לקבל על עצמם חקיקה שיפוטית, כי המחיר – יציאה מהמסגרת המשפטית – מסתכם בעלויות גבוהות מדי. חוזקו של בית המשפט האירופי לצדק נבע ללא ספק מנכונותן של מדינות חזקות כגרמניה וצרפת להסכים עם פסיקותיו, שכן בשבילן פירוק האיחוד לא הייתה חלופה קבילה.

ד. ריבונות, זכויות ריבוניות והקצאות אחרות של קניין

בתת-פרק זה נדון באופנים שבהם המשפט הבינלאומי מחלק את משאבי העולם בין המדינות השונות. כפי שנראה, הניתוח הכלכלי נותן הסבר טוב לחלוקה זו, ואפילו מסביר את השינוי בכללי החלוקה לאור הצרכים המשתנים והטכנולוגיות הקיימות. הסבר זה הוא כה טוב, עד שהוא מעלה את הסברה, שאפשר לאשש אותה במחקר היסטורי, שהניתוח הכלכלי יכול לחזות שינויים עתידיים במשפט, כאשר כללים שהופכים לא יעילים ייזנחו, ובמקומם תבוא הכרה בכללים חדשים, יעילים יותר.

Allison Marston Danner, *When Courts Make Law: How International Criminal Tribunals Recast the Laws of War*, 59 VAN. L. REV. 1 (2006)

ריבונות כקניין פרטי

אפשר לראות במוסד הריבונות הקצאה של המשאבים הגלובליים למדינות.¹⁰³ משמעות ההקצאה כפולה: לכל ריבון זכות בלעדית לנצל את המשאבים המצויים במדינה, לרבות המשאבים האנושיים שבה, ואל זכות זו צמודה החובה למנוע החצנות שליליות מהשימוש במשאבים אלה. הריבונות היא אפוא גם זכות (כלפי פנים) וגם חובה (כלפי חוץ). ההנחה היא שהקצאת המשאבים הגלובליים למדינות יעילה יותר משלטון מרכזי גלובלי, וזאת מכיוון ששלטון שכזה – מעין מדינה גלובלית – היה מתקשה לספק מוצרים ציבוריים כמו ביטחון, חינוך וביטוח לאומי לכל בני האדם שאך טבעי שהם בעלי העדפות מגוונות.¹⁰⁴ למדינות יש גודל אופטימלי, שהוא פועל יוצא של איזון בין העלות השולית הפוחתת של ייצור מוצרים ציבוריים (שנותנת יתרון לגודל של המדינה) לבין ההטרונגיות של האזרחים שנהנים מהמוצרים הללו.¹⁰⁵ מדינה גדולה יותר תוכל לספק את המוצרים הציבוריים בעלות שולית נמוכה יותר, אבל ככל שהאוכלוסייה במדינה גדולה יותר, היא עשויה להיות מגוונת יותר, ואז יש חשש שיגדל הפער בין ההעדפות המצרפיות לבין היכולת של הממשל המרכזי לשקף אותן בטיב המוצרים הציבוריים שהוא מייצר ובכמותם. מזווית ראייה זו אפשר אולי לתת הסבר כלכלי לעקרון זכות ההגדרה העצמית. לעיקרון זה יש מרכיב פנימי – ההכרה בזכות של מיעוטים תרבותיים, דתיים או לאומיים לשמירה על צביונם התרבותי ולאוטונומיה בניהול ענייניהם, ומרכיב חיצוני – הזכות הפרישה ולהקמת מדינה עצמאית. המרכיב הפנימי של זכות ההגדרה העצמית נועד לגשר על הפער שיכול להיווצר במדינה הגדולה וההטרונגית בין ההעדפות של קבוצות האוכלוסייה השונות. לעומת זאת זכות הפרישה נותנת תמריץ למדינה הגדולה וההטרונגית להתחשב בהעדפות המיעוטים שלה, שאם לא כן ישתמשו אלה בזכות היציאה שלהם, ופרישתם תזכה לתמיכת מדינות אחרות. על רקע זה אפשר אולי גם להבין את פסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי בשאלת זכות הפרישה של הפרובינציה של קוויבק מקנדה, אשר הגדיר את התנאים

103 רעיון זה נוסח בידי הבורר והשופט מקס הובר בפסק הבוררות בעניין האי פלמס (1928). לדבריו, המשפט הבינלאומי "divide[s] between nations the space upon which human activities are employed" (The Island of Palmas (Neth. V. US) 2 U.N. Rep. Intl. Arb. Awards 829 (1928) p-839. Available at: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf).

104 Eric Posner, *International Law: A Welfarist Approach*, 73 U CHIC. L. REV. 487, 502 (2006).

105 ALBERTO ALESINA, ENRICO SPOLAORE, THE SIZE OF NATIONS 18-23 (2003)

המהותיים והפרוצדורליים החריגים שהתקיימותם מאפשרת למיעוט מדוכא לפרוש ממדינת האם.¹⁰⁶

בלא ספק, זיהוי נקודת האיזון בין היתרונות לגודל לבין ההטרונגניות של ההעדפות אינו פשוט. ייתכן כי כמה אמנות בינלאומיות אף העריכו לא נכון את נקודת האיזון. למשל: בתגובה למשבר הכלכלי שנוצר באירופה בשנת 2010 העריכו כלכלנים כי מדינות האיחוד האירופי מיהרו מדי ביצירת מטבע האירו, או לכל הפחות נחפזו בצירוף מדינות כמו יוון ופורטוגל בלא להביא בחשבון את ההרכב השונה של כלכלות דרום אירופה.

הקצאת זכות קניין מוצדקת כאשר אפשר להעריך שהשווקים יעילים, ועלויות העסקה נמוכות לבעלי הקניין השונים שיכולים לסחור ביניהם בזכויות שלהם ובכך להשיא את הרווחה המצרפית. כפי שראינו לעיל, קיימים מצבים אופייניים שבהם ההנחה בדבר שווקים יעילים לא תתקיים, אם מסיבות שכרוכות ביחסים שבין מדינות, אם מסיבות שכרוכות ביחסים שבתוך המדינה בין קבוצות שונות. במצבים כאלה יכול שיקרה אחד משניים: או שמדינות תתחייבנה מראש להסכם שיגביל את זכות הקניין, או שבית דין בינלאומי שאליו פנו הצדדים ליישב סכסוך ביניהם יכיר בהגבלות על זכות הקניין, למשל בדרך של הכרה ברכוש משותף. למשל, הכלל הקובע כי פעילות במדינה א שגורמת זיהום אוויר "בלתי סביר" במדינה ב מגביל את יכולתו של בעל הקניין לעשות בו שימוש כאוות נפשו ומסמך את בתי המשפט לקבוע מהם הגבולות הסבירים של השימוש במשאבים שנמצאים במדינה. כך גם כאשר לזכות השימוש של מדינה במשאבים חוצי-גבולות כמו נהר בינלאומי שחלקו עובר בשטחה, או שדה נפט שמצוי בשטחן של כמה מדינות.

רכוש משותף: ההסדרה בדרך של הקצאת זכויות קניין אינה יעילה במקרים שבהם המידע שיש בידי צד ג האמור לאכוף את ההסדר אינו מלא. במצב כזה גובר הסיכון שהוא יחליט החלטות לא יעילות. פתרון מסוים לבעיה זו הוא שינוי כללי ההקצאה הראשוניים: במקום שלכל ריבון תהיה זכות קניין לגבי הנעשה בשטחו, יכיר המשפט הבינלאומי בזכות קניינית משותפת, בדומה לשיתוף שיש לדיירים בבית משותף במבואה של הבניין, בחדר המדרגות ובמעלית. השיתוף בקניין יחייב את כל בעלי הרכוש להחליט במשותף. מצב זה יוצר דינמיקה בין השותפים של פעולה משותפת למספר מוגדר של שחקנים למשך זמן בלתי מוגדר. הניתוח של המשחק החוזר של דילמת האסיר מציע שיש סיכוי לא מבוטל שבמצב כזה השחקנים השונים – ואפילו חלק מהם שפועלים יחדיו – יסכימו לקדם במשותף את טובת כולם. למשל, הכרה במי נהר משותפים כמשאב משותף מבוססת על

.Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217 106

ההנחה ששיתוף ברכוש ייצור תמריצים נאותים לשותפים להקים מוסדות לניהול משותף, ואלה יביאו לניצול יעיל של מי הנהר.¹⁰⁷

המשפט הבינלאומי מכיר בשני סוגים שונים של טובין משותפים: "טובין של מועדון" (club goods, common property resources), כגון מי נהר בינלאומי או מאגר נפט מתחת לגבול בין מדינות, וטובין כלליים כמו האטמוספירה או מי האוקיינוסים.¹⁰⁸ ההבדל טמון בגודל הקבוצה בעלת הקניין ובזהות חברותיה: ככל שהקבוצה קטנה יותר, הסיכוי לדמיון בין האינטרסים של השותפים גדול יותר, והיא תוכל להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת ולנצל את המשאב המשותף באופן יעיל יותר. למשל, ההסתברות ששלוש מדינות החולקות ביניהן ימה ובה דגה תשכלנה לנהל את המשאב המשותף לתועלת כולן גדולה מההסתברות שכל מדינות אגן הים התיכון תשתפנה פעולה למטרות דומות. מובן שיתרון הקוטן של הקבוצה עלול להתאיין אם אין ביניהן דמיון באינטרסים. למשל, דגי החדקן בים הכספי כמעט הוכחדו וימת אוראל התייבשה כמעט לחלוטין בשל המדיניות קצרת הטווח של ממשלת ברית המועצות.

פירוק השיתוף – מתי? מדיון זה עולה שלעומת טובין של מועדון, היוצרים סיכויים סבירים לניצול משאבים יעיל, כשמדובר בטובין השייכים לכול, הסיכוי לכך קטן מאוד. מכאן שככל שהעלויות של הגדרת בעלויות פרטניות ברכוש המשותף נמוכות יותר או היתרונות שיצמחו מכך גדולים יותר, תקום הצדקה לפירוק השיתוף. למשל: אין, לפחות בשלב זה, כל הצדקה לפרק את השיתוף במשאב המשותף הקרוי הים הפתוח (the high seas). עלויות הקצאת הבעלויות בגזרות של הים גבוהות מאוד, והתועלת מכך קטנה. הבעלות המשותפת במשאב זה הוצדקה כאמור על ידי מנסחה והוגו גרוטיוס במונחים של יעילות כלכלית: ההנאה של האחד מהמשאב אינה גורעת מהנאת האחרים, ולכן אין כל הצדקה למנוע אותה.¹⁰⁹ אך כאשר היכולת להגדיר בעלות פרטית משתכללת, והיתרונות שיצמחו מכך גדלים, יהיה מועיל לעשות כן.

ואכן, במחצית השנייה של המאה העשרים חל שינוי מהותי במערכת ההקצאות של הזכויות במשאבי הים. כאשר היכולת להגדיר גבולות ימיים ולאכפם השתכללה, והצורך למנוע חיסול של הדגה בים ולעודד ניצול של משאבי נפט וגז גבר, הסכימו המדינות להקצאת בעלות פרטית למדינות החופיות במשאבי הטבע שבמדף היבשתי ובמי הים באזור שמרוחק עד 200 מילין מהחוף. כאמור, תהליך ההקצאה מחדש לא היה נקי מקשיים

107 ראו Benvenisti, לעיל הערה 67.

108 לניתוח של דיני הים כפי שהם מופיעים באמנת הים על פי הניתוח הכלכלי ובכיוונים דומים לאלו המוצעים כאן ראו: Eric A. Posner, Alan O. Sykes, *Economic Foundations of the*

Law of the Sea, 104 AMERICAN J. INT'L L. 569 (2010).

109 ראו לעיל הערה 68.

חלוקתיים שעניינם מתחים בין מדינות חופיות למדינות אחרות, ובין מדינות חופיות לבין עצמן על התוויית גבולות ימיים, אולם ההצדקה הכלכלית של פירוק השיתוף זכתה לתמיכתו המודעת או שלא מודעת של בית הדין הבינלאומי בהאג, שהכריז על מנהגיותם של הכללים החדשים.

ה. מעמד המשפט הבינלאומי בתוך המדינה

ניתוח כלכלי-פוליטי יציע שרשות מבצעת שמעוניינת לשלוט על מידת חופש הפעולה שלה – ליהנות מחופש רב או לכבול את עצמה – תעדיף שתהיה לה הסמכות לחייב את המדינה במישור הבינלאומי, אם בדרך של אשרור אמנות ואם בדרך של הסכמה למנהג שנוצר. בדרך כלל חופש פעולה לממשלה להתקשר באמנות בינלאומיות מאפשר לה לעקוף את הליך החקיקה ואף לחייב את המדינה לטווח ארוך. לקבוצות לחץ של תעשיינים מזהמים למשל יש עניין רב ביכולתה של הממשלה להגיע להסכם בינלאומי שיבטיח נורמה חדשה שתיטיב עמן, ושתהיה משוריינת בפני שינויי חקיקה מעת לעת. הכלל הקיים בישראל שלפיו לממשלה יש סמכות לכרות אמנות ולאשררן מיטיב אפוא עם הממשלה ועם אותן קבוצות שיכולות להשפיע עליה. לכאורה היתרון שכלל זה נותן לממשלה הוא חלקי, שכן נלווה לו העיקרון שלאמנות אין תחולה במשפט הפנימי כל עוד לא עברו הליך של חקיקה. אלא שהעיקרון איננו מכביד על הממשלה כלל ועיקר. ההפך הוא הנכון: העיקרון הזה פוטר את הממשלה מחובה במשפט הפנימי לקיים את האמנה. יש להניח שאותם תעשיינים מזהמים ימשיכו להשפיע על הממשלה ויוכלו להבטיח בדרך זו את קיום האמנה כל עוד יהיה להם עניין בכך.

לא תמיד מעוניינת הממשלה בחופש פעולה בזירה הבינלאומית. לעתים נוח לה שידיה כבולות, ולכן היא יכולה לטעון כלפי הנושאים והנותנים עמה שיכולתה לויתורים מוגבלת.¹¹⁰ במקרים כאלה ממשלה יכולה להצהיר מראש שהיא תגיש את ההסכם שעליו תחתום לאשרורה של הרשות המחוקקת, או אפילו לאשרור במשאל עם. ככל שהממשלה תודיע שהיא תערב יותר "שחקני וטו" בתהליך האשרור, כך היא תצמצם את יכולתה לויתורים בזירה הבינלאומית. ואכן, מחקרים באירופה מוכיחים שטקטיקה זו מחזקת ממשלות במשא ומתן הבינלאומי. ניתוח המשאים והמתנים בין מדינות האיחוד האירופי בנוגע להעמקתו והרחבתו של האיחוד מלמד שמדינות שבהן הליך האשרור של ההסכמים שיתף שחקנים רבים יותר (המחוקק, העם) הצליחו להשיג הישגים גדולים יותר במשא

Putnam 110, לעיל הערה 32.

ומתן, הואיל והמדינות האחרות היו מוכנות לוותר להן כדי להבטיח את אשרור ההסכם.¹¹¹ יכול להיות שמסיבה זו החליטה ממשלת ישראל בעת המשא ומתן על הסכם השלום עם מצרים על העברת ההסכם לאשרור הכנסת.

כשם שהמשפט הבינלאומי משמש את הרשות המבצעת כדי לעקוף את הליך החקיקה, כך הוא יכול לשרת את בתי המשפט במדינה. הקביעה שהמשפט המנהגי הוא חלק מהמשפט הנוהג במדינה, גם ללא צורך בחקיקה, מקנה לבתי המשפט כלי חקיקתי רב עצמה. בשל הקושי הדוקטרינרי להוכיח את קיומו או היעדר קיומו של מנהג¹¹² תחולתו של המנהג במשפט הפנימי מאפשרת לבית המשפט להחיל את מה שהוא סובר שהוא מנהג. גם החזקה הפרשנית הקובעת כי יש לפרש חקיקה כתואמת את ההתחייבויות הבינלאומיות של המדינה מקנה לבית המשפט הזדמנות לתת תוקף לאמנות שהמדינה צד להן או להימנע מלתת להן תוקף. כך או כך יכול בית המשפט להשתמש במשפט הבינלאומי (כפי שמשפט זה מפורש על ידיו) כאמצעי להגביל את חופש התמרון של הרשויות האחרות במדינה.

כשם שמדינות ניצבות בפני כשלים אפשריים בהשאת התועלת המצרפית, כך גם בתי המשפט, והמשפט הבינלאומי משמש גם להם אמצעי להבטיח שיתוף פעולה לצמצום תופעות של "פורום-שופינג" (מצב שבו תובע יכול לבחור בין ערכות שיפוט שונות, ועושה זאת על פי השאלה באיזו ערכאה סיכוייו לזכות גדולים יותר) ולחצים המופעלים עליהם להיכנע לתכתיבים של בעלי עניין (למשל, תאגיד רב-לאומי שמחפש להשקיע במדינה שבתי המשפט שלה אינם מקפידים על רווחתם של העובדים). בתי המשפט נהנים מתקשורת טובה, המבוססת על כללים משפטיים זהים (אמנות) או דומים (זכויות אדם במשפט החוקתי הפנימי שנוסחן דומה) ועל מספר רב יחסית של מקרים שמגיעים להתדיינות. תקשורת זו יכולה להבטיח פעולה משותפת לאורך זמן. דוגמה טובה לכך היא אמנת האג בדבר חטיפות ילדים.¹¹³ האמנה מטילה על בתי המשפט הדנים במשמורת של קטינים לכבד זכויות משמורת שנקבעו במדינה שבה שהו הילדים לפני שנלקחו שלא כדין למדינת הפורום ולהחזירם מידיה למדינה שממנה הורחקו. האמנה אמנם מצמצמת את שיקול הדעת של בתי המשפט, אך עדיין מכירה בתנאים שבהם בית המשפט יימנע מהחזרת הילד. יוצא אפוא שהצלחת האמנה מותנית בשיתוף פעולה בין בתי המשפט, ואכן שיתוף פעולה זה בא לידי ביטוי בהכרה המשותפת בצורך להגיע לפרשנות מוסכמת וצרה של העילות לשלילת ההחזרה. כך למשל קבע בית המשפט העליון כי "כשמדובר באמנה בינלאומית היוצרת

111 למשל: ההישגים הבריטיים נבעו במידה רבה מהצהרתו של ראש ממשלת בריטניה כי ה"חוקה" האירופית תועמד למשאל עם.

112 ראו לעיל טקסט ליד הערה 56.

113 אמנת האג בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפת ילדים (25.10.1980) נקלטה במשפט הישראלי בחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991.

הדדיות בין המדינות המתקשרות, חשיבות רבה נודעת לאחידות בפרשנותה (אלא אם החקיקה הפנימית מורה אחרת).¹¹⁴ לפי השופט מ' חשין, ההדדיות כה חשובה עד שעל בית המשפט הישראלי לסמוך על בית המשפט הזר (במדינה שממנה נלקח הילד) כמו היה הוא עצמו.¹¹⁵ כדי להבטיח תקשורת מלאה בין בתי המשפט מפיצה ועידת האג למשפט בינלאומי פרטי עלון הסוקר פסיקה שמיישמת את האמנה וכן מאגר מידע אלקטרוני הכולל את ההחלטות השונות.¹¹⁶

דוגמה נוספת של שיתוף פעולה בין בתי משפט במדינות שונות היא הפרשנות המשותפת של האמנה בדבר זכויות הפליט (1951). המודעות לצורך להגיע לפרשנות דומה נובעת מהחשש שפערים בפרשנות ינתבו את הפליטים שבידם הבררה לפנות למדינה שבה נהוגה הגדרה רחבה של מושג הפליטות. בתי משפט שמחד רוצים לתת הגנה רחבה לפליטים ומאידך חוששים שארצם תהפוך למדינת המקלט של כל פליטי העולם יבקשו להבטיח פרשנות אחידה, וכך הם אמנם פועלים.¹¹⁷

היות שהן הרשות המבצעת והן הרשות השופטת יכולות להשתמש במשפט הבינלאומי, יכולים להיווצר מצבים של התנגשות בין הרשויות, ובתי המשפט במדינות השונות יגיבו להם על פי האתגר שמציבות להן הממשלות שלהם. לדוגמה, במסגרת העימות עם הטרור הגלובלי הסכימו ממשלות רבות על כללים שפגעו בזכויות של חשודים בפעילות טרור או תמיכה בו. מועצת הביטחון של האו"ם אימצה הליכים להקפאת רכוש של חשודים מבלי שניתנה להם זכות טיעון, אולם נאלצה לחזור בה ולשפר את איכות ההליך לאחר שנתקלה בהתנגדות של בתי המשפט לאכיפת הכללים הללו.¹¹⁸ האפשרות של בתי המשפט לשתף פעולה ולפעול כקבוצה הייתה ככל הנראה האמצעי היחיד להתגבר על דרישות מועצת הביטחון. ניתוח זה מעלה את ההשערה ששיתופי פעולה בין בתי משפט מדינתיים הם

114 בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פ"מ מו(3) 38 (1992).

115 ע"א 4391/96 רו נ' רו, פ"ד נ(5) 338, 351 (1997). פירוש מצומצם ודווקני של החריגים לחובת ההשבה הוכר בספרות: אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 183, 191 (1991); רוני שו" זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד? מחקרי משפט כ 421, 427 (2003).

116 http://www.hcch.net/index_en.php (תודה לאפרת זילברבוש על עבודת הסמינר שבה ניתחה את שיתופי הפעולה בין בתי המשפט בנוגע להחלת האמנה הזאת).

117 Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, 102 AMERICAN J. INT'L L 241 (2008).

118 בפרשת קאדי פסק בית הדין האירופי לצדק נגד אכיפת הוראות מועצת הביטחון על ידי הנציבות האירופית. ראו *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Sept. 3, 2008 (ECJ).

אמצעי אפקטיבי, אולי האפקטיבי ביותר, לפקח על קביעת מדיניות על ידי גופים בינלאומיים.

ו. ניתוח כלכלי של דיני הלחימה

לפני סיכום ניתן דעתנו על נושא אחד מני רבים שאותו שואף המשפט הבינלאומי להסדיר. ניתוח של אינטרס המדינות להתקשר בהסכמים בינלאומיים בנוגע להסדרת הלחימה הוא ותיק יחסית. כבר בשנות התשעים של המאה הקודמת היו כמה ניתוחים של דיני הלחימה לפי פרמטרים כלכליים.¹¹⁹ רוב הניתוחים עסקו בשאלת ההדדיות בין המדינות, או במילים אחרות – ניתחו את דיני הלחימה בכלים של דילמת האסיר. למדינות יש אינטרס להגביל את השימוש בנשק או להגביל את השימוש בפרקטיקות מסוימות של לחימה ולהגיע להסכמים הדדיים ביניהן על הגבלת הפגיעה באזרחים.¹²⁰ ניתוח זה לוקה בשניים: ראשית, הוא מדגיש יתר על המידה את האלמנט החיצוני של ההתחייבות, מניח שלמדינות יש אינטרס דומיננטי להפר את הכללים ומתעלם מהאינטרס הפנימי של המדינות להגביל את השימוש שלהן בנשק. שנית, ובהמשך לכך, ניתוח זה מדגיש את חשיבותה של ההדדיות בדיני הלחימה. התפיסה המקובלת בספרות הניתוח הכלכלי של דיני הלחימה היא שדיני הלחימה מושתתים על הדדיות, כלומר הדבר מותנה בהיותה של המדינה היריבה כפופה לאותן מגבלות (אני לא אשמיד את האזרחים שלך אם אתה לא תשמיד את האזרחים שלי). גישה זו מבוססת אפוא על ההנחה שה"משחק" המשוחק בעת לחימה הוא מסוג דילמת האסיר, ולכל

Eric A. Posner, *A Theory of the Laws of War* (September 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 160. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=332620> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.332620>; James Morrow, *The Laws of War, Common Conjectures, and Legal Systems in International Politics*, 31 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 41 (2002)

"If both sides hold the same number of prisoners, each has a simple and effective means of retaliation if its opponent mistreats its prisoners. If one has very few prisoners relative to the other, this means it is probably losing the war and so will fear punishment if it mistreats its few prisoners; also there will be few benefits, since the cost of maintaining only a few prisoners will be small. The winning side, which holds a disproportionate number of prisoners, can afford to maintain them, precisely because it is winning, and so has little to gain from mistreating them, especially since there is some, though perhaps only a small, risk that its opponent will retaliate against the prisoners that it holds." Richard A. Posner, *Some Economics of International Law: Comments on Conference Papers*, J.LEG. STUD. 321, 325 (2002)

מדינה עדיף שהאויב יקיים את הכללים אך היא תהיה משוחררת מהם, מכיון שההקפדה על דיני הלחימה מטילה מעמסה על המאמץ המלחמתי של המדינה.¹²¹ רעיון ההדדיות הפך להיות כל כך דומיננטי בעיני כותבים מסוימים, עד שכמעט אפשר לומר כי בעיניהם התועלת של דיני הלחימה הופכת להיות מבוססת רק על ההדדיות.

ניתוח חד-ממדי זה עורר קשיים בהצדקה לקיום כללי המשפט במצבים א-סימטריים, כמו למשל במאבק של מדינה נגד ארגונים תת-מדינתיים וארגוני טרור בשלבים מאוחרים של מלחמה שהייתה סימטרית, כאשר צד אחד עומד להפסיד והשני לנצח, וכן במצב של כיבוש שטח לאחר שכוחות האויב שהגנו עליו ניגפו. בכל המקרים האלו אין זה סביר כי הצדדים ינהגו בהדדיות זה כלפי זה, ולפיכך מגדל הקלפים של ההצדקה התועלתנית לדיני הלחימה מתמוטט כולו.

לאור הניתוח שהובא לעיל אפשר לספק הסבר חלופי לביסוסם של דיני הלחימה: התייחסות למשפט הבינלאומי כמייצג אינטרס פנימי של המדינות ושימוש בכלי הניתוח המודרניים של הניתוח הרציונלי של המשפט הבינלאומי יוכלו להוביל להצדקה חלופית של דיני הלחימה. מול גישת ההדדיות אפשר להציג גישה אחרת שעל פיה ההקפדה על דיני הלחימה היא לעתים אינטרס של המדינה שאינו תלוי בהתנהגות המדינה השנייה. לפחות באשר לנושאים מסוימים נקודה זו פשוטה למדי להסבר. הרצון להימנע מהשמדה של אוכלוסייה אזרחית ושל מפעלים חיוניים לקיומה הוא במקרים רבים גם אינטרס של המדינה המנצחת, שיודעת שהיא תצטרך לשלוט בשטח ולנהל את משאביו.¹²² שיקול זה הוזכר פעמים רבות על ידי גנרלים אנגלים וגרמנים כאשר השתתפו בניסוח דיני הלחימה באירופה במאה התשע-עשרה. דבר זה נכון גם לחלק מהמלחמות המודרניות הא-סימטריות שבהן למדינות יש אינטרס שלא לעורר נגדן את האוכלוסייה האזרחית.¹²³ ניתוח דומה יכול להיעשות בדבר פיתוח כלי נשק מסוימים או שימוש בהם, אשר יש לצדדים חוסר ביטחון בהפעלתם. למשל: Jeffrey Legro ניתח את ההיענות לכללי האיסור של שימוש בכלי נשק במלחמת העולם הראשונה ומצא שהנורמה האפקטיבית ביותר הייתה זו שאוסרת על שימוש

121 הדוגמה של מלחמת השוחות במלחמת העולם הראשונה היא אחת הדוגמאות הבולטות לדינמיקה של שיתוף פעולה בין אסירים: AXELROD, לעיל הערה 87.

122 הנחה זו נכונה בין שאנו עוסקים במקום שבו מדינה מבקשת לכבוש שטח (ואז היא כמובן מעוניינת באוכלוסייה אזרחית יצרנית) או במשפט הבינלאומי המודרני, כאשר מדינה מודעת ליתרונות הכלכליים היכולים לצמוח למדינה המנצחת אם תצליח לשקם את המדינה המנוצחת כיעד לסחורות ייצוא ואספקת שירותים.

123 במהלך הלחימה באפגניסטן אימץ הממשל האמריקאי מסמך המכונה COIN (ראשי תיבות של counter-insurgency), שעסק בכללי ההתנהגות הראויים בלחימה בשטח שבו פועלים ארגוני טרור מתוך אוכלוסייה אזרחית: *FM 3-24 Counterinsurgency*, Headquarters, Department of the Army, December (2006).

בכלי נשק כימי, פשוט מפני שהמדינות עצמן סברו כי מדובר בנשק לא בטיחותי ומסוכן להן עצמן.¹²⁴ לפי גישה זו אפוא לפחות חלק מדיניי הלחימה משקפים לא רק מאמץ לפתור את דילמת האסיר בין המדינות (מצב שבו אכיפת ההדדיות חיונית) כי אם גם מצבים של תיאום אינטרסים בין המדינות. דיניי הלחימה הם תוצאה של שילוב של שני המרכיבים. יתר על כן, במובן מסוים מתקיים שיווי משקל בין שני המצבים המשחוקיים: ככל שיש הדדיות בין הצבאות הלוחמים, גובר האינטרס של הצבאות לשמור על הכללים, והדאגה של השולח שהצבא – נציגו – יחרוג מהאינטרס שלו פוחתת; ככל שההדדיות מתחלפת ביחסים א-סימטריים גובר החשש שהנציג שההדדיות איננה מרסנת אותו יותר ינסה לבצע מחטף בניגוד לרצון שולחו. במקרה השני גובר האינטרס הפנימי בשמירה על דיניי הלחימה. אם הבעיה היא בעיה של תיאום בין המדינות, הרי לפי הניתוח שהצענו לעיל, לא היה צורך באמנות שקובעות כללים נוקשים. אז איך נסביר את קיומן של האמנות? הסבר אפשרי אחד הוא קיומם של כשלים בתוך המדינות שעלולים למנוע מהמדינה לשמור על הכללים שיבטיחו את האינטרס שלה עצמה. ראשית, קיים חשש שבעת הלחימה שיקולים לא רציונליים יאפילו על האינטרסים הקרים, וזעם, כאב ופחד ישתלטו על האוחזים בנשק. גם הבלבול וערפל הקרב עלולים ליצור פערי מידע שיובילו את הכוחות למסקנה המוטעית שהאויב מפר את הכללים עקב הערכות שגויות שלו. שנית, ולהערכתנו הוא העיקר, היות שניהול הלחימה נמסר לצבא, נוצרת בעיית נציג בין הרשות המבצעת לבין מפקדי הצבא, ובעיית נציג זו מכפילה עצמה בכל שלב בשרשרת הפיקוד הצבאי עד לרמת הלוחם הבודד.¹²⁵ הלוחם הבודד, ואולי גם מפקדיו, אינם רואים לנגד עיניהם את האינטרס הלאומי ארוך הטווח בשמירה על הכללים; הם מעוניינים בניצחון מהיר בסיכון מינימלי. דיניי הלחימה ואכיפתם החיצונית גם באמצעות בתי דין בינלאומיים משמשים אפוא כלי בידי הממשלות לצמצם את פערי המידע והאכיפה שנוצרים בעת לחימה בינם לבין הכוחות הלוחמים, שמונעים מהמדינה להגשים את האינטרסים ארוכי הטווח שלה.¹²⁶ אישוש לתאוריה זו אפשר למצוא בנסיבות שבהן נוצרו דיניי הלחימה. תקופת היווצרותם של דיניי הלחימה היא גם תקופת המעבר באירופה מלחימה באמצעות צבאות שכירים קטני

Jeffrey Legro, *Which Norms Matter? Revisiting the 'Failure' of Internationalism*, 51(1) 124 INTERNATIONAL ORGANIZATION 31-61 (1997).

דבר זה נכון ביתר שאת כיום, כאשר לחייל בודד כוח רב הן בגלל הטכנולוגיה הצבאית המתקדמת הן בגלל הגישה הנוחה למערכות התקשורת השונות.

ההנחה שבתי משפט משמשים כלי בידי הרשות המחוקקת ובידי המדינה כדי לשלוט ברשות המבצעת ובבירור קרטים מקובלת בספרות ה-Public Choice בנוגע למדיניות פנימית. ראו למשל: Matthew McCubbins, Roger G. Noll and Barry R. Weingast, *Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies*, 75 VA. L. REV. 431 (1989).

היקף ועיתירי ניסיון לצבא שהיה מבוסס על גיוס המוני. השכירים היו כפופים לכללי אתיקה מקצועית שנאכפו ביעילות ללא צורך באמנות בינלאומיות. לעומתם הלוחמים ההמוניים ומפקדיהם היוו אתגר לממשלות ואף למפקדים העליונים, ונוצר צורך להגביל את חופש פעולתם ולהבטיח שיקדמו את טובת מדינתם.

ז. סיכום : הערכת הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי

את הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי ראוי לראות על רקע המחלוקת בין משפטני הזרם הקלסי של המשפט הבינלאומי לבין חוקרי הזרם הראליסטי המשתייכים לתחום מדע המדינה : משפטני הזרם הקלסי עסקו בניתוח המשפט הבינלאומי כאילו היה מערכת משפט מושלמת, שלה תוקף כלמשפט הפנימי, ואילו חוקרי הזרם הראליסטי ממדע המדינה התעלמו במידה רבה מהמשפט הבינלאומי וראו בו צורת ביטוי ריקה מתוכן שמדינות משתמשות בה כדי להשיג הישגים פוליטיים.

הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי מגשר על פער זה בשתי דרכים : הדרך הראשונה היא הניתוח הרציונלי של המשפט הבינלאומי, המתמקד בהסבר מדוע מדינות נזקקות למשפט בינלאומי וכיצד הוא פועל. בניגוד למסורת הראליסטית מדגיג ניתוח זה את התועלת שבמשפט הבינלאומי וכיצד הוא מסייע לשיתוף הפעולה או פוגם בו ; הדרך השנייה היא ההסבר בדבר פונקציית המטרה העומדת בבסיס רבות מהנורמות של המשפט הבינלאומי, המסייע בהסברת עקרונותיו של המשפט הבינלאומי, הדוקטרינות העומדות בבסיסו והתועלת הצפויה למדינה מציות להוראותיו.

רבות מהביקורות המושמעות על הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי מבוססות בדיוק על נקודות אלו. הביקורת הראשונה היא כי הוא מתעלם מהיסודות המוסריים והאנליטיים של המשפט הבינלאומי. במילים אחרות, יש בניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי יסוד ציני המייחס למדינות פעולה על פי אינטרסים בלבד. גם אם יש משהו בביקורת זו בהתייחסה לגישה הכלכלית למשפט הפנימי, היא חלשה יותר בהתייחסה למדינות. ככל שמתייחסים למדינה כיחידה אחת, הנחת העבודה של מדעי החברה – ובעניין זה אין סיבה להניח אחרת באשר לסוגיות משפטיות – היא שמדינות פועלות משיקולים אינטרסנטיים. למעשה יש אולי דוגמה אחת בהיסטוריה שבה מדינה פעלה בניגוד לאינטרס שלה ועשתה זאת מתוך שיקולים מוסריים והוא מלחמתה של בריטניה בסחר העבדים במאה ההתשע-עשרה,¹²⁷ אבל גם במקרה זה אפשר לראות שאמנם המאבק להפסקת הסחר

Chaim D. Kaufmann, Robert A. Pape, *Explaining Costly International Moral Action: Britain's Sixty-year Campaign Against the Atlantic Slave Trade*, 53(4) INTERNATIONAL ORGANIZATION 631 (1999).

והלחימה בו נבעו ממניעים מוסריים, היזמה הצליחה לשנות את המדיניות הבריטית רק לאחר שהתנאים הכלכליים השתנו בעקבות המהפכה התעשייתית, וסחר העבדים לא הקנה עוד יתרונות למשק האנגלי.¹²⁸ לפיכך אנו סבורים כי ניתוח של כללים משפטיים בהתעלמות מהיותן של מדינות שחקניות רציונליות, השוקלות את מעשיהן לאור יחסי הכוחות הבינלאומיים, הוא פשוט התעלמות מן המציאות ופוגם ביכולת לחזות את התפתחות המשפט הבינלאומי.

התמונה משתנה מעט כאשר הניתוח נעשה תוך התחשבות בעובדה שהמדינה אינה יחידה מונוליתית. חוקרים רבים מהמשפט הבינלאומי, מתורת היחסים הבינלאומיים ומתחום הסוציולוגיה ציינו שמדינות אינן מתפקדות כיחידות בעלות עמדות אחידות, ושלמוסדות שונים בהן יש עמדות שונות.¹²⁹ ייתכן בהחלט שלמוסד בתוך המדינה יהיה רצון לקדם את זכויות האדם, את השמירה על הסביבה או את כיבוד המשפט ההומניטרי שלא מתוך אינטרס לאומי אלא משיקולים מוסדיים או ערכיים. לחלופין ייתכן שלגוף כזה יש אינטרס מורכב, המוביל אותו לקדם את המשפט הבינלאומי או להתנגד לו משיקולים שאי אפשר להסבירם או לצפותם מראש. במצבים המתוארים אי אפשר יהיה להגדיר מהו "אינטרס המדינה", פשוט מפני שלגופים שונים בתוך המדינה אינטרסים מנוגדים אלה לאלה. כך למשל אפשר להסביר את השינוי ביחס לדיני המלחמה בישראל בעליית כוחם של שני מוסדות שהפנימו את המשפט הבינלאומי אל תוך מערכת השיקולים שלהם לאו דווקא מאינטרס מסוים – בית המשפט העליון ומחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית.¹³⁰ ניתוח מלא של שאלות קיום ואכיפה של המשפט הבינלאומי צריך להביא בחשבון גם את יחסי הגומלין הפנימיים במדינה. עיקר הספרות הקיימת כעת בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט הבינלאומי עדיין מתייחסת למדינה כיחידה מונוליתית, אבל יש להניח כי שאלות אלו עוד יזכו לייצוג ולניתוח יסודיים יותר, בעתיד הקרוב.

- ADAM HOCHSCHILD, BURY THE CHAINS: THE BRITISH STRUGGLE TO ABOLISH SLAVERY 128 (2005).
- ANN-MARRIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER (1994); Thomas Risse, Katherine Sikkink, *The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction*, in THE POWER OF HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL NORMS AND DOMESTIC CHANGE 1-38 (Thomas Risse et. al. Eds., 1999); Harold H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 YALE L. J. 2599 (1997).
- Amichai Cohen, Stuart A. Cohen, *Israel and International Humanitarian Law Between the Neo-realism of State Security and the 'Soft Power' of Legal Acceptability*, 16 ISRAEL STUDIES 1 (2011).

משפט עסקי

פרק יד: תאגידים

מאת

אוריאל פרוקצ'יה*

הקדמה. א. הפירמה; 1. פעילות כלכלית מחוץ לפירמה; 2. פעילות כלכלית "בתוך" הפירמה; 3. פירמה, שוק ומה שביניהם, ועל גודלן המיטבי של פירמות; 4. הבחירה בסוג הפירמה; ה. דיני הפירמה כמענה לבעיית הנציג – מבט ממעוף הציפור. ב. תכלית החברה; 1. השאלה וחיבותה; 2. טענת השוירות; 3. הכלל היעיל: השאת ערכה המצרפי של החברה על כל מרכיביה; 4. בעיית הפילנתרופיה התאגידית. ג. האישיות המשפטית הנבדלת, הרמת המסך והגבלת האחריות; 1. מושגי יסוד משפטיים; 2. מהות הבעיה; 3. מסגרת מושגית: ההשפעות החיצוניות של האחריות המוגבלת וגבולותיהן. ד. חובות זהירות ואמונים – מסגרת כללית; 1. הקדמה; 2. חובות זהירות; 3. חובות אמונים. ה. חובות אמונים – מקרים מיוחדים; 1. הקדמה; 2. רכישת שליטה "פרטית"; 3. רכישת "דבוקת שליטה" בחברה שאין בה דבוקת שליטה; 4. כמה היבטים הנוגעים לשימוש במידע-פנים. ו. זכויות הצבעה; 1. צרור של שאלות; 2. טעמים כלכליים להצמדת זכויות הצבעה לזרם התשואה מן החברה; 3. התניות חוזיות על זכויות ההצבעה בחברה; 4. על אדישותם הרציונלית של בעלי המניות. כמה הערות אגב על תביעות נגזרות ותובענות ייצוגיות.

הקדמה

דיני התאגידים הם קרקע פורה במיוחד לניתוח הכלכלי של המשפט. התאגיד מפגיש בתוכו קהלים מגוונים, הכוללים בעלי מניות, נושים, עובדים, מנהלים, דירקטורים, ספקים, לקוחות ועוד. מפגש זה יוצר פקעת חוזית סבוכה. חלק מן החוזים המרכיבים את הפקעת הם מפורשים (כגון תקנון של חברה), וחלק אחר מוחל על החברה וקהליה כדין כופה (קוגנטי) או כבררת המחדל של דינים מרשים (דיספוזיטיביים). האופי החוזי של הפקעת מייבא אל

* בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה, והמרכז לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית.

תוך דיני התאגידים את כל המורכבות של דיני החוזים, על שלל היבטיהם הכלכליים (ראו במיוחד פרקים ד וז לעיל), אך לא רק אותה. נוסף על היותו פקעת חוזית התאגיד הוא גם שחקן קבוע בכמה שווקים (שוק ההון, שבו הוא מגייס את משאביו הכספיים; שוק העבודה, שבו הוא שוכר תשומות כוח אדם; שוק המוצרים, שבו הוא משווק את תוצרתו; שוק השליטה, שבו נקנות ונמכרות חברות לכל המרבה במחיר). הבנתם המדוקדקת של שווקים אלה חיונית להבנת מהלכיו של התאגיד ולהערכת איכות התנהלותו. כל אבני הבניין הללו שהתופעה התאגידית מורכבת מהן הן בלב לבה של הכלכלה. לא ייפלא אפוא שכמעט אי אפשר לעסוק בדיני התאגידים עיסוק מושכל, ללמד וללמוד אותם, מחוץ לפרדיגמה הכלכלית. זו גם הסיבה לכמויות העצומות של החומר העיוני שנכתבו תוך שימוש בגישה הכלכלית לדיני התאגידים. מטבע הדברים לא אוכל במסגרתו של ספר כללי זה לפרוס את מלוא היריעה ואתמקד רק בסוגיות שבבחינה שרירותית נראות לי מעניינות דיין כדי לנכס לעצמן מקום בפרק קצר זה.

הפרק מאורגן כדלקמן: בסעיף 1 אבאר את הסיבה להיווצרותן של פירמות, ומה קובע את גודלן ואת מבנה הבעלות בהן. הדיון בנושא זה מחייב הבנה טובה של מה שמכונה "בעיית הנציג", שהיא בעיית הבעיות של דיני התאגידים, ולכן גם התשתית להבנתה של בעיה זו תונח בסעיף 1. סעיף 2 מוקדש לליבון תכליתן של חברות: האם די להן בהשאת השווי של מניותיהן, או שמא עליהן לשרת גם קהלים אחרים שבתוכן ומחוץ להן. סעיף 3 מבאר את מושג האחריות המוגבלת האופיינית לחברות, אך לאו דווקא לתאגידים אחרים, ומשרטט את גבולותיו המיטביים – גבולות שמחוץ להם ראוי לבית המשפט "להרים את המסך" ולהתעלם מאישיותו המשפטית הנפרדת של התאגיד. סעיף 4 יוצק תבנית כלכלית להבנת שתי החובות המשפטיות העיקריות המוטלות על נושאי משרה ובעלי דעה (לא רק "בעלי שליטה" בחברה), הלוא הן חובות הזהירות והאמונים. סעיף 5 ממשיך בתוואי שהותווה בסעיף הקודם לו ובוחן מקרים מיוחדים של חובות זהירות ואמונים. הסעיף האחרון, סעיף 6, עוסק בבעיה המורכבת של זכויות הצבעה בחברה.

א. הפירמה

כל תאגיד הוא "פירמה" אם כי לא כל פירמה היא תאגיד. הפירמה היא ארגון שבתוכו מתבצעת פעילות כלכלית. במקום לבצע את הפעילות "בתוך" הארגון אפשר לבצע אותה ב"שוק". קיים הבדל עקרוני בין ביצוע פעילות כלכלית בפירמה לבין ביצועה בשוק.¹

1 פריצת הדרך שהבהירה את ההבחנה בין הפירמה לשוק היא עבודת הביכורים של הכלכלן רונלד קואס: Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386 (1937). עבודה מוקדמת זו של קואס קרמה עור וגידים בעבודיהם של שובלי תלמידים שבאו בעקבותיו.

1. פעילות כלכלית מחוץ לפירמה

מי שחפץ להיסמך על השוק לבדו מחויב להתקשר במערכת חוזית עם כל אחד מן הגורמים המעורבים בפעילות הכלכלית. למשל, מי שחפץ לייצר ולשווק סדקית חייב לקנות את חומרי הגלם ממי שסוחר בהם, לשכור קבלני ביצוע לצורך תהליך הייצור, מקרקעין לצורך ביצוע העבודה, מערכי שינוע להפצתה של הסחורה בשוק, רכישת שירותי דוברות, מחשוב, שיווק ויחסי ציבור ממי שמתמחה בכגון אלה וכיוצא בזה. כל אחד מן החוזים הנדרשים להפעלת העסק נתון למשא ומתן, ואף לאחד מן הצדדים אין עדיפות הייררכית ביחס למשנהו ואיננו כפוף להוראותיו, והריהו רשאי להגר ממשא ומתן אחד למשנהו (קרי להתקשר עם מתחרים) או לחדול מהתקשרויותיו החוזיות מכול וכול. ההיזקות לשוק כרוכה בהוצאות עסקה (transaction costs) גבוהות בשל ריבוי החוזים שיש לכרות ובשל חירותו של כל אחד מן הצדדים להתמקח (ולכן לייצר עלויות נוספות למי שמתקשר עמו) כדי לשפר את מצבו.

2. פעילות כלכלית "בתוך" הפירמה

במקום לבצע את הפעילות הכלכלית בשוק אפשר לבצע אותה בתוך ארגון, כלומר בפירמה. הארגון שוכר גורמי ייצור (למשל עובדים) לתקופה ממושכת, והללו, בתוקף חלותם של החוזים שבינם לבין הפירמה (חוזי העסקה, חוזים להשכרת מקרקעין, להשכרת כסף, קרי למתן הלוואות וכדומה), סרים למרותו של היזם. הפירמה חוסכת הוצאות עסקה כי גורמי הייצור החוזיים, ובראש ובראשונה העובדים, אינם מתמקחים על כל עסקה מחדש (אם כי הם עשויים להתמקח על תנאי עבודתם עם קבלתם לעבודה, ומפעם לפעם – על שיפור תנאים), והריהם מחויבים לבצע את המוטל עליהם על פי רצונו של מי שנמצא מעליהם בהייררכייה של הפירמה.

בצד היתרון של חיסכון בהוצאות העסקה ביצועה של הפעילות הכלכלית בתוך הפירמה סובל משני חסרונות עיקריים: ראשית, הפעילות שאיננה נסמכת על התקשרויות חוזיות נעשית תוך ציות למדרג ההייררכי, ולכן לא נקבע לה מחיר, כפי שהיה מתרחש אילו הייתה הפעילות מתחוללת בעולם החוזי. עובדה זו יכולה לטשטש, בעיני מקבלי החלטות, את יעילות החלטותיהם (למשל, הם עלולים להורות לעובדי הפירמה לעסוק בפעילות בזבזנית מבלי שתמרור האזהרה של מערכת המחירים מתריע על חוסר יעילותה של החלטה).

הבולט שבהם הוא OLIVER WILLIAMSON, THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM (1985). גם קואס וגם ויליאמסון, איש איש ותורו, זכו לפרס נובל בכלכלה.

החיסרון השני הוא הרבה יותר קריטי: הפירמה יוצרת נתק בין האינטרסים של המשקיעים לבין האינטרסים של השחקנים המופקדים על קבלת ההחלטות בפירמה.² אף על פי שאלה נשכרו כדי לייצג את האינטרסים של המשקיעים, הם עשויים להתפתות ולהעדיף את האינטרסים של עצמם (למשל לא לעבוד קשה או לרפד את קנם בטובות הנאה פרטיות שאינן עולות בקנה אחד עם טובות הנאה של המשקיעים). בד בבד עשויים מקבלי ההחלטות להתפתות להתנהג בצורה אופורטוניסטית (ולא יעילה) ביחס לגופי הייצור שעמם הם מתקשרים. למשל, הם יכולים להשיג הלוואות זולות כאשר הפירמה מנהלת את סיכונה בשמרנות, אך להעלות את רמת הסיכון לאחר שההלוואה כבר ניתנה. התנהגות מעין זו מכונה "אופורטוניסטית" כי אילו היו ספקי ההון מודעים לתכניותיה של הפירמה להעלות את רמת הסיכון, לא היו מספקים לה הון "זול", כלומר היו דורשים ריבית גבוהה יותר.³ בעיה זו, על שני היבטיה הפוכים,⁴ מכונה "בעיית הנציג" (agency problem), ועלויותיה מכונות "עלויות הנציגות" (agency costs). בעיית הנציג היא בעיית הבעיות של דיני החברות,⁵ ולהבהרתה הנוספת יוקדש סעיף ה להלן. עתה די להזכיר כי היא מטילה על מי שעלול להיפגע ממנה שלושה סוגים עיקריים של עלויות: עלויות ניטור (monitoring) האיכות של פעולתם של הנציגים, המוצאות על ידי המשקיעים (למשל, העלויות הכרוכות בהעסקת מפקחים על הנציגים); עלויות הבטחת נאמנות (bonding), המוטלות על הנציגים עצמם (למשל, הסכמתם למשטר הכופה גילוי שכרם האישי או האוסר עליהם לעסוק

- 2 הקניין המגולם בהשקעתו של אדם בפירמה, בעיקר בפירמה גדולה, שונה מכל יתר הקניינים. כרגיל, הקניין מעניק לבעליו יכולת שליטה ברכושו. למשל, בעליו של שעון בן חורין למכרו, לשעבדו או להשליך אותו לירקון. הקניין בניירות ערך של פירמה עלול להיות מנותק מכוח השליטה המועתק למקבלי החלטות אחרים, למשל המנהלים. על תופעה זו עמדו עוד בשליש הראשון של המאה העשרים, והוויכוח על משמעויותיה סוער עד היום. ראו ADOLPH BERLE, GARDINER MEANS, THE MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY (1933).
- 3 מלווים מתמחרים את האשראי שהם מוכנים להעמיד לרשות הפירמה לפי רמת הסיכון של אי-החזרת ההלוואה. לא תמיד אפשר למנוע בחוזים הנכרתים מראש הגדלה של רמת הסיכון לאחר נטילת האשראי. התנהגות של לוויים המנצלת פרצה זו ביכולת ההתגוננות של המלווים היא "אופורטוניסטית" ואיננה יעילה (מלווים נאלצים לגבות פרמיה מכל הלווים כדי לכסות את העלויות הנגרמות על ידי מקצת הלווים, המתנהגים באופן אופורטוניסטי).
- 4 היבט אחד הוא כאשר היוזמים מנוצלים על ידי שכיריהם, למשל המנהלים. היבט "הפוך" הוא כאשר היוזמים מנוצלים גורמי ייצור אחרים, כגון מלווים, שאין להם חלק בהליך קבלת ההחלטות בפירמה.
- 5 על כך עמדו רבים וטובים. ראו למשל זוהר גושן במאמרו "בעיית הנציג" כתאוריה מאחדת לדיני התאגידים, ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקציה 239 (1996).

בעיסוקים נוספים מחוץ לפירמה); עלויות שירות, המוגדרות כעלויות הנגרמות בשל אי-נאמנותם של הנציגים, ששני האמצעים הקודמים לא הצליחו לבער.⁶

3. פירמה, שוק ומה שביניהם, ועל גודלן המיטבי של פירמות

החלטה רציונלית אם לבצע את הפעילות הכלכלית מחוץ לפירמה, דהיינו בשוק, או בתוך הארגון הקרוי פירמה תלויה באומדן העלויות היחסיות של שתי דרכי הפעולה. אם הוצאות העסקה הכרוכות בפעילות השוקית עולות בשיעורן על עלויות הנציגות ועלויות הוויתור על איתותי המחירים הכרוכות בפעילות בפירמה, הקמתה של הפירמה וניהול הפעילות הכלכלית באמצעותה היא הדרך המועדפת. אם ההפך הוא הנכון, מוטב להיסמך על השוק. יש להדגיש כי הבחירה בין שתי החלופות יכולה להיות מעורבת. פירמות הבוחרות באסטרטגיה מעורבת מנהלות מקצת פעילותן הכלכלית בתוכן פנימה, ואת היתר הן מוציאות למיקור-חוץ (outsourcing). למשל, מערך יחסי הציבור של הפירמה או הייעוץ המשפטי יכול להתבצע, על פי החלטת היזם, על ידי עובדים שכירים או על ידי משרד יחסי ציבור או פרקליטים שאינם עובדים שכירים של הפירמה.

מערכת שיקולים זו גם קובעת את גודלה המיטבי של הפירמה. עלויות הנציגות, ובראש ובראשונה עלויות הניטור של הפירמה, גדלות בהתמדה ככל שהפירמה מתרחבת. אם הפירמה קטנה, הקשר בין היזם לבין עובדיו הוא קרוב, ואין הוא זקוק לאמצעי ניטור יקרים כדי להבטיח את נאמנותם של העובדים (ויתר גורמי הייצור). לעומת זאת פירמות גדולות מצריכות השקעה בפיקוח על הנציגים ובפיקוח על מפקחי הנציגים. דוגמה בולטת לעלויות מעין אלה היא עלות הקמתו ותחזוקתו של הדירקטוריון, שתפקידו כידוע איננו לנהל את הפירמה אלא להתוות מדיניות הרצויה למשקיעיה ולהבטיח שהנציגים (המנהלים) לא יסטו ממנה.⁷

בפירמות קטנות גם קל לאמוד את תרומתו השולית של כל גורם ייצור לשורת הרווח התחתונה. ככל שהפירמה גדולה יותר, הקשר הקרוב בין היזם לעובדיו מיטשטש, ותרומתו השולית של כל גורם ייצור נעשית קשה יותר לפיענוח בתוך המכלול הגדול.⁸ כדי למתן את

6 העבודה הקנונית בנושא זה היא Michael Jensen, William Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Capital Structure*, 3 J. OF FINANCIAL ECONOMICS 305 (1976).

7 ברוח זו קובע סעיף 92 לחוק החברות את תפקידי הדירקטוריון כמי ש"יתווה את מדיניות החברה ויפקח על ביצוע תפקידי המנהל הכללי ופעולותיו".

8 אם פועל יחיד חופר שוחה, עומק השוחה מגדיר את תרומתו של אותו עובד לחפירה. אם השוחה נחפרת על ידי מאה פועלים, קשה לאמוד כמה עמל הושקע על ידי כל אחד מן החופרים.

פוטנציאל הנזק, ככל שהפירמה גדלה כך עליה להשקיע משאבים גדולים יותר בשמירת צעדיהם של נציגיה.

באספקלריה של התאוריה הארגונית הגודל המיטבי של הפירמה נקבע כאשר התרחבות נוספת שלה מעלה את עלויות הנציגות אל מעבר להוצאות העסקה שהיו צפויות בפעילות שוקית. כל עוד הפירמה היא קטנה, שכיח יותר שהוצאות העסקה השוקיות עולות בשיעורן על הוצאות הניטור, ולכן מוטב לבצע את הפעילות הכלכלית במסגרת הפירמה.⁹ אך אין זה רצוי שהפירמה תגדל מעבר לנקודה שבה הוצאות הניטור נעשות יקרות מן האלטרנטיבה השוקית. ברור שהאופטימום אינו מושג באותה נקודה לכל סוג של פירמה. למשל, פירמות תעשייתיות נוטות להיות גדולות יותר כי האלטרנטיבה השוקית "מורכבת", דהיינו היא מצריכה מספר גדול מדי של חוזים. ריבוי החוזים היה מעלה את הוצאות העסקה לרמה כזו שמוטב לפירמה לחסוך אותן ולשאת בהוצאות הנציגות הנדרשות בשל העסקתם של נציגים. דוגמה מאלפת נוספת מופיעה בהערת השוליים.¹⁰

9 לעתים קרובות הוצאות העסקה השוקיות מכילות מרכיב "קבוע" (קרי שאינו תלוי בגודל העסקה) גבוה יחסית. למשל, הכנת חוזה לרכישת דונם אחד של קרקע ולרכישת מאה דונם של קרקע יכולה לתבוע כמות דומה של משאבים, למרות ההבדל הגדול בשווי העסקה. לכן פעילות כלכלית מצומצמת עשויה להיות יעילה בפירמה יותר מאשר בשוק, מה שמסביר (בצד הסברים נוספים) את הכמות העצומה של פירמות קטנות. ככל שהפירמה גדלה עולה משקלן של עלויות הנציגות, ובשלב מסוים הן עולות בשיעורן על הרווח (שכאמור חלקו הגדול קבוע) של ההימנעות מן השוק. בנקודה זו הפירמה חדלה לגדול.

10 לקראת מחצית המאה התשע-עשרה התחוללה מהפכה בתנועות הרכבות בארצות הברית: חברות מסילות ברזל קטנות אשר שינעו נוסעים וסחורה למרחקים קצרים, התמזגו ביניהן ויצרו ענקים תאגידיים ששלטו על אלפי קילומטרים של מסילה. לעומת זאת גם לאחר שסחורות התחילו להשתנע במשאיות (trucking) פסחה תנועת המיזוגים על תעשיית שינוע זו, שהמשיכה להתאפיין בריבוי פירמות קטנות. כיצד אפשר להסביר הבדל זה? חברות מסילות ברזל קטנות לא היו יכולות לספק את שאיפות לקוחותיהן לשינוע רחוק-טווח מבלי להתקשר ביניהן במערכת חוזית ענפה. כל אחת מפירמות אלה חששה כי ההשקעה הגדולה בהנחת המסילה והתשתית שבסביבתה הגאוגרפית תרד לטמיון אם חוזים אלה יתפוררו מסיבה זו או אחרת. כדי להסיר סיכון זה נוצרו המיזוגים שהחליפו את השוק בארגון הממוזג. לעומת זאת תעשיית המשאיות אינה מושקעת בנכסים המרותקים לסביבה גאוגרפית כלשהי, ולכן עלויות החוזים של כל תאגיד בתעשייה זו אינן כבדות כל כך. כאשר השוק אטרקטיבי יותר, הצורך בתאגיד גדול שהוא תוצאה של מיזוג קורן פחות. ראו WILLIAMSON, לעיל הערה 1, בעמ' 274 ואילך. אין זה מקרה כי גם בישראל יש לנו ארגון רכבות אחד (רכבת ישראל) ותאגידי שינוע יבשתי (שלא במסילות ברזל) רבים. בזמן כתיבת שורות אלה משרד התחבורה דן באפשרות פיצולה של רכבת ישראל לכמה חברות. הסבר עיוני אפשרי למהלך זה נעוץ בהתנהלות עובדי הרכבת, המרבים בשביתות ובשיבושי עבודה אחרים. התנהלות זו מעלה את עלויות הנציגות של הפירמה וגורעת מן האטרקטיביות שלה כארגון-ג. אם המהלך המתוכנן יאפשר לממשלה

4. הבחירה בסוג הפירמה

תפריט הפירמות בישראל הוא עשיר ומגוון. לא נדון כאן בכל האפשרויות ונסתפק בשתי דוגמאות להמחשת השיקולים הכלכליים בבחירת סוג הפירמה. כדי לפשט את התמונה ולהותיר את הטקסט ידידותי לקורא, אתעלם ביודעין מממד המס. ברור שככל שדיני המס נותנים יתרון לפירמה מסוג פלוני (למשל שותפות) על פני פירמות מסוגים אחרים (למשל חברה "רגילה", כלומר כזו שדיני המס אינם מעניקים לה יתרונות פיסקליים ניכרים, או אפילו מפלים אותה לרעה), צפוי כי יזמים ייענו לתמריץ וייטו לבחור בסוג הפירמה שדרכה הם יכולים למזער את נטל המס.

קיימות פירמות, כמו כמעט כל הפירמות התעשייתיות, שהן בבעלות משקיעים. פירמות אחרות, כמו שותפויות פרופסיונליות (רואי חשבון, אדריכלים וכדומה), הן בדרך כלל בבעלות עובדים. הנוכל לזהות את הטעם הכלכלי לבחירה בין שני סוגי פירמות אלה? רוב הדיון בשאלה זו נושא אופי פוליטי, ואין לנו עניין בו במסגרת חיבור זה. מבחינה כלכלית אכן הבוחן העיקרית היא מהן התשומות העיקריות הנדרשות לתהליך הייצור. פירמות עתירות-עבודה יכולות להתקיים בבעלות עובדיהן, ובכך לחסוך להן את העלויות הבלתי מבוטלות הכרוכות בגיוס הון: כאשר גיוס ההון איננו חיוני כדאי לחסוך את עלויותיו. למשל, משרדי עורכי דין אינם מצריכים השקעה הונית רבה, והייצור נסמך על עבודתם של השותפים במשרד, שהם גם הבעלים, הממנפים את רווחיהם על ידי העסקת שכירים.¹¹ חברות תעשייתיות, המתאפיינות בתשואה עולה לגודל,¹² זקוקות להון עתק, שהוא מעבר ליכולתם של היזמים לתרום לעסק, ולכן הן נאלצות לשתף את ציבור המשקיעים בבעלות על הפירמה.

גם מבלי להביא בחשבון את יכולתם הכספית המוגבלת של הבעלים סביר להניח כי כמות ההון שהעובדים היו מוכנים להשקיע בעסק, ללא שיתוף משקיעים מבחוץ, הייתה

להקטין את עלויות הנציגות באמצעות הסתמכות רבה יותר על השוק (מיקור-חוץ של סוגי פעילות שנעשו עד כה במסגרת הארגון), יש למהלך היתכנות כלכלית.

11 "מנוף פיננסי" (leverage) נעשה כאשר הבעלים השיווי של עסק מגייס גורמי ייצור המתוגמלים בתגמול ששיעורו נקבע מראש (למשל שכר עבודה או ריבית על הלוואה). אם תפוקתם השולית של גורמי ייצור אלה עולה בשיעורה על התגמול, העודף מתווסף לרווחיו של הבעלים השיווי.

12 לפירמה יש "תשואה עולה לגודל" אם כאשר היא מכפילה את ההשקעה בתשומותיה בגודל קבוע (למשל, פי 2), תפוקתה גדלה ביותר מן המכפלה באותו גודל קבוע (יותר מפי 2, בדוגמה דלעיל). תופעה זו צפויה להתרחש בעיקר כאשר בפונקציית ההוצאות של הפירמה קיים מרכיב קבוע גדול (fixed cost), ולכן ההוצאה הממוצעת שלה (average cost) הולכת ופוחתת, לפחות בתחומים הרלוונטיים, ככל שהיא מייצרת מספר גדול יותר של מוצרים.

נמוכה מן האופטימום. הסיבה היא כי אופק תועלתם של העובדים מוגבל בתוחלת חייהם,¹³ ולכן גם אם השקעה לטווח ארוך הייתה יכולה להיטיב עם הפירמה, אך היכולת לקצור את פרותיה הייתה ניתנת למימוש רק בדורות הבאים (למשל, מקרים רבים של השקעה במו"פ), סביר להניח כי העובדים היו מסרבים להשקיעה. פירמה מעיין זו הייתה מתקשה להתחרות עם פירמות אחרות שבבעלות משקיעים, שהיו מזרימות לעסק את כמות ההון המיטבית. משקיעים אלה אינם צריכים לחשוש מן הבעיה הבין-דורית, כי ערך ניירות הערך שהם מקבלים תמורת השקעתם משקף גם את הערך המהוון של תשואות העתיד. בעיית האופק ניתנת לפתרון באופן תאורטי בפירמות שבבעלות העובדים על ידי חיקוי מה שנעשה בחברות בבעלות משקיעים, קרי הקצאת ניירות ערך סחירים לעובדים המגלמים במחירם את הצפי לרווחים עתידיים, גם אלה שמעבר לתוחלת חייהם. במציאות אנו צופים בפתרון חלקי בלבד ברוח זו.¹⁴ הכוונה היא לאגודות שיתופיות המקצות לחבריהן, העובדים בהן, מניה הניתנת למכירה (כמו בקואופרטיב אגד) שיש בה מרכיבים המגלמים את שווי ההשקעה לטווח ארוך. עם זאת הפתרון הוא חלקי בלבד, כי אפשר לממש את המניה רק פעם אחת, ועם המימוש פוקעת חברותו של העובד באגודה. לכן עובד המעוניין להקדים את הנאתו מן ההשקעה לטווח ארוך מנוע מלעשות כן, כי כל עוד הוא מעוניין שלא לפרוש מן העבודה או להסתפק בתנאי העבודה הנחותים של השכירים, עליו להמשיך ולהחזיק במנייתו.

רוב הפירמות מתנהלות לשם הפקת רווחים. עם זאת ואף על פי שאין פירמה השואפת להפסדים, קיימות פירמות שאינן למטרות רווח. האם אפשר לאתר דפוסים של ממשל תאגידי המתאימים לכל אחד משני סוגי תאגידים אלה? תאגיד שאינו למטרות רווח נבדל מתאגידים אחרים בזהותם של ספקי ההון שלו ובמעמדם במוסדות התאגיד. ספקי הון אלה הם בדרך כלל תורמים, ובעקיפין גם המדינה (באמצעות הטבות המס שהיא מעניקה הן לתאגיד והן לתורמים). לא זו ולא אלה מיוצגים במוסדות התאגיד, בשונה מן המצב בתאגידים למטרות רווח, שבהם ספקי ההון הם הבעלים של הפירמה, ובתור שכאלה הם מיוצגים במוסדותיה, ועל כן מסוגלים, במישרין או בעקיפין, לנטר את התנהגות הנציגים. אלמלא נקבעו לתאגיד שאינו למטרות רווח תחליפים סבירים למאמצי הניטור של משקיעי ההון, אי אפשר היה לשכנע אותם להשקיעו מתוך החשש שהוא היה מושם על קרן הצבי. מתוך שיקול זה תאגידים שאינם למטרות רווח נבדלים בממשל התאגידי שלהם מתאגידים

13 נניח כי תוחלת חייו של עובד פלוני היא t שנים, אך פרות ההשקעה לטווח ארוך צפויים להתממש רק לאחר מכן. עובד רציונלי יסרב להשקיע אותה כדי להימנע מסבסוד הדורות הבאים. ראו Posner, *Economic Analysis of Law* 421 ff (7th ed., 2007) (להלן – פוזנר).

14 פה ושם אפשר לצפות בתעשיות עתירות הון בבעלות העובדים. חלק מהן נחל כישלון, כמו למשל ביוגוסלביה של טיטו, וחלק אחר עלה, לפחות באופן זמני, על דרך המלך.

לשם רווח בשני נושאים עיקריים: הם נתונים לפיקוח ממשלתי צמוד הרבה יותר,¹⁵ וכן עליהם להתנהל למטרות הציבוריות שלשמן הוקמו, וחל עליהם איסור חמור לייעד את רווחיהם לחלוקה.¹⁶ בעיקרון, לא צריכים להיות הבדלי משטר נוספים בין שני סוגי התאגידים.¹⁷ אחת המסקנות הנובעות מכך היא שכדאי להחיל את דיני החברות הרגילים גם על תאגידים שאינם למטרות רווח שאינם חברות (למשל עמותות, הנשלטות על ידי חוק העמותות) אלא אם כן הדינים המיוחדים החלים עליהם קובעים במפורש הסדרים אחרים.¹⁸ שאלה נאה היא על שום מה ניאונה המדינה לממן את פעילותם של תאגידים שאינם למטרות רווח באמצעות הטבות מס (מתן פטור ממס לתאגידים עצמם והכרה בחלק מהתרומות שהם מקבלים כהוצאה מוכרת אצל התורמים). ההסבר האינטואיטיבי לכך הוא שתאגידים שאינם למטרות רווח מייצרים מוצרים ציבוריים, כגון סיוע לעניים או תמיכה במוסדות תרבות. מן הסיבה הזאת אין זה אפשרי לספק כמות נאותה מהם תוך שימוש במנגנון השוק.¹⁹ לכאורה, המדינה הייתה אמורה לייצר מוצרים ציבוריים אלה מתוך קופת

- 15 ראו למשל החלק התשיעי, פרק ראשון א לחוק החברות, הדין ב"חברות לתועלת הציבור". בין יתר האמצעים הרגולטוריים המיוחדים לסוג זה של תאגיד אפשר להזכיר את האפשרות למנות חוקר מטעם רשם ההקדשות, שתפקידו לוודא את מילוי הוראות החוק (סעיף 345 יח לחוק).
- 16 חברה לתועלת הציבור מוגדרת בסעיף 345א לחוק כ"חברה שבתקונה נקבעו מטרות ציבוריות בלבד וכן איסור על חלוקת רווחים או חלוקה אחרת לבעלי מניותיה". החוק גם קובע מנגנונים המקשים עקיפת איסור חלוקת הרווחים. למשל, כאשר תאגיד שאינו למטרות רווח מתפרק, ונותרים בקופתו אמצעים גם לאחר תשלום חובותיו, אפשר להשתמש באמצעים אלה רק למטרותיו של תאגיד אחר שאינו למטרות רווח, שנועד למטרות הקרובות ככל האפשר לאלה של התאגיד שהתפרק. כמו כן אי אפשר למזג תאגיד שאינו למטרות רווח אל תוך תאגיד למטרות רווח ובכך לתעל את משאביו למטרות הרווח של התאגיד השורד.
- 17 הסיבה העיקרית מדוע ראה המחוקק לנכון לחוקק חוק מיוחד להסדרת פעולתן של חברות לתועלת הציבור, בהתחשב באפשרות שהייתה פתוחה עוד משנת 1980 לרשום עמותות, שגם הן תאגידים שאינם למטרות רווח, היא כי חפץ הוא להחיל על תאגידים אלה את דיני החברות ה"רגילים" ולא את דיני העמותות, שהמבנה שלהם מחורר הרבה יותר ובלתי מספק. בר הסמכא החשוב ביותר בכל הנוגע לצורות ההתאגדות השונות וכן להבחנות בין תאגידים בבעלות משקיעים לבין תאגידים בבעלות עובדים, ולצרכים הרגולטוריים המיוחדים לתאגידים שאינם למטרות רווח – הוא ללא ספק הנרי הנסמן. ראו למשל את ספרו, HENRY HANSMANN, THE OWNERSHIP OF ENTERPRISE (1996).
- 18 למשל, חובות הזהירות, המיומנות והאמונים, החלות על נושאי משרה בחברה, ראוי להן לחול גם על נושאי משרה בעמותות אף על פי שחוק העמותות אינו קובע זאת במפורש (חוק העמותות מלא ב"לקונות").
- 19 גם לו הנחנו כי לכל האזרחים היה עניין בפריחה תרבותית, אי אפשר היה לשווק מוסדות תרבות דרך מנגנון השוק, כי לכל אזרח היה תמריץ ליהנות מתרומת זולתו (to free ride) ולא לשאת בנטל מימנה של התרבות מכיסו, וזאת משום שזהותם של התורמים אינה קובעת את

הציבור, ממש כפי שהיא מייצרת ביטחון או סוללת כבישים. אולם למוצרים הציבוריים המיוצרים על ידי תאגידים שאינם למטרות רווח יש אופי סקטוריאלי יותר (למשל הקמת בית כנסת או השקעה במגרש ספורט), ולכן ראוי יותר שהנהנים העיקריים ממוצרים אלה, קרי בדוגמאות דלעיל: באי בית הכנסת או אוהדי הקבוצה שמגרש הספורט מיועד לה, ישתתפו במימון המוצר הציבורי מבלי להעמיס את כל הנטל על הציבור הרחב. אכן, מימנם של תאגידים שלא למטרות רווח הוא מפעל משותף של המדינה ושל תורמים פרטיים. אפשר אפוא לומר כי גם הבחירה בסוג זה של תאגיד נעשית במשותף על ידי הפרטים המעוניינים בקיומו ועל ידי החברה בכללותה.

5. דיני הפירמה כמענה לבעיית הנציג – מבט ממעוף הציפור

בשל מרכזיותה של בעיית הנציג בתאוריה של הפירמה ראוי להקדים ולהציג באופן סכמתי את עיקריה של בעיה זו כבר כאן. התובנות העקרוניות המוצגות כאן בקצרה תשובנה להעסיק אותנו בחלקיו האחרים של פרק זה. בעיית הנציג היא אורחת של קבע בכל פירמה, ולמעשה בכל צורה של יחסי אנוש שבהם אדם אחד מפקיד את רכושו בידי הזולת.²⁰ אך הואיל והחיץ שבין הבעלות לבין השליטה רחב בחברה הציבורית יותר מאשר בסוגי הארגונים האחרים,²¹ החברה הציבורית יוצרת אתגר מיוחד בדרכי ההתמודדות עם בעיה זו. על שום כך האמור בפסקה זו מתייחס במיוחד לחברות ציבוריות. תהיינה חברות ציבוריות אלה כמשל ויתר הארגונים כנמשל.

זהותם של הנהנים. גם מי שלא תרם למוצר הציבורי יכול ליהנות ממנו בצוותא חדא עם אלה שתרמו.

20 עמד על כך השופט ברק בפרשת קוסוי המפורסמת – ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984). במשפט זה עמדה לדיון אחרותם של בעלי שליטה בחברה כלפי החברה ובעלי מניותיה. היום חוק החברות קובע במפורש את קיומה של חובה זו, אך בתקופה הקובעת שנדונה בהלכת קוסוי הדין הישראלי החקוק טרם אמר את דברו. בהטילו אחריות על בעלי השליטה הסתמך השופט ברק על העיקרון הכללי האמור, המשדך אחריות לכל כוח שניתן לאדם אחד ביחס לרכושו של זולתו – "כוח ללא אחריות משול להפקרות". אפשר להעלות על הדעת עוד מקרים רבים של יישום תובנה עקרונית זו גם בעתיד וגם במקרים שהמחוקק נקט מילים המשתמעות לשני פנים, למשל, משקיעים מוסדיים שבידם הכוח להכריע בשאלה אם אפשר למרק עסקאות הנגועות בעניין אישי של בעל השליטה (ראו סעיף 275 לחוק החברות), חייבים להפעיל כוח זה בהירות ובאמונים.

21 בחברות ציבוריות הבעיה חריפה יותר מאשר בארגונים אחרים, כי המשקיעים בחברות הציבוריות מודרים מהליך קבלת ההחלטות בתאגיד תוך שהם סומכים בעניין זה על אחרים. הדרה זו מתקיימת במידה פחותה בהרבה בסוגים אחרים של ארגונים, כולל בחברות פרטיות קטנות.

היכן מתעוררת בעיית הנציג בחברה הציבורית הגדולה? על כל צעד ושעל. בראש ובראשונה, ביחסים שבין המשקיעים למנהלים. הטעם הכלכלי ב"שותפות" בין שתי קהילות אלה הוא שלמשקיעים יש (ביחד) משאבי הון גדולים אך יכולת דלה לנהל אותו; למנהלים יש ידע ניהולי אך אין להם משאבי הון גדולים משל עצמם. המשקיעים ממנים את המנהלים להיות מופקדים על כספם ומקווים לטוב, אך למנהלים יש סדר יום משל עצמם, ואילו היינו מניחים אותם לנפשם, היו עלולים להתפתות לרע. זוהי בעיית הנציג מספר אחת. בישראל נפוצה בעיית נציג חמורה לא פחות – בין בעלי השליטה לבין בעלי מניות המיעוט בחברה ("בעיית הנציג תוצרת הארץ"). הראשונים שולטים לא רק בכספם שלהם אלא גם בכספי הציבור, אך הם עלולים להטות הזדמנויות לטובתם ולהותיר את בעלי המניות מקרב הציבור וידיהם על ראשם. בעיית הנציג "תוצרת הארץ" מקבלת ממד מיוחד של חומרה מטעמים פסיכולוגיים. לעתים קרובות בעלי השליטה הקימו את החברה בעשר אצבעותיהם, ולכן גם לאחר שהנפיקה ניירות ערך לציבור ושיתפה אותו בבעלות בפירמה, בעלי השליטה עדיין נוטים לראות ביציר כפיהם משהו השייך להם, ואילו בציבור הם רואים שותף זוטר מדרגה שנייה. בעיית נציג מרכזית שלישית היא ביחס שבין בעלי המניות לבין הנושים. הנושים מעוניינים במדיניות ניהולית שמרנית ככל האפשר, שתותיר די כסף בקופתה של החברה לשרת את החוב ותמזער את סיכויי חדלות הפירעון. מלבד יעד זה אין לנושים אינטרס של ממש, כי אין להם כל ציפייה, בכושם כנושים, להשתתף ברווחיה השיוויים של הפירמה. בעלי המניות, שעל פיהם, או על פי שלוחיהם, יישק דבר, חפצים במדיניות עסקית הרפתקנית, כי אם ההרפתקה עולה יפה הם זוכים ברווחיה, ואילו אם היא נכשלת עיקר הנטל של חדלות הפירעון רובץ לפתחם של הנושים.²² בצד שלוש בעיות נציג טיפוסיות אלה דיני החברות רוויים בבעיות נציג נוספות.²³

דרך טובה להשקיף על דיני החברות היא לפרש אותם כמעין תשובה לשאלה. השאלה היא זו: כיצד אפשר להשיג את יתרונותיה של החברה הציבורית הגדולה – יתרונות לגודל,

22 בעלי מניות טיפוסיים גם אינם מתאפיינים בשנאת סיכון, כי בהחזיקם בתיק ניירות ערך "מגוון" (diversified) יש בכוחם לנטרל את כל הסיכונים שהם ספציפיים לפירמה זו או אחרת (להבדיל מ"סיכוני שוק" – אלה שהתרחשותם עלולה להשפיע על שערי ניירות הערך של כל החברות באותו כיוון, למשל כאשר פורצת מלחמה).

23 למשל, כאלה הנובעות מניגודי עניינים בין בעלי מניות רגילות לבין בעלי ניירות ערך מסוגים אחרים (חוץ מניירות חוב שכבר הוזכרו בטקסט), כגון אופציות לסוגיהן השונים, מניות בכורה לסוגיהן השונים, מניות הנבדלות אלה מאלה בזכויות ההצבעה שלהן ועוד. בעיות נציג נוספות עלולות להתעורר בהקשר היחסים עם עובדי החברה: למשל, דירקטור הממונה על ידי העובדים עלול להביא בחשבון הצבעתו את האינטרסים הסקטוריאליים שלו ולשימם מעל אלה של התאגיד, ולעומתו דירקטור המייצג את בעלי המניות עלול שלא להביא בחשבון די הצורך את האינטרסים של העובדים.

אפיק יעיל לחיסכון ולהשקעה, מכשיר להקצאה יעילה של המקורות במשק וכיוצא בזה – תוך מזעור עלויותיה של בעיית הנציג? עלינו לזכור: אילו עלויות אלה לא היו נשמרות ברמה צנועה המתקבלת על הדעת, אי אפשר היה לממש יתרונות אלה, שכן התנאי לניהול העסק בתוך הפירמה, להבדיל מאשר בשוק, קרי עלויות נציגות נמוכות מעלויות העסקה הכרוכות בהזדקקות לשוק, לא היה מתקיים. זוהי אפוא השאלה. התשובה לשאלה חבויה בפרטיהם של דיני החברות הציבוריות.

תשובה זו מתבטאת בשלושה היבטים עיקריים: בצורת ארגונה של החברה, בחובות המשפטיות המוטלות על הנציגים ובסעדים המשפטיים על הפרתן ובדרך התארגנותו הספונטנית של השוק. אפרט.

המענה הארגוני לבעיית הנציג הוא מארג צפוף של מוסדות בתוך החברה שתכליתם העיקרית היא לפקח על אורחותיהם של הנציגים.²⁴ ראש וראשון להם הוא הדירקטוריון. הדין בישראל מתערב במבנהו של הדירקטוריון כדי להבטיח (אולי במידה בלתי מספקת) אי-תלות של הדרג המפקח על הדרג המבצע, שבראשו עומד המנכ"ל. למשל, הוא אוסר – בכפוף לכמה חריגים – על מינויו של אדם הן כיושב ראש הדירקטוריון והן כמנכ"ל, והוא מחייב מספר מזערי של דירקטורים חיצוניים, דירקטורים בעלי השכלה חשבונאית ופיננסית ודירקטורים בעלי כישורים מקצועיים נוספים. עם כל חשיבותו, הדירקטוריון אינו הכלי הארגוני היחיד לפיקוח על נציגים. הדין בישראל מחייב הקמתה של ועדת ביקורת שגם תפקידה הוא בעיקרו פיקוחי. החברה חייבת להעסיק רואה חשבון-מבקר חיצוני וכן מבקר פנים. על עסקאות החשודות בניגוד עניינים "להתמרק" באישורים שונים של מוסדות התאגיד; חלק מהן בהליך נוקשה וקשה להשגה.

לעומת המענה הארגוני לבעיית הנציג המופעל אקס אנטה, שתכליתו למנוע את התוצאות ההרסניות של בעיית הנציג אקס אנטה, המענה המשפטי מופעל אקס פוסט. הוא מעניש נציגים לא נאמנים לאחר שכבר חטאו; כמו כל מהלך רטרואקטיבי יש לו גם היבטים פרוספקטיביים, שהרי אימת העונש אקס פוסט נועדה להרתיע, כלומר להשפיע על שיקוליהם של הנציגים אקס אנטה. כיצד מעוצב מענה משפטי זה? הנורמות המשפטיות הרלוונטיות נחלקות לשניים, לפן מהותי ולפן דיוני. מבחינת הדין המהותי נציגי החברה, ובראשם נושאי המשרה בה (מנהלים בכירים ודירקטורים), חבים לחברה חובות זהירות, מיומנות ואמונים. חובות דומות מוטלות גם על בעלי שליטה בחברה, ובמידה מופחתת גם על בעלי מניות שאינם בעלי שליטה, בעיקר בנסיבות שבהן הצבעתם יכולה להכריע את הכף לכאן או לכאן (pivotal shareholders). תכליתן של חובות אלה לגרום לנושאי המשרה לנהוג

24 עוד על בעיות נציג בתוך החברה ומה שמתבקש מכך לעניין התנהלות יעילה של התאגיד ראו בהרחבה לעיל בפרק זה, בפקסה העוסקת בתכליתו של התאגיד המסחרי.

כנציגים נאמנים גם בנסיבות שללא החובות הללו, והסנקציה הכרוכה בהפרתם, היו מתפתים לנהוג אחרת. לשון אחרת, אלמלא אותן חובות היה לנציגים תמריץ להחזין עלויות הנובעות מביצועים תת־מיטביים למשקיעים בתאגיד. תכליתן הכלכלית של החובות היא לגרום לנציגים להפנים עלויות אלה מתוך החשש שאם לא יעשו כן הריהם צפויים ליתן על כך את הדין.²⁵ במישור הדיוני הדין מאפשר לכל בעל מניות שנפגע מהפרת חובה כלפי התאגיד לייצג את התאגיד בתביעה נגזרת גם אם האינטרס האישי שלו בתביעה זניח. זה הדין בבעל כל נייר ערך של החברה המייצג את בעלי ניירות הערך מסוגו בתובענה ייצוגית. תכליתם של אפיקים דיוניים אלה איננה לפצות את בעל נייר הערך התובע, ואפילו לא את מי שהוא מתיימר לייצג. תכליתם להטיל מורא על הנתבעים הפוטנציאליים ולאליץ אותם לפעול כאילו היו נציגים נאמנים.²⁶

התרופה השוקית למזעור עלויותיה של בעיית הנציג משתנה מעת לעת, והאפקטיביות שלה תלויה בתנאי השוק במקום ובזמן מסוימים. בשוקים שבהם הבעלות בחברה מפוזרת בציבור הרחב, התנהגות תת־מיטבית של הנציגים ממושטרת על ידי שוק השליטה:²⁷ התנהגות לא ראויה של הנציגים מתבטאת בסופו של דבר בשורת הרווח במאזן, מה שגורר קריסה של מחירי המניות. יזמים זריזים מבחינים בקשר שבין מחירן הזול של המניות לאיכות הניהול הגרועה ומשתלטים על החברה באמצעות הצעת רכש. אין כוונתם להושיע את בעלי המניות הסובלים מביצועיהם התת־מיטביים של הנציגים אלא לקנות בזול ולמכור ביוקר. אך אימת ההשתלטות (המלווה באבדן המשרה) המרחפת מעל ראשם של הנציגים מחייבת אותם להיזהר מאוד בכל מהלכיהם, שהרי אם אינם עושים כן הריהם מעוררים במו ידיהם את שוק השליטה, ובכך הם גורמים, שלא בטובתם, לשיפור איכויות הניהול.²⁸ תרופה שוקית זו והשפעתה הממושטרת על הנציגים אינה שכיחה בישראל, כי רוב החברות מחוסנות מהצעות רכש עוינות בשל ריכוזיות גבוהה של מניותיהן בידי בעלי השליטה, אך יש לזכור כי שוק ההון מעניש גם חברות כאלה על התנהגות תת־מיטבית כל אימת שהן מבקשות את אמונו של השוק (למשל כאשר הן חפצות לצאת בהנפקה חדשה או אפילו לקבל מימון פרטי מן המערכת הבנקאית). בצד הצל המאיים של הצעות רכש עוינות ושל

25 ניתוח מפורט של חובות נושאי המשרה כלול בפסקה 4 להלן.
 26 מאחר שכך, ייטיבו השופטים לעשות אם לא ישאלו את עצמם את השאלה מהו הנזק שנסבל על ידי התובע ה"נגזר" או הייצוגי, ויפצו אותו היטב על מאמציו. שאלת הנזק לתובע הייתה רלוונטית אילו תכלית ההליך הייתה, כמו של כל הליך אזרחי רגיל, להעמיד את התובע במצב שהיה בו אלמלא הופרו זכויותיו. שאלת הנזק לתובע רלוונטית הרבה פחות בהליך שבו יש לתמרץ תובעים ליטול את אכיפת החוק לידיהם ובכך להטיל מורא על מפרים פוטנציאליים.
 27 ניתוח מפורט יותר של שוק השליטה כלול בפסקה 5 להלן.
 28 המאמר הראשון שעמד על תופעה זו הוא Henry Manne, *Mergers and the Market for Corporate Control*, 73 J. POLITICAL ECONOMY 110 (1965).

שוק ההון בדרך כלל, השוק מבעבע רעיונות נוספים²⁹ שתכליתם דומה – ריסון פעולתם של הנציגים ומזעור עלויותיה של בעיית הנציג.

שלוש התרופות – הארגונית, המשפטית והשוקית – אינן פועלות במנותק זו מזו. תכליתן המשותפת מחייבת את הפרשן להבין ולפרש כל אחת מהן על רקע השתיים האחרות. נניח לדוגמה שתאגיד פלוני ממנה שני אנשים הפועלים בעצה אחת (למשל אב ובנו) לתפקידי המנכ"ל ויושב ראש הדירקטוריון של חברה ציבורית. ייתכן כי עקב מגבלות הסמנטיקה של האיסור החוקי לכפל תפקידים זה אין עילה פורמלית לפסול אף אחד משני המינויים. אך נתאר לעצמנו כי הדרג הניהולי פעל שלא כשורה (נניח מעל בכספים), ומתעוררת שאלת אחריותם של הדירקטורים כמי שהיו אמורים לפקח על הדרג הניהולי: האם כלכלו צעדיהם בזהירות הנדרשת? והאם שמרו אמונים לתאגיד כאשר ניצלו את הפרצה בסמנטיקה הסטטוטורית ומינו את השניים לשני התפקידים? לטעמנו התשובה השלילית לשאלה זו מתבקשת מאלה. מסקנה זו מבהירה את הטענה כי בדוגמה דלעיל יש לבחון את השאלה המשפטית (האם הופרו חובות זהירות ואמונים) לאור מטרותיהם של האמצעים הארגוניים (הרציונל להפרדה בין תפקידי יושב הראש לתפקידי המנכ"ל).

ב. תכלית החברה

1. השאלה וחשיבותה

השאלה בקליפת אגוז היא מה תכליתה של החברה המסחרית לשם רווח: האם היא מעוגנת בטובתם הייחודית של בעלי המניות, או שמא תכליתה להיטיב גם עם קהילות נוספות בתאגיד, כגון עובדים, נושים, בעלי ניירות ערך מיוחדים, ספקים, לקוחות והציבור בכללותו?

הסמנטיקה של חוק החברות הישראלי מותירה מקום לכמה פירושים שונים. סעיף 11 לחוק החברות מגדיר את תכלית החברה כפעולה המונעת משיקולים עסקיים לצורך "השאת רווחיה", אך מתיר להביא בחשבון, במסגרת שיקולים עסקיים אלה, "את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור". כמו כן הוא מתיר לחברה לתרום סכום סביר "למטרה ראויה", אף אם המניע לתרומה איננו עסקי. כיוצא בזה, חובות הזהירות, המיומנות

29 למשל, דפוס תגמולם של מנהלים בכירים בשנים האחרונות הם בעיקרם "תלויי-תוצאות", כגון בונוסים על הצלחות והקצאת אופציות למנהלים שערכן עולה ככל שביצועי החברה משופרים יותר. השכר תלוי-התוצאות מעורר מגוון קשיים לא מבוטלים, שלא כאן המקום לדון בהם, אך תכליתו היא ליצור הרמוניה בין פונקציית המטרה האישית של הנציגים לבין זו של החברה.

והאמונים המוטלות על נושאי משרה בחברה מוגדרות כחובות "כלפי החברה", אך עם זאת החוק אינו שולל קיומן של חובות אלה "כלפי אדם אחר", וזאת מבלי לפרש "אדם אחר" זה מיהו, ומהו היקף החובות "שאינן לשלול" את קיומן כלפיו.³⁰

התשובה לשאלה יכולה להדריך את המשפטן בכמה וכמה סוגיות חשובות, ובהן אלה: האם נושאי המשרה בחברה יוצאים ידי חובתם בהשאת ערכים בשביל בעלי המניות, או שמא עליהם להביא בחשבון גם את האינטרסים של הקהלים האחרים? אם מוטלות עליהם חובות כלפי הקהלים האחרים, כיצד אפשר לאכוף אותן? היש מקום להבחין בין סוגי הקהלים באופן שראוי לתעל את החובות כלפי קהלים מסוימים אך לשלול אותם מאחרים? מאחר שמסקנתו של דיון זה תהיה שיש מקום להכרה גם באינטרסים של קהלים אחרים, יהיה אפשר לשאול שאלות נוספות, כגון אם ראוי לתת להם זכות עמידה במקום שעד כה הודרו ממנו, למשל כמי שרשאים להגיש תביעה נגזרת בשם החברה.

עולם המחקר התאגידי פוסח בשאלות אלה על שתי הסעיפים. הדעה המקובלת על רוב החוקרים היא כי החברה היא פרי יזמותם של ספקי ההון, כלומר בעלי המניות. יתר הקהלים נתפסים כקושרים קשרי חוזה עם ספקי ההון, ולכן יש להם בדיוק מה שכתוב בחוזה, אך שום דבר מלבד זה. מה שנותר בידי בעלי המניות אחרי כריתתם של כל החוזים הוא הנכס המרכזי שלהם, דהיינו הבעלות בפירמה. עם זאת חוקים שונים ברחבי העולם מתירים לחברה, ולעתים גם מחייבים אותה, להביא בחשבון את האינטרסים של קהלים נוספים, ובעיקר עובדי החברה ונושיה. חוקים אלה מכונים לעתים "non-stockholder constituencies statutes". חוקי קהלים אלה בולטים בהיעדרם בכמה מדינות חשובות ובראשן דלוור (על מעמדה הבכיר של דלוור בעולם התאגידיים ראו בהרחבה בפרק י' להלן). מדינה זו גם הכריעה בהלכה הפסוקה נגד התחשבות באינטרסים הנבדלים כביכול של קהלים אלה.³¹ מהו הפתרון היעיל? ומהו הפתרון הצודק?

2. טענת השוירות

קיימת טענה שכיחה בשבח הגישה המסורתית, ולפיה על החברה להתנהל לטובתם הייחודית של בעלי מניותיה. הטענה היא כי קיים הבדל עקרוני בין טיב ציפיותיהם של בעלי המניות מן החברה לבין טיב ציפיותיהם של הקהלים האחרים: תביעתם של הקהלים האחרים מן החברה היא תביעה קבועה (למשל, ריבית על חוב, שכר בתמורה לעבודה), ואילו תביעתם של בעלי המניות היא "שוירת", כלומר בעלי המניות נוטלים לעצמם את מה שהשתייר לאחר סיפוקן של כל התביעות הקבועות (ולכן מקומם של בעלי המניות הוא

30 ראו סעיפים 252(ב) ו-254(ב) לחוק החברות.

31 .North American Educational Foundation Inc. v. Gheewalla, 930 A. 2d 92 (Del. 2007)

בסוף תור בעלי התביעות נגד החברה). בתור בעלי התביעות השוריות בעלי המניות הם המפסידים העיקריים מביצועים נחותים של החברה והמרוויחים הגדולים מביצועים טובים שלה, ועל כן יש להם תמריץ טוב משל האחרים להבטיח את רווחיותה של החברה, ובכך להגשים את מטרת הפירמה. על פי מערכת שיקולים זו, העדפתם של בעלי המניות איננה "פוליטית" או "סקטוריאלית", והיא נמדדת בעיניים השקולות והמדודות של קריטריון היעילות.³²

3. הכלל היעיל: השאת ערכה המצרפי של החברה על כל מרכיביה

דא עקא, שקריטריון היעילות אינו תומך במסקנת עדיפותם של בעלי המניות. קודם כול קיימים קהלים שונים, זולת בעלי המניות, שתביעתם ביחס לחברה אינה מתממשת אם ביצועיה של החברה ירודים והיא "נכנסת אל תוך הכסף" רק אם ובמידה שביצועיה של החברה משתפרים. לאלו יש בוודאי תמריץ חזק – לא פחות משל בעלי המניות – להבטיח את רווחיותה של הפירמה. דוגמאות לכך הם בעלי אופציות call על מניות החברה,³³ או מנהלים שעיקר משכורתם מוגדרת כבונוסים על ביצועים משופרים. גם בעלי תביעות המוגדרות כקבועות, כגון נושי החברה, נהפכים לבעלי תביעות שוריות כאשר ההון העצמי של החברה מתאפס (או משנה את סימנו לשלילי), כלומר במצבים של חדלות פירעון. לא ייפלא אפוא כי במצבים של חדלות פירעון ניוטה של הפירמה מופקע מן הדירקטוריון

32 למאמר מוביל המייצג גישה זו ראו למשל Frank Easterbrook and Daniel Fischel, *Voting in Corporate Law*, 26 J. LAW AND ECONOMICS 395, 403 (1983). יש לציין כי בצד גישה זו, המטיפה לעליונותם של בעלי המניות בשל היותם בעלי התביעות השוריות בפירמה, אפשר למצוא גם גישות המצדיקות אותה תוצאה מסיבות אחרות. למשל, לשכת עורכי הדין האמריקאית הביעה סברה רשמית שלפיה אילו היו מנהלי הפירמה צריכים לשרת אינטרסים של קבוצות שונות ולא רק את אלה של בעלי המניות, היה הליך קבלת ההחלטות מסתבך בצורה שהיה בה כדי לשתק את יכולתה של הפירמה לבחור מבין חלופות בצורה מהירה ויעילה. ראו למשל, *ABA Commentary on Corporate Laws, Other Constituencies Statutes: Potential for Confusion*, 45 BUS. LAW. 2253, 2269 (1990).

33 לבעל נייר ערך מסוג אופציית call מוקנית הזכות לרכוש נייר ערך אחר, בדרך כלל מניה רגילה של החברה, תמורת תשלום קבוע מראש (מחיר ה"מימוש" או מחיר ה"ניצול" של האופצייה). אם מחירה של המניה בשוק גבוה ממחיר המימוש של האופצייה, האופצייה נמצאת "מחוץ לכסף", שכן מימושה של האופצייה אינו כדאי. מימוש האופצייה נעשה כדאי כאשר האופצייה נכנסת "לתוך" הכסף, דהיינו כאשר מחיר המניה בשוק עולה על מחיר המימוש. ברור אפוא כי זכויותיו של בעל האופצייה נושאות אופי שירי מובהק, כי כל עוד שווי התביעות הקבועות עולה בשיעורו על שווי הפירמה, האופציות תיוותרנה מחוץ לכסף. גם כאשר יש לפירמה ערך חיובי, ולכן שווי המניות איננו מתאפס, לא די בכך כדי להכניס את האופציות לתוך הכסף, שכן הערך החיובי האמור חייב לעלות בשיעורו על מחירי מימושן של האופציות.

וההנהלה המקוריים, ומועתק אל מפרק הפירמה, שנאמנותו מופנית כלפי הנושים.³⁴ בשל חמקמקותו של רעיון השיוריות ויכולתו לנדוד מקהל אחד למשנהו (כגון במעבר מכשרות פירעון לחדלות פירעון),³⁵ קריטריון היעילות מחייב לרחוק ממנו ולאמץ תחתיו מבחן אחר, הפשוט מכולם.

כידוע, ערכו של נכס – ופירמה איננה אלא נכס – שווה לערך המהוון של זרם התקבולים הנצמח ממנו, והשאלה לאן מפנים תקבולים אלה, לפלוני או לאלמוני, לבעל מניות או לנושה או לעובד או לספק או ללקוח, היא שאלה שיש לה משמעות חלוקתית, אך לא מעבר לכך (דהיינו, אין היא רלוונטית במישור היעילות).³⁶ הפתרון היעיל שכל מקבל החלטות צריך לשוות לנגד עיניו הוא להשיא את ערכה של העוגה כולה, קרי את ערכה של החברה

34 זה הדין במצבי אינסולבנטיות פחותים מהליכי פירוק פורמליים, כגון כאשר הפירמה נתונה בידי של כונס נכסים. גם נאמנותו של כונס הנכסים, כמו זו של מפרק פירמה הנמצאת בהליכי פירוק פורמליים, מופנית כלפי הנושים ולא כלפי בעלי המניות של הפירמה.

35 שירותיה של התביעה לרווחי הפירמה אינה מותנית דווקא במצבים של חדלות פירעון. להלן דוגמה נוספת: קיימות פירמות המקצות, נוסף על מניותיהן הרגילות, גם מניות בכורה, המזכות את בעליהן בקבלת דיבידנד מתוך רווחי הפירמה בקדימות למניות הרגילות. הכלל המרשה (דיספוזיטיבי) הוא כי הזכות לדיבידנד בכורה היא "מצטברת" (cumulative), דהיינו היא מזכה את בעליה בדיבידנד מצטבר גם בשל התקופות שבהן החברה נמנעה מלשלם את דיבידנד הבכורה במלואו (אם מתוך בחירה ואם משום שלא היו לה די רווחים המותרים לחלוקה). למשל, אם דיבידנד הבכורה הוא בשיעור של 5% מערכן הנקוב של המניות, ובשנה פלונית לא חולק דיבידנד בכורה, בעלי מניות הבכורה יהיו זכאים, בשנה שלאחר מכן, לדיבידנד בכורה בשיעור של 10% לפני שבעלי המניות הרגילות יוכלו ליהנות ממה שנשתייר. הרבה חברות נוהגות להתנות בתקנון, עם הנפקתן של מניות בכורה מעין אלה, כי אם החברה מפגרת בתשלומי דיבידנד הבכורה במשך תקופה שנקבעה בתקנון (למשל שנתיים), הכוח לבחור את הדיקטורים נודד מבעלי המניות הרגילות לבעלי מניות הבכורה, וזאת עד שהחברה מחסלת את כל פיגורי הדיבידנד. לאחר שעשתה כן, הכוח למנות דירקטורים שב לכור מחצבתו, בעלי המניות הרגילות. הרציונל לנוהג חוזי זה הוא פשוט. כאשר החברה מפגרת בתשלום דיבידנד הבכורה, בעלי מניות הבכורה נהפכים לבעלי הזכות השיורית הלכה למעשה, ושיוריות תביעתם אינה מתבטלת אלא לאחר שהפיגור בתשלומי הדיבידנד חוסל. לדין תאורטי בנושא זה ובנושאים אחרים הקשורים למניות בכורה (הכתיבה קצת קשה לחסרי השכלה פיננסית) ראו למשל David Emanuel, *A Theoretical Model for Evaluating Preferred Stock*, 38 J. Finance 1133 (1983).

36 אפשר לייחס תובנה בסיסית זו לשני אנשי המימון האמריקאים הדגולים פרנקו מודיליאני ומרטון מילר. במאמר פורץ דרך הפריכו צמד מלומדים זה את ההשערה כי "המנוף הפיננסי" של הפירמה (קרי: היחס בין המימון ה"חיצוני" שקיבלה מנושיה לבין המימון ה"פנימי" שקיבלה מבעלי מניותיה) יכול להשפיע על ערך הפירמה, שהרי השאלה כיצד הפירמה מחלקת את רווחיה התפעוליים בין נושיה לבעלי מניותיה אינה יכולה להשפיע על ערכו של הנכס הקרוי "פירמה". ראו Franco Modigliani, Merton Miller, *The Cost of Capital, Corporate Finance and the Theory of Investment*, 48 AM. ECONOMIC REV. 261 (1958).

ולא את ערכה של פרוסה זו או אחרת הנפרסת מן העוגה. אכן, סעיף 11 לחוק החברות, שכבר הוזכר לעיל, מציין את השאת רווחי החברה – ולא את השאת רווחיהם של בעלי המניות – כתכלית קיומה של החברה. כדי לראות ברור יותר כיצד אפשר להגשים יעד זה, נשווה בנפשנו כי קיים אדם יחיד שהוא הבעלים של כל התביעות המונפקות על ידי החברה, כלומר הוא בעל המניות היחיד, הנושה היחיד וכן הלאה. ברור שבסיטואציה מעין זו לא היה נוקט מהלך המגדיל את רווחיו באחת מכשיריותיו (נניח בשיעור של 100) אם אותו מהלך היה מקטין עוד יותר (למשל בשיעור של 120) את רווחיו בכשיריותיו האחרות: כל מהלך היה ננקט אם ורק אם הבעלים היחיד היה סבור שיהיה בו כדי להשיא את רווחיו הכוללים. הדוגמה הבאה תמחיש כיצד התחשבות ייחודית בטובתם של בעלי המניות עלולה לחטוא ליעד היעילות. נניח כי חברה פלונית ממומנת במיליון ש"ח של הון עצמי, קרי מניות, ובמיליון ש"ח של הלוואות הנושאות ריבית שנתית של 10%. לחברה אין הוצאות (זולת הוצאות הריבית), והנכס היחיד שלה הוא איגרת חוב של ממשלת ארצות הברית (קרי נכס שאין עמו סיכון), הנושאת ריבית שנתית של 120,000 ש"ח. החברה מחויבת להפריש מתוך סכום זה 100,000 ש"ח לכיסוי הוצאות ההון, ואילו חלקם של בעלי המניות ברווח מצטמצם למה שנותר, 20,000 ש"ח. עתה מוצע לחברה למכור לפלוני את איגרת החוב ובתמורה לקבל מפעל המניב 80,000 ש"ח לשנה בהסתברות של 85%, ו-300,000 ש"ח לשנה בהסתברות של 15%. האם ראוי לדירקטוריון של החברה לבצע את העסקה? האינטרס של הנושים הוא לדחות את ההצעה, כי היא מגלמת סיכון כלשהו לאי-יכולתה של החברה לשרת את החוב, ואילו הצפי לרווחים גדולים אינו מנחם את הנושים, כי אין להם חלק ברווחים אלה מעבר למה שהיו מקבלים בלאו הכי מתוך תשואת איגרת החוב האמריקאית. לעומת זאת אם יציית הדירקטוריון לאלה הסבורים כי עליו לשרת רק את בעלי המניות, סביר להניח כי ייטה לבצע את העסקה, על אפם וחמתם של הנושים. אם המפעל ירוויח רק 80,000 ש"ח, הפסדם של בעלי המניות יסתכם ב-20,000 ש"ח לעומת מה שהיו מרוויחים מן האיגרת האמריקאית.³⁷ בהינתן ההסתברות (85%) למצב דברים זה, תוחלת ההפסד שלהם שווה ל-17,000 ש"ח.³⁸ לעומת זאת אם יתממש הרווח הגדול, הם יגדילו את

37 זהירות! החברה אמנם מקטינה את רווחיה בשיעור של 40,000 ש"ח לעומת מה שהייתה מרוויחה מאיגרת החוב האמריקאית, אך הפסדם של בעלי המניות הוא, כאמור בטקסט, 20,000 ש"ח בלבד. יתרת ההפסד רובצת על שכמם של הנושים, ובעלי המניות, שאחריותם לחובות החברה מוגבלת, אינם נדרשים לשאת ביתרת הפסד זו.

38 "תוחלת" של תשלום, חיובי או שלילי, הוא מכפלת התשלום בהסתברות התרחשותו. למשל, תוחלת השווי של כרטיס הגרלה המזכה את המגריל ב-100 ש"ח, אך עולה בגורל רק ב-5% מן המקרים, היא 5 ש"ח. אם הגרלה פלונית חושפת את בעליה לסיכוי לזכות (או להפסיד) יותר מסכום כסף אחד, תוחלת השווי שלה היא סכום המכפלות, קרי הסכום המתקבל ממכפלת כל אחד מן התשלומים בהסתברות התרחשותו. למשל, תוחלת השווי של כרטיס החושף את

רווחיהם ב-180,000 ש"ח (האיגרת האמריקאית הייתה מניבה להם 20,000 ש"ח ועתה הם צופים לקבל 200,000 ש"ח). בהינתן ההסתברות למאורע משמח זה (15%), תוחלת הרווח שלהם היא 27,000 ש"ח. לאחר ניכוי תוחלת ההפסד מתוחלת הרווח בעלי המניות עדיין יוצאים וידם על העליונה, בשיעור של 10,000 ש"ח לשנה. אולם העדפת האינטרסים של בעלי המניות במקרה זה איננה יעילה. האיגרת האמריקאית הניבה כזכור 120,000 ש"ח לשנה ללא כל סיכון. עתה לא רק שההשקעה הופכת למסוכנת, אלא שגם תוחלת הרווח ממנה קטנה מזו של האיגרת. תוחלת רווח זו מתקבלת מן התוחלת הנובעת מרווח בשיעור של 80,000 ש"ח בהסתברות 85%, קרי 68,000 ש"ח, ועוד התוחלת הנובעת מרווח בשיעור של 300,000 ש"ח בהסתברות 15%, קרי 45,000 ש"ח, וסך הכול תוחלת רווח של 113,000 ש"ח בלבד.

ברור שהמסקנה של הניתוח דלעיל היא תלויה דוגמה, ואפשר לשנות בקלות את המספרים כדי שישתברר בדיעבד שמה שמשרת את טובתם של בעלי המניות הוא גם רצוי לפירמה. סביר אפילו להניח כי מצב מעין זה שכיח מהיפוכו. אולם הדוגמה דלעיל מוכיחה כי הדברים אינם בהכרח כאלה, וגם רומזת על המצבים שבהם עלולים להיווצר חריגים. מצבים חריגים אלה, בלשון היום-יום, הם אלה שבהם החברה מקבלת על עצמה סיכונים גבוהים בלתי סבירים, המזיקים לנושים יותר ממה שהם מועילים לבעלי המניות. מצבים מסוג זה יכולים להתרחש בסבירות גבוהה כאשר מצבה של החברה הוא גרוע כל כך, שאין לבעלי המניות "מה להפסיד" בהימורים מסוכנים. הם יודעים שגם אם יש סיכוי קלוש לרווחים גדולים כדאי להם להמר עליו, כי במצב הקיים השקעתם בחברה אינה מניבה להם דבר, ומנגד כישלונם של ההימור מוחצן על ידי בעלי המניות לפתחם של הנושים. האם הדין בישראל מתאים למצב הרצוי על פי התאוריה הכלכלית? אני סבור שכן, אם רק יודעים כיצד לקרוא ולפרש אותו. להלן כמה וכמה נקודות ציון מרכזיות התומכות בהשערה זו:

- גם סעיף 11 וגם סעיפים 252 (ב) ו-254 (ב) לחוק החברות מחייבים התנהלות שהיא לטובת החברה ולא לטובתם הייחודית של בעלי מניותיה. מי שמבקש לקרוא במקום ההפניה לטובת החברה הפניה שאין לה זכר במילות הכתוב לטובתם של בעלי המניות, מאלץ את הכתוב, ועליו נטל הראיה כי פרשנותו עולה בקנה אחד עם מטרות לגיטימיות של דיני החברות.

בעליו לסיכוי לקבל 100 ש"ח בהסתברות של 5% אך גם לסיכוי להפסיד 1000 ש"ח בהסתברות של 1% שווה למינוס 5 ש"ח.

- כאשר החברה עוברת ממצב של כשרות פירעון למצב של פירוק, האורגנים ה"רגילים" שלה אינם רשאים עוד לפעול בשמה, וכוחם מועבר למפרק החברה, שפועל בשליחותם של הנושים.
 - זה הדין כאשר הליכי הפירוק הם "חלקיים", למשל כאשר החברה מועברת לניהולו של כונס נכסים.
 - גם המפרק וגם הכונס מופקדים על השאת נכסי החברה, שאותם אפשר לחלק בין הנושים. "נכסי החברה" כוללים גם תביעות (choses in action). לכן אם נושאי המשרה בחברה ניהלוה לטובתם הייחודית של בעלי המניות באופן שפוגע בתכלית החברה (השאת העוגה), המפרק או הכונס הפועל לטובת הנושים יוכל לתבעם על כך אף על פי שבזמן היעשות הפעולה טרם מונה לתפקידו.
 - סעיף 373 לפקודת החברות מאפשר לבית המשפט להטיל אחריות אישית על חברי הדירקטוריון של החברה ועל מי שפעל הלכה למעשה כדירקטור שלה, בנסיבות המתוארות לעיל, דהיינו הסתכן בסיכונים בלתי סבירים שהיו לרועץ לחברה והביאו לפירוקה.
- אחרון חביב, סעיף 6 לחוק החברות מאפשר לבית המשפט להרים את מסך ההתאגדות ולהטיל אחריות אישית על בעלי המניות לחובות החברה אם היה בהתנהגותו משום קיפוחו של נושה. לעניין זה אפשר, וכך גם צריך, לפרש "קיפוח" כהחצנה לא ראויה ולא יעילה של סיכונים מבעלי המניות לקהלים האחרים של החברה.

4. בעיית הפילנתרופיה התאגידית

סעיף 11 לחוק החברות מאפשר לחברה "לתרום סכום סביר למטרה ראויה" גם אם אין בכך כדי להשיא את ערכה של החברה. נהוג לחשוב כי הביטוי "מטרה ראויה" מתייחס לתרומות שהחברה תורמת כאזרח טוב בקהילה לאו דווקא בנושאים הקשורים במטרותיה, כגון קידום התעסוקה, הרווחה, התרבות, הסביבה, הדת או ערכי הספורט. חברה הפועלת כך עוטה על עצמה מעין מעטה של עמותה או חברה לתועלת הציבור לעת מצוא, כמטרה נלווית למטרותיה העסקיות. יש להדגיש בפתח הדברים כי ה"קהל" הנהנה מפעילות פילנתרופית זו איננו "קהל פנימי" הקושר קשרי חוזה עם הפירמה (כמו הנושים או העובדים). הפעם מדובר בציבור בכללותו, שמבחינתה של הפירמה תועלתו היא "חיצונית" לפירמה ואיננה מגדילה את שווייה. או שמא הפעילות הפילנתרופית דווקא מסייעת לפירמה להגדיל את שווייה? לשאלה זו עוד אשוב, אך לעת עתה אניח כי התשובה לשאלה היא "לאו". אכן, מחוקק סעיף

11 הבחין כי פעילות פילנתרופית אינה מיועדת להשאת ערכי הפירמה. אדרבה, אם ה"נדיבות" התאגידית אינה משמשת מסווה למטרה מסחרית רגילה,³⁹ סביר להניח כי כמו בכל מקרה אחר של מתנה היא צפויה להקטין את כמות הנכסים של נתן המתנה, ולכן גם את "שווי".

לפחות שני טעמים חוברים יחד נגד שימוש בכספי התאגיד כדי להעניק מתנות לציבור: הטעם הראשון הוא כי המחליטים על ההענקה, מנהלי הפירמה, אינם מי שמשלמים את החשבון. החשבון משולם על ידי בעלי המניות, ואין כל סיבה להניח כי הסכימו כי ייעשה שימוש בכספם כדי להעניק מתנות לצדדים שלישיים. עובדה פשוטה זו צובעת את המתנה התאגידית בצבעים אחרים לגמרי מאלה המבארים את מושג המתנה בדרך כלל. כאשר פלוני מעניק תשורה לחברו, הניתוח הכלכלי מעיד כי כמו ברוב העסקאות הרצוניות, המתנה יעילה. נתן המתנה אמנם נפרד ממקצת נכסיו ויש להניח כי הדבר פוגע ברווחתו, אך עם זאת הנאתו מהעברתם של נכסים אלה לרשותו של מקבל המתנה מגדילה את רווחתו בשיעור העולה על הפגיעה ברווחתו, שאם לא כן לא היה נתן את המתנה. מאחר שמותר להניח כי גם מקבל המתנה נהנה מקבלתה, התשורה גוררת שיפורי פרטו, ועל כן היא יעילה. לא כך במישור התאגידי. מאחר שנתן המתנה נפרד מנכס שאינו שייך לו כי אם לבעלי המניות, אין ערובה שתועלתו ממתן המתנה עולה בשיעורה על הפסדי הרווחה של מי שהנכס נלקח ממנו, ולכן אין ערובה ליעילותה של המתנה.⁴⁰ אכן, פירמות שמבנה הבעלות בהן מרוכז יותר, ולכן חלק גדול יותר מעלות המתנות נישאות על ידי בעלי השליטה, הן גם הפירמות הממעטות באופן יחסי לתת מתנות; הטעם השני הוא כי פירמה המעניקה מתנות לציבור רשאית בדרך כלל לקבל הטבות מס (ניכוי או זיכוי, תלוי באיזו מדינה מדובר) הנגזרות משווי המתנה. הטבת מס היא "הוצאת מס" (tax expenditure), כלומר ויתור של אוצר המדינה על תקבול שללא ההטבה היה נגבה על ידיו, ולכן ההטבה ממומנת בעקיפין על ידי יתר משלמי המסים, שאינם נהנים מהטבות דומות. לשון אחרת, מתנות של תאגידים ממומנות (בחלקן) במסים המוטלים על הציבור הרחב. מסים אלה אינם יעילים ואינם צודקים, כי הריבון משתמש בכוח המיסוי שלו כדי לממן מתנות שנתינתן איננה עומדת

39 במציאות קשה להבחין מהי מטרתה ה"אמתית" של פעילות הנחזית כפילנתרופית. הרבה פירמות נוקטות מדיניות נדיבה כתעלול של יחסי ציבור, שאינו שונה מבחינה אנליטית מהשקעה בפרסום. אנו מתייחסים אל מתנה "כאמתית" רק אם הנותן מעריך כי הנתנה תגרע מעושרו ולא תוסיף לו.

40 השערה זו אומתה באופן מובהק במחקר אמפירי שערכתי, ושעליו דיווחתי במאמרי אוריאל פרוקצ'יה, הבעלות על הפירמה וסייגיה: נושים, עובדים, אלמנות ויתומים בני החברות, כ"ב משפטים 301 (התשנ"ג).

בהכרח בראש סדר היום הלאומי, ולעתים מטרתיהן סותרות באופן בוטה זו את זו. למשל, חלק ממשאבי המס עשוי להיות מופנה לתמיכה בעמותה המתנגדת להפלות מלאכותיות, ואילו חלק אחר ממשאבי המס עשוי להיות מופנה לתמיכה בעמותה התומכת בזכותה של כל אישה לסיים את הריונה לפי רצונה. לעומת זאת מס "טוב" הוא מס שנועד לממן מטרה שהרשות המחוקקת נתנה עליה את דעתה, ואחרי דיון ממצה הכריזה עליה לראויה לתמיכה יותר ממטרות אחרות שהיו יכולות לבוא בחשבון. יש אפוא להתייחס ברצינות לאמרתו של מילטון פרידמן שהמטרה החברתית החשובה ביותר של החברה המסחרית היא להשיא את רווחיה לטובת המשקיעים.⁴¹

למרות כל השיקולים הללו התרבו בעת האחרונה הקולות המטיפים לתאגידים לגלות "אזרחות טובה" ולתרום לקהילה. לא זו גם זו, קיימים היום ארגונים המדרגים תאגידים על פי סולם "חברתי", כדי לתגמל אותם על מעשיהם הטובים. הנחת העבודה של דירוג תאגידים על פי מפתח זה היא כי הציבור מעריך אזרחות תאגידית טובה ומעדיף להשקיע בתאגידים שחולקים מטובם עם הקהילה או לקנות את מוצריהם, ולא להשקיע – או לקנות – במוצרים של תאגידים שאינם נרתמים למשימה. יש לציין כי אילו הייתה הנחת עבודה זו מתקיימת במציאות, היה הדבר יוצר מעין סתירה פנימית במושג הפילנתרופיה התאגידית, שהרי אין צורך להיות פילנתרופ גדול כדי לנקוט אסטרטגיה המגדילה את שורת הרווח במאזן. אולם הגישה הכלכלית למשפט פוזלת לעברה של הנחת עבודה זו בספקנות רבה. יתרתה של פסקה זו מוקדשת להבהרת הטענה.

כידוע, אילו היינו מנסים לשווק "מוצרים ציבוריים"⁴² בשווקים חופשיים, רמת ההשקעה בהם הייתה נופלת מתחת לאופטימום החברתי.⁴³ הפילנתרופיה התאגידית מייצרת, על פי רוב, מוצרים ציבוריים, כגון אוויר ומים נקיים מזהום, מפעלי תרבות, בידור

41 Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, The New York Times Magazine, Sept. 13, 1970.

42 לעניין זה "מוצר ציבורי" הוא מוצר שצריכתו על ידי צרכן פלוני אינה גורעת מן הכמות הנותרת לצריכתו על ידי צרכנים אחרים. למשל, ביטחון המדינה הוא מוצר ציבורי, כי הנאתו של אזרח אחר מן הביטחון השורר במדינתו אינה גורעת מיכולתם של אזרחים אחרים ליהנות אתו יחד.

43 לדוגמה, אילו ביקשה המדינה מן האזרחים לממן את הצבא על ידי תרומות מרצון, איש-איש על פי מידת ההנאה שהוא מפיק מן הצבא, הייתה נוצרת "בעיית טרמפיסט" (free rider problem), שהרי כל אזרח היה מבין כי גם אם התרומות תיעשינה על ידי האזרחים האחרים, המוצר הציבורי שיווצר עקב כך יהיה נתון לצריכתו שלו, ממש באותה מידה כאילו גם הוא תרם למשימה המשותפת. התוצאה היא שיותר מדי אזרחים יימנעו מלשאת בנטל, ולכן גודלו של הצבא יהיה בסופו של דבר קטן ממה שהוא באמת "שווה" לאזרחים.

וספורט, מוסדות דת ורווחה וכדומה. הניבוי הוא אפוא כי אילו היו מוצרים אלה משווקים באופן חופשי, רמת ההשקעה בהם הייתה נמוכה מן האופטימום החברתי. האזרחים היו מעדיפים להמשיך לצרוך את עושרם הפרטי ולא להקצות חלקים ממנו למימון ייצורו של המוצר הציבורי. במצב דברים זה קשה להבין על שום מה אפשר לצפות כי האזרחים יהפכו את העדפותיהם כאשר אותו מוצר ציבורי עצמו מוצע להם על ידי תאגידים במקום על ידי הממשלה. למעשה, אפשר לצפות כי חברה שתדורג מעל למתחרותיה בסולם החברתי תמשוך אליה משקיעים מעטים יותר, ותהיה אטרקטיבית פחות בשוק המוצרים ממתחרותיה, שהרי (בהנחה שכל יתר המשתנים הם קבועים) כדי לרכוש את ניירות הערך שלה או את מוצריה הציבור נדרש לוותר על חלק מהכנסתו הפרטית כדי לממן באמצעותו את ייצור המוצר הציבורי. לא תמיד קל לפענח את הנתונים האמפיריים שיש בהם כדי לתמוך בהשערה זו או להפריכה, אולם נדמה לי כי לכל הפחות אפשר לומר כי ההשקעה בפילנתרופיה תאגידית איננה מיטיבה עם תאגידים. למשל (אם מותר לגלוש אל האנקדוטלי), חברת סטארבקס, המרבה להתגאות באחריותה החברתית, ספגה מהלומה קשה ביותר במשבר הכלכלי של 2008. בעוד כל החברות הכלולות במדד סטנדרט ופור 500 הפסידו בממוצע 36% מערכן, הפסידה סטארבקס כמחצית מערכה. לעומת זאת חברה מזהמת כאקסון מוביל "רושמת" זה שנים רבות רווחים נאים מאוד. ג'נרל אלקטריק, שרמת רווחיותה מרשימה אף על פי שהיא מתגאה בהשקעה חברתית גדולה, הרוויחה עוד יותר בניהולו של מנהלה הקודם, שלא התעניין באחריות חברתית כלל ועיקר, ולמעשה חלק ניכר מרווחיה של חברה זו מופק מתחנות כוח פחמיות שרמת הזיהום שלהן גדולה במיוחד. ברור שקשה להסיק מסקנות מדעיות מפירורי מידע אלה, אך למצער אפשר לסכם ולומר כי אין הוכחה של ממש שהציבור מגיב בחיוב לתאגידים המגלים רמה גבוהה יותר של מה שמכונה "אחריות חברתית".⁴⁴

בסעיף הקודם ניתחתי את סיבת קיומם של תאגידים שאינם למטרות רווח, ושם ציינתי בין השאר כי הקמתם מסייעת בייצורם של מוצרים ציבוריים. האם קיימת סתירה בין מה שנאמר שם לבין הדיון הנוכחי? אינני סבור כך. בעיית המוצר הציבורי היא בעיה המתייחסת אל הציבור בכללותו. המוצר הציבורי צפוי להיות מיוצר ברמה תת-מיטבית כי פרטים רבים בציבור יעדיפו שלא לתרום לייצורו (אך לצרוך ממנו, לאחר שכבר יוצר הודות לתרומתו של הזולת). אך אין להסיק מכך שאין בציבור פרטים אחדים שייצורו של המוצר הציבורי קרוב ללבם, והם מוכנים להקריב חלק מעושרם האישי כדי לקדם את ייצורו. התאגיד שלא

44 למידע ברוח זו, מעובד יותר, ראו DAVID VOGEL, THE MARKET FOR VALUE: THE POTENTIAL AND LIMITS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY (2006).

למטרות רווח פונה לפלח הזה באוכלוסייה, שהוא גם המממן את פעילות התאגיד שלא למטרות רווח בעזרת תרומותיו. בדרך כלל די באלה ובעזרה המושטת על ידי המדינה באמצעות הטבות מס כדי "לעשות את העבודה". אך התאגיד למטרות רווח ממומן על ידי הציבור הרחב. בתוכו יהיו בוודאי גם כאלה שהיו מוכנים לקרבות אישיים כדי לממן את המוצר הציבורי. אך לעומתם יהיו גם אחרים שיעדיפו להשקיע את כספם באפיקים אחרים שאינם פילנתרופיים, והרי אלמלא מספרם של אלה שאינם פילנתרופים היה עולה בהרבה על מספרם של אלה המוכנים לתרום, לא הייתה מתעוררת כלל הבעיה שאנו מכנים "בעיית המוצר הציבורי".

ג. האישיות המשפטית הנבדלת, הרמת המסך והגבלת האחריות

1. מושגי יסוד משפטיים

שלושת המושגים המשפטיים – האישיות המשפטית הנבדלת, הרמת המסך והגבלת האחריות – מתייחסים לאותה שאלה גופה.

תופעה מסוימת היא "אישיות משפטית" אם יש לה "סובייקטיביות משפטית", דהיינו זכויות וחובות משל עצמה, להבדיל מאלה של שחקנים הסובבים אותה (בעלי מניות, נושאי משרה וכדומה). מבחינה זו התופעה המכונה "הרמת מסך" שקולה כנגד ההפך של מושג האישיות המשפטית הנפרדת, הואיל והרמת המסך מעמיסה את חובותיו⁴⁵ של התאגיד על כתפיהם של בעלי המניות (או שחקנים אחרים)⁴⁶ המשתתפים בהרפתקה התאגידית. אם הרמת המסך היא ה"הפך" של מה שמתבקש מהיותה של תופעה פלוניית אישיות משפטית, ברור כי עיקר מהותה של האישיות המשפטית, האלמנט המבדל את זכויותיה ובעיקר את חובותיה מאלה של השחקנים האחרים, הוא האחריות המוגבלת, שהרי אין דוקטרינה זו קובעת אלא שאי אפשר להעמיס על שכמם של אלה שאחריותם מוגבלת, בדרך כלל בעלי המניות, את חובות התאגיד בשעת חדלות פירעונו.

45 הדגש מושם בחובותיו של התאגיד ולא בזכויותיו. במובן הכלכלי, אם גם לא המשפטי, זכויותיו של התאגיד בלאו הכי "שייכות" לבעלי מניותיו, שהרי ככל שעולה ערכו הכלכלי של התאגיד כך עולה שווי המניות.

46 סעיף 6 לחוק החברות אמנם מתיר להרים את המסך רק בעניינם של בעלי המניות בתאגיד, אך בכל זאת אפשר, בנסיבות מסוימות, להגיע לפתחם של נושאי המשרה בדרכים חלופיות, כגון באמצעות סעיף 373 לפקודת החברות, באמצעות הדוקטרינה של תום לב ובדרכים נוספות שלא כאן המקום להתעכב עליהן.

2. מהות הבעיה

היותו של התאגיד אישיות משפטית נבדלת ויכולתם של בעלי המניות להסתתר מאחורי סינרה של הדוקטרינה של אחריות מוגבלת יוצרים בעיית מדיניות התובעת פתרון. ללא הבנתו של פתרון זה חלק חשוב מגוף הדינים הנוגע לתאגידיים יישאר בפנינו כספר החתום. אחת התובנות הכלכליות הבסיסיות ביותר מורה לנו כי כל פעילות כלכלית צריכה "לשאת את משקל גופה", כלומר לא להעמיס "השפעות חיצוניות שליליות" (negative externalities) על צדדים שלישיים (ראו פרק א לעיל להגדרת מושג ההשפעה החיצונית, בין שהיא "חיובית" ובין שהיא "שלילית"). השפעות חיצוניות שליליות נחשבות "כישלון שוק" כי הן מתמרצות סוכנים כלכליים להתמיד בפעילותם גם כאשר כמות הרווחה החברתית הנובעת מכך היא שלילית (אם כי התועלת או הרווח לסוכן המקיים פעילות זו יכול שיהיו חיוביים). והנה האחריות המוגבלת, העומדת ביסוד רעיון התאגיד, מאפשרת לבעלי המניות ליהנות מרווחי העסק כשהשמש זורחת, אך להחזיק לנושי העסק את חובותיו ביום סגריר. קיים חשש אפוא כי הדבר עלול לספק להם תמריץ לנקוט דרכי פעולה לא יעילות, כלומר כאלה שהעלות החברתית שלהן עולה על התועלת החברתית. תופעת ה"תספורות" הרווחת במקומותינו לאחרונה מדגימה יפה את הקושי הזה. או שמא החסרנו משהו בניתוח זה? המסגרת המושגית לפתרונה של שאלה זו היא במוקד הפסקה הבאה.

3. מסגרת מושגית: ההשפעות החיצוניות של האחריות המוגבלת וגבולותיהן

כדאי לשים לב שהאחריות המוגבלת איננה חוק טבע. גם כאשר הדין קובע אותה כבררת מחדל, כמו בדיני החברות, אין זה בלתי שכיח להתנות נגדה, כלומר לאלץ את בעלי החברה לחתום על ערבות אישית לחובותיה.⁴⁷ מנגד, גם כאשר הדין קובע את בררת המחדל ההפוכה, כלומר שולל את הגבלת האחריות כנהוג בכל מה שמחוץ לדיני החברות, אין זה בלתי שכיח ליצור הגבלת אחריות חוזית, המעגנת את הסכמת הנושה להגביל את תביעותיו להחזרת החוב לשווי נכס פלוני של החייב (תניית "non-recourse").⁴⁸ מדוע קובעים דיני החברות את בררת המחדל של הגבלת האחריות, ואילו הדינים האחרים קובעים את בררת המחדל ההפוכה? ומהן הנסיבות שבהן הצדדים חפצים להפוך בררות מחדל אלה בהתנאה

47 כמעט בכל המקרים שחברות פרטיות מבקשות אשראי בנקאי, הבנקים נוהגים להחתים את בעלי הפירמה על ערבות אישית לחובותיה.

48 חלק גדול מן החובות מגובות-המשכנתה בשוק המקרקעין האמריקאי בתקופה שקדמה למשבר 2008 היו מן הסוג של non recourse, כלומר הבנקים הסכימו שלא לגבות את החוב אלא מן הנכס המובטח במשכנתה.

מפורשת? כפי שנראה, התשובה לשאלות אלה מספקת מפתח לפיענוח סוד הרמת המסך, שהדוקטרינה המשפטית ה"טהורה" לא השכילה לפענחו.⁴⁹ בררת המחדל שאנו מתמקדים בה איננה אלא תניה להקצאת סיכונים וחלוקתם בין שתי קבוצות של שחקנים: בעלים ונושים של הפירמה. פירושה של הגבלת האחריות היא הטלת חלק מעלויות חדלות הפירעון של הפירמה על הנושים. פירושה של אחריות בלתי מוגבלת היא כי נטל זה רובץ על הבעלים. על מי ראוי להטיל את הנטל? מקובל לחשוב כי על בררת המחדל שבה אנו מתמקדים – כמו כל בררת מחדל אחרת – להיקבע על ידי המחוקק מתוך מגמה לחקות את החוזה שהצדדים עצמם היו כורתים בעניין שאלה זו בעולם היפותטי שיש בו מידע מלא ואין בו הוצאות עסקה.

בחברה ציבורית, כאשר בעלי המניות הם המשקיעים במניותיה ואילו הנושים הם בדרך כלל מוסדות פיננסיים גדולים, ברור לגמרי שהחוזה ההיפותטי שהצדדים היו כורתים היה מאמץ את בררת המחדל של אחריות מוגבלת.⁵⁰ מדוע? ויתור על אחריות מוגבלת היה מטיל על המשקיעים מקרב הציבור סיכונים אדירים. כל חדלות פירעון של חברה שמניותיה כלולות בתיק ההשקעות שלהם הייתה גוזרת חדלות פירעון גם עליהם, כמי שערכים לחובותיה, וחובות אלה היו יכולים להיערם בממדים אסטרונומיים. כדי למזער נזק זה היה על בעלי המניות להשקיע סכומים ניכרים בניטורה של החברה בבעלותם, כדי שיתאפשר להם לקפוץ מן הספינה הטובעת מבעוד מועד. היה עליהם לנטר גם חברות אחרות, כולל אלה שהם אינם מושקעים בהן, כדי ללבן לעצמם אפיקי השקעה חלופיים שטומנים בחובם סיכונים חריפים פחות. המשקיעים מן הציבור היו גם מנועים מלגוון את תיק ההשקעות שלהם, כי ככל שהתיק היה מכיל מספר רב יותר של חברות, כך הייתה גדלה ההסתברות כי לפחות אחת מהן תיקלע לחדלות פירעון. אולם תיק השקעות לא מגוון הוא מסוכן מדי, שכן מי שמשקיע בו אינו יכול לפזר את הנזק (to diversify away risk) כפי שהיה יכול לעשות אילו השקיע בתיק מגוון. כדי להסיר מעליהם נטל מאיים זה, סביר להניח כי המשקיעים מקרב הציבור היו מוכנים לשלם פרמיה ניכרת. לעומת זאת המוסדות הפיננסיים המלווים לחברות ציבוריות אינם מאוימים כמו המשקיעים מחדלות הפירעון של הפירמה. הם מלווים למספר רב של תאגידים ויכולים אפוא לפזר את הנזק מחדלות הפירעון של אחדים מהם על ידי גביית פרמיה סבירה מכולם. כאשר משווים את העלויות היחסיות של הנטל המוטל על שתי קבוצות השחקנים, אפשר להסיק כי בעולם היפותטי שבו מידע מלא ואפס הוצאות

49 בהלכה מפורסמת אחת התבטא השופט הדגול קרדוון ואמר כי כללי הרמת המסך "אפופים בערפל של מטפורה". ראו Berkey v. Third Avenue Railway Co., 244 N.Y. 602 (1927)
 50 העבודה המרשימה ביותר בנושא זה היא Frank Easterbrook, Daniel Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, 52 U. CHI. L. REV. 89 (1985). ראו גם אוריאל פרוקצ'יה "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית" עיוני משפט יז 167 (התשנ"ג).

עסקה היו המשקיעים מוכנים לשלם פרמיה נאותה להעברת הנטל מעצמם אל הנושים, והנושים מצדם היו מוכנים להסתפק בפרמיה כזו.⁵¹ העולה מכאן הוא כי משטר משפטי של אחריות מוגבלת הוא אכן המיטבי. לא זו גם זו, אין סיבה להניח כי בעולם האמתי הפרמיה אינה נגבית. אדרבה, כידוע מחיר הכסף מורכב לא רק מ"דמי שכירות" בעד עיכוב הכסף בידי הלווה לתקופת ההלוואה אלא גם מפרמיה הנגבית בשל קיומה של ההסתברות כי הכסף לא יוחזר. מוסדות פיננסיים יודעים לתמחר את פרמיית הסיכון היטב ולהבחין לוויים "בטוחים" מלוויים מפוקפקים. על סמך כל אלה שאלת ההשפעה החיצונית השלילית נפתרת מאליה: השפעה כזו אינה קיימת כשמדובר במוסדות הפיננסיים, כי הם מפוצים מראש על הנטל המועבר אליהם באמצעות תשלומי פרמיה נאותה.

כוחם של מרבית הטיעונים האלה תש במידה לא מבוטלת כשאנו מסיטים את המבט מן החברה הציבורית הגדולה אל פירמות קטנות, בין שהן מאוגדות ובין שאינן מאוגדות. בראש ובראשונה פירמות מעין אלה הן כספר הפתוח בפני משקיעיהן, ולכן אין הם נאלצים לשאת בהוצאות ניטור כבדות כדי לברר לעצמם את מידת הסיכון בהשקעה בהן. גם החלופה של השקעה בפירמות אחרות אינה רלוונטית כשמדובר בפירמה שהיא מקום עבודתם של המשקיעים. אי לכך הוצאות הניטור הרלוונטיות ביחס לפירמות אחרות הן אפס. כמו כן השקעתו של אדם בפירמה קטנה שבבעלותו איננה ניתנת לגיוון (diversification); בעל מכולת הרשומה כחברה לא יגוון את השקעתו על ידי רכישת מכבסה, חנות ספרים ובית קפה. מטעם זה השיקולים המתייחסים לפיזור הסיכון בתיק השקעות מגוון, שהם שיקולים חשובים במקרה של החברה הציבורית, אינם חלים במקרה זה. מן הצד השני של המתרס הגבלת אחריותם של המשקיעים בחברות קטנות היה עלול להטיל נטל כבד על הנושים אפילו אם הם מוסדות פיננסיים עתירי ממון. הסיבה היא שמידת המידע באשר לחברות קטנות היא מצומצמת ביותר, ולכן קשה למלוויים לתמחר אשראי לפי רמת הסיכון של הלווה. אי לכך פרמיית הסיכון שהייתה נגבית עבור הסכמת הנושים לאחריות מוגבלת הייתה נוטה להתכנס למחיר אחיד. בשל המצב הא-סימטרי של המידע (המלוויים אינם יודעים להעריך את האיתנות הפיננסית של הלווים, אך הלוויים יודעים עד כמה אפשר לסמוך עליהם שיחזירו את ההלוואה) היה עלול להיווצר "סיכון מוסרי" (moral hazard) שבו הלוויים האחראים פחות היו נוהרים לקבלת האשראי, כי מחירו האחיד היה

51 נניח לשם דוגמה כי הבעלים מעריכים את הנטל שהיה רובץ עליהם אלמלא האחריות המוגבלת כשווה ערך למיליון ש"ח, ואילו הנושים מעריכים את הנטל הרובץ עליהם בשל האחריות המוגבלת כשווה ערך לחצי מיליון ש"ח. בעולם נטול עלויות עסקה ובו מידע מלא, היו הבעלים משלמים אז פרמיה בשיעור הנע בין חצי מיליון ש"ח למיליון ש"ח כדי להעביר את הנטל מעצמם אל הנושים, והנושים היו מסכימים להסתפק בפרמיה זו. הפרמיה הייתה משולמת, והצדדים היו מסכימים על משטר של הגבלת האחריות.

מגלם בשבילים מרכיב של סובסידיה; לעומת זאת הלווים האחראיים היו מתומרצים לצאת מן השוק מתוך רתיעתם לסבסד את חבריהם האמינים פחות. השוק היה עלול להתכנס למגזר האמין פחות, ולכן מחיר האשראי היה מאמיר כמתבקש. מאחר שהעלויות לקבוצת הבעלים הן צנועות יחסית, ואילו העלויות לקבוצת הנושים הן גבוהות, אין להוציא מכלל אפשרות כי ההסכם המיטבי שהיה נכרת בעולם היפותטי שבו מידע מלא ללא הוצאות עסקה היה מטיל את עול חדלות הפירעון על הבעלים. זהו ללא ספק ההסבר מדוע בררת המחדל, שאיננה מבדילה בין חברות גדולות לקטנות, היא לצנינים בעיני מלווים רבים, ולכן שכיח כל כך להתנות עליה.

פירמות קטנות שבעליהן מקבלים על עצמם מרצון אחריות אישית לחובותיהן אינן מעוררות בעיה של השפעה חיצונית שלילית. הבעיה מתעוררת בכל חריפתה כאשר הבעלים אינם מקבלים על עצמם מרצון אחריות אישית, אך חיובי הפירמה מופנים כלפי סוגי נושים שיכולת המיקוח שלהם בהתקשרויותיהם עם פירמות קטנות איננה מאפשרת להם לחליץ מן הבעלים ערבות אישית במשא ומתן "שווה כוחות". זה למשל המצב כשמדובר בלקוחות קמעוניים של הפירמה או בקהל מועסקיה, וקל וחומר שזה המצב כאשר מדובר בנושים בלתי רצוניים, כגון נושי נזיקין או שלטונות המס. ייתכן מאוד כי אילו נקשר חוזה בין צדדים שלישיים אלה לבין הפירמה בעולם שיש בו מידע מלא ואפס הוצאות עסקה, נטל חדלות הפירעון היה מוטל על הבעלים. אי לכך בעולם שבו עסקאות כאלה אינן יכולות להיקשר, בררת המחדל צריכה להיות הפוכה מזו שנקבע על ידי הדין הכללי, ולפיכך יש נימוק כבד משקל, אם כי לא מכריע, להרים את המסך.

מדוע אין אנו אומרים נחרצות כי אין מקום להכרה באישיות המשפטית הנפרדת של הפירמה הקטנה, ובעיקר ככל שמדובר בנושים בלתי רצוניים? מדוע אין אנו מסיקים כי היד המרימה את המסך מעל פירמות כאלה צריכה להיות קלה ומשוחררת?

יש לזכור בפתח התשובה כי לא כל הנושים מסוגלים לגבות פרמיית סיכון מוגברת גם מן החברה הציבורית הגדולה. גם לחברות כאלה יש נושים קמעוניים שאינם מסוגלים לחשב את הפרמיה ולגבות אותה, וגם להן יש נושים לא רצוניים כגון נושי נזיקין או שלטונות המס. ההצדקה להגבלת האחריות של פירמות ציבוריות גדולות נעוצה בכך שרוב הנושים שלהן (המלווים הגדולים, שהם מוסדות פיננסיים), אבל לא כולם, מסוגלים לגבות פרמיה וגובים אותה הלכה למעשה. הגבלת האחריות עושה צדק כלכלי בין רוב הנושים לבין בעלי הפירמה, אם כי יש נושים הנפגעים מכך. המסקנה העולה מכך היא שהבחירה בין הגבלת האחריות לבין הרמת המסך עושה "צדק גס" (rough justice) בין הצדדים, ואין היא יכולה לספק פתרונות אידאליים לכולם.

כך גם במקרה של החברה הקטנה. גם בה אין לזלזל בעלויות שהיו רובצות לפתחם של הבעלים אלמלא התאפשר להם להיאחז באחריותם המוגבלת במקרים של חדלות פירעון של הפירמה. מצב זה היה מתמרץ אותם למעט בפעולות יזמיות הכרוכות בסיכונים ולהסיט

אותן לאפיקים שמרניים, שתשואתם הממוצעת קטנה יותר, ועל פי רוב אינם יצרניים (למשל השקעה באיגרות חוב של הממשלה). מאחר שהגבלת האחריות של בעלים מעין אלה איננה בלתי סבירה כשלעצמה, יש צורך בראיות נוספות כדי להצדיק את הרמת המסך, אפילו של חברות קטנות. למשל, אם הפירמה ממומנת במה שמכונה "מימון דק" (thin capitalization), כלומר לא הושקע בה הון עצמי מתקבל על הדעת על ידי בעליה, סביר להניח כי בעולם שבו מידע מלא וללא עלויות עסקה היו הנושים מסרבים לקבל על עצמם את עול חדלות הפירעון של הפירמה, ולכן המימון הדק הוא עילה טובה, אם כי לא מכרעת, להרמת המסך. אכן, להשקפה זו סימוכין בפסיקתו של בית המשפט העליון.⁵² ראיות נוספות הבאות בחשבון בעניין זה היא זהותו של הנושה – אם הוא נושה רצוני או בלתי רצוני, אם היה במצב שבו היה יכול להתעקש על ערבות אישית של בעלי הפירמה; ואין צריך לומר – וזהו המקרה הקל מכולם – אם השימוש שנעשה במסך ההתאגדות נבחר ביודעין על ידי הבעלים כדי לקפח נושה או להונות אותו, כפי שאכן נאמר במפורש בחוק החברות.

האם יש הצדקה מיוחדת להרים את מסך ההתאגדות כאשר בעלי המניות של החברה הם בעצמם תאגידים, דהיינו כאשר מדובר באשכול חברות? לכאורה יש טעם מסוים בדבר, שהרי חלק מן העלויות הכרוכות באחריות בלתי מוגבלת איננו רובץ לפתחם של בעלי מניות בתוך האשכול, ולכן הפרמיה שהייתה משולמת בעולם היפותטי ללא עלויות עסקה מבעלי מניות אלה לנושי הפירמה היא קטנה יותר, וייתכן שלא היה בה כדי לפצות את הנושים על הסכמתם להגבלת האחריות. העלויות שאינן רובצות לפתחם של בעלי מניות בתוך האשכול הן אלה הכרוכות בבירור מצבה של החברה, שהרי חזקה על חברה אם שמצבן של בנותיה ידוע לה גם ללא עלויות. גם השיקולים הכרוכים בויתור על תיק השקעות מגוון אינם ישימים במקרה זה, שהרי בלאו הכי השקעתה של החברה האם בחברה הבת אינו ניתן – לפחות לא תמיד – לפיזור, והריהו דומה במידה מסוימת להשקעתו של יחיד בפירמה פרטית. נוסף על כך הסיכון של חדלות פירעונה של החברה הבת ניתן למניעה זולה יותר על ידי חברת האם שלה מאשר על ידי נושיה, ובדרך כלל יעיל יותר להטיל את עול התרחשותו של הנזק על המונע הזול (ראו פרק ו לעיל).⁵³

מן הצד השני של המתרס אפשר להעלות טעמים לשלילת "הגישה הקונצרנית", שידה קלה מדי בהרמת המסך בתוך אשכול של חברות. פרקטיקה מתירנית של הרמת מסך בתוך האשכול עלולה לתמרץ תאגידים לנהוג באחת משתי דרכים שכל אחת מהן בעייתית

52 ראו למשל ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ (פורסם בנבו, 21.1.2009).

53 היו שהסיקו ממערכת שיקולים מעין זו את המסקנה כי יש לבטל את האחריות המוגבלת בתוך אשכול חברות. ראו למשל Jonathan Landers, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary and Affiliate Questions in Bankruptcy*, 42 U. CHI. L. REV. 589 (1975).

מבחינה אחרת: ראשית, היא עלולה לתמרץ אותם שלא לפצל את פעילויותיהם ולארגן את מי שהיו יכולות להיות חברות בנות כמחלקות בתוך אותה חברה. ביטול המחיצות בתוך האשכול וארגון כל פעילותו במחלקות של תאגיד אחד גדול מקשים על ההתייחסות לכל מחלקה כמרכז רווח עצמאי ומעודדים קיום של "עסקאות צל" בתוך התאגיד שאין עליהן מוראו של מנגנון המחירים. למשל, אם מחלקה פלונית מייצרת תשומה בשביל מחלקה אחרת בתוך אותו תאגיד, והתשומה מועברת אל המחלקה הקולטת ללא תג מחיר, קשה למנן את הייצור המיטבי אצל יצרנית התשומה, או את השימוש המיטבי אצל זו שמשתמשת בה. תאגידיים המאורגנים בחוסר יעילות אינם מיטיבים עם המשקיעים (התשומה לבעלי המניות שלהם עלולה לקטון, וסיכויי חדלות הפירעון שלהם לגדול, באופן הפוגע בנושים). לחלופין, החברה האם שבצמרת יכולה להיות מתמרצת לשמור על המבנה הקונצרני אך להגדיל את מוטת השליטה שלה בחברות הבנות. מהלך כזה יכול להיות מונע על ידי השיקול שאם החברות של החברות הבנות עלולות להיות מועמסות על החברה האם, החברה האם מחויבת להשגיח ביתר קפדנות על התנהלותן, ואגב כך גם להבטיח שחלק גדול יותר מרווחיהן יתועל כלפי מעלה, אל עצמה. במילים אחרות, החברות הבנות עלולות להידרש, כפי שאכן קורה לעתים, לוותר על השאת רווחיהן כדי לקדם את היעד של השאת רווחי האשכול. מדיניות כזו עלולה לפגוע במי שהשקיע את כספו באחת מן החברות הבנות, הרשאי לצפות כי התאגיד שהשקיע בו את כספו ינוהל ניהול מיטבי מבחינתו ולא כחלק ממכלול רחב יותר.⁵⁴ לאור השיקולים האלה חוק החברות נמנע מלהתייחס אל חברות בנות בתוך האשכול בצורה שונה משהוא מתייחס לחברות שאינן חלק מאשכול בכל מה שנוגע לסוגיה של הרמת המסך.⁵⁵

54 לעתים "מדיניות קונצרנית" הכופה על החברות הבנות להביא בחשבון את טובת האשכול כולו היא דווקא יעילה; דוגמה מובהקת לתאגיד ישראלי המקיים מדיניות קונצרנית הוא "כימיקלים לישראל בע"מ". ההצדקה למדיניות מעין זו מתקיימת כאשר התאגידיים בתוך האשכול נהנים מיתרונות, סינרגיים ואחרים, בשל עצם חברותם באשכול, ולכן התעלמות של כל אחת מן החברות הבנות מטובתו הכוללת של האשכול עלולה לזכות את הענף שעליו כולן יושבות. האם מדיניות קונצרנית מעין זו יכולה לשמש עילה, או עילה נוספת, להרמת מסך בתוך האשכול? לאו דווקא. המגמה שלא לזכות את הענף שעליו יושבת חברה פלונית בתוך האשכול היא מגמה המשרתת, אם גם בטווח הרחוק, את טובתה הנפרדת של אותה חברה, ואין לפרש אותה כתשלום העברה ממנה אל האשכול. מאחר שאותה חברה משרתת את טובתה שלה ולא את זו של האשכול, אין הצדקה עיונית מיוחדת להעמיס את חובותיה על האשכול, כדי לאזן כביכול את תשלום ההעברה שנעשה ממנה אליו.

55 זו גם הגישה המקובלת על מרבית החוקרים. ראו למשל Richard Posner, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, 43 U. CHI. L. REV. 499 (1976).

ד. חובות זהירות ואמונים – מסגרת כללית

1. הקדמה

מדוע מוטלות על נושאי משרה וסוכני שוק אחרים (למשל בעלי שליטה) חובות זהירות ואמונים? הסיבה היא פשוטה: סוכני שוק אלה מופקדים על כספם של אנשים אחרים. אילו יכלו לעשות בכספם של אחרים את כל העולה על דעתם, הייתה נוצרת בעיית נציג חריפה, ועולם התאגידים היה קמל ונעלם, שהרי מי פתי ויניח את מעותיו על קרן הצבי? חובות הזהירות והאמונים אינם, כפי שכבר הודגש, האמצעי היחיד למזעור עלויותיה של בעיית הנציג. הדין מספק גם אמצעים ארגוניים (למשל חיובה של כל חברה להקים דירקטוריון המשגיח על ביצועי הנציגים) ושוקיים (למשל מנגנון הצעת הרכש ה"מיוחדת") להשגתה של אותה מטרה. שלא כמו האמצעים הארגוניים והשוקיים, המונעים מן הנציגים להשתמש בכוחם לרעה אקס אנטה, כלומר עוד לפני שהנזק קרה, הכלים המשפטיים של חובות הזהירות והאמונים פועלים אקס פוסט, כלומר מטילים על הנציגים סנקציות לאחר שהנזק כבר התרחש, אם כי ללא ספק החרב המתהפכת של האיום המשפטי יש בה גם כדי להרתיע אקס אנטה ולא רק לפצות אקס פוסט. בפסקה זו אתמקד בניתוח הכלכלי של הכלים המשפטיים האלה. כפי שיעלה מן הניתוח להלן, כריכתן של חובות זהירות (duties of care and diligence) עם חובות אמונים (duties of loyalty) יחד, כאילו שני סוגי החובות היו מקורצים מעור אחד ("fiduciary obligations"), איננה במקומה. הדינים הראויים לכל אחד מסוגי החובות הללו שונים אלה מאלה במהותם.⁵⁶

עד לעת האחרונה כלכלנים, להבדיל ממשפטנים, לא נתנו דעתם על שאלות הקשורות בחובותיהם של נושאי משרה (וסוכני שוק אחרים) בדיני התאגידים. הסיבה היא כי הכלכלה הנאו-קלאסית פירשה את הפירמה כמעין "פונקציית ייצור" אנונימית, שבה כל גורמי הייצור, כולל גורמי הייצור האנושיים, רתומים להשאת ערכה של הפירמה. במצב דברים מעין זה אין קיימות בעיות נציג המצריכות את התערבות הדין, ולכן גם אין צורך בקיומן של חובות זהירות ואמונים. למעשה, הכלכלנים הניחו במשתמע, מבלי לתת דעתם על העניין, כי הפקעת החוזית המרכיבה את התאגיד עשויה כולה מ"חוזים מושלמים" (complete contracts). לעניין זה "חוזים מושלמים" הם חוזים המקיימים שני תנאים הכרחיים: ראשית, החוזים צופים את כל מצבי הטבע הצפונים בחיק העתיד ומפרטים את טיב ההסדרים שהצדדים מבקשים להחיל על מצבי טבע אלה; שנית, הם נכרתים בסביבה שקופה לחלוטין,

56 זו אינה תובנה חדשנית. ראו למשל Kenneth Scott, *Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 STAN. L. REV. 927 (1983).

כלומר אין קיימות בעיות קוגניטיביות המונעות מחלק מן השחקנים החוזיים להבין את פשר התקשרויותיהם. הסיבה להימנעותם של כלכלנים מעיסוק בחובות זהירות ואמונים במשך תקופה ארוכה היא כי התובנות הנוגעות לחוזים שיש בהם לא מעט לקונות (incomplete contracts) הן חדשות יחסית,⁵⁷ וגם ההכרה במגבלותיה של הקוגניציה האנושית לא קנתה לה שביתה עד לעליית קרנה של הכלכלה ההתנהגותית.⁵⁸

ממד נוסף שלא הובא בחשבון באופן הולם על ידי חוקרי העבר הוא אפשרות קיומן של השפעות חיצוניות העושות את ההתקשרויות הפנים-תאגידיות (למשל אלה הכלולות במסמכי ההתאגדות) לבלתי ראיות. הסיבה מדוע אלה לא הובאו בחשבון אף על פי שמושג ההשפעות החיצוניות היה מוכר היטב לכלכלנים זה כמה דורות, נעוצה בהשערה שהייתה רווחת בזמנה, כי מי שאינם צדדים לעיצוב החוזה התאגידי (למשל נושים) כורתים חוזים משל עצמם עם התאגיד, וחוזים אלה מגנים עליהם הגנה מספקת ואינם מותירים מרחב קיום להשפעות חיצוניות בעניינם. כפי שהודגש בפסקה 2 לעיל, השערה זו רחוקה מלהיות מדויקת, מה שמצדיק הוראות דין מיוחדות לצורך הפנמתן של השפעות חיצוניות אלה.

למרות הצורך הברור לקבוע חובות זהירות ואמונים כאלה או אחרות, עלינו לשוות לנגד עינינו את התובנה הבסיסית שהדריכה את הכלכלנים בעבר והיא כי קיימות סיטואציות שבהן קיומן של חובות אלה איננו נדרש. אלה הן הסיטואציות שבהן סביר להניח כי היחסים בין השחקנים התאגידיים הובנו כהלכה על ידי השחקנים הרלוונטיים, ולכן מה שנראה כהסדר המטה את הכף לטובת קבוצת שחקנים אחת (למשל מנהלי הפירמה) ולרעת קבוצת שחקנים אחרת (למשל המשקיעים בהון החברה) איננו מקפח אף לא קבוצה אחת. במצב דברים זה יש לשער כי הקצאת הזכויות וחלוקתן בין הקבוצות לבין עצמן הייתה מתומחרת כהלכה. למשל, אם הסדר פלוני פוגע בערכן של המניות אך קיומו של ההסדר ידוע ומוכן היטב, סביר להניח כי המניות הוצעו לציבור בניכיון, ולכן התשואה עליהן איננה נמוכה ממה שהייתה ללא ההסדר וללא הניכיון.⁵⁹

57 ראו בעניין זה למשל Oliver Hart, *An Economist's View of Fiduciary Duty*, 43 U. TORONTO L. J. 299 (1993).

58 ביתר הרחבה על מגבלות קוגניטיביות אלה ראו פרק ב לעיל.

59 ראו לעניין זה בהרחבה Frank Easterbrook, Daniel Fischel, *The Corporate Contract*, 89 COLUM. L. REV. 1416 (1989). נניח למשל כי תניה תקנונית פלונית מקטינה את התשואה הצפויה מאחזקה במניות החברה לחצי. אין סיבה שהציבור יסכים לרכוש מניה זו ביותר ממחצית הסכום שהיה מוכן לשלם תמורתה אלמלא אותה תניה. במילים אחרות, כל תניה תקנונית מגלמת בתוכה "סל" של טובות הנאה ומחירים, ולכן בעיקרון הציבור ה"רוכש" תניות כאלה בעניינים פקוחות צריך להיות אדיש אם "טובות" הן או "רעות".

2. חובות זהירות

האם יש משמעות להיקף חובות הזהירות בתוך התאגיד? יש הסבורים שהתשובה לשאלה זו היא חיובית, כי ללא כללי משפט חמורים נושאי משרה וסוכני שוק אחרים עלולים להקריב את האינטרסים של המשקיעים בתאגיד על מזבח תועלתם האישית.⁶⁰ מנגד אחרים סבורים שכללי משפט בכלל וכללים הנוגעים לחובות הזהירות בפרט אינם נחוצים בממשל התאגידי, כי נושאי המשרה וסוכני השוק התאגידיים האחרים כפופים לאילוצי שוק הממשטרים את אורחותיהם גם ללא מוראו של הדין.⁶¹ למשל, מנהלים כושלים רוכשים לעצמם מוניטין שליליים בשוק המנהלים, והחשש להיווצרותם של מוניטין שליליים אלה די בו כדי לתמרץ מנהלים למאמצים מיטביים בשירותה של הפירמה.⁶² לא זו גם זו, אם רמת ההרתעה המושגת על ידי אילוצי השוק היא סבירה, כללי משפט הרווחים את המנהלים ואת סוכני השוק האחרים לזהירות רבה עוד יותר עלולים ללקות בהרתעת-יתר, ובכך לפגוע בציבור המשקיעים.⁶³ חילוקי דעות אלה הניבו ספרות ענפה המתמודדת עם שאלות אלה.⁶⁴ בפסקה זו אבקש לנמק את העמדה התומכת בהשקפה השוקית, כלומר שחובות הזהירות הן בדרך כלל נטולות משמעות,⁶⁵ אך אסייג את עמדתי במקרים שבהם רשלנותם של סוכני

60 דעות ברוח זו אפיינו את עבודתו של ה-American Law Institute אשר הציע עקב כך כללים לחיזוק הסנקציות המשפטיות נגד נושאי משרה שלא מילאו חובותיהם כהלכה. למראי מקום ראו הערה 64 להלן.

61 ראו למשל FRANK EASTERBROOK, DANIEL FISCHEL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW (1996).

62 שוק המנהלים אינו כמובן השוק היחיד שעשויה להיות לו השפעה מרסנת על בעיית הנציג. למשל, מנהליהם של תאגידים החשופים להצעות רכש עוינות אינם יכולים להרשות לעצמם ביצועים תת-מיטביים, כי אלה יתבטאו בהכרח בירידת שער המניות, מה שייצור הזדמנויות לצדדים שלישיים לרכוש את החברה בזול ולהשביח אותה על ידי החלפת צוות הניהול. תובנה זו, הידועה היום לכול, נוסחה לראשונה על ידי Manne, לעיל הערה 28.

63 "הרתעת-יתר" זו מהי? מדובר ברמת זהירות כזו שעלויות השגתה עולות על תועלתה. למשל, משקיעי הפירמה לא היו רוצים שהמנהלים יימנעו מלהסתכן בסיכונים כלשהם, כגון השקעת כל משאבי החברה ברכישת איגרות חוב של ממשלת ארצות הברית, או שיסודיות הבדיקה שתיערך לפני כל צעד אופרטיבי תהיה כזו שעלויותיה תמחקנה את הרווחים מן הפעולה עצמה.

64 ראו למשל Michael Bradley, Cindy Schipani, *The Relevance of the Duty of Care* Standard in Corporate Governance, 75 IOWA L. REV. 1 (1989). במאמר זה אפשר למצוא אסמכתאות רבות לשתי העמדות המנוגדות המתוארות בטקסט.

65 עמדה דומה הושמעה לא פעם מפי כותבים האמונים על הגישה הכלכלית למשפט. ראו למשל Elliott Weiss, *Economic Analysis, Corporate Law and the ALI*; 56 לעיל הערה 56; Scott, *Corporate Governance Project*, 70 CORNELL L. REV. 1 (1984-85).

השוק הייתה חמורה במיוחד. יש לציין כי עמדה זו תואמת את רוח הפסיקה הישראלית, אשר הכירה בקיומה של חובת הזהירות בדיני החברות רק במקרים של רשלנות חמורה.⁶⁶ נקודת המוצא בניתוח השאלה היא שקיומה או היעדרה של חובת הזהירות אין לה יותר מהשפעה שולית (אם בכלל) על הסיכון המוסרי (moral hazard). "הסיכון המוסרי" הוא הסיכון שהכלל המשפטי ישנה את התנהגותן של הבריות, ובמקרה שלנו – שהטלתה ואכיפתה של חובת הזהירות יגרמו לנושאי המשרה לנקוט רמת זהירות מיטבית. אולם יש רגליים לסברה שכללי משפט אינם נחוצים כלל כדי לגרום לנושאי המשרה לבחור באסטרטגיות מיטביות, עד כמה שהדבר נוגע לרמת הזהירות שהם נוקטים בניווט של הפירמה. הסיבה היא שגם ללא חובת זהירות יש להם תמריץ חזק להימנע מרשלנות. מצד אחד האקט הרשלני איננו מעשיר את נושאי המשרה, שהרי אין מדובר בהשגת טובת הנאה לעצמם (כפי שהיה יכול להיות אילו היה מדובר בהפרת חובת אמונים) אלא בנזק שנגרם לחברה (למשל שאחד מעובדיה שלח ידו לקופה, אך לא חלק בשללו עם הממונים עליו). מצד אחר העובדה שנגרם נזק לחברה צובעת את נושאי המשרה כמי שלא ידעו להגן עליה מפני נזקים שכאלה, ולכן מסמנת אותם כבלתי ראויים לתפקיד, וגם לא לתפקידים אחרים מצד מעסיקים חלופיים. למשל, שום מנהל בנק לא יהיה מאושר אם תתגלה בבנק מעילה, וסביר להניח שיעשה הכול כדי למנוע אותה גם ללא אימתו של הדין. סיבה נוספת מדוע אין לחשוש לקיומו של הסיכון המוסרי היא שאחריותם האזרחית של סוכני השוק מועברת בדרך כלל לחברות ביטוח (או לצדדים אחרים כמפורט להלן), מה שמקשה באופן בולט את חוד החרב המתהפכת של אימת הדין.

אם קיימת אפשרות כלשהי שכללי משפט המטילים אחריות על אקטים רשלניים ישנו את התנהגותם של נושאי המשרה, סביר להניח שהשינוי יהיה לרעה דווקא ולא לטובה, משום שיגרום לנושאי המשרה להיות זהירים מדי. כדי להבין טענה זו נניח כי נושאי המשרה

66 הפסיקה הישראלית, וכמוה גם – כהכללה גסה – האנגלית והאמריקאית, מעולם לא הודתה בפה מלא כי רשלנות שאינה חמורה איננה בת תביעה. עם זאת קשה מאוד למצוא מקרים שבהם חויבו סוכני שוק תאגידיים באחריות אזרחית בשל רשלנות "פשוטה". דוגמה (מוצדקת) להטלת אחריות בנוזקין בשל רשלנות חמורה הוא ע"א 1989/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נו"ד (4) 289 (2003). גם פסק הדין הנודע בפרשת קוסוי, לעיל הערה 20, אף על פי שהשתמש ברטוריקה של חובות אמונים, היה מקרה של רשלנות רבתי, שהצדיקה הטלת אחריות משפטית. לעתים מזומנות אנו שומעים, בעיקר בהרצאות הפתוחות לציבור הרחב, אזהרה מפני הרשת ההולכת ומתהדקת כביכול של חובות הזהירות המוטלות על דירקטורים ונושאי משרה אחרים. מאחר שאזהרות אלה מושמעות זה עשרות שנים ואין להן "כיסוי" בפסיקתם של בתי המשפט, עולה החשש כי הן מושמעות מתוך אינטרס עצמי של המזהירים, המבקשים בדרך כזו לגייס לקוחות המבקשים להתגונן מבעוד מועד מפני חשיפתם לאחריות משפטית.

"לוקחים ברצינות" את איומיו של הדין, מה שגורם להם להיות זהירים יותר ממה שהיו בלאו הכי אילו היו פטורים מאחריות על הפרת חובות זהירות. זהירות יתר זו איננה רצויה. האדם הסביר נוקט רק אמצעי זהירות שעלותם שווה לתוחלת הנזק שהוא מבקש למנוע או נמוכה ממנה (ראו לעניין זה פרק ו לעיל). מאחר שנושאי המשרה מתומרצים לנקוט אמצעי זהירות מיטביים גם ללא אימת הדין, אם יגבירו את זהירותם עוד יותר, משמעות הדבר היא כי עלויות מניעת הנזק, היוצאות מכיסיהם של בעלי המניות, חייבות לעלות בשיעורן על תוחלתו של הנזק, ולכן נקיטת אמצעי זהירות שכאלה איננה יעילה. נוסף על כך יש לזכור כי בעלי המניות בחברה ציבורית אדישים לסיכונים, בשל יכולתם לפזר את השקעתם בתיק השקעות ("פורטפוליו") מגוון, וייתכן שהם אפילו אוהבי-סיכונים, בשל יכולתם להחציף את עלויות הסיכונים לנושי הפירמה, ואילו נושאי המשרה נוטים להיות שונאי-סיכונים, כי השקעתם בהון האנוש שנדרש להם כדי להשיג את משרותיהם איננו ניתן לפיזור. כלל משפטי הגורם לנושאי משרה להיות זהירים עוד יותר ושונאי-סיכונים עוד יותר ממה שהיו יכולים להיות גם ללא אימת הדין, מרחיק אותם עוד יותר מחובתם לבחור באסטרטגיות ההולמות את העדפות הסיכון של בעלי המניות, וייתכן שיש להטלתה של אחריות משפטית חמורה בשל רשלנות "רגילה" עלויות נוספות.⁶⁷

אם נתעלם מן החשש לזהירות יתר ונניח שכללי אחריות בשל עוולת הרשלנות אינם משנים את התנהגותן של הבריות, נוכל להניח כי היקף הנזקים הנגרמים לחברה מאקטים רשלניים הוא גודל קבוע שאיננו מושפע מהיקפה של חובת הזהירות. המסקנה היא שאם ברצוננו לשקול שיקולי יעילות, חובת הזהירות אינה מעלה ואינה מורידה, כי יהיה הכלל המשפטי אשר יהיה היקף הנזקים המצרפי נותר בעינו. נותר עתה לבדוק אם הכלל המשפטי עשוי לגרום תוצאות חלוקתיות, בלתי רצויות, כלומר אם יש בו כדי להקצות חבויות כספיות ל"הטבת הנזק" לצד "הלא נכון".

תשובתי היא שאין זה משנה על מי מטילים מעמסה זו, ובפרט "אין מה להרוויח" משחרורה של החברה מן הנטל ומהטלתו על נושא המשרה. נניח תחילה כי מנהל פלוני צפוי לתביעות רשלנות, ולכן עליו להוציא מכיסו את הפרמיה הנדרשת לביטוח אחריותו. לא יהיה בלתי סביר מצדו לפרש את תשלום הפרמיה כמעין מס המוטל על רווחיו מן החברה, וכך תקבולו נטו מהיותו מועסק על ידי החברה נעשים קטנים יותר בשיעור ה"מס". נניח עתה כי מנהל אינו צפוי לתביעות רשלנות כלל. אז יתייתר הצורך מבחינתו לרכוש פוליסה לביטוח אחריותו. אך הואיל והנזקים הצפויים מרשלנותו לא "התאיידו", ואנו מניחים

67 למשל, ייתכן שסטנדרט חמור מדי של רמת הזהירות הנדרשת מנושאי משרה דווקא יגביר את מספרם של מקרי הרשלנות. הסיבה היא כי נושאי משרה זהירים עלולים להדיר רגליהם מזירת הניהול מתוך חשש לעורם במקרים של רשלנות, מה שיפנה את השטח לנושאי משרה פזיזים, אלה שאינם חוששים לעורם, וקל וחומר שאינם חוששים לעורו של הזולת.

שגודלם נשאר קבוע, תיאלץ החברה עתה לבטח את עצמה מפני רשלנותו של המנהל, או לחלופין לפעול כמבטחת של עצמה, קרי לספוג את הנזק ללא יכולת חזרה למנהל. הפעם לא יהיה בלתי סביר מבחינתה של החברה לפרש את הנטל הזה כמעין תוספת למס המעסיקים שהיא צריכה לשלם תמורת הזכות להעסיק את המנהל. במקרה הראשון (המנהל אחראי בנוזיקין) המנהל שמשלם את הפרמיה הוא ה"נישום". במקרה השני (המנהל אינו אחראי בנוזיקין) החברה שמשלמת את הפרמיה (או מבטחת את עצמה) היא ה"נישומה". אולם קל לראות כי שני המקרים שקולים בדיוק זה כנגד זה. מאחר שה"מס" מוטל על ההתקשרות בין החברה לבין המנהל, מי שמשלם את המס יכול "לגלגל" חלק ממנו על הצד השני. למשל, אם החברה משלמת את ה"מס", היא יכולה לגלגל חלק ממנו על המנהל על ידי הפחתת שכרו. אם המנהל משלם את ה"מס", הוא יכול לגלגל חלק ממנו על החברה על ידי דרישה להעלאת שכרו. שיעור ה"מס" המשתלם על ידי כל אחד מן הצדדים בסופו של התהליך אינו תלוי בזהותו של ה"נישום" הפורמלי אלא בגמישותם היחסית של ההיצע והביקוש לשירותי הניהול. למשל, אם בפני המנהל פתוחות אופציות תעסוקה אטרקטיביות אחרות ואין הוא להוט להיות מועסק דווקא באותה חברה, אך החברה מעוניינת בשירותיו במיוחד והיא סבורה שאין לו תחליף טוב, סביר להניח כי מרב ה"מס" יינשא על ידי החברה. גם ההפך נכון: אם המנהל נושא עיניו למשרה באותה חברה ואין לה מבחינתו תחליף סביר, אך החברה יכולה למצוא בקלות מועמדים אחרים להחליף את המנהל, סביר שמרב ה"מס" ירבוץ על שכם המנהל. הנטל הסופי של ה"מס" (the "incidence" of the tax) אינו נקבע אפוא על ידי כללי משפט כי אם על ידי נתונים כלכליים והם גמישותם היחסית של הביקוש וההיצע.⁶⁸ קוראים המעוניינים להתעמק יותר בשאלת הנטל הסופי של מסים מופנים לפרק טו להלן.

ברור אפוא מדוע אין להחיל שיקולים דומים על הפרה של חובות אמונים: אילו היה הדין נסוג גם במגזר של חובות האמונים, הייתה נסיגתו מפנה את הדרך לנושאי משרה לעשוק את החברה מבלי לבוא על עונשם. במילים אחרות, כאשר מדובר בחובות אמונים איננו יכולים לשער עוד, כמו במקרה של חובות זהירות, כי הכלל המשפטי אינו משנה את הסיכון המוסרי. אולם מדוע סייגתי את מה שנאמר לעיל באשר למי שהתרשל רשלנות חמורה? לכאורה, גם נושאי משרה שהתרשלו התרשלות חמורה נטולי תמריץ להזיק לחברה ברשלנותם, ומדוע ייגרע חלקם ביחס לנושאי משרה שהתרשלו רשלנות "רגילה"? כדי להשיב לשאלה זו כדאי להתבונן מקרוב באחת מתובנותיה של תורת הצרכן. תורת הצרכן

68 הדבר נכון כמובן לכל נטל כספי שיש לשאת בו כדי לקיים עסקה. למשל, מס ערך מוסף המוטל על מכירת טובין או שירותים מתחלק גם הוא בין המוכר לבין הקונה על פי גמישותם היחסית של הביקוש וההיצע, ולא על פי השאלה אם הממשלה בחרה במוכר או בקונה כנישום הפורמלי.

מניחה כי תועלתנו עולה ככל שיש ביכולתנו לצרוך יותר טובין. אחד הטובין הנחשקים ביותר נקרא "פנאי", שהוא מעין שם מסגרת לכל הנאות החיים שאנחנו יכולים לצרוך בזמננו החופשי. לכל אדם קיים יחס תחלופה כלשהו בין פנאי לבין מוצרי הצריכה האחרים; אף אחד מאתנו לא היה רוצה לעבוד "מסביב לשעון" אף אילו היו כוחותינו הפיזיים מאפשרים לנו לעמוד במשימה. נושא משרה שמתרשל רשלנות חמורה הוא אדם שמעדיף לעסוק בענייניו הפרטיים, כלומר לצרוך פנאי, גם בשעה שהוא אמור לשקוד על טובתה של החברה. מאחר שהתחייב לנהוג אחרת, או לפחות להתאמץ לנהוג אחרת, הפרת התחייבותו שקולה כנגד מעילה ברכוש החברה והסבתו לתועלתו הפרטית של נושא המשרה. סיטואציה זו אינה שונה מהותית מהפרת חובת אמונים. הלכת בוכבינדר שצוטטה לעיל מדגימה יפה דברים אלה. מדובר במעילת ענק שבוצעה במשך תקופה ארוכה בבנק צפון אמריקה והביאה את הבנק לכלל חדלות פירעון. הכתובת הייתה על הקיר, אך חברי הדירקטוריון לא הבחינו בה אף על פי שרובם ככולם היו אנשי עסקים מנוסים. הסיבה הייתה שרבים מהם לא פקדו כלל את ישיבות הדירקטוריון והסתפקו במינוי חליפים מבלי שהתעניינו בכישוריהם של החליפים (שאכן לא היו ראויים שיתעניינו בהם). לשון אחרת, במקום לדאוג לענייני הבנק הנעשק, חברי הדירקטוריון צרכו פנאי. ההלכה שנפסקה בעניינם – חיובם בהטבת הנזק (העצום) שנגרם לבנק – הייתה מוצדקת בהחלט.

כל התוכנות הללו מוצאות ביטוי הולם בחוק החברות שלנו.

במישור הביטוחי החוק קובע כי אין מניעה שהפרמיה עבור ביטוח אחריותו של נושא משרה בשל הפרת חובת זהירות תשולם על ידי החברה.⁶⁹ למי שתמה על שום מה מתירים לקרבן ההפרה (החברה) לשלם מכיסו את הפרמיה שנועדה לכסות את נזקי ההפרה, ההסבר לכך מצוי בשורות דלעיל: הנטל של הפרמיה אינו נקבע בלאו הכי על ידי כללי משפט כי אם על פי גמישותם היחסית של הביקוש וההיצע לשירותי ניהול. החוק גם מאפשר לחברה לוותר מראש על זכותה לתבוע את נושא המשרה על הפרת חובות הזהירות שלו כלפיה, כלומר החוק מתיר לה לבטח את עצמה.⁷⁰ בשל עלותו הגבוהה של הביטוח הרלוונטי (הידוע כביטוח נושאי משרה – director and officer insurance) האסטרטגיה של ביטוח עצמי עדיפה בעיקר כשהיא נעשית על ידי חברות החשופות למעשי נזיקין של נושאי משרה רבים. נוסף על כך החוק מאפשר לחברה לשפות נושאי משרה על חבות בנזיקין כלפי צדדים שלישיים.⁷¹ אם החברה בחרה לבטח את נושאי המשרה, הצורך במנגנון השיפוי אינו מתעורר, אך אם בחרה לבטח את עצמה על ידי ויתור על זכותה לתבוע את נושא המשרה

69 סעיף 261 לחוק החברות.

70 סעיף 259 לחוק החברות.

71 סעיף 260 לחוק החברות.

בנזיקין, מנגנון השיפוי הוא רב-חשיבות, כי החברה אינה רשאית כמוכן לוותר על זכותם של צדדים שלישיים להיפרע מן המזיק. לבסוף, כשם שהחוק אינו מתיר לוותר לנושא משרה, לבטחו או לשפוטו בשל הפרת חובת אמונים,⁷² כך גם אינו מתיר להשתמש במנגנונים אלה במקרים של רשלנות חמורה, שמן הטעמים שהובאו לעיל שקולה, לפחות לעניין הנדון, כנגד הפרת חובת אמונים.⁷³

לפני שנעבור לדיון בחובות אמונים נתמקד בנקודה נוספת הטעונה הארה. שלושת המנגנונים להסרת הנטל משכמם של המזיקים מתייחסים, על פי לשונו של חוק החברות, ל"נושאי משרה". בכך הלך חוק החברות כבדת דרך נוספת בהשוואה לחוק חשוב אחר שהתייחס לסוגיה, הוא חוק החברות של דלוור, אשר אפשר לחברה להעניק את הפטור לדירקטורים בלבד ולא לנושאי משרה שאינם דירקטורים.⁷⁴ מאחר שהניתוח הכלכלי המתייחס לדירקטורים אינו שונה בהרבה מזה המתייחס לנושאי משרה שאינם דירקטורים (ואולי הוא מתייחס דווקא לאחרונים ביתר שאת), חוק החברות אינו נוקט את הקו המצמצם של המחוקק בדלוור. מעניין שהמחוקק בדלוור דווקא מכיר בכוחה של החברה לבטח נושאי משרה שאינם דירקטורים ואף לשפוטם על מעשי רשלנות,⁷⁵ ובכך הוא לוקה בחוסר עקיבות פנימי, שחוק החברות שלנו נמנע ממנו.

3. חובות אמונים

המושג "חובת האמונים" רחב ממה שנראה מתוך עיון שטחי בחוק החברות שלנו. הוא כולל גם חובות המסתתרות תחת שמות אחרים, כגון החובה שלא לעשוק את המיעוט, לא לקפח אותו, או שלא לקבל החלטות כלשהן בחברה אלא אם כן הן משרתות נאמנה את טובת

72 סעיף 258 לחוק החברות.

73 עניין זה נובע מתוך פרשנות החוק. סעיף 263 קובע כי לא יהיה תוקף לתניה בתקנון הפוטר את המזיק מאחריותו כלפי החברה, או המאפשרת לחברה לשלם את הפרמיה עבור ביטוחו של נושא המשרה או המאפשרת לה לשפוט אותו, כאשר הפרת חובת הזהירות נעשתה "בכוונה או בפזיזות". כל אלה מותרים רק במקרים המוגדרים "כרשלנות בלבד". כן החוק אוסר על פטור, ביטוח או שיפוי כאשר ההפרה נעשתה "מתוך כוונה להפיק רווח אישי שלא כדין". מאחר שבלאו הכי אין לפטור נושא משרה, לבטח אותו או לשפוט אותו במקרים של הפרת חובות אמונים, ברור שכל המקרים המנויים בסעיף 263 הם מקרים של הפרת חובות זהירות, ולכן אין דרך לפרש אותם אלא כמתייחסים למקרים של רשלנות חמורה.

74 ראו סעיף 102(b)(7) לחוק החברות של דלוור. סעיף זה הוחק בשנת 1986 לאחר ששנה אחת קודם לכן הדהים בית המשפט העליון של דלוור את הקהילה העסקית בהטילו אחריות נזיקית על חברי דירקטוריון שנחפזו לאשר עסקת מיזוג מבלי להזמין חוות דעת חיצוניות על כדאיות העסקה. ראו *Smith v. Van Gorkom*, 488 A. 2d 588 (1985). הסעיף נועד בכוונה תחילה לרכך את רוע הגזרה, וטוב שכך.

75 ראו סעיף 145 לחוק החברות של דלוור.

החברה. לעתים החובה מקננת באכסנויות שמחוץ לחוק החברות. למשל: החובה להתנזר מסוגים מסוימים של שימוש במידע פנים שוכנת בחוק ניירות ערך; הכפיפות לכוחו של בית המשפט לצוות על פירוקה של חברה שאיננה מתנהלת עוד לטובתם המשותפת של בעלי המניות דרה בעילת פירוק "מטעמי צדק ויושר", השוכנת בפקודת החברות ומקורה במשפט המקובל האנגלי; החובה לקיים את התקנון בדרך מקובלת ובתום לב שוכנת הן בחוק החברות והן בדין הכללי. המכנה המשותף הבסיסי לכל תצורותיה של חובת האמונים מקופל בדיבר "לא תגנוב". בהקשר התאגידי הדיבר מופנה למי שהמשיקעים בתאגיד הפקידו בידיו את כספם ושמו בו את מבטחם שיוביל את ספינתם המשותפת אל חוף מבטחים. חובת האמונים שונה במהותה מחובת הזהירות. כפי שראינו, הרציונל לקיומה של רגולציה של חובות זהירות, קל וחומר חובות זהירות קוגנטיות, כחלק מן הממשל התאגידי הוא רציונל בלתי משכנע. האם קיימות סיבות דומות לגישה ספקנית באשר לחובות אמונים? כפי שכבר הודגש לעיל, התשובה לשאלה זו היא שלילית. אילו היה הדין מתיר לנושאי משרה, או סוכני שוק אחרים, לגנוב את השמנת מן המזווה, היה להם תמריץ חזק לעשות זאת, שהרי כל סנקציית שוקית שהייתה מוטלת עליהם בשל כך (למשל שערכם בשוק העבודה היה יורד) הייתה יותר ממקוזזת בשל מתיקותה של השמנת. לשון אחרת, דין מתירני המתייחס לחובות האמונים משפיע לרעה על הסיכון המוסרי.

למרות השיקולים הללו יש הסבורים שעל אף ההשפעה של היקף חובות האמונים על הסיכון המוסרי אין צורך לייצר חובות אמונים בדברי חקיקה קוגנטיים, ומותר להניח לצדדים להתנות עליהם כפי רצונם. לפי קו מחשבה זה אין כל פסול בהוראה חוזית "מקפחת", למשל הוראה המופיעה בתקנון החברה הקובעת ויתור – מלא או חלקי – מצד החברה על זכותה להיפרע בשל הפרת חובות האמונים כלפיה. סביר להניח כי הוראות המרככות את חובות האמונים תגרורנה תגובת שוק של דחיסת המחירים של ניירות הערך של החברה כלפי מטה, ובמקרים קיצוניים לא ימצא להם כלל קונה, או ש"מחירים" של ניירות הערך יהיה אפס. ה"קרבנות" של הפרת חובות האמונים, רוכשי ניירות הערך של החברה, אינם זקוקים להגנת הדין כי הם מקבלים פיצוי אקס אנטה באמצעות מנגנון המחירים. השקפת עולם זו מעוגנת בתפיסה שהחברה איננה אלא מעין "פקעת חוזית" (a nexus of contracts), ולכן כל מה שמותר להכליל בחוזה שבין שני צדדים מותר להכליל גם בכללי הממשל התאגידי, כפי שהם מתבטאים בתקנון החברה.⁷⁶ אולם גם החסידים הנלהבים ביותר של תורת הפקעת החוזית מודים שההיגיון העומד ביסודה של תפיסת עולמם אינו עמיד בפני הבעיה של כללי ממשל תאגידי "חדשים" שהחברה מאמצת אותם לאחר שבעלי ניירות הערך המקוריים כבר השלימו את השקעתם (amendments in

76 דוברים בולטים של השקפה זו הם Easterbrook & Fischel, לעיל הערה 59.

"midstream"). למשל, אם התקנון המקורי גוזר על נושאי המשרה נאמנות מוחלטת לטובת החברה, אך לאחר שהציבור כבר השלים את השקעתו בחברה התקנון מוחלף בתקנון אחר, בעלי ניירות הערך הקיימים עלולים להפסיד חלק ניכר מהשקעתם. גם אם ימכרו את ניירות הערך שלהם לצדדים שלישיים, לא יהיה בכך כדי להמתיק את נזקם, כי מחיר המכירה ישקף את ערכם של ניירות הערך על פי התקנון החדש. מנגנון המחירים יגן אקס אנטה על הצדדים השלישיים אך לא על מי שמכרו לצדדים השלישיים את אחזקותיהם.⁷⁷

לכאורה היה אפשר לחשוב שהואיל ושינויים בתקנון אינם אפשריים אלא בהסכמתם של בעלי המניות, אין סיבה מיוחדת לדאגה גם באשר לכללי ממשל "חדשים", שהרי אם בעלי המניות אינם חפצים לאמץ כללים חדשים, החוזה המקורי נותר בעינו. כמה סיבות חוברות יחד נגד השקפה מתירנית שכזו: ראשית, כללי ממשל חדשים עשויים להשפיע גם על בעלי ניירות ערך שאינם בעלי מניות, כגון בעלי איגרות חוב, שאין להם זכות הצבעה בחברה; שנית, קשה לקבל את ההשקפה שהצבעתם של בעלי המניות היא "מושכלת": כללים משובחים של ממשל תאגידי הם "מוצר ציבורי" (ראו פרק א לעיל להגדרת המושג ולמהות הבעיה המתעוררת בייצורם של מוצרים ציבוריים), ולכן לבעלי מניות אינדיווידואליים אין תמריץ להשקיע בייצור כללים משובחים. אילו היו בעלי מניות אינדיווידואליים משקיעים בלימוד החומר והיו מכלים את זמנם בהבנתו ובעיכולו, ואילו היה בכוחם לתרום לשיפור כללי הממשל התאגידי, מלוא עלות ההשקעה הייתה רובצת על כל אחד מהם, ולעומת זאת התועלת מן ההשקעה – שיפור כללי הממשל התאגידי – הייתה מתחלקת בין אלה שהשקיעו לבין כל בעלי המניות האחרים בחברה. לפי מערכת שיקולים זו, בעלי מניות בחברה סובלים מ"אדישות רציונלית" (rational apathy) באשר לכללי הממשל התאגידי, ואין לסמוך עליהם שיעמדו בפרץ לנוכח הצעות תת-מיטביות; שלישית ואחרונה, לא כל כללי הממשל התאגידי מעוגנים בתקנון, ולכן אילו היה מותר לסטות מהם על פי רצונם של מקבלי ההחלטות בחברה, היה אפשר להגשים את היעד גם ללא שינויים בתקנון. למשל, הכללים האוסרים על עושק המיעוט או קיפוחו, שכל תכליתם להבטיח את נאמנותם של הנציגים לשולחיהם, מעוגנים בהוראות דין ולא בתקנון. מכל הסיבות האלה ברור לגמרי, גם לדעתם של מתירני המתירנים, כי כללים "חדשים" חייבים להיבחן במסגרת של הדוקטרינה המשפטית ולא רק במסגרת "חוזית".

בצד עצם ההצדקה לנחיצותן של חובות האמונים בדיני החברות יש לתת עתה את הדעת על תוכנן. בפסקה זו נמקד את המבט בלזו הקשה הנוגע לחובות האמונים כפי שהוא חרות בחוק החברות. בפסקה 5 להלן נרחיב את היריעה בדבר הסוגיות הקשורות לחובות האמונים אך נמצאות מחוץ לאותו לזו קשה. עיקר עיסוקו של חוק החברות ממוקד במושג "ניגוד

העניינים" שבין החברה לבין בעלי שליטה ונושאי משרה המופקדים מטעמה על עשיית פעולות ועל קשירת עסקאות. חוק החברות מגדיר כל פעולה או עסקה הנגועות בניגוד עניינים כהפרה של חובת האמונים, אך הוא מתיר למרק את ההפרה אם התמלאו כמה תנאים: בעל השליטה או נושא המשרה גילו לחברה את פרטי "העניין האישי" שיש להם בפעולה או בעסקה, שהחברה אישרה את הפעולה או העסקה למרות קיומו של "העניין האישי", וכי הפעולה או העסקה לא היו מנוגדות לטובת החברה. התנאי השני מבין שלושת התנאים הללו – אישור החברה לפעולה או לעסקה – מציב תנאים שונים לתקפותו של האישור. מבלי להיכנס לפרטי הדינים, התנאים מקלים יותר באשר לנושאי משרה שאינם דירקטורים, והם מקלים ביחסם לדירקטורים יותר מאשר ביחסם לבעלי השליטה. לעומת הדינים הנוגעים לדרכי האישור, שהם ברורים ומדויקים, החוק אינו מגדיר את מושג "טובת החברה" ואף לא את מושג "העניין האישי". כל האלמנטים הללו ניתנים להסבר ברור בכלים של הגישה הכלכלית למשפט.

מדוע החוק מחמיר יותר מכול עם בעלי שליטה? ומדוע הוא מחמיר עם דירקטורים יותר מאשר עם נושאי משרה שאינם דירקטורים? כפי שהודגש לעיל, בדיון על חובות הזהירות, הצורך בכללי משפט כווסתי התנהגות מתעורר בעיקר כאשר כוחם של מנגנוני השוק "לעשות את העבודה" תש, ולכן "אין בררה" אלא להישען על הדין. ההשפעה הממתנת של השוק על בעיית הנציג של בעלי השליטה היא החלשה ביותר, ולכן הפיקוח עליהם מצריך רגולציה נוקשה יותר. מדוע? הסיבה היא כי כמה מן השווקים הרלוונטיים לשחקני שוק אחרים אינם רלוונטיים כלל במקרה שלהם. למשל, שוק השליטה (המופעל באמצעות הצעות רכש עוינות) אינו רלוונטי מבחינתם של בעלי השליטה כי איש לא היה מעלה על דעתו להציע הצעת רכש עוינת לחברה שבה המניות ה"צפות" (קרי אלה שאינן שייכות לבעלי השליטה) הן רק מניות מיעוט. בדומה לכך, בעלי השליטה אינם צפויים לאבד את משרתם בגלל ביצועים נחותים של הפירמה, ולכן שוק העבודה הוא נטול שיניים מבחינתם. שוק ההון ושוק המוצרים אמנם יכולים "להלום" בבעלי שליטה שאינם דואגים להשאת ערכיה של הפירמה, אך לא במידה שווה כפי שהם יכולים להזיק לנושאי משרה למיניהם, כי הללו לא רק חוששים לגורלה של הפירמה אלא גם לעורם, ואילו בעלי השליטה פטורים מדאגה זו. גם ההבחנה בין דירקטורים למנהלים היא במקומה. אמנם גם אלה וגם אלה צפויים לאבד את משרותיהם אם יזניחו את ענייניה של הפירמה ויעדיפו את טובתם הפרטית, אך חומרתה של הסנקציה השוקית רבה יותר במקרה של המנהלים. מדוע? כאן הסיבה היא שבשביל המנהלים הפירמה היא מקום עבודתם, ולעתים קרובות השקיעו השקעה ניכרת בהון אנוש המיוחד לפירמה (firm specific human capital). פיטוריהם ממקום עבודתם יכולים להתפרש לעתים קרובות כטרגדיה תעסוקתית. חברי הדירקטוריון, לעומתם, אינם אלא אורחים הנוטים ללון. בשבילם החברה איננה אלא תעסוקה צדדית, ועל פי רוב עיקר זמנם מוקדש לעיסוקים אחרים (כגון תפקידי ניהול בתאגידיים אחרים). אף על

פי שרובם המכריע אינם חפצים לאבד את מושבם בדירקטוריון, סביר מבחינתם לפרש סנקציה שוקית זו כחמורה פחות. לבסוף נשאלת השאלה מדוע בחר הדין להתייחס ל"דירקטורים פנימיים", אלה המכהנים הן כדירקטורים והן כמנהלים בפירמה, כאל דירקטורים ולא כאל מנהלים אף על פי שמה שיש לאישים אלה להפסיד בשל השפעתו המרסנת של השוק הוא לפחות מה שהם מפסידים בתור מנהלים ולא בתור דירקטורים. אפשר להציע לשאלה זו כמה תשובות. אחת מהן קשורה למבנה המיטבי של הדירקטוריון. כידוע, מקובל לחשוב שדירקטוריון הראוי לשמו מורכב ממספר רב של דירקטורים חיצוניים שהתלות שלהם בהנהלה המעשית, שעליה הם אמורים לפקח, היא מינימלית. בארצנו רוב החברות הציבוריות אינן מגשימות שאיפה זו. חוק החברות, שהוא בעיקרו של דבר חוק "מרשה", איננו חפץ להציף את התאגיד בדירקטורים חיצוניים – דח"צים – (בכלל חברת ציבורית) אך לא נרתע מלהעניק תמריצים להגדלת מספר הדירקטורים החיצוניים. הטלת אחריות ברמה גבוהה יותר על מנהלים המשמשים גם דירקטורים מתמרצת גם אותם וגם את החברה לאייש את הדירקטוריון בחברים המגויסים "מבחוץ", כדי שמנהלי החברה שאינם דירקטורים ייהנו מרמת אחריות משפטית מתונה יותר.

ומדוע נמנע חוק החברות מלהגדיר את המושגים "טובת החברה" ו"עניין אישי" בסוגיות הנוגעות לפעולות או לעסקאות הנגועות בניגוד עניינים? התשובה היא שלא כל מושג משפטי ראוי להגדרה מדויקת. שיטת המשפט שלנו, כמו כל שיטת משפט אחרת, מורכבת מ"כללים" – הוראות דין המשורטטות ברזולוציה גבוהה – ומ"סטנדרטים" – הוראות דין פתוחות רקמה, כמו "סבירות", "תום לב" או "הגינות". "כללים" הם הוראות דין המותירות מרחב מצומצם לשיקול דעת שיפוטי בשלב שבו מתעוררים סכסוכים, ואילו "סטנדרטים" הם הוראות דין שתקניות, שאינן מגלות את סודן אלא לאחר שפורשו בדיעבד, ולכן אפשר להשקיף עליהן כעל אקטים המאצילים את כוח החקיקה מן המחוקק אל הפרשן. מזווית הראייה הכלכלית מוטב להשתמש בכללים כאשר הסכסוכים הצפונים בחיק העתיד "דומים" זה לזה, שהרי אז המחוקק יכול לפתור את כולם בהינף קולמוס אחד, ולחסוך לפרשנים את הצורך "לייצר" פתרונות כל פעם מחדש. לעומת זאת כאשר הסכסוכים הנוגעים לסוגיה פלונית הם בלתי צפויים, וקשה לספק להם פתרונות אחידים בשלב החקיקתי, אין למחוקק בררה אלא להאציל את כוח החקיקה לפרשנים ולסלול בפניהם את הדרך להפעלת שיקול דעתם השיפוטי.⁷⁸ המקרים הנוגעים להפרת חובת האמונים כוללים את שני סוגי התרחישים. באשר לצד הפרוצדורלי – של אישור העסקאות – אין כל קושי

78 המאמר המנחה בסוגיה זו הוא Louis Kaplow, *Rules and Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L. J. 557 (1992).

להגדיר מראש את דרך עשייתן, ולכן החוק קובע בעניין זה כמה וכמה "כללים". אולם באשר לצד המהותי – של הדרכים השונות והמשונות שבהן בעלי שליטה ונושאי משרה בוחרים למעול בתפקידם ולהציב את טובתם האישית מעל טובת החברה – ההגדרה קשה מדי לביצוע, ולפיכך לא הייתה למחוקק בררה אלא להוסיף למרקחת צמד של "סטנדרטים", הלוא הם "טובת החברה" ו"עניין אישי".

ה. חובות אמונים – מקרים מיוחדים

1. הקדמה

כאמור, חוק החברות ממוקד בעיקרו בלזו הקשה של חובות האמונים, המתייחס לפעולות או עסקאות הנגועות בניגוד עניינים. אך מושג חובת האמונים רחב יותר, והוא מתייחס גם לנושאים רבים אחרים. לא בכולם נעסוק כאן. לצורך הדגמה בלבד נעסוק בשני נושאים ועוד אחד: שני הנושאים הם רכישת שליטה מבעל השליטה בחברה ורכישת שליטה של חברה שאין בה, עובר לרכישה, "דבוקת שליטה". הנושא הנוסף – שאולי יש לו, ואולי אין לו, קשר ברור לסוגיה של חובות האמונים – הוא כמה היבטים של השימוש במידע-פנים.

2. רכישת שליטה "פרטית"

ראובן הוא בעל השליטה בחברה. הוא מוכר את מניותיו לשמעון. שמעון משלם לראובן מחיר גבוה מן המחיר בבורסה. להפרש קוראים "פרמיה". השאלה היא כיצד יש להתייחס אל הפרמיה ולמי צריך להקצות את זכות הקניין בה. לשאלה זו שתי תשובות אפשריות: התשובה האחת היא שהפרמיה שייכת למוכר, וליתר בעלי המניות בחברה אין בה, ולא צריך להיות בה, כל חלק. זוהי "הגישה השוקית" לשאלת הפרמיה; התשובה החלופית היא שהפרמיה בעד השליטה שייכת, וצריכה להיות שייכת, לכל בעלי המניות בחברה בחלקים שווים. נכנה גישה זו בשם "הגישה השוויונית". הגישה השוקית מסרבת לפרש את מכירת השליטה בחברה כעסקה המעוררת בעיה של הפרת חובת אמונים, ולכן אין היא מולידה כל עילת תביעה. הגישה השוויונית מניחה כי בעל השליטה המקורי אמנם היה מסוגל לנווט את עסקיה של החברה הודות לבעלותו במרב מניותיה, אך כוח השליטה מעולם לא נמנה עם קניינו הפרטיים, והוא החזיק בו בנאמנות בשביל החברה וכל בעלי מניותיה. סברה זו מבוססת על ההשקפה כי כל הכוחות בחברה הם כוחות שראוי להקדישם לטובת כל בעלי

המניות ולא רק לטובתו הייחודית של מי שהכוח הופקד בידי בנאמנות.⁷⁹ לפי השקפה זו, מכירת שליטה שאיננה מלווה בחלוקה שוויונית של הפרמיה היא הפרת חובת אמונים, והיא מולידה, ואף צריכה להוליד, עילת תביעה. עילת תביעה מסוג זה יכול שתבוא לידי ביטוי בכל אחד משני סוגי הרגולציה האלה: ראשית, אפשר לחייב את המוכר, ראובן בדוגמה דלעיל, לחלוק את התמורה עם בעלי מניות המיעוט. רגולציה מעין זו שררה לפרק זמן מסוים בארצות הברית,⁸⁰ אך לאחר מכן בוטלה ועברה מן העולם;⁸¹ שנית, אפשר לחייב את הקונה, שמעון בדוגמה דלעיל, לצאת בהצעת רכש למניות המיעוט, שבה יידרש להציע לבעלי מניות המיעוט מחיר למניה השווה למחיר למניה ששולם בעסקת רכישה השליטה. רגולציה מעין זו נוהגת בבריטניה ובכמה וכמה ממדינות יבשת אירופה,⁸² ואף נהגה בישראל עד שבוטלה עם חקיקתו של חוק החברות.⁸³ הבחירה בין שתי ההשקפות, המוצאות ביטוי בגישת השוק ובגישה השוויונית, מעניינת לא רק כשלעצמה אלא גם כדרך לחשוב על היקפה הראוי של חובת האמונים בדרך כלל.

מבחינה כלכלית הדרך הנאותה לבחון את השאלה איננה איזו גישה הולמת יותר מושגים מופשטים כמו מהות הכוח בחברה ומיהותם ה"נכונה" של הנהנים מהפעלת כוח זה. הדרך הנכונה היא לבחון איזו גישה יעילה יותר, ואיזו גישה צודקת יותר. גישה יעילה וצודקת לשאלה של מכירת שליטה פרטית היא הגישה המגדילה את ההסתברות שמכירות רצויות תתבצענה ומכירות בלתי רצויות תיחסמנה. השאלה הקריטית שיש להשיב עליה במישור זה היא על שום מה הקונה, שמעון בדוגמה דלעיל, מוכן לשלם פרמיה בעד מניות השליטה. לשאלה זו שתי תשובות אפשריות:

התשובה הראשונה היא ששמעון סבור שהרכישה כדאית לו, כי יש בכוחו להגדיל את שוויין של מניות החברה אל מעבר לכמות הכסף שהוציא מכיסו כדי לממן את הרכישה. הרכישה יכולה להיות כדאית לשמעון, למשל אם צוות הניהול שיציב בחברה מוכשר מצוות הניהול שהופקד על המלאכה מצד ראובן, או שהרכישה צפויה להגדיל את שווי החברה

79 השקפה זו היא בעלת מגילת יוחסין רבת שנים. ראו, למשל, Adolph Berle, *Corporate Powers as Powers in Trust*, 44 HARV. L. REV. 1049 (1931).

80 פסק הדין המנחה בארצות הברית שכך נפסק בו הוא Perlman v. Feldmann, 219 F. 2d 173 (2d cir., 1955).

81 ראו, למשל, Clagett v. Hutchison, 583 F. 2d 1259 (4th cir., 1978).

82 ההשראה לדינים האירופיים המצדדים בגישה השוויונית הוא אוסף הכללים המתייחסים למיזוגים ורכישות של הבורסה של לונדון. לחומר רב על נושא זה ראו J. R. Wiblein, *Mandatory Takeover Offers - Too High a Price for the Economy to Pay?* 29 J. JUDICIAL SCIENCE 173 (2004).

83 הסדר זה לא היה קבוע בחוק של הכנסת כי אם בתקנון הבורסה שיש לו תוקף מחייב כלפי כל החברות הציבוריות.

בשל יתרונות סינרגיים בינה לבין עסקיו האחרים של שמעון. אם שמעון צודק בציפיותיו, בעלי מניות המיעוט בחברה יכולים רק להרוויח מהשלמת העסקה, שכן ערך מניותיהם עתיד לעלות עם ערך מניותיו של שמעון. ייתכן כמובן ששמעון לוקה באופטימיות יתר, ולא יעלה בידו להשביח את ערכה של החברה. אולם המפסיד העיקרי מהתרחשות שכזו הוא שמעון עצמו, שהרי הוא ולא אחר מימן את הפרמיה בעד השליטה, ולכן יש לו תמריץ חזק לאתר חברות לרכישה שפונציאל הצמיחה שלהן מרשים, ושסיכוייהן להמשיך ולדשדש, או גרוע מזה – לאבד גובה, הם נמוכים. אם תסריט אופטימי זה הוא התסריט השכיח, ברור שגישת השוק עדיפה על פני הגישה השוויונית, כי הגישה השוויונית, בשל היותה יקרה יותר לצדדים (ראובן ושמעון), תחסום מספר ניכר של רכישות יעילות וצודקות.⁸⁴

בצד תשובה ראשונה אופטימית זו אפשר להעלות תסריט פסימי יותר. ייתכן שמטרתו האמתית של שמעון איננה להשביח את ערך החברה אלא "לחלוב" אותה לתועלתו האישית. אף על פי שהעברת הבעלות צפויה להפחית מערך החברה, ולכן לעשות את הרכישה ליעילה פחות וצודקת פחות, ערכה הצפוי של המעילה מבחינתו האישית של שמעון יכול לעלות בשיעורו על הפחתת ערכה של החברה. לשון אחרת, מבחינתו של שמעון אפשר שהעלות החברתית של מעשה המעל שביצע הוא השפעה חיצונית שכדאי לו להתעלם ממנה. אם תסריט פסימי זה הוא התסריט השכיח, ברור שהגישה השוויונית עדיפה על גישת השוק, כי היא מקשה על החצנת עלויות משמעון לבעלי מניות המיעוט; למשל, אם מחייבים את שמעון לצאת בהצעת רכש כפויה לבעלי מניות המיעוט שבסופה הוא נעשה לבעלים יחיד של החברה, לא נותר לו, על פי רוב,⁸⁵ את מי לעשוק לבד מאת עצמו.

84 נניח לשם דוגמה כי בחברה מיליון מניות. שמעון מעריך את שווייה הנוכחי של החברה במיליון ש"ח, אך הוא מניח כי אם ירכוש חמישים אחוז ממניותיה, מניות השליטה שברשותו תהיינה שוות 1.3 מיליון ש"ח למניה, ומניות המיעוט תהיינה שוות 1.1 מיליון ש"ח למניה, וכך ערכה הכולל של החברה יהיה 1.2 מיליון ש"ח. הוא מוכן לצאת בהצעת רכש לרכישת חמישים אחוז מן המניות במחיר של 1.25 מיליון ש"ח למניה. בנתונים אלה העסקה יעילה. אך אם יידרש שמעון להציע, לאחר מכן, 1.25 מיליון ש"ח למניה גם למניות המיעוט, סופו שישלם 1.25 מיליון ש"ח לחברה שערכה יעלה, לפי אומדנו, רק ל-1.2 מיליון ש"ח, ולכן העסקה לא תתבצע. ניתוח זה מניח כי לשמעון אמצעים בלתי מוגבלים לרכוש כל כמות של מניות. במציאות לעתים קרובות הדבר אינו כך, ולכן עסקאות יעילות יכולות להימנע, על פי הכלל השוויוני, גם מסיבות פשוטות של מגבלות תקציביות.

85 בנסיבות מיוחדות אפשר לחשוב על מזימות עושק גם כאשר הרוכש קונה את כל מניות החברה. למשל, בפרשת קוסוי, הערה 87 להלן, רוכש השליטה מימן רכישת בנק על ידי מעילה בכספי המפקידים. אם קופת המפקידים הפתוחה למעילות גדולה מן המחיר שהרוכש שילם בעד מניות הבנק, אפילו רכישת 100% מן המניות אינה מונעת עושק.

כל אחד משני התסריטים עשוי להתרחש.⁸⁶ עם זאת סביר מאוד להניח שהתסריט הראשון שכיח מן השני. רוב אנשי העסקים, אם גם לא כולם, אינם קונים חברות כדי לעשוק אותן. הם קונים אותם מתוך תקווה לעשות עסקים טובים, ויש להם תמריץ להשביח את מה שקנו. גם אם נכיר בקיומם של שחקנים החפצים לעשוק את החברות שבבעלותם, אין כל סיבה להניח כי תכונה מגונה זו שוכנת בשכיחות גבוהה יותר אצל רוכשי חברות (כמו שמעון) מאשר אצל מוכרי חברות (כמו ראובן). לשון אחרת, אין סיבה להניח כי רוכשי חברות הם גנבים מוכשרים יותר ממוכרי חברות. לא זו גם זו, השאלה אינה יכולה להישאל בחלל ריק משפטי. אם אכן שמעון מנסה (או אפילו מצליח) לעשוק את החברה, הדינים הנוגעים לעושק המיעוט וקיפוחו עומדים לימינם של בעלי מניות המיעוט. אף על פי שתופתם של אלה יכולה להיות מופעלת רק אקס פוסט, הידיעה שהיא עלולה להיות מופעלת צפויה להרתיע את שמעון אקס אנטה ולהפחית מן ההסתברות שיבקש לרכוש חברות כדי לעשוק. יתרה מזו, המשפט מעמיד תרופות לא רק כנגד מי שעשק את החברה (כמו שמעון בדוגמה דלעיל) אלא גם, במקרים הנאותים, כנגד מי שמכר את החברה לצד העושק (כמו ראובן בדוגמה דלעיל).⁸⁷ החשש להיתבע בשל מכירה לבוזי חברות (corporate looters) מעמיד מכשול נוסף על המכירה לבוזים, ולכן מקטין עוד יותר את סיכויי התרחשותו של התסריט השני. אכן, אין פלא בדבר שמחקרים אמפיריים מוכיחים שהרוב הגדול של חברות שבהן התבצעה מכירה פרטית של שליטה עלו בערכן לאחר שהגה הניווט הועבר מן המוכר לקונה.⁸⁸

3. רכישת "דבוקת שליטה" בחברה שאין בה דבוקת שליטה

נסיט עתה את המבט ממי שמבקש לרכוש לעצמו שליטה בחברה בעסקה פרטית בינו לבין מי ששלט בה בעבר, למי שמבקש לרכוש לעצמו אותו דבר עצמו, אך בסיטואציה שבה אין לחברה בעל שליטה קיים (כלומר, בלשונו של חוק החברות: אין בה "דבוקת שליטה"), ודבוקת השליטה תיווצר לראשונה לאחר שהוא, הרוכש, ישלים את רכישותיו. הבחירה בנושא זה נעשית כדי להדגים כיצד למרות הדמיון השטחי שבין שתי הסיטואציות הניתוח הכלכלי מוביל למחזות אחרים לחלוטין.

86 לניתוח טכני-מתמטי של שתי האפשרויות ראו Lucian Bebchuk, *Efficient and Inefficient Sales of Corporate Control*, 109 QUARTERLY J. OF ECON. 957 (1994).
 87 תרופה זו הופעלה בישראל במלוא הכוח בפרשת קוסי, לעיל הערה 20.
 88 C.G. Holderness, D.P. Sheehan, *The Role of Majority Shareholders in Publicly Held Corporations: An Exploratory Analysis*, (1988) J. FINANCIAL ECONOMICS 317.

בהקשר זה אין אנו שואלים את השאלה כלום יש להטיל על מי שרוכש דבוקת שליטה חובה לרכוש את יתר מניות החברה במחיר הפרמיה, או בכל מחיר שהוא: הדין אינו אוסר, ואיננו צריך לאסור, על רכישה חלקית של שליטה. אולם שאלת המדיניות שהדריכה אותנו בסוגיה של רכישת שליטה פרטית עומדת בראש מעיינינו גם עתה: כיצד אפשר להבטיח שרכישות יעילות (וצודקות) תתבצענה ורכישות שאינן יעילות (ואינן צודקות) תסוכלנה. תאורטית, גם כאן צפויות שתי סכנות "הפוכות" – שרכישות שצריכות להתבצע תיעצרנה על הסף, ורכישות שלא היו צריכות להתבצע תצאנה בכל זאת אל הפועל.

באשר למקרה הראשון, שרכישות רצויות תסוכלנה, הושמעה הסברה ("התאוריה של גרוסמן והרט") כי יש לחשוש מהתנהגות חמדנית מדי של בעלי המניות בחברת המטרה. לפי אותה סברה, אלה עשויים להניח שאם המציע מוכן לשלם מחיר כלשהו בעד מניות החברה, סביר יותר להניח (מן הטעמים שפורטו לעיל בדיון על רכישות פרטיות) שהוא מתעתד להשיב את ערך החברה אל מעבר למחיר הרכישה, שאם לא כן יצא שכרו בהפסדו. לכן כדאי לבעלי מניות המיעוט שלא להיפרד מאחזקותיהם כל עוד מחירן אינו משקף את השבח הצפוי. אך אם שיקול זה ידריך את רוב בעלי המניות בחברת המטרה, העסקה תוכשל אף אם יש בה פוטנציאל להשבחה ניכרת.⁸⁹

למרות המוניטין הרבים שיצאו לתאוריה זו די ברור שאין בה ממש. מבחנה העליון של כל תאוריה במדעי החברה הוא ביכולתה להסביר ולנבא את המציאות, והנה עינינו הרואות כי הצעות רכש שוטפות את כל העולם המערבי, ובעלי המניות אינם נוטים לעמוד אחרונים בתור (להיות "holdouts") כדי ליהנות מפרותיה המאוחרים של הרכישה. המציאות הפוכה לגמרי: בעלי המניות עשויים להתפתות לקבל את ההצעה גם אם בעיניהם מחירה אינו משקף את ערך אחזקותיהם. כיצד הדבר קורה? יש להבין כי אף על פי שמניות השליטה (הנרכשות אגב יצירתה של דבוקת השליטה) ומניות המיעוט מוגדרות פורמלית כבעלות זכויות שוות, מניות הדבוקה "שוות יותר" (אם להשתמש בחידודו של ג'ורג' אורוול ב"חיות החיות"). חוברות לכך שתי סיבות מרכזיות: האחת היא כי עם היווצרותה של דבוקת השליטה מניות המיעוט מאבדות חלק מערכן, כי עד לאותה עת שיקף ערכן את תוחלת הצפי לקבלת פרמיה בהצעת רכש עוינת, אך לאחר שהפכו למניות מיעוט הצפי הזה יורד לטמיון; הסיבה השנייה, והחשובה יותר, היא כי עם היווצרותה של דבוקת שליטה בחברה שעד אז לא היה בה בעל שליטה, נולדת בעיית נציג קשה, וכפי שראינו לעיל, פגיעתה קשה משל בעיות הנציג האחרות בדיני החברות. בעל השליטה מסוגל לנצל את שליטתו כדי לצרוך טובות הנאה ייחודיות שאין הוא חולק עם בעלי מניות המיעוט, כגון על ידי משיכת

89 "זכות היוצרים" על רעיון זה שייך ל- Sanford Grossman, Oliver Hart, *Take Over Bids, the Free Rider Problem and the Theory of the Corporation*, 11 RAND J. OF ECON. 42 (1980).

משכורות גבוהות או הטבות אחרות, ולעתים הוא יכול לדחוק את המיעוטים החוצה ("freezeout") בדרכים שונות ומשונות. הידיעה כי כל אלה עשויים להתרחש דוחקת כלפי מטה את שווי מניות המיעוט באופן ניכר. עמד על כך לוסיאן בבצ'וק במאמר חשוב משנת 1985, שאף שימש בסיס להכנת המענה הסטטוטורי לסוגיה זו בחוק החברות שלנו. בבצ'וק הראה⁹⁰ כי בעלי המניות עלולים למכור את מניותיהם במחיר שהם עצמם סבורים שאינו משקף את ערך אחזקותיהם, ובכך להסכים לרכישה שאיננה יעילה⁹¹ ואף אינה צודקת.⁹² כדי להבין את הטענה ניעזר בדוגמה המספרית הזאת:

נניח כי המציע מוכן לשלם 100 ש"ח לכל מניה, אך בעלת מניות טיפוסית (נקרא לה "חגית") בחברת המטרה מעריכה את שווייה ה"אמיתי" ב-120 ש"ח. מנגד היא מאמינה שאם רוב בעלי המניות האחרים ייאותו למכור את מניותיהם במחיר המוצע, ואילו היא תיוותר בעלת מניות מיעוט בחברת המטרה, ערך מניותיה יהיה 80 ש"ח בלבד למניה. חגית אינה יודעת אם בעלי המניות האחרים ימכרו את מניותיהם למציע, אך זהו מידע שאיננו נחוץ לה לשם קבלת החלטה מושכלת. שהרי אם בעלי המניות האחרים לא ייעתרו למציע, הצעת הרכש תיכשל, שום מניה לא תעבור ידיים (גם לא של מי שהיה מוכן למכור את מניותיו, כי הצעת הרכש תמיד מותנה בכך שרוב הניצעים הסכימו להצעה). במקרה זה ה"תשלום" (payoff) לחגית יהיה אפס. לעומת זאת אם רוב בעלי המניות האחרים ייענו להצעה, ה"תשלום" לחגית יהיה מינוס 20 ש"ח למניה, אם תיענה להצעה, ומינוס 40 ש"ח למניה, אם תסרב לה ותיוותר בעלת מניות מיעוט בחברת המטרה. מאחר שחגית יכולה להתעלם מן האפשרות הראשונה, שבעלי המניות האחרים יסרבו להצעה, עליה להתמקד רק באפשרות השנייה, שבעלי המניות האחרים יסכימו למכור את מניותיהם, ואזי האסטרטגיה הממוצעת את נזקיה היא להסכים למכור אל מניותיה. מאחר שחגית היא דמות ייצוגית לכל בעלי המניות בחברה, עלול להיווצר מצב שכולם ימכרו את מניותיהם אף על פי שכולם סבורים שהמחיר המוצע להם אינו מפצה אותם כהלכה על ערך הממכר.

הפתרון של חוק החברות לסכנה זו הוא פשוט. בראש ובראשונה החוק אוסר על רכישת דבוקת שליטה באמצעות סדרה של עסקאות שוק בלתי פורמליות ("street-sweeps") ומפנה

90 Lucian Bebchuk, *Toward Undistorted Choice and Equal Treatment in Corporate Takeovers*, 98 HARV. L. REV. 1699 (1985). במאמר זה מובאים גם הנתונים האמפיריים על ירידת ערך מניות המיעוט בחברת המטרה לאחר רכישתה של דבוקת השליטה.

91 רכישה היא "יעילה" אם הערך הסובייקטיבי של הממכר בעיני הרוכש עולה בשיעורו על הערך הסובייקטיבי של הממכר בעיני הקונה. אך אם הקונה נפרד מן הממכר במחיר הנופל מן הערך הסובייקטיבי שהוא עצמו מייחס לו, הרכישה עלולה להיות בלתי יעילה.

92 בהקשר זה רכישה היא "צודקת" כאשר היא נעשית מרצונם החופשי של שני הצדדים. המודל של בבצ'וק מראה כי הסכמתם של בעלי המניות להיפרד ממניותיהם היא הסכמה מאולצת, שאיננה משקפת את רצונם האמתי.

את הצדדים המעוניינים לרכוש דבוקת שליטה להליך מסודר של הצעת רכש. בהצעה זו עליהם להפנות את ההצעה לכל בעלי המניות בחברה,⁹³ והללו נדרשים להודיע אם הם מוכנים לקבל את ההצעה או לדחות אותה. ההצעה זוכה להצלחה אם אך רק אם רוב הניצעים הביעו את הסמכתם לכך. אם מתברר כי רוב הניצעים הביעו הסכמתם כאמור – מה שגורר את מכירת דבוקת השליטה למציע – בעלי המניות שסירבו להצעה מקבלים “הזדמנות שנייה” להצטרף למעגל המוכרים, והמציע אינו רשאי להפלות אותם לרעה ביחס לאלה שהסכימו ב”סיבוב הראשון”. בדוגמה המספרית דלעיל ההסדר הסטטוטורי מסיר את הלחץ מחגית להסכים למכור את מניותיה במחיר שאינו נראה לה הולם, שהרי אין היא חוששת יותר לרע מכול – להיקלע למצב שבו תפסיד 40 ש”ח לכל מניה כבעלת מניית מיעוט בחברה שנרכשה על ידי המציע. מאחר שהיא יודעת שאין לה מה להפסיד מהצבעה “כנה” בסיבוב הראשון, יש לה תמריץ להצביע בשלילה אם אינה סבורה שההצעה כדאית, ולכן אם רוב בעלי המניות (שחגית היא מקרה מייצג שלהם) הצביעו בחיוב בסיבוב הראשון, אין עוד סיבה שלא להתיר למציע להשלים את רכישתו.

4. כמה היבטים הנוגעים לשימוש במידע פנים

האם איש-פנים המשתמש במידע פנים מפר בכך חובת אמונים כלפי התאגיד? בניגוד לדעה המקובלת, דעתי בשאלה זו היא שלילית, או למצער אפשר להגיע למסקנה של הפרת חובת אמונים רק בדוחק רב. עם זאת אין להסיק מכך שאפשר להצדיק את השימוש במידע פנים. לשאלה זו שני פנים ואעסוק בהם כסדרם.

בלשון בני אדם, אדם מפר חובת אמונים כלפי פלוני כאשר התנהגותו הפסולה גורמת נזק לאותו פלוני. האם שימוש אסור במידע פנים מסב נזק לחברה? שרה היא אשת פנים בחברה, ונודע לה על התרחשותו הצפויה של מאורע שיגדיל את שווייה של החברה. בניגוד לחוק היא רוכשת לעצמה 1,000 ממניותיה של החברה. באותו יום מסחר הגר, אשר לא

93 אין זה אומר שעל המציע לרכוש כמות מניות גדולה ממה שחפץ. ההצעה צריכה להיות מופנה לכלל בעלי המניות בחברת המטרה, אך תוכן ההצעה יכול שיהיה למספר מניות מוגבל. אם מספר המניות המוצעות עולה בשיעורו על מספר המניות שהמציע ביקש לרכוש, כל בעל מניות יוכל למכור חלק יחסי ממניותיו ולהיותו בעל מניות מיעוט ביחס ליתר המניות. ברור אפוא כי כל בעל מניות צריך לעשות עתה חישוב כפול: לא רק אם הסכום שמוצע לו מפצה אותו כהלכה על המניות שיצליח למכור למציע, אלא גם אם יש בו כדי לפצות אותו על ערך המניות שתיוותרנה בידיו כבעל מניות מיעוט בחברת מטרה שנרכשה בה דבוקת שליטה. הסיבה הכלכלית מדוע יש לעמוד על כך שההצעה תופנה לכל בעלי המניות בחברה היא שאילו היה המציע רשאי לפנות רק לחלק מבעלי המניות, היה יוצר עליהם לחץ חזק למכור, בידעם שאם הם לא ייענו להצעה אחרים עלולים להיענות, ואזי ערך מניותיהם יצנח כלפי מטה אף על פי שלא היו צד לשום עסקה.

ידעה את המידע הסודי, מכרה 1,000 ממניותיה של החברה, וזאת בשל חפצה לממן בתמורת הרכישה את מסיבת בר המצווה של בנה ישמעאל. במבט ראשון שרה גרמה נזק להגר, שהרי אלמלא הפרה את החוק לא הייתה הגר נפרדת ממניותיה, ועם קצת מזל הייתה משהה את מכירתה עד לאחר שמידע-הפנים היה נעשה לפומבי. אך מבט ראשון זה מטעה. נביט אפוא בסיטואציה עוד מבט אחד, מבט שני. דיני השימוש במידע-פנים אינם מחייבים את איש-הפנים לחשוף את המידע שברשותו, אלא רק להימנע מלסחור בו ("disclose or abstain"). אכן קיימים סוגי מידע רבים שזמנם להיחשף טרם הגיע ולכן חובתו של איש-הפנים היא שלא לגלותם (למשל, תוכנם של דוחות כספיים הנמצאים בהכנה אך טרם הגיע המועד לפרסומם). אילו צייתה שרה לחוק והייתה נמנעת מלסחור במניות החברה, היה הביקוש למניות אלה נמוך יותר, ולכן מחירן בשיווי משקל היה נמוך יותר אף הוא. הגר הייתה הולכת הביתה עם חבילת מזומנים קטנה יותר. היא וישמעאל צריכים להיות אסירי תודה לשרה על שהפרה את החוק. אך גם המבט השני הזה מטעה. ננסה מבט שלישי: הגר איננה השחקנית הטיפוסית היחידה בשוק ההון. מה שמאפיין אותה הוא שפקודת המכירה שהפקידה בידי הברוקר שלה (הניתוח היה סימטרי לחלוטין אילו הפקידה פקודת קנייה ואיש-הפנים היה מוכר ניירות ערך על סמך מידע שלילי שאינו ידוע לציבור) לא הותנתה בשער ניירות הערך הרלוונטיים (היא הפקידה בידי הברוקר שלה מה שמכונה "best order"). בצד הגר יש סוג נוסף של שחקנים – כאלה המתנים את פקודותיהם בשער שהוא קביל בעיניהם ("limit"): פקודת קנייה המותנית בהתקיימותו של שער מרבי מסוים, או פקודת מכירה המותנית בהתקיימותו של שער מינימלי מסוים. למעשה, במקרים רבים אין צורך כלל בתיווכו של ברוקר, כי כל חברי הבורסה הם ברוקרים, והריהם נוהגים לרכוש או למכור ניירות ערך בחשבון עצמם ("nostro") כל אימת שהשער נראה להם מצדיק את הפעולה. נניח עתה כי אברהם הוא ברוקר כזה. כאשר שרה רכשה את מניותיה בהסתמך על המידע הסודי שברשותה, ועקב כך דחפה את שער המניות כלפי מעלה,⁹⁴ הגיע השער לרמה

94 לעתים מושמעת הטענה כי פעולותיהם של אנשי-הפנים מצומצמות מדי, לעומת הנפח המצרפי של המסחר, מכדי שתשפיענה על שער ניירות הערך. אילו הייתה טענה זו נכונה, לא היו פעולותיה של שרה "דוחפות כלפי מעלה" את השער. אך הטענה אינה נכונה, בעיקר לא בשוק קטן כמו הבורסה לניירות ערך בתל-אביב, שרמת המחירים בו רגישה גם לפקודות קטנות. אך היא גם אינה נכונה בשווקים גדולים. כיצד אפשר להוכיח זאת? אלמלא פעולותיהם הבלתי חוקיות של אנשי-הפנים, היינו מצפים לראות תנודות אקראיות כאלה או אחרות בשערם של הניירות הרלוונטיים עד ליום חשיפתו ברבים של המידע הסודי, ובאותו יום היינו אמורים לצפות בקפיצת מדרגה של השער (כלפי מעלה אם החדשות טובות וכלפי מטה אם הן רעות). תחת זאת אנו צופים לעתים קרובות מאוד בזחילה אטית של השער אל עבר השער שנרשם ביום החשיפה, ולכן באותו יום אין מתחוללת כל קפיצת מדרגה. ההסבר היחיד לתופעה זו הוא שפעולותיהם של אנשי-הפנים, ושל רבים אחרים הנוהים בעקבותיהם גם אם

(limit) שהניעה את אברהם למכרן. אילו קיימה שרה את מצוות החוק, לא היה אברהם מוכר את מניותיו והיה יכול ליהנות, בבוא העת, מעליית ערכן, עם חשיפתו של המידע הסודי. נניח כי לוט גם הוא ברוקר. לוט מתכוון לקנות ביום הרלוונטי את ניירות הערך של החברה, אך פקודת הקנייה שלו מותנה ב-limit של מחיר מרבי מסוים. אלמלא הפרת החוק שנעשתה על ידי שרה, היה לוט רוכש ממניות החברה, ובבוא העת היה מרוויח מעלייתן ערכן, אך הואיל ושרה (והנוהים בעקבותיה) דחפה את השער כלפי מעלה לא רכש לוט את המניות. כמו אברהם כך גם לוט הוא קרבן ההפרה. הערך המוגן על ידי הכללים להגבלת השימוש במידע-פנים נועד להגן על שחקנים כמו אברהם וכמו לוט.

האם גם החברה, להבדיל משחקנים כמו לוט וכמו אברהם, היא "קרבן"? זוהי שאלה לא טריוויאלית. רוב בעלי המניות בחברה לא רכשו ניירות ערך של החברה בזמן הרלוונטי ולא מכרו כאלה, ולכן מעשיה של שרה לא השפיעו על רווחתם. בשוליים אפילו אפשר להניח שמעשיה של שרה היטיבו אתם, כי הסחר שקיימה על סמך המידע הסודי דחף את שער המניות אל עבר השער היעיל,⁹⁵ הוא השער המשקף את המידע המלא על החברה אף על פי שאינו ידוע בציבור. כך שרה תרמה להפצתו של מידע נכון בשוק ההון, המיטיב בין היתר עם בעלי המניות הנוכחיים של החברה. כמו כן שרה והנוהים בעקבותיה מיתנו את התנודתיות בשער הנייר, שנחשבת לבלתי רצויה למשקיעים, בכך שגרמה לשער לזחול אל עבר השער היעיל במקום לקפוץ לעברו בקפיצת מדרגה ביום החשיפה. לעומת זאת השימוש במידע-פנים עלול לפגוע, כפי שכבר ראינו, במשקיעים כמו אברהם ובמשקיעים פוטנציאליים כמו לוט, ובכך לערער את ביטחונם של המשקיעים בישרתו של שוק ההון. הפגיעה במוניטין של שוק ההון יכולה לפגוע בכל אחת מן החברות הנסחרות בשוק, כולל בחברה שבה נעשה שימוש במידע-הפנים. לכן בעקיפי עקיפין אפשר אולי לראות גם בחברה, ולא רק בשוק בכללותו, קרבן ההפרה, ולכן גם באיש-הפנים מי שהפר את חובתו כלפי החברה.

גם מי שמזהה את החברה כקרבן ההפרה יתקשה, כך אני סבור, להצדיק את התרופה האזרחית שהדין הישראלי מקנה על שימוש אסור במידע-פנים. לפי סעיף 52 לחוק ניירות ערך, איש-הפנים שנתפס בקלקלתו נדרש להשיב את זכייתו לחברה, וסכום הזכייה מחושב כערך המוחלט של ההפרש בין מחיר העסקה לבין המחיר שנקבע לאחר שהמידע נעשה פומבי. למשל, אם שרה רכשה בניגוד לחוק את מניותיה ב-100 והשער שנקבע ביום

אינם מודעים לפרטי המידע, דוחפות את השער מעלה או מטה, כאשר המידע הוא חיובי או שלילי, בהתאמה.

95 יעילות שערם של ניירות ערך היא מושג שונה ממושג היעילות בהקשרים אחרים, הנדונים בהרחבה בפרקיו השונים של ספר זה. שער ניירות ערך נחשב "יעיל" אם הוא מגלם את מלוא המידע הקיים באשר לאותם ניירות.

הפרסום היה 140, שרה נדרשת להשיב לחברה 40. כמעט אין לקח של הגישה הכלכלית למשפט שסעיף 52ח אינו מחמיץ אותו. בייחדו את החברה כבעלת הזכות הסעיף מרעיף טובת הנאה על מי שלא רק שלא סבל מן ההפרה אלא אפילו נהנה ממנה (למשל, מי שרכש מן המפר את ניירות הערך בפקודת best ושילם מחיר נמוך ממה שהיה משלם אלמלא ההפרה); הסעיף אינו מפצה את קרבנות ההפרה (למשל את אברהם ואת לוט בדוגמאות דלעיל); הסנקציה שנקבעה בו אין בה כדי להרתיע, כי אפילו מתי המעט הנתפסים בקלקלתם אינם נדרשים אלא להשיב את זכיתם, והדבר דומה לכלל שהיה מסתפק בחיובם של גנבים להחזיר את סכום הגנבה – אם נתפסו, והוא נאחז בשיטה של אומדן הנזק שהיא שרירותית ומטעה. למשל, אם שרה רכשה את מניותיה ב-100 והשער היה 100 גם ביום החשיפה, הסנקציה היא אפס גם אם כל יתר השוק התכווץ בין שני התאריכים הרלוונטיים בשל משבר כלל-עולמי, וכך שרה הרוויחה רווח נאה מן ההפרה. כל אלה היו נמנעים, או לפחות מתמתנים, אלמלא הקיבעון המזהה את החברה כקרבן ההפרה ואת איש-הפנים כמי שהפר את חובת האמונים שלו כלפי החברה.

יש עוד היבט אחד של ההשקפה הבעייתית המסווגת את השימוש הפסול במידע-פנים כבעיה של הפרת חובת אמונים כלפי החברה. בפרשה אמריקאית מפורסמת, פרשת *Chiarella*, נגול סיפורו של בעל בית דפוס שהצליח להקדים את השוק ברכישת ניירות ערך של חברות העומדות להתמזג, על ידי פיענוח חומרים שנשלחו אליו לצורך הכנת הדפסתם. התביעה הפלילית שהוגשה נגדו נדדה דרך כל הערכאות עד לבית המשפט העליון של ארצות הברית, אשר החליט ברוב דעות לזכות את הנאשם.⁹⁶ טעמו המרכזי של בית המשפט היה שהנאשם לא היה איש-פנים בחברה, ולכן לא חב לה חובת אמונים, וללא קיומה של חובה כזו חסר אלמנט בהגדרת העברה. רשות ניירות הערך האמריקאית (ה-SEC) נלחמה בחירוק שיניים בהלכת *Chiarella*, עד שהצליחה לסדוק אותה בפרשה מאוחרת יותר, פרשת *O'Hagan*. מעשה במשרד עורכי דין שעסק בין היתר במיזוגים ורכישות אך דאג למדר את עורכי הדין שלא היו מעורבים בעסקה כדי למנוע שימוש במידע-פנים. אחד מעורכי הדין מצא דרך לצותת מבעד ל"חומות הסיניות" של המשרד ולסחור במידע שגונב לאוזניו בדרך זו. הפעם נקבע בבית המשפט כי אפשר להרשיע את עורך הדין ארוך האוזניים, שכן אף על פי שיסודות העברה אינם שלמים ללא הפרת חובת אמונים, די בכך שההפרה תהיה כלפי מקור המידע (במקרה זה: משרד עורכי הדין), ואין היא צריכה להיות דווקא, כפי שנקבע בפרשת *Chiarella*, הפרה של חובה כלפי החברה.⁹⁷

96 ראו *Chiarella v. United States*, 445 U.S. 222 (1980).

97 ראו *U.S. v. O'Hagan*, 521 U.S. 642 (1997).

למרות ההבדלים בין שתי ההלכות יש להן מכנה משותף ברור אחד והוא כי תנאי להרשעה בעברת מידע-פנים היא הפרה של חובת אמונים.

מהי הסיבה לעמדה משותפת זו של שתי ההלכות? כדי לרדת לחקר העניין הבה נמקד את המבט בקבוצת שחקנים נוספת – האנליסטים המקצועיים. אנליסט השולט ברזי מלאכתו מצליח לייצר מידע-פנים. מסקנה זו עולה מן ההגדרה שלפיה "מידע-פנים" הוא כל מידע שאינו ידוע לציבור, ושאלו היה נודע לציבור היה בו כדי להשפיע השפעה ניכרת על מחירו של נייר הערך הרלוונטי.⁹⁸ אכן, זוהי תכליתה של האנליזה – לחשוף מידע שיש לו ערך כאמור. בכל זאת אין אנו רואים באנליסטים מי שסוחרים במידע-פנים. לו היינו סוטים מכך ואוסרים על אנליסטים להשתמש במידע שהצליחו לייצר, היינו נוטלים מהם את התמריץ לייצרו, שכן רק בהענקת זכויות קניין לאנליסטים במידע אפשר לתגמל אותם על מאמציהם. אך שוק הון יעיל תלוי במידה רבה במאמציהם של האנליסטים, שכן בלעדיהם רמת המידע הייתה נמוכה יותר, ולכך היו יכולות להיות תוצאות מקור-כלכליות הרסניות.⁹⁹ דרך מפתה, אך כפי שנראה מיד מטעה, לבדל בין אנשי-פנים לבין אנליסטים היא להדגיש את מה שהודגש על ידי בתי המשפט, כי אנשי פנים חבים חובות אמונים לחברה, ואילו האנליסטים, בהיותם זרים לחברה, אינם חבים לה חובות אמונים. מכאן קצרה הדרך למסקנה כי עברת מידע-הפנים נזקקת לאלמנט של הפרת חובת אמונים.

דא עקא, שניתוח כלכלי זהיר יותר מעלה כי ההבדל בין אנשי-פנים ואנליסטים אינו נעוץ בהתקיימותה של חובת אמונים או בהיעדרה. זכות הקניין שמן הראוי להעניק לאנליסטים במידע שהם מייצרים נובעת מן העובדה הפשוטה שללא זכות קניין שכזו אין להם תמריץ לייצר את המידע. בזה הם נבדלים באורח חד מאנשי-פנים שאין צורך לתמרץ אותם לייצר מידע, ולעתים קרובות הוא נופל לידיהם כפרי בשל מעצם היותם פעילים בסביבתה העסקית של החברה. לדוגמה, מזכיר או מזכירה המדפיסים את טיוטת הדוחות הכספיים מקבלים לידיהם את המידע כמין הנופל אליהם מן השמים, ואין כל צורך לתמרצם כדי להשיגו ולהפיצו בשוק. מן ההארה הזו נובעות כמה מסקנות, שלמגינת הלב אין להן ביסוס בדין החל במדינתנו, ואולי גם לא במקומות אחרים. מה דינו למשל של עובר אורח המטייל לתומו בקרבת מקום לשדה חיפושי נפט וחווה כמו עיניו בסילון שחור של נפט הפורץ למרומים? האם מותר לו להשתמש במידע זה עוד בטרם פרסומו ברבים? על פי מבחן חובת האמונים יש לשער שהדבר איננו אסור, כי המטייל אינו חב חובת אמונים לא לחברה וגם לא

98 סעיף 52א לחוק ניירות ערך.

99 אם שוק ההון איננו יעיל, כלומר אין מתאם בין מחירי ניירות הערך לשוויים ה"אמתי" של המנפיקים, מיטשטשים איתותי המחירים המנחים את המשקיעים היכן כדאי להם להשקיע, כלומר בפירמות היעילות ביותר. השקעה בפירמות יעילות פחות עלולה לפגום ביעילותו של המשק כולו.

למקורות שמהם שאב את המידע. אך על פי העיקרון כי יש להעניק זכויות קניין במידע סודי רק למי שהשקיע משאבים לצורך גילוי ותורם בכך ליעילות השוק, יש לאסור על המטייל להשתמש במידע. גם ההפך הוא נכון. אבישי הוא אנליסט שחשף בעבודה שקדנית מידע חשוב על הפירמה. בארוחת הערב הוא שח את סודו לסיגל, בת זוגו, אך השביע אותה שלא תשתמש במידע ולא תספר עליו לאיש. סיגל הפרה את אמונו של בן זוגה וסחרה במידע. על פי מבחן חובת האמונים, סיגל השתמשה במידע-פנים כי הפרה חובת אמונים כלפי מקור המידע. אך ספק אם אפשר להגיע לאותה תוצאה על פי מבחן התמריצים. בדרך כלל מי שקיבל "רמז" (tip) על מידע שאינו ידוע לציבור נכנס לנעליו של הרומז (כפי שנקבע בארצות הברית, דין ה-tippee הוא כדין ה-tipper). לכן סביר להניח כי אם הרומז רשאי להשתמש במידע, זה גם דינו של הנרמז. הנה כי כן, אפשר לטעון לקיומו של נתק מלא בין הזכות להשתמש במידע שאינו ידוע לציבור לבין הסוגיה של חובת האמונים.

1. זכויות הצבעה

1. צורך של שאלות

מניה בחברה מעניקה לבעליה אגד של זכויות חוזיות, כמו למשל הזכות להשתתף בקבלת דיבידנד. אחת הזכויות החשובות באגד זכויות זה היא הזכות להצביע. חברות פרטיות מרבות להתנות בתקנון כללים המגוונים את זכויות ההצבעה לפי רצונם של בעלי המניות בחברה. למשל, יש חברות המעניקות לכל בעלי המניות זכויות הצבעה שוות, ובצדן יש כאלה המקצות את כל זכויות ההצבעה לסוג מסוים של מניות, ולעתים רק למניה אחת יחידה. בין שני הקצוות הללו קיימות וריאציות אין-סופיות, כגון דפוסי הפליה שונים בזכויות ההצבעה הצמודות לסוגים שונים של מניות, מתן כוח ייחודי לקבוצת מניות פלונית להכריע בעניין מסוים (למשל, הקצאת הכוח למנות חבר דירקטוריון אחד לכל מי שמחזיק בעשרה אחוזים ממניותיה הרגילות של החברה), או מתן זכות וטו לבעלי מניות מסוימים על קבלת החלטות העלולות להזיק להם. מבחינה כלכלית אין סיבה להניח כי הסדרים אלה אינם מיטביים. כשם שכל חוזה הנערך בין בגירים מסכימים ושאינו מנוגד לחוק, למוסר או לתקנת הציבור נתפס לא רק כאכיף אלא גם כהסדר יעיל וצודק, גם העסקאות המגולמות בתקנון המתייחסות להקצאת כוחות ההצבעה בחברה נתפסות, בהקשר של החברה הפרטית, כעסקאות יעילות וצודקות.

למרות ההסכמה הכללית השוררת בעניין זה כאשר מדובר בחברות פרטיות, רבים סבורים שדין אחר חייב לשרור בעולמן של החברות הציבוריות. למשל, סעיף 46 לחוק

ניירות ערך אוסר על חברה להציע את מניותיה לציבור אלא אם כן היא מקיימת משטר של זכויות הצבעה שוות – יחסית – לערכן הנקוב של המניות.¹⁰⁰ השאלה הראשונה שנדון בה בסעיף זה היא הרציונל הכלכלי של עמדה מעין זו. מיד לאחר מכן נעבור לדון בשאלה אחרת והיא מידת היכולת של הרגולציה הקיימת לשמור על משטר "שוויוני" של זכויות הצבעה: עוד מימים ימימה הייתה השאלה מוקשה, אך בעידן המודרני היא נעשית מוקשה עוד יותר, עם התפתחותו של שוק סואן לניירות ערך נגזרים, שבעזרתם אפשר "להנדס" סוגי ניירות ערך "חדשים", המבוססים על החוזים המקוריים שהונפקו לציבור על ידי החברה. כפי שנראה, ניירות ערך חדשים אלה יכולים לייצר בקלות מצבים המדמים מסחר מפורש בזכויות הצבעה. לאחר מכן ננסה להשתחרר מרודנותן של המילים, המאלצות אותנו לחשוב על מסחר בזכויות הצבעה כאילו היה זה מושג המצומצם לשווקים מפורשים שבהם אפשר לזהות בקלות מוכרים וקונים של זכויות הצבעה, ונראה כיצד ענפים מרכזיים של דיני החברות מתבססים על מסחר מרומז (implicit) של זכויות הצבעה, וכיצד בלי מסחר כזה היו מתנוונים ונעלמים. נסיים את הדיון בזכויות הצבעה בנושאים שבהם ראוי לשלול אותן מכול וכול: אכן, יש גם כאלה, וחיוני שיהיו.

2. טעמים כלכליים להצמדת זכויות הצבעה לזרם התשואה מן החברה

הטעם הכלכלי המרכזי להצמדת זכויות הצבעה לזכויות ה"כלכליות" של בעלי המניות (ובראשן הזכות להשתתף ברווחי החברה) הוא כי בעלי מניות מצביעים שאין להם אינטרס כלכלי בחברה, או שהאינטרס הכלכלי שלהם בחברה מופחת, חסרים תמריץ הולם להשיא ערכים לטובת החברה. היעדר התמריץ מייצר בעיית נציג קשה, בעיקר כאשר בעלי זכויות הצבעה שולטים בחברה ומסוגלים עקב כך להטות הזדמנויות של החברה לתועלתם הפרטית. נניח לדוגמה כי תומר מחזיק בחבילת מניות המעניקה לו 60% בזכויות הצבעה אך רק 20% מן הזכויות ה"כלכליות". אם לתומר יש עסקים אחרים, שבהם האינטרס הכלכלי שלו גדול יותר, כדאי לו להשתמש בכוח הצבעה שלו כדי להטות הזדמנויות עסקיות של החברה לעסקיו הפרטיים. כל שקל ש"נגזל" בצורה כזו מן החברה עולה לתומר רק 20 אגורות, אך מעשיר אותו בסכום גדול יותר (שישעורו נקבע על פי שיעור ההשתתפות של תומר בזכויות הכלכליות של עסקיו הפרטיים, היכול להגיע עד 100%). החוק אמנם אוסר על גזילת הזדמנויות עסקיות השייכות לחברה, ולכן תומר מנוע לכאורה משימוש

100 במקרה הפרטי שבו לכל המניות ערך נקוב שווה חל עליהן הכלל של "קול אחד לכל מניה" ("one share one vote"). טכנית, מותר לחברה להציע לציבור מניות שיש להן ערכים נקובים שונים, למשל 1 ש"ח ו-5 ש"ח, אך אז המניה מן הסוג השני חייבת לשאת חמישה "קולות" לעומת "קול" אחד של המניה מן הסוג הראשון.

בכוח ההצבעה שלו למטרה נלווה שכזו, אך במציאות אין זה קל להבחין בין הזדמנויות שאכן "שייכות" לחברה לבין הזדמנויות השייכות לכל מי ש"מוצא" אותן, ולכן יעילותה של התרופה הנוגעת לגזילת הזדמנויות עסקיות של החברה מוגבלת ביותר. בצד הרציונל הכלכלי המרכזי הזה קיימים עוד טעמים לשידוכן יחד של הזכויות הכלכליות ושל זכויות ההצבעה. בטעמים הללו קיימים טעמים כלכליים ולא כלכליים. בטעמים הכלכליים ראוי לזכור כי אחד האמצעים השוקיים היעילים ביותר לרתימת נושאי המשרה בחברה לפרויקט שלשמו נשכרו הוא מנגנון הצעת הרכש העוינת. כזכור, אם ביצועיהם של נושאי המשרה הם תת-מיטביים, ובעקבות זאת נפגע שער מניותיה של החברה, נוצרת הזדמנות ליזמים זריזים לרכוש אותה בזול, ועל ידי החלפת הצוות הכושל בצוות מוכשר יותר – לשוב ולהעלות את החברה על דרך המלך. התמריץ של הרוכשים הוא פשוט בתכלית – לקנות בזול ולמכור ביוקר. נושאי המשרה, מצדם, חוששים להיפגע מהצעות רכש עוינות, ולפיכך יש להם תמריץ להימנע מביצועים תת-מיטביים, לרווחתם של כל בעלי המניות. אולם כל משטר המתיר הפרדה בין הבעלות בזכויות הכלכליות לבין זכויות ההצבעה עלול לאפשר לבעלי השליטה לחסום את מנגנון הצעת הרכש, שהרי די להם בהבטחת רוב בזכויות ההצבעה גם ללא השקעה הונית גדולה, כדי שלא לאפשר לרוכשים להשתלט על החברה ללא הסכמתם. בעלי המניות בחברה כזאת מנושלים מן הציפייה כי ביצועים תת-מיטביים ילוו בהחלפת הצוות הניהולי הכושל, ולכן שווי מניותיהם, ועקב כך שווייה של החברה כולה, קטן יותר. תובנה זו מגובה בנתונים אמפיריים המעידים כי מחירי המניות של חברות שיש להן יותר מסוג אחד של מניות, באופן המפלה בזכויות ההצבעה, נמוך ממחירי המניות של חברות הנוקטות אסטרטגיה של "קול אחד לכל מניה".¹⁰¹

יש גם מעלים נימוקים של "הגינות" ו"דמוקרטיה תאגידית" כדי להצדיק משטרים הכופים קול אחד לכל מניה. הטענות הוא כי "מגיע" לכל מי שהשקיע השקעה הונית נתונה במניות החברה לקבל זכויות הצבעה בשיעור דומה. אני מותיר לקוראים לגבש את דעתם על מוצקותו האנליטית של נימוק זה.

101 יש לציין כי הנתונים האמפיריים לא תמיד ברורים. אמנם רוב החוקרים העלו ממצאים על פי האמור בטקסט. ראו למשל Larry Dann, Harry DeAngelo, *Corporate Financial Policy and Corporate Control: A Study of Financial Adjustments in Asset and Ownership Structure*, 20 J. FIN. ECON. 87 (1988); אולם יש גם מחקרים שלא מצאו הבדלים ניכרים בין המקרים. ראו למשל Megan Partch, *The Creation of a Class of Limited Voting Common Stock and Shareholder Wealth*, 18 J. FIN. ECON. 313 (1987). ייתכן שההבדלים בין המחקרים תלויים בשאלה אם מודדים רק את ערך מניותיהם של בעלי המניות ה"נחותות" (שללא ספק נגרע מערכן) או שמודדים את ערך כל מניותיה של החברה, לרבות המניות ה"עדיפות" (שערכן גבוה ממה שהיה אלמלא ההפליה).

לבסוף, יש גם קולות המוכנים לקבל מסחר בזכויות הצבעה כאשר הוא נעשה בתחילת הדרך (למשל כאשר החברה יוצאת בהנפקה חדשה לציבור) אך לא באמצע הדרך (in midstream), כאשר חברה שהייתה "שוויונית" בתחילת דרכה מבקשת לשנות את עורה בדיעבד ולעשות עסקה עם בעלי מניותיה, והללו יתבקשו לוותר על זכויות ההצבעה שלהם, כולן או מקצתן. לפי הטיעון הזה, חברה "מפלה" בתחילת הדרך אינה יכולה לכפות על רוכשי מניותיה להסתפק במניות נחותות אלא אם כן היא מפצה אותם כראוי דרך מחירי המניות. אין סיבה נראית לעין מדוע לא יעדיף בעל מניות רציונלי לרכוש מניות נחותות בזול ולא לרכוש מניות עדיפות ביוקר. כך השליטה תוקצה למרבה במחיר, מה שמבטיח את יעילות ההקצאה. אך שינויים באמצע הדרך יוצרים בעיה מסוג אחר. נניח כי הדר, בעלת חבילה גדולה של מניות בחברה, חפצה ליהפך לבעלת השליטה בחברה. היא מציעה לכל בעלי המניות להסכים מרצונם החופשי לוותר על זכויות ההצבעה שלהם, כולן או מקצתן, באופן שיהפוך אותה לבעלת רוב המניות המצביעות. כדי לשכנע את בעלי המניות לקבל את הצעתה היא מציעה להם תמריץ כלכלי (למשל סכום כסף או עדיפות בזכויות לדיבידנד). קיים חשש כי בעלי המניות ייעתרו להצעה אף אם הם סבורים שהירידה הצפויה בערך מניותיהם בשל היותן בלתי מצביעות עולה בשיעורה על ערכו של התמריץ המוצע להם בתמורה. נשים עצמנו בנעליה של שירה, בעלת מניות טיפוסית בחברה. שירה יודעת כי אם רוב בעלי המניות האחרים יקבלו את הצעתה של הדר, ערך מניותיה ירד. לעומת זאת אם רוב בעלי המניות האחרים ידחו את הצעתה של הדר, תכניתה של הדר תיכשל וערך מניותיה יישאר בעינו. במקרה הראשון כדאי לה לקבל את התמריץ, ללא קשר לשיעורו, כי בשל עמדתם של בעלי המניות האחרים אין בכוחה לעצור את המפולת, תהיה תגובתה להצעה אשר תהיה. גם במקרה השני כדאי לה לקבל את התמריץ, כי אז תזכה בשני העולמות: גם ערך מניותיה יישאר בעינו, וגם תוכל לשלשל את התמריץ לכיסה. זהו כישלון שוק הדורש התערבות רגולטורית. אציין במאמר מוסגר כי התגובה הרגולטורית המיטבית איננה בהכרח איסור מוחלט על עסקה מעין זו בין הדר לבין בעלי המניות בחברה. די לדבוק בערובות הנתונות בחוק החברות שלנו, האוסרות על שינויים בתקנון החברה, לרבות הוראות הנוגעות לזכויות ההצבעה של סוגי המניות השונים, ללא קבלת החלטה הן באספה הכללית של החברה והן באספת בעלי מניות מסוג מסוים, שזכויותיהם עלולות להיפגע מן ההחלטה. הבעיה שעוררתי לעיל מתעוררת כאשר כל בעל מניות (כמו שירה) מבודד מבעלי המניות האחרים, והוא עלול להצביע בניגוד לדעתם. היא אינה מתעוררת כאשר כולם מצביעים יחד ותוצאות ההצבעה מחייבות את כולם במידה שווה.¹⁰²

102 אם כל בעלי המניות בחברה יצביעו על הצעתה של הדר, היא "תעבור" רק אם רובם יהיו סבורים שהתמריץ המוצע להם עולה בשיעורו על הירידה הצפויה בשער מניותיהם עם דילול

3. התניות חוזיות על זכויות ההצבעה בחברה

גם במשטרים החפצים לאסור על הפליה בזכויות ההצבעה קשה לעצור את הגל הגואה של טכניקות מתוחכמות המאפשרות לצדדים החפצים בכך לשלוט בכוח ההצבעה בחברה באופן שאיננו יחסי לשיעור השקעתם ההונית. דרך נפוצה אחת, המקובלת מאוד בישראל, היא שיטת ה"פירמידה" באחזקות. נניח כי חברה א מחזיקה ברוב (רצוי רוב קטן) של מניות חברה ב, המחזיקה ברוב דומה בחברה ג וכן הלאה. החברה האם שבצמרת מסוגלת לשלוט בהחלטותיהן של החברות הנמצאות במורד ההיררכייה התאגידית תוך השקעה קטנה יחסית בהון.¹⁰³ גם ההמלצות המנסרות בחלל האוויר בזמן כתיבתן של שורות אלה – "לפרק פירמידות" – המלצות שעדיין לא הבשילו לכלל חקיקה – אינן פותרות בעיה זו באופן יסודי כי אין הן אוסרות על פירמידות בנות שתי שכבות, ויש המטיפים להתיר גם כאלה שיש להן שלוש שכבות. אפשר להעלות טכניקות נוספות, כגון הנפקה של חברה ציבורית שאינה מפלה לכאורה בין מניותיה, אך שהשקעתה היחידה היא מניות "נחותות" של חברה פרטית, הנמצאת מחוץ להישג ידה הרגולטורי של המדינה, על רשויותיה השונות. לא ידוע לי על חברות רבות המנצלות טכניקה זו, אולם בעידן של התפתחות השווקים הנגזרים קל "להנדס" הפרדה בין הבעלות לבין השליטה גם במשטרים המשלמים מס שפתיים לשימור העיקרון של "קול אחד לכל מניה". עובדה זו היא לקח מעניין לכל רגולטור החפץ לאסור על קיום עסקאות שכל הצדדים – קונים ומוכרים – מעוניינים לקשור ביניהם. להלן כמה דוגמאות:¹⁰⁴

עסקה נפוצה בשוקי העולם היא עסקה של החלפת זרמי התשואה בין שני בעלי מניות ("equity swap"). בעסקה מעין זו כל בעל מניות נותר הבעלים הפורמלי של מניותיו, אך הוא ממיר את זכותו לקבל דיבידנד וליהנות מרווחי ההון של מניותיו, בדיבידנד וברווחי ההון של חברו. מאחר שכל אחד מן השניים נותר בעלים פורמלי של אחזקותיו המקוריות, זכות ההצבעה שמורה לו ולו בלבד, אך עתה הצבעתו היא "ריקה" ("empty voting"), שכן אין לו עוד אינטרס כלכלי במניות שבהן הוא מצביע. ההחלפה נועדת בדרך כלל לשמש אמצעי

זכויות ההצבעה הצמודות להם. אף לבעל מניות אחד אין תמריץ להצביע שלא על פי העדפתו האמתית.

103 פורמלית, אם שיעור האחזקות בכל שתי חברות "קרובות" הוא חצי, חברה המרוחקת n צעדים מחברה אחרת במורד ההיררכייה יכולה לשלוט בה ללא מצרים על ידי השקעת חצי בחזקת n מהונה של אותה חברה.

104 מאמר מאלף הסוקר את כל השיטות הללו ואף מתמודד עם כמה שאלות מדיניות בוערות המתעוררות עקב השימוש הנפוץ בהן הוא Henry Hu, Bernard Black, *The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership*, 79 U. SOUTHERN CAL. L. REV. 811 (2006). הו ובלאק הוסיפו עוד סדרה של מאמרים לבחינתה של אותה תופעה.

לנטרל סיכונים (hedging), אך תוצאתה הברורה היא הפרדה חדה בין הבעלות לבין זכויות ההצבעה בחברה. עסקה נפוצה אחרת היא שאילה של מניות. הצד השואל מחזיק במניות לפרק זמן קצר, שדי בו כדי להצביע מכוחן של אותן מניות, אך בתום אותו פרק זמן השואל מחזיר את המניות למשאל, ולכן ברור שבזמן ביצוע אקט ההצבעה אין לשואל אינטרס כלכלי אמתי בהונה של החברה. לעתים ההפרדה בין הבעלות לשליטה נושאת אופי סמוי יותר וגם מתוחכם יותר. אחת הדרכים הנפוצות לנטרל סיכונים היא על ידי עסקה המכונה "צווארון סיכונים" ("collar"). נניח שמניה פלונית נסחרת ב-10 ש"ח למניה, ובעליה רוצה להבטיח שלא יפסיד יותר מדי מירידת השער, אך הוא מוכן לשלם בהגבלת יכולתו להרוויח מעליית השער. אם המרווח הרצוי לו הוא, נניח, 2 שקלים לכל כיוון, הריהו יכול לכתוב (למכור) אופציה לקניית מניותיו (call option) עם מחיר ניצול של 12 ש"ח ולקנות אופציה למכירת מניותיו (put option) עם מחיר ניצול של 8 ש"ח. סידור זה יגן עליו מפני הפסד גדול מ-2 שקלים למניה, כי אם המחיר ירד מתחת ל-8 ש"ח למניה יהיה כדאי לו לנצל את ה"פוט", אך הוא לא יוכל להרוויח יותר מ-2 ש"ח למניה, כי אם השער יעלה מעל 12 ש"ח למניה, בעל אופציה ה"קול" ירכוש ממנו את מניותיו. התוצאה היא שבעל המניות חסום מלמעלה ומלמטה באינטרס הכלכלי שלו במניה, להבדיל מבעל מניות "רגיל" שיש לו, לטוב או לרע, אינטרס "שיווי" ברווחי החברה. והנה, למרות החסימה הכפולה של האינטרסים של בעל מניות שכזה זכויות ההצבעה שלו נותרות שלמות לגמרי. כל אלה הן שיטות שהמחוקק והרגולטור אולי לא התכוונו להן, אך שאין בכוחם לסכל. מעניינים עוד יותר הם המקרים שבהם מתקיים מסחר בזכויות הצבעה – גם אם מסחר סמוי – בנסיבות שהכול רוצים ביקרן. להלן אסקור כמה מן המקרים המעניינים הללו.

4. על אדישותם הרציונלית של בעלי המניות

מי שדוגל בכריכה מדויקת של האינטרס הכלכלי עם זכויות ההצבעה מעגן כזכור את עמדתו בטעמי יעילות: רק מי שיש לו מה להרוויח מהחלטות נכונות ומה להפסיד מהחלטות שגויות מתומרן באופן הולם להפעיל את זכויות ההצבעה שלו להשאת ערכה של הפירמה. אולם דווקא בחברה ציבורית גדולה, שבה הבעלות מפוזרת בין מספר רב של בעלי מניות, הדימוי של בעל מניות "קטן" כמי שהצבעתו יכולה להשיט את הפירמה אל חוף מבטחים הוא דימוי רומנטי ושגוי. נניח כי בפירמה מאה אלף בעלי מניות וכל אחד מהם מחזיק במניות השוות עשרת אלפים ש"ח. ערך כל מניותיה של הפירמה הוא מיליארד ש"ח (ערך מניותיו של כל בעל מניות כפול מספר בעלי המניות). על הפירמה לבחור בין שתי דרכי פעולה. מי שמתמצא ברזי העניין יודע כי תוחלת הרווח מדרך א גבוהה מתוחלת הרווח מדרך ב בשיעור של 10,000,000 ש"ח. חילוקי דעות בעניין זה מובאים להכרעתם של בעלי המניות. רותם היא בעלת מניות בפירמה. היא אינטליגנטית וישרה והיא שוקלת את צעדיה בזהירות. כדי להתמצא ברזי העניין, אפילו באופן שטחי, רותם מעריכה כי יהיה עליה לשאת

בהוצאה של 5,000 ש"ח (השווה לעלות ההזדמנות שלה בהתחשב בהשקעת הזמן שעליה להקדיש ללימוד סוגיה קשה). אך האינטרס הכלכלי של רותם בבחירה בין החלופות הוא רק למספר בעלי המניות בפירמה), כלומר 10 אגורות. מאחר שרותם פועלת באופן רציונלי להשאת תועלתה, היא לא תקדיש את תשומת הלב הראויה ללימוד הסוגיה, והצבעתה תהיה סתמית (בדרך כלל רותם תעשה בדיוק את מה שמנהלי הפירמה – שאין להם בתור שכאלה כל זכויות הצבעה – ימליצו בפניה). לכאורה בעיה זו נפתרת בעולם שיש בו משקיעים מוסדיים גדולים. נניח כי קרן הפנסיה רתמים בע"מ מחזיקה בעשרה אחוזים מערך הפירמה. מבחינתה של רתמים, ההבדל בין החלטה נכונה לשגויה מתבטא ברווח (או הפסד) של מיליון ש"ח, שהם עשרה אחוזים מן ההפרש שבין תוחלות הרווח. לכן כדאי לרתמים להשקיע עד מיליון ש"ח בלימוד הסוגיה ולהצביע באופן "מושכל". אולם גם כאן יש לצפות למכשולים הפזורים על אם הדרך. ההחלטה הסופית אינה תלויה ברמתם בלבד אלא בהצבעתם של רוב בעלי המניות. אם רתמים תיוותר במיעוט, השקעתה בלימוד הסוגיה תרד לטמיון. בהתחשב באופייה המוסדי של רתמים השקעה זו יכול שתהיה בלתי מבוטלת, הרבה מעל לסכום הפעוט של 5,000 ש"ח שרותם, משקיעה פרטית קטנה, העריכה את עלות ההזדמנות שלה. לעומת זאת אם רוב בעלי המניות האחרים יצביעו בעד ההחלטה ה"נכונה", תוכל רתמים ליהנות מבחירתם גם אם לא תשקיע פרוטה בלימוד הסוגיה. במילים אחרות, רתמים עלולה להתפתות "לתפוס טרמפ" (to free ride) על מאמצייהם של בעלי המניות האחרים. רתמים גם יודעת שאם היא לא תהיה הטרמפיסטית, אחרים יכולים "לתפוס טרמפ" על חשבונה. היא עלולה להירתע מכך מן הטעם הפשוט שרבים מאתנו סולדים מן המחשבה שהזולת "מנצל" את מאמצינו לתועלתו מבלי להשתתף במימונם. עינינו הרואות: אפילו השידוך ההדוק ביותר של אינטרסים כלכליים וזכויות הצבעה רחוק מלהבטיח הצבעה "יעילה" של בעלי המניות.¹⁰⁵

כמה הערות אגב על תביעות נגזרות ותובענות ייצוגיות

בשורות הבאות לא אתיימר להציג תורה סדורה המתייחסת לצורות התדיינות קיבוציות – תביעות נגזרות ותובענות ייצוגיות; אסתפק בכמה הערות אגב המתקשרות לבעיית ההצבעה בחברות.

105 ראו לעניין זה Robert Clark, *Vote Buying and Corporate Law*, 29 CASE WESTERN RESERVE L. REV. 776 (1979). גם הרעיונות הקושרים את האמור בטקסט לעיל לסוגיית התביעה הנגזרת מצויים במאמרו של פרופסור קלארק.

כאשר מופרת זכות השייכת לקבוצה גדולה של שחקנים, כמו בעלי המניות בחברה, חברי הקבוצה הם בעלי הזכות, אך רק לעתים רחוקות יש בכוחם לאכוף את זכותם כנגד המפר. הטעם הכלכלי לכך הוא שהשבחתה של הזכות על ידי אכיפתה היא מוצר ציבורי, ולכן לכל אחד מחברי הקבוצה בנפרד אין תמריץ מספיק לייצר אותו. הקבוצה גם אינה יכולה להתארגן לצורך אכיפה משותפת כי גם עלות ההתארגנות גבוהה מדי, וחלקה של כל חברת קבוצה בפרות הניצחון, אם יבוא, קטן מדי. לכן הפרת זכותם של חברי הקבוצה אינה יכולה להתבצע אלא באמצעות האצלתו של כוח האכיפה מן הקבוצה לנציג. מאחר שמלאכת הנציגות בהקשר זה מחייבת כישורים משפטיים, נציג הקבוצה לצורך אכיפת זכויותיה הוא עורך דין. הבה נקרא לילד בשמו: האצלת כוח האכיפה מן הקבוצה לעורך הדין יוצרת חיץ בין הבעלות בזכות לבין השליטה בה. בהפרדת הבעלות מן השליטה בחברות ציבוריות אמנם הונם של בעלי המניות נשלט על ידי המנהלים, אך בידי בעלי המניות נותר כוח פורמלי להשפיע על מהלכיה של החברה באמצעות הצבעתם באספה הכללית. לעומת זאת האצלת כוח התביעה לעורך דין בהליכי אכיפה קבוצתיים מפרידה בין הבעלות לשליטה באופן הרמטי: עורך הדין אינו חייב, ואף אינו יכול, להיוועץ בבעלי המניות במהלכיו בבית המשפט, ולכן זכויותיהם מופקדות בידי ללא כל מגבלה.

אינני רואה כל סיבה כלכלית (או אחרת) להזיל דמעה על מצב דברים זה. בשל האדישות הרציונלית של בעלי המניות בחברות הציבוריות הגדולות, בכל מקרה אין ערך רב לזכויות ההצבעה שלהם, ו"מכירת" השליטה ברכושם לעורך הדין איננה אלא צעד המשלים נטייה שהייתה קיימת בלאו הכי גם בלעדיו. למרות כל זאת הדין הפוזיטיבי נלחם מלחמת מאספ במסקנות שהיו צריכות לנבוע מתובנה זו, ובכך הוא מערים קשיים על הסדרה יעילה של הליכי אכיפה קיבוציים. למשל, הדין דורש כי עורך הדין ייצג תובע נומינלי, ואם מדובר בתביעה נגזרת, הדין דורש – למעט במקרים יוצאי דופן¹⁰⁶ – כי התובע הנומינלי יהיה בעל מניות. במקרה של תובענה ייצוגית הדין דורש כי התובע הנומינלי יהיה בעל נייר ערך מן הסוג שניזוק מהפרתו הנטענת של הנתבע. הסיבה הרשמית לעמדה זו היא כי רק בעלי ניירות ערך כאלה סבלו מהפרת זכויותיהם, ולכן אי אפשר להפקיד את גורלם ברשותו של מי שאינו נמנה עם קהלם. מבחינה כלכלית זוהי חשיבה מוטעית, שהרי די לו לתובע הנומינלי שיהיה בעלים של נייר ערך בודד ששוויו זניח, וההבדל בין מי שיש לו אינטרס זניח בתביעה לבין מי שאין לו אינטרס רכושי כלל הוא בגדר זוטי דברים. כיוצא בזאת, בנסיבות מסוימות הדין דורש כי עילת התביעה של התובע הנומינלי התרחשה לפני האירוע המשמש עילה

106 סעיף 194 לחוק החברות מאפשר גם לדירקטורים להגיש תביעות נגזרות. זהו אחד מחידושו של חוק החברות הסוטה בכך לא רק מן הדין ששרר לפניו בישראל אלא גם מן המקובל ברוב מכריע של ארצות המשפט המקובל.

לתביעה, כדי להבטיח כביכול שתביעתו של הזולת לא "תימכר" לתובע.¹⁰⁷ גם הבחנה זו נשענת על זוטי דברים, ומאותה סיבה ממש. למעשה, גם אילו היו בעלי המניות יכולים להתארגן ולהגיש את תביעתם בעצמם, ובכך להשלים חבירה מחדש של ההשקעה ההונית והשליטה בהון, וגם אילו יכלו לעשות זאת ללא כל עלויות, סביר להניח כי לא היו ממהרים לעשות זאת. הסיבה היא שעל פי רוב חלקו של כל פרט בקבוצה שבשמה מוגשת התביעה הוא פעוט (זה גם המצב באשר למידת התעשרותו של כל בעל מניה בתביעה נגזרת של החברה).¹⁰⁸ אם כך, האם מכשיר התביעה הנגזרת בכלל שווה בנזק המלך? האם כדאי למערכת לקיים משפטים יקרים המניבים יכול דל כל כך לבעלי המניות? הגישה הכלכלית מלמדת כי עצם המחשבה שההליך נועד לפצות את בעלי המניות שגויה ביסודה. תכלית ההליך היא להבטיח כי הנתבעים ייזוהרו במעשיהם, כדי שהסכום (הנכבד) שעליהם לשלם בסוף ההליך ישרת את מטרת ההרתעה של הדין.¹⁰⁹ כמה מסקנות נובעות מניתוח זה. כפי שכבר נאמר לעיל, צריך להכיר בכך כי הצורך בתובע נומינלי אינו משרת כל מטרה נראית לעין. קל וחומר שאין לעמוד על כך שבעל המניות הנומינלי יחזיק במניותיו בשעה שבה התרחש הנזק. כמו כן אין כל צורך לחשוש, כפי שחוששים שופטים רבים, מפסיקת שכר טרחה גבוה "מדוי" לעורך הדין, מתוך השיקול שהוא עצמו לא נפגע מן ההפרה ואל לו לצפות לאוצרות חינם (windfall) שאינם "מגיעים" לו. אם מטרת ההליך אינה פיצויית כי אם הרתעתית, והתביעה הקיבוצית מוגשת במקרים הנכונים (כלומר לא למטרות סחטנות, כפי שאכן קורה לעתים קרובות), ככל שהתמריץ לתבוע יהיה גדול יותר כן ייטב.

107 כלל זה מכונה בספרות בשם "the contemporaneous ownership rule", ואף על פי שאיננו נזכר בחוק החברות (אך יש לו אחיזה בפסיקה), דומה שהוא משתמע מהוראותיו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. סעיף 4(א)(1) לחוק זה קובע כי רשאי להגיש תובענה ייצוגית רק "אדם שיש לו עילה בתביעה", והרי אפשר כי מי שרכש את נייר הערך שלו לאחר ההפרה, ולכן גם ייתכן שהנזק שנגרם בהפרה כבר השתקף במחיר ששילם בעד נייר הערך שלו, אין לו עילה משל עצמו. רושם זה מתחזק למקרא סעיף 4(ב)(1) לחוק, הקובע כי אם אחד מיסודות העילה הוא גרם נזק, על התובע להוכיח, לפחות במישור הלכאורי, כי גם הוא סבל מן הנזק.

108 ראו למשל MELVIN EISENBERG, CORPORATIONS 913 (9th ed., 2005); פרופסור אייזנברג מדווח למשל על פסק דין חשוב שבו חלקם של חברי הקבוצה הגיע בסך הכול ל-8 סנט. ראו *Winkelman v. General Motors*, 44 F. Supp. 960 (S.D.N.Y., 1942). זהו אמנם מקרה קיצוני, אך גם אם חלקו של כל פרט בקבוצה מגיע לכמה עשרות שקלים, אין בכך כדי לשנות את התמונה שינוי מהותי.

109 קול תקיף בזכות הרציונל ההרתעתי הוא קולו של פרופסור דייוויד רוזנברג מהרוורד. ראו למשל David Rosenberg, *Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss*, 88 VA. L. REV. 1870 (2002), ומאמרים אחרים של אותו מחבר המצוטטים שם.

למרות האמור לעיל אל לנו להסיק כי אין להקפיד על שיטת תגמול לעורכי הדין שתכליתה לקרב את פונקציית המטרה של עורך הדין לזו של הקבוצה שהוא מייצג. למשל, תגמולו של עורך הדין לפי מספר שעות העבודה שהשקיע בהליך מתמרץ אותו להשקיע שעות מיותרות, ואולי גם לדחות הצעות פשרה שהיה צריך לקבלן אילו שקל את טובת הקבוצה. תגמולו של עורך הדין כפונקצייה של מה שהשיג בתביעה כספית בשביל לקוחותיו יכולה להיות שיטה טובה או גרועה, לפי צורתה של הפונקצייה. למשל, אם עורך הדין יודע שיקבל שיעור מסוים ממליון השקלים הראשון שיקבל בשביל לקוחותיו, ושיעור הולך וקטן ככל שהמיליונים מצטברים, יהיה כדאי לו להתפשר על סכומים קטנים "מדי", כלומר כאלה שהיה ראוי לדחותם אילו שקל את טובתה של הקבוצה.¹¹⁰ הסיבה לצורך בהקפדה על זיהוי אינטרסים בין עורך הדין לבין חברי הקבוצה גם בעולם שבו מטרת ההליך היא הרתעה ולא פיצויים לניזוקים, היא כי גם את ההרתעה צריך לקבוע ברמה המיטבית, כלומר לא פחות ולא יותר מזה. הרמה המיטבית היא המפצה את הקבוצה על הנזק שנגרם לה. אם לעורך הדין יש תמריץ אישי שלא לייצג נאמנה את האינטרסים של הקבוצה, הוא עלול להיות מתמרץ להתפשר על סכומים שאינם תואמים את תוחלתו של פסק הדין (כאשר אין מתפשרים), ולכן רמת ההרתעה יכול שתהיה תת-מיטבית. אפשר שתהיה גם שיטת תגמול שתתמרץ את עורך הדין לעשות את ההפך, קרי לדחות פשרות שהיה צריך לקבלן. אולי הדרך האלגנטית ביותר להבטיח כי עורך הדין יתנהג כסוכן נאמן היא לקיים מכירה פומבית של זכות התביעה, שבסופה תוגש התביעה על ידי עורך הדין שזכה במכרו. חזקה על אדם כזה, העושה לביתו, כי ינהל את ההליך באופן מיטבי, או למצער כי ישתדל לעשות כן. אכן, הצעה ברוח זו הושמעה בספרות.¹¹¹ הצעה מעין זו נוגדת מסורות עתיקות בשיטתנו המשפטית הנרתעות מכל סחר בזכויות תביעה (champerty), ולכן סיכויי קבלתה בזמן כתיבתן של שורות אלה אינם גבוהים, חרף כל יתרונותיה.

110 דוגמה פשוטה לטענה זו היא מצב שבו שכר הטרחה נקבע כשיעור מסוים מסכום כסף פלוני, ולא כלום מעבר לו. במצב דברים זה אין לעורך הדין תמריץ להשיג בשביל הקבוצה יותר מאותו סכום כסף פלוני, והוא ימהר להתפשר בשביל אותו סכום גם אם תוחלת הרווח לקבוצה מהמשך ההתדיינות עולה עליו בהרבה.

111 ראו, למשל, Jonathan Macey, Geoffrey Miller, *The Plaintiff's Attorney's Role in Class Actions and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1 (1991).

פרק טו: דיני מיסים

מאת

יורם מרגליות*

א. מבוא. ב. מטרת מערכת המס; 1. תיקון כשלי שוק; 2. צדק חלוקתי; 3. העלות הכרוכה בקידומו של צדק חלוקתי. ג. מי נושא בנטל המס? ד. האם ראוי לקדם צדק חלוקתי באמצעות כללים משפטיים? ה. שיעור מס שולי מול ממוצע (אפקטיבי). ו. הצורך בראייה משולבת של מס ורווחה. ז. היוון הטבות מס. ח. הזהות הכלכלית בין ניכוי (דחיית מס) לבין פטור; 1. הקשר בין ניכוי לדחיית מס. סיכום.

א. מבוא

מסים מוטלים על פי חוק ועל כן מדובר בתחום משפטי. אולם מסים הם גם חלק מובנה מלימודי ראיית חשבון וכלכלה. תורת המסים הנלמדת ונחקרת על ידי העוסקים בראיית חשבון או כלכלה אינה שונה כלל מזו הנלמדת ונחקרת על ידי משפטנים. העיסוק אינו "בין-תחומי" אלא משותף מלכתחילה. תורת המסים היא חלק מתחום מדעי הכלכלה, בקטגוריה "מימון ציבורי" (או "כלכלה ציבורית"), והיא חלק מלימודי החשבונאות בקטגוריה "מסים". ההבדלים, ככל שהם קיימים, הם מתודולוגיים. העיסוק במסים במסגרת ראיית חשבון הוא דוקטרינרי יותר מהעיסוק במסים במסגרת המשפט. החקיקה והפסיקה מפורשות על ידי רואי החשבון באופן דווקני, ואילו אנשי המשפט עוסקים בפרשנות תכליתית, משמע מפרשים את הדין באופן שיגשים את המדיניות הראויה. עיסוקם של כלכלנים במסים במסגרת תחום המימון הציבורי הוא מופשט במידה יחסית רבה עוד יותר מהעיסוק המשפטי במסים. פרטי הדין נלמדים לימוד נקודתי (לא מקיף) לצורך ניתוח פוזיטיבי של כלל מסוים או מתוארים באופן גס במסגרת הנחות המשמשות לצורכי ניתוח נורמטיבי. מכאן ששלוש

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

הדיסציפלינות עוסקות במסים במידה זהה, והשוני ביניהן הוא רק במיקומן על פני הרצף שבין עיסוק דוקטרינרי לתאורטי (מדיניותי). מהאמור עולה שבכל הנוגע למסים קיימת חפיפה מובנית בין הדיסציפלינות וקיים סוג של הייררכייה. משפטנים אינם נזקקים לידע בחשבונאות (אם כי זהו ידע שימושי לעוסקים בתחום), ואילו על העוסקים במסים במסגרת חשבונאות להכיר את החקיקה והפסיקה בהוותן את הכללים שבמסגרתם הם פועלים. לעומת זאת על משפטנים לדעת ברמה סבירה את התחום הכלכלי הקרוי מימון ציבורי, שכן הניתוח המשפטי של דיני המסים, בהיותו תכליתי, מושגת על תובנות שפותחו במסגרת תחום כלכלי זה. מטרתו של פרק זה היא לספק תובנות בסיסיות אחדות שעשויות לעזור למשפטן בהתחקותו על תכלית החוק, או למשפטן קובע המדיניות בעצבו אותה, ובעיקר לעורר את עניינם של הקוראים בלימוד מעמיק ומקיף יותר של התחום.¹ אתמקד בתיאור מסגרת הניתוח הכללית ובהסברן של כמה סוגיות שבהן חשיבה אינטואיטיבית מובילה לניתוח שגוי שאפשר להימנע ממנו באמצעות ניתוח כלכלי.

ב. מטרות מערכת המס

מערכת המס ותשלומי ההעברה² משמשת להשגתם של שני יעדים: (1) תיקון כשלי שוק; (2) קידומו של צדק חלוקתי.

1. תיקון כשלי שוק

כשל השוק העיקרי שעמו מתמודדת מערכת המס הוא בעיית ה"טפילות" (free riding) במימון מוצרים ציבוריים. מוצר ציבורי הוא מוצר שהנאת האחד ממנו אינה מפחיתה את יכולת האחרים ליהנות ממנו בו זמנית, וכך שאי אפשר למנוע את ההנאה ממנו ממי שלא השתתף במימון רכישתו. ביטחון (המסופק על ידי הצבא, המשטרה, מערכת השפיטה והאכיפה הפלילית) הוא דוגמה למוצר ציבורי שסיפק השלטון משחרר ההיסטוריה. המדינה

1 הספרים האלה מומלצים ונגישים ביותר: JOSEPH E. STIGLITZ, ECONOMICS OF THE PUBLIC SECTOR (2000); HARVEY S. ROSEN, PUBLIC FINANCE (2002); JONATHAN GRUBER, PUBLIC FINANCE AND PUBLIC POLICY (2004). הספרים האלה מומלצים מאוד, ועדיין נגישים, אך מצריכים מעט יותר שליטה במתמטיקה: GARETH D. MYLES, PUBLIC ECONOMICS (2000); LOUIS KAPLOW, THE THEORY OF TAXATION AND PUBLIC ECONOMICS 35-50 (2008).
2 ראו פרק 6 להלן להסבר מדוע אין ראוי להתייחס למערכת המס במנותק מתשלומי ההעברה (מערכת הרווחה).

המודרנית מספקת מוצרים ציבוריים רבים נוספים, כגון תשתית חוקית המאפשרת התקשרויות בחוזים, הגנה על איכות הסביבה, יחסי חוץ עם מדינות זרות ועוד. כל אחד מהפרטים בחברה מניח כי כיוון שהמוצרים נחוצים גם לאחרים, הרי שהאחרים יממנו את רכישתם, והוא יוכל ליהנות מהם בלא להשתתף במימנם. למעשה לכל פרט כדאי שלא להשתתף במימון המוצר הציבורי ללא קשר לפעולתם של הפרטים האחרים: אם הפרטים האחרים יממנו אותו, הוא יוכל להיות "טפיל"; אם הם לא יממנו אותו, התרומה שלו תהיה זניחה מכדי לרכוש את המוצר הציבורי. לכן בהיעדר התערבות מצד המדינה איש לא ישלם עבור המוצרים הללו (או לכל הפחות יהא מימון-חסר שלהם), וכולם יסבלו מכך. השלטון פותר בעיה זו באמצעות הטלת מסים למימון המוצרים הציבוריים. יצוין כי המדינה אינה נדרשת לספק את השירותים. היא יכולה להשתמש בכספי המסים כדי לרכוש אותם בשוק החופשי. תפקידה בפתרון כשל השוק מתמצה בכפיית ההשתתפות במימון המוצרים הציבוריים.

אילולא קיומם של שיקולי צדק חלוקתי היה אפשר לממן מוצרים ציבוריים באמצעות מס גולגולת, שהוא מס המוטל בסכום קבוע בשקלים על כל תושב. מס כזה יעיל מכל המסים המוכרים לנו בזכות פשטותו האדמיניסטרטיבית וכיוון שאינו גורם לשינוי בהתנהגות הפרטים. מאחר שהוא בלתי נמנע ואינו תלוי בעבודה, בצריכה או בהשקעה, הוא אינו מעוות את החלטות הפרטים ביחס להן, ולכן הוא יעיל. הסיבה לאי-מימון מוצרים ציבוריים באמצעות מס גולגולת היא שמס כזה מנוגד לתפיסתנו בדבר צדק חלוקתי, ובכך אדון בנפרד בהמשך.

מערכת המס עשויה לשמש בפתרון כשלי שוק נוספים כגון השפעות חיצוניות ("החצנות") חיוביות או שליליות באותם מקרים שבהם היא הכלי היעיל ביותר לכך. החצנה שלילית, למשל זיהום אוויר, מתרחשת כאשר הפרט אינו מפנים את העלות שהתנהגותו משיטה על אחרים. בעקבות זאת קיים ייצור-יתר של אותה התנהגות ותת-השקעה במניעתן או הקטנתן של העלויות הסביבתיות הכרוכות בה. הטלת מס על עלויות התנהגות זו תביא את הפרט לנקוט אמצעים להפחתת העלויות המוחצנות עד לרמה היעילה. החצנה חיובית, למשל חידוש המצאות, היא תופעה הפוכה להחצנה שלילית. הפרט אינו מפנים באופן מלא את טובות ההנאה שפעילותו מרעיפה על פרטים אחרים. בעקבות זאת קיים ייצור-חסר של אותה התנהגות, וסובסידיה עשויה להביא להעלאת רמת הפעילות לרמה היעילה (ראו, ביתר הרחבה, בפרק א לעיל). כאמור לעיל, ראוי להשתמש במערכת המס לשם תיקון כשל השוק רק באותם מקרים שבהם היא הכלי היעיל ביותר. לשם כך יש להשוות את השימוש במערכת המס לתיקון כשלי השוק שבהם מדובר לעומת החלופות, לרוב רגולציה, תוך שימת לב בין השאר לעלויות האדמיניסטרטיביות שיתווספו לכל מערכת בשל כך.

2. צדק חלוקתי

מעצב המדיניות חייב להגדיר לעצמו איזו תפיסה של צדק חלוקתי ברצונו לקדם. גם אם אינו עושה זאת במודע הוא פועל בהכרח מתוך תפיסה כלשהי באשר לצדק חלוקתי, שאם לא כן, היו המוצרים הציבוריים ממומנים באמצעות מס גולגולת, והתערבות המדינה בכלכלה הייתה מוגבלת לתיקון כשלי שוק. מקובל לבטא את תפיסת הצדק החלוקתי בפונקציית רווחה חברתית. ביטוי המטרה כפונקצייה מאפשר לנו לבחון מה יהא מבנה מערכת המס ותשלומי ההעברה שישא (ימקסם) את הפונקצייה, היינו למצוא את מבנה מערכת המס ותשלומי ההעברה המיטבי (אופטימלי). על מעצב המדיניות לבצע שקלול של שיקולי צדק חלוקתי ויעילות באופן המשיא את הרווחה החברתית.

דיון מעמיק בנושא הצדק החלוקתי נעשה בפרק אחר בספר זה, ועל כן לא ארחיב בנושא. לצורך הדיון כאן אניח כי פונקציית הרווחה החברתית של קובעי המדיניות בישראל היא תועלתנית, משמע כמו בכל תורה ליברלית המדינה נועדה לשרת את הפרטים ולא הם אותה, והתועלת, או במילים פשוטות יותר – סיפוק העדפותיהם או אושרם של הפרטים – היא הדבר אשר אותו אנחנו רוצים להשיא.³

אם נבחר במדיניות אשר תשיא את סך כל האושר של הפרטים בחברה, אזי בהנחה סבירה שהתועלת השולית הנובעת מצריכה חומרית וצריכה של פנאי פוחתת, השאת פונקציית הרווחה החברתית תחייב העברת הכנסות (יכולת צריכה) מבעלי יכולת השתכרות גבוהה לבעלי יכולת השתכרות נמוכה. ההנחה כי לצריכה יש תועלת שולית פוחתת היא אינטואיטיבית. אם לדוגמה ניתן 1,000 ש"ח לאדם שאין לו כסף כלל, הוא יפיק מכך תועלת רבה מאוד. יש להניח שהוא ירכוש בכסף אוכל כיוון שזהו הצורך הדחוף ביותר מבחינתו לספק. כשניתן לו סכום כסף נוסף, הוא עדיין יפיק ממנו תועלת רבה, אבל פחותה מן התועלת שהפיק מהשקלים הראשונים שנתנו לו, שכן כעניין שבהגדרה, סכום הכסף הראשוני שימש אותו לרכישת הדברים שהיו החשובים לו ביותר.

אילו היה בידינו מידע מלא על יכולת ההשתכרות של כל פרט ופרט, היינו קובעים את שיעור המס השולי על פי יכולת זו. במצב תאורטי זה היינו מטילים מס על בעלי היכולת בלא תלות בהכנסותיהם בשוק העבודה (lump sum) ומעבירים את הכסף למעוטי היכולת כתשלום כספי או כרווחה בעין ומממנים את רכישת המוצרים הציבוריים. אולם בפועל אין בידינו מידע על יכולת ההשתכרות של הפרט אשר עשוי לבחור שלא לממש את פוטנציאל ההשתכרות שלו (בעיה המוכרת כבעיית ה"התחזות"). עלינו להניח אפוא שהכנסת הפרטים

3 הגדרה זו של "תועלת" היא פשטנית. כלכלנים נוהגים לאמץ כהגדרה את הרעיון של סיפוק העדפות, ופילוסופים מציעים אפשרויות נוספות. לצורכי מאמר זה די אם נגדיר תועלת כ"אושר".

(או צריכתם) משקפת במידה מסוימת את יכולתם, שכן זהו המדד הטוב ביותר בנמצא. מערכת המס בישראל משתמשת הן בהכנסה והן בצריכה כ"פרוקסי" (מידע זמין המעיד על מידע שקשה יותר להשיגו) ליכולת השתכרות ומטילה מסים על הכנסה ועל צריכה כדי לממן מוצרים ציבוריים ותשלומי העברה (מערכת הרווחה).⁴

צמצום אי-השוויון בין בעלי יכולת השתכרות גבוהה לנמוכה אינו השיקול היחיד המנחה את מתכנן המדיניות בעיצוב מערכת המס ותשלומי ההעברה. שיקול מרכזי אחר הוא צמצום העוני, שאינו מבוטא במונחי תועלת אלא במונחי הכנסה.⁵ בישראל לדוגמה נחשב היעד של צמצום העוני ליעד מרכזי של מערכת הרווחה. עוני מוגדר בישראל על פי שיטה יחסית. מי שהכנסתו הפנויה, כלומר הכנסתו לאחר מסים ותשלומי העברה,⁶ נמוכה מ-50% מההכנסה החציונית, שהיא ההכנסה שלחצי מהפרטים בחברה הכנסה גבוהה ממנה, מוגדר כעני. קיימות בעולם גם הגדרות מוחלטות (אבסולוטיות) לעוני שבהן נקבע סכום מסוים שכל מי שהכנסתו הפנויה נמוכה ממנו, הוא עני. המגמה כיום היא לשלב את השיטות יחד.

באופן אינטואיטיבי היה אפשר לחשוב שמדיניות שמצמצמת עוני תקטין גם את אי-השוויון, ומדיניות שתקטין אי-שוויון תמורדד גם עם בעיית העוני. אינטואיציה זו עלולה להטעות. לשם המחשה הנה דוגמה קיצונית: נניח שהממשלה מחליטה לפתור לחלוטין את בעיית העוני במדינה, ועיקר הנטל יוטל על מעמד הביניים. הממשלה תחלק תשלומי העברה לכל המשפחות (או הפרטים) שמתחת לקו העוני באופן שכל אחד ואחת יקבלו בדיוק את

4 ייתכן שאנשים שונים זה מזה לא רק ביכולת אלא גם במידת התועלת שהם מפיקים מפנאי. השאת פונקציית הרווחה הייתה מחייבת אפוא התחשבות גם בנתון זה אילו אכן היה ביכולת הממשלה להתאים לכל פרט ופרט את שיעור המס האישי האופטימלי על פי יכולתו ועל פי מידת ההנאה שהוא מפיק מפנאי. הניתוח המופיע בטקסט מושתת על ההנחה המקובלת שלפיה אין לממשלה יכולת לדעת את מידת התועלת שאנשים מפיקים מפנאי. ההתמקדות בספרות המימון הציבורי במרכיב ה"יכולת" נובעת מההנחה הסבירה שאין תלות בין מידת היכולת של אדם (עד כמה הוא מוכשר בהפקת הכנסה) לבין מידת ההנאה שלו מפנאי, תוך הסתמכות על הכנסה או צריכה כפרוקסי ל"יכולת".

5 צמצום העוני מתמקד בהעברת הכנסה. המטרה היא להבטיח מינימום הכנסה לכל תושב מתושבי המדינה כדי להבטיח קיום בכבוד או אף יותר מזה. לעומת זאת צמצום אי-השוויון משיא את התועלת החברתית.

6 הכנסה פנויה לנפש משמעה ההכנסות הכספיות של משק הבית מכל המקורות (הון, עבודה, מתנות) פחות תשלומי חובה (מסים). הגדרה זו איננה כוללת הכנסות בעין (הכנסה זקופה מבעלות על דירה, הנחות בארנונה). הכנסה חציונית משמעה רמת הכנסה שההכנסות של מחצית ממשקי הבית נמוכות ממנה. ההכנסה כוללת את ההכנסות הכספיות מעבודה ומהון וכן מקצבאות ומתמיכות ממשלתיות ופרטיות, בניכוי המסים והביטוח הלאומי.

הסכום שדי בו כדי להעבירם אל מעל לקו העוני.⁷ אמנם במצב שכזה תיפתר בעיית העוני, אך הפער בין העשירים ליתר החברה יגדל, וייתכן כי אי-השוויון בחברה יגדל. אם רוצים להקטין גם את העוני וגם את אי-השוויון ראוי לקחת דווקא מהעשירים יותר ולהעביר לעניים יותר. דוגמה צינית יותר תהא השגת היעד של צמצום שיעור העניים על ידי שליחת תשלומי ההעברה לעניים ביותר ושימוש בתקציב נוסף כדי להעביר סכומים גדולים יותר לעניים שהכנסתם קרובה לקו העוני לצורך העברתם אל מעבר לו.⁸

מינימום קיום בכבוד הוא בדרך כלל סף הכנסה נמוך מקו העוני בהנחה שיש אנשים שהכנסתם היא מתחת לקו העוני, שהרי כחברה איננו אמורים לסבול מצב שבו יהיו אנשים שהכנסתם היא מתחת למינימום המאפשר קיום בכבוד.⁹

מכאן שיש צורך להגדיר את פונקציית הרווחה החברתית באופן המשלב את שלושת היעדים יחדיו: הבטחת מינימום קיום בכבוד, צמצום העוני וצמצום אי-השוויון. כיוון שהיעד הראשון הוא קשיח, נדרשת גישה לקסיקוגרפית בדומה לזו המוצעת על ידי אטקינסון.¹⁰ לפי גישה זו יש לקבוע סכום שייחשב למבטיח מינימום קיום בכבוד ולקבוע כי על המדינה לצמצם את אי-השוויון באופן המרבי אך בכפוף להבטחת הכנסה (בכסף או בעין) מינימלית זו לכל נפש (או משק בית). פונקציית רווחה זו היא שילוב של פונקציית תועלתנית עם דרישת מינימום המבוטאת במונחים של הכנסה להבדיל מתועלת. היעד של צמצום העוני יושג באופן חלקי בשל הבטחת מינימום קיום בכבוד. מלבד זאת שימת הדגש בצמצום עוני או התמקדות בצמצום אי-השוויון לבדו – כל אחת מהן תהא תלויה בפרטי פונקציית הרווחה החברתית העומדת לנגד עיני מעצב המדיניות.¹¹

7 הדבר ברור אם חושבים על קו עוני המוגדר באופן מוחלט, כלומר בסכום קבוע של כסף. אולם הטענה נכונה גם כאשר קו העוני מוגדר באופן יחסי. מובן שחלוקת תשלומי ההעברה תעלה את קו העוני, אך אפשר לחשב את שיעור תשלום ההעברה שיעביר את כולם אל מעבר לקו העוני היחסי. טענתי היא כי הדבר לא בהכרח יצמצם את אי-השוויון על אף מדידתו היחסית של קו העוני, כיוון שהדבר תלוי בהתפלגות ההכנסות של הנמצאים מעל לקו העוני ובשאלה כיצד תשלומי ההעברה ממומנים.

8 הדבר דומה מבחינות מסוימות לקביעת שכר מינימום גבוה מדי באופן המחריף את האבטלה. כמו בדוגמה הצינית שזכרה לעיל, העובדים הנותרים שמשתכרים שכר מינימום ייהנו משכר גבוה יותר, אולם חווייתם של העובדים החלשים ביותר, שאיבדו את מקום עבודתם, את הירידה בתועלת חזקה מהנאתם של העובדים ששכרם עלה מתוספת התועלת.

9 קו העוני נקבע בישראל באופן יחסי, ולכן תאורתית יכול להיות מצב שבו סף העוני יהא נמוך מהמינימום של קיום בכבוד או שווה לו.

10 ראו A.B. Atkinson, *On the Measurement of Poverty*, 55 *ECONOMETRICA* 749 (1987).

11 תיאור פונקציית הרווחה החברתית המופיע בטקסט הוא פשטני בכך שאינו תואם את המציאות הישראלית. אם נסבור שהמציאות משקפת את המדיניות של מעצב המדיניות בישראל, אזי פונקציית הרווחה החברתית הישראלית שונה כנראה מזו המתוארת בטקסט ושמקובל להניח

3. העלות הכרוכה בקידומו של צדק חלוקתי

כאמור לעיל, מערכת המס משמשת לתיקון כשלי שוק ולקידומו של צדק חלוקתי. תיקון כשלי השוק אינו כרוך בעלויות אלא להפך, התיקון חוסך בעלויות.¹² לעומת זאת קידום הצדק החלוקתי כרוך באבדן יעילות. המס ותשלומי ההעברה משפיעים על החלטתו של הפרט אם, ועד כמה, להשתתף בשוק העבודה. פנאי אינו ממוסה, אך הכנסה מעבודה ממוסה. מבחינתו של הפרט, לצריכת פנאי יש עלות. העלות היא ויתור על השכר שהיה יכול להרוויח מעבודה באותו זמן. מאחר שהכנסה מעבודה ממוסה ואילו הפנאי אינו ממוסה, הרי שהפנאי הופך לזול יותר בשל המס המוטל על הכנסה מעבודה. ככל שהפנאי זול יותר, כך ניטה לצרוך אותו בכמויות גדולות יותר, משמע לעבוד פחות.

תופעה זו ידועה בשם "אפקט התחלופה". האפקט מתאר החלפת התנהגות מסוג אחד בהתנהגות מסוג אחר, והכול בשל השינוי במחירן היחסי של ההתנהגויות עקב המס. מנגד, קיימת גם השפעת ההכנסה הידועה כאפקט ההכנסה. הפנאי הוא "מוצר נורמלי", כלומר מוצר שאנו צורכים ממנו יותר ככל שהכנסתנו עולה. לכן בהקטינו את ההכנסה הפנויה מקטין המיסוי את נטייתנו לצרוך פנאי ומתמרץ אותנו לעבוד יותר. מכאן שהשפעות התחלופה וההכנסה פועלות בכיוונים הפוכים, וההשפעה הדומיננטית ניתנת רק למדידה אמפירית ולא לחיזוי תאורטי. אפקט ההכנסה הוא תוצאתו של כל מס. אפילו של מס גולגולת. לכן אפקט ההכנסה אינו מעניין אותנו בניחות מערכת המס ובעיצובה. גם כאשר אפקט ההכנסה מקוזז את השפעתו של אפקט ההכנסה על מספר שעות העבודה של הפרטים, עצם קיומו של אפקט התחלופה בכל זאת מקטין את רווחת הפרטים, משמע מהווה עיוות שלצורך השאת הרווחה יש להקטין ככל האפשר.

בספרות. המציאות הישראלית היא שתשלומי ההעברה בכסף ובעין הם סקטוריאליים במידה רבה. ההשתייכות המגזרית, החופפת במידה רבה גם מיקום גאוגרפי, קובעת את רמת תשלומי ההעברה (הרווחה). שיעור ההשתתפות בכוח העבודה של חלקים ניכרים מקבוצות האוכלוסייה החלשות כלכלית, בעיקר גברים חרדים (גם נשים חרדיות משתתפות בשוק העבודה, בשיעור נמוך בהרבה מנשים שאינן חרדיות) ונשים מוסלמיות, הוא נמוך מאוד. שיעורי ההשתתפות הנמוכים בשוק העבודה, שצפויים אף לגדול, אקספוננציאלית, בשל המבנה הדמוגרפי של האוכלוסייה והיעדר ההכשרה של שיעור גבוה של הילדים להשתלבות מוצלחת בשוק העבודה בעתיד, מעידים אולי שפונקציית הרווחה החברתית שעומדת לנגד עיני מעצב המדיניות הישראלי שונה למדי מזו שמקובל להניח בספרות, לרבות במאמר זה. השימוש במערכת המס לצורך תיקון כשלי שוק ייעשה רק באותם מקרים שבהם התועלת שבמעשה גדולה מן העלות, ומערכת המס היא הכלי היעיל ביותר לתיקון כשל השוק. מכאן שגם אם השימוש בה, למשל לצורך עידוד מחקר ופיתוח, כרוך בעלות של הגדלת תכנוני מס (נישומים ינקטו בפעולות חסרות ערך בפני עצמן, אך ורק כדי להפחית את חבותם במס) או התדיינות, ההנחה היא שהשימוש במערכת המס הוא יעיל.

12

בשל העיוות שיוצר אפקט התחלופה לא נטיל מס בשיעור של 100% ונחלק את כספי המסים באופן שווה בין כל התושבים אף על פי שבהנחה שפונקציות התועלת של כל התושבים הן זהות,¹³ חלוקה שווה של הצריכה החומרית על פני כל התושבים תשיא לכאורה את פונקציית הרווחה התועלתנית תחת הנחה של תועלת שולית פוחתת מצריכה. סביר להניח שמס בשיעור של 100% יגרום לעיוות כה חמור של התמריצים לעבודה, שסך כל הרווחה החברתית יקטן. מידת ההשפעה של מערכת המס ותשלומי ההעברה על היצע העבודה של הפרט מכונה "גמישות היצע העבודה". ככל שהיצע העבודה גמיש יותר, כלומר רגיש יותר להשפעת המס, כך גדל העיוות שגורמים מערכת המס ותשלומי ההעברה. נוסף על העלויות הנכבדות שיש למערכת המס ותשלומי ההעברה בשל עיוות התמריצים לעבודה יש לה גם עלויות הפעלה. מערכת מורכבת דורשת מנגנון גדול לאכיפה, היינו עובדים, משכורות, מבנים. עלויות גדולות עוד יותר מוטלות על ציבור הנישומים, החייבים למלא אחר דרישות החוק. ישראל יוצאת דופן בעולם בחיכוך הנמוך הקיים בה בין הנישומים למערכת המס. מרבית העובדים הם שכירים, המשלמים מסיהם באמצעות ניכוי מס במקור שנעשה על ידי המעביד. ובכל זאת המעבידים ושאר העצמאים נושאים בעלויות נכבדות הכרוכות במילוי אחר חוקי המס. העלויות כוללות אבדן זמן, תשלומים לרואי חשבון, יועצי מס ועורכי דין, רכישת תכנות וספרים. עלות נוספת שאין להפחית בחשיבותה היא עלות ההתדיינות. ככל שמערכת המס מסובכת יותר, רבה יותר ההתדיינות בנושאי מס. זאת כיוון שכדאי לנישום לאמץ עמדות אגרסיביות בפרשנות חוקי המס, הן מהטעם שבשל מורכבות החוק אי אפשר יהיה לייחס לו כוונה פלילית אם יגיע הדבר לכדי בירור משפטי, והן בשל הסיכוי כי יזכה במשפט, אם בצדק ואם בגלל טעות שיפוטית. מורכבות מערכת המס מוצאת ביטוייה גם בכך שמשתלם לנישומים לעשות פעולות שונות הכרוכות בעלות כלכלית אך חסרות ערך כלכלי כשלעצמן אך ורק כדי להפחית את מסיהם. עלויות אדמיניסטרטיביות ועלויות ציות נכבדות קיימות גם במערכת תשלומי ההעברה – היא מערכת הרווחה. קיומה של מערכת לבדיקת זכאות, מניעת רמאויות והעברת התשלומים כרוכה בעלות אדמיניסטרטיבית גדולה. עלויות הציות של הפרטים גם הן נכבדות מאוד. בניגוד לצד של מערכת המס, בדרך כלל אי אפשר כלל לגלגל את עלויות הציות אל גוף שלישי (המעביד), והפרטים נאלצים לשאת בהן ישירות. חלק גדול ממורכבות חוקי המס וכללי תשלומי ההעברה, וכמובן עלויות אדמיניסטרטיביות ועלויות ציות, נובע מהמלחמה בתכנוני מס ובהעלמות מס. היה אפשר

13 הנחה זו אינה סבירה, אבל מקובל להניח אותה בספרות של מימון ציבורי, מהטעם שלמעצב המדיניות אין מידע על פונקציית התועלת של כל פרט ופרט, והוא נאלץ לקבוע מדיניות בנוגע לכל הפרטים כאחד.

לחסוך עלויות אלה באמצעות העלאת שיעורי המס המוטל על נישומים שקשה להם להימנע מתשלום המס, כפיצוי על אבדן המס שלא נגבה. הדבר יעיל ככל שמטרת המס היא מימון המוצרים הציבוריים, אך פוגע כמובן בקידומו של צדק חלוקתי. מכאן שגם עלויות אלה נובעות מרצוננו לקדם צדק חלוקתי.

ג. מי נושא בנטל המס?

אין ביכולתו של המחוקק לקבוע מי יישא בנטל מס הכנסה או צריכה. כוחות השוק הם שייקבעו זאת. חוק מס ערך מוסף למשל מטיל את החובה לשלם את המס על העוסק. בכל זאת הדעה הרווחת בציבור היא שהצרכן הוא הנושא בנטל המס. אם הוא רוכש מוצר תמורת 100 ש"ח, ונוסף על זה מע"מ – 16% – והוא משלם אפוא 116 ש"ח, הוא סבור שהעוסק מעביר 16 ש"ח לרשות המס ושומר לעצמו 100. אולם דעה זו מבוססת על הנחה קיצונית בדבר הגמישות היחסית של ההיצע והביקוש למוצר או לשירות שבו מדובר. על פי הנחה זו העלאת שיעור המס ל-17% תתבטא בהעלאת מחירים של 1%, כלומר גלגול מלוא נטל המס אל הצרכן, ואילו במציאות התוצאה עשויה להיות שונה. בדומה לכך, אם יופחת שיעור המע"מ ל-15%, אין סיבה לצפות שהמחירים ירדו בהכרח בדיוק באחוז.

כשמדובר במס הכנסה, הדעה הרווחת בציבור היא שמפיק ההכנסה נושא בנטל המס. אולם למעשה שיעור המס משפיע הן על קביעת שכר הברוטו של עובדים, כלומר הגמישות היחסית של ההיצע והביקוש לעבודה יקבעו איך יתחלק הנטל הכלכלי של המס בין עובדים למעבידים (בעלי ההון), והן על מחיר המוצרים והשירותים. הגמישות היחסית של ההיצע והביקוש למוצר או לשירות תקבע באיזו מידה יגולגל המס אל הצרכנים באמצעות העלאת המחיר. למשל, בנטל הכלכלי של מס הכנסה המוטל על חברה נושאים לא רק בעלי המניות, שערך מניותיהם משקף את ערך החברה הכולל את ערך קופת המזומנים שלה המידלדלת בשל תשלום המס, אלא גם עובדי החברה וצרכניה. העובדים נושאים בחלק מנטל המס דרך שכרם, שאילולא המס היה גבוה יותר, והצרכנים נושאים בו דרך המחיר שהם נדרשים לשלם עבור המוצר או השירות שהם רוכשים מהחברה. המידה שבה כל אחד מהם יישא בנטל המס תיקבע לא על פי הכתוב בחוק, כי בחוק כתוב שהחברה (קרי בעלי המניות) היא החייבת בתשלום המס, אלא על פי הגמישות היחסית של ההיצע והביקוש לעבודה (ביחס למידת גלגול נטל המס אל העובדים) ולמוצר או לשירות שהחברה מוכרת (ביחס למידת גלגול נטל המס אל הצרכנים).

התובנה כי כדי לדעת מי נושא בנטל המס או הסובסידיה לא די לבחון את לשון החוק, אלא יש צורך במידע בדבר הגמישויות, חשובה מאין כמותה לצורכי מדיניות ופרשנות. לדוגמה, כאשר עיריית ירושלים הציעה מלגות לסטודנטים הגרים בשכירות במרכז העיר,

ההנאה הכלכלית מהמלגה התחלקה בין הסטודנטים לבין בעלי הדירות, שכן המלגה אפשרה לבעלי הדירות להעלות את דמי השכירות בהעלותה את יכולת הסטודנטים לשלם דמי שכירות ובהגבירה את הביקוש לדירה במרכז העיר. עצם נתינת המלגה לסטודנטים ולא לבעלי הדירות אינה משנה כלל. בדומה לכך, אם כדי להקל על אנשים לרכוש דירה ייקבע בפקודת מס הכנסה כי אפשר לנכות את הוצאות הריבית כהוצאה לצורכי מס אף על פי שאין מדובר בהוצאה בייצור הכנסה, ולכן כעיקרון אין להתיר את ניכוייה, הנהנים מההטבה לא יהיו בהכרח רק הרוכשים העתידיים. הבעלים של דירות ובתים ביום שבו יוכרו על הכוונה לשנות את החוק ולהכיר בהוצאה ייהנו מההטבה מאחר שהיכולת לנכות את הוצאת הריבית מקטינה את העלות האפקטיבית של רכישת הנכס, ולכן מעלה את המחיר שבעלי הנכסים הקיימים יכולים לדרוש מקונים. הגמישות היחסית של ההיצע והביקוש לדירה היא שתקבע מי ייהנה מהטבת המס גם אם פורמלית היא ניתנת לרוכשים עתידיים.

זוהי גם המציאות בנוגע להטבות שונות שמעבידים חייבים מכוח חוק לספק לעובדיהם. כאשר מעביד מחויב על פי חוק לספק הטבה לעובדיו, משמעות הדבר מבחינתו היא העלאת עלות השכר. עלות השכר כוללת את שכר העבודה, הן במזומן והן בשווה כסף, וכן הוצאות כגון ביטוח, הפרשות סוציאליות ועוד. המעביד ישאף לגלגל את עלות ההטבה שחויב לספק לעובדיו אל ציבור הצרכנים באמצעות העלאת מחיר המוצר או השירות שהוא מוכר, ואל העובדים בכך שיפחית את שכרם או יקצץ בתנאי עבודתם, אם לא מידית כי אז לאורך זמן. המידה שבה יישא העובד בעלות ההטבה שהחוק מחייב את המעביד לספק לו תיקבע על פי הגמישויות הללו.

במחקרים שנעשו בארצות הברית נמצא שהטלת חובה על פי חוק על מעבידים לבטח עובדות בגין סיכוני היריון ועלויות לידה ולהפריש בשביל העובד לביטוח לאומי לא העלתה את עלויות ההעסקה מאחר שמלוא העלות הופחתה משכרם של העובדים. למעשה, העובדים הם שמימנו את ההטבה שהמחוקק כפה על המעביד להעניק להם.¹⁴ יצוין כי באותם מקרים שבהם המעביד אינו יכול לגלגל אל העובדים את עלות ההטבה שהחוק כפה עליו לספק, אזי אם מדובר בשוק יעיל, שבו עלות התפוקה השולית עולה, הדבר יחייב את המעביד לפטר עובדים עד שיגיע שוב לנקודה שבה הרווח שהוא מפיק מהעובד השולי שווה לעלות העסקתו. זאת מאחר שבשוק יעיל, שבו העלות השולית עולה, המעביד מעסיק עובדים עד לנקודה שבה השכר שישלם לעובד הבא שישכור יהיה גבוה מהתפוקה של אותו עובד. אם החוק מחייב אותו להעלות את שכר העובדים, הוא נאלץ

14 Jonathan Gruber, Alan B. Krueger, *The Incidence of Mandated Employer-Provided Insurance: Lessons from Workers' Compensation Insurance*, in TAX POLICY AND THE ECONOMY 111 (David Bradford, ed., 1991); Jonathan Gruber, *The Incidence of Mandated Maternity Benefits*, 84 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 622 (1994)

לשלם לחלק מן העובדים יותר מתפוקתם, ולכן הוא יפטר עובדים עד שיגיע למספר העובדים שבו השכר שהוא משלם לעובד האחרון שווה לתפוקת העובד. מהדוגמאות שתוארו לעיל עולה כי המלגה של עיריית ירושלים עשויה להעלות את מספר הסטודנטים הגרים במרכז העיר, אבל קשה לעירייה לשלוט במידה שבה תיטיב המלגה את מצבם הכלכלי של הסטודנטים. אם העירייה רוצה להיטיב את מצבו של סטודנט ב-1,000 ש"ח, עליה לסבסד את העסקה בסכום כזה, שבהתחשב הגמישויות היחסיות של הביקוש וההיצע, חלקן של הסטודנט בהטבה יהיה 1,000 ש"ח. משמעות הדבר היא שעליה להוציא יותר מ-1,000 ש"ח כדי להיטיב את מצבו של הנהנה ב-1,000 ש"ח. שינוי פקודת מס הכנסה ומתן אפשרות לנכות את הוצאות הריבית על הלוואה למימון דירת מגורים יגדילו את שיעור הבעלות בדירות, שכן משמעות הדבר היא הפיכתן של דירות לנכס אטרקטיבי יותר לרכישה יחסית לנכסים אחרים שאינם זוכים לסבסוד, אך לא יהא בכך בהכרח משום מתן הטבה למי שירכוש דירה לאחר ההכרזה על מעשה החקיקה. חיובם של מעבידים לספק טובות הנאה מסוימות לעובדים עשוי להיות מוצדק מטעמי יעילות, כלומר לשפר את הרווחה החברתית, אם כשלי שוק מונעים את אספקתן של טובות ההנאה על ידי המעביד בלא התערבות המדינה.¹⁵ אך אין בהכרח ביכולת חקיקה זו להעביר הכנסה מן המעבידים לעובדים במלוא שיעור ההטבה.

ד. האם ראוי לקדם צדק חלוקתי באמצעות כללים משפטיים?

מהדיון בפרק הקודם השתמע שבמקרים רבים אי אפשר לקדם צדק חלוקתי באמצעות רגולציה, למשל ביחסים שבין בעלי בתים לדיירים או בין מעבידים לעובדים, כי כל הטבה שהחוק כופה על הצד האחד (בעל בית או מעביד) להעניק לצד האחר (דייר או עובד) תתמתן על ידי כוחות השוק בדרך של שינוי המחיר (שכר דירה או שכר עבודה). כמו כן

15 כפיית הטבה תקדם יעילות אם עלות הספקת הטבה למעביד נמוכה מהערך של הטבה לעובד. כשלי שוק עשויים למנוע מהמעביד ומהעובד להסכים על הספקתה של הטבה זו בחוזה העבודה ביניהם, וכפיית הטבה פותרת מצבי כשל שוק אלה. כמו כן ייתכן שהמדינה מעוניינת – מסיבות של מדיניות פטרנליסטית או בשל קיומן של החצנות – לכפות את הטבה גם במקרים שבהם העובד מייחס להטבה ערך נמוך מכפי עלותה למעביד. כפיית הטבה במקרים אלה תהא יעילה. להסבר והרחבה, לרבות התייחסות להשלכות חלוקתיות בלתי צפויות שעשויות להיות להטבות כפויות, וכן להשוואה בינן לבין מימון ההטבות באמצעות מס ראו Yoram Margalioth, *The Many Faces of Mandates: Beyond Traditional Accommodation Mandates and Other Classic Cases*, 40 SAN DIEGO LAW REVIEW 645 (2003).

השונות הכלכלית בתוך כל אחת מהקבוצות שביניהן נעשית העברת העושר היא גדולה, ולכן אין ברור שיש ביכולת כלל משפטי להעביר עושר דווקא מעשירים לעניים. ייתכנו מקרים שבהם עושרו של הדייר יהיה רב משל בעל הבית המשכיר לו את דירתו, או מקרים שבהם העובד יהא עשיר מן המעביד. הסוג האחרון של המקרים עשוי להיות שכיח מכפי שאפשר לחשוב, שכן עושרו של העובד נקבע לא רק על סמך הכנסתו אלא על פי הכנסות משק הבית שלו, ובהחלט ייתכן שבן או בת זוגו עשירים ממעבידו/מעבידתו.

שכר מינימום מקשה על מעבידים לגלגל את עלותו על העובדים, מאחר שלעובדים רבים המשתכרים שכר מינימום אין הטבות נוספות על השכר, אשר אותן יכול המעביד לקצץ כדי לאפס את עליות הוצאות השכר שלו. אולם שכר מינימום מקדם צדק חלוקתי רק בהנחה שהוא איננו גורם אבטלה. שכר מינימום עשוי להיות כלי ראוי לתיקון כשלי שוק מסוימים, אך אם נניח קיומו של שוק עבודה יעיל, כלומר אם שכר המינימום גבוה מהשיעור הנדרש לתיקון כשלי שוק העבודה, שכר מינימום יקדם צדק חלוקתי רק אם תתקיים מדיניות משלימה המכשירה את המובטלים או מפצה אותם. כמו כן אף על פי שבניגוד לשאר ההטבות הכפויים שכר מינימום מתמקד בעובדים ששכרם הוא הנמוך ביותר, ייתכן שאין ביכולתו לקדם צדק חלוקתי, אף בהתעלם מבעיית האבטלה, מאחר ששכר המינימום אינו מביא בחשבון את הכנסות משק הבית אלא מתמקד בעובד היחיד. מנתונים המופיעים בספרות באשר לארצות הברית עולה כי ברוב משקי הבית העניים אין מפרנס, אך לרבים ממקבלי שכר המינימום יש הורים או בני זוג בעלי אמצעים. מכאן שרוב התועלת משכר המינימום בארצות הברית מגיעה למשקי בית שאינם עניים.¹⁶

טענה נוספת נגד שימוש בכללים משפטיים לקידום צדק חלוקתי מתייחסת לאפשרות שבית המשפט יביא בחשבון את עושרם של מתדיינים הבאים לפניו בהכריעו בתביעות ביניהם. למשל, בתביעת נזיקין מזיק יחויב בפיצוי יתר אם הוא עשיר יחסית לניזוק, ובפיצוי-חסר אם הוא עני יחסית לניזוק. הטענה נגד שימוש שכזה במערכת המשפט לצורך קידום צדק חלוקתי היא שהעברת העושר מתבצעת באופן אקראי. בהתקיים מערכת מס ותשלומי העברה, המשמשת בקידום צדק חלוקתי באופן מקיף ותכליתי, הפעילות האקראית הנוספת של מערכת המשפט עלולה להגדיל את אי-השוויון בחברה. מכאן שחלוקת העושר באמצעות כללים משפטיים עשויה להיות אקראית וחלקית.¹⁷

16 לתיאור ממצא דומה באשר לארצות הברית ראו: Daniel Shaviro, *The Minimum Wage, the EITC and Optimal Subsidy Policy*, 64 U. CHI. L. REV. 405 (1997).
17 A. MITCHELL POLINSKY, AN INTRODUCTION TO THE LAW AND ECONOMICS 144 (1989)

בשנת 1994 כתבו קפלו ושוול מאמר, מצוטט מאוד, בנושא זה.¹⁸ לטענתם, יש לעצב כללים משפטיים באופן היעיל ביותר האפשרי ולהשאיר את המשימה של קידום צדק חלוקתי למערכת המס ותשלומי ההעברה לבדה. לטענתם, השימוש בכלל משפטי כדי לקדם צדק חלוקתי יוצר עיוות כפול: כלל משפטי שייטה לטובת עניים ייצור בדיוק את אותו נטל עודף (עיוות) שיוצרת מערכת המס, וייצור עיוות נוסף שהוא הסטייה מן הכלל המשפטי הראוי ביותר. אסביר: מס הכנסה (או צריכה) גורם לעיוות בין פנאי לעבודה. כפי שהוסבר קודם לכן, המס מפחית את המחיר היחסי של הפנאי, מאחר שמחיר הפנאי הוא ויתור על הכנסה מעבודה, וכאשר מס מוטל על ההכנסה (או על הצריכה המתאפשרת באמצעות אותה הכנסה), הופך מחירו של הפנאי לזול יחסית. לטענת קפלו ושוול, הפרטים יראו בכלל המשפטי המעביר הכנסה מבעלי הכנסה גבוהה לבעלי הכנסה נמוכה "מס" המוטל על הכנסתם, והדבר יגרום בדיוק לאותו עיוות בין פנאי לעבודה. כמו כן עצם קביעתו של הכלל המשפטי באופן שאינו היעיל ביותר גורמת לאבדן יעילות נוסף על אבדן היעילות שבעיוות בין פנאי לעבודה.

הם מדגימים את טענתם בדוגמה הזאת: נניח קיומו של כלל משפטי בתחום דיני הנזיקין שקובע שבמקרה שיכטה בבעלות אדם עשיר פוגעת ברשלנות בספינת דיגים עניים לא נחיל את הכלל הרגיל, שלפיו הפיצויים יהיו כשיעור הנזק, אלא נקבע פיצויים גבוהים מן הנזק שנגרם. בעלי הכנסות גבוהות יהיו מודעים לכלל ויראו בו משום מס על הכנסתם מעבודה, בהנחה שמקור עושרם הוא הכנסותיהם מעבודה, ובכך ייגרם אותו סוג של עיוות שנגרם על ידי מערכת המס. בנוסף, הכלל החדש יהיה יעיל פחות מן הכלל הרגיל בנוזיקין, שלפיו הפיצויים הם כשיעור הנזק, מאחר שקביעת הפיצוי לפי שיעור הנזק מורידה עד למינימום את סך כל העלויות, הן של התאונה והן של מניעת התאונה. הכלל החדש יעיל פחות מפני שהוא יגרום לבעלי יכטות עשירים להגדיל את עלויות מניעתן של תאונות אל מעבר למידה היעילה הנקבעת על פי תוחלת הנזק.

קיימות בעיות רבות בטיעונם זה של קפלו ושוול: ראשית, צדק חלוקתי אינו מקודם באמצעות העברת הכנסות מעשירים לעניים אלא באמצעות העברות מבעלי יכולת גבוהה לנמוכה. אם קיים כלל משפטי המתייחס להבדלים ביכולת בין פרטים אך לא להבדלים בהכנסותיהם, יהא אפשר לקדם צדק חלוקתי באמצעות אותו כלל משפטי מבלי לגרום לעיוות בין הכנסה לעבודה.¹⁹ שנית, כלל משפטי המקדם צדק חלוקתי עשוי לקזז עיוות קיים אחר. למשל, כלל משפטי שיעלה מסיבה כלשהי את מחירה של פעילות פנאי יקזז

Louis Kaplow, Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income?*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994)

Tomer Blumkin, Yoram Margalioth, *On the Limits of Redistributive Taxation: Establishing a Case for Equity-Informed Legal Rules*, 25 VA. TAX REV. 1, 6-11 (2005)

במידה מסוימת את העיוות שמערכת המס יוצרת בכך שהיא מטילה מס על עבודה אך אינה ממסה פנאי.²⁰ שלישית, הן למערכת המס והן לכללים משפטיים המקדמים צדק חלוקתי יש עלויות אדמיניסטרטיביות.²¹ ייתכן שהעלויות האדמיניסטרטיביות של קידום צדק חלוקתי באמצעות כלל משפטי תהיינה נמוכות מקידומו באמצעות מערכת המס, באופן שסך כל העלויות (העיוות הכפול + העלויות האדמיניסטרטיביות) של הכלל המשפטי תהיינה נמוכות יותר. רביעית, ייתכנו מקרים, כגון כללים העוסקים במישרין או בעקיפין בהפליה שבהם הכלל היעיל יהא כרוך בפיצוי כספי כה גדול לנפגעים עד כי יהיה מוטב לסטות מן הכלל היעיל כדי לקדם צדק חלוקתי, ולא לדבוק בו ולעשות שימוש במערכת המס ותשלומי ההעברה כדי לתקן את הנזק החלוקתי שהכלל היעיל יוצר.²² חמישית, מסיבות של פסיכולוגיה קוגניטיבית, הפרטים עשויים שלא לראות בכלל משפטי המקדם צדק חלוקתי משום "מס" המוטל על הכנסתם.²³

על אף הקשיים הרבים בטיעון, שחלקם צוין לעיל,²⁴ אפשר בכל זאת לטעון שבדרך כלל הוא יהיה נכון. משמע, בדרך כלל השימוש בכללים משפטיים כדי לקדם צדק חלוקתי יהא בלתי ראוי. הסיבות השכיחות לשימוש מוטעה בכללים משפטיים כדי לקדם צדק חלוקתי הן אי-המודעות ליכולת לגלגל את עלות הכלל אל מישו אחר, שהוא לעתים קרובות מי שאמור ליהנות מן הכלל. כללים משפטיים מהסוג שבו דנים קפלו ושוול, כמו למשל קביעת פיצוי נזיקין על פי היחס בין הכנסותיהם של הניזוק והמזיק, אינם שכיחים במציאות, אולם אם הם קיימים, הרי שבדרך כלל הם יהיו חשופים לביקורת של קפלו ושוול בדבר יצירתו של עיוות כפול.

לבסוף אציין כי הסיבה לאזכורים הרבים של מאמרם של קפלו ושוול היא שהוא מעין הצדקה להתמקדות של אנשי המשפט בהיבטים של יעילות בלבד בבצעם ניתוח כלכלי של הדין. אנשי משפט וכלכלה המנתחים כלל משפטי מהיבטי יעילות בלבד נוטים להוסיף בהערת שוליים שהם אינם עוסקים בהיבטי צדק חלוקתי מאחר שצדק חלוקתי ראוי לקדם

20 שם, בעמ' 9. קידומו של צדק חלוקתי מוזיל את הפנאי בין שקידום הצדק החלוקתי נעשה באמצעות מס הכנסה ובין שהוא נעשה באמצעות כלל משפטי. הטענה בטקסט היא שייתכן כלל משפטי שמחד גיסא יקדם צדק חלוקתי (ובכך יוזיל את הפנאי, כמו מס הכנסה) ומאידך גיסא יעלה את מחיר הפנאי בשל אופיו המסוים.

21 שם, בעמ' 11-14.

22 שם, בעמ' 14-21.

23 ראו Christine Jolls, *Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules*, 51 VAND. L. REV. 1653 (1998).

24 לביקורת נוספת ראו: Chris Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, 86 CORNELL L. REV. 1003 (2001); Ronen Avraham, Kyle Logue, *Redistributing Optimally: Of Tax Rules, Legal Rules, and Insurance* 56 TAX L. REV. 157 (2003).

אך ורק באמצעות מערכת המס ותשלומי ההעברה, ומפנים למאמרו של קפלו ושוול. ראוי לשים לב שההסתמכות על מאמרו של קפלו ושוול כהצדקה להתמקדות בהיבטי יעילות בלבד של כללים משפטיים אינה במקומה. גם אם נקבל את הטענה שאין להשתמש בכללים משפטיים כדי לקדם צדק חלוקתי, עדיין יש לכלל המשפטי היעיל השלכות חלוקתיות שחייבים לאמוד אותן כדי לטפל בהן באמצעות מערכת המס. מכאן שניתוח מלא של הכלל המשפטי חייב לכלול לא רק היבטי יעילות אלא גם היבטים חלוקתיים. הצדקה אפשרית להתמקדותם של הכותבים בתחום בהיבטי היעילות של הכלל המשפטי שאותו הם מנתחים, או מציעים, היא פרקטית. אי אפשר למצות את הנושא מכל ההיבטים האפשריים בכל מאמר. בהחלט ייתכן שמאמר יתרום תובנות בתחום היעילות הכלכלית של כלל משפטי מבלי להתייחס להיבטים חלוקתיים. אלה ייבחנו על ידי אחרים, אם הכלל המשפטי שבו עוסק המאמר יישקל ברצינות על ידי קובעי המדיניות. פרט להיבטים חלוקתיים קיימים היבטים חשובים נוספים, כגון שיקולי היתכנות פוליטית, שאין בהכרח לצפות שינותחו כולם במאמר אחד.

ה. שיעור מס שולי מול ממוצע (אפקטיבי)

ברוב מדינות העולם, וישראל בכללן, מס ההכנסה הוא לא-לינארי בעל שיעורי מס שולים. ²⁵ הדבר נועד לקדם צדק חלוקתי באמצעות מבנה מערכת המס עצמו נוסף על קידום הצדק החלוקתי הנעשה באמצעות השימוש בכספי המס שנגבה. לא זו בלבד שהנישום משלם סכום גדול יותר כמס עם הגידול בהכנסתו, שכן זה היה המצב גם אם שיעור המס היה קבוע או אפילו יורד, אלא ששיעור המס השולי גדל גם הוא. הצדקה שכיחה למבנה שכזה היא הטענה כי מס הכנסה מוטל על פי היכולת לשלם ולאור עקרון ההקרבה השווה שטבע ג'ון סטיוארט מיל.²⁶ על פי עיקרון זה, יש להטיל את המס באופן המשווה את מידת אבדן התועלת (ההקרבה) הכרוכה בתשלום המס. אם נניח שעשיר הוא מי שיש ברשותו 1,000 שקלים ואילו עני הוא מי שיש לו רק 100 שקלים, אזי

25 ראו סעיף 121 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן – הפקודה או פקודת מס הכנסה). מס בשיעור קבוע, לדוגמה 25%, מכונה מס לינארי כי זהו ביטוי הגרפי. מבנה שבו שיעורי מס שולי משתנים מכונה מס לא-לינארי.

26 ראו JOHN STUART MILL, PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY WITH SOME OF THEIR APPLICATIONS TO SOCIAL PHILOSOPHY (1909). הצדקה שכיחה אחרת היא שרק מיסוי פרוגרסיבי מצמצם את אי-השוויון במשק כפי שהוא נמדד למשל על ידי עקומת לורנס. צורת העקומה לא הייתה משתנה אילו היה המס פרופורציונלי. זהו טיעון דאונטולוגי הרואה בעצם השוויון "ערך", בלי קשר לשאלת ההקרבה.

אם נטיל מס קבוע, בשיעור של 10%, ישלם העשיר 100 שקלים, ואילו העני ישלם רק עשרה שקלים. משמע, העשיר ישלם מס פי עשרה מהעני. בהנחה שהתועלת השולית מכסף פוחתת, מידת ההקרבה שכרוכה בתשלום 100 שקלים על ידי העשיר קטנה מההקרבה שכרוכה בתשלום עשרה שקלים על ידי העני. זאת כיוון שהעני זקוק לכסף לשם סיפוק צרכים בסיסיים, ולעומתו העשיר זקוק לו לצורכי מימון מוצרי מותרות בהווה או חיסכון לשם צריכת מותרות בעתיד. מטעם זה מטילה מערכת המס שיעורי מס שולי עולים, כדי שעשירים ישלמו לא רק יותר מס בשקלים אלא גם שיעור הולך ועולה עם הכנסתם כדי שאבדן התועלת שיחוו בתשלום המס תהא דומה לזו שיחוו העניים מהם. להמחשה נניח כי לראובן הכנסה שנתית של 500,000 ש"ח וכי הוא הוציא 270,000 בייצור ההכנסה. מכאן שהכנסתו החייבת במס הכנסה היא 230,000 ש"ח. נניח, לשם הפשטות, שמבנה מדרגות המס הוא המבנה הזה:

שיעור מס שולי	הכנסה
10%	100,000-0
20%	200,000-100,002
30%	300,000-200,001
40%	300,001 ואילך

הסכומים ושיעורי המס אינם זהים לאלה הנקובים בפקודת מס ההכנסה, אבל עקרונות מבנה טבלת שיעורי המס זהים למבנה שיעורי המס במציאות. ראובן ישלם 10,000 ש"ח על מאה אלף השקלים הראשונים, 20,000 ש"ח על מאה אלף השקלים הבאים, ועל יתרת שלושים אלף השקלים הוא ישלם 9,000 ש"ח מס. סך כל המס שישלם יעמוד על 39,000 ש"ח.

חשוב לשים לב ששיעור המס השולי שלו הוא 30%, שכן זהו שיעור המס ששילם על השקל האחרון שהרוויח, וזהו שיעור המס שישלם על השקל הבא שירוויח. שיעור המס השולי יהיה רלוונטי בהחלטתו של ראובן אם לעבוד שעה נוספת או לקחת על עצמו משרה נוספת. מכל שקל הכנסה נוספת מתוך 70,000 השקלים הנוספים שירוויח הוא ישמור לעצמו רק 70 אגורות. אם ירוויח יותר מ-70,000 ש"ח נוספים, יוכל לשמור מכל שקל נוסף (שמעבר לשבעים אלף השקלים הנוספים) רק 60 אגורות. המס הממוצע (אפקטיבי) של ראובן הוא 39,000/230,000, כלומר 17%. זהו השיעור (האחוז) מתוך סך הכנסתו שהוא משלם כמס.

המס השולי הוא שיוצר את העיוות, שכן הוא שמקטין את מחירו היחסי של הפנאי.²⁷ המס הממוצע מקטין את הכנסתו של הנישום אך עושה זאת באופן שאינו שונה ממס גולגולת. כל מס היה מקטין את הכנסתו של הנישום.²⁸ המס הממוצע קובע את שיעור הכנסות המדינה ממסים. ככל שהמס הממוצע גבוה יותר, כך רבה יותר הכנסת המדינה ממסים, וכספים אלה משמשים אותה בין היתר בביצוע תשלומי העברה. מכאן שכדי לקדם צדק חלוקתי במינימום עלות במחירי יעילות, היינו להשיא את פונקציית הרווחה החברתית, מערכת המס ותשלומי ההעברה צריכה להיות מעוצבת באופן השואף להביא למינימום את המס השולי, המעוות, ולמקסימום את המס הממוצע, תוך הבטחת השתתפות מלאה בשוק העבודה.

אפשר להשיג פרוגרסיביות גם בלא שיעורי מס שולי עולים. הפרוגרסיביות מושגת בכך ששיעור המס הממוצע עולה עם ההכנסה. ככל שהכנסתו של אדם גדולה יותר, כך שיעור סכום המס שהוא משלם גדול מסך הכנסתו. אם נאפשר לכל נישום לנכות מכלל הכנסתו החייבת במס סכום קבוע בשקלים, נשיג פרוגרסיביות גם בלא שיעורי מס שולי עולים. אפשר להצדיק ניכוי שכזה כך: המדינה גובה מכולם מסים, אבל השקלים הראשונים של הכנסה שכל אדם מפיק משמשים אותו לסיפוק צרכים כה בסיסיים שאין לצפות ממנו לחלוק בהם עם החברה, ולכן יש לפטרם ממס.

נניח לדוגמה שכל תושב ישראל יכול לנכות 60,000 ש"ח לצורכי חישוב הכנסתו השנתית החייבת במס הכנסה, כלומר 60,000 השקלים הראשונים יהיו פטורים ממס. כמו כן נניח ששיעור מס ההכנסה הוא 30%, כלומר המס הוא קבוע ולא בעל מבנה של שיעורי מס שולי עולים. לכאורה שיעור מס קבוע אינו מקדם פרוגרסיביות, אך כפי שנראה בדוגמה להלן, הניכוי הקבוע בשקלים הופך את מבנה מערכת המס לפרוגרסיבי. נישומים שהכנסתם היא עד 60,000 ש"ח בשנה אינם משלמים מס כלל. נישומים שהכנסתם גבוהה מסכום זה משלמים מס בשיעור של 30% על הכנסתם שמעבר ל-60,000 ש"ח. להלן נבחן שלושה נישומים, בעלי רמות הכנסה שנתית שונות:

הכנסה	סכום מס בש"ח	שיעור מס ממוצע	שיעור מס שולי
60,000 ש"ח	0	0%	30%
120,000 ש"ח	18,000 ש"ח	15%	30%
360,000 ש"ח	90,000 ש"ח	25%	30%

27 המס השולי יוצר אפקט שנקרא "אפקט התחלופה". הוא מוזיל את מחירו היחסי של הפנאי לעומת כל שאר מוצרי הצריכה (שרכישתם מתאפשרת באמצעות ההכנסה לאחר מס המופקת בעבודה).

28 ההשפעה על התנהגותו של אדם משינוי הכנסתו נקראת "אפקט ההכנסה".

אנו רואים כי אף על פי ששיעור המס השולי נותר קבוע, שיעור המס הממוצע (האפקטיבי) שנישומים משלמים עולה עם הגידול בהכנסתם, או במילים אחרות: ככל שהכנסתו של הנישום גבוהה יותר, כך הוא משלם שיעור (אחוז) גדול יותר מהכנסתו כמס. וזה כמובן מקדם צדק חלוקתי.

ההסבר האינטואיטיבי לכך הוא שחשיבותו של סכום קבוע בשקלים, 60,000 ש"ח בדוגמה לעיל, רבה למי שהכנסתו נמוכה יותר מאשר למי שהכנסתו גבוהה. הסכום הקבוע בשקלים הוא חלק גדול יחסית מהכנסה נמוכה יותר מאשר מהכנסה גבוהה.

1. הצורך בראייה משולבת של מס ורווחה

למעשה, צדק חלוקתי מקודם בעיקר באמצעות השימוש בכספי המסים ולא באמצעות מבנה שיעורי המס. אפשר לבטא את שווי כלל שירותי הרווחה שלהם זכאי כל תושב כסכום קבוע. הדבר היה מתאר נכונה את ישראל אם מערכת הרווחה בישראל הייתה אוניברסלית לחלוטין, כלומר כל תושב היה מקבל למשל סכום כסף או הטבה שווי כסף בלא כל תלות בהכנסתו. במציאות חלק מהרווחה היא אוניברסלית, למשל קצבאות הילדים, וחלק מותנית בעמידה במבחני הכנסה (סלקטיבית). נניח לצורך הדוגמה שיש לנו מערכת אוניברסלית לחלוטין, וכי כל תושב מקבל 24,000 ש"ח לשנה, פטורים ממס, שאמורים להבטיח מינימום קיום בכבוד לכל תושב.²⁹ כיוון שהמענק פטור ממס הוא מענק כספי למי שחבות המס שלו נמוכה מסכום זה, וזיכוי מס למי שחבות המס שלו גבוהה ממנו. זיכוי זה ידוע בספרות כ"דמוגרנט". כמו כן נניח ששיעור המס הוא קבוע, 30%, כדי להמחיש שמרכיב הצדק החלוקתי לא נעשה באמצעות מערכת המס.

29 באופן מדויק יותר היה ראוי להעניק את תשלום ההעברה למשקי בית כאשר גודל התשלום מחושב על פי מספר הנפשות הסטנדרטיות בכל משק בית, מאחר שלניהול משק בית משותף יש יתרונות רבים לגודל. כך למשל בישול ארוחה לכמה בני אדם זולה (לנפש) מבישול לאדם אחד. החיסכון בתחום הדיור רב אף יותר. מכאן שהעלות השולית לכל נפש נוספת (לרוב ילד) היא פוחתת, ולכן כשמודדים את הכנסת משק הבית לנפש, יש לחלק את הכנסת משק הבית במספר הנפשות הסטנדרטיות שהוא נמוך ממספר הנפשות במציאות. מכאן שתשלום ההעברה צריך להיות משולם למשקי בית ולא ליחידים תוך התאמת סכומו לגודל משק הבית על פי מספר הנפשות הסטנדרטיות בו.

פרק טו : דיני מיסים

הכנסה	מס הכנסה	דמוגרנט	שיעור מס אפקטיבי	שיעור מס שולי
0	0	24,000 ש"ח	-	30%
24,000	7,200	24,000 ש"ח	30-70%	30%
80,000	24,000	24,000 ש"ח	0%	30%
120,000	36,000	24,000 ש"ח	10%	30%
360,000	108,000	24,000 ש"ח	23%	30%

הטבלה ממחישה כי ככל שהכנסתו של תושב גדלה, כך ההשפעה של מענק פטור ממס (זיכוי) על חבות המס האפקטיבית שלו הולכת וקטנה. שיעור המס האפקטיבי של תושב שהכנסתו היא 600,000 ש"ח הוא 26%, ומי שהכנסתו גבוהה עוד יותר ישלם מס אפקטיבי בשיעור קרוב מאוד לשיעור המס השולי הקבוע. את מידת הפרוגרסיביות, היינו את קצב הגידול של שיעור המס האפקטיבי, אפשר לקבוע על ידי סכום תשלום ההעברה ועל ידי שיעור המס השולי הנדרש כדי לממן את תשלומי ההעברה. כאמור לעיל, הצדק החלוקתי מושג בכך שככל שהכנסתו של התושב גדלה כך גדלה גם המידה שבה הוא משתתף במימון תשלומי ההעברה, שכאמור ניתנים בסכום שווה לכול.³¹

מערכת רווחה אוניברסלית כדוגמת זו שהוצגה בדוגמה לעיל משפיעה רק על שיעור המס הממוצע. מערכת רווחה המושתתת על מבחני הכנסה משפיעה גם על המס השולי. הבנתה והפנמתה של עובדה זו חשובה מאוד למעצב המדיניות, מאחר שהמס השולי משפיע על החלטות הפרטים אם לעבוד שעה נוספת או לא, היינו מעוות את הבחירה בין פנאי לעבודה.

מבחני הכנסה שכיחים מאוד במערכות רווחה לרבות במערכת הישראלית. הגיונם הוא פשוט. מעצב המדיניות רוצה למקד את תשלומי ההעברה – בכסף או בעין – בנוזקים, ולכן הוא מגביל את ההעברה רק למי שהכנסתו אינה עולה על סף מסוים. ההתמקדות משיגה לכאורה שתי מטרות המקדמות צדק חלוקתי: (1) בהנחה שתקציב הרווחה הוא נתון, הגבלת

30 מי שהכנסתו השנתית היא 24,000 ש"ח חייב 7,200 ש"ח מס הכנסה, ומקבל מהמדינה מענק פטור ממס בסך 24,000 ש"ח. המענק מקזז את החבות במס ולכן מהווה בחלקו זיכוי מס ובחלקו מענק. התוצאה של השניים היא שמערכת המס ותשלומי ההעברה מעבירה סכום של 16,800 ש"ח מאוצר המדינה אל הפרט. 16,800/24,000 הם 70%. כיון שמדובר בהעברה מהמדינה לנישום, הרי שמדובר במס שלילי ולכן הוא מופיע בטבלה בסימן מינוס.

31 אנשים עשויים להתקומם נגד מתן תשלומי העברה זהים לעניים ועשירים. מערכת אוניברסלית שמחלקת לעשירים כסף או שווה כסף בדיוק באותו סכום, או שווי שוק אם מדובר בשווה כסף, כפי שהיא מחלקת לעניים עלולה להיתפס בעיני רבים כרגרסיבית ואפילו כשערווריית. העובדה שמימון תשלומי העברה נעשה על פי הכנסה, ולכן העשירים הם שממנים חלק ניכר מתשלומי ההעברה לכולם, נעלמת מעיני מרבית הצבור.

ההעברות לנזקקים בלבד תגדיל את ההעברה לכל נזקק ונזקק; (2) אם ניתן העברות רק לנזקקים ולא ניתן למי שאינו נזקק, נקטין את אי-השוויון בהכנסות בין נזקקים ללא נזקקים. הבעיה היא שהניתוח הזה אינו מדויק. אין סיבה לראות בתקציב הרווחה נתון במנותק ממערכת המס. מעצב המדיניות אחראי הן לעיצוב מערכת המס והן לעיצוב מערכת הרווחה, וכיוון שרווחה אינה אלא מס שלילי, מעצב המדיניות אמור לקבוע את מבנה המס ותשלומי ההעברה באופן שישא את פונקציית המטרה החברתית. המבנה האופטימלי יושג באמצעות מבנה שיעורי מס שולי מסוים שנוצר הן על ידי מערכת המס והן על ידי מבחני הכנסה במערכת הרווחה, אם קיימים כאלה. ההתמקדות בהגבלת ההטבות לנזקקים מסיטה את תשומת הלב משיעורי המס השולי ומונעת עיצוב מדיניות המביא בחשבון את הגורמים החשובים.

לדוגמה, אם מעצב המדיניות שואף להעניק תשלום העברה בסך 1,000 ש"ח לכל מי שהכנסתו נמוכה מסף מסוים, נניח 1,200 ש"ח בחודש, הוא יכול לקבוע שמי שהכנסתו גבוהה מ-1,200 ש"ח בחודש לא יהא זכאי לתשלום ההעברה. משמעות קביעה זו היא הטלת מס שולי בשיעור גבוה בהרבה מ-100% על מי שהכנסתו היא 1,200 ש"ח. תוספת הכנסה מעבודה של שקל אחד תביא לאבדן הכנסה של 1,000 ש"ח. למעשה, מי שהכנסתו היא בדיוק 1,200 ש"ח לחודש, ייטיב לעשות אם לא יגדיל את הכנסותיו מעבודה (שכן הדבר יבוא במחיר אבדן פנאי) אלא אם ירוויח יותר מ-1,000 ש"ח, כלומר יגיע למצב שבו סך הכנסתו החודשית תהא 2,200 ש"ח או יותר. מי שאינו מסוגל להגדיל באופן דרמטי שכזה את הכנסותיו (בנתוני הדוגמה מדובר בגידול של 83% מהכנסותיו) יתומרץ על ידי מבחן ההכנסה שלא להגדיל את הכנסותיו מעבודה או לעבוד מבלי לדווח על ההכנסה. אם מעצב המדיניות מבקש להבטיח באמצעות מערכת הרווחה כי לרשות כל תושבי ישראל יעמוד סכום כסף (או יעמדו שירותים שווי כסף) שיאפשר להם מינימום קיום בכבוד, וברצונו לעשות זאת בתקציב מינימלי, הוא עשוי לקבוע את כלל ההעברה הזו: נניח ש-2,000 ש"ח לחודש הם הסכום שבו מדובר. מי שאין לו הכנסה כלל יקבל מהמדינה 2,000 ש"ח. מי שיש לו הכנסה הנמוכה מ-2,000 ש"ח יקבל מהמדינה השלמה עד לסכום של 2,000 ש"ח, למשל: מי שיש לו 500 ש"ח הכנסה מעבודה יקבל מהמדינה 1,500 ש"ח, ומי שהכנסתו מעבודה היא 1,900 ש"ח יקבל מהמדינה 100 ש"ח כדי שיעמוד לרשותו הסכום שמעצב המדיניות סבור שהוא הסכום הנדרש לצורך מינימום קיום בכבוד. מדובר במנגנון המביא לכאורה למינימום את הסכום שנדרשת המדינה לשלם כתשלומי העברה כדי להשיג את היעד שהציבה לעצמה. הבעיה היא שמנגנון זה מטיל שיעור מס שולי של 100% על כל מי שהכנסותיו מעבודה הן בין 0 ל-2,000 ש"ח. לדוגמה, מי שהכנסתו היא 1,000 ש"ח ושוקל להגדיל את היצע העבודה שלו ולהרוויח 700 ש"ח נוספים, לא יעשה זאת, מכיוון שמכל שקל נוסף שירוויח יזכה לשמור לעצמו אפס אגורות. כל שקל שירוויח בעבודה יילקח ממנו על ידי המדינה בהקטנת תשלום ההעברה שלו והוא

זכאי. גם אם נניח שפקודת מס הכנסה, ביטוח לאומי ומס בריאות אינם חלים על ההכנסה, מנגנון מבחן ההכנסה מטיל עליו מס הכנסה בשיעור של 100%. מעצב המדיניות מודע לכך לעתים וקובע מבחן הכנסות המקטין את מידת ההטבה באופן הדרגתי (phase out), על פני טווח הכנסה מסוים שמעבר לסף הקובע. סכום ההטבה מגיע לאפס, היינו הזכאות להטבה נשללת לחלוטין רק כאשר מגיעה הכנסתו של מי שהיה זכאי להטבה לרמת הכנסה שהיא גבוהה בהרבה מסף ההכנסה שבו החל סכום ההטבה להישחק. במקרה זה שיעור המס השולי החל על מקבל ההטבה, שהכנסתו עוברת את סף מבחן ההכנסה, קטן מ-100% ותלוי בקצב שבו מצומצמת ההטבה ביחס לגידול בהכנסתו. עדיין מדובר בשיעורי מס שולי גבוהים בהרבה משיעור המס השולי הגבוה ביותר המוטל על פי פקודת מס הכנסה.

נוסף על מבחני ההכנסה המטילים כאמור לעיל מס שולי גבוה מאוד על הכנסות נמוכות, מטילה המדינה גם מס על הכנסה שברמות ההכנסה הנמוכות נובע בעיקר ממס ביטוח לאומי ומס בריאות. מס זה מעלה את שיעור המס השולי על הכנסות, לרבות על הכנסות נמוכות. מערכת רווחה עם מבחני הכנסה (מערכת סלקטיבית), הנוספת על מערכת מס הכנסה עם שיעורי מס עולים, עשויה להשיג את התוצאה של שיעורי מס שולי יורדים בטווח ההכנסות הנמוכות. נמחיש זאת באמצעות הדוגמה הבאה: להלן מערכת מס הכנסה שבה שיעורי מס שולי עולים, בדומה לסעיף 121 לפקודת מס הכנסה, וברוח שיעורי המס השולי העולים המוטלים על הכנסה מכוח חוק ביטוח לאומי ומס בריאות (עד לתקרה).

שיעור מס שולי	הכנסה
10%	24,000-0
20%	48,000-24,001
30%	300,000-48,001
40%	300,001 ואילך

על מערכת מס הכנסה פשוטה זו נוסף מערכת רווחה סלקטיבית. נניח שכל מי שהכנסתו מתחת ל-2,000 ש"ח בחודש, שהם 24,000 ש"ח בשנה, מקבל הטבה בסך 1,000 ש"ח לחודש, שהם 12,000 ש"ח בשנה. נניח גם שכדי להגביל את הקצבה לעניים בלבד, אך מתוך מודעות לבעייתיות שביצירת 100% מס שולי, כל שקל הכנסה מעל ל-2,000 ש"ח לחודש, או 24,000 ש"ח לשנה, מפחית את הזכאות לקצבה ב-50% אגורות. כאמור לעיל, הדבר שקול לשיעור מס שולי של 50% על הכנסות שנמצאות בטווח המושפע ממבחן ההכנסות. הטווח

הרלוונטי הוא בין 2,000 ש"ח לחודש ל-4,000 ש"ח, ³² שהם 24,000 ש"ח עד 48,000 ש"ח לשנה.

מדרגות המס השוליים של מערכת המס ותשלומי ההעברה (רווחה) שתוארה לעיל הן:

שיעור מס שולי	הכנסה
0%	24,000-0
70%	48,000-24,001
30%	300,000-48,001
40%	300,001 ואילך

הדוגמה ממחישה כי מבחני ההכנסות הנוהגים בשיטה הסלקטיבית קובעים שיעורי מס שוליים גבוהים ביותר על הכנסותיהם של פרטים שהכנסתם חוצה את סף ההכנסה הקובע את הזכאות לשירותי הרווחה. אם ניקח את סך כל שירותי הרווחה הסלקטיביים ונשרטט את מבנה שיעורי המס השוליים החל על הכנסות תושבי המדינה, בהביאנו בחשבון לא רק את שיעורי המס הפרוגרסיביים הקבועים בפקודת מס הכנסה, ביטוח לאומי ומס בריאות אלא גם את שיעורי המס השוליים הנקבעים על ידי מבחני ההכנסות הנהוגים בחלק גדול משירותי הרווחה, נקבל תמונה מפתיעה למדי של שיעורי מס. בניגוד לדעה הרווחת בציבור, שיעורי המס השוליים האמתיים אינם עולים עם גידול ההכנסה אלא מגיעים לשיעורי מס שוליים גבוהים מאוד בהכנסות שעוברות את הסף שנקבע במבחני ההכנסה של מערכת הרווחה ויורדים בהכנסות גבוהות יותר כאשר האפקט הכלכלי של אבדן הזכאות נעלם עם הגידול בהכנסות. מכאן שמבנה מערכת המס ותשלומי ההעברה בישראל, כמו גם מבנה המערכת בכל אותן מדינות רבות שבהן מונהגת מערכת רווחה סלקטיבית, מטיל שיעורי מס שוליים גבוהים על הכנסות נמוכות יותר מאשר על הכנסות גבוהות.

דומני כי מדובר בתופעה שאינה תוצאת מדיניות מתוכננת. לשיעורי המס השוליים הגבוהים יש השפעה על בעלי ההכנסות הנמוכות החשופים להם. אי אפשר להעלות את הטענה שלפיה ראייה במבחני ההכנסה "מס הכנסה שוליים" אינה אינטואיטיבית, ולכן ייתכן שהאנשים עצמם אינם מודעים לכך. הסיבה לכך שוודאי שהם מודעים למס השוליים הגבוה היא שהם באמת ובתמים נזקקים לכסף. לכן כאשר אנשים שהכנסותיהם נמוכות שוקלים לעבוד שעה נוספת או לקבל על עצמם משרה חלקית נוספת, הם שוקלים כמה כסף יוותר בידיהם בעקבות זאת, ולכן אם הגידול בהכנסה מעבודה מביא לקיטון בתשלום ההעברה, הם יהיו מודעים לכך, והמודעות תחליש את תמריציהם לעבוד או לדווח.

$$.X = 4,000 ; 0.5 (X - 2,000) = 1,000 \quad 32$$

מהניתוח שנעשה עד כה עשוי להשתמע שהמערכת האופטימלית תהיה שילוב של מס הכנסה עם מערכת רווחה אוניברסלית, כלומר מערכת שלפיה כל תושבי המדינה מקבלים את אותה ההטבה בדיוק בלא כל מבחני הכנסה, ובכך אנו נמנעים מהטלת מס שולי גבוה על הכנסות נמוכות. כפי שראינו, אפשר לקדם צדק חלוקתי באמצעות מערכת רווחה אוניברסלית המספקת מענק בסכום קבוע (דמוגרנט) ושיעור מס שולי קבוע. שיעור מס שולי קבוע עשוי להיות יעיל יותר ממבנה מס הכנסה עם שיעורי מס שולי עולים. אולם המבנה האופטימלי של שיעורי המס ייגזר מהנחותינו באשר לגמישות היצע העבודה ביחס למס של הפרטים ברמות ההכנסה השונות.

הכלכלן ג'יימס מירליס, חתן פרס נובל, כתב עבודה פורצת דרך בשנת 1971,³³ ובה הראה כיצד אפשר להשיא פונקציית רווחה חברתית באמצעות מערכת מס ותשלומי העברה אוניברסלית (דמוגרנט) עם מס הכנסה לא לינארי, כלומר עם מס שולי משתנה.

על פי המודל של מירליס, שיעור המס השולי הגבוה ביותר מוטל דווקא על פרטים בעלי הכנסה נמוכה. הסיבה לתוצאה המפתיעה שלפיה יהא אופטימלי (כדי להשיא את פונקציית הרווחה החברתית, כלומר כדי לקדם צדק חלוקתי) להטיל שיעורי מס שולי גבוהים דווקא על הכנסות נמוכות היא הצורך למנוע התחזות של בעלי יכולת השתכרות גבוהה כבעלי יכולת נמוכה. בעל יכולת השתכרות גבוהה יכול להתחזות לבעל יכולת נמוכה בכך שיעבוד מעט שעות או לא יתאמץ בעבודה (או ברכישת השכלה תעסוקתית). על פי המערכת שהציע מירליס, בעלי היכולת הנמוכה יעבדו פחות שעות מכפי שהיו עובדים בעולם ללא מסים או בעולם שבו מערכת מס לינארית המממנת תשלומי העברה אוניברסליים. אולם הם ייהנו מרווחה גבוהה מזו שבמערכת מס לינארית. הסיבה לכך היא שהם ייהנו מיותר פנאי, ותשלום ההעברה שיקבלו יהא גדול יותר, מאחר שבעלי הכנסות הגבוהות יעבדו שעות רבות יותר מאשר במערכת מס לינארית בזכות שיעור המס השולי הנמוך יחסית המוטל עליהם. הפרוגרסיביות נשמרת, שכן בעלי היכולת הגבוהה יעבדו יותר וישלמו יותר מס ממוצע.

חשוב לשים לב לעובדה שלפי המודל של מירליס, כולם, זאת אומרת גם בעלי הכנסות הגבוהות, משלמים מס בשיעור גבוה על הכנסותיהם הנמוכות. אשר לבעלי הכנסות הגבוהות, אין מדובר במס שולי כיוון שהם ממשיכים לעבוד ולהפיק הכנסות החשופות למס שולי נמוך יותר, ולכן שיעורי המס הגבוהים על הכנסות נמוכות אינם מעוותים את החלטתם לעבוד.

33 ראו James Mirrlees, *An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation*, 38 REV. OF Econ. STUD. 135 (1971).

האינטואיציה לתוצאה היא שכיוון שאנו מניחים שכל האנשים נהנים מפנאי במידה שווה, וכי בעלי יכולת גבוהה מפיקים הכנסה במחיר של ויתור קטן יותר על פנאי לעומת בעלי יכולת נמוכה, מערכת אופטימלית תגרום לבעלי יכולת גבוהה לעבוד שעות רבות מאלה שיעבדו בעלי יכולת נמוכה ולהעביר להם חלק מהכנסתם. דרך נוספת להסביר את האינטואיציה של התוצאה היא שהמס השולי, ולא המס האפקטיבי, הוא שיוצר עיוותים. המס הממוצע הוא שרלוונטי לצורך גיוס הכסף הנדרש לתשלומי ההעברה שהם שיוצרים את הפרוגרסיביות. ככל שהמס הממוצע גבוה יותר, כספי מסים רבים יותר נכנסים לקופת אוצר המדינה ומשמשים למימון תשלומי העברה. מכאן שמערכת אופטימלית תשאף להעלות את סך גביית המסים אך להקטין את המס השולי. אם המס השולי הגבוה ביותר מוטל כבר ברמות הכנסה נמוכות, הכנסותיהם של אנשים רבים יותר תהיינה חשופות לשיעורי מס שולי נמוכים. המס הממוצע יהיה גבוה, אך המס השולי, שהוא כאמור הגורם לעיוות, יהיה נמוך אצל חלק גדול (או אף מרבית) מהאנשים.

מאז שנת 1971 נכתבו עבודות רבות שהסתמכו על המודל של מירליס או ביקרו אותו. רבות מהן חלקו על הנחות שונות במודל שלו, כגון יחס (גמישות) התחלופה שהניח בין פנאי לצריכה,³⁴ ראיית היחיד ולא המשפחה כיחידת המס הרלוונטית,³⁵ אי-ההתייחסות לחשיבות שמייחסים אנשים למצבם הכלכלי היחסי ולא רק המוחלט³⁶ ועוד. אולם התוצאה של מירליס, שלפיה יש להטיל שיעור מס שולי גבוה על הכנסות נמוכות, נותרה עומדת בעינה.³⁷

מירליס הניח תעסוקה מלאה. בעשותו כן, התמקד רק בבעיית ההתחזות שניתחנו לעיל, שלפיה בעלי יכולת גבוהה מתחזים לבעלי יכולת נמוכה בכך שאינם מרוויחים הכנסה גבוהה, אך התעלם מבעיית ההתחזות שקיימת גם בכניסה לשוק העבודה. בעלי יכולת

34 ראו למשל, Matti Tuomala, *On the Optimal Income Taxation: Some Further Numerical Results*, 23 J. PUB. ECON. 351, 359 (1984).

35 ראו Michael Boskin, Eitan Sheshinski, *Optimal Tax Treatment of the Family: Married Couples*, 20 J. PUB. ECON. 281 (1983).

36 ראו Martin Feldstein, *On the Theory of Tax Reform* 6 J. OF PUB. ECON. 7 (1976).

37 תוצאה לא אינטואיטיבית נוספת של המודל, שהובנה לאחר זמן, היא שבהנחות מסוימות שיעור המס השולי על ההכנסה הגבוהה ביותר במשק צריך להיות אפס, מאחר שאם עקב הפחתת המס יעבוד מפיק ההכנסה יותר, הרי שהוא יפיק תועלת נוספת (שהיא חלק מהתועלת החברתית) מבלי שהדבר יפחית את סך הכנסות המדינה ממסים, שכן שילם מסים על הכנסתו עד לנקודה זו. כמו כן עצם קיומו של שיעור מס אפס ברמת הכנסה גבוהה עשוי לתמרץ נישומים נוספים לעבוד ולהפיק הכנסה נוספת (עליה ישלמו מס) כדי להגיע אל שיעור המס השולי הנכסף. ראו Efraim Sadka, *On Income Distribution, Incentive Effects and Optimal Income Taxation*, 43 REVIEW OF ECONOMIC STUDIES 261

מתחזים לחסרי יכולת מתוך רצון לקבל תשלומי העברה בלא לעבוד. המדינה מתמודדת עם כך באמצעות דרישות עבודה.³⁸ אולם קשה מאוד למנוע התחזות כאשר תשלומי ההעברה הניתנים לחסרי היכולת לעבוד הם גבוהים במידה המספקת לצורכי קיומם הכלכלי בכבוד. התמודדות עם בעיית ההתחזות במקרה זה עשויה להיות חשובה גם משיקולים פטרנליסטיים ומשיקולים של החצנות חיוביות. המתחזים אינם בהכרח מודעים למידה שבה הם מפיקים תועלת מעצם שייכותם לשוק העבודה. מקום העבודה הוא על פי רוב גם מסגרת חברתית שבה הפרט תורם לחברה, ומי שאינו עובד עלול לסבול מתחושה של הדרה. כמו כן במסגרת שיקולי הרווחה החברתית עלינו להביא בחשבון גם את ההשפעה שיש למערכת שכזו על ילדיהם של אותם אנשים שאינם עובדים ומתקיימים מתשלומי העברה בלבד. הדוגמה האישית שהם רואים בביתם עשויה לפגוע בסיכוייהם להשתלב בעתיד בשוק העבודה.

דרישות עבודה הן "מקל", וקיימות מדינות המוסיפות למקל זה גם "גזר" בדמות מתן סובסידיה למשתכרים שכר נמוך. גם רגולציה של השכר, כגון חוק שכר מינימום, מסייעת בידי עניים שהם עובדים, אולם התוצאות הכלכליות שלה שונות משל סובסידיה לשכר. ההבדל המרכזי הוא שחקיקת שכר מינימום מהווה רגולציה של המעביד, דהיינו מטילה עליו חבות (מעין מס) שמעלה את עלויות השכר ועלולה לגרום לאבטלה. הסובסידיה לשכר, לעומתה, משולמת מכספי משלם המסים. ההטבה מתחלקת בין מעבידים לעובדים על פי הגמישות היחסית של ההיצע והביקוש לעבודה, שכן המעביד יכול להקטין את השכר שהוא מציע לעובד. בעתות אבטלה גם אם המעביד נהנה מחלק נכבד מן ההטבה, עדיין יש בכך כדי לסייע לציבור העובדים, שכן ההטבה מוזילה את עלות ההעסקה, ולכן עשויה לצמצם את האבטלה.

מדובר בתשלום העברה שונה מזה שנדון עד כה במאמר. המקבלים אותו אינם כלל התושבים אלא התושבים העובדים בלבד. המנגנון הידוע ביותר הוא ה- Earned Income Tax Credit (EITC) האמריקאי.³⁹ מנגנון דומה נחקק לאחרונה גם בישראל, וניתן לו השם הלא

38 לתיאור חסמים אישיים ומוסדיים העומדים בפני בלתי מועסקים שמבקשים להשתלב בשוק העבודה בישראל, כפי שאפשר ללמוד ממדגם שנערך בשנת 2000, ראו יהודית קינג "חסמים ומשאבים להשתלבות בתעסוקה אצל מקבלי גמלת הבטחת הכנסה הבלתי מועסקים" ביטחון סוציאלי 9, 66 (2004).

39 ארצות הברית ביצעה רפורמה של מערכת הרווחה שלה בשנת 1996, שהוגדרה כ"מעבר מרווחה לעבודה". באופן כללי הרפורמה נחשבת כיום כהצלחה, המיוחסת בעיקר להגדלת ההסתמכות על מתן תמריצים לנזקקים (בארצות הברית מדובר בעיקר באימהות חד-הוריות) להיכנס לשוק העבודה. התמריץ המרכזי הוא הסובסידיה לשכר. לסקירה ראו Rebecca Blank, *Evaluating Welfare Reform in the United States*, 40 JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE

מדויק "מס הכנסה שלילי".⁴⁰ עובדים המשתכרים שכר נמוך מקבלים מהמדינה תוספת לשכרם. החל משיעור שכר מסוים מתחילה הסובסידיה לקטון בהדרגה עד שהיא מגיעה לאפס. מכאן שבטווח השכר שבו הסובסידיה קטנה יוצר חוק מס הכנסה שלילי שיעור מס שולי גבוה, שכן כל שקל נוסף של הכנסה מעבודה מקטין את הסובסידיה שמקבל העובד. הנהגת סובסידיה לשכר נמוך עשויה לקרב את מערכת המס ותשלומי ההעברה לנקודת האופטימום אם גמישות היצע העבודה של בעלי השכר הנמוך שנמצאים על סף הכניסה לשוק העבודה גדולה ביחס לשכר (המושפע מהמס) מגמישות היצע העבודה של אלו שנמצאים בשוק העבודה ומשתכרים שכר שהוא בתחום אבדן ההטבה או מעט למעלה ממנו.⁴¹ ככל שגמישות היצע העבודה גדולה יותר, כך רבה יותר ההשפעה של שיעור המס על התנהגות הפרטים. אם גמישות ההשתתפות גבוהה, הצעת הסובסידיה תגרום לאנשים שמסוגלים לעבוד אך נמצאים מחוץ לשוק העבודה, דהיינו בעלי יכולת עבודה המתחזים לחסרי יכולת, להיכנס לשוק העבודה. אם גמישות היצע שעות העבודה גבוהה, שלילת הזכאות לסובסידיה החל מרמת הכנסה מסוימת (שלב ה-phase out) תגרום לעובדים להקטין את היצע שעות העבודה כדי ליהנות מהסובסידיה. מידע בנוגע לגמישויות אלו מאפשר למתכנן המדיניות החברתית לעצב את הסובסידיה לשכר באופן אופטימלי הן על ידי קביעה של גודל פער ההכנסות בין מי שעובד לבין מי שאינו עובד, והן על ידי קביעה של הסכום אשר החל ממנו תחל הסובסידיה להישחק, ושל קצב שחיקתה.

מכאן שבהנחות מסוימות באשר לגמישויות היצע העבודה⁴² אפשר לשפר את המודל של מירליס, שאינו מתמודד עם שאלת הכניסה לשוק העבודה בהניחו תעסוקה מלאה, באמצעות הנהגת סובסידיה לשכר ברמות השכר הנמוכות ביותר.⁴³ הדבר גורם שהמס השולי על ההכנסות הנמוכות ביותר יהיה שלילי, אולם המס השולי על הכנסות נמוכות

1105 (2002). See also Robert Moffitt, *The Negative Income Tax and the Evolution of U.S. Welfare Policy*, 17 J. OF ECON. PERSP. 119 (2003).

40 השם "מס הכנסה שלילי" אינו מדויק כי מקובל להשתמש בו לתיאור העברות לכלל האוכלוסייה ולא לעובדים בלבד. סובסידיה לשכר מתארת את החוק טוב יותר.

41 ראו Emanuel Saez, *Optimal Income Transfer Programs: Intensive Versus Extensive Labor Supply Responses*, Q.J.E. 1039 (2002).

42 למחקר הבוחן את הגמישויות הרלוונטיות בשוק העבודה בישראל ראו עדי ברנדר ומישל סטרבצ'ינסקי "תכונות מערכת מס הכנסה שלילי הרצויה בישראל לאור מאפייני היצע העבודה ותחולת העוני של בעלי פוטנציאל הכנסה נמוך" בנק ישראל (2002).

43 אף אם סך היצע שעות העבודה יפחת, שכן פרטים רבים יותר יפחיתו את היצע שעות העבודה שלהם כדי ליהנות מהסובסידיה, מאשר פרטים שלא עבדו קודם לכן יצטרפו לשוק. עדיין ייתכן כי הסובסידיה לשכר תהא ראויה. הדבר אפשרי אם נייחס חשיבות גדולה מספיק לכניסתם של אנשים לשוק העבודה מסיבות של פטרנליזם או החצנות חיוביות שנוכרו לעיל.

שאינן הנמוכות ביותר (שלב אבדן הסובסידיה לשכר) הוא גבוה, ושיעור מס שולי זה פוחת ברמות הכנסה גבוהות.

מערכת המס ותשלומי ההעברה בישראל אינה מבוססת על המודל של מירליס. אין למעצב המדיניות תפיסה מאוחדת של מערכות המס והרווחה, המנוהלות על ידי משרדים ממשלתיים נפרדים, ושיעורי המס השולי נקבעים באופן אקראי ולא מתואם. אחת ממטרותיו של פרק זה היא להביא למודעות את הצורך בראייה משולבת של מערכות המס והרווחה, ובמיוחד את העובדה ששיעורי המס השולי נקבעים לא רק על ידי צד המס של המערכת אלא גם על ידי צד הרווחה, במקרה השכיח שבו הרווחה ניתנת על סמך מבחן הכנסות.

ז. היוון הטבות מס

בפרק זה ברצוני לעסוק בנושא נוסף שבו האינטואיציה מובילה על פי רוב לתוצאה שגויה, ואראה כיצד ניתוח כלכלי עשוי לסייע בהגעה לתוצאה הנכונה.

כשאנחנו מנסים לקבוע מה ערכה של השקעה מסוימת אנחנו לוקחים את זרם ההכנסות הצפוי מההכנסה ומחשבים לו ערך נוכחי, דהיינו מהוונים אותו. לצורך פשטות הדוגמה, אניח כי הנכס שאנו בוחנים הוא איגרת חוב המשלמת סכום שנתי קבוע, נניח 100 ש"ח, לנצח. הדרך לחשב סוג כזה של איגרת חוב הוא לחלק את התשואה בריבית המשמשת אותנו לצורכי היוון. אם נניח שהריבית היא 12%, אזי שווי איגרת חוב המשלמת 100 ש"ח מדי שנה, לנצח, הוא $100/0.12$, שהם 833 ש"ח.⁴⁴

נשאלת השאלה כיצד משפיע מיסוי התשואה על ערך איגרת החוב, כלומר על המחיר שבו היא תונפק. כדי לחדד את התובנה, ומאחר שהדברים נכונים לא רק להשקעה באיגרת חוב אלא לכל הכנסה, נניח שהתשואה על איגרת חוב ממוסה על פי שיעורי המס הפרוגרסיביים שבסעיף 121 לפקודה אף על פי שבמציאות מוטל עליה מס בשיעור קבוע. נשאלת השאלה אם איגרת החוב תהא שווה לנישום ששיעור המס השולי שלו הוא 50%, ושלקן התשואה על איגרת החוב שהוא ישמור ברשותו לאחר מס היא 50 ש"ח מדי שנה, נמוך מזה של נישום ששיעור המס השולי שלו הוא 20% ושהתשואה שלו לאחר מס היא 80 ש"ח?

44 כדי לאמת תוצאה זו נחשוב מה היה יכול לעשות חוסך המשקיע 833 ש"ח בריבית השוק, שהיא על פי ההנחה, 12%. חסכונו היה מניב לו תשואה של 100 ש"ח כל שנה לנצח (12% מ-833 ש"ח שווים ל-100 ש"ח). מכאן שקיימת זהות בין השווי של איגרת החוב המניבה 100 ש"ח לשנה לבין הסכום המהוון שלה, קרי 833 ש"ח.

התשובה היא כי במערכת מס "מושלמת", שבה כל ההכנסות ממוסות, אין כל משמעות להיותה של מערכת המס פרוגרסיבית על שווי הנכס. הנכס שווה לכולם בדיוק אותו הדבר. זאת מאחר שכל הכנסה שיפיק הנישום מכל מקור שהוא תמוסה, ולכן כשהוא מחשב את שווי הנכס הוא צריך להשתמש בתשואה שלאחר מס, דהיינו להוון תוך שימוש בשיעור ריבית נמוך מזה שבו היה משתמש נישום בשיעור מס שולי נמוך יותר. נראה זאת בטבלה הפשוטה הזאת:

שיעור מס שולי	רווח לאחר מס	אחוז הוון לאחר מס	ערך נוכחי
נישום בעל שיעור מס שולי 50%	$100(1-t) = 50$ $t = 50\%$	$0.12(1-t) = 0.06$	$50/0.06 = 833$
נישום בעל שיעור מס שולי 20%	$100(1-t) = 80$ $t = 20\%$	$0.12(1-t) = 0.096$	$80/0.096 = 833$
נישום בעל שיעור מס שולי 0%	$100(1-t) = 100$ $t = 0\%$	$0.12(1-t) = 0.12$	$100/0.12 = 833$

נשאלת השאלה מה קורה כאשר מדובר בנכס שהוא פטור ממס. התשובה היא שערך נכס הפטור ממס יהא גבוה מאותו נכס כשאינו פטור ממס, וכי למי ששיעור המס השולי שלו גבוה הוא יהא שווה יותר מלזה ששיעור המס השולי שלו הוא נמוך, כפי שנראה בטבלה הבאה:

שיעור מס שולי	רווח לאחר מס	אחוז הוון לאחר מס	ערך נוכחי
נישום בעל שיעור מס שולי 50%	100	$0.12(1-t) = 0.06$	$100/0.06 = 1,667$
נישום בעל שיעור מס שולי 20%	100	$0.12(1-t) = 0.096$	$100/0.096 = 1,042$
נישום בעל שיעור מס שולי 0%	100	$0.12(1-t) = 0.12$	$100/0.12 = 833$

דין המס הפדרלי בארצות הברית מתיר למדינות ולעיריות (שלטון מקומי) להנפיק איגרות חוב שהריבית עליהן פטורה ממס פדרלי. נניח שדין דומה יחול גם בישראל. נניח שהחוק יתיר לרשויות מקומיות להנפיק איגרות חוב שהריבית המשתלמת עליהן היא פטורה ממס.

נוסיף ונניח שאנשים שהכנסותיהם מעבודה גבוהות, ואך ורק הם, ממהרים ורוכשים את כל איגרות החוב המוצעות, ובעקבות זאת אינם משלמים כלל מס על הכנסותיהם מחיסכון. אנשים שהכנסותיהם נמוכות אינם קונים כלל את איגרות החוב הפטורות ממס. האם מדובר

בתופעה לא ראויה? ליתר דיוק, האם יש בכך משום פגיעה בצדק החלוקתי? והאם מדובר בתוצאה לא יעילה?

קל לבנות את הטיעון הפופוליסטי נגד תופעה זו. העשירים ביותר הם היחידים שנהנים מהטבת המס. כל מי שהכנסתו מעבודה אינה גבוהה דייה כדי שיהיה חשוף לשיעור המס השולי הגבוה ביותר אינו נהנה כלל מן ההטבה. הטבת המס היא ניכרת כי מדובר בפטור מלא ממס. המדינה גובה הרבה פחות מסים.

למעשה, בהנחה שרק בעלי ההכנסה הגבוהה, כלומר רק אלו הנמצאים במדרגת המס הגבוהה ביותר, רכשו את איגרות החוב, מדובר בהטבת מס שהיא גם יעילה וגם צודקת. ההסבר הוא פשוט:

איגרת חוב שהריבית עליה פטורה ממס שווה למחזיק בה יותר מאשר איגרת חוב שהריבית שהיא משלמת חייבת במס. הסיבה הפשוטה היא שהמשקיעים מעוניינים בתוצאות שלאחר מס. השאלה היא כמה יותר מוכנים הנישומים לשלם עבור איגרות חוב כאלה. תשלום של פרמיה עבור יתרון המס מוריד את ערכו של יתרון המס. ככל שהמחיר של נכס פטור ממס גבוה יותר, כך קטנה האטרקטיביות שבו על אף היותו פטור ממס. מכאן שאיגרת חוב שהתשואה שהיא נושאת חייבת במס מלא שווה בערכה לנישומים הנמצאים בשיעורי מס שולי שונים, ואילו איגרת חוב המצמיחה ריבית פטורה ממס שווה למי שנמצא בשיעור מס שולי נמוך. לכן אנחנו יכולים לצפות שכל איגרות החוב שהתשואה עליהן פטורה ממס תירכשנה על ידי מי ששיעור המס השולי שלו הוא הגבוה ביותר. בדוגמה שלנו נישומים ששיעור המס השולי שלהם הוא 50% יהיו מוכנים לרכוש את איגרת החוב עד מחיר של 1,667 ש"ח. לעומת זאת כל מי ששיעור המס השולי שלו נמוך מ-50% לא ימצא את המחיר של 1,667 ש"ח אטרקטיבי.

אם אכן זה מה שיקרה, הרי שאין כל פסול במתן פטור ממס, שכן בעלי ההכנסות הגבוהות, דהיינו נישומים ששיעור המס השולי שלהם הוא 50%, אמנם ייהנו מפטור ממס על הכנסתם הנובעת מאיגרות חוב כאלה, אולם מצבם לא יהיה טוב משל נישומים אחרים שאינם נהנים מהפטור ממס, שכן הם ישלמו מחיר גבוה יותר עבור איגרות החוב האלה מלכתחילה, ולכן מצבם לאחר מס יהא זהה לשל הנישומים האחרים. תהליך זה נקרא היוון הטבת המס על ידי כוחות השוק.

נישום ששיעור המס השולי שלו הוא 50% אחת היא לו אם ההשקעה היא של 1,667 שקל באיגרת חוב פטורה ממס המניבה תשואה של 100 ש"ח לשנה או השקעה של 833 באיגרת הנותנת תשואה זהה, אך חייבת במס. הריבית שמציעה איגרת החוב הראשונה היא 6% לשנה. הריבית שאיגרת החוב השנייה מציעה היא 12%, שאחרי מס הם 6%. או במילים אחרות, אם נישום ששיעור המס השולי שלו הוא 50% יבחר להשקיע 1,667 ש"ח באיגרת

חוב חייבת במס, שנותנת 12% תשואה שנתית, הוא ירוויח 200 ש"ח, ועליהם ישלם מס של 100 ש"ח וייוותר עם 100 ש"ח אחרי מס.

מי שקונה איגרת חוב החייבת במס מלא ממלא אחר מצוות המחוקק ומשלם 100 שקל מס. מי שקונה איגרת חוב פטורה ממס ממלא אחר מצוות המחוקק בכך שאינו נדרש לשלם מס אך מסתפק בתשואה נמוכה יותר ב-100 ש"ח.

פטור זה עשוי גם להיות יעיל. השלטון המרכזי רוצה להעביר כספים לשלטון המקומי. דרך אחת לעשות זאת היא לגבות מסים ולהעבירם לשלטון המקומי. הטלת מסים כרוכה בנטל עודף ניכר. כדי לחסוך בעלויות אפשר לבצע את ההעברה בדרך שנייה. השלטון המרכזי מעמיק פטור ממס ובכך מוותר על גביית חלק מהמס מנישומים בשיעור המס השולי של 50%. נישומים אלה לא הרוויחו מכך דבר, שכן הם שילמו לרשויות המקומיות מחיר גבוה יותר עבור איגרות חוב הנותנות את אותה הריבית. כלומר, כל החיסכון במס שולם ישירות לרשויות, ואין כל הבדל במקרה זה בין תמיכה ישירה ברשויות לבין העברה באמצעות מערכת המס. להכנסות השלטון המקומי נוספו 834 ש"ח, שהם ההפרש בין 1667 ל-833 ש"ח, ואלה הם כספים שלא היו מגיעים לשם אילולא הטבת המס. ללא הטבת המס היה השלטון המקומי גובה עבור איגרת החוב 833 ש"ח בלבד.

מכאן שהטבות מס יכולות להיות גם יעילות וגם שוויוניות. הבעיה היא שזה נכון רק בתנאי שוק מסוימים. אם הטבת המס אינה מהוונת במלוואה על ידי השוק, ואיגרות החוב מוצעות במחיר נמוך יותר, למשל 1389 ש"ח, אזי הן תהיינה אטרקטיביות גם לנישומים ששיעור המס השולי על הכנסותיהם הוא 40%. כפי שאפשר לראות מהטבלה הזאת:

שיעור מס שולי	רווח לאחר מס	אחוז היוון לאחר מס	ערך נוכחי
נישום בעל שיעור מס שולי 40%	100	$0.12(1 - t) = 0.072$	$100/0.072 = 1,389$

זה אמנם נשמע דמוקרטי יותר, אבל הדבר מחבל ביעילות ובשוויון. כי נישומים ששיעור המס השולי שלהם גבוה מ-40% קונים את איגרת החוב במחיר נמוך ממה שהיו מוכנים לשלם. נישומים ששיעור המס השולי שלהם הוא 50% מוכנים לשלם עבור איגרת החוב 1,667 ש"ח. כשמחיר איגרת החוב בשוק נקבע ל-1,389 ש"ח, זהו מחיר הנמוך ב-278 ש"ח ממה שהיו מוכנים לשלם, ולכן יש בכך משום הענקת הטבה בסך 278 ש"ח לנישומים ששיעור המס השולי שלהם הוא 50%, בלא שהמחוקק יתכוון לכך.

הדבר גם אינו יעיל, מאחר שהכסף אינו מגיע לשלטון המקומי. איגרות החוב נמכרות כולן במחיר של 1,389 ש"ח, וההטבה של 278 ש"ח לאיגרת מגיעה כולה לכיסם של הנישומים בשיעור המס השולי הגבוה ביותר.

מכאן שהתשובה לשאלה מהו הערך המדויק של הטבת המס אינה פשוטה. היא תלויה בפעולת השוק. אם הטבת המס ניתנת ביחס לנכס סחיר, כמו למשל איגרת החוב שבדוגמה, והשוק מהוון לחלוטין את ההטבה, רק הנישומים הנמצאים בשיעור המס השולי הגבוה ביותר נהנים מההטבה, ודווקא אז, באופן שאולי אינו אינטואיטיבי, אין להטבת המס כל ערך, ונתיתנה יעילה ושוויונית.

לסוגיית היוון הטבת המס חשיבות בהקשר של מיסוי רטרואקטיבי. הפסיקה קובעת כי לפרטים אין זכות קנויה בסובסידיה. מכאן שביטולה של סובסידיה, מכאן ואילך, אינה בעייתית. אולם אם מחיר הנכס שקנה הנישום שיקף את הטבת המס, הרי שביטול הסובסידיה אינו מהווה השוואת מצבו של הנישום למצבו של נישום שאינו נהנה מהטבת מס, שכן הנישום שילם עבור הטבת מס. ביטול הסובסידיה יהווה הטלת מס על ההון (לא על רווח הון, כלומר לא על הכנסה או התעשרות) של הנישום. בנתוני הדוגמה שלנו, אם נישום בשיעור מס של 50% רוכש איגרת חוב פטורה ממס המקנה לו 100 ש"ח לשנה לנצח תמורת 1,667 ש"ח, ביטול ההטבה לאחר שרכש את איגרת החוב שקול להפקעה של 833 ש"ח. אין מדובר בגביית מס הכנסה, שכן לא הייתה לו הכנסה. מדובר במס על ההון עצמו, כלומר בהפקעה. מהאמור עולה שההלכה המשפטית שלפיה אין לאדם זכות קנויה בסובסידיה היא בעייתית, וכי כדי להגיע לתוצאה הראויה הכרחי לבחון את המידה שבה השפיעה הסובסידיה על מחיר הנכס שבו מדובר.

ח. הזהות הכלכלית בין ניכוי (דחיית מס) לבין פטור

נושא נוסף שאינו אינטואיטיבי, ושעל כן כדאי אולי להבהירו, הוא ערכה של דחיית מס ושל האופנים השונים שבהם דחייה שכזו מתבטאת במציאות. אמחיש תחילה את הזהות בין ניכוי לבין פטור ביחס לנכס הון פיננסי, המצמיח הכנסה מסוג ריבית, דיבידנד, או במכירתו – רווח הון, ורק לאחר מכן ביחס לנכס הון כגון ציוד, המצמיח הכנסות פרותיות עסקיות בעת השימוש העסקי בו, ורווח הון במכירתו. אין כל סיבה להבחנה, בהקשר זה, בין נכסי הון פיננסיים לאחרים, אולם קל יותר להמחיש את הזהות שבין ניכוי לפטור ממס ביחס לאיגרת חוב, שם התשואה קבועה מראש. השוויון הבא הוא מובן מאליו. מאחר שמדובר בכפל, אין משמעות לסדר הופעתם של הגורמים:

$$I(1-t)(1+r) = I(1+r)(1-t)$$

I – מבטא את ההכנסה לפני מס ולפני ביצוע פעולת החיסכון (ההשקעה); r היא התשואה (המבוטאת כמספר עשרוני), ו-t הוא שיעור המס (שהוא מספר בין אפס לאחד).

הצד השמאלי של המשוואה מתאר פטור ממס על פרות החיסכון. הצד הימני של המשוואה מתאר ניכוי ההשקעה כהוצאה ותשלום מס על התשואה.

להלן דוגמה מספרית שתבהיר את משמעות ההצגה הפורמלית דלעיל:
 לנישום יש הכנסה בסך 10,000 ש"ח. אפשרות A, המוצגת בטבלה למטה, היא של מס הכנסה רגיל. ניכוי ההשקעה כהוצאה אינו מותר, ורווחי ההשקעה (התשואה) ימוסו. נניח שמטעמים של עידוד החיסכון מוצעת לנישום הטבת מס, והוא יכול לבחור בין שתי אפשרויות, שתפורטנה להלן:

על פי אפשרות B – הנקראת "תכנית הפטור" – הוא משלם מס על הכנסתו ומשקיע רק את הסכום שלאחר מס בתכנית חיסכון לשנה אחת.⁴⁵ בתום התקופה ימשוך את הקרן והריבית ולא יחויב במס. התשואה על השקעתו תהא פטורה ממס.

על פי אפשרות C – הנקראת "תכנית הניכוי" – הוא יכול להשקיע את כל הכנסתו שלפני מס (ברוטו) בתכנית חיסכון לשנה אחת. משמעות הדבר היא קבלת ניכוי לפי הכנסתו – 10,000 ש"ח – המאפס את הכנסתו החייבת.⁴⁶ בתום התקופה ימשוך את הקרן והריבית וישלם מס על הסכום כולו על פי שיעור המס השולי. הנישום ישלם מס גם על ה"קרן", שכן לא שילם עליה מס עובר להשקעתה.

נתונים לצורך הדוגמה: ריבית שנתי 10%. שיעור מס 50%.

השקעה לאחר מס	סכום בסוף התקופה	מס במשיכה	סכום נטו
A 5,000 ש"ח	5,500 ש"ח	47250	5,250 ש"ח
B 5,000 ש"ח	5,500 ש"ח	0	5,500 ש"ח
C 10,000 ש"ח	11,000 ש"ח	5,500 ש"ח	5,500 ש"ח

כפי שאפשר לראות בנקל מהדוגמה אין כל הבדל, לאחר מס ("סכום נטו"), בין אפשרויות B ו-C. ההסבר לכך הוא שהערך הנוכחי של המס שמוטל באופציה B, היינו המס בסוף התקופה, שווה לערך הנוכחי של המס המוטל בשנה הראשונה, על פי אופציה

45 נניח לצורכי בהירות הדוגמה שהדבר מתרחש ביום האחרון לשנת המס. הבחירה בשנה אחת בלבד נעשתה מטעמי פשטות. הדוגמה תקפה כמובן גם לתקופות חיסכון ארוכות יותר. עם זאת אני מניח, כי ההשקעה והפדיון לא נעשו באותה שנת מס, אלא שההשקעה נעשתה בשנת מס אחת והפדיון נעשה בשנת המס שלאחריה.

46 כך למשל נעשה בתחום החיסכון לגיל פרישה. ההפרשות לפנסייה נעשות ישירות מן ה"ברוטו". משמעות הדבר היא קבלת ניכוי בשיעור מלוא הסכום שהופרש לחיסכון. שכן סכום זה הוצא מבסיס הכנסה החייבת במס.

47 $5,500 - 5,000 = 500$; $500 \times 50\% = 250$

C.48 אין זה משנה מבחינתו של אוצר המדינה אם הוא גובה את המס בשנה הראשונה ו"משקיע אותו בעצמו", או שהוא גובה את המס בעת הפדיון מהסכום הכולל את רווחי ההשקעה שביצע הנישום. זאת כמובן בהנחה ששיעורי המס זהים בשתי התקופות, ושלמדינה אין אפשרויות להפקת תשואה שונה מזו של הנישומים.

בקוד המס האמריקאי קיים מכשיר חיסכון לטווח ארוך הנקרא Individual Retirement Account (IRA). סעיף 408 לקוד המס האמריקאי מתיר לנישומים לבחור בין IRA רגיל, המבוטא בדוגמה שלנו על ידי אופצייה C, לבין Roth IRA, המבוטא בדוגמה על ידי אופצייה B.⁴⁹ הסיבה שרשות המס האמריקאית מקנה לנישומים אפשרות בחירה היא היותם של שני המכשירים שקולים מבחינת רמת הטבת המס שהם מעניקים: IRA רגיל מקנה הטבת מס בדמות ניכוי מלוא הסכום שהופנה לחיסכון מבסיס ההכנסה החייבת במס ו-Roth IRA מקנה הטבה בדמות פטור ממס של התשואה.

מובן כי במציאות ייתכנו הבדלים בין תוצאות השניים. למשל, במקרה שבו שיעורי המס השולי של הנישום בתקופות השונות הם שונים. רוב האנשים יעדיפו לבחור ב-IRA הרגיל בהנחה ששיעורי המס השולי שלהם במשך שנות העבודה יהיו גבוהים מאלה שבפרישה, ולכן יעדיפו ניכוי, המוציא סכום זה מכלל הכנסתם החייבת במשך שנות העבודה, על פני פטור ממס בעת המשיכה בגיל פרישה. בנוסף, מטעמים פסיכולוגיים אנשים מעדיפים לנצל את הטבת המס מיד ולא לדחות אותה לשנים הבאות, לנקודת הזמן של המשיכה.⁵⁰

גם בישראל נעשה שימוש במערכת המס כדי לעודד חיסכון לטווח ארוך בשל קיומם של כשלי שוק המצדיקים התערבות הממשלה בתחום הביטוח מפני אבדן כושר עבודה ובתחום החיסכון לגיל פרישה.⁵¹ שיעור מס נמוך על השקעות נובע לעתים גם מסיבה אחרת והיא החשש שהמס יגרום להון לצאת אל מחוץ לתחומי המדינה, שכן קיימות מדינות רבות המאפשרות לזרים להשקיע בהן בפטור ממס או בכפוף לשיעורי מס נמוכים. מס גבוה עשוי אף להניא משקיעים זרים מהשקעה בישראל, ולעומת זאת פטור ממס או שיעורי מס נמוכים עשויים למשוך השקעות זרות לישראל. בהיות ישראל משק קטן ופתוח, העלאת נטל המס על ההון בישראל תגרום לעליית שיעור התשואה שלפני מס שידרשו בעלי ההון באופן שיגלגל את נטל המס מבעלי ההון אל העובדים. בנסיבות אלה יעיל יותר שלא להטיל מס על ההון.

48 הערך הנוכחי של 5,500, בעוד שנה, הוא 5,000. זאת אנו למדים מנתוני הדוגמה עצמה שלפיה התשואה השנתית היא 10%.

49 Internal Revenue Code, Section 408A.

50 Richard H. Thaler, *Psychology and Savings Policies*, 84 AM. ECON. REV. (May 1994) 186.

51 לדיון בכשלי השוק השונים ראו יורם מרגליות "אפליה בהסדרי החיסכון הפנסיוני ופתרונה המוצע" משפטים לא 577 (2001).

בהקשרו של חיסכון קיימות שלוש נקודות התייחסות בזמן, ואלו הן: בעת ההפקדה, בתקופת הצבירה ובעת המשיכה. לשם הבהרת הטיעון אשתמש בסימנים מקובלים: E מסמל פטור ממס (exemption) ו-T מסמל חיוב במס (taxation). כיוון הקריאה הוא משמאל לימין כבאנגלית. קיימים שמונה מצבים אפשריים של מיסוי, שנעים בין קיצוניות אחת – שהיא פטור ממס בכל שלוש נקודות הזמן (EEE) – לבין קיצוניות שנייה – שהיא חיוב במס בכל אחד משלושת הזמנים (TTT). שתי האפשרויות הקיצוניות אינן סבירות. הראשונה (EEE) אינה סבירה משום שהיא מהווה כפל פטור. הפטור הראשון הוא למעשה היכולת להפחית את ההכנסה הרגילה החייבת במס על ידי ניכוי הסכום המופנה לחיסכון (אפשרות C). הפטור השני הוא הפטור של פרות החיסכון עצמם (אפשרות B). אם יש כוונה לבטל את התמריץ השלילי שיש למס הכנסה על חיסכון, הרי שאין צורך לתת יותר מפטור ממס. הדברים עשויים להיות נכונים גם אם רוצים לעודד חיסכון, שכן לא בהכרח נדרש עידוד ברמה הגבוהה יותר מפטור ממס. האפשרות השנייה (TTT) אינה סבירה, שכן היא מהווה כפל מס, פעם אחת על ההכנסה הרגילה, פעם נוספת על התשואה שהופקה מהשקעתה, ופעם נוספת בעת משיכת הכספים מחשבון החיסכון (בזמן הפרישה) על הקרן שהושקעה אף על פי שהיא כבר מוסתה כהכנסה רגילה.⁵²

לבסוף, ניכוי כהוצאה של מלוא סכום החיסכון מבסיס ההכנסה החייבת במס זהה לאי-התרת הניכוי ומתן פטור ממס על פרות החיסכון. מיסוי בעת שתיים (TTE או ETT) מתוך שלוש נקודות הזמן הוא מס הכנסה, ואילו מיסוי במועד נקודת זמן אחת בלבד (EET או TEE) הוא למעשה מס צריכה.

כל אשר אמרנו על חיסכון באמצעות איגרת חוב נכון ויפה גם להשקעה בנכס הון אחר. נכס הון הוא נכס המצמיח תשואה (פרות). אין כל הבדל בהקשר זה בין איגרת חוב המצמיחה ריבית, לבין מניה המצמיחה דיבידנדים, לבין מכונה המצמיחה מלאי עסקי. מקובל בארץ ובעולם לתמרץ רכישת ציוד והשקעה במחקר ופיתוח באמצעות תמריצי מס. אחד התמריצים המקובלים הוא מתן פחת מואץ – ניכוייה של הוצאה הונית כהוצאה שוטפת בשנת המס שבה הוצאה, או התרתה בניכוי על פני מספר שנים קטן ממשך חיי הנכס האמתי. דוגמה לכך הוא סעיף 20א לפקודת מס הכנסה, המקנה – בהתקיים תנאים מסוימים – ניכוי של מלוא הוצאות המחקר בשנה שבה הוצאו אף על פי שמדובר בהוצאות הוניות, שאם בכלל היה נקבע להן פחת, הרי שהוא היה ניתן מן הסתם על פני כמה שנים. מחקר ופיתוח מהווים נכס הון בעל פוטנציאל להפיק רווחים בעתיד.⁵³

52 ראו ע"א 32/86 רימון ביטוח ופיננסים בע"מ נ' פקיד השומה, פ"ד מו(1) 573 (1992) ("כפל מס הוא אנומליה בשיטתנו... הוא נוגד את עקרונותיה").

53 הסיבה למתן הטבת מס למחקר בפיתוח היא קיומה של החצנה חיובית. לא רק מממן המחקר והפיתוח מפיק תשואה מפעילות זו. קיימת זליגה של הידע, ובעקבות זאת התשואה החברתית

מקרה שבו הנישום מנכה כהוצאה שוטפת מכונה שתוחלת חייה ארוכה משנה זהה למקרה שבו מנכה הנישום כהוצאה את מלוא סכום ההשקעה שלו באיגרת חוב. ניכוי מלוא ההשקעה כבר בשנה הראשונה זהה למתן פטור ממס לפרות שתפיק המכונה. להלן דוגמה הממחישה זאת.

נניח כי לנישום יש הכנסה שנתית בסך 100 ש"ח, והוא רוכש בסכום זה מכונה לשימוש בעסקו ביומה האחרון של שנת המס. אין ביכולתו לנכות פחת, שכן כאמור מדובר ביומה האחרון של השנה, וכל שאירע מבחינתו של הנישום הוא שינוי בהרכב נכסיו מ"מזומן" ל"מכונה". נניח, לשם פשטות הדוגמה, כי למכונה תוחלת חיים של שנה אחת בלבד, וכי באותה שנה היא תפיק תשואה של 10% מעבר למחירה.

במשטר מס הכנסה הכנסת הנישום בשנה הראשונה חשופה למס. נניח ששיעור המס הוא 20%. רכישת המכונה בסך 100 ש"ח אינה הוצאה מוכרת, ועל כן הכנסתו לאחר מס היא 80 ש"ח בלבד. בשנה שלאחר מכן תפיק המכונה 110 ש"ח, והנישום ינכה 100 ש"ח כהוצאת פחת. הכנסת הנישום לאחר מס תהא 8 ש"ח. מכאן שהתשואה שלאחר מס שהוא מפיק מרכישתה ומהפעלתה של המכונה היא 8%.

לעומת זאת אם מותר לנישום לנכות כהוצאה את מלוא הסכום שהשקיע ברכישת המכונה כבר בשנה הראשונה, לא תהא לו הכנסה חייבת באותה שנה. בשנה השנייה תפיק המכונה 110 ש"ח. בהיעדר הוצאת פחת בשנה השנייה, שכן נוצלה במלואה כבר בשנה הראשונה, תעמוד הכנסתו של הנישום שלאחר מס על 88 ש"ח. מכאן שהתשואה שלאחר מס שהוא מפיק מרכישת המכונה והפעלתה היא 10%, היינו ניכוי מלוא הפחת כבר בשנה הראשונה הביא לפטור ממס של התשואה שהפיקה המכונה.

הסיבה שניכוי ההשקעה זהה לפטור ממס של רווחי ההשקעה היא שערך ההשקעה הוא הערך הנוכחי של הרווחים הצפויים ממנה. אם אנו מקזזים סכום זה כנגד הכנסה חייבת אחרת, הרי שקיבלנו הטבה השווה למס שהיה מוטל עלינו אילו הייתה לנו הכנסה בסכום זה. לדוגמה, אם ההשקעה שבה מדובר היא של 100 ש"ח, ושיעור המס השולי שלנו הוא 50%. אם מותר לנו לנכות את ההשקעה, הרי שקיבלנו הטבה בסך 50 ש"ח. 50 ש"ח הם גם המס שהיה עלינו לשלם אילו הרווחנו 100 ש"ח. כיון ששווי ההשקעה הוא הערך הנוכחי של ההכנסות שנפיק ממנה, הרי ש־100 ש"ח הם בדיוק הערך הנוכחי של ההכנסות שאכן נפיק מההשקעה, ולכן היכולת שלנו לנכות עתה את ההשקעה מקזזת באופן מדויק את המס שנשלם על הרווחים העתידיים, בערכים של היום שבו נעשית ההשקעה, ולכן ניכוי ההשקעה זהה לפטור ממס של ההכנסות מהמכונה.

גבוהה מזו של הנישום היחיד. כיון שכך, קיים אינטרס חברתי לעודד מחקר ופיתוח, ומתן הטבת מס הוא אחת הדרכים לעשות זאת.

הקשר בין ניכוי לדחיית מס

ניכוי הוצאות פחת בסכום גדול מכפי הוצאות הפחת האמתיות מקנה לנישומה יתרון מסוג דחיית מס. בשנת המס שבה מנכה הנישומה את הנכס כהוצאה היא מקטינה את ההכנסה החייבת שלה מעבר למידה המשקפת את ההוצאה שהוצאה באותה שנה בהקשר של רכישת המכונה. עקרון ההקבלה בין הכנסות להוצאות מופר. משמעות הדברים היא כי סכום כסף שהיה עליה לשלם כמס נשאר ברשותה והיא יכולה להשקיע אותו ולהפיק עליו תשואה. תשואה זו אמנם תחויב במס, אך כיוון שהמס אינו 100%, הרי שנוצר לנישומה יתרון מעצם דחיית חבות המס.⁵⁴

בהנחה שהנישומה מפיקה מהשקעת סכום המס שתשלומו נדחה תשואה בשיעור זהה לזה שהמכונה מפיקה, הרי שהניכוי המוקדם של ההוצאה זהה לקבלת פטור ממס על רווחי המכונה. מכאן שניכוי מואץ אינו אלא דחיית מס, ואם הניכוי הוא של 100% מסכום ההשקעה כבר בשנה הראשונה, הרי שהוא זהה לפטור ממס על התשואה.

לסיכום, קיים קשר מהותי בין פטור, ניכוי ודחיית מס, שעשוי אף להגיע לכדי זהות. הבנת הזהות חשובה לצורך המחשת גודל ההטבה עת מדובר בדחיית מס או ניכוי הנתפסים אינטואיטיבית כפחותי ערך לעומת פטור מפורש. כמו כן הזהות עשויה לסייע בחישוב גודל הטבת המס, שכן קשה להעריך את שוויו של ניכוי מואץ, אך קל יותר לחשב את שיעור הוויתור על הכנסות ממסים הכרוך במתן פטור.

משמעות שלושיתם היא מעבר ממיסוי על פי בסיס הכנסה למיסוי על יסוד צריכה, שכן אם אין ממסים את התשואה על הון (כגון ריבית, דיבידנד ורווחי הון), כלומר אין ממסים חיסכון, אין הבדל בין מס על הכנסות מעבודה לבין מס על צריכה. קל להבין זאת אם מביטים במקרה שבו הנישום צורך את כל מה שהוא מרוויח. נישום שכזה אדיש בין מס על הכנסה לבין מס על צריכה. הוספתם של פטורים ממס לפרות חיסכון, פחת מואץ, פטור מרווחי הון (לרבות שבח מקרקעין) וכן שיעורי מס מופחתים לרווחי הון או לתשואה על הון מקרבים את המערכת למשטר הממסה על יסוד צריכה. לעומת זאת ביטולם של פטורים, ניכויים ודחיות מס הניתנים לתשואה על נכסי הון או לרווחים ממימושם, מקרבים את המערכת למשטר הממסה על יסוד הכנסה. מס ההכנסה בישראל הוא למעשה יצור כלאיים שבין מס הכנסה למס צריכה, מאחר שאפיקי החיסכון העיקריים של חלק ניכר מהאוכלוסייה, שהם דירת המגורים והחיסכון לגיל פרישה (פנסייה), כמעט ופטורים ממס.⁵⁵

54 הדבר שקול לקבלת הלוואה ללא ריבית מאוצר המדינה. מובן כי הדברים נכונים, כתמונת ראי, בצד אוצר המדינה.

55 שאלת הבחירה בין מס הכנסה למס צריכה היא שאלה חשובה, אך דיון בה מחייב הקניית ידע בהיקף ועומק שאינם תואמים לדעתי את מטרות הספר.

סיכום

בפרק זה ניסיתי להציג את המסגרת שראוי שתשמש אותנו בניתוח הדינים המתייחסים למדיניות המס. ראשית כול עלינו להציב לעצמנו את המטרה אשר אותה ברצוננו להגשים. מערכת המס ותשלומי העברה משמשת אותנו בקידומו של צדק חלוקתי ובתיקון כשלי שוק בעיקר מימון מוצרים ציבוריים והפנמת החצנות חיוביות ושליליות. כאשר אנו בוחנים הוראת מס מסוימת עלינו לנסות להבין מה תכליתה, כלומר מה ההשלכות החלוקתיות שלה ואם נועדה לתקן כשל שוק, ואיזה. בעשותנו כן, עלינו להיות מודעים לאפשרות שנטל המס (או ההנאה מהסובסידיה) יגולגל אל אנשים שונים מהנישום הפורמלי. נטל המס הכלכלי הוא שמעניין אותנו. חשוב שתהא לנו תפיסה מאוחדת של מערכות המס והרווחה, מאחר שרווחה אינה אלא מס שלילי, ומודעות לעובדה שמבחני הכנסה יוצרים שיעור מס שולי (לעתים גבוה מאוד) דווקא בשולי ההכנסה הנמוכים. חשוב מאוד שבקדמנו צדק חלוקתי נבין שלמעשה העלות אינה העברת הכסף מעשירים לעניים, שכן זו נעשית למטרה שאנו סבורים שהיא ראויה, אלא העלויות האדמיניסטרטיביות של המערכת (לרבות עלויות ציוד) והעיוות של תמריצי הפרטים לעבוד. כיוון שכך, עלינו לעצב את המערכת, מלכתחילה או בדרך של פרשנות, באופן שימזער את העיוותים לשם השאת הרווחה החברתית.

פרק טז: דיני הגבלים עסקיים

מאת

דייוויד גילה*

א. מהי "תחרות"? ב. מדוע ראוי לקדם את התחרות? ג. "תחרות" במציאות בדרך כלל איננה מושלמת. ד. היתרונות החברתיים של היות התחרות לא מושלמת. ה. סוגים של פגיעה בתחרות; 1. השפעות חד-צדדיות; 2. השפעות מתואמות; 3. השפעה טורפנית. ו. הגדרת השוק. ז. חסמי כניסה והתרחבות. ח. הסדרים אנכיים להסרת התחרות בין מפיצים של ספק מסוים; 1. הסדרי הפצה בלעדית; 2. הסדר קביעת מחירים. ט. גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין.

א. מהי "תחרות"?

דיני ההגבלים העסקיים נועדו להגן על התחרות, והמטרה העיקרית היא להגדיל את רווחתו של ציבור הצרכנים.¹ אפשר להבחין בין "התהליך התחרותי" לבין "התוצאה התחרותית" או "התרומה לציבור הצרכנים מן התחרות". למשל, "הסדר כובל" מוגדר בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – חוק ההגבלים) כך:

"הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". (ההדגשות שלי – ד"ג)

* הממונה על ההגבלים העסקיים והפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.
1 במקרים מסוימים דיני ההגבלים יכולים להגן על עסק פרטי. להמחשה, אם פירמות הן קרבן לקרטל של ספקי ציוד, מדובר בהגבל עסקי גם אם הפירמות אינן מגלגלות את נזקי הקרטל לצרכן הסופי.

סעיף זה פורש בזמנו על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן – הממונה) כמסתפק בפגיעה בתהליך התחרותי גרידא בלי קשר לשאלה אם ההסדר עלול לפגוע בציבור הצרכנים.²

“התהליך התחרותי” מוגדר כהתנהגויות של פירמות שנועדו “לחטוף” צרכנים זו מזו. ייתכן כי הסדרים מסוימים עלולים לפגוע בתהליך התחרותי, אך לא בצרכנים. ניקח כדוגמה משטח הסעדה בקניון שבו עשרה אתרי הסעדה מתחרים, הוזהים בעיני הצרכנים, ויכולתם לספק את הביקוש בקניון איננה מוגבלת. נניח ששניים מאתרי ההסעדה עושים ביניהם הסדר לשיתוף פעולה כלשהו, כגון דוכן משותף שבו מוגשות מנות המורכבות מאלה המוגשות בשני אתרי ההסעדה מושא ההסדר. האם שיתוף הפעולה מהווה הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק? לפי ההלכה האומרת כי האמירה “עלול לפגוע בתחרות” מכוונת לפגיעה בתהליך התחרותי גרידא, נראה כי שיתוף הפעולה אכן מהווה הסדר כובל, משום ששיתוף הפעולה עלול לפגוע בתמריצים של שני אתרי ההסעדה מושא שיתוף הפעולה לחטוף צרכנים זה לזה. זאת אף על פי שפגיעה זו בתהליך התחרותי כפי הנראה לא תפגע בצרכנים, כפי שהניתוח בפסקה 5 להלן יבהיר. ובהסבר על קצה המזלג: החלופות שהצרכנים רואים לנגד עיניהם באותו אתר הסעדה רבות: אם שני אתרי ההסעדה מושא שיתוף הפעולה ינסו לפגוע בצרכנים, יעברו הצרכנים לשמונת אתרי ההסעדה האחרים, שהנחנו שהם זהים בעיני הצרכנים לאתר ההסעדה מושא ההסדר, ושאינן להם לאותם אתרי ההסעדה אחרים כל מגבלה המונעת מהם לספק סחורה לכל הביקוש בשוק.

קיימים סעיפים אחרים בחוק ההגבלים המאזכרים הן את התהליך התחרותי והן את התוצאה הפרו-צרכנית של תהליך זה. למשל, סעיף 21 לחוק, שלפיו הממונה יכול להתנגד למיזוג חברות או להתנות מיזוג זה בתנאים אם מצא כי המיזוג מקים “חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות” או מקים חשש סביר כי “יפגע הציבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס או של שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה”. הרישה כאן מדברת על פגיעה מסתברת בתהליך התחרותי, ואילו הסיפה דנה בפגיעה מסתברת בציבור הצרכנים. דוגמה נוספת מצויה בסעיף 29(א) לחוק, במסגרת הפיקוח על מונופולין: אסור על בעל מונופולין (פירמה שלה יותר מ-50% מהשוק) “לנצל לרעה את מעמדו באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור”. גם כאן הרישה מדברת על התהליך התחרותי, ואילו הסיפה על רווחת ציבור הצרכנים. בכל הסעיפים הללו די בהסתברות

2 החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים – Columbus Capital Corporation מקבוצת קלארידג', כור תעשיות בע"מ; 1998 הגבלים עסקיים 3001322.5.

לפגיעה בתחרות כדי להצדיק התערבות נגד הפירמות. אין צורך להראות כי התחרות נפגעה בפועל. די להצביע על הסכנה הפוטנציאלית לפגיעה בתחרות אם זו מוחשית ומשכנעת מספיק בשל הפרמטרים הכלכליים של השוק ושל ההתנהגות הנדונה. כך גם באשר לאותם סעיפים הדורשים פגיעה מסתברת בצרכנים – די בהסתברות מספקת לפגיעה בהם, ואין צורך בפגיעה בפועל כדי להצדיק התערבות על פי סעיפים אלה.

ב. מדוע ראוי לקדם את התחרות?

קידום התחרות ראוי ובראשונה משום שהוא משפר את רווחת ציבור הצרכנים. אפשר להמחיש זאת באמצעות הדוגמה הזאת: נניח שהעלות השולית להספקת דקה סלולרית ללקוח היא $1/2$ ש"ח,³ אך החברות הסלולריות מסכימות ביניהן על גביית מחיר של 2 ש"ח לדקה, והן אכן גובות מחיר זה. נניח ש-2 ש"ח לדקה הוא המחיר המשיא את רווחי החברות הסלולריות. המחיר המשיא את רווחי התעשייה נקרא המחיר הקרטליסטי. במחיר זה אמנם הצרכנים צורכים פחות דקות סלולריות מאשר במחיר נמוך יותר, אך הרווח לכל דקה גדול. המחיר הקרטליסטי הוא המאזן באופן המיטבי מבחינת החברות הסלולריות בין הרצון להעלות את הרווח לכל דקה לבין החשש שהצרכנים יצרכו פחות דקות. למשל, מחיר של 1.80 ש"ח לדקה היה מגדיל את מספר הדקות הנצרכות, אך לא היה בכך כדי לפצות על אבדן הרווח לדקה ב-1.80 ש"ח לדקה יחסית ל-2 ש"ח לדקה. בנוסף, במחיר של 2.20 ש"ח לדקה הרווח לדקה אמנם גדול יותר, אך פחות מדי דקות ייצרכו, ולכן אין זה מצדיק את הגדלת הרווח לדקה. אם כך, בדוגמה זו החברות הסלולריות עושות הסדר המאזן את התחרות בינן לבין עצמן. אילו הסדר מעין זה, הקרוי קרטל, היה מותר, והפירמות לא היו סוטות ממנו, מחיר דקה סלולרית היה 2 ש"ח לדקה אף על פי שהעלות השולית להספקת דקה סלולרית היא רק $1/2$ ש"ח לדקה. אילו הייתה מתאפשרת תחרות בין החברות הסלולריות, אחת מהן הייתה מורידה את המחיר שלה מ-2 ש"ח לדקה למחיר נמוך יותר כדי לחטוף נתח שוק למתחריה, והחברות האחרות היו מגיבות בהפחתת מחירים משלהן כדי לחטוף חזרה את נתח השוק שנחטף מהן, וכן הלאה, עד שמלחמת מחירים זו הייתה מובילה למחיר נמוך הרבה יותר מ-2 ש"ח לדקה וקרוב יותר ל- $1/2$ ש"ח לדקה. הדעת נותנת שהמחיר התחרותי לא ירד מתחת לעלות השולית, של $1/2$ ש"ח לדקה, משום שחברה

3 כללית העלות השולית היא עלות הספקת היחידה השולית, קרי היחידה האחרונה. העלות השולית להספקת דקה סלולרית, קרי עלות הדקה השולית – הדקה האחרונה שהחברה הסלולרית סיפקה. אם עלות הספקת כל דקה סלולרית איננה משתנה עם היקף הפעילות של החברה הסלולרית, העלות השולית היא פשוט עלות הספקת כל דקה סלולרית.

הגובה מתחת ל- $1/2$ ש"ח לדקה מפסידה על כל דקה סלולרית שהיא מוכרת, ואם זה כל מה שהיא מוכרת ללקוח, מכאן ולהבא היא לא תוכל להחזיק מעמד במחיר הנמוך מהעלות השולית שלה.

מבחינת יעילות הקצאתית (היעילות מבחינת הקצאת המשאבים בחברה) המחיר היעיל ביותר הוא במידת העלות השולית להספקת המוצר, ובדוגמה זו: מחיר של $1/2$ ש"ח לדקה. היעילות ההקצאתית מתבטאת בכך שכל מי שראוי שיצרוך דקה סלולרית אכן צורך אותה. מחיר השווה לעלות השולית משיא את היעילות ההקצאתית משום שבמחיר כזה כל מי שראוי שיצרוך דקה סלולרית אכן צורך אותה.⁴ זאת משום שבמחיר השווה לעלות השולית ירכשו דקות סלולריות רק אנשים שהדקה הסלולרית שווה להם מעל $1/2$ ש"ח לדקה, ואלה בדיק האנשים שראוי מבחינה חברתית שיצרכו את הדקות הסלולריות: אם העלות להפקת הדקה הסלולרית היא $1/2$ ש"ח, ומישהו מפיק מדקה זו תועלת השווה יותר מ- $1/2$ ש"ח, יצאנו, מבחינה חברתית, נשכרים. אילו היה זה המחיר הקרטליסטי, של 2 ש"ח לדקה, היה חוסר היעילות ההקצאתית מתבטא בכך שכל הצרכנים שדקה סלולרית שווה להם יותר מ- $1/2$ ש"ח – אך פחות מ- 2 ש"ח – לא ירכשו דקות סלולריות אף על פי שמבחינה חברתית היה יעיל שירכשו אותן.⁵

אם כך, אי-התחרות בין החברות הסלולריות גורמת נזק חברתי בדמות אותה קבוצת אנשים שבגלל הקרטל לא יצרכו דקות סלולריות אף על פי שהיה ראוי מבחינה חברתית שיצרכו אותן. לחוסר יעילות מעין זה קוראים בספרות גם "נטל עודף" או "dead weight loss", והוא נובע ממחיר גבוה מהעלות השולית.⁶

היה אפשר לעשות ניתוח דומה גם באשר לאיכות המוצר. אם הפירמות עושות ביניהן "קרטל איכות", קרי מסכימות ביניהן שלא להתחרות על איכות המוצר, אזי תיקבע איכות השונה בדרך כלל מאותה איכות שמעדיף הצרכן הממוצע. גם אז יהיו צרכנים רבים שיהיה יעיל מבחינה חברתית שירכשו את המוצר באיכותו התחרותית אך לא ירכשו אותו עקב איכותו הירודה.⁷

קיימות עוד סיבות מקובלות שבגללן תחרות מביאה לתוצאות ראויות: ראשית, אם רווחת הצרכנים מודגשת מבחינה חברתית יותר משמודגשת רווחת הפירמות, תחרות עוזרת לממש תפיסת עולם מעין זו, משום שהיא מונעת מן הפירמות להתעשר על חשבון הצרכנים. כדי להמחיש זאת נבחן, בדוגמה הסלולרית שלעיל, את אותם הצרכנים שכן מוכנים לשלם

4 בהמשך אמנם נראה כי מחיר השווה ממש לעלות השולית, אף על פי שהוא אופטימלי מבחינה הקצאתית, ידכא יותר מדי את התמריצים של פירמות להיכנס לשוק ולהשקיע בו.

5 אנו מניחים כאן שצריכת דקה סלולרית איננה מזיקה לצדדים שלישיים, למשל בגלל קרינה.

6 ראו (1988) JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 67.

7 שם בעמ' 103-104.

את המחיר הקרטליסטי של 2 ש"ח על דקה סלולרית. מבחינתם אין כאן חוסר יעילות הקצאתית, שהרי ראוי שירכשו דקה סלולרית והם אכן רוכשים אותה. אלא שבעקבות המחיר הקרטליסטי אותם צרכנים נעשים עניים יותר, ואילו החברות הסלולריות מתעשרות. כיוון שהתעשרותן של החברות הסלולריות שווה לגזילת העושר מאותם צרכנים, מבחינה חברתית כוללת לכאורה לא אירע דבר.⁸ אולם דיני ההגבלים העסקיים מדגישים את טובת הצרכנים ולא את טובת הפירמות, ועל כן התעשרות הפירמות על חשבון הצרכנים גם היא תופעה שדיני ההגבלים נועדו למנוע.⁹

שנית, מקובל לחשוב שתחרות מדרבנת את הפירמות להשקיע בהתייעלות, קרי בהפחתת העלויות השוליות שלהן. אם פירמה תדע כי היריבות שלה יכולות להקטין את העלות השולית שלהן, היא תדורבן, בשל התחרות, לעשות כן בעצמה, שאם לא כן יוכלו הפירמות היריבות להוריד מחירים אל מתחת לעלות השולית שלה ולסלקה מן השוק. שלישי, תחרות יכולה לדרבן את הפירמות להשקיע גם בשיפור המוצר או השירות. שוב, אם פירמה תצפה כי המתחרות שלה ישפרו את המוצר או השירות שלהן בעוד היא תשאיר את איכות המוצר או השירות ללא שינוי, היא תאבד נתח שוק.

ג. "תחרות" במציאות בדרך כלל איננה מושלמת

במציאות לעתים רחוקות תחרות חופשית מובילה למחיר השווה לעלות השולית להספקת המוצר. בדרך כלל התחרות איננה מושלמת. תופעה זו נובעת משילוב של שני מאפיינים של השוק: תחרות בין מעטים ("אוליגופול") ו"דבר־מה נוסף": אם בשוק פועל מספר קטן של פירמות מתחרות (מספר קטן המונצח כי לא רווחי לפירמות חדשות להיכנס לשוק), ונוסף על השוק יש איזו תכונה שהיא הגורמת לתחרות בין פירמות אלה לא להיות מושלמת, אזי המחיר בשוק, אפילו כאשר הפירמות מתחרות, לא ירד עד לעלות השולית. התכונות העיקריות הכלולות במסגרת אותו "דבר־מה נוסף", הגורמות – הן ותחרות בין מעטים יחד – לתחרות לא להיות מושלמת, הן בידול ומגבלות כושר ייצור. בידול הוא מצב שבו הצרכנים אינם רואים במוצרים או בשירותים של הפירמות תחליפים מושלמים אלה של

8 ההנחה כאן היא שלעוני היחסי של הצרכן אין תופעות לוואי נוספות, כגון אי-היכולת לרכוש מוצרים אחרים וכו'.

9 עוד ביטוי לדגש היתר שדיני ההגבלים העסקיים שמים על צרכנים הוא שגם אם עסקה חוסכת לפירמות עלויות באופן שהחסכון עולה על הפגיעה של העסקה בצרכנים, העסקה לא תוכשר על ידי דיני ההגבלים העסקיים. כדי שחסכון בעלויות ייחשב לטובת העסקה, יש לשכנע שחלק משמעותי ממנו מגולגל לצרכנים, באופן ששולל את הפגיעה בהם. ראו, למשל גילוי דעת 1/11 בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים, פרק ו'.

אלה. יש צרכנים המעדיפים את המוצר או השירות של פירמה אחת, ויש כאלה המעדיפים את המוצר או השירות של פירמה אחרת. הצרכנים רואים בפירמות תחליפים קרובים מספיק כדי שנראה בהן פועלות באותו השוק, אך כאמור התחליפיות איננה מושלמת. בידול יכול להיגרם הן מטעמי הצרכנים – אינרציה או הרגל או נאמנות שלהם למותג – או מכוח החוזה שבין הצרכן לפירמה, המעמיס עלויות שונות על הצרכן החפץ לעבור לפירמה מתחרה. כל אלה גורמים לצרכנים להישאר עם הפירמה הוותיקה שלהם גם אם פירמה מתחרה גובה מחיר נמוך יותר. במצב דברים זה כל פירמה יכולה לגבות מחיר מעל העלות השולית שלה, למרות התחרות.¹⁰

למשל, אם העלות השולית להספקת דקה סלולרית היא $1/2$ ש"ח לדקה, המחיר התחרותי (מושא התחרות הלא מושלמת או האוליגופוליסטית), בשל מיעוטן של חברות סלולריות ובשל הבידול ביניהן, יכול להיות, לשם המחשה, 1 ש"ח לדקה. מחיר "תחרותי" אוליגופוליסטי זה הוא מתחת למחיר הקרטליסטי, של 2 ש"ח לדקה למשל, המשיא את רווחי הפירמות הסלולריות, אך הוא מעל לעלות השולית. אינטואיטיבית כל חברה סלולרית איננה מרוויחה מספיק מהורדת המחיר אל מתחת ל- 1 ש"ח לדקה, משום שבשל הבידול לא מספיק צרכנים יעברו אליה. מספר הצרכנים שיעברו אליה איננו מצדיק את הקרבת הרווח לדקה הכרוך בהורדת המחיר אל מתחת ל- 1 ש"ח. מצב דברים זה נותן לפירמות כוח לגבות מחיר הגבוה מהעלות השולית שלהן, גם אם אין קרטל ביניהן על גביית המחיר המשיא את רווחיהן. הכוח לגבות מחיר מעל לעלות השולית נקרא "כוח שוק". ככל שהבידול גדול יותר, כך יוסיף המחיר התחרותי ויעלה עוד מעל לעלות השולית. כמוכן בידול גדול במיוחד יכול להביא אותנו למסקנה שהמוצרים או השירותים הנידונים אינם מתחרים זה בזה כלל, ומצויים בשווקים נפרדים. על כך נדון להלן כאשר נבדוק כיצד מגדירים מהו השוק הרלוונטי.

בידול יכול להיות גם גאוגרפי, וזאת בשווקים קמעונאיים, שבהם מיקום הפירמה חשוב לצרכנים. למשל, סופרמרקט המצוי בלב שכונת מגורים וסופרמרקט המרוחק מן השכונה 10 דקות נסיעה אינם תחליפים מושלמים בעיני הצרכנים אף על פי שהם נחשבים בדרך כלל מתחרים. צרכנים המתגוררים בשכונה עשויים לרכוש בסופרמרקט השכונתי גם אם המחירים בו גבוהים במידה מסוימת מן המחירים שגובה הסופרמרקט המרוחק יותר. גם כאשר קיים בידול גאוגרפי בשוק, המחיר התחרותי בתחרות בין מעטים צפוי להיות מעל לעלות השולית.

10 ראו Tirole, לעיל הערה 6, פרק 7.

עוד סוג חשוב של דבר-מה נוסף שגורם לתחרות בין מעטים להיות לא מושלמת הוא מגבלות בכושר הייצור.¹¹ נניח למשל שתי תחנות דלק הצמודות זו לזו. דלק נתפס בדרך כלל כמוצר הומוגני, שאין בו בידול. התחנות צמודות באופן שגם בידול גאוגרפי אין ביניהן. אם כך, לכאורה היינו מצפים שהמחיר התחרותי ירד עד לעלות השולית להספקת הדלק. כל מחיר גבוה יותר שגובה תחנה אחת ייחתך על ידי התחנה האחרת, שתרצה לחטוף נתח שוק, ושהיכולת שלה לעשות זאת היא לכאורה רבה משום שהיא צמודה לתחנה המתחרה ומוכרת את אותו מוצר עצמו – דלק. אולם אם לתחנות מגבלת כושר ייצור, כלומר יש גבול אפקטיבי לכמות הדלק שהן יכולות לספק בכל יום, אזי קיימת מגבלה גם לכדאיות של תחנת הדלק להפחית מחירים. נניח למשל שהמחיר שגובות התחנות הוא 1 ש"ח לליטר, והעלות השולית של התחנות להספקת הדלק היא 1/2 ש"ח לליטר. ייתכן שאף אחת מן התחנות איננה "מסוגלת" לגבות מחיר נמוך יותר, משום שאז כל הצרכנים באזור יעברו אליה, והיא לא תוכל לספק להם דלק בשל מגבלת כושר הייצור שלה. אין "טעם" לחתוך מחירים אם הדבר לא יביא להגדלת המכירות, ולפיכך המחיר התחרותי הרווח הוא 1 ש"ח לליטר, מעל לעלות השולית. ככל שמגבלת כושר הייצור חמורה יותר, כך המחיר התחרותי יהיה גבוה מהעלות השולית.

הן במקרה של בידול והן במקרה של מגבלות כושר ייצור הסיבה הנוספת להישארות המחיר התחרותי ברמה העולה על העלות השולית היא קיומן של מעט פירמות בשוק – אוליגופול. כאשר מספר הפירמות בשוק הוא רב, גם אם המוצרים של הפירמות מבודלים, וגם אם יש לפירמות מגבלות כושר ייצור, המחיר התחרותי צפוי להתקרב לעלות השולית. אינטואיטיבית המספר הרב של הפירמות גורם להבדלים בין פירמה אחת ל"שכנתה" במרחב המבודל להיות זניחים, ולכן כוחן של הפירמות לשמור על מחיר מעל לעלות השולית הוא מוגבל. בנוסף, גם אם כלל הפירמות בשוק מגבלות בכושר הייצור, מספרן הרב גורם לכושר הייצור המצרפי בשוק להיות גדול באופן שידרדר את המחיר כלפי מטה.

ד. היתרונות החברתיים של היות התחרות לא מושלמת

אין להצטער יותר מדי על שברוב רובם של השווקים התחרות איננה מושלמת. אילו היה המחיר יורד עד לעלות השולית, הרווח השולי של הפירמות היה אפסי. כאשר הרווח השולי הוא אפסי, התמריצים של הפירמות להיכנס לשוק מלכתחילה ייפגעו. כניסה לשוק כרוכה בדרך כלל בעלויות נכבדות, כגון פרסום, הקמת מפעל, רכישת ציוד ומקרקעין, השקעה

11 ראו שם בפרק 5.

במחקר ופיתוח וכדומה. פירמה לא תשקיע השקעות אלה אם היא לא תצפה להחזיר את השקעתה במסגרת הפעילות בשוק. אם המחיר יהיה שווה לעלות השולית, הסיכויים להחזיר ההשקעה קלושים. בדומה לכך, גם אם הפירמה כבר נמצאת בשוק, בדרך כלל היא צריכה להשקיע השקעות מעין אלה – פרסום, שדרוג התשתית ותחזוקה, הרחבה, שיפורים של המוצר וכדומה – כדי להתקיים בשוק. אם היא לא תצפה להחזיר את השקעתה על דרך פעילות בשוק, היא לא תשקיע השקעות אלה, ולבסוף תיפלט מן השוק. גם כאן אם המחיר הצפוי היה יורד עד לעלות השולית, היה הסיכוי להחזיר השקעות אלה קלוש. מנגד כיוון שבדרך כלל התחרות איננה מושלמת, הפירמה צופה רווחים, שיהיה בהם כדי להחזיר, לאורך חייה בשוק, השקעות רצויות אלה, ובכך לעודד את הפירמה להשקיע. לפיכך דיני ההגבלים העסקיים "חיים בשלום" עם תופעת התחרות הלא מושלמת. כל התעשיות היא שהפירמות לא יעשו בינן לבין עצמן הסדרים המשנים את הפרמטרים של השוק באופן מלאכותי המגדיל את רווחיהן על חשבון הצרכנים. למשל, דוגמת הקרטל בין החברות הסלולריות שנזכרה לעיל מנפחת את המחיר לזה שמשיא את רווחי הפירמות – 2 ש"ח – ואילו המחיר התחרותי שהיה רווח אלמלא הקרטל היה יכול להיות 1 ש"ח. אף על פי שאין שום ערובה שהבידול הטבעי בשוק או מגבלות כושר הייצור הטבעיות יביאו דווקא למחיר האופטימלי – מבחינת עידוד ההשקעות מצד הפירמות מחד ומבחינת היעדר פגיעה מוגזמת בצרכנים מאידך – ההנחה שמאחורי דיני ההגבלים העסקיים היא שתנאי השוק הטבעיים יביאו לתוצאה ראויה, ואל לפירמות "לשחק" עם תנאי השוק הטבעיים באופן העלול לפגוע בצרכנים.

הערה: השקעות קבועות אינן משפיעות על המחיר

ציינו לעיל כי פירמה שצופה שהיא תוכל לגבות מחיר שווה עלות לא תדורבן להשקיע השקעות הכרוכות בכניסה לשוק או בהישארות בו, כגון השקעה בתשתית, ציוד, פרסום וכו'. כאן המקום להזכיר תובנה כלכלית החשובה ליישומם של דיני ההגבלים העסקיים: עלויות קבועות, כאלה שאינן משתנות עם היקף הפעילות של הפירמה, כגון ציוד, מפעל, פרסום, מקרקעין וכו', אינן משפיעות על המחיר שהפירמה גובה. על כן כאשר פירמה משקיעה השקעות מעין אלה, היא לא תגלגל אותן לצרכנים דרך המחיר. שיעורן של עלויות אלה משפיע על החלטתה של הפירמה אם להשקיע את אותן השקעות, ועל כן יכול להשפיע על השאלה אם הפירמה תיכנס לשוק, או תישאר בשוק. אולם משהחליטה הפירמה להיכנס לשוק, או להישאר בו, ולהשקיע השקעות קבועות אלה, הן אינן משפיעות על המחיר שהפירמה תגבה. כדי להמחיש זאת אפשר להשתמש בטבלה הפשוטה הזאת, המראה פירמה, למשל חנות בקניון, המשלמת דמי שכירות קבועים לקניון (שאינם תלויים במכירות) בסך 10,000 ש"ח לחודש.

יחידה 4	יחידה 3	יחידה 2	יחידה 1	
7	8	9	10	מחיר ליחידה
28	24	18	10	פדיון
4	6	8	10	פדיון שולי
5	5	5	5	עלות שולית א
3	3	3	3	עלות שולית ב

נניח שאם המחיר שהפירמה גובה הוא 10 ליחידה, רק צרכן אחד מוכן לקנות את המוצר, ואז הפדיון הוא 10, והפדיון השולי (הפדיון על היחידה האחרונה שנמכרה) הוא 10. נניח גם שהעלות השולית להספקת היחידה הזאת היא 5. זה אומר שהרווח של הפירמה יהיה 5 (10 פחות 5 [הפדיון השולי פחות העלות השולית]). נבדוק עתה אם לפירמה כדאי להפחית את המחיר ל-9 ש"ח ליחידה, שאז ההנחה היא ששני אנשים יהיו מוכנים לקנות את המוצר. אם המחיר הוא 9, ולכן החנות מוכרת שתי יחידות, הפדיון הוא 18. הפדיון השולי הוא תוספת הפדיון שמקבלים מהמהלך הזה של הפחתת המחיר ומכירת שתי יחידות במקום אחת, כלומר ההפרש שבין הפדיון החדש כשמוכרים שתי יחידות (18) לבין הפדיון הקודם כשמוכרים רק יחידה אחת (10). אם כך, הפדיון השולי הוא 8. כיוון שעלות הספקת כל יחידה, כולל היחידה השנייה האמורה, היא רק 5, המהלך של הפחתת המחיר כאמור הוא כדאי, משום שהפדיון השולי (8) גבוה מהעלות השולית להספקת היחידה הנוספת הזאת (5). בדומה לכך אפשר לראות שכדאי לחנות להפחית את המחיר אף ל-8 ליחידה. או אז ירכשו אותה שלושה צרכנים במקום שניים, והפדיון השולי יהיה 6, עדיין גבוה מן העלות השולית להספקת אותה היחידה. כלומר, בהפחתת המחיר ל-8 אפשר להפיק רווח נוסף של 1 (6 פחות 5). אם החנות תנסה להפחית את המחיר עוד יותר – ל-7 – אף על פי שעוד צרכן אחד ירצה לרכוש את המוצר, והחנות תוכל אז למכור ארבע יחידות במקום שלוש, יהיה הפדיון השולי מן המהלך רק 4, ואילו העלות השולית להספקת היחידה הרביעית – 5. אם כך, הפחתת המחיר ל-7 כבר איננה כדאית, והפירמה תגבה מחיר של 8. אם כך, החנות בוחרת את המחיר ממקסם הרווח שלה בלי קשר כלשהו לעלות הקבועה, של 10,000 ש"ח דמי שכירות חודשיים, שהיא מחויבת בין כך ובין כך לשלם לבעל הקניון. כמובן לפני שתוציא את העלות הקבועה האמורה של 10,000 ש"ח לחודש, על החנות לשקול אם הדבר כדאי לאור הרווח הצפוי מפעילות בקניון. גם לכשייגמר חוזה השכירות תצטרך החנות לשקול אם לחדש את השכירות ולהמשיך לשלם את העלות הקבועה הזאת או לצאת מן הקניון. אולם כל עוד החנות פועלת בקניון, כל ניסיון שלה להעמיס על המחיר שהיא גובה מן הצרכנים את העלות הקבועה האמורה רק יפגום ברווחיה. למשל, אם החנות "תשכנע את עצמה" שכדאי לה לדמות כאילו מכירת כל יחידה עולה לה 9, במקום 5, היא

תגובה אז מחיר של 10, תמכור לצרכן בודד ותרוויח רק 5 תוך הקרבה של הרווח האפשרי הנוסף ממכירת שתי יחידות נוספות, שבהן הפדיון השולי עולה על העלות השולית. מנגד נבחן מה תעשה החנות כאשר העלות השולית שלה יורדת מ-5 ליחידה ל-3 ליחידה. הפעם רווחי לחנות אף להפחית את המחיר ל-7 ליחידה (מהלך שלא היה רווחי כאשר העלות השולית הייתה 5 ליחידה). כאמור לעיל, הפדיון השולי מהפחתת המחיר ל-7 ומכירת יחידה נוספת הוא 4. כיוון שהעלות השולית הפעם היא רק 3, מהלך זה מניב לחנות רווח נוסף של 1 (4 פחות 3). על כן ירידה בעלות השולית מתורגמת באופן רגיל לירידה גם במחיר, משום שרווחי או לפירמה למכור יותר יחידות ולהפחית את המחיר. יש לשים לב שבדוגמה זו לא הנחנו דבר באשר לכוח השוק של הפירמה. ייתכן שהחנות הזאת היא מונופול בתחומה. גם אז הניתוח היה דומה: העלות הקבועה לא הייתה משפיעה על המחיר, וירידה בעלות השולית הייתה מתורגמת למחיר נמוך יותר לצרכנים. הנחנו רק כי צרכנים רבים יותר חפצים לקנות את המוצר כאשר מחירו יורד – הנחה התופסת ברוב רובם של השווקים.

ה. סוגים של פגיעה בתחרות

אפשר לחלק השפעות אנטי-תחרותיות של פרקטיקות, הסדרים, מיזוגים וכו' לשלוש קטגוריות עיקריות: השפעות חד-צדדיות (unilateral effects), השפעות מתואמות (effects coordinated) והשפעות טורפניות (exclusionary effects). השפעות חד-צדדיות גורמות למחיר התחרותי-אוליגופוליסטי, מושא התחרות הלא מושלמת שנידונה בפסקה 3 לעיל, לעלות גם אם אין קרטל (סמוי או גלוי)¹² בשוק. השפעות מתואמות מאפשרות ביתר קלות תיאום קרטל או יציבות של קרטל, או תיאום מצב של אי-תחרות או יציבות של מצב זה. לבסוף השפעות טורפניות עלולות לסלק פירמות מן השוק או לחסום כניסה של פירמות חדשות לשוק או התרחבות של פירמות קיימות, וכך בטווח הארוך לפגום במבנה השוק ולגרום להשפעות חד-צדדיות או מתואמות הפוגעות בצרכנים, כאמור לעיל. נדון להלן בהשפעות אלה אחת לאחת.

יש להעיר כי לצד השפעות הפוגעות בצרכנים מבחינת מחיר המוצר, במקרים מסוימים אפשר לדון בהשפעות הפוגעות בצרכנים מבחינת איכות המוצר, או מגוון המוצרים. הדיון

12 כפי שנראה להלן, קרטל בשוק יכול להיות גם "סמוי", קרי ללא כל קומוניקציה בין הפירמות. מבחינה כלכלית קרטל סמוי כזה דומה לקרטל גלוי, שבו הפירמות מסכימות ביניהן כי יגבו את המחיר הקרטליסטי. אולם מבחינה משפטית הטיפול בשתי התופעות שונה.

בהשפעות מעין אלה, בשינויים המחויבים, דומה לדיון שייסב להלן על פגיעה בצרכנים מבחינת מחיר המוצר.

1. השפעות חד-צדדיות

כאמור לעיל, השפעה חד-צדדית היא החשש לניפוח המחיר התחרותי-אוליגופוליסטי מושא התחרות הלא מושלמת. הווה אומר, כדי שהשפעה חד-צדדית תתרחש, בדרך כלל השוק צריך להיות כזה שבו התחרות איננה מושלמת עקב תחרות בין מעטים ודבר-מה נוסף (כגון בידול או מגבלות כושר ייצור). קיימות פרקטיקות שהסיבה שהן עלולות לפגוע בתחרות, ועל כן עשויות להיות הגבל עסקי אסור, היא לאו דווקא האפשרות שהן יקלו קיומו של קרטל, אלא שגם בהיעדר קרטל המחיר שירווח, או פרמטרים אחרים בשוק, יהיו גרועים בהרבה מבחינת הצרכנים. השפעה חד-צדדית יכולה לחול או משום שהפרקטיקה מחריפה ישירות את הדבר-מה הנוסף (למשל מחריפה באופן מלאכותי את הבידול או את מגבלות כושר הייצור בשוק), או שהיא מחריפה את הבעיה של "תחרות בין מעטים" (למשל מקטינה את מספר הפירמות בשוק), או שהיא משנה את תמריצי הפירמות באופן שמקצין את חוסר המושלמות של התחרות שנגרמת מהתחרות בין מעטים והדבר-מה הנוסף. ניתן כאן דוגמאות לכל הסוגים הללו של השפעות חד-צדדיות.

כאשר פירמה מגדילה ללקוח שלה את העלויות במעבר לפירמה מתחרה, כגון בהחתמתו לתקופה מסוימת וחיובו בקנס אם הוא עוזב אותה לפני תום התקופה, הפירמה מחריפה את הבידול (את הדבר-מה הנוסף) ובכך מגדילה את הכוח של הפירמה להעלות את המחיר מעל לעלות השולית גם ללא קרטל (סמוי או גלוי) בין הפירמות. אם כך, החוזה המסדיר את כבילת הלקוח אל הפירמה "עלול לפגוע בתחרות" באשר יש לו אפקט חד-צדדי של ניפוח המחיר התחרותי במצב של תחרות לא מושלמת. אם לפני כבילת הלקוח המחיר התחרותי שגבתה הפירמה מהלקוח היה 1 ש"ח, אחרי כבילתו המחיר התחרותי עלול לעלות ל-1.5 ש"ח.¹³ נפתחת אז הדלת לטענה כי מדובר בהסדר כובל, למשל לפי סעיף 2(א). עוד דוגמה להסדר המחירי את הדבר-מה הנוסף הוא הסדר בין פירמות להגבלת כושר הייצור שלהן. מגבלת כושר הייצור מושא ההסדר עלולה לנפח את המחיר התחרותי עקב הדבר-מה נוסף בדמות מגבלות כושר הייצור.

כדוגמה שנייה ניקח מיזוג של מתחרים בשוק ממועט-מתחרים. נניח ששתיים מתוך שלוש חברות סולריות מתמזגות זו עם זו באופן ששתייהן תהיינה בשליטה משותפת. כיוון

13 ההנחה כאן היא שהלקוח האמור איננו מספיק מתוחכם כדי לדרוש הנחה ניכרת במחיר בתמורה לכבילתו. למשל, הוא נמשך לחתום על הכבילה על ידי פיתוי לכאורי, כגון שדרוג כלשהו, שהוא שילם עליו תבין ותקלין, או שלא הבין כלל כי כבלו אותו.

שמדובר בשוק ממועט-מתחרים, שיש בו גם דבר-מה נוסף (בידול), צפוי אפקט חד-צדדי. האפקט החד-צדדי נגרם הפעם מהחרפת האלמנט של תחרות בין מעטים. בשל המיזוג יש בשוק עוד פחות פירמות משהיו קודם לכן. למשל, אם "פרטנר" מתמזגת עם "פלאפון", הן צפויות לרצות להעלות את המחיר התחרותי-אוליגופוליסטי שהן גובות בשוק זה שבו התחרות ממילא איננה מושלמת. נניח למשל שלפני המיזוג היה המחיר התחרותי 1 ש"ח לדקה והעלות השולית 1/2 ש"ח לדקה. הסיבה ש"פרטנר" ו"פלאפון" לא העזו להעלות את המחיר התחרותי שהן גובות ל-1.5 ש"ח הייתה שהן פחדו שאם יעשו זאת, הן יאבדו נתח שוק לטובת המתחרים, כולל נתח שוק של האחת לטובת האחרת. על כן אותו איזון בין הרצון להרוויח לכל יחידה לבין החשש לאבד נתח שוק גרם למחיר תחרותי של 1 ש"ח ליחידה. אולם עתה משהתמזגו, האיזון הזה חייב להשתנות: "פרטנר" ו"פלאפון" כבר אינן חוששות להפסיד נתח שוק זו לטובת זו, משום שמדובר באותה הפירמה (בהנחה שהבעלות ביניהן היא של 100%). על כן הן לא יהססו להעלות מחירים יחסית למצב שלפני המיזוג, למשל ל-1.5 ש"ח לדקה. זאת אף אם אין קרטל, סמוי או גלוי, בשוק.¹⁴

יש לציין כי אפקט זה לא היה מתרחש אילו הייתה התחרות בשוק מושלמת, קרי אם לא היה שום דבר-מה נוסף, כגון בידול או מגבלות כושר ייצור. בשוק שבו אין שום דבר-מה נוסף אפילו תחרות בין שתי פירמות בלבד צפויה להוביל למחיר השווה לעלות השולית. לכן כל עוד קיימות לאחר המיזוג שתי פירמות ומעלה בשוק, בשוק בלי דבר-מה נוסף בדרך כלל אין למיזוג בין מתחרים השפעות חד-צדדיות היות שאין בשוק דבר-מה נוסף, בין היתר אין אף לפירמה אחת מגבלות כושר ייצור כלשהן, והמוצרים הומוגניים לחלוטין, קרי הצרכנים רואים בכל הפירמות תחליפים מושלמים. בהיעדר שיווי משקל דמוי קרטל, גם לאחר מיזוג של שתיים מהפירמות התמריץ שלהן להפחית מחירים בדרך כלל לא נפגע, משום שאף הפחתת מחירים מזערית ביחס לפירמות המתחרות מאפשרת למי שהפחית מחיר כאמור לחטוף את כל הצרכנים בשוק.

כדוגמה שלישית ניקח השקעת מיעוט של פירמה אחת בפירמה מתחרה, שאיננה עולה כדי מיזוג. נניח למשל שבמקום לרכוש את "פלאפון" "פרטנר" רק משקיעה ב-20% ממניותיה של "פלאפון" בלי שום יכולת להשפיע על פעילותה של "פלאפון" וללא גישה למידע רגיש על אודות "פלאפון" (למשל מדובר במניות ללא זכויות הצבעה אלא רק עם זכויות לרווחים, וכי יש הסכם בעלי מניות המונע מ"פלאפון" גישה למידע כאמור). גם להשקעה פסיבית מעין זו השפעה חד-צדדית.¹⁵ הפעם, אף על פי שלא קטן מספר הפירמות

14 U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission 2010 Horizontal Merger Guidelines, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>.

15 David Gilo, *The Anticompetitive Effect of Passive Investment*, 99 MICH. LAW REV. 1, ראו (2000) 10-13, והאסמכתאות המובאות שם.

בשוק, התמריצים שלהן צפויים להשתנות. בפרט "פרטנר", החברה המשקיעה, תהסס פחות להעלות את המחיר שלה, למשל ל-1.3 ש"ח לדקה, במקום 1 ש"ח לדקה. זאת משום שגם אם הדבר יגרום לה לאבד נתח שוק לטובת "פלאפון", 20% מרווחי "פלאפון" שייכים לה ממילא. גם כאן האיזון ש"פרטנר" עורכת בין הרצון להרוויח ליחידה לבין החשש לאבד נתח שוק חייב להשתנות בעקבות העסקה באופן שמייצר את האפקט החד-צדדי. גם כאן האפקט החד-צדדי ניוון מהעובדה שהתחרות איננה מושלמת. אלמלא היה בשוק דבר-מה נוסף, הייתה "פרטנר" מוסיפה לרצות להפחית מחיר כל אימת שמתחריה גובים מחיר הגבוה מן העלות השולית כדי לחטוף להם את כל הלקוחות בשוק.¹⁶

כאשר לעסקה או להתנהגות אפקט חד-צדדי, לצד סוג הפגיעה בצרכנים יש לנתח גם את סיכויי הפגיעה או את מידתה. בפרט כאשר פירמה בתחרות בין מעטים חפצה להעלות את המחיר התחרותי שהיא גובה, למשל עקב מיזוג שלה עם מתחרה, או השקעה שלה במתחרה, או הגדלת עלויות המעבר של לקוחותיה, הרי שמתחריה של הפירמה צפויים להגיב לכך. המודלים הכלכליים השונים של תחרות בין מעטים מובילים לתוצאות צפויות שונות מבחינת התגובה של המתחרים. על פי מודל אחד, תגובתם של המתחרים תהיה "ידידותית", למשל כאשר מתחרה א מעוניין להעלות את המחיר התחרותי מ-1 ש"ח ליחידה ל-1.5 ש"ח ליחידה עקב האפקט החד-צדדי, מתחריו יגיבו בהעלאת מחירים דומה, ל-1.5 ש"ח ליחידה, וכך יעלו המחירים בכל השוק ל-1.5 ש"ח ליחידה.¹⁷ אינטואיטיבית המתחרים יודעים שהם יכולים להעלות מחירים באותה המידה שמתחרה א העלה מחירים מבלי לאבד נתח שוק, ובכך גם לא יאבדו נתח שוק וגם ירוויחו יותר ליחידה (אנו ממשיכים להניח שהמחיר שהיה משיא את רווחי הפירמות הוא 2 ש"ח ליחידה, ולכן העלאת המחיר ל-1.5 ש"ח ליחידה, בלי לאבד נתח שוק, מגדילה את הרווחים). על פי המודל החלופי, כאשר מתחרה א חפץ להתחרות תחרות עזה פחות, על ידי העלאת המחיר התחרותי וההקטנה המתאימה של הכמות שהוא מוכר (כידוע, ככל שהמחיר גבוה יותר, הכמות

16 דוגמאות נוספות לעסקאות בעלות אפקטים חד-צדדיים הן למשל הסדר לקוח מועדף רטרואקטיבי, כלומר ספק המבטיח ללקוחותיו כי אם יפחית מחירים בעתיד הוא יפצה אותם רטרואקטיבית על המחיר היקר יותר ששילמו עד הפחתת המחירים (ראו, Thomas E. Cooper, *Most Favored Customer Pricing and Tacit Collusion*, 17 RAND JOURNAL OF ECONOMICS 377 (1986)), הסדר התאמת הנחות, קרי הבטחה ללקוחות שאם יביאו לפני הספק הצעה מתחרה זולה משל הספק, יתאים הספק את הנחה: אפשר להראות כי ההסדר מקל הפליה בין לקוחות אדישים למחיר ללקוחות רגישים למחיר, באופן המדרבן את הספק להעלות את המחיר התחרותי שהוא גובה מן הלקוחות האדישים (ראו Aaron S. Edlin, *Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, and Can Antitrust Rise to the Challenge?*, 111 HARV. L. REV. 528 (1997)).

17 ראו למשל TIROLE, לעיל הערה 6, בעמ' 330.

הנמכרת נמוכה יותר), המתחרים מגיבים ב"אגרסיביות" על ידי הגדלת הכמויות שהם מספקים כדי לחטוף למתחרה א נתח שוק. בתגובה האגרסיבית של המתחרים יש כדי לרכך את הפגיעה בצרכנים הגלומה באפקט החד-צדדי. אולם כפי שאפשר להראות, בכל מקרה המחיר בסופו של דבר יעלה יחסית למחיר שרווח לפני שהתרחש האפקט החד-צדדי.¹⁸ קשה לנבא איזה המודלים הכלכליים האלה – זה של "התגובה הידידותית" או זה של "התגובה האגרסיבית" – מתאים לאיזו תעשייה, אולם מקובל לחשוב שבתעשייה שבה המתחרים המעטים קובעים את המחיר כמשתנה האסטרטגי שלהם, וקיים בידול בין המוצרים או השירותים המתחרים, המודל המתאים הוא של "התגובה הידידותית", והחשש להעלאת מחירים עקב אפקט חד-צדדי חמור במיוחד. זאת ועוד, הסיכוי לתגובה אגרסיבית של המתחרים נגזר מהשאלה אם יש להם בכלל יכולת להגיב באופן אגרסיבי, כלומר אם יש להם עודפי כושר ייצור. נניח למשל שבאזור אחד קיימות שלוש תחנות דלק בשלוש נקודות שונות באופן שקיים בידול גאוגרפי. נניח שתחנה א התמזוגה עם תחנה ב והן עוברות לשליטה משותפת. כפי שראינו לעיל, צפוי אפקט חד-צדדי, משום שתחנות א ו-ב ירצו להעלות את המחיר התחרותי-אוליגופוליסטי שהן גובות, למשל מ-1 ש"ח לליטר שהן גבו לפני המיזוג ל-1.5 ש"ח לליטר שהן ירצו לגבות אחרי המיזוג. כיצד תגיב למיזוג תחנה ג, שצופה העלאת מחירים מעין זו מצד תחנות א ו-ב? אם תחנה ג נמצאת כבר עתה בשיא כושר ההספקה שלה – כבר עתה היא מוכרת את כל הדלק שהיא יכולה למכור ביום – הרי שאין צפויה תגובה אגרסיבית כלשהי מצדה: גם היא תעלה את המחיר ל-1.5 ש"ח לליטר, משום שהיא איננה מסוגלת לגבות מחיר נמוך מזה שגובות תחנות א ו-ב. היא ממילא לא תוכל לספק דלק לצרכנים שיעברו אליה מתחנות אלה, שהרי כבר עתה היא בשיא כושר ההספקה שלה. אם כך, תגובה אגרסיבית מצד תחנה ג אפשרית רק אם יש לה עודפי כושר ייצור: רק אם במצב שלפני המיזוג היא סיפקה רק חלק מכפי יכולתה. או אז אם חל עליה המודל החלופי, זה של "התגובה האגרסיבית", וייתכן כי תגובתה תוכל לרכך את הפגיעה בצרכנים (אם כי לא לאיין אותה): היא תגדיל את התפוקה שלה תוך ניצול חלק מעודף כושר ההספקה שלה, ובכך יעלה המחיר לצרכן בסופו של דבר פחות מאשר אילו הייתה התגובה של תחנה ג ידידותית.

דוגמה זו ממחישה את אופן הניתוח הראוי של מידת הפגיעה בצרכנים כאשר יש חשש לאפקטים חד-צדדיים: ככל שכושר הייצור הלא מנוצל המצרפי של המתחרים – אלה שאינם נגועים באפקט החד-צדדי (למשל הפירמות בשוק שלא צד למיזוג, או הפירמות בשוק שלא השקיעו במתחרה שלהן, או הפירמות בשוק שלא העלו את עלויות המעבר של לקוחותיהן וכו') – גדול יותר, כך התקווה לריכוך הפגיעה בצרכנים גדולה יותר אם תהיה

18 ראו למשל שם, פרק 5.

תגובה אגרסיבית של מתחרים אלה לאפקט החד-צדדי. יש לזכור כי גם אם יש למתחרים כושר ייצור לא מנוצל, הם לא בהכרח ירצו להשתמש בו: הם עלולים להגיב "תגובה ידידותית" לאפקט החד-צדדי, והפגיעה בצרכנים לא תתרכך. כמובן, אחת השאלות המתעוררות היא מיהן אותן פירמות אחרות שיכולות לרסן את הפגיעה בצרכנים ושאת כושר הייצור הלא מנוצל שלהן יש לבדוק. זוהי שאלה הקשורה ל"הגדרת השוק" שתידון בהמשך.

2. השפעות מתואמות

סוג נוסף של פגיעה בצרכנים הוא של השפעות מתואמות: כאשר התנהגות או עסקה מאפשרות ביתר קלות תיאום שיווי משקל ארוך-טווח דמוי קרטל או את יציבותו של שיווי משקל כזה. לכאורה היה אפשר לשאול מה הטעם לחשוש מהשפעות מתואמות אם ממילא אפשר לאסור על קרטלים ישירות. אולם קרטלים יכולים להיות גם "סמויים", קרי הם יכולים להיות מושגים גם ללא כל קומוניקציה, אף לא מהסוג של "קריצת עיין", בין המתחרים. בתחרות בין מעטים המתחרים יכולים להגיע לתוצאה דמוית קרטל גם באמצעות התנהגות מחירים גרידא. למשל, חברה סלולרית אחת יכולה להעלות את המחיר למחיר הקרטליסטי, של 2 ש"ח לדקה, ובעקבותיה גם החברות הסלולריות האחרות יכולות להעלות את המחיר ל-2 ש"ח לדקה, כל אחת לעצמה, מבלי לדבר על כך עם האחרות. תופעה זו דומה לכאורה ל"התגובה הידידותית", שנידונה לעיל בהקשר של האפקט החד-צדדי. אולם היא שונה הן בעצמתה והן במנגנון שמייצב אותה. מבחינת העצמה הקרטל הסמוי כשמו כן הוא: הוא יכול להגיע עד למחיר הקרטליסטי, שמשיא את רווחי הפירמות, ממש כאילו ישבו ותיאמו מהו המחיר האופטימלי להן. לא כך הוא האפקט החד-צדדי שנידון לעיל, שבדרך כלל גורם למחיר הנמוך מזה המשיא את רווחי הפירמות. מבחינת המנגנון שמייצב את הקרטל הסמוי מדובר ב"מאזן אימה" ארוך-טווח בין הפירמות, להבדיל מהאפקט החד-צדדי שיתרחש גם אם אין קיים "מאזן אימה" ארוך-טווח מעין זה. אותו "מאזן אימה" הוא החשש של כל פירמה שאם תנסה לסטות מן המחיר הקרטליסטי, גם הפירמות האחרות יסטו ממנו מכאן ואילך באופן שימוטט את הקרטל לטווח הארוך. אם כך, השאלה אם קרטל סמוי הוא יציב תלויה בשאלה אם פירמה יכולה להרוויח בטווח הקצר – על ידי סטייה מהקרטל וחיטפת נתח שוק למתחריה – יותר מאשר היא מפסידה בטווח הארוך מכך שמתחריה צפויים להגיב במלחמת מחירים באופן שימוטט את המחיר לכיוון המחיר התחרותי מכאן ואילך. מספיק שבשביל פירמה אחת הרווח לטווח הקצר, בזמן סטייה מקרטל, גדול מההפסד הצפוי לטווח הארוך עקב מלחמת המחירים שתפרוץ כדי שהקרטל יתמוטט כליל. לעומת זאת הקרטל יהיה יציב אם בשביל כל הפירמות בשוק יהיה הרווח לטווח קצר בזמן סטייה מן הקרטל

קטן מההפסד הצפוי לטווח ארוך ממלחמת המחירים.¹⁹ יש לציין כי מקובל לחשוב כי קרטל סמוי כשלעצמו, ללא קומוניקציה כלשהי בין המתחרים, אפילו לא "קריצת עין", איננו הסדר כובל אסור.²⁰

על כן אחת מהמכשלות העומדות בדרכן של הפירמות החפצות בקרטל היא מכשלת היציבות. לעתים די שפירמה אחת שלה עודפי כושר ייצור ניכרים תרצה לסטות מהקרטל כדי שהלה יקרוס. בפני הפירמות עומדת מכשלה נוספת והיא מכשלת התיאום: כדי שישורר מחיר קרטליסטי, על כל הפירמות להבין מהו המחיר הקרטליסטי שכולן יגבו. אם המוצרים של הפירמות נתפסים בעיני הצרכנים כבעלי איכות דומה, המחיר הקרטליסטי צריך להיות אחיד בדרך כלל כדי שישורר. אלא שאם הפירמות שונות מבחינות אחרות, כגון מבחינת שיעור העלות השולית של כל אחת מהן, צפוי כי כל פירמה תעדיף כי ישורר מחיר קרטליסטי אחר. כך בדרך כלל פירמה בעלת עלויות שוליות נמוכות יותר תעדיף שהמחיר הקרטליסטי יהיה נמוך יותר (כשם שמונופול שהעלות השולית שלו נמוכה יגבה מחיר מונופוליסטי נמוך ממונופול שהעלות השולית שלו גבוהה יותר). כאשר קיימים חילוקי דעות בין הפירמות באשר לשיעורו של המחיר הקרטליסטי, בעיית התיאום שעומדת בפני הפירמות חמורה במיוחד. במצב אידאלי הפירמות ירצו לדבר על כך, ליישב את ניגודי האינטרסים, להגיע לפשרה כלשהי תוך פיצוי הפירמות שוויתרו במסגרת הפשרה וכו'. אלא שתיאום מפורש מעין זה מהווה הסדר כובל אסור מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. אכן, זהו הרציונל הכלכלי שמאחורי האיסור הידוע על פירמות מתחרות שלא לתאם את הפרמטרים שהן אמורות להתחרות עליהם. תיאום כזה עוזר להן לפתור את אחת המכשלות העומדות בפניהן בדרך ליצירת קרטל – היא מכשלת התיאום.²¹

אם כך, עסקה או התנהגות בעלת השפעה מתואמת מאופיינת בהקלתה על הפירמות לפתור או את מכשלת התיאום או את מכשלת היציבות, או את שתיהן. דוגמה להתנהגות העוזרת לפירמות לפתור את בעיית התיאום היא העברת מידע בין המתחרים באשר להתנהגות המחירים הצפויה. למשל, נניח שהפירמות נוהגות לפרסם תדיר מתי ובכמה הן מתכוונות להעלות את המחיר. נניח שפירמה א מפרסמת כי היא עומדת להעלות את

19 במילים אחרות, האפקט החד-צדדי מתרחש במודל חד-תקופתי. הוא איננו תלוי באיום במלחמת מחירים ארוכת-טווח כדי לייצבו. לעומת זאת הקרטל הסמוי מתאפשר רק במודל רב-תקופתי שבו החשש ממלחמת מחירים ארוכת-טווח מרתיע את הפירמות מלסטות מהמחיר הקרטליסטי. ראו TIROLE, לעיל הערה 6 בפרק 6.

20 ראו למשל בארצות הברית את Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 13 S.Ct. 2578 (1993) ובקהילייה האירופית, את Suiker Unie v. E.C. Commission, [1976] 1 CMLR 295.

21 ראו דייוויד גילה "האם המלצה על המחיר היא הגבל עסקי ומדוע?" עיוני משפט לג 134 (2010).

המחירים ב-10% בשבוע הבא. אם גם פירמה ב מפרסמת שהיא עומדת להעלות את המחירים ב-10% בשבוע הבא, שתייהן "מבינות את הרמז" ואכן מעלות את המחירים ב-10% בשבוע הבא. אם פירמה ב מפרסמת שהיא מתכוונת להעלות את המחירים ב-5%, פירמה א מתקנת את הכרזתה ומודיעה כי היא תעלה את המחירים רק ב-5%. אם פירמה ב איננה אומרת דבר, פירמה א מבטלת את הצהרתה. מנגנון מעין זה יכול לעזור לפירמות לפתור את מכשלת התיאום דרך ההכרזות התדירות על העלאות מחירים עתידיות, ועל כן יש לו השפעה מתואמת, מהסוג של הקלה על תיאום קרטל.²²

סוג נוסף של השפעה מתואמת, כאמור לעיל, הוא כאשר התנהגות או עסקה עוזרת לפירמות לפתור את מכשלת היציבות. כל התנהגות או עסקה שמרתיעות פירמות מלסטות מן הקרטל, פוטנציאלית יכולות לפתור את מכשלת היציבות. למעשה, לעתים אנחנו יכולים להיות מדויקים עוד יותר בהקשר זה: כיוון שדי שפירמה אחת תרצה לסטות מן הקרטל כדי שהקרטל יקרוס, רק הפירמה שרוצה לסטות מהקרטל יותר מכל פירמה אחרת מכריעה אם יהיה קרטל אם לאו. לפירמה שרוצה לסטות מקרטל יותר מכל פירמה אחרת קוראים בעגת ההגבלים העסקיים "מחוללת התחרות" או ה-maverick של השוק.²³ אם מחולל התחרות רוצה לסטות מן הקרטל, הוא יסטה, והקרטל יקרוס. אם מחולל התחרות איננו רוצה לסטות מן הקרטל, קל וחומר שגם הפירמות האחרות, שרוצות פחות לסטות מהקרטל, לא ירצו לסטות ממנו. על כן תמריציו של מחולל התחרות – השאלה אם הוא חפץ לסטות משוויו משקל דמוי קרטל אם לאו – הם בדרך כלל חשובים מאוד לניתוח השפעות מתואמות.

יש להבהיר שלעתים קיימות פירמות שיכולות "לזנב" בקרטל ולהציע לצרכנים תנאים טובים ממנו גם בלי לגרום לקריסתו הכוללת. למשל, פירמה יכולה לסטות מתנאי הקרטל ולחטוף נתח שוק בלי לעורר תגובה של מלחמת מחירים כוללת. גם פרקטיקות שמרתיעות פירמות מעין אלה מלסטות מהקרטל הן בעלות השפעות מתואמות מהבחינה שהן עלולות למנוע מאותם צרכנים שהיו יכולים ליהנות מסטיית אותן פירמות מהקרטל את אותה טובת הנאה פרו-תחרותית. על אחת כמה וכמה יש השפעות מתואמות ניכרות לפרקטיקות שמרתיעות מחולל תחרות (פירמה שסטייה שלה מהקרטל גורמת לקריסתו) מלסטות. מכאן שלעתים קרובות כדאי לנסות ולהתחקות על זהותו של מחולל התחרות בשוק.

22 לפרשייה עובדתית דומה ראו United States v. Airline Tariff Publishing Company, et al, <http://www.justice.gov/atr/cases/dir23.htm> ראו גם הסדרים כובלים בין בנק הפועלים, בנק לאומי, בנק דיסקונט, בנק המזרחי והבנק הבינלאומי, שעניינם העברת מידע הנוגע לעמלות, <http://archive.antitrust.gov.il/ANTGetItemHtml.aspx?ID=9880>.

23 ראו U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, 2010 Horizontal Merger Guidelines, section 2.1.5, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>.

יש כמה דרכים לנסות ולהתחקות על מחולל התחרות בשוק. פרמטר אחד רלוונטי הוא נתח שוק. אם שאר הפרמטרים זהים, צפוי כי הפירמה בעלת נתח השוק הקטן ביותר (אך בעלת כושר ייצור ניכר ויכולת לספק לחלק ניכר מהשוק) תהיה מחוללת התחרות, משום שפירמה בעלת נתח שוק קטן פחות נהנית מהקרטל עקב קוטנה, והרווח שלה מהגדלת נתח השוק על דרך סטייה מהקרטל עשוי להיות גדול יותר. בנוסף, אם שאר הפרמטרים זהים, צפוי כי הפירמה שלה העלות השולית הנמוכה ביותר בשוק תהיה מחוללת התחרות.²⁴ זאת משום שהפירמה שלה העלות השולית הנמוכה ביותר בדרך כלל מעדיפה ממילא מחיר קרטליסטי נמוך מזה שרווח, ולכן נוהגת לה לסטות ממחיר קרטליסטי כזה, ובנוסף אף בזמן מלחמת מחירים פירמה יעילה מעין זו יכולה להרוויח יפה, ולכן מלחמת מחירים מרתיעה אותה פחות.²⁵ שלישיית, אם שאר הפרמטרים זהים, הפירמה שיש לה האפשרויות הסבירות ביותר לסטות מן הקרטל מבלי שהפירמות האחרות יגלו זאת מיד – היא מחוללת התחרות. זאת משום שהרווח של פירמה כזאת בזמן סטייה מקרטל עשוי להיות גדול יותר לפני שהפירמות היריבות מגלות את דבר הסטייה ומגיבות במלחמת מחירים. לבסוף, רשויות הגבלים עסקיים בארץ ובעולם בודקות לעתים את התנהגות המחירים של הפירמות בעבר: פירמה שגם בעבר הייתה הראשונה לפתוח במלחמת מחירים ובמבצעים היא ככל הנראה מחוללת התחרות.²⁶ מלאכה קשה יותר נדרשת כאשר הפרמטרים אינם זהים: למשל, לעתים אחת מהפירמות היא היעילה ביותר (דבר הרומז שהיא מחוללת התחרות), אך עם זאת היא גם בעלת נתח השוק הגדול ביותר (דבר המרמז שהיא דווקא איננה מחוללת התחרות). לעתים קרובות אין בררה אלא לשער שכל אחת מהפירמות בשוק עשויה להיות, בזמן כזה או אחר, מחוללת התחרות ולנתח את ההשפעות המתואמות כמתבקש. השפעה מתואמת מהסוג של הקלת יציבות הקרטל מרתיעה את מחולל התחרות (או מחוללי התחרות, אם יש כמה כאלה בשוק שרוצים יותר מכולם לסטות מקרטל) מלסטות מהקרטל, אם משום שהרווחים לטווח קצר של מחולל התחרות בזמן סטייה מקרטל קטנו, ואם משום שגדל ההפסד הצפוי לטווח ארוך של מחולל התחרות ממלחמת מחירים.²⁷

24 ראו David Gilo, Yossi Spiegel and Umed Tumershoev, *Partial Cross Ownership and Tacit Collusion with Cost Asymmetries* (working paper, 2008).

25 מנגד הפירמה היעילה ביותר גם מרוויחה את הרווח הרב ביותר מן הקרטל בשל עלויותיה השוליות הנמוכות, ולכן תובנה זו איננה תמיד נכונה.

26 ראו למשל נימוקים להתנגדות למיזוג הריבוע הכחול ישראל בע"מ – ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ. החלטת הממונה בעניין מיזוג דור אלון סונול, <http://archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=7257&FromSubject=&FromYear=2012&FromPage=0>.

27 כאמור לעיל, השפעה מתואמת אחרת מהסוג של הקלה על יציבות קרטל היא כאשר הפרקטיקה מרתיעה פירמה בעלת עודפי כושר ייצור שהייתה רוצה "לזנוב" בשיווי המשקל הקרטליסטי, קרי להציע ללקוחות מסוימים תנאים טובים ממנו ולא רק לגרום לו לקרוס כליל.

כדוגמה אפשר להביא גם כאן מיזוג בין מתחרים, ובפרט מיזוג שאחד הצדדים לו הוא מחולל התחרות בשוק. ייתכן שלפני המיזוג היה רצונו של אותו מחולל תחרות לסטות מקרטל, ובגללו קרטלים (גלויים או סמויים) בשוק קרסו. לאחר המיזוג התמריצים של מחולל התחרות עלולים להשתנות ולהיות מזוהים יותר דווקא עם הפירמה שהתמזגה אתו, שרצונה לסטות מקרטלים קטן יותר. למשל, הפירמה בעלת נתח השוק הקטן ביותר בשוק הייתה יכולה להיות מחוללת התחרות. משזו התמזגה עם אחת מהפירמות הגדולות ביותר בשוק, החשש הוא כי מי שהייתה מחוללת התחרות תפסיק לחולל תחרות. אז עלול להיווצר מצב שבו המכשלה היחידה שעמדה בפני הפירמות לייצוב קרטל תוסר, והקרטל עשוי להתייצב.²⁸ מיזוג יכול להיות בעל השפעה מתואמת מייצבת קרטל גם אם אחת הפירמות הממוזגות לא הייתה יכולה למוטט שיווי משקל דמוי קרטל, אך הייתה עשויה, אלמלא המיזוג, "לזנב" בשיווי משקל זה על ידי מתן הנחות ללקוחות מסוימים. לאחר המיזוג תמריצה של אותה פירמה לעשות זאת עלולים לקטון, ובכך המיזוג עלול למנוע מאותם לקוחות את אותן הטבות.

דוגמה נוספת להשפעה מתואמת מהסוג שמאפשר את יציבות הקרטל ביתר קלות היא השקעה פסיבית בין מתחרים, שכבר הובאה כאן.²⁹ נניח שמתחרה א משקיע ב-20% ממניותיו ללא זכויות הצבעה של מתחרה ב. כשם שעלולה להיות להשקעה כזאת השפעה חד-צדדית (ראו פסקה 5.1 לעיל), כן עלולה להיות לה השפעה מתואמת, בייחוד אם החברה המשקיעה היא (לפני העסקה) מחוללת התחרות. נניח למשל שמתחרה א הוא מחולל התחרות, קרי הפירמה שרוצה לסטות מקרטל בשוק יותר מכל פירמה אחרת. ייתכן שמתחרה א כה חפץ לסטות מקרטל, שהוא אכן סוטה ממנו, והקרטל קורס. ייתכן אף שהקרטל מעולם לא נוצר, משום שמתחריו של מתחרה א אינם מסכימים להשתתף בקרטל: הם חוששים שאם יגבו מחיר קרטליסטי, ממילא יסטה מתחרה א מן הקרטל ויחטוף להם נתחי שוק. מבחינה זו מתחרה א סובל ממעמדו כמחולל תחרות משום שמתחריו אינם חפצים ליצור עמו קרטל (סמוי או גלוי) באופן שהיה משיא את רווחיו. ייתכן בהחלט שמתחרה א היה רוצה לעשות מעשה כדי להפסיק להיות מחולל תחרות כה אגרסיבי, כדי להרגיע את מתחריו ולעודד אותם להשתתף בקרטל. הוא יכול לעשות זאת למשל או במיזוג עם מתחרה אחר (כמו בדוגמה לעיל) או בהשקעה במתחרה אחר כפי שמעידה הדוגמה הנוכחית. השקעה כזאת מחלישה את תמריציו של מתחרה א לסטות מקרטל: מחד אם יסטה מקרטל, יפסידו מתחריו – לרבות מתחרה ב, שבו השקיע מתחרה א – נתח שוק בטווח

28 ראו Horizontal Merger Guidelines, לעיל הערה 14, פסקה 2.1.5.
 29 ראו David Gilo Yossi Moshe and Yossi Spiegel, *Partial Cross Ownership and Tacit Collusion*, 37 RAND JOURNAL OF ECONOMICS 81-99 (2006).

הקצר, ועל כן ישתתף זה ב-20% מההפסדים, וכך יקטן הרווח לטווח קצר של מתחרה א בזמן סטייה מקרטל. מאידך כאשר תפרוץ מלחמת מחירים, ייעלמו הרווחים הקרטליסטיים של כל המתחרים, כולל אלה של מתחרה א ושל מתחרה ב, שמתחרה א מחזיק ב-20% ממנו. הווה אומר, ההפסד לטווח ארוך של מתחרה א במלחמת המחירים גדל. שתי ההשפעות הללו – הקיטון ברווח לטווח הקצר של מתחרה א בזמן סטייה מהקרטל והגידול בהפסד לטווח ארוך של מתחרה א ממלחמת המחירים – עלולות להטות את הכף אצל מתחרה א לטובת אי-סטייה מקרטל. ככלות הכול, מתחרה א ממילא מפסיד ממלחמת המחירים. אלא שיייתכן שההפסד לא היה גדול מספיק לפני כן כדי להרתיע אותו מלסטות מהקרטל. ייתכן שההשקעה במתחרה היא בדיוק מה שדרוש למתחרה א כדי שלא ירצה עוד לסטות מהקרטל.

כך גם כל הסדר או התנהגות – המקטינים את הרווח של מחולל התחרות בזמן סטייה מקרטל או מגדילים את הפסדיו ממלחמת מחירים – עלולים לעזור לייצב קרטל, ועל כן הם בעלי השפעה מתואמת. למשל, כל הסדר שמגדיל את שקיפות מחיריו של מחולל התחרות בעיני המתחרים יכול להקטין את הרווח לטווח קצר שלו בזמן סטייה מהקרטל, משום שהוא מקדים את תגובת המתחרים לסטייה מעין זו ומקטין את נתח השוק שמחולל התחרות יכול לחטוף בזמן סטייה מקרטל. כך גם כל הסדר שגורם להפחתת מחירים "לכאוב" למתחרה א, כגון קנסות שונים שהוא צריך לשלם לצרכנים בגין הפחתת מחירים עתידית, או פיצוי שהוא צריך לפצות את פלוני על שהוא הפחית מחירים למישהו.³⁰

3. השפעה טורפנית

הסוג השלישי של פגיעה בצרכנים שיכולה לנבוע מעסקה או מהתנהגות הוא ההשפעה הטורפנית. כאן הכוונה לעסקה או התנהגות העלולה לסלק פירמות מהשוק או לצמק אותן פרמננטית ולהפכן לאזטריות, או להרתיע אותן מלהיכנס לשוק מלכתחילה. אפקט זה פוגם במבנה השוק: הוא גורם שבשוק יהיו פחות מתחרים, ולכך עלולות להיות השפעות ארוכות-טווח לרעת הצרכנים, בדמות השפעות חד-צדדיות ומתואמות. כשם שמיוזג של מתחרים הוא בעל פוטנציאל להשפעות חד-צדדיות ומתואמות, גם לסילוק פירמה מהשוק, או למניעת כניסתה לשוק, יכולה להיות השפעה דומה. השפעה חד-צדדית נגרמת משום שככל שמספר הפירמות קטן יותר, תחרות לא מושלמת הופכת למושלמת עוד פחות. השפעה

30 כדוגמאות אפשר להביא הסדר לקוח מועדף (ראו דייוויד גילה, יוסי שפיגל "הסדרים אנכיים" בתוך ניתוח משפטי וכלכלי של הגבלים עסקיים 323 (גל ופרלמן עורכים, 2008)), הסדר התאמת הנחות (גילה ושפיגל, שם) והסדר בין המתחרים לחילופי מידע שוטף ואמין על אודות המחירים הנגבים מלקוחות עסקיים.

מתואמת נגרמת אם הפירמה המסולקת מהשוק, או זו שנמנעה כניסתה, הייתה יכולה להיות מחוללת התחרות ולמוטט את הקרטל, או שהייתה יכולה לפחות לזנב בשיווי המשקל דמוי הקרטל ולהציע ללקוחות מסוימים הטבות ביחס אליו.

דוגמה להסדר בעל השפעה טורפנית הוא הסדר רכישה בלעדית, שבה לקוח מתחייב לרכוש רק מספק מסוים ולא מאחרים. למשל, אם שופרסל מתחייבת לרכוש רק מתנובה ולא מספקים אחרים, הדבר עלול לגרום לחלק מן הספקים להסתלק מן השוק, או לא להיכנס לשוק אם נוכחות על מדפיה של שופרסל חיונית להם לצורך תפקוד יעיל בשוק.³¹ קיטון במספר הספקים בקטגוריה מסוימת של מוצרי חלב עלול להביא להשפעות מתואמות וחד צדדיות בשוק מוצרי החלב הרלוונטי, ובסופו של דבר לפגיעה בצרכנים – גם באלה שרוכשים ברשתות השיווק האחרות. גם למיזוג עשויות להיות לעתים השפעות טורפניות, למשל כאשר בעקבות המיזוג פירמה אחת חולשת על עודפי כושר ייצור ניכרים המרתיעים פירמות אחרות מלהתחרות בעוז.³²

דוגמה נוספת להשפעה טורפנית היא כאשר פירמה דומיננטית בשוק גובה מחירים נמוכים מעלויותיה השוליות באופן העלול לסלק מתחרים מהשוק, ולכן בטווח הארוך כוחה של הפירמה הדומיננטית להעלות מחירים יגבר עוד יותר,³³ או כשפירמה דומיננטית מורידה מחירים הורדה דרסטית בעקבות כניסתה של פירמה חדשה לשוק.³⁴ הדוגמה האחרונה היא מקרה פרטי של התנהגות טורפנית של פירמה דומיננטית שיכולה ללבוש צורות שונות, ואפשר לאסור עליה התנהגות זאת באמצעות האיסור על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי (בישראל – נתח של מעל 50% מהשוק) באופן העלול לפגוע בתחרות או בציבור הקיים בסעיף 29א לחוק ההגבלים. למשל, בעל מונופולין יכול לדחוק מתחרים משוק של מוצר ב על ידי קשירת מוצר א, שיש לו בו דומיננטיות, למוצר ב, שגם אותו מספק בעל המונופולין במוצר א,³⁵ או לדחוק מתחרים מן השוק שבו הוא דומיננטי על ידי מתן "הנחות מטרה", ה"תפורות" לכל לקוח לפי מידתו ומרתיעות כל לקוח, מבחינה כלכלית, להסיט ביקושים מן הפירמה הדומיננטית אל הפירמה המתחרה.³⁶

- 31 B. Douglas Bernheim, Michael D. Whinston, *Exclusive Dealing*, JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 106 64-103 (February 1998).
- 32 ראו ה"ע (י-ם) 704/07 הממונה על הגבלים עסקיים נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2009).
- 33 ראו Patrick Bolton, Joseph F. Brodley and Michael Riordan, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, GEORGETOWN LAW REVIEW 2000.
- 34 ראו Aaron S. Edlin, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, 111 YALE L.J. 941 (2002).
- 35 ראו Jean Tirol, *The Analysis of Tying Cases: A Primer*, in COMPETITION POLICY INTERNATIONAL Vol. 1 (Spring 2005).
- 36 גילה ושפיגל, לעיל הערה 30, בפסקה 9.4.

1. הגדרת השוק

כדי להעריך את סיכויי הפגיעה בצרכנים יש בדרך כלל לבדוק מיהן הפירמות שהצרכנים רואים במוצריהן או בשירותיהן תחליף סביר למוצריהן ולשירותיהן של הפירמות שתמריצינהן או יכולתן להתחרות נפגעו עקב העסקה או ההתנהגות הנידונות. הגדרת השוק היא כלי אנליטי שאפשר להתחקות באמצעותו על אותן פירמות. היא מיושמת באמצעות מבחן התחליפיות בעיני הצרכנים.³⁷ למשל, אם יש הסדר או מיוזג בין חברות שמשווקות עוף טרי,³⁸ נשאלת השאלה מיהן הפירמות שיכולות לרסן את הפגיעה בצרכנים, קרי שהצרכנים יעברו אליהן אם משווקות העוף הטרי, מושא ההסדר או המיוזג, ינסו לפגוע בהם. אם קיימים עוד משווקים של עוף טרי הפועלים בישראל, כמובן הם יהיו במסגרת הניתוח. השאלה היא אם הצרכנים רואים גם בעוף קפוא למשל תחליף סביר לעוף טרי, שאז אם הפירמות מושא העסקה ינסו לפגוע בצרכנים, יוכלו הצרכנים לעבור גם למשווקי עוף קפוא, ואולי הצרכנים רואים גם בבשר הודו תחליף סביר לעוף, או אף בבשר בקר וכו'. הנחיות המיוזגים האמריקאיות והאירופיות,³⁹ ובעקבותיהן גם הישראליות,⁴⁰ נוהגות ליישם לצורך בדיקת התחליפיות את "מבחן המונופול ההיפותטי". על פי מבחן זה, שואלים בדוגמה לעיל אם מונופול היפותטי, החולש בשליטה בלתי מעורערת על כל שיווק העוף הטרי בישראל, היה מסוגל להעלות מחירים, לפחות באחת מיחידות השיווק של עוף טרי שהוא חולש עליהן, ב-5% עד 10%, לאורך זמן ובצורה רווחית מעל לרמות תחרותיות (מבלי שאנשים רבים מדי יעברו אז לרכוש למשל עוף קפוא באופן ההופך העלאת מחירים כזאת ללא רווחית). אם התשובה חיובית, סימן הוא שעוף קפוא איננו תחליף טוב מספיק לעוף טרי, והשוק הרלוונטי כולל רק משווקי עוף טרי. על כן אם למשל פרט לפירמות מושא העסקה יש רק עוד משווק אחד של עוף טרי, יש לבדוק את תכונותיו כדי לראות אם יש בכוחו או ברצונו לרסן את הפגיעה בצרכנים. בין היתר ייבדקו בעיקר עודפי כושר הייצור שלו (בין היתר כדי לאמוד את האפקט החד-צדדי של העסקה) וייבדק אם הוא מחולל התחרות (כדי לאמוד את האפקט המתואם של העסקה). אם לעומת זאת מונופול היפותטי שחולש על עוף טרי איננו מסוגל להעלות את המחירים כאמור בצורה רווחית, אזי לכל

37 ראו Horizontal Merger Guidelines, לעיל הערה 14, פרק 4.

38 נניח לצורך הדוגמה שקיים רק סוג אחד רלוונטי של עוף טרי, סוג אחד רלוונטי של עוף קפוא וכו'.

39 ראו Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [Official Journal C 31 of 05.02.2004, Horizontal Merger Guidelines, לעיל הערה 14.

40 ראו גילוי דעת 11-1 בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיוזגים אופקיים, <http://www.antitrust.gov.il>.

הפחות גם עוף קפוא (המועמד הקרוב ביותר לעוף טרי מבחינת התחליפיות) מצוי בשוק הרלוונטי. אז יש לשאול את שאלת המונופול ההיפותטי באשר למונופול החולש הן על עוף טרי והן על עוף קפוא – אם מונופול כזה היה מסוגל להעלות את המחיר כאמור לעיל מעל לרמות תחרותיות. אם התשובה חיובית, סימן הוא שהודו איננו תחליף סביר מספיק בעיני הצרכנים לעוף טרי או קפוא. לא מספיק צרכנים יבחרו לצרוך הודו כאשר מונופול החולש על עוף טרי וקפוא ינסה לפגוע בהם. אם התשובה שלילית, ממשיכים את הבדיקה באשר למונופול היפותטי החולש הן על עוף טרי, הן על עוף קפוא והן על הודו וכן הלאה, עד שמגיעים לתשובה חיובית באשר ליכולת של מונופול היפותטי להעלות מחירים באופן האמור לעיל.

מבחן המונופול ההיפותטי הוא מבחן אנליטי לאפיון שאלת התחליפיות הסבירה בעיני הצרכנים. הוא איננו "פתרון קסם" לשאלת הגדרת השוק, משום שיש בדרך כלל להצטייד בנתונים המצביעים על רמת התחליפיות בין עוף טרי לעוף קפוא, ביניהם ההודו וכן הלאה. שיטה אפשרית אחת היא יישום רגרסיה רבת משתנים – בדיקה אמפירית מקובלת בקרב כלכלנים. למשל, אם בעבר הקרוב הוטל מס כלשהו על עוף טרי באופן שהעלה את מחירו, אפשר לבדוק ברגרסיה רבת משתנים כיצד השפיעה העלייה האמורה במחיר העוף הטרי על צריכת עוף טרי ועוף קפוא. יהיה צורך להביא בחשבון גם פרמטרים אחרים שהיו עשויים להשפיע על צריכת העוף הטרי והעוף הקפוא חוץ מהשינוי במחיר, ולנסות ולנטרל אותם כדי לבודד את השפעת השינוי במחיר על הצריכה.

שיטה אמפירית מקובלת אחרת היא לנצל את פעילותן של פירמות בשוק הנידון בכמה שווקים שונים. למשל, בעניין *Staples*⁴¹ היה מדובר במיזוג של שתי רשתות כלל-ארציות של מכשירי כתיבה בארצות הברית – *Staples* ו-*Office Depot*. הפירמות המתמזגות טענו כי השוק הרלוונטי שבו הן פועלות כולל גם חנויות מכשירי כתיבה קטנות וגם מחסני מכירות כוללניים, דוגמת *Costco*, המוכרים בין היתר מכשירי כתיבה. רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות יישמו מבחן אמפירי שמצא כי באזורים גאוגרפיים שבהם בסביבתה של חנות כמו *Staples* הייתה עוד חנות מסוג זה, דוגמת *Office Depot*, היו המחירים נמוכים הרבה יותר מאשר באזורים גאוגרפיים שבהם לא הייתה חנות כזאת אלא חנויות אחרות, כגון חנויות מכשירי כתיבה קטנות או חנויות כוללניות כגון *Costco*. המחקר נעשה תוך "שליטה" בכל ההבדלים הרלוונטיים האחרים בין האזורים הגאוגרפיים השונים, כגון רמת ההכנסה של צרכנים באותם אזורים, עלויות שונות של עובדים באותם אזורים וכו', באופן שבודד האפקט הקשור לקיומה או אי-קיומה של רשת אחרת מסוגה של *Staples*. מסקנת הרשויות הייתה אפוא כי השוק הרלוונטי כולל רק חנויות מסוג זה ("office super stores"), וצרכנים

41 ראו *Federal Trade Commission v. Staples, Inc*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 9322.

אינם רואים בחנויות מכשירי כתיבה קטנות או בחנויות כוללניות כגון Costco תחליף סביר לחוויית הקנייה ב-office super store. לעתים אין בנמצא די נתונים אמפיריים ליישום גרסיה רבת משתנים מעין זו. במצבים מעין אלה מיישמים את מבחן התחליפיות באמצעות עובדות אחרות, כגון מסמכים פנימיים של הצדדים לעסקה (באיזה שוק הם רואים את עצמם).⁴²

ז. חסמי כניסה והתרחבות

במסגרת אותן פירמות שיכולות לרסן את הפגיעה בצרכנים בגין עסקה או התנהגות מסוימת, ייתכן שקיימות פירמות שבזמן העסקה הן מחוץ לשוק אך צפויות להיכנס לשוק בטווח הנראה לעין, או פירמות שבזמן העסקה הן אוטריות ואינן משפיעות על השוק (למשל משום שאין להן עודפי כושר ייצור), ובטווח הנראה לעין הן צפויות להגדיל את כושר הייצור שלהן. לצורך בדיקת היתכנות זו יש לבדוק עד כמה רווחי הפירמות להיכנס לשוק או להתרחב כאמור. כניסה לשוק או הרחבת כושר ייצור בדרך כלל כרוכות בעלויות נכבדות. ככל שהעלויות גדולות יותר ושקועות יותר,⁴³ וככל שהרווח הצפוי של הפירמות לאחר הכניסה או ההתרחבות קטן יותר, כך כניסה או התרחבות יהיו רווחיות פחות. אם העלות איננה שקועה, פירמה תהסס פחות להוציא אותה, משום שגם אם הרווח בשוק לא יוכל לכסות את ההשקעה, הפירמה תוכל להשתמש בה לצרכים אחרים. כמובן, גם שיעור ההשקעה השקועה חשוב: הפירמה לא תיכנס לשוק, או לא תתרחב, אם לפי הצפי לא יהיו רווחיה לאחר ההשקעה, תוך כדי פעילותה בשוק, גבוהים מעלות ההשקעה השקועה. לפיכך שוק שהעלויות השקועות הנדרשות כדי להיכנס אליו גדולות במיוחד, יחסית לרווח הצפוי מפעילות בו, יאופיין על ידי חסמי כניסה או התרחבות. הרווח הצפוי לאחר כניסה תלוי במידה רבה בתגובתן הצפויה של הפירמות הוותיקות לכניסת הפירמה החדשה או התרחבות הפירמה האוטוטית. ככל שתגובה זו צפויה להיות אגרסיבית יותר, כך הרווח הצפוי יקטן, והכניסה או ההתרחבות יהיו רווחיות פחות. ככל שיתרונותיהן האינהרנטיים

42 ראו נימוקים להתגדות למיזוג הריבוע הכחול ישראל בע"מ – ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ.

43 ב"עלויות שקועות" הכוונה לעלויות המוצאות על דבר מה שאי אפשר יהיה להשתמש בו לצרכים אחרים שאינם פעילות בשוק הרלוונטי. למשל, עלויות פרסום והחדרת המותג, הקמת המפעל, רכישת ציוד מיוחד לשוק וכו'. הן לעתים קרובות שקועות ברובן, כי אי אפשר להשתמש בהן לצרכים אחרים חוץ מפעילות בשוק הרלוונטי.

של הפירמות הוותיקות רבים משל הפירמה החדשה או המתרחבת, כך תקטן כדאיות הכניסה או ההתרחבות, כי יקטנו הרווחים הצפויים שלאחר כניסה או התרחבות. לעתים עצם ביצוע העסקה הנידונה יכול למשוך כניסה או התרחבות. למשל, אם לעסקה אפקט חד-צדדי, כניסת פירמה חדשה לשוק או התרחבות של פירמה קיימת יכולה להיות רווחית כ"תגובה אגרסיבית" לאפקט החד-צדדי של העסקה. למשל, אם שני מתחרים מתמזגים ולמיזוג אפקט חד-צדדי המדרבן אותם להעלות את המחיר התחרותי-אוליגופולי שהם גובים, הדבר עשוי למשוך מתחרה חדש – שעד אז כניסה לשוק לא הייתה רווחית מבחינתו – להיכנס לשוק. כאמור לעיל, תחרות לא מושלמת מוזנת על ידי תחרות בין מעטים ודבר-מה נוסף. בשוק שקיים בו דבר-מה נוסף (כגון בידול או מגבלות כושר ייצור), ככל שמספר הפירמות בשוק קטן יותר, כך המחיר התחרותי צפוי להיות גבוה מהעלות השולית של הפירמות. נניח אפוא שבשוק שבו ארבע פירמות המחיר התחרותי הוא 0.75 ש"ח ליחידה, בשוק שבו שלוש פירמות המחיר התחרותי הוא 1 ש"ח ליחידה, ובשוק שבו שתי פירמות המחיר התחרותי הוא 1.5 ש"ח ליחידה. נניח שמלכתחילה בשוק שלוש פירמות – א, ב ו-ג. במצב דברים זה פירמה ד, שהיא מתחרה פוטנציאלית השוקלת להיכנס לשוק, אולי לא תיכנס לשוק, משום שהעלויות השקועות שלה בכניסה לשוק לא יוחזרו לדעתה מהרווח הצפוי. הרווח הצפוי נגזר ממחיר תחרותי שירווח כאשר פירמה ד תיכנס לשוק כפירמה רביעית, קרי מחיר של 0.75 ש"ח ליחידה. אם העלות השולית של פירמה ד היא, לצורך ההדגמה, 1/2 ש"ח לכל יחידה שהיא מספקת, אזי הרווח הצפוי לה הוא רק 0.25 ש"ח ליחידה, וייתכן שרווח צפוי זה, שתרוויח לכל משך פעילותה הצפויה של פירמה ד בשוק, לא יחזיר לה בוודאות מספקת את השקעתה השקועה בכניסה לשוק. לעומת זאת אם פירמות א ו-ב מתמזגות, יקטין המיזוג את מספר הפירמות משלוש לשתיים. אם תיכנס פירמה ד לשוק אז, יהיה מספר הפירמות בשוק רק שלוש, והמחיר התחרותי יהיה 1 ש"ח ליחידה. ייתכן כי ברמת רווחיות כזאת פירמה ד תוכל להחזיר לעצמה את ההשקעה השקועה, והיא תחליט להיכנס באופן שמרכך את השפעתו האנטי-תחרותית של המיזוג. יש לשים לב כי מה שמשך את פירמה ד בדוגמה הזאת להיכנס לשוק לא היה המחיר הגבוה שרווח בשוק לפני המיזוג אלא המחיר הגבוה שהיה צפוי לאחר הכניסה. מחירים גבוהים כשלעצמם אינם מושכים כניסה לשוק.⁴⁴ למשל, אם פירמה דומיננטית בשוק גובה מחיר מונופוליסטי גבוה, לא בהכרח ימשוך הדבר כניסה לשוק אם הנכנסות הפוטנציאליות יחששו שלאחר כניסתן תגיב הפירמה הדומיננטית בהפחתת מחיר דרסטי.

44 ראו Ariel Ezrachi, David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, JOURNAL OF COMPETITION LAW AND ECONOMICS (2008).

גם השפעות מתואמות של עסקה יכולות לכאורה למשוך כניסה לשוק אם הפירמה החדשה מאמינה כי ההשפעות המתואמות של העסקה כה חזקות עד כי אף לאחר כניסתה לשוק שיווי משקל דמוי קרטל יהיה יציב. זהו תרחיש שבמקרים רבים איננו סביר, משום שפירמה חדשה, שהיא בעלת נתח שוק אפסי וכושר ייצור ניכר, ממילא עשויה להיות מחולל תחרות שירצה לסטות מהקרטל ולגרום לו לקרוס. יתרה מזו, כניסה חדשה לשוק של פירמה שצופה שממילא יהיה בו קרטל איננה מסוג הדברים שאמורים לרכך את החששות מן העסקה הנידונה.

אם לעסקה השפעות טורפניות, הן בדרך כלל מרתיעות מפני כניסה. למשל, מיזוג פירמות הגורם שבשליטת גורם אחד יהיו עודפי כושר ייצור ניכרים, הוא בעל אפקט טורפני כי פירמות מתחרות יחששו להתחרות עם הפירמה הממוזגת באופן אגרסיבי, מחשש לתגובה מרחיקת לכת של הפירמה הממוזגת. התגובה מרחיקת הלכת תיתכן משום שהפירמה הממוזגת תוכל להשתמש בעודפי כושר הייצור שלה כדי להוריד מחירים אל מתחת לאלה של מתחרותיה תוך חטיפת נתחי שוק ניכרים מהן. לפיכך לאחר שהתרחש מיזוג כזה, כניסה חדשה לשוק הופכת לסבירה עוד פחות, משום שהנכנס החדש יצפה למלחמה קשה עם הפירמה הממוזגת, והוא עלול לחשוש שלא יצליח להחזיר לעצמו את העלויות השקועות הכרוכות בכניסה לשוק.⁴⁵

ח. הסדרים אנכיים להסרת התחרות בין מפיצים של ספק מסוים

הסדר אנכי הוא הסדר בין ספק ללקוחו, כגון הסדר בלעדיות, שבו ספק מבטיח למכור רק ללקוח מסוים (הסדר הפצה בלעדית) או שלקוח מבטיח לרכוש רק מספק מסוים (הסדר רכישה בלעדית), או קביעת מחירים, שבה ספק קובע אילו מחירים על הלקוח לדרוש מלקוחותיו שלו, או "הסדר לקוח מועדף", שבו ספק מבטיח ללקוח כי לא יפלה אותו לרעה מלקוחות אחרים של אותו הספק, או "הסדר התאמת הנחות", שלפיו ספק מבטיח ללקוח כי יתאים כל הנחה שהלקוח מקבל מספק מתחרה או אף ינצחה. כל ההסדרים הללו יכולים להעלות שאלות של הגבלים עסקיים.⁴⁶ ברצוני להתמקד כאן במיוחד בקטגוריה מסוימת של הסדרים אנכיים: כאלה המסירים את התחרות בין מפיצים, או לקוחות, של ספק מסוים. בנייתו הכלכלי של הסדרים שאינם מאפשרים תחרות בין מפיצים של ספק מסוים יש להבחין בין הסדרים שבהם הספק מתחייב שלא למכור ללקוחות מסוימים, כגון הסדרי

45 השווה להחלטת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין הממונה על ההגבלים העסקיים נ' פרינר, לעיל הערה 32.

46 לניתוח כלכלי ומשפטי נרחב של כלל ההסדרים האנכיים ראו גילה ושפיגל, לעיל הערה 30.

הפצה בלעדית, לבין הסדרים שבהם הספק אינו מתחייב שלא למכור ללקוחות מסוימים, ורק אינו מאפשר את התחרות בין הלקוחות שלו לבין עצמם, כגון קביעת מחירי מינימום. נתחיל בהסדרי הפצה בלעדית.

1. הסדרי הפצה בלעדית

הסדר הפצה בלעדית הוא הסדר שבו ספק מתחייב כלפי לקוח שלו (שנקרא לו לצורך הנוחיות "מפיץ", אך הוא יכול להיות גם לקוח שאינו מפיץ את המוצר של הספק הלאה אלא למשל מייצר עם המוצר של הספק מוצר חדש, משתמש בתשומה של הספק לצורך עסקיו וכו') כי הוא לא ימכור את המוצר שלו ללקוח המתחרה בלקוח הבלעדי. הסדר הפצה בלעדית הוא דוגמה להסדר שאינו מאפשר תחרות בין מפיצים של אותו הספק, וזאת בדרך בוטה – על ידי הימנעות הספק ממכירת המוצר שלו לכמה מפיצים מתחרים. הניתוח הכלכלי משתנה לפי השאלה אם מדובר בספק שהוא היחיד בשוק שלו או בספק שיש לו מתחרים בשוק שלו. נפריד בין שני המקרים.

(א) הפצה בלעדית עם ספק יחיד

נבחן ראשית את המקרה שבו הספק גובה מן המפיץ הבלעדי גם תשלומים קבועים שאינם תלויים בהיקף המכירות או הרכישות של המפיץ, כגון "דמי זיכיון" חודשיים, על עצם הזכות לרכוש מהספק (להלן – "המרכיב הקבוע"), וכאשר רווחיו של הספק יכולים להסתמך על המרכיב הקבוע.⁴⁷ ההנחה היא כי הספק גובה מן המפיץ הבלעדי מרכיב קבוע לצד "מרכיב משתנה", שהוא תשלום ששיעורו תלוי בהיקף הרכישות או המכירות של המפיץ (כגון מחיר סיטונאי, ליחידה, שהמפיץ משלם לספק). במצב דברים זה הספק מעוניין שרווחיו הצפויים של המפיץ הבלעדי יהיו מרביים, משום שכל שרווחיו הצפויים של המפיץ גדולים יותר, כך יהיה המפיץ מוכן לשלם תשלום קבוע גדול יותר. אם כך, ניפוח המרכיב המשתנה שגובה הספק מן המפיץ רק יקטין את הרווחיות הצפויה של המפיץ משום שיהיה בכך כדי לנפח את עלויותיו השוליות, ועל כן לנפח את המחיר שהוא גובה מהצרכנים, דבר שיביא לקיטון במכירות ולצמצום הרווחיות.⁴⁸ על כן ירצה הספק להקטין את המרכיב המשתנה שהוא גובה מן המפיץ הבלעדי כמה שיותר, עד לגובה העלות השולית של הספק, כדי שאפשר יהיה להשיא את המרכיב הקבוע שהמפיץ מוכן לשלם לספק. מבחינה זו המפיץ הבלעדי והספק כמוהם כשותפים לאותה הפירמה, כאילו היו ממוזגים

47 ראו TIROLE, לעיל הערה 6, פרק 4.

48 ראו פסקה 4.1 לעיל, שם מוסבר כי עלייה בעלות השולית גוררת העלאת מחירי.

לפירמה אחת, שגם מייצרת את המוצר וגם מפיצה אותו. גם פירמה ממוזגת כזאת לא תגבה מעצמה מרכיב משתנה, משום שעניינה רק בהשאת הרווח הכולל של הייצור וההפצה גם יחד. מצב דומה מושג כאשר הספק יכול לגבות מהמפיץ תשלומים קבועים ולבסס את הרווחיות שלו רק על תשלומים קבועים אלה: את המרכיב המשתנה הספק קובע כדי להשיא את הרווח המשותף לו ולמפיץ, ואילו התשלום הקבוע משמש לחלוקת הרווחים שישג המפיץ מהצרכנים בינו למפיץ. המרכיב הקבוע שמשלם המפיץ הבלעדי לספק לא יגולגל כשלעצמו לצרכנים, משום שמדובר בעלות קבועה, שאיננה משפיעה על המחיר.⁴⁹ המסקנה היא שהמחיר לצרכן יהיה זהה למחיר לצרכן שהיה גובה ספק מונופוליסטי המפיץ את המוצר בעצמו, למשל מחיר של 15 ש"ח ליחידה.

עתה נראה מה קורה אם אוסרים על הסדר ההפצה הבלעדית, וכך הספק מוכר לשני מפיצים המתחרים זה בזה על הפצת המוצר. בשל התחרות בין המפיצים לבין עצמם הרווח הצפוי שלהם צנוע. לפיכך הם לא יהיו מוכנים לשלם לספק תשלומים קבועים גבוהים. כיוון שהספק הוא הספק היחיד בשוק שלו, והוא איננו יכול להרוויח מהמרכיב הקבוע, יכולתו להרוויח תגולם במרכיב המשתנה: הוא יקבע מרכיב משתנה מונופוליסטי.⁵⁰ המרכיב המשתנה המונופוליסטי ינפח את העלויות השוליות של המפיצים. על העלויות השוליות המנופחות הללו, המשקפות מחיר סיטונאי מונופוליסטי, יוסיפו המפיצים את המרווח שלהם – את יכולתם להעלות את המחיר מעל לעלויותיהם השוליות בשל התחרות הלא מושלמת בין המפיצים. הצרכנים בסיטואציה זו, בלי הבלעדיות, סובלים מבעיית "המרווח הכפול": המרווח הכפול כאן הוא המרווח המונופוליסטי של הספק בתוספת המרווח של המפיצים. כאשר קיים מרווח כפול בשרשרת ההפצה המחיר לצרכן יהיה גבוה מהמחיר לצרכן שגובה ספק מונופוליסטי הממוזג עם המפיץ.⁵¹ אם המחיר לצרכן בעל הבלעדיות היה 15 ש"ח ליחידה, המחיר לצרכן בלי הבלעדיות צפוי להיות למשל 17 ש"ח ליחידה. האינטואיציה לבעיית המרווח הכפול היא שבין הספק למפיצים נוצרת בעיית "פעולה משותפת". כאשר הספק מנפח את המחיר הסיטונאי לרמות מונופוליסטיות, הוא מודע לכך שזה יוביל למחיר לצרכן של 17 ש"ח ליחידה, ואילו המחיר לצרכן של 15 ש"ח ליחידה הוא

49 ראו פסקה 4.1 לעיל, שם מוסבר מדוע עלויות קבועות אינן משפיעות על המחיר.
 50 ההנחה כאן היא שהספק רשאי ומסוגל להעלות את המרכיב המשתנה כרצונו. במשטר האוסר על בעל מונופולין לגבות מחיר מופרז ייתכן שיהיה אפשר לתקוף את הספק על מרכיב משתנה מופרז, בהיותו בעל מונופולין. ראו: Ariel Ezrachi, David Gilo, *The Darker Side of the Moon—The assessment of excessive pricing and proposal for a post-entry price-cut benchmark*, in REFLECTIONS ON ITS RECENT EVOLUTION, Article 82 EC (Ariel Ezrachi, ed., 2009); Ariel Ezrachi, David Gilo, *Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons From The Mittal Litigation*, ANTITRUST LAW JOURNAL 873 (2010).
 51 ראו Tirole, לעיל הערה 6, פרק 4.

שהיה משיא את הרווח המשותף של הספק והמפיצים. אלא שחלק מההפסד של המערכת כולה מכך נופל על גבם של המפיצים. לעומת זאת הספק מרוויח לכיסו את כל המרווח שנובע מניפוח המחיר הסיטונאי. אשר למפיצים, כאשר הם מוסיפים על המחיר הסיטונאי המנופח את המרווח שלהם, הם מודעים לכך שזה יוביל למחיר לצרכן גבוה מהמחיר שהיה משיא את רווחי המערכת כולה, של הספק והמפיצים גם יחד. אלא שהמפיצים יודעים שחלק מהפסדי המערכת רובצים על הספק.

על פי ניתוח זה, הסדר הפצה בלעדית עם ספק יחיד יכול דווקא להפחית, במקרים מסוימים, את המחיר לצרכן, משום שהוא עוזר לספק ולמפיץ לפתור את בעיית המרווח הכפול, באמצעות חוזה הספקה שיש בו מרכיב קבוע המספק לספק את כל רווחיו מן העסקה. בקיום בלעדיות אמנם המפיץ מונופוליסטי, אך הספק מוותר על המרווח שלו. בלי בלעדיות אמנם המפיצים מתחרים זה בזה, אך התחרות היא "בידיים קשורות", משום שהם נאלצים ממילא לשלם מרכיב משתנה מונופוליסטי לספק, ועל כך נוספת בעיית המרווח הכפול, המייצרת לעתים מחיר גבוה יותר לצרכן.

אולם הניתוח הזה מניח כי כאשר קיימת תחרות בין מפיצים של הספק היחיד אין יכולתו של הספק לגבות מחיר סיטונאי מונופוליסטי נפגעת בכחוא זה. ניתוח זה מתעלם מן התוצאה הכלכלית שלפיה בהתקיים תחרות בין מפיצי הספק, לספק תמריץ אופורטוניסטי ליתן למפיץ אחד הנחות על חשבון המפיץ האחר, באופן המגלגל בסופו של דבר את המחיר הסיטונאי לרמות נמוכות למרות מעמדו המונופוליסטי של הספק.⁵²

בנוסף, לא תמיד יוכלו הצדדים ליצור חוזה הספקה שבו קיים מרכיב קבוע נכבד, שרק ממנו מרוויח הספק. למשל, ייתכן שהמפיץ איננו בטוח מראש, בעת חתימת החוזה עם הספק, כמה הוא עומד להרוויח – למרות הבטחת הספק לתת לו בלעדיות – בשל תנודתיות של הביקוש או תנודתיות של עלויותיו האחרות (פרט למחיר הסיטונאי) של המפיץ. מפיץ כזה לא יהיה מוכן לשלם מרכיב קבוע גדול מחשש שלבסוף יהיו רווחיו מעטים מהמרכיב הקבוע, והוא לא יוכל לכסות את המרכיב הקבוע שהתחייב אליו. במצב דברים זה יעדיף המפיץ לשלם לספק מרכיב משתנה. כיוון שהספק הוא היחיד בשוק, המרכיב המשתנה יהיה מונופוליסטי ותיווצר בעיית מרווח כפול גם כשהמפיץ הוא בלעדי. או אז הבלעדיות צפויה להעלות את המחיר לצרכן יחסית למצב ללא בלעדיות. זאת משום שללא בלעדיות לפחות המרווח של המפיצים מוגבל בשל התחרות ביניהם. בקיום בלעדיות המפיץ הוא מונופול בהפצה, והמרווח שלו יהיה מונופוליסטי.

52 ראו David Gilo, *Retail Competition Percolating through to Suppliers, and Using Vertical Integration, Vertical Restraints and Tying to Stop It*, YALE JOURNAL ON REGULATION 20, 57-81 (2003) והספרות הכלכלית המאוזכרת שם.

אולם אם הספק אכן מרוויח מהמרכיב המשתנה בלבד, עשויה להישאל השאלה מדוע הוא בחר להתחייב כלפי המפיץ לבלעדיות. כאשר הספק מרוויח רק מן המרכיב המשתנה, המושפע ממספר היחידות הנמכרות, רווחיו עולים ככל שהמפיצים ימכרו יחידות רבות יותר של מוצר הספק. אם כך, היינו מצפים כי הספק יעודד כמה שיותר תחרות בין המפיצים. לאור זאת נשאלת השאלה מדוע בחר הספק לתת בלעדיות למפיץ. במצב דברים מעין זה הצדדים להסדר עשויים לטעון להגנתו כי הבלעדיות לא נוצרה כדי לפגוע בצרכנים אלא כדי לפתור איזה כשל שהוא במערך הפצה. דוגמה לכשל שנדון בהרחבה בספרות הוא "בעיית הרכב החופשי": כאשר קיימת תחרות בין מפיצים על הפצת מוצר של אותו הספק, תמריציהם של המפיצים להשקיע בקידום מכירות, שירותים נלווים, הדגמת המוצר וכו' יכולים להיות קטנים מדי. זאת משום שאם מפיץ אחד נותן שירותים כאלה באופן שמגדיל את הביקוש למוצר של הספק, הצרכנים, המגיבים לאותם מאמצים וחפצים לרכוש את המוצר של הספק, עלולים לרכוש את אותו המוצר בזול, אצל המפיץ השני, שאיננו נותן שירותים כאלה. הווה אומר, המפיץ השני "רוכב" על מאמצי השיווק של המפיץ הראשון. כיוון שהמפיץ הראשון צופה זאת מראש, הוא יימנע – כמו המפיץ השני – ממתן שירותים כאלה. שירותים שנותנים המפיצים והשקעות שלהם בקידום המוצר עשויים להיטיב עם הצרכנים כפי שהם מיטיבים עם הספק. אם כך, הפצה בלעדית בסיטואציה זו מצד אחד תגרום לעלייה ניכרת במחיר לצרכן, אך מצד אחר היא עשויה להגדיל את איכות השירות שמקבלים הצרכנים.

(ב) הפצה בלעדית עם כמה ספקים

כאשר בשוק הספקים פועל יותר מספק אחד, הניתוח של הסדר הפצה בלעדית משתנה. נניח למשל שבשוק שני ספקים – ספק א וספק ב – ושני מפיצים – מפיץ א ומפיץ ב. נניח כי ספק א נותן בלעדיות למפיץ א, כלומר מתחייב לא למכור למפיץ ב. בכך יהיה כדי להגדיל את כוחו של ספק ב להעלות את המחיר שהוא גובה ממפיץ ב. עלויותיו השוליות של מפיץ ב יעלו, והוא יאלץ להעלות את המחיר. מפיץ א עלול להגיב באופן "ידידותי" ולנצל זאת כדי להעלות את המחיר בעצמו. כך הסדר הפצה בלעדית יכול לגרום לעליית המחיר לצרכן בכל השוק.

ניתוח דומה חל כאשר בשוק קיימים יותר משני ספקים, אך לא בהרבה. נניח למשל שבשוק הספקים קיימים שלושה ספקים – ספק א, ספק ב וספק ג – ושלושה מפיצים – מפיץ א, מפיץ ב ומפיץ ג. נניח שוב כי ספק א נתן בלעדיות למפיץ א. אם כך, ספק א הפסיק להתחרות עם ספקים ב ו-ג על חסדיהם של מפיצים ב ו-ג. לפיכך תיתכנה השפעות חד-צדדיות והשפעות מתואמות בתחרות בין ספקים ב ו-ג על חסדי מפיצים ב ו-ג, הדומות לאלו שהיו אילו היה מיווג בין שני ספקים, המקטין את מספר הספקים באחד.

ניתוח זה מראה כי גם כאשר פועלים בשוק כמה ספקים (אך מעט כאלה), תיתכן פגיעה ניכרת בתחרות בהסדר הפצה בלעדית. אינטואיטיבית, כאשר בשוק פועלים כמה ספקים, קיים פוטנציאל לתחרות, והפוטנציאל הזה נפגע מהסדר ההפצה הבלעדית, שמרכז את התחרות בין הספקים.

כאשר קיימים כמה ספקים, יכול להיות להסדר הפצה בלעדית גם אפקט טורפני, העלול לפגוע בצרכנים. למשל, נחזור לדוגמה שבה יש בשוק שני ספקים – ספק א וספק ב – ושני מפיצים – מפיץ א ומפיץ ב. נניח שספק ב נחות במידה מסוימת מספק א. אם ספק א נותן בלעדיות למפיץ א, ומפיץ ב נשאר תלוי בספק ב, הנחות יותר, מפיץ ב עלול להסתלק מהשוק או להצטמק לתמיד, וגם מפיצים חדשים ירצו פחות להיכנס לשוק. אז יהיו בשוק פחות מפיצים משהיו יכולים להיות אלמלא הבלעדיות. גם בהפצה בלעדית עם ספק יחיד קיים אפקט טורפני ניכר על מפיצים זולת המפיץ הבלעדי, והם נאלצים להסתלק מן השוק עקב הבלעדיות. אפקט זה קיים גם כאשר קיימים בשוק כמה ספקים גם אם חלק מהם נחותים מהאחרים. כאשר קיימים בשוק כמה ספקים הצרכנים יוכלו ליהנות מהתחרות בין אותם ספקים רק אם קיימים בשוק גם כמה שיותר מפיצים. למשל, אם בשל הבלעדיות, בדוגמה לעיל, אכן מפיץ ב מסתלק מהשוק, יישאר מפיץ א בגדר מונופול בשוק ההפצה ויקבע מחיר מונופוליסטי לצרכן. הצרכנים לא ייהנו אז מן התחרות בין ספק א לספק ב בגלל "צוואר הבקבוק" שנוצר בדמות מפיץ א שנותר בודד בשוק ההפצה.

2. הסדר קביעת מחירים

נעבור עתה להסדר שמאיין את התחרות בין המפיצים של ספק מסוים אך מבלי שהספק מונע את המוצר שלו ממפיץ כלשהו. כזה הוא למשל הסדר שבו הספק קובע למפיצים את המחיר לצרכן ואיננו מרשה להם לגבות מחיר נמוך מן המחיר שנקבע.⁵³ בין שמדובר בספק יחיד ובין שמדובר בספק אחד מבין כמה ספקים מתחרים, ניתוח השלכות ההסדר כאשר המפיצים משלמים לספק תשלומים קבועים שרק מהם הספק מרוויח, דומה לניתוח של הפצה בלעדית עם ספק יחיד. במקרים מעין אלה אף אם מדובר בספק יחיד, כאשר הספק מצליח לאיין את תחרות המחירים בין המפיצים שלו הרווח הצפוי שלהם גדול, ועל כן אם הספק יכול להתפרנס רק מהמרכיב הקבוע, הוא ירצה לוותר על המרווח שלו ולהקטין כמה שאפשר את המרכיב המשתנה. כך יפתרו הצדדים את בעיית

53 אם הספק קובע למפיצים מחיר מרבי שמותר להם לגבות מתחתיו אך אסור להם לגבות מעליו, לכאורה יכול להיות לכך אפקט פרו-צרכני בדמות צמצום המרווח של המפיצים. אולם גם להסדר מעין זה עלולות להיות השפעות אנטי-תחרותיות מעורבות יותר. ראו גילה ושיפל, לעיל הערה 30, פרק 2 בפסקה 5.

המרווח הכפול. ללא ההסדר המרכיב הקבוע שהמפיצים יהיו מוכנים לשלם הוא קטן בשל תחרות המחירים ביניהם, ואז ייאלץ הספק לנפח את המרכיב המשתנה לרמות מונופוליסטיות. על מרכיב משתנה מנופח זה מוסיפים המפיצים את המרווח שלהם בשל התחרות הלא מושלמת ביניהם, וכך נוצרת בעיית מרווח כפול, והמחיר לצרכן צפוי להיות גבוה מזה שנקבע בקביעת המחירים.

במקרה של קביעת מחירי מינימום ניתוח זה תקף גם כאשר אין מדובר בספק יחיד: ספק שאינו יחיד, כוחו להעלות את המרכיב המשתנה הוא ממילא מוגבל בשל התחרות (גם שאינה מושלמת) עם הספקים האחרים. אך בהתחשב בכוח זה להעלות את המרכיב המשתנה, ללא קביעת מחירים נוצרת בעיית מרווח כפול בין הספק לבין מפיציו. לעומת זאת כאשר הספק קובע למפיציו את המחיר לצרכן, רווחיהם ממכירת המוצר של הספק ניכרים יותר, והם יהיו מוכנים לשלם לספק מרכיב קבוע נאה. כדי להשיא את המרכיב הקבוע, אם הוא מסוגל לבסס את רווחיו רק על המרכיב הקבוע, יוותר הספק על המרווח שלו, ובכך תיפתר בעיית המרווח הכפול, ואפשר יהיה להצביע על יתרון פרו־צרכני בהסדר מבחינה זו. יש לציין כי המחיר שנקבע ישקף את התחרות בין הספק למתחריו. אם הספק יקבע מחיר גבוה מדי, הוא עלול לאבד נתח שוק לטובת המותגים המתחרים.

לחלופין אם מסיבה כלשהי, כגון חוסר ודאות מצד המפיצים, הצדדים אינם יכולים ליצור חוזה הספקה עם מרכיב קבוע ניכר המספק את כל רווחי הספק, הניתוח משתנה. למשל, אם הספק מרוויח רק מן המרכיב המשתנה, ממילא הוא מנפח מרכיב זה ככל יכולתו. אם נוסף על כך הוא מאיין את תחרות המחירים בין המפיצים, בעיית המרווח הכפול רק מחמירה, משום שגם המרווח של המפיצים, הנוסף על המרווח הזה של הספק, יגדל. גם כאן, כמו במקרה של הפצה בלעדית, תישאל השאלה מדוע הספק מאיין את התחרות בין המפיצים המוכרים את המוצר שלו אם רווחיו נובעים רק מהמרכיב המשתנה. היינו מצפים שבמצב כזה יעודד הספק כמה שיותר תחרות בין מפיציו כדי להגדיל כמה שיותר את מספר היחידות הנמכרות, ובכך להגדיל את רווחיו מהמרכיב המשתנה. במצב כזה הצדדים עשויים לטעון להגנת ההסדר כי הספק החליט לאיין את תחרות המחירים בין מפיציו כדי לפתור כשל מסוים בהפצה. יתרה מזו, הם יטענו כי חזקה על שיעורו של המחיר שנקבע שהוא נמוך מן המחיר שהמפיצים היו רוצים לקבוע אילו עשו קרטל בינם לבין עצמם. על פי טענה זו, הספק רק חפץ שלמפיצים יהיה מרווח מינימלי הדרוש להם כדי לפתור כשל במערך ההפצה (כגון בעיית "הרוכב החופשי" שהוזכרה לעיל). כל מחיר גבוה מזה רק גורם נזק לספק, המרוויח לכאורה יותר כאמור ככל שנמכרות יחידות רבות יותר של המותג שלו.

עם זאת קיימים הסברים "תמימים" פחות לקביעת המחירים כאשר שוק הספקים ריכוזי. ייתכן שהספק קובע מחירים כדי לאפשר שיווי משקל דמוי קרטל בינו לבין הספקים

האחרים (השפעה מתואמת). לחלופין ייתכן שהספק עושה זאת כדי לנפח את המחיר התחרותי-אוליגופוליסטי שהספקים גובים (השפעה חד-צדדית).⁵⁴ הסבר אנטי-תחרותי נוסף של קביעת מחיר מינימום, התקף גם כאשר בשוק הספקים פועל ספק יחיד, הוא שהספק מאיין את התחרות בין המפיצים כדי לפתור את הבעיה האופורטוניסטית שיש לו להתחייב למרכיב משתנה גבוה.⁵⁵

ט. גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין

נסיים בהערה קצרה, על דרך ההפניה לסוגיית גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין. לעומת הפיקוח שדובר עד עתה, שהתחקה על השפעות חד-צדדיות, מתואמות או טורפניות של עסקאות מסוימות, או על התנהגויות מסוימות במקרה של פירמה דומיננטית בשוק, אפשר, מכוח דיני ההגבלים העסקיים, לפקח גם על ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי על דרך גביית מחיר מופרז.⁵⁶ במקום אחר אנו מראים כי שלוש הטענות המרכזיות שנטענו בספרות נגד האיסור על תמחור מופרז אינן מבוססות: מחיר מופרז כשלעצמו איננו מושך כניסה לשוק, ועל כן איננו מתקן את עצמו;⁵⁷ מחיר מופרז איננו תמיד נחוץ לצורך עידוד השקעה;⁵⁸ במקרים מסוימים אפשר למצוא אמות מידה אמינות מספיק כדי להעריך אם המחיר במקרה נתון הוא מופרז.⁵⁹

54 ראו גילה ושפיגל, לעיל הערה 30, פרק ב בפסקה 3.3.2.

55 ראו Gilo, לעיל הערה 52.

56 ראו סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. הלכה דומה קיימת בקהילייה האירופית,

Case 26/75, General Motors Continental v. : למשל. ראו, למשל: Commission [1975] ECR 1367, at para. 12; Case 27/76, United Brands Company BV v.

Commission [1978] ECR 207, at para. 249- 250; Corinne Bodson v. Pompes Funebres

1998 E.C.R. 2479; Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v.

Commission, 1986 ECJ CELEX LEXIS 395.

57 Ezrachi & Gilo, לעיל הערה 44.

58 Ezrachi & Gilo, לעיל הערה 50.

59 שם.

פרק יז: פשיטת רגל

מאת

אלעזר ברקוביץ*

א. הקדמה. ב. "גדול מכדי ליפול" לעומת השיקול הכלכלי הצר. ג. רעיון המאגר המשותף (Common Pool). ד. עלויות פשיטת הרגל. ה. הגדרת המדרד הכלכלי לבחינת יעילות דיני פשיטת הרגל. ו. הפתרון היעיל בזמן הפנייה לבית המשפט. ז. הפתרון היעיל בזמן הנפקת החוב; 1. קונפליקט בין בעלי מניות לנושים לפני פשיטת רגל; 2. בעיות נציג: מנהל שכיר מול בעלי המניות/חוב; 3. קונפליקט בין בעלי חוב שונים; 4. הפרת חוזים ארוכי טווח עם עובדים וספקים. ח. התייחסות לחוק הישראלי.

א. הקדמה

פשיטות רגל זוכות לתהודה רבה, והשפעתן חורגת לעתים מהדיון הפשוט של החזרי חוב. דוגמה בולטת לכך היא פשיטת הרגל של חברת ליהמן ברדרס, שבחמישה-עשר בספטמבר בשנת 2008 הודיעה על פנייתה להגנה מפני נושים ("עיכוב הליכים" בטרמינולוגיה הישראלית) לפי פרק 11 (Chapter 11) של החוק האמריקאי. פעולה זו הציתה מהומה גדולה בשווקים הפיננסיים העולמיים, שקריסתם המוחלטת נמנעה רק לאחר פעולות נואשות של הבנקים המרכזיים ושל הממשלות בכל העולם. תוצאות המשבר, שעדיין מורגשות ונלמדות, היו בין היתר נפילה בתוצר העולמי, קריסת כמה כלכלות חלשות, מהפכה במבנה הסקטור הפיננסי העולמי ועוד. אף על פי שהמשבר לא התחיל מקריסתה של ליהמן ברדרס, לקריסה, ובמיוחד לדרך שקרתה, הייתה השפעה רבה על עומקו של המשבר, על הלכי הרוח בשווקים הפיננסיים ועל קבלת ההחלטות של משקיעים. הדרך שבה קרסה ליהמן ברדרס הייתה אינדיקציה לחולשות הבנקים המרכזיים, הממשלות וכל המערכת הפיננסית הגלובלית.

* בית הספר למנהל עסקים, המרכז הבינתחומי, הרצליה.

מקרה ליהמן ברדרס הוא דוגמה קיצונית להשפעות הכלכליות שיכולות להיות לפשיטת רגל ולחשיבות הטיפול הנכון במצבים אלו. בדרך כלל כאשר פירמה מגיעה לחדלות פירעון עולה כמובן הנושא החלוקתי – כיצד יחולקו הנכסים בין הנושים השונים. אבל כמו שמקרה ליהמן ברדרס ממחיש, נושאים אלו הם משניים לנושאים כלכליים כבדים יותר. למשל, הליך פשיטת הרגל (פירוק, ארגון מחדש וכד') ואופן ביצועו משפיעים מהותית על גודל ה"עוגה" שאפשר לחלק בין הנושים. תוצאות הליך פשיטת הרגל ישפיעו על מכירות הפירמה ופיתוחה העסקי, על ספקים, על עובדים ועל בעלי אינטרסים אחרים בפירמה. מלבד זאת תוצאות הליכי פשיטת רגל משפיעות על תקבולי הנושים, ולכן גם על נכונותם לספק הון מלכתחילה, בשלב גיוס החוב. בפרק זה נעסוק בהיבטים הכלכליים של ההליכים לפתרון הבעיות הנובעות מחדלות פירעון של חברות תוך שימת לב לגורמים האלה ולהשפעות חשובות אחרות.

בארץ הליכי פשיטת רגל יכולים להתרחש במסלולים של דיני פשיטת רגל, כינוס נכסים לפי דיני החברות ודיני הפירוק. הגישה הכלכלית, הבוחנת את יעילותו של פתרון בעיית חדלות הפירעון, בדרך כלל אינה מבדילה בין המסלולים השונים, מהסיבה שרוב השאלות הנוגעות ליעילות ההליך הן שאלות משותפות לכל סוגי ההליכים. נניח למשל שפירמה הגיעה לחדלות פירעון ונכנסת למסלול פירוק. לפירמה כמה חטיבות ששוויין הכלכלי כעסק חי בניהול יעיל עולה על שוויין מהפסקת פעילותן הכלכלית ומכירת נכסיהן בפירוק. ברור שכלכלית מוטב לפרק את הפירמה על ידי מכירת החטיבות כעסק חי, לקבוצת הניהול הטובות ביותר. המצב דומה במסלול השיקום. גם כאן אם השווי הכלכלי הגבוה ביותר של חטיבה מסוימת נובע ממכירתה לקבוצת ניהול חיצונית, מוטב (כלכלית) לעשות זאת. אם לחטיבה אחרת אין שווי כעסק חי, מוטב להפסיק פעולתה ולפרקה ולהשאיר בפירמה המשוקמת רק נכסים ששוויים הכלכלי המרבי מתקבל לפי המבנה והניהול של הפירמה המשוקמת. התוצאה הסופית בשני המקרים תהיה ניהול אופטימלי של הנכסים תוך מקסום השווי הכלכלי ללא תלות במיחות הבעלים של הנכסים/פירמה. סיבה נוספת לאי-הבחנה בין ההליכים היא שבזמן הפנייה לבית המשפט לא ברור בדיוק איזה תהליך יתברר כיעיל ביותר – ייתכן שבמהלך פירוק יתברר ששיקום מוביל לשווי כלכלי גבוה יותר ולהפך. לכן במהלך הדיון לא נבדיל בין המסלולים השונים ונכנה את כולם בשם "דיני פשיטת רגל". מטרתנו היא לגזור את אופי ההליך הרצוי מבחינה כלכלית, כלומר לזהות את דיני פשיטת הרגל הממקסמים שווי כלכלי (שאותו נגדיר באופן מפורט יותר).

תהליכי פשיטת רגל הם מורכבים, ומעורבים בהם בעלי עניין רבים ושונים, כמו בעלי מניות, מנהלי הפירמה, בעלי אג"ח מסדרות שונות, בנקים, ספקים, לקוחות, עובדים ועוד. כולם מושפעים מתוצאות הליך פשיטת הרגל ויכולים גם להשפיע עליו בהתנהגותם. הדיון ביעילות כלכלית אמור להתחשב בהתנהגות כל הצדדים ובתועלת הנגזרת לכולם מפתרון הליך פשיטת הרגל. למרות זאת בניתוח שלהלן נתרכז בעיקר ביחסים שבין בעלי המניות,

המנהלים ובעלי החוב השונים (אג"ח ובנקים) ונתעלם מקבוצות אחרות. הדבר נעשה בעקבות הספרות הכלכלית/פיננסית שמתרכזת באספקטים אלו מתוך אמונה שהשיקולים והניתוחים שנעשה כאן הם בני יישום גם בעניינם של יתר הנושים ובעלי האינטרסים. בנוסף, כפי שדוגמת ליהמן ברדרס ממחישה, עשויות להיות לתוצאות פשיטת הרגל השלכות רבות, הרבה מעבר לתחום הכלכלי הצר או להשפעתן על הצדדים הישירים. גם במקרים קיצוניים פחות ממקרה ליהמן ברדרס ייתכן שלפירוק פירמה גדולה המרוכזת באזור גאוגרפי מסוים יהיו השפעות חברתיות קשות על האזור שבו היא פועלת, ופירוקה משפיע על כל תושבי האזור, הן כלכלית והן באספקטים פסיכולוגיים וחברתיים. בפרק זה נתעלם מהאספקטים האלה, החורגים מחישובי היעילות הכלכלית הצרה ושאינם קשורים ישירות ליעילות הכלכלית של הפירמה שבפשיטת רגל (יוצא דופן הוא הדיון בשאלה של "גדול מכדי ליפול" בסעיף הבא). הסיבה להתעלמות זו היא ההנחה שהבנת הצד הכלכלי תקנה לנו תובנות רבות שיעזרו בניתוח רחב יותר של בעיות פשיטת הרגל. למשל, אם נבחן את נושא ההשלכות הסוציאליות של פירוק פירמה אזורית ללא הבנת ההשלכות הכלכליות של פירוקה או אי-פירוקה, יהיה בלתי אפשרי להעריך מה כדאי לעשות, כיצד לפתור בעיות חברתיות אלו, ומה עלות הפתרון. בנוסף, ההנחה הבסיסית שלי תהיה שדיני פשיטת הרגל לא נועדו לפתור בעיות חברתיות, ומוטב להניח לרשויות (הממשלה, השלטון המקומי) לקבל על עצמן אחריות לנושאים אלו (ראו הרחבה בסעיף הבא).

תפקיד חשוב נוסף של דיני פשיטת רגל שלא נדון בו הוא תפקידו כמרתיע ומונע רמאויות, גנבות, הברחת רכוש ונכסים כדי להונות נושים. תפקיד זה חשוב מאוד גם מהבחינה הכלכלית, כי הוא הבסיס לפעולתו התקינה של שוק ההון וליכולתן של חברות לגייס הון. אם המשקיעים לא יהיו בטוחים שכספם מוגן הגנה ראויה מהונאות ורמאויות כאלה, הם לא יהיו מוכנים להשקיע את כספם בפירמה. מאחר שבהרבה פשיטות רגל עולה חשד להונאות ולפעולות פליליות של חלק מהמעורבים, יש לדיני פשיטת רגל תפקיד חשוב בעידוד חקירה וענישה. למרות זאת הספרות הכלכלית לא עסקה בסוגיה זו, וגם לא ברור אם יש לה הרבה מה לומר בנושא לבד מאמירות סתמיות שצריך להילחם בשחיתות.

ככלל, הספרות הכלכלית והמימונית לא הרבתה לעסוק בשאלה מהו המנגנון המשפטי היעיל לפתור קונפליקטים בין נושים לבעלי מניות.¹ במקום זאת הרבו לדון בשאלה מהן עלויות פשיטת רגל הנובעות ממשטרים משפטיים חלופיים. מהספרות עולות לפחות שלוש שיטות לנתח את ההיבט הכלכלי של דיני פשיטת הרגל. השיטה שבה נשתמש בפרק זה

1 יוצאי דופן הוא HART (1995), המקדיש את פרק 7 בספרו לחוקי פשיטת רגל אופטימליים ו- (Aghion, Hart & Moor (1992).

שייכת לקטגוריה כללית של ניתוח בעיות בכלכלה המכונה "Mechanism Design"². היא מורכבת משני שלבים: ראשית, בהינתן בעיה כלכלית כמו ארגון מחדש, ננסה להגיע לפתרון הכלכלי האופטימלי ללא אילוצים חוקיים או חוזיים. האילוצים היחידים בשלב זה הם האילוצים שהמערכת הכלכלית כופה עלינו (כולל בעיות מידע ובעיות הכרוכות בקיומו של הסיכון המוסרי). בשלב השני ננסה למצוא מערכת חוקים שתוכל ליישם את הפתרון האופטימלי, או להביא אותנו כמה שיותר קרוב אליו בהתחשב באילוצי המערכת (מגבלות מידע ופעולה של בתי המשפט, קונפליקטים בין נושים שונים וכד'). ברור שמערכת חוקים שיכולה ליישם את הפתרון האופטימלי שמתקבל ללא אילוצים היא המערכת הרצויה מבחינה כלכלית. פתרון שני השלבים הזה יגדיר את מערכת המשפט האופטימלית ויאפשר להשוותה לחוקים קיימים. נשווה בעיקר את הכללים המיטביים מבחינה כלכלית לדין הנוהג. למשל, ייתכן שהפתרון הכלכלי האופטימלי בתנאים מסוימים של אילוצי מידע ותגמול יקרא לסטיות מסדר קדימויות החוב לטובת בעלי המניות או מנהל הפירמה. בשלב ההשוואה למערכת החוקים הקיימת נרצה לראות אם וכיצד המערכת המשפטית הקיימת פועלת בעניין הכלל האופטימלי, וכיצד אפשר לשנותה, במגבלות מידע ויכולות הניהול, כדי שתוכל ליישם כלל זה.

שיטה אחרת לבדוק יעילות כלכלית של חוקי פשיטת רגל היא לבדוק אמפירית את היישום בפועל של מערכת דינים כלשהי (למשל פרק 11 בארצות הברית) ולראות כיצד אפשר לשפרה מבחינה כלכלית. למשל, נמצא שבפרק 11 קיימות חריגות רבות מכלל הקדימויות (Absolute priority rule) של החוב.³ זה מוביל לדיון באילו תנאים, אם בכלל, חריגה כזו תורמת ליעילות הכלכלית, ומהן ההשלכות השליליות הפוטנציאליות של מדיניות כזו (למשל, ייקור גיוס חוב לפירמות במשק). שיטה זו כללית פחות מהשיטה הקודמת ותלויה במערכת דינים קיימת (מה קורה אם משנים מערכת זו, כמו שקורה לעתים תכופות?). בנוסף יש לה מגבלות רבות ביישום בחוק הישראלי הן משום שבמהותו הוא ברור פחות ומוגדר פחות והן עקב הקושי האובייקטיבי למצוא נתונים טובים על מה שבאמת קורה בארץ.

השיטה השלישית היא לראות בחוק פשיטת הרגל חוק אחד במסגרת רחבה יותר של חוקים, ולבדוק כיצד הוא פועל במסגרת זו. למשל בדיון בדבר נחיצותם של דינים מיוחדים לפשיטות רגל העלו כמה חוקרים (ראו למשל Jackson 1986) את רעיון ה־"common pool",

2 ל־Mechanism design יש יישומים רבים בניתוח בעיות כלכליות, למשל ניתוח השפעת שיטות בחירה שונות, כתיבת חוזים בין צדדים שלהם מידע פרטי, בניית מכרזים למכירת נכסים או זכויות למיזמים כאשר המידע א־סימטרי. ראו MAS-COLELL, WHINSTON AND GREEN (1995), chapter 21 pp 857-925. לתיאור מפורט.

3 ראו למשל Franks & Torous (1989).

שיוצר מצב הדומה לדילמת האסיר אצל הנושים משום שדיני החוזים מקנים יתרון למי שבא לדרוש את כספו ראשון (ראו סעיף 3). מובן שטיעון זה נכון רק אם החלופה לדיני פשיטת הרגל היא מערכת דינים אחרת, הנותנת לנושים את חלקם לפי סדר ההגעה ללא שום שיקולים כלכליים. כלומר, ההצדקה הכלכלית לדיני פשיטת רגל מיוחדים נעוצה בחסרונותיהם של הדינים הכלכליים שהיו חלים בלעדיהם.

בהמשך נטען (סעיף 4) שמבחינה כלכלית המטרה העיקרית של דיני פשיטת רגל היא פשוטה ומסתכמת במערכת כללים שתביא למינימום את עלות גיוס ההון בכלכלה. בראייה זו ננתח שני מצבים: הראשון, דרך פעולתו הנכונה של בית המשפט כאשר חדלות פירעון מתרחשת והצדדים פונים אליו. בשני ננתח את השפעת החוק על עלות גיוס ההון בזמן הנפקת החוב, כלומר הרבה לפני שחדלות פירעון מתרחשת (אם בכלל). אף על פי שהמצב השני הוא שמעניין אותנו, ניתוח המצב הראשון, הפעולות האופטימליות של בית המשפט, הכרחי להבנת השפעת החוק על עלות גיוס ההון. בהרבה מצבים הפעולה האופטימלית בזמן הכניסה לשערי בית המשפט היא גם שמביאה למינימום את עלות גיוס ההון. במצבים אחרים זה אינו כך, וקיים קונפליקט בין מה שממקסם שווי כלכלי בזמן חדלות הפירעון לבין הכללים שמביאים למינימום את עלות גיוס ההון. ניתוח מצבים אלו יוביל אותנו להגדרת דיני פשיטת רגל היעילים כלכלית. כמה מההשלכות שיש לממצאים אלו על החוק הישראלי הן כדלהלן:

1. בית המשפט לפשיטת רגל אמור לקיים את חווי החוב כלשונם ולסטות מהם רק במקרים מיוחדים ומוגדרים היטב.
2. יש להפריד בין הדיון החלוקתי לבין הפתרון התפעולי לפירמה. על הפירמה (או נכסיה הטובים) לצאת מההליך מהר וללא חוב מעיק, אפילו אם שאלת החלוקה לא באה על פתרונה.
3. במקרים רבים אפשר להגיע לפתרון הבעיה במשא ומתן ישיר בין הצדדים. במקרים אחרים בית המשפט יכול לספק פלטפורמה ראויה, ללא התערבות ישירה, לקיום משא ומתן כזה למקרה שהצדדים אינם יכולים לנהל משא ומתן במסגרת אחרת (למשל בגלל בעיות מידע).
4. כאשר קבוצות הנושים רבות, אין צורך לקבל את הסכמת כולם למהלך שמשפר שווי. זאת כדי למנוע התנגדות אסטרטגית של קבוצות קטנות הרוצות להגדיל את חלקן. מבנה הפרק הוא כדלהלן: בסעיף 2 נדון בבעיית ה"גדול מכדי ליפול"; בסעיף 3 נדון בבעיית המאגר המשותף; בסעיף 4 נדון בשאלה מהן עלויות פשיטת הרגל, כלומר העלויות הקשורות לקיום חוב; בסעיף 5 נגדיר את המדד הכלכלי שבו נשתמש לבחינת יעילות דיני פשיטת רגל; בסעיף 6 נתאר את הדין המביא ליעילות כלכלית בזמן הפנייה לבית המשפט; בסעיף 7 ננתח את השפעת בית המשפט על עלות גיוס ההון בכלכלה; בסעיף 8 נסכם את המסקנות ונשווה אותן לחוק הישראלי ולפרקטיקה הנהוגה בארץ.

ב. "גדול מכדי ליפול" לעומת השיקול הכלכלי הצר

המקרה המעניין ביותר שבו נראה למחוקקים רבים שבית המשפט אמור לחרוג מהשיקול הכלכלי הצר של בעלי עניין בפירמה ולהתחשב בשיקול המקרו כלכלי הוא בשאלת ה"גדול מכדי ליפול" ("Too big to fail"). פירמה נחשבת גדולה מכדי ליפול אם נפילתה תגרום לתגובות שרשרת קשות בכלכלה, כמו קריסת חברות אחרות הקשורות לאותה הפירמה, פיטורי עובדים ונוזק רב לתוצר. קריסתה של חברת ליהמן ברדרס עקב המשבר הכלכלי של 2008 היא דוגמה טובה לבעיית ה"גדול מכדי ליפול". נפילתה גרמה לתגובות שרשרת כלכלית, שבה בנקים ובנקי השקעות גדולים קרסו, המערכת הפיננסית העולמית נכנסה למשבר, והכלכלה העולמית נכנסה למיתון. זה מקרה קלסי של השפעות חיצוניות שליליות, שכנראה היו נמנעות בחלקן לו היה הממשל האמריקאי מתערב בצורה פעילה יותר בפתרון בעיית ליהמן ברדרס (כפי שעשה במקרים דומים אחרים). במקום זאת כדי לפתור את המשבר שנוצר נאלצו הממשל האמריקאי וממשלות ובנקים מרכזיים מובילים בעולם לנקוט פעולות דרסטיות ויקרות כדי להציל את הכלכלה העולמית ושילמו מחיר גבוה בהרבה מהמחיר שהיו משלמים לו הייתה בעיית ליהמן ברדרס נפתרת ללא הצורך בהליך פורמלי של פשיטת רגל.

ההשלכה שעשו משפטנים וכלכלנים לגבי דיני פשיטת רגל ברורה: במקרה שפירמה מהסוג של ליהמן ברדרס מגיעה לבית משפט לפשיטת רגל, יש לטפל בה בצורה שתתחשב בהשלכות החמורות שיש לפירוקה על הכלכלה, כדי להימנע מנוזק גדול יותר שעלול להיגרם. ואמנם מקרים רבים שנראים מתאימים להגדרה של "גדול מכדי ליפול" שנבעו מהמשבר הכלכלי של 2008 הגיעו, ועדיין מגיעים, לפתחו של בית המשפט – הם בעיקרם מקרים של פירמות החזקה שהנפיקו חוב רב ולא יכלו להחזירו (ראו מקרה אפריקה ישראל). בארץ בעיה זו הייתה מוכרת וידועה עוד בטרם פרוץ המשבר האחרון. סוגיה זו עלתה למשל במשבר הבנקים בשנות השמונים ובמקרה פשיטת הרגל של כור.⁴ הדעה הרווחת בקרב משפטנים וכלכלנים רבים היא שמקרים אלה מצדיקים את תמיכתו של בית המשפט בפעילות הפירמה הגדולה כדי למנוע התמוטטות ספקים, איבוד עבודה לאלפי עובדים וכד'. דעה זו, שלהלן נטען נגדה, באה לידי ביטוי בין היתר במבוא לדוח ועדה ציבורית של אנשי מקצוע בראשות כבוד השופט ד"ר שלמה לויין משנת 1990, שם נכתב כי –

"ההתפתחויות החברתיות והכלכליות של העשורים האחרונים הביאו בהדרגה לידי שינוי בהתייחסות הציבור לחברה כושלת. גברה ההכרה שקיימות תוצאות מרחיקות לכת לפירוקה של חברה, הן לגבי המעורבים

4 ראו ספרם של ורדה אלשיך, גדעון אורבך הקפאת הליכים – הלכה למעשה 8-9 (2005).

הישירים בפעילותה והן לגבי הציבור כולו. פיטורי עובדים בממדים גדולים עשויים להביא לחוסר עבודה ועירעור הכלכלה; עשויה להיווצר תגובת שרשרת שאת תוצאותיה קשה לחזות מראש. לפעמים, פירוקה של חברה כושלת הוא בלתי נמנע מטעמים אובייקטיביים; אך יש ו'נפילתה' של חברה נובעת אך כתוצאה מניהול כושל ומארגון לקוי ולא מטעמים אינהרנטיים למבנה ולמהותה, בנסיבות שבהן מוכח שביסודו של דבר גרעינה של החברה בריא ועל ידי שינוי במיבנה או בניהול אפשר להעלות אותה שוב 'על הפסים', לחדש את פעילותה היצרנית והכלכלית ואף לאפשר לה להגביר חיילים. שיקומה של חברה כזו עשוי להטיב עם הנושים, בעלי המניות והציבור כולו."

גישה זו רואה בדיני פשיטת רגל את הדרך שבה יש לפתור את בעיית ה"גדול מכדי ליפול". היא מניחה שפירמה כושלת עומדת בפני שתי אופציות בלבד: חיסול פעילותה הכלכלית או שיקומה בבית משפט. הנחה זו אינה מתארת את המצב ברוב מקרי פשיטת הרגל. חיסול פעילות הפירמה היא אופציה אחת מני רבות ונדמה כי אינה היעילה שבהן. כך למשל פירמה שכשלה בגלל ניהול לקוי יכולה להימכר, ובדרך כלל נמכרת, לפירמה המציעה ניהול טוב יותר. המכירה יכולה להיעשות בפיקוח בית המשפט או בלעדיו. למשל, כאשר חברת קלאבמרקט כשלה עקב בעיות ניהוליות, היא נמכרה במהירות לחברת שופרסל במחיר גבוה וללא פיטורי עובדים. גם כאשר מכירה כיחידה אחת אינה אפשרית והחברה מפורקת, הפירוק יעשה על ידי מכירת החלקים במחיר המרבי, המתקבל לרוב ממכירת חטיבות או יחידות ונכסים אחרים של הפירמה כעסק חי. כך נגיע לתוצאה כלכלית מיטיבה – לא עוד אבדן שווי כי אם העלאת שווי חברה הנמכרת כעסק חי. סביר להניח שהנכסים בניהול החדש והיעיל יותר יניבו שווי כלכלי רב יותר. למשל, סביר להניח שאם חברת IDB תקרוס, רוב החברות שבבעלותה (שופרסל, סלקום ועוד), המנוהלות ממילא באופן עצמאי, ואף נסחרות כפירמות עצמאיות בבורסה, ימשיכו בפעילותן כמקודם ולא ייגרם נזק כבד לכלכלה. אשר על כן גישתו של השופט לוין ושל המלומדים האחרים הדוגלים בה, בטעות יסודה. דרך הפעולה המיטבית היא פירוק החברות באופן יעיל, המשמר את פעילותן הכלכלית של היחידות השונות.

כאשר חברה גדולה הופכת ללא יעילה וצריך לחסלה, מוטב לחסלה במהירות ולא לשמר פעילותה באופן מלאכותי כמה שנים נוספות, כי אז תהיה הקריסה יקרה וכואבת הרבה יותר. מכאן נובע שהשיקול הכלכלי ה"צר" הוא השיקול הנכון גם כאשר מובאים בחשבון שיקולים מקרו כלכליים. כמובן, במקרים מיוחדים כמו המקרה של ליהמן ברדרס עולה תמונה שונה. בעולם הבנקים ובנקי השקעות יש השפעות חיצוניות שליליות בין הפירמות הקשורות, ויש לפשיטת רגל השלכות גם על מידת האמון שניתן לרחוש למערכת

כולה. במשברים כאלה דרושה התערבות חיצונית, אך נדמה כי התערבות זו ראוי שתופקד בידי מתווי המדיניות הכלכלית והרגולטורים השונים ולא בידי בית המשפט לפשיטות רגל. במקרה של המערכת הפיננסית הבנק המרכזי בכל מדינה אמור לדאוג לבעיות אלו ולמנוע את קריסת המערכת ולעשות זאת במהירות ובחשאי. במקרה של ליהמן ברדרס הניסיונות החשאיים של הבנק המרכזי האמריקאי למצוא קונים לבנק כשלו, וכך התחיל המשבר. חשוב גם לזכור שבית משפט איננו בנוי לשקם חברות בפועל, במיוחד לא חברות גדולות שלפעילותן השפעה מהותית על המשק כולו. ניהול חברה כזו הוא מורכב ומסובך. כפי שנטען בהמשך (סעיף 5), מוטב לבית המשפט להעביר את הניהול בדרך המהירה והזולה ביותר לצוות ניהולי מקצועי המומחה בשיקום חברות במשבר וניהולן.

ג. רעיון המאגר המשותף (Common Pool)

רעיון המאגר המשותף הוא אחת הסיבות המרכזיות העומדות בבסיס הגישה הדוגלת בכינון דינים מיוחדים לפשיטת רגל.⁵ הרעיון מבוסס על גרסה של דילמת האסיר, שבה יש לכל נושה אינטרס לפנות לבית המשפט כדי לקבל את כספו חזרה, אך אם כולם עושים זאת, נגרם נזק רב, וסך הנכסים לחלוקה בין הנושים פוחת. הרעיון תלוי גם בהנחה שמחוץ לדיני פשיטת הרגל לנושים יש תמריץ "להסתער" על נכסי החייב כדי לזכות ביתרון ביחס לזולתם, בבחינת "כל הקודם זוכה". כדי להדגים את בעיית המאגר המשותף הניחו פירמה שלה שני נושים, וערך החוב הנקוב לכל נושה הוא 60 ש"ח. שווי הפירמה בפירוק הוא 140 ש"ח, ושווייה כעסק חי הוא 200 ש"ח. מובן שזוהי פירמה יציבה כלכלית, ואין סיבה לנושים לפעול. הניחו עכשיו שמגיע מידע חדש על אודות הפירמה, ובעקבות זאת הערכות השווי יורדות לחצי: בפירוק שווי הפירמה הוא 70 ש"ח, ובהמשך כעסק חי השווי הוא 100 ש"ח. ברור לבעלי החוב שאין להם דרך לקבל את מלוא שווי חובם. ברור גם שמוטב לתמוך בהמשך פעילות הפירמה כדי להשיג שווי מצרפי של 100 ש"ח במקום שווי של 70 ש"ח בפירוק. נניח שהנושים יושבים ומחליטים ביניהם לחלק את השווי באופן שווה, כלומר 50 ש"ח לכל נושה. מאחר שאין מימוש נכסים, הדבר יכול להיעשות בהסכם לא פורמלי בין הנושים, וכך חובו של כל אחד מהם ייקבע בסך 50 ש"ח. אבל לאחר גיבוש הסכמה לא פורמלית זו יכול נושה מסוים לחשוב כך:

"אם אשתף פעולה ואקיים את מה שהוסכם, אקבל במקרה הטוב 50 ש"ח. לעומת זאת אם אפנה להליכי אכיפה פרטיים כדי לקבל את כספי חזרה,

5 ראו (1986) JACKSON.

אקבל את מלוא הסכום כי אהיה הראשון לדרוש את חובי, ובכל מצב (פירוק או המשך) יש לפירמה 60 ש"ח כדי לפצות אותי במלוא הסכום. לכן עדיף לי לפנות לבית משפט ולדרוש את כספי כמה שיותר מהר."

מובן שתהליך חשיבה זה יחול במוחם של שני הנושים ויגרום לשניהם למהר לבית המשפט ולבקש את מלוא כספם מיד. אם יעשו כן, ייאלץ בית המשפט לפרק את הפירמה, והנושים יקבלו יחד רק 70 ש"ח, ובממוצע כל אחד יקבל רק 35 ש"ח. היה אפשר לחשוב שהצדדים יימנעו מהפנייה המהירה המזיקה הזאת לבית המשפט, אך הבעיה בדילמת האסיר היא שפעולה זו היא האסטרטגיה הדומיננטית של הנושים: נושה שיחליט לא לפנות אל בית המשפט מסתכן בכך שהשני כן יפנה. במצב זה הנושה שלא פנה יקבל רק 10 ש"ח, הסכום שנשאר לאחר שהפירמה פורקה, והנושה שפנה לבית המשפט יקבל את מלוא ערכו, 60 ש"ח. לכן פנייה לבית המשפט עדיפה בכל מקרה: אם הנושה השני איננו פונה, הנושה שפונה מקבל 60 ש"ח במקום 50 ש"ח, ואם גם הנושה השני פונה, הוא יקבל 35 ש"ח לעומת 10 ש"ח שיקבל אם יחכה ולא יפנה מיד לבית משפט. מכאן הצורך בדינים מיוחדים לפשיטת רגל, שתפקידם יהיה להכריח את הצדדים להגיע להסכם ללא פירוק הפירמה ואיבוד השווי הכרוך בכך (הביטוי הפורמלי והמידי לכך הוא בצו הקפאת הליכים, המונע מן הצדדים לנקוט הליכי אכיפה פרטיים).

כאמור, בעיית המאגר המשותף מקורה בדין הכללי כי דינים אלה מעניקים זכויות על פי סדר הגשת תביעות החוב. הפתרון נדמה פשוט: ביטול הענקת הזכויות לפי סדר הגשת תביעות החוב. אולם סוג בעיות זה (דילמת האסיר) מופיע בצורות שונות בבעיות אחרות הקשורות למשא ומתן בין נושים שונים, ובעיות אלה קשה יותר לפתור ללא התערבות פעילה יותר של בית משפט. במקרים אלו נעסוק בסעיפים הבאים.

ד. עלויות פשיטת הרגל

דרך אחת לנתח את בעיית המבנה הכלכלי הנכון של דיני פשיטת רגל היא פשוטה ואפשר לסכמה בתשובה לשאלה: "מהו המבנה שמביא למינימום את עלות גיוס החוב בכלכלה?" הסיבה לכך היא שתוצאות פשיטת הרגל משפיעות על התקבולים של הנושים. לכן בזמן ההנפקה, כאשר הם שוקלים אם לתת לחברה הלוואה או לקנות את חובה, הם מעריכים את הסיכוי להיכנס לפשיטת רגל ואת התקבולים שיקבלו במקרה זה. הערכות אלו יקבעו גם את נכונות המלווים להלוות כספים לפירמה וגם את תנאי הלוואה. כלומר, התוצאות הצפויות של הליך פשיטת הרגל ישפיעו על מחיר החוב. הסיכוי לאירוע פשיטת רגל ותוצאותיו מהווים את אי-הוודאות העיקרית העומדת בפני הנושים (פרט לסיכון בשינוי שערי הריבית במשק). ככל שדיני פשיטת רגל יישמו פתרונות יעילים יותר כלכלית במצבים של פשיטת

רגל, כך יגדלו תקבולי בעלי החוב במצבים אלו, ותגדל נכונותם להלוות את הכסף לפירמות במחיר נמוך יותר.

הרבה זמן סברו שדיני פשיטת הרגל האופטימליים הם פשוטים ומסתכמים בהמלצה לבית המשפט ליישם כלשונם את חוזה החוב הקיימים. זו אולי הסיבה שכלכלנים ואנשי המימון לא הרבו לעסוק בשאלת המבנה הנכון של דיני פשיטת רגל אך דנו בהרחבה בשאלה מהן עלויות פשיטת הרגל לפירמה לפי כמה הנחות פשטניות באשר למבנה המשפטי הקיים. הבסיס לדיון זה הייתה התאוריה המימונית שפיתחו מודליאני ומילר (1958), ובה הראו שבהנחת שוק הון משוכלל אין חשיבות למבנה ההון של הפירמה. במילים אחרות, למנוף הפיננסי של הפירמה (כלומר ליחס שבין החוב של הפירמה לשוויין של המניות) אין השפעה על שווייה הכלכלי. אחת מהנחות השוק המשוכלל היא שאין עלויות לפשיטת רגל. לאחר מכן הורחבה התאוריה ונכללו בה עלויות פשיטת רגל כחלק מעלויות השימוש בחוב נגד היתרונות המיסויים (מגיני מס) שמתקבלים עקב תשלומי הריבית. הוויכוח הגדול היה עד כמה באמת עלויות פשיטת רגל קיימות וחשובות כלכלית. לתשובה לשאלה זו השלכות רבות על גודל החוב שכדאי לפירמה להנפיק ועל מחירו. לענייננו, מאחר שההיבט הכלכלי של המבנה הנכון של דיני פשיטת הרגל קשור ליעילות כלכלית, שבעצמה תלויה בעלויות פשיטת רגל, אפשר להגיע לכמה תובנות חשובות באשר למבנה האופטימלי של דיני פשיטת רגל מניתוח עלויות פשיטת רגל.

פשיטת רגל נראית תהליך ארוך ויקר, שבו שווי החברה יורד ירידה דרסטית. לכן למתבונן מהצד נראה כאילו התשובה לשאלת עלויות פשיטת רגל היא טריוויאלית: ברור שיש עלות גבוהה לפשיטת רגל. למרות זאת התשובה אינה כה ברורה. עלויות פשיטת רגל, מתוך הגדרה, כוללות רק אבדן שווי שנובע מקיום החוב ושלא היה קורה ללא חוב. לעומת זאת הרבה מאבדן השווי שקורה במציאות מקורו באבדן שווי שהיה קורה גם ללא קיום החוב, עקב בעיות אופרטיביות של הפירמה. כדי להמחיש נקודה זו נשתמש בדוגמה הזאת: הניחו חברה שהנכס היחיד שלה מניב תזרים מזומנים חד-פעמי בסוף התקופה (למשל שנה). תזרים זה אינו ודאי: בהסתברויות שוות הוא יהיה 150 ש"ח או 50 ש"ח. לחברה גם חוב לפירעון בסוף התקופה, בערך נקוב 70 ש"ח (נתעלם מריבית, או לחלופין נניח שסכום זה כולל גם את הערך הנקוב של הקרן שעל הפירמה להשיב וגם את הריבית). כמובן, אם התזרים יהיה 150 ש"ח, המצב פשוט: החברה תשלם 70 ש"ח לבעלי החוב, ובעלי המניות יקבלו את ההפרש, כלומר 80 ש"ח. במצב זה החברה לא תיקלע לפשיטת רגל. לעומת זאת אם התזרים הוא 50 ש"ח בלבד, החברה איננה יכולה לעמוד בתשלום החוב. ההנחה המקובלת במקרה זה היא שכל הכסף ילך לבעלי החוב, ובעלי המניות לא יקבלו דבר. אף על פי שבמצב זה נראה שבעלי המניות סובלים מהחוב, אין פה עלויות פשיטת רגל. הנפקת החוב לא גרמה לאיבוד שווי כלכלי. בעלי המניות קיבלו מעט כי הם סובלים ממזל ביש שגרם לראליזציה נמוכה של תזרים המזומנים ללא קשר לקיום החוב. בסיכום התקבולים אין

הבדל בין מצב שבו החברה השתמשה בחוב אם לאו. בשניהם מקבלים 150 ש"ח או 50 ש"ח בהסתברויות שוות. אמנם בעלי המניות מקבלים בסוף התקופה פחות בשני המצבים בשל קיום החוב, אך צריך לזכור שתקבולי החוב בזמן הנפקתו אפשרו להם להשקיע פחות בחברה בעבר, ולכן בסיכום הם מקבלים פחות על השקעה פחותה, ולא נגרם להם הפסד מהנפקת החוב. גם לנושים לא נגרם הפסד אם המצב היה ידוע בזמן ההנפקה: הסיכון שבמצב שבו התקבולים נמוכים תומחר בערך נקוב גבוה יותר, ולכן במצב שבו התקבולים גבוהים הם מקבלים יותר. בדוגמה שלנו הערך הנקוב של 70 ש"ח אמור להיות גבוה (אם הצפיות לסיכון פשיטת רגל נכונות) מהסכום שנתנו כהלוואה, שאמור היה להיות רק – נניח – 60 ש"ח. כך, כאשר התקבולים גבוהים, לא זו בלבד שהם מקבלים סכום השווה להלוואה שנתנו, אלא הם שומרים בכיסם גם את הפרמיה שגבו בעד נטילת הסיכון.

באיזה מצב יש לצפות לקיומן של עלויות פשיטת רגל? כאשר תזרים המזומנים הכולל יקטן עקב החוב. למשל, אם תזרים המזומנים במצב של אי-עמידה בתשלומי החוב היה פוחת ל-30 ש"ח (אולי בשל הליך משפטי מסורבל ויקר), יש איבוד שווי של 20 ש"ח שנובע מהנפקת החוב בלבד. איבוד שווי כזה לא היה קורה אילו הייתה הפירמה ממומנת בהון עצמי בלבד. חשוב לציין כאן שהסובלים מעלויות פשיטת רגל בשלב פשיטת הרגל הם הנושים: במקום לקבל 50 ש"ח הם יקבלו, בסופו של התהליך, רק 30 ש"ח. אבל אם הם מבינים זאת, בזמן הנפקת החוב הם ירצו פיצוי על כך בדמות מחיר אטרקטיבי יותר לחוב. הדבר יגרום להקטנת מידת החוב המונפקת ולהעלאת מחירו, ויוביל לאיבוד שווי פוטנציאלי. המפסידים בסופו של עניין יהיו בעלי המניות, שבזמן הנפקת החוב יפסידו שווי השווה, בתוחלת, לעלויות פשיטת הרגל. המסקנה החשובה מדוגמה זו היא שכאשר נתמקד ביעילות דיני פשיטת רגל, נרצה לכלול בחישוב היעילות הכלכלית גם את ההשפעה שיש לדיני פשיטת הרגל על עלויות גיוס החוב ומבנה ההון של הפירמה. במילים אחרות, דרך תהליך תמחור החוב בזמן גיוסו יש לדיני פשיטת רגל השפעה רבה על החלטות כלכליות שנופלות הרבה לפני תחילתו של ההליך המשפטי (אם בכלל יתקיים), והרבה לפני שהפירמה נכנסת למצוקה כספית. מבחינה כלכלית השפעה זו הרבה יותר חשובה מהשפעת פתרון הבעיה בזמן שאכן פוקדים את הפירמה קשיים כספיים.

ה. הגדרת המדד הכלכלי לבחינת יעילות דיני פשיטת הרגל

תהליכי פשיטת הרגל וארגון מחדש הם למעשה תהליכי משא ומתן בין מספר לא קטן של בעלי עניין בפירמה. בעיקרון, בחינת היעילות הכלכלית של תוצאות המשא ומתן צריכה להביא בחשבון את התועלות של כל המשתתפים על ידי הגדרת סט של תוצאות יעילות (מבחינת יעילות פרטו) או הגדרת מדד מסוים המשקלל את תועלות כל הצדדים. כל עוד

התועלות מבטאות רק את ההשלכות הכספיות שיש לתוצאות המשא ומתן, קל יחסית להעריך את יעילות הפתרון. אבל קיימים גורמים נוספים היכולים להשפיע על תועלות הצדדים השונים למשא ומתן. למשל, ייתכן שעובדים מסוימים קשורים מאוד רגשית למקום העבודה, וסגירת הפירמה תגרום להם סבל נפשי רב נוסף על איבוד משכורתם. ייתכן גם שלנושים מסוימים יהיו אינטרסים נוספים בפתרון זה או אחר, למשל בניית תדמית ציבורית שתאפשר להם להתמקח טוב יותר בעתיד, או שתעזור להם בעסקאות עתידיות אחרות. קשה מאוד להעריך כספית אלמנטים כאלו בחישוב התוצאות וההשלכות של ארגון מחדש. לכן לצורך הדיון נניח כמה הנחות מפשטות שיאפשרו לנו להתרכז בשווי הכספי כדלהלן:

1. לצורך חישוב שווי או הפסד לקבוצה מסוימת נתרכז רק בתועלות כספיות הספציפיות להליך פשיטת הרגל שבדיון. נתעלם מתועלות לא מוניטריות (הנאה משליטה, הנאה רגשית מעבודה במקום מסוים, בניית תדמית וכד'). ליתר דיוק, אלמנטים אלה יכולים להשפיע על תוצאת המשא ומתן דרך השפעתם על התנהגות הפרטים, ואת זה ננסה להכניס לדיון, אך לא את השווי במונחי תועלת של אלמנטים אלו.

2. אשר לחישוב ערך העבודה ויתר תשומות הייצור נאמץ את הנחות השוק המשוכלל, כלומר נניח שאפשר למצוא מקום עבודה חלופי בשכר תחרותי במהירות רבה יחסית ובעלויות נמוכות. במילים אחרות, השווי שנובע מהפירמה יהיה העודף שהיא יכולה לייצר מלבד תשלום התשומות. זה השווי שבו נתרכז בדיון.

3. כאמור, נתעלם מההשפעות חברתיות/פוליטיות שיש לתוצאה, כגון השפעה על המצב התעסוקתי באזור מסוים, על השפעה בחלוקת הכנסה וכד'. אלה שיקולים חברתיים חשובים, אך אינם קשורים בהכרח ביעילות כלכלית, ולא ברור עד כמה בית המשפט אמור להתחשב בהם או להשאיר את טיפולם בידי גורמים אחרים.

4. נניח שהתועלת של הצדדים השונים מכסף היא זהה. הנחות אלו מאפשרות לנו להגדיר תוצאה שהיא יעילה כלכלית: תוצאה שממקסמת את השווי הכלכלי שנובע מנכסי הפירמה באילוץ מידע ותמריצים. אם דיני פשיטת רגל מאפשרים להשיג תוצאה שהיא יעילה כלכלית, אלה דיני פשיטת הרגל היעילים כלכלית (לפני הכנסת שיקולים אחרים כפי שצוין בהנחות למעלה). לחלופין, אם דיני פשיטת הרגל אינם מאפשרים להשיג את היעילות הכלכלית המרבית, נוכל לדרגם על פי השווי הכלכלי שהם מאפשרים להשיג.

אף על פי שהגדרה זו נראית פשוטה יחסית, היא מסתבכת כאשר בוחנים את אלמנט הזמן: מתי לחשב את השווי המרבי – בזמן הפנייה לבית המשפט? בזמן הנפקת החוב? בזמן ההגעה להסדר? בזמן ביניים כלשהו? אם נתמקד בעלות גיוס חוב כמשק, הרי שדיני פשיטת רגל אמורים לאמץ את זמן הנפקת החוב כזמן שבו מחפשים את היעילות הכלכלית. הבעיה היא שהדיונים בבית המשפט מתרחשים זמן רב לאחר הנפקת החוב, ולכן ניתוח השפעת דיני פשיטת הרגל על עלות גיוס החוב הוא מורכב. הבעיה נהיית פשוטה יותר

כאשר יש זהות בין יעילות כלכלית בזמן הפנייה לבית המשפט לבין יעילות כלכלית בזמן הנפקת החוב. כאן אפשר לנתח רק את הפעולות האופטימליות בזמן הדיון בבית המשפט. כפי שנראה בהמשך, זה לא תמיד המצב, ומה שאופטימלי בזמן אחד עלול לגרום לאי-יעילות בזמן אחר. בדיון להלן נתאר את הפתרון הכלכלי האופטימלי בכל נקודת זמן וננתח את דיני פשיטת הרגל האופטימליים תוך התחשבות בנקודות המבט השונות האלו.

1. הפתרון היעיל בזמן הפנייה לבית המשפט

מבחינה כלכלית בזמן הפנייה לבית משפט לפשיטת רגל המצב די ברור. יש אסטרטגיה אופטימלית, זו שתמקסם את שווי הפירמה, ואותה אמורים דיני פשיטת הרגל ליישם. אופן חלוקת השווי אינו מהותי ליישום האסטרטגיה האופטימלית. כלומר, בעיקרון אמורים דיני פשיטת הרגל להפריד בין החלטות חלוקה לבין שאלות יעילות בזמן הפעלת הפירמה כדלהלן:⁶

1. על בית המשפט למצוא את דרך הפעולה שתשיא את שווי נכסי הפירמה ואת הדרך ליישמה.

2. בהינתן שווי הפירמה המרבי שהתקבל, הדין יפרט כיצד יש לחלקו בין הצדדים השונים.

יישום דרך הפעולה האופטימלית אמור להיעשות כמה שיותר מהר, אפילו לפני שהחלטה כיצד שווי זה מחולק בין הצדדים מתקבלת. כך יושא השווי הכלכלי ויגרום נזק מינימלי לעובדים, לספקים ועוד. מובן שבפועל דבר זה אינו תמיד בריי-שום. במהלך הדיונים בבית המשפט תמיד יהיו חילוקי דעות מהותיים בדבר דרך הפעולה האופטימלית, במיוחד כשהיא כוללת פיטורי מנהלים מכהנים או משפיעה השפעה שונה על נושים שונים. אם בית המשפט יכול לזהות בעצמו את האסטרטגיה האופטימלית, הוא אמור לכפות אותה. מצב זה אינו אופייני, ולרוב יזדקק בית המשפט לעצות מומחים. בכל מקרה, לפעולה מהירה, אפילו במחיר של סטייה מסוימת מאסטרטגיית הפעולה שללא בעיית הזמן היא אופטימלית, יש יתרון רב. כאשר הפירמה פועלת בפשיטת רגל ובאי-ודאות באשר לפתרונות התפעוליים והפיננסיים שיושגו, רוב האנרגיות של הפירמה, בעיקר האנרגיות הניהוליות, מופנות לתהליך המשא ומתן. דבר זה מונע מהנהלה לפתח את האסטרטגיה העסקית של הפירמה, כולל פיתוח מוצרים חדשים, אסטרטגיות שיווק ותחרות בשוק המוצרים. הפירמות המתחרות ינצלו מצב זה כדי לנגוס בנתח השוק של הפירמה ויפגעו מאוד בשווייה לאחר

6 ראו דיון בנושא זה ב-HART (1995) בעמ' 169-178 ו-Aghion, Hart & Moore (1992).

שתצא מפשיטת הרגל. בנוסף, אי-הוודאות גורמת לעובדים המיומנים והבכירים לעזוב את הפירמה. לכן נזקי הליך ממושך עשויים להיות הרבה יותר גדולים מכל רווח שיכול להיות מבדיקה ועיכוב. ההמלצה הזו ישימה בעיקר בחברות תעשייתיות הפועלות בשווקים תחרותיים. במקרים אחרים, למשל במצב של חברות תשתית, חשמל או מים, הבעיה חמורה פחות.

כאשר מדברים על אסטרטגיה אופטימלית לחברה הנמצאת בהליכי פשיטת רגל, כדאי להבחין בין כמה מצבים שונים, שעל פני הדברים נראה שיכולים להוביל לדרכי פעולה אופטימלית שונות, ובהן אלה:

1. פירוק תוך חיסול הפעילות הכלכלית של החברה – מצב שבו כדאי לפרק את החברה ולמכור את נכסיה לפעילויות אחרות. למשל, חברת היי טק שפיתחה מוצר שנכשל. אין לה שום רווח מפעילותה כעסק חי, והאסטרטגיה הטובה ביותר היא לממש את נכסיה – מכירת ציוד משרדי, מכוניות וכד'. מבחינה כלכלית דיני פשיטת רגל אמורים להוביל למימוש נכסים מהיר ובמינימום עלויות ולחלוקת התקבולים בין הנושים השונים. דרך חלוקת התקבולים אינה מהותית ואינה משפיעה על סך השווי שנקבל.
2. פירוק ומכירת הנכסים הטובים כעסק חי – מצב שבו מפרקים את החברה ומוכרים את נכסיה השונים כעסקים חיים אם שוויים כעסק חי גבוה מחיסולם. למשל, פירוק חברת החזקות שמחזיקה חברות פעילות. כל מה שיקרה בחברות אלו, אם הן מנוהלות נכון, יהיה החלפת הבעלים. בהרבה מקרים הפירמה עושה זאת בעצמה, ללא התערבות בית משפט.
3. המשך פעילות כעסק חי – ארגון מחדש של מבנה ההון – מצב שבו הפירמה מתנהלת כשורה מבחינה תפעולית, אך החוב גבוה מדי. למשל, עקב טעויות עבר או הרעה בתנאי השוק יש לפירמה מסוימת החזרי חוב שנתיים של 100 ש"ח ורווחים לפני תשלומי החזרי החוב של 50 ש"ח בלבד. שווי הנכסים בפירוק הוא 10 ש"ח. אף על שהפירמה איננה יכולה לעמוד בהחזרי החוב, כלכלית שווייה כעסק חי גבוה משוויים של נכסיה אם תפורק. גם אין סיבה להחליף את ההנהלה, כי החברה מנוהלת (תפעולית, כלומר בהתעלם מעלויות ההון) ביעילות. לכן הנושים יכולים להרוויח מהורדת תשלומי החוב – למשל על ידי החלפתו במניות – כדי לאפשר לחברה להמשיך ולפעול. במצב דברים זה אפשר לומר שבמקום שהפירמה נמכרת ל"שוק", היא נמכרת לנושיה, הנעשים לבעליה החדשים.
4. המשך פעילות כעסק חי – ארגון מחדש של הנכסים – בדרך כלל לפירמה הנכנסת לארגון מחדש יש גם בעיות תפעוליות, הדורשות שינויים מהותיים גם בצד האופרטיבי. שינויים אלה יכולים לכלול החלפת ההנהלה, מכירת נכסים (כעסק חי בפני עצמם או בפירוק), סגירת קווי ייצור לא יעילים, שינוי המבנה הארגוני, שינוי מיצוב החברה וכד'. שינויים אלה אמורים לבוא עם שינוי מבנה ההון כדי לאפשר לחברה לצאת מפשיטת רגל על הצד הטוב ביותר.

מבחינה כלכלית אין הבדל גדול בין המצב המתואר ב-(2), שבו הפירמה מפורקת ונכסיה נמכרים כעסק חי לבעלים אחרים, לבין המצב המתואר ב-(4), שבו אותם נכסים נשארים כעסק חי בתוך הפירמה, אך הבעלים מתחלפים. בשניהם יש מכירת נכסים כעסק חי ושינויים תפעוליים. לעובדה שהארגון מחדש נעשה לפי המבנה המשפטי של הפירמה המקורית ב-(4) לעומת פירוק המבנה המקורי כמו ב-(2) אין משמעות כלכלית. בשניהם אמורים הנכסים להיות מנוהלים ניהול אופטימלי.

הבעיה העיקרית שעולה בהקשר של הפתרון האופטימלי היא כיצד יוכל בית המשפט לזהותו וליישם אותו לפי החוק. כדי לזהות את אופי הבעיות בית המשפט אמור לצלול לעומק בעיותיה של החברה ואף לנהל אותה. מאחר שתפקידו של בית המשפט אינו לנהל חברות, וברוך כלל גם אין לו ידע ומשאבים לעשות זאת, יהיה לו קשה ליישם את הפעולות הכלכליות המתבקשות.

דברים דומים תקפים גם למנהל הממונה מטעם בית המשפט (מפרק, נאמן, כונס נכסים או כל הגדרה אחרת למנהל מיוחד). בדרך כלל אין לו ידע ספציפי על הפירמה וגם לא מערכת התמריצים הנכונה להיכנס לניהול אקטיבי יעיל של החברה הכושלת. לעומת זאת לקונים פוטנציאליים של נכסי הפירמה יש ידע ומומחיות בניהול הנכסים וכיצד להוציא מהם את מרב השווי. זו עבודתם ומקור מחייתם. לכן הפתרון האופטימלי לבעיה זו הוא מנגנון מכירה שיאפשר למי שיודע את השווי להביע את דברו (זה כולל את ההנהלה הקיימת אם היא מגייסת מקורות כספיים לביצוע רכישה).

מנגנון שמאפשר גילוי שווי ומכירה במחיר הוגן לקונה שיישם את אסטרטגיית הפעולה האופטימלית הוא מכירה באמצעות מכרז. יש כמה סוגי מכרז שאפשר ליישם כאן ("מכרז פתוח", "מכרז מעטפות סגורות" וכד'). למשל: במכרז פתוח, או מכרז אנגלי, יש כרוז שמכריז על מחיר, וכל רוכש פוטנציאלי יכול להסכים לרכוש במחיר המוצע. הכרוז מעלה את המחיר כל עוד יש קונים המוכנים לקנות במחיר האחרון שהוצע. ברגע שהוא מעלה את המחיר ואין קונה המוכן לשלם מחיר זה, זוכה בנכס הקונה שהציע את המחיר האחרון, הגבוה ביותר. במכרז זה כל קונה מסכים למחיר המוצע אם הוא נמוך משווי הנכס לגביו, ויוצא מהמכרז כאשר המחיר עולה על שווי הנכס. לכן המכרז מסתיים כאשר המחיר מגיע לשווי של הקונה הפוטנציאלי בעל השווי השני בשיעורו. במחיר זה רק הקונה עם השווי הגבוה ביותר מוכן להמשיך במכרז, אך אין לו צורך להציע מחיר גבוה יותר או להסכים לו, כי אין לו עוד מתחרים.

לכן במכרז פתוח יזכה בפירמה הקונה שנותן את השווי הגבוה ביותר – שווה לשווי של המתחרה בעל ההצעה השנייה בשווייה. באופן זה השווי האמתי של הקונים הפוטנציאליים מתגלה, והמחיר משקף שווי הוגן שעל הקונה לשלם, כי זה בדיוק השווי של המתחרה שמתחתי. כלומר, נשאר לו כרווח השווי הייחודי שהוא מיצר, והוגן שהוא יקבל אותו.

מובן שגם ההנהלה הקיימת יכולה להשתתף במכרז, ואם היא הטובה ביותר, הפירמה תישאר בניהולה (בבעלות ומבנה הון שונים).

מכרז שעובד כהלכה פותר את בעיית פשיטת הרגל בקלות וביעילות. הקונה מייצר את השווי הכלכלי הגבוה ביותר ומשלם את התשלום הראוי. מכאן גם קל יחסית לעבור לחלוקת המזומנים שאותה רוצים ליישם. למשל, אם רוצים לשמור על העדיפויות הקיימות בחווי החוב (strict priority), אין אלא לתת לבעלי החוב את כספם לפי סדר העדיפויות, עד שהכסף "אוזל". מבחינה זו תפקידו המרכזי של בית המשפט הוא לאפשר להגיע למכרז כמה שיותר מהר, אולי אף לפני שהבעיות הפליליות והסדרי הנושים נפתרים. ללא מכירת הנכס במכרז יהיה קשה לבית משפט ליישם את חלוקת השווי בין הנושים שעליה החליט. הסיבה פשוטה: מכרז עושה שני דברים בו־זמנית: הוא מגלה את שווי נכסי הפירמה ומנזיל אותם. בלעדיו אין מכירת הנכס, ולכן אין מזומנים לחלק, ואין מידע מדויק על שווי הנכסים. במצב זה הדרך היחידה לחלק את הנכס היא להעניק בעלות (מניות) לנושים. מאחר ששווי המניות אינו ידוע לפני שהפירמה יוצאת מההליכים או מוכרת את הנכסים, השווי שכל נושה מקבל אינו ידוע, ואי אפשר ליישם חלוקת שווי נתונה.

דוגמה יפה של שיטת המכרז הוא מקרה פשיטת הרגל של חברת קלאבמרקט, רשת חנויות סופרמרקטים. עקב ניהול כושל ותנאי שוק לא טובים פשטה החברה את הרגל ונכנסה להסדר נושים. הנאמנים בהסדר העמידו את החברה למכירה בצורת מכרז "מעטפות סגורות", שבו כל קונה מגיש את הצעתו במעטפה סגורה, ובעל ההצעה הגבוהה ביותר זוכה. למכרז הוגשו ארבע הצעות רכש, וזכתה בו חברת שופרסל, שהציעה 825 מיליון ש"ח, הרבה מעל ההצעה השנייה – 365 מיליון ש"ח. הרכישה יצאה לפועל מהר יחסית, ומרב העיכובים שחלו לא היו מצד בית המשפט אלא מצד ועדי העובדים והרגולטורים. רוב חנויות הרשת המשיכו לפעול בבעלות חדשה, כל העובדים נשארו לעבוד, והניהול עבר לקבוצת מנהלים מוכשרת יותר. הנושים קיבלו במהירות יחסית את מלא השווי האפשרי (אך יש לשים לב ששיטת מכרז זו מחייבת את המציע הגבוה ביותר לשלם את סכום הצעתו, ולא את סכום ההצעה השנייה בשווייה).

הבעיה היחידה שיכולה להתעורר היא יישום שיטת המכרז. בשוקי הון שמתפקדים היטב לא תהיה בעיה גדולה לחברה או לצוות ניהולי בעל יכולות גבוהות ומוכחות להשיג מימון לרכישת הנכסים שבהם הם מעוניינים. לרוע המזל, פשיטות רגל קורות לעתים קרובות כאשר מצב השווקים אינו טוב, וקשה להשיג מימון. גם כאשר המצב טוב, מממנים רבים יהססו לממן רכישת חברה שנמצאת בהליכי פשיטת רגל או ארגון מחדש. ללא מימון מנגנון המכרז לא יתפקד ביעילות, כי המציעים מעדיפים בדרך כלל למנף את הצעתם באמצעות מימון חלק ממנה בעזרת הלוואות. למצב זה אין פתרון מושלם. הדרכים להקטין את הבעיה

הן לאפשר משך זמן רב יותר למכרז, או לאפשר לקונה, אם היא חברה הנסחרת בבורסה, לשלם במניותיה במקום במזומן.

לתשלום במניות, כלומר החלפת החוב במניות, יש חיסרון, כי קשה יותר להעריך את שווי המניות מאשר את שווי המזומן במצב של פשיטת רגל. אבל אם בית המשפט רוצה לשמור על עקרון סדר הקדימויות החוקי (strict priority rule), הוא יכול לעשות זאת גם ללא מכרז חיצוני, בעזרת הליך של מכרז פנימי כדלהלן (ראו Bebachuck 1988): הניחו שיש כמה קבוצות נושים המדרוגות על פי בכירות החוב שלהם. בית המשפט נותן אופציה לבעלי החוב הזוטר ביותר לרכוש את נכסי הפירמה במחיר הנקוב של כל בעלי החוב הבכירים מהם. קיימות שתי אפשרויות: או שבעלי החוב הזוטר מחליטים לרכוש את הפירמה או שלא. אם הם החליטו לשלם, בעלי המניות הבכירים מקבלים את מלוא שווי החוב, ובעלי החוב הזוטר את השארית (האמורה להיות חיובית, שאם לא כן לא היו רוכשים). אם בעלי החוב הזוטר החליטו שלא כדאי להם לשלם, הם אינם מקבלים דבר, והאופציה עוברת לבעלי החוב הזוטר ביותר שמעליהם, והתהליך חוזר על עצמו עם קבוצה זו. התהליך נגמר כאשר קבוצה מסוימת מחליטה לשלם את מלוא החוב הבכיר שמעליה, או כששום קבוצה איננה מוכנה לשלם, והפירמה נשארת בידי בעלי החוב הבכיר ביותר, שמממשים אותה ומקבלים את שווי הנכסים. אפשר לראות שתהליך זה נותן לכל קבוצת נושים את מה שהיא אמורה לקבל לפי סדר הבכירות שלה. לכן תהליך זה מיישם החלטת חלוקה מסוימת אפילו אם לבית המשפט אין שום מידע על שווי הנכסים. בתהליך זה מספיק שהנושים יודעים את שווי הנכסים לגביהם. אימוצה של שיטה מעין זו פותרת באלגנטיות את הקושי בהערכת שווי נכסיה של החברה פושטת הרגל, האמורים להתחלק בין הנושים לפי סדר בכירותם. בלי שיטה זו נושים זוטרים נתונים לתמריץ להעריך את שוויים של נכסים אלה הערכה גבוהה, כדי שהקבוצות שמעליהם תקבלנה פחות מהם לפני שהיתר יחלחל למטה. נושים בכירים מתומרצים להעריך את שווי הנכסים במחיר נמוך, כדי שיוכלו לקבל יותר מהם לפני החלחול למטה. השיטה הנסקרת כאן מאפשרת לכל קבוצת נושים להחליט בעצמה על שווי הנכסים ומונעת קונפליקטים בין הקבוצות השונות.

התהליך הזה מראה שבאמת אפשר להפריד בין הפתרון הכלכלי היעיל להמשך פעילות הפירמה לבין הפתרון החלוקתי. ברגע שהפתרון הכלכלי ברור, קל יחסית ליישם את הפתרון החלוקתי בעזרת התהליך הזה. אין ספק שהעיקובים והעלויות הכבדות שרואים במקרים רבים של פשיטת רגל מקורם באי־הפרדה כזו ובניסיון לפתור את בעיות חלוקת הכסף לפני שמאפשרים ליישם פתרון כלכלי לפירמה. במקרים רבים אי־הפרדה כזו נובעת משיקולים לא כלכליים. במקרים אחרים היא נובעת ממגבלות מידע או בעיות נזילות, ולרוכשים פוטנציאליים אין מידע או מזומנים לרכוש את נכסי הפירמה.

ז. הפתרון היעיל בזמן הנפקת החוב

לתוצאות פשיטת רגל יש השפעות חשובות בזמן הנפקת החוב – על תמחור החוב, על אופי חוזי החוב ועל התנהגות הצדדים השונים. כדי לבדוק את תפקידם והשפעתם של דיני פשיטת רגל כאן נתחיל בטענה חשובה שרבים תומכים בה⁷ והיא תהיה בסיס לדין: "דיני פשיטת רגל אמורים ליישם חוזים קיימים או לאשרר הסכמים שנחתמו בין הצדדים השונים. כל פעולה אחרת תפגע ביעילות הכלכלית". משמעותה של הטענה היא שכאשר פירמה פונה לבית משפט לפשיטת רגל, בית המשפט אמור לעסוק רק בגביית חובות על פי החוזים הקיימים, על פי סדר הקדימויות, ולא להתערב באופן אקטיבי יותר בתהליך. טענה זו מבוססת על רעיונותיו של קואס (1960). על פי התאוריה של קואס, אם אפשר לחתום על חוזים מותנים באופן מושלם (על כל מצבי הטבע האפשריים וללא עלות), או אם יש אפשרות לצדדים השונים להתמקח ולהגיע להסכם ללא הפרעה, הם יגיעו לפתרון כלכלי אופטימלי, ולבית המשפט לא נשאר אלא ליישם חוזים אלו בצורה הפשוטה והזולה ביותר. הטענה של קואס היא כללית, ויישומה בבעיית פשיטת רגל הוא מידוי. הדוגמה הבאה מסבירה אלמנט אחד באינטואיציה הזאת.

הניחו פירמה ללא נכסים קיימים שברשותה הזכות להשקיע במיזם (פרויקט) השקעה כדלהלן: ההשקעה הנדרשת היא 80 ש"ח. 10 ש"ח יוזרמו על ידי בעלי המניות, ו-70 ש"ח על ידי חוב שייגויס היום (מבנה הון זה דומה למבנה הון של מיזם גדל"ן). בעוד שנה הפירמה צפויה לקבל תזרים מזומנים לא ודאי של 130 ש"ח או 50 ש"ח בהסתברויות שוות. נניח לשם הפשטות ששער הריבית הוא אפס, ונתייחס לשלושה חוזי חוב אפשריים: 1. חוזה המבטיח לנושים את כל תזרים המזומנים במקרה של פשיטת רגל (50 ש"ח); 2. חוזה המבטיח להם רק 30 ש"ח במקרה של פשיטת רגל, והיתרה מובטחת לבעלי המניות; 3. חוזה המבטיח את כל תזרים המזומנים לבעלי המניות במקרה של פשיטת רגל. חוזה (1), שבו כל ההכנסות מובטחות לנושים במקרה של פשיטת רגל, הוא החוזה המקובל. אם בית המשפט מקיים את חוזה החוב כלשונו, תמחור החוב יהיה כדלקמן: באירוע פשיטת רגל הנושים יודעים שהם יקבלו את כל התקבולים, 50 ש"ח. לכן כפיצוי על מצב זה הם ידרשו לקבל במצב שבו ההכנסות גבוהות לפחות 90 ש"ח כדי שבמוצא בין שני המצבים הם יקבלו את כספם חזרה (70 ש"ח). בעלי המניות יהיו מוכנים לשלם להם 90 ש"ח במצב שבו ההכנסות גבוהות כי להם יישארו 40 ש"ח במצב זה.

7 ראו Jensen (1989) לדיון ממצה של נקודה זו. הכתוב אינו תרגום מדויק של Jensen, אלא ברוח הדיון שלו.

חוזים (2) ו-(3) הם סטנדרטיים פחות. קל לראות שחווה (3), שבו כל ההכנסות במצב של פשיטת רגל הולכות לבעלי המניות, איננו אפשרי. אם בעלי החוב אינם מקבלים דבר במצב של פשיטת רגל, הם ידרשו פיצוי של 140 ש"ח במצב שבו ההכנסות גבוהות, דבר שאיננו אפשרי. כלומר, אין אפשרות לפצות את בעלי החוב על הסיכון שהם מסתכנים בו, והמיזם לא ימומן. לעומת זאת חווה (2) אפשרי. לפי חווה זה, במצב פשיטת הרגל בעלי החוב יקבלו 30 ש"ח. לכן במצב שבו ההכנסות גבוהות הם ידרשו לקבל לפחות 110 ש"ח כדי שבממוצע יקבלו את כספם חזרה, וזה אפשרי.

לפי החוזים (1) ו-(2) בעלי החוב ובעלי המניות מקבלים בתוחלת בדיוק את אותם הסכומים: 70 ש"ח לבעלי החוב ו-20 ש"ח לבעלי המניות, כי כך החוב מתומחר. למשל, לפי חווה (2) יקבלו בעלי החוב 110 ש"ח במצב הטוב ו-30 ש"ח בפשיטת רגל, או 70 ש"ח בתוחלת. בעלי המניות יקבלו בתוחלת 20 ש"ח בשני המקרים. כדי שזה יתקיים, אין על דיני פשיטת רגל אלא להורות לבית המשפט לקיים את חווה החוב כלשונו, בכל מצב, ושכולם ידעו ויבינו זאת. במצב זה מיזמים המייצרים שווי כלכלי חיובי ימומנו כי יש רווח במימונם, ומיזמים שאינם מייצרים ערך כלכלי לא ימומנו. אין שום סיבה לשנות את החלוקה בזמן פשיטת הרגל כי השינוי רק יכול לגרום לבעיות. ליתר דיוק, לפעמים יכולים הצדדים להתגבר על הבעיות שיוצר בית משפט אקטיבי מדי, ולפעמים הנזק הוא בלתי ניתן לתיקון. למשל, אם בית המשפט משנה את חוזה החוב בעקיבות, למשל תמיד נותן הכול לנושים במצב של פשיטת רגל, הצדדים יבינו זאת, חוזה החוב ייכתבו כמתבקש, ולא תהיה בעיה. אך אם בית המשפט אינו עקיב בהחלטותיו, תהיה לצדדים בעיה בכתיבת חוזה חוב. עם זאת כל עוד הם תמימי דעים באשר לסיכוי לסטיות מהחווה המקורי, הם יכולים לכתוב חווה המבוססת על הערכות אלה (אף על פי שלא תמיד הן מתממשות). אבל אם אין תמימות דעים באשר לתוצאות בית המשפט, יהיה בלתי אפשרי לכתוב חוזה חוב המקובל על שני הצדדים, כי תוצאות חלוקת הרכוש במצב פשיטת רגל משפיעות על מחיר החוב. מצב זה איננו רצוי בעליל, שכן ההתנהגות הבלתי צפויה של בית המשפט גורמת לכשל שוק ההון ולאייבוד שווי ששוק הון משוכלל יוצר.

הבעיה הזאת, שהיא אחת הביקורות הנפוצות על בתי משפט לפשיטת רגל בארץ, מחמירה כאשר בית המשפט מחליט להעניק זכויות לצדדים נוספים (לקוחות, בעלי חוב נחותים ועוד). חריגה כזו הופכת חוזה חוב מסוג של חווה (1), שבו כל התקבולים בפשיטת רגל הולכים לנושים, לחווה חוב מסוג חווה (2) או (3), שבהם חלק מהתקבולים או כולם אינם הולכים לנושים בפשיטת רגל, אלא שעכשיו בפשיטת רגל הכסף שאיננו מגיע לבעלי החוב אינו מגיע גם לבעלי המניות. התנהגות זו מחריפה את בעיית כשל השוק. המחיר שידרשו בעלי החוב כדי לקבל פיצוי הוגן עבור הסיכון שבהשקעתם (סיכון שגדל עקב התנהגות בית המשפט) ירתיע את בעלי המניות, והם יוותרו על מימון המיזם. דוגמה להתערבות שיכולה לגרום לנזק כזה היא בפשיטת הרגל של חברת הבנייה חפציבה, שבה

פעל בית המשפט בניגוד לכללי קדימויות החוב והעביר כסף שהיה בפירמה לרוכשי הדירות ולא לנושים מובטחים. לפעולה כזו יכולות אולי להיות הצדקות לא כלכליות, אך מבחינת חוזי חוב אין ספק שהיא מקטינה את יכולת גיוס החוב של חברות בעתיד ומעלה את מחיר החוב.

הרעיון של אי-התערבותו של בית המשפט לפשיטות רגל רחב מהמתואר כאן, וישים גם במקרים ואירועים שאינם מתוארים בחוזה החוב המקורי. במקרים רבים יכולים הצדדים להתגבר על בעיות בלתי צפויות שהתעוררו בעת חיי החוב על ידי משא ומתן ישיר ביניהם, אף על פי שמצבים אלו אינם מתוארים בחוזה החוב. למשל, הניחו חוזה חוב כמו חוזה (1) מהדוגמה שבסעיף זה. במיזם זה נדרשת השקעה של 80 ש"ח, ו-70 ש"ח מהם מגויסים בעזרת חוב. נניח שלאחר שההשקעה בוצעה מתברר לצדדים שדרושה השקעה נוספת (בלתי צפויה בשלב ההשקעה הראשוני) של 10 ש"ח כדי לממש את המיזם. ההשקעה הנוספת כדאית בשלב זה, כי כל תזרים המזומנים של המיזם תלוי בה. נשאלת השאלה מי יזרים את הכסף ומה הוא יקבל תמורת הזרמת מזומנים זו. בתאוריה, חוזה החוב המקורי יכול להגדיר מה עושים במצב כזה. אבל במציאות יהיה יקר, מסובך ואולי בלתי אפשרי לתאר מה עושים בכל מצב אפשרי, כולל מצבים "בלתי צפויים". לכן אם החוזה המקורי איננו מורה מה לעשות במקרה שהשקעה נוספת כזו נדרשת, על הצדדים להתמקח ולהחליט מה לעשות. יש פתרונות רבים לבעיית מיקוח כזו (למשל שכל צד יזרים 5 ש"ח), ואין סיבה שלא יגיעו להסכם שיועיל לשניהם ללא התערבות בית משפט. ליתר דיוק, ייתכן שהתערבות בית משפט כן תהיה נחוצה, למשל כדי לתת גושפנקה רשמית להסכם, אך אין צורך בהתערבות פעילה יותר שלו. תהליך כזה קורה בהליך שמכונה בארצות הברית "Pre-packed Chapter 11", ובו הצדדים השונים מגבשים פתרון מחוץ לבית המשפט ואחר כך נכנסים להליך של פרק 11 מקוצר (עד שלושה חודשים) כדי לתת אישור חוקי להסכם.

בהמשך נתאר מצבים שבהם התנאים לכתיבת חוזים מלאים או למשא ומתן ללא עלויות אינם מתקיימים, ובהם יש תפקיד כלכלי חשוב יותר לדיני פשיטת רגל ולבית משפט שיישם דינים אלו. למרות זאת חשוב להדגיש שאין כל הוכחה, תאורטית או אמפירית, שמבחינה כלכלית מצבים אלו חשובים יותר מהמצבים שבהם אי-התערבות היא אופטימלית. לכן דיני פשיטת רגל שתפקידם היחיד הוא ליישם חוזים קיימים בלבד הם אופציה שתמיד צריך להביאה בחשבון כאשר בודקים מהם הדינים הנכונים לפשיטת רגל.

כאמור, בהרבה מקרים חוזי החוב נכתבים בסביבה מורכבת מכדי שאפשר יהיה לתארה במלואה או לכתוב חוזה בראיפה המתייחס במפורש לכל מצבי הטבע העתידיים. כמו כן במקרים רבים לא ברור סדר הקדימויות של סוגי החוב והנושים השונים, פשוט כי קיימים נושים רבים שלהם תביעות מסוגים שונים (סוגי אג"ח שונים, ספקים שונים, עובדים וכד'). בנוסף, משא ומתן אינו אפשרי תמיד, או שעלויותיו אינן נמוכות. בהמשך נתרכז בכמה

מקרים חשובים העולים בסביבה כזו, ונראה מה ההשלכות של מקרים אלו בהליכי פשיטת רגל. אלו הם המקרים:

1. קונפליקט בין בעלי מניות לבעלי חוב לפני פשיטת רגל.
2. בעיות נציג: מנהל מול בעלי מניות או נושים.
3. קונפליקט בין נושים שונים.
4. הפרת חוזים ארוכי טווח עם בעלי אינטרסים אחרים (עובדים, ספקים).
5. בעיות מידע.

1. קונפליקט בין בעלי מניות לנושים לפני פשיטת רגל

כאשר יש לפירמה חוב ברמת סיכון גבוהה – בשל ביצועים לא טובים או הנפקת חוב גדולה – נוצרים קונפליקטים בין בעלי המניות לבין הנושים, קונפליקטים שאינם צפים על פני השטח בתנאים שבהם רמת החוב נמוכה יותר. במצב שלפירמה חוב גבוה ומסוכן, פעולות שמשפרות את שווי המניות יכולות לפגוע בבעלי החוב, ולהפך. בעקבות זאת המנהלים או בעלי הפירמה עלולים לנקוט פעולות שיכולות לפגוע בשווי נכסי הפירמה עוד לפני שהפירמה נכנסת פורמלית להליך פשיטת רגל. במיוחד אמורים הדברים בפירמות שבהן קל לשנות את אופי (סיכון) הנכסים, למשל בחברות נדל"ן, חברות היי טק, חברות פיננסים ובנקים, חברות תשתית כמו חיפושי נפט וגז ועוד. בחברות יציבות יותר, שלהן נכסים קבועים ארוכי טווח ומניבים (המכונות לפעמים "פרות חולבות" עקב ייצור המזומנים הקבוע שלהן), הקונפליקט בולט הרבה פחות. נביא פה כמה דוגמאות ידועות למצב זה, ונסביר מה השלכותיהן על תהליך פשיטת הרגל.

(א) השקעת-חסר ("צלו המאיים של החוב")⁸

כאשר לפירמה יש חוב מסוכן, בעלי המניות עלולים להיפגע אם יזרימו כסף לפירמה כדי להשקיע במיזמים המפחיתים את הסיכון. הסיבה היא שירידה בסיכון תזרים המזומנים של הפירמה מעלה קודם כול את שווי החוב. עליית שווי החוב היא על חשבון בעלי המניות, ולכן בתנאים מסוימים לא יהיה כדאי לאחרונים להשקיע. בעיות כאלה היו נפוצות למשל בין חברות שעברו רכישה ממונפת (LBO). הדוגמה הבאה מציגה מקרה זה: נתחיל בפירמה מהדוגמה שבסעיף 4, שלה תקבולים עתידיים של 50 ש"ח ו-150 ש"ח בהסתברויות שוות, וחוב בעל ערך נקוב 70 ש"ח, לפירעון בסוף התקופה. לפירמה נקרתה הזדמנות להשקיע במיזם חסר סיכון, הדורש השקעה של 20 ש"ח ושיניב בוודאות בסוף

8 ראו Myers (1977) ו-Berkovitch & Kim (1990) לתיאור בעיה זו.

התקופה תקבול של 25 ש"ח. ההשקעה אמורה להיעשות על ידי גיוס הון מניות מבעלי המניות הקיימים. האם בעלי המניות ייענו לגיוס זה?

אף על פי שהמיזם מעלה את סך שווי נכסי הפירמה, בעלי המניות לא יסכימו לממנו, משום שכל הרווחים מהמיזם, ואף למעלה מכך, יופנו לסיפוק תביעותיהם של בעלי החוב. כדי לראות זאת נחשב מה תוספת השווי לבעלי המניות והחוב בעקבות המיזם, כדלהלן:

- שווי המניות ללא המיזם הוא 40 ש"ח: במצב שבו התקבול הוא 150 ש"ח, לבעלי המניות נשאר 80 ש"ח, ובמצב שבו התקבול הוא 50 ש"ח, לא נשאר להם דבר לאחר ניכוי החוב. הממוצע: 40 ש"ח.
- עם המיזם החדש התקבול הגבוה הוא 175 ש"ח, והתקבול הנמוך הוא 75 ש"ח (תוספת של 25 ש"ח בכל מצב עולם).
- לכן לאחר תשלום החוב יישארו לבעלי המניות 105 ש"ח כאשר התקבולים גבוהים, ו-5 ש"ח כאשר התקבולים נמוכים. ממוצע: 55 ש"ח.

מכאן שבעלי המניות אמורים להשקיע 20 ש"ח, ובתמורה יעלה שווי מניותיהם רק ב-15 ש"ח: מ-40 ש"ח ל-55 ש"ח. כלומר, הם מפסידים בתוחלת 5 ש"ח וכמובן יסרבו להשקיע בתנאים אלו. לעומת זאת שווי החוב יעלה בעקבות ההשקעה במיזם מ-60 ש"ח, שוויו בזמן ההנפקה, ל-70 ש"ח עם המיזם החדש כי הוא הופך לחסר סיכון. חשוב לשים לב שבזמן ההנפקה הערך הנקוב של החוב (70 ש"ח) גבוה משווי השוק של החוב (60 ש"ח) כדי לפצות את המשקיעים על הסיכון שבחוב. פיצוי זה הוא שגורם לבעיה כאשר סיכון החוב יורד. כאשר לפירמה יש מספיק כסף לשלם לבעלי החוב בכל מצב עולם, בעלי החוב יקבלו את הערך הנקוב (70 ש"ח) לא משנה מה יהיה מצב העולם. כך "יזלוג" שווי מבעלי המניות לבעלי החוב בעקבות המיזם החדש. זליגת השווי לבעלי החוב היא שהופכת השקעה במיזם כדאית כלכלית במובן המצרפי ללא כדאית מבחינתם של בעלי המניות.

הפתרון לבעיה זו יכול להיות פשוט: אם בעלי החוב יסכימו להוריד את הערך הנקוב של החוב מ-70 ש"ח למספר הנמוך מ-65 ש"ח, למשל 63 ש"ח, יהיה כדאי לבעלי המניות להשקיע. שווי המניות יעלה מ-40 ש"ח ל-62 ש"ח, כלומר יותר משווי ההשקעה. בד בבד יעלה שווי החוב מ-60 ש"ח ל-63 ש"ח כי הוא הפך חסר סיכון. לכן למרות ההורדה בערך הנקוב של החוב שווי החוב עלה עקב ירידת הסיכון שנגרמה מההשקעה במיזם מפחית-סיכון. שני הצדדים הרוויחו פה מהשינוי בתנאי החוב.

האם פתרון כזה אפשרי? והאם צריך בית משפט כדי ליישם אותו? התשובה היא שפתרון כזה אפשרי בתנאי שיש תנאים נוחים לנהל משא ומתן בין בעלי המניות, ההנהלה ובעלי החוב. מאחר שהמשא ומתן משפר את השווי לכל הצדדים, אין על הצדדים אלא להכיר בעובדה זו ולהיכנס למשא ומתן (workout) לפתרון בעיית ההשקעה. אם זה קורה, אין צורך במשא ומתן במסגרת הליך משפטי אף על פי שבית משפט יכול לעזור במתן פלטפורמה למשא ומתן בעזרת מתן גושפנקה רשמית להסכם, או בכל עזרה אחרת כדי

לאפשר לצדדים להגיע להסכם. תפקידו מצומצם יחסית ואינו דורש התערבות ישירה בשלבי המשא ומתן.

המצב שונה אם המגבלות על תהליך המשא ומתן נוקשות יותר. מגבלה אחת היא ריבוי נושים בעלי אינטרסים מנוגדים. בבעיה זו נעסוק כאמור בסעיף 7.3. בעיה חשובה אחרת היא קיום מידע א־סימטרי, כאשר בעלי החוב אינם בטוחים שהסיבה האמתית לבקשת בעלי המניות היא השקעות המפחיתות סיכון, וקיים חשד שבעלי המניות משתמשים בתירוץ הזה רק כדי להשיג ויתורים. בעיית מידע אחר היא המצב הנפוץ שבו גילוי מידע מפורט על המיזם עשויה להזיק לפירמה, למשל על ידי גילוי סודות אסטרטגיים ליריבים. בעיות אלו ימנעו מהצדדים לנהל משא ומתן כפי שתואר למעלה. כאן אם בית המשפט יכול ליצור סביבה שבה יהיה אפשר לגלות את המידע האמתי ולאמת אותו ללא חשש שידלוף החוצה, הוא יכול לעזור להגברת היעילות הכלכלית. חלק מהדברים נעשים ממילא באופן די שגרתי על ידי בתי משפט. למשל, כדי להקטין את הסיכויים לדליפת מידע בית המשפט יכול למנות נציגים שייצגו את הנושים במשא ומתן באופן שברור שאין להם אינטרס או יכולת לנצל מידע חשאי לרעת הפירמה, ואף להטיל עליהם מגבלות חוקיות ופיקוח על אי-שימוש במידע כזה. בהקשר זה רצוי להקטין למינימום את מספר הנציגים, ויש לפסול נושים שיש להם השקעות (חוב או מניות) בחברות המתחרות בפירמה. באופן זה תהליך המשא ומתן יוכל להתקיים בחשאיות, ללא התערבות ישירה של בית המשפט וללא דליפת מידע. במקרה שבעלי החוב אינם בטוחים בכוונות בעלי המניות ובמידע שהם מוסרים, יכול בית המשפט לעזור בתהליך גילוי המידע, הדיווח והפיקוח על התקדמות ההשקעות והתמורה מהן (כמו למשל קביעת אבני דרך אפקטיביות להתקדמות ההשקעות ומינוי מפקח המקובל על הצדדים שיקבע שאכן הפירמה עמדה באבני דרך אלו, וההשקעה בוצעה כמתוכנן). פעולה זו תקטין את החשש שהפירמה מנצלת את המצב כדי להשיג הקלות מהנושים ולא כדי להשקיע בהשקעות משפרות שווי. חשוב לציין שוב שבית המשפט רק מעניק פלטפורמה למשא ומתן. אין לו צורך ועניין להתערב ולהשפיע על התוצאה במישרין.

9 (ב) השקעת־יתר (הגדלת סיכון הנכסים)⁹

הבעיה הנפוצה יותר בקונפליקט שבין בעלי המניות לבעלי החוב היא הבעיה של השקעות המגדילות את הסיכון לבעלי החוב, ולכן מורידות את שווי החוב. ההפחתה בשווי של החוב בחלקה עוברת לבעלי המניות ובחלקה אובדת דרך ירידה בשווי נכסי הפירמה. לכן בעלי המניות ישקיעו לפעמים במיזמים המקטינים את סך נכסי הפירמה אך מגדילים את

9 ראו Jensen & Meckling (1976) ו-Berkovitch & Kim (1990).

שווי המניות. בעיה זו נוצרת כאשר החלטות ההשקעה המסוכנות והלא יעילות נעשות על ידי בעלי המניות ונציגייהם בהנהלה הרבה לפני שהחברה נעשית חדלת פירעון, בזמן שבית המשפט עדיין איננו בתמונה, ואין מי שיפקח על החברה ועל מהלכיה.

אף על פי שזה נשמע כמו הונאה שבית המשפט (לפשיטת רגל או אחר) או ממשל תאגידי נכון אמורים לטפל בה, הדבר אינו פשוט, כפי שנראה בהמשך.

דוגמה 1: הניחו פירמה שהנכס היחיד שבבעלותה הוא נכס נזיל בשווי 100 ש"ח. כמו כן לחברה חוב בערך נקוב של 70 ש"ח לפירעון בסוף התקופה. המנהל/בעל המניות יכול להשקיע במיזם מסוכן. המיזם דורש השקעה של 100 ש"ח ומניב תקבול לא ודאי של 190 ש"ח או 0 ש"ח בהסתברויות שוות (כלומר השקעה מסוכנת ולא כדאית). הכסף להשקעה יילקח מהנכס הנזיל שבבעלות הפירמה. האם כדאי לבעלי המניות להשקיע במיזם? ואם כן, מהן ההשלכות של השקעה זו?

ראשית, המיזם מניב בתוחלת ערך שלילי של 5 ש"ח כי ההשקעה היא בסך 100 ש"ח ותוחלת ההחזר רק 95 ש"ח. לכן התוצאה המיידית של השקעה במיזם היא ירידה של 5 ש"ח בסך נכסי הפירמה. בנוסף:

1. שווי המניות ללא המיזם הוא 30 ש"ח (100-70).
2. שווי החוב ללא המיזם הוא 70 ש"ח (חוב חסר סיכון)
3. שווי המניות עם המיזם הוא 60 ש"ח $(0.5 \cdot (190-70))$
4. שווי החוב עם המיזם יורד ל-35 ש"ח $(0.5 \cdot 70)$

כאן אף על פי שהמיזם מוריד את סך נכסי הפירמה, כדאי לבעל המניות להשקיע בו, כי הוא מעלה את שווי המניות מ-30 ש"ח ל-60 ש"ח. למעשה, חלק גדול מההשקעה ממומן בכסף של בעלי החוב. הירידה של 35 ש"ח בשווי החוב בעקבות הגדלת הסיכון עוברת ברובה לבעל המניות: תוספת השווי למניות היא 30 ש"ח. ירידת החוב הנוספת נובעת מהירידה בסך נכסי הפירמה (5 ש"ח) היות שהמיזם איננו יעיל.

כיצד אפשר להתגבר על בעיה זו? כאן המצב מסובך מהמצב של השקעת-חסר. ראשית, משא ומתן ישיר נראה בעייתי יותר. קשה לדמיין את בעלי המניות או את ההנהלה מעזים לבקש מבעלי החוב להיכנס למשא ומתן לפתיחת חוזה החוב שאם לא כן ישקיעו במיזם שיפגע בשווי החוב. זה נראה כמו סחיטה וחושף את בעלי המניות וההנהלה לתביעות אם יגלו את מה שהם עומדים לעשות. מנגד, אם הם אינם מגלים את המצב, קשה מאוד להוכיח את כוונתם הנסתרת. בשינוי קטן בהסתברות ההצלחה או בתקבול ההצלחה המיזם נראה בעל ערך חיובי. למשל, אם סיכוי ההצלחה יעלה ל-60%, שווי תוחלת תקבולי המיזם יעלה ל-114 ש"ח, הנותנים למיזם ערך של 14 ש"ח מעל ההשקעה. לכן אפילו אם בעלי החוב מודעים למצב, יקשה עליהם להוכיח בבית משפט שסיכויי ההצלחה הם רק 50% ולא 60%. האם יוכלו להוכיח שהתקבול הצפוי כאשר המיזם מצליח הוא רק 190 ש"ח ולא למשל 210 ש"ח כפי שינסו לטעון בעלי המניות? ואם קשה להוכיח כוונות זדון בדוגמה כה פשוטה,

איך אפשר להוכיח דברים כאלה במצבים אמתיים, שהם מורכבים בהרבה? ומה קורה כאשר כמו ברוב המקרים אין להם שום מידע על המיזם? כאן ייתכן תפקיד חשוב לדיני פשיטת רגל. כדי לפתור את בעיית השקעת-היתר, דיני פשיטת הרגל צריכים לספק הגנה לבעלים/מנהל כאשר הם חושפים מרצונם מידע על השקעות הפוגעות בשווי הפירמה ובנושים עוד לפני שהן נעשות. נוסף על הגנה זו דיני פשיטת הרגל צריכים להעניק לבעלי המניות/מנהל פיצוי מסוים על ההימנעות מהסתכנות על חשבון בעלי החוב.¹⁰ למשל, מניעת פיטוריו המידיים של המנהל או סטייה מסדר העדיפויות (strict priority) כדי להעניק שווי מסוים לבעלי המניות. דינים כאלה הם ברוח פרק 11 האמריקאי, הנותן הגנה מסוימת להנהלה הקיימת כאשר היא פונה לבית המשפט (למשל להנהלה הקיימת יש הגנה מנושים וזכות בלעדית להציע הצעות ארגון מחדש במשך ששת החודשים הראשונים). אם הגנה כזאת מעורדת את ההנהלה לבקש הגנה מפני נושי הפירמה על פי פרק 11 מוקדם מכפי ההגנה שהייתה מבקשת לפי דינים אחרים, נמנע איבוד השווי שהיה יכול לקרות לו הייתה ההנהלה הקיימת ממשיכה תוך ניסיון להימנע מפנייה לבית המשפט.

הבעיה נעשית מורכבת יותר כאשר יש סיכוי לבעלי החוב לגלות את המידע ללא עזרת המנהל – הן על ידי פיקוח יעיל או לפי יד המקרה. כלומר, ייתכן שבעלי החוב יגלו מידע הניתן לאימות בבית המשפט על אופי המיזמים שבהם מתוכננת ההשקעה המזיקה. במקרה זה דיני פשיטת הרגל צריכים לאפשר להם לעצור את הבעלים/מנהל ללא פיצוי. המשמעות היא לאפשר לנושים לפנות לבית המשפט כצעד מקדים, עוד לפני שהחווה הופר, ולכפות על המנהל את כללי ההשקעה הרצויים. אפשרות זו יוצרת דין פשיטת רגל דואלי, המותנה בצד שיוזם את הפנייה: הדין ייתן יתרון לצד המנהל אם המנהל פנה ראשון וגילה את המידע שבידו, ויתרון לנושים אם הם יזמו את הפנייה. כך גם נוהגים על פי פרק 11 ופרק Chapter 7(7) בחוק האמריקאי. התניה כזו קלה ליישום יותר מדינים המנסים לתקן את המצב בדיעבד ולהעניש את ההנהלה או הדירקטוריון על נזקים שההשקעות גרמו (כמו למשל בסעיף 373 לפקודת החברות בארץ). הסיבה פשוטה: קל לזהות מי יזם את הפנייה לבית המשפט, אך קשה לזהות אילו השקעות מהעבר גרמו לנזק, ואם ההחלטה לקבלן הייתה באמת מוטעית על סמך המידע שעמד לפני ההנהלה והדירקטוריון בזמן קבלת ההחלטה. התניה זו במי שפונה לבית המשפט יעילה רק אם הצד הפונה עושה זאת בתום לב. בעיה יכולה להתעורר כאשר הנושים חשים בקיומם של אי-סדרים ומתחילים לברוק את מצב הפירמה. המנהל, בידעו זאת, ימהר ויבקש הגנה בבית המשפט, כאילו הוא יוזם את הפנייה.

10 ראו Berkovitch & Israel (1998, 1999).

מצב זה איננו רצוי, ודיני פשיטת הרגל אינם אמורים לספק לו הגנה או לפצות אותו בדרך כלשהי. למרות זאת לא תמיד אפשר לזהות את הסיבה האמתית שמאחורי פניית המנהל. לכן אם בעלי החוב מפקחים באופן יעיל יחסית על הפירמה, אך קשה לזהות את הסיבה האמתית לפניות המנהל לבית המשפט, כדאי לדבוק בדיני פשיטת הרגל המיישמים את חווי החוב כלשונם, ללא אפשרות לפירמה לבקש הגנה מנושים. העלויות של ההגנה למנהל עלולות להיות גבוהות מהתועלת.

הדוגמה הקודמת הראתה כיצד מיזם המוריד את השווי הכלכלי ומעלה סיכון יכול להיות כדאי לבעלי המניות מאחר שהוא מעביר אליהם שווי על חשבון בעלי החוב. אך האם רק מיזמים מורידים שווי פוגעים בבעלי החוב? הדוגמה הבאה מראה שגם מיזמים המעלים את שווי הפירמה, אם הם מעלים את הסיכון, יכולים לפגוע בבעלי החוב.

דוגמה 2: הניחו פירמה הדומה לפירמה מהדוגמה הקודמת: ברשותה נכס נזיל בשווי 100 ש"ח, ומיזם הדורש השקעה של 100 ש"ח ומניב תקבול לא ודאי של 210 ש"ח או 0 ש"ח בהסתברויות שוות. כאן המיזם מייצר שווי עודף של 5 ש"ח: תוחלת תקבולים של 105 ש"ח לעומת השקעה של 100 ש"ח. למרות זאת ההשפעה על שווי החוב היא זהה: שווי החוב ירד מ-70 ש"ח ל-35 ש"ח משום שבעלי החוב אינם נהנים מתוספת לשווי הפירמה במצבים של תקבולים גבוהים. אף על פי שהמיזם מעלה את סך שווי נכסי הפירמה, הוא מעלה גם את הסיכון בתקבולי הפירמה ולכן מוריד את ערך החוב (ומעלה עוד יותר את שווי המניות). האם יש לאפשר לבעלי החוב לפנות לבית המשפט להגנה מפני פעולות המנהל? ברור שאין סיבה למנוע מהמנהל להשקיע במיזם שמעלה את שווי הפירמה. למעשה, זה תפקידו, ולזה מצפים ממנו ברגיל. בעלי החוב היו יכולים להגן על עצמם באמצעות התניות (covenants) שימנעו מהפירמה השקעות מסוג זה. אילו היו התניות כאלה, היה כדאי לבטלן, כי ההשקעה כדאית, אבל אז בעלי החוב היו יכולים להתנות את הסרת המגבלות בקבלת פיצוי הוגן. למשל, בעלי המניות יכולים לפצות את בעלי החוב דרך הגדלת התקבול במקרה הטוב. במקרה של הדוגמה שלנו, העלאת הערך הנקוב של החוב מ-70 ש"ח ל-140 ש"ח תיתן לבעלי החוב תוחלת שווי של 70 ש"ח, כמו החוב ללא סיכון. לבעלי המניות הדבר כדאי. ללא המיזם שווי המניות הוא 30 ש"ח. עם המיזם: 35 ש"ח $(0.5 * (210 - 140))$. ארגון מחדש כזה של מבנה החוב אפשרי במשא ומתן בין בעלי המניות לבעלי החוב מחוץ לבית משפט (workout), או דרך בית המשפט.

חשוב לציין שהחשיבות שבטיפול בבעיה של מיזם הפוגע בשווי הפירמה כמו בדוגמה הראשונה בסעיף זה רבה בהרבה מהחשיבות שבטיפול במיזם המעלה שווי כמו במקרה של "צלו המאיים של החוב" כי מטבע הדברים מיזמים מורידים שווי הרבה יותר זמינים ממיזמים המעלים את שווי הפירמה. לא קשה לבעלי המניות או למנהלים העובדים בשירותם לייצר מיזם שיריד שווי ויגדיל סיכון. ייצור מיזם טוב הוא אתגר גדול בהרבה.

2. בעיות נציג: מנהל שכיר מול בעלי המניות/חוב

בעיית התגמול הנאות למנהל שכיר היא אחת הבעיות המורכבות בפירמה באופן כללי ולא רק במצבים של מצוקה כספית. המנהל משמש נציג בעלי המניות ויתר הקהילות המשקיעות בפירמה בכל הבעיות החשובות שעומדות בפניה, וככזה רבה השפעתו על התקבולים שלהם. למרות זאת למנהל העדפות משלו, וללא תמריץ נכון הוא עלול לפעמים לפעול בניגוד לאינטרסים של כמה מבעלי האינטרסים בפירמה. דוגמאות: 1. מנהל המעוניין לבנות אימפריה ויוצא למסע רכישות לא כדאיות כלכלית; 2. מנהל המסתכן סיכונים מיותרים במיזמים הקרובים ללבו; 3. מנהל הנמנע מסיכונים למרות הכדאיות שבהם כדי להימנע מהסיכון האישי לקריירה שלו; 4. מנהל שאינו משקיע את מלוא זמנו ומרצו בפעילות הפירמה; 5. מנהל המשתמש בכספי הפירמה לתועלתו ותצרוכתו האישית ועוד.

הפתרון לרוב הבעיות האלו כאשר המדובר בפירמה ללא בעיות כלכליות הוא תגמול התלוי בתוצאות העסקיות של הפירמה. מבלי להתייחס לנוסחה ספציפית, תגמול כזה מקרב את האינטרס של המנהל לזה של בעלי העניין האחרים בפירמה. כך במצב הדברים הרגיל, אבל בעיות ייחודיות מתעוררות כאשר לעיצובו של חוזה התגמול כאשר הפירמה נכנסת למצוקה כספית. ראשית, שיעור הפיצוי נפגע עקב הפגיעה בביצועי הפירמה. שנית, מאחר שמצוקה כספית יוצרת קונפליקט בין בעלי המניות, בעלי החוב ואף בעלי אינטרסים אחרים (עובדים, ספקים), מתעוררת השאלה את מי אמור המנהל לייצג. שלישיית, המנהל עלול לעמוד בפני פגיעה תדמיתית קשה שתוביל לפגיעה בקריירה העתידית שלו אם הפירמה תפשוט רגל בקדנציה שלו.

הבעיה הראשונה, שיעור הפיצוי, יכולה לייצר בעיית נטישה מוקדמת מדי של ההנהלה הבכירה, במיוחד אם היא מוכשרת ואיננה אחראית לבעיות הכספיות של הפירמה (שנובעות למשל מזעזוע חיצוני או מפעולתם של אנשים אחרים בהנהלה). המנהלים ימחרו לעזוב גם כדי להימנע מהנזק התדמיתי שיכול להיגרם להם אם ייתפסו כמי שאחראים לכישלונה של הפירמה. אלה מהם שלא יצליחו לעזוב, עלולים להיות נתונים לתמריץ הפוך, מזיק גם הוא: אי-נכונות להודות בבעיות כדי לדחות עד כמה שאפשר את הנזק. מובן שנטישת ההנהלה הבכירה ברגעים קריטיים עלולה להיות הרסנית לפירמה, כמו גם אי-הנכונות להודות בטעויות. הבעיה השנייה, קונפליקטים בין בעלי מניות ובעלי חוב, עלולה ליצור שיתוק ואי-רצון לקבל החלטות. גם בעיה זו הרסנית לפירמה במצב שבו יש להחליט החלטות קשות ומהירות.

יעילותו של הדין בטיפול בבעיות מסוג זה מוגבלת למדי. בעיקרון, דיני פשיטת רגל צריכים לעודד את המנהל לפתוח בארגון מחדש כמה שיותר מוקדם, כדי לצמצם את הנזקים. ייתכן שזהו אחד הרציונלים של סעיף 373 לפקודת החברות, המעניש דירקטורים שהשהו את ההליך מעבר לנדרש, אך מבטא יחס סלחני יותר כלפי מי שהזדרז לפתוח

בהליך. כמו כן דיני פשיטת הרגל צריכים להביא לסיום ההליך הפורמלי של פשיטת רגל במבנה פיננסי בריא יותר כמה שיותר מהר כדי להקטין את בעיית נטישתם של העובדים המיומנים ופגיעה במוניטין של אלה שנותרים על משמרתם.

3. קונפליקט בין בעלי חוב שונים

הקונפליקטים בין קבוצות נושים שונות יוצרים את מרב הקשיים והבעיות בפשיטות רגל וארגון מחדש. בדרך כלל לפירמה יש מספר לא מועט של נושים: בנק או כמה בנקים, חוב ציבורי (אג"ח) מסדרות שונות וכן ספקים, נותני שירות ועוד. בקרב בעלי החוב אפשר להבחין בחוב שזמן פירעונו שונה (טווח קצר, טווח ארוך), חובות בדרגות בכירות שונה, עם בטוחות שונות וכד'. הבעיה המרכזית שנוצרת כאן היא ניגודי אינטרסים מובנים בין הקבוצות השונות. לכן אם מנסים להגיע להסכם ארגון מחדש על יסוד הסכמה של כל קבוצות הנושים, נוצרים עיכובים ממושכים וקשיים רבים. עיכובים ממושכים פירושו עלות ארגון מחדש גבוהה ואף כישלון של כל ההליך: בשל העיכובים ההנהלה משקיעה את כל זמנה בארגון מחדש תוך הזנחת הפעילות האופרטיבית, מאבק במתחרים וגיבוש אסטרטגיות פיתוח. בנוסף, עובדים מוכשרים עוזבים, ספקים מסרבים לעבוד עם החברה, תדמית המוצר נפגמת ועוד. לכן קיים עניין רב לסיים את התהליך במהירות האפשרית.

כדי להבין מה ההשלכות של קונפליקטים בין נושים שונים על מבנה דיני פשיטת הרגל האופטימליים נסקור תחילה את ניגודי העניינים המרכזיים בין קבוצות הנושים השונות. שתי הבעיות המרכזיות זוהו בספרות בהקשר זה: 1. "בעיית הטרמפיסט", המתאפיינת באפשרות שנושה קטן "ירכב" על הנושים האחרים המסכימים לפשרה ויקבל את מלוא השווי שלו; 2. ניגודי אינטרסים בין קבוצות נושים שלהן חוב בעל תכונות שונות. בהקשר זה נזכיר שתי בעיות: נושים בעלי חוב בעל משך חיים ממוצע (מח"מ) שונה, ונושים בעלי דרגת בכירות שונה. מח"מ החוב הוא משך הזמן הממוצע שבו יקבל הנושה את כספו חזרה בתנאים נורמליים, כלומר בהנחה שהחברה משלמת את הקרן והריבית במועדן. המח"מ הוא למעשה שקלול של זמני התשלום של התקבולים השונים לאיגרת. דרגת בכירות שונה היא מקומו של הנושה בתור לקבלת הכסף במקרה של פשיטת רגל. להלן שלוש דוגמאות לתיאור הבעיות הללו.

דוגמה 1: בעיית הטרמפיסט (The Free Rider Problem). נתחיל בפירמה מהדוגמה בסעיף 7.1.1, שלה תקבולים עתידיים של 50 ש"ח ו-150 ש"ח בהסתברויות שוות, חוב בעל ערך נקוב של 70 ש"ח, והזדמנות להשקיע במיזם חסר סיכון, הדורש השקעה של 20 ש"ח ויניב בוודאות בסוף התקופה תקבול של 25 ש"ח. ההשקעה אמורה להיעשות על ידי גיוס הון מניות מבעלי המניות הקיימים, לאחר שבעלי החוב יורידו את הערך הנקוב של חובם ל-63 ש"ח. כזכור, "ויתור" זה של בעלי החוב העלה את שווי חובם מ-60 ש"ח ל-63 ש"ח כי הוא אפשר לפירמה להשקיע במיזם ולהפחית מסיכון החוב. הניחו עכשיו שיש 10 בעלי

חוב, לכל אחד ערך נקוב של 7 ש"ח חוב. לכן כל אחד מהם מתבקש להוריד את הערך הנקוב של חובו ל-6.3 ש"ח, ושווי חובו יהיה, באמת, 6.3 ש"ח. לאחר הורדה זו יהיה כדאי לבעלי המניות להזרים את הכסף ולהשקיע במיזם המעלה את שווי הפירמה.

נניח שתשעה מתוך עשרת בעלי החוב כבר הסכימו לשינוי. בעל החוב האחרון יכול עכשיו לעשות את החישוב הזה: "אם אסכים לוותר, אקבל חוב בשווי 6.3 ש"ח. לעומת זאת אם לא אוותר, יהיה כדאי לכל הצדדים להמשיך בתהליך בלעדיי. אני אקבל את מלוא שווי חובי, 7 ש"ח, ובעלי החוב האחרים יקבלו יחד 56.7 ש"ח. בסך הכול כולנו נקבל 63.7 ש"ח, ושווי המניות יעלה ב-21.3 ש"ח, עדיין יותר משיעור ההשקעה של 20 ש"ח. לכן אם לא אוותר אקבל בסופו של דבר את מלוא שווי הערך הנקוב של חובי, 7 ש"ח. במצב כזה כדאי לו להמשיך ולהחזיק בחובו ללא ויתור. מובן שאם כל בעלי החוב חושבים באותו אופן ומאמינים שכל האחרים יסכימו לוותר, וההסכם יאושר גם ללא הויתור הספציפי שלהם, אף אחד מהם לא יסכים לוותר על חלק מחובו, וכל ההסכם ייכשל תוך הפסד שווי גדול ועיכובים מיותרים. אפשר להראות ששווי המשקל היחיד פה הוא שאיש איננו מוותר, וכולם מאמינים שאיש באמת לא יוותר על חלק מחובו, והמיזם נדחה על ידי בעלי המניות. לכן לפנינו מקרה ברור של בעיית הטרמפיסט.

תפקיד דיני פשיטת רגל במצב שבעיית הטרמפיסט קיימת הוא ברור: למנוע אותה. אפשר לעשות זאת באמצעות דין שורה על אישור תכנית לארגון מחדש של החוב אם יש רוב מוצק לשינוי, והחלתו על כולם. אלמנט זה קיים למשל בפרק 11 האמריקאי, וידוע כ-Cram Down, שבו בית המשפט יכול לכפות על המיעוט לקבל את החלטת הרוב. רציונל דומה מסביר את סעיף 321 לחוק החברות, המאפשר לבית המשפט לאשר תכניות למיזוגים התלויות בדרך כלל בהצבעה תומכת של כל סוגי המניות, גם אם סוגים מסוימים של מניות הסתייגו מן ההצעה.

בעיית ההצבעות האסטרטגיות מחמירה כאשר בוחנים נושים בעלי בכירות שונה או מח"מ שונה של חוב. במקרים רבים אין הם יכולים להסכים על אסטרטגיית הפעולה האופטימלית לפירמה, כי כל אסטרטגיה מניבה שווי שונה (והפוך) לקבוצות השונות. להלן כמה דוגמאות.

דוגמה 2: קונפליקט בין נושים ברמת בכירות שונה. הניחו פירמה שהנכס היחיד שבבעלותה הוא נכס נזיל בשווי 100 ש"ח. כמו כן לחברה חוב בכיר בערך נקוב 90 ש"ח לפירעון בסוף התקופה, וחוב זוטרי בערך נקוב 50 ש"ח לפירעון בסוף התקופה. בתכנית הארגון מחדש מוצע מיזם השקעה המעלה את תוחלת שווי הנכסים אך כרוך בו סיכון: המיזם דורש השקעה של 100 ש"ח (שתמוזן מנכסי הפירמה הנזילים) ומניב 250 ש"ח או 0 ש"ח בהסתברויות שוות. כיצד יצביעו הנושים השונים למיזם זה לעומת האלטרנטיבה של הסטטוס קוו?

מאחר שהמיזם מניב, בתוחלת, 125 ש"ח לעומת השקעה של 100 ש"ח, הוא מעלה את סך שווי נכסי הפירמה. אך כיצד הוא משפיע על כל אחד מבעלי החוב?

1. שווי החוב הבכיר ללא המיזם הוא 90 ש"ח (חוב ללא סיכון). עם המיזם: 45 ש"ח, כי רק בהסתברות 0.5 יקבלו בעלי החוב הבכיר את ערכו הנקוב.

2. שווי החוב הזוטר ללא המיזם הוא 10 ש"ח. זה מה שנשאר בפירמה לאחר שהחוב הבכיר לקח את המגיע לו. עם המיזם שווי החוב הזוטר עולה ל-25 ש"ח: הנושים הזוטרים מקבלים את מלוא ערך חובם במצב שבו התקבולים גבוהים (בהסתברות 0.5).

3. שווי המניות עלה מאפס במצב הקיים ל-55 ש"ח במיזם החדש, כי כשהתקבולים גבוהים נשאר שווי של 110 ש"ח לאחר התשלומים לבעלי החוב: $0.5 \cdot (250 - 90 - 50)$. מכאן ששווי החוב הבכיר נחתך לחצי, אך שווי החוב הזוטר זינק פי 2.5 במיזם המוצע. לכן אם ההצעות יובאו להצבעה כפי שהן מוצגות פה, אי אפשר יהיה להגיע לתמימות דעים. כדי שארגון מחדש יקבל את הסכמת הכול, צריך מנגנון פיצוי לבעלי החוב הבכיר, למשל העלאת הערך הנקוב (שהוא כמו ריבית גבוהה יותר). במקרה שלנו העלאת הערך הנקוב ל-180 ש"ח תפצה את החוב הבכיר. שווי החוב הזוטר עדיין יהיה 25, ואילו שווי המניות יהיה 10 ש"ח. אפשר גם לראות שאם המיזם לא היה מעלה את סך שווי נכסי הפירמה, אי אפשר היה להגיע לפיצוי כזה, ולכן אי אפשר היה גם להגיע לתמימות דעים באשר לאסטרטגיה העדיפה לפירמה.

דוגמה 3: קונפליקט בין נושים בעלי מח"מ שונה. היחסים בין נושים בעלי מח"מ שונה דומים ליחסים בין נושים בבכירות שונה. חוב עם מח"מ קצר הוא למעשה בכיר מחוב עם מח"מ ארוך יותר, כי הוא מקבל את הכסף קודם. למשל, הניחו חברה שלה נכסים נזילים בסך 100 ש"ח, ללא נכסים נוספים. בנוסף, היא הנפיקה שתי סדרות חוב: סדרה אחת בסך 80 ש"ח לפירעון בעוד חודש. גם הסדרה השנייה היא בסך 80 ש"ח, אך לפירעון עוד 6 חודשים. לשתי הסדרות בכירות דומה ("פרי פסו").

בדוגמה זו, גם ללא השקעות עתידיות יש קונפליקט בין הנושים השונים. האם על החברה לשלם לבעלי החוב הקצר את שוויים ואז להיכנס לחדלות פירעון או לא להמתין ולפתוח בהליך ללא דיחוי נוסף? אם היא תשלם לבעלי החוב הקצר לפני שהיא מודיעה על כוונתה לפתוח בהליכי פשיטת רגל, בעלי החוב הקצר יקבלו את מלוא שווי החוב, 80 ש"ח, ובעלי החוב הארוך יותר יקבלו את השארית, 20 ש"ח (אם כי יש להביא בחשבון גם את סעיפי החוק המאפשרים לבטל למפרע תשלומים שהם "העדפת נושים במרמה"). אם הפירמה נכנסת להליך פשיטת רגל מידי, כל סדרת אג"ח תקבל 50 ש"ח, כי בכירותן שווה. דוגמה טובה לקונפליקט כזה היה הסדר החוב של חברת אפריקה ישראל. אפריקה ישראל פנתה לבית משפט לשם הסדר חוב במחצית השנייה של שנת 2009. באותו זמן היא שילמה את כל התחייבויותיה למחזיקי האג"ח, ובנוסף היו בקופתה מזומנים מספיק לשלם לבעלי האג"ח קצר הטווח מסדרה ט (לפירעון בחודש נובמבר 2009) את מלוא ההתחייבות כלפיהם. הבעיה נבעה מהערכות שתוך כשנה או שנתיים היא לא תהיה מסוגלת לעמוד בהתחייבויותיה לבעלי הסדרות הארוכות. אפריקה ישראל בחרה להיכנס להסדר נושים כדי לפתור את בעיותיה הכלכליות כמה שיותר מהר, וגם כדי להימנע ממצב של "העדפת

נושים". מובן שבעלי האג"ח הקצר יותר, בראשות סדרה ט, לא תמכו במהלך זה, ובהסדר הנושים התעקשו להימנות כקבוצה נפרדת. מבחינה כלכלית אין משמעות לחלוקת הנכסים, ולכן אין זה משנה איזו סדרה תקבל יותר. הדבר מקבל משמעות רבה יותר אם לפירמה יש מיזמים להשקעה בטווח הארוך. ללא הסדר כלשהו יש אינטרס לבעלי הסדרות קצרות הטווח למנוע השקעות כאלה כדי לקבל את כספם מידית. פעולה כזו פוגעת בסך נכסי הפירמה בדיוק באותו אופן שבעיית ה- "common pool" פוגעת, כלומר הפירמה מממשת נכסים במקום להמשיך כעסק חי. במצב זה השיקול הכלכלי איננו יכול להציע חלוקה מסוימת שהיא עדיפה כלכלית. ההמלצה לדיני פשיטת הרגל האופטימליים היא לבחור באיזושהי חלוקה ולכפותה על הצדדים. תמימות דעים לא תהיה פה, והיעילות הכלכלית מחיבת פתרון מהיר וברור ללא קשר לשיטת חלוקת הנכסים.

4. הפרת חוזים ארוכי טווח עם עובדים וספקים

בהרבה מקרים נראה שפירמות נכנסות להליך של פשיטת רגל באופן אסטרטגי, כדי להיפטר מחוזים ארוכי טווח עם עובדים וספקים. חוזים אלו הם התחייבויות של הפירמה, וכלכלית הם דומים במהותם לחוזי חוב. למעשה, הרבה מההסכמים אינם פורמליים במובן של חוזה מחייב, ולכן אי-קיומם אינו יכול להיחשב הפרת חוזה. למרות זאת קשה לפירמה להתנער מהם כי הדבר יגרום נזקים. למשל, אי-קיום הסכם עם העובדים עלול לגרום לשביתה. באי-קיומן של הבנות בלתי פורמליות אלה יש קונפליקט מובנה בין יעילות Ex post ליעילות Ex ante, כלומר מצב שבו הפעולה היעילה כלכלית בזמן כינוס הנכסים היא פעולה פוגעת ומזיקה בזמן יצירתן של אותן הבנות, לפעמים הרבה לפני פשיטת הרגל. הרבה משפטנים מתייחסים בשלילה מוחלטת לסוג כזה של פנייה לבית המשפט אף על פי שבמקרים מסוימים יש לכך הצדקה כלכלית. להלן אביא כמה דוגמאות לשני המצבים, למצב שבו פתיחת חוזים תורמת ליעילות כלכלית, ולמצב שבו היא פוגעת ביעילות.

דוגמה א: ועד עובדים מול החברה

הניחו שחברת תעופה גדולה חתמה הסכם שכר עם ועדי העובדים שלה בתקופה של גאות בענף. החוזה כלל תוספת שכר נאה והבטחות לא פורמליות לעליית שכר והטבות אחרות בעתיד. לאחר זמן לא רב חלה הרעה בתנאים הכלכליים בענף, ומנהלי החברה חושבים שהסכם זה יסכן את מצבה הכלכלי. ראשי ועדי העובדים השונים מסרבים לשינוי בתנאי השכר בטענה שההנהלה משתמשת במצב הכלכלי כתירוץ להשיג ויתורים מהעובדים. לכן מנהלי הפירמה מכריזים על פשיטת רגל ופונים לבית המשפט. מה אמור בית המשפט לעשות?

מבחינת בעלי החוב של החברה להחלטה לא תהיה משמעות רבה כי בדרך כלל המטוסים משמשים בטוחה (או שהם מושכרים והמשכירים יקבלו אותם חזרה). אשר

לעובדים, השאלה הראשונה שצריך לשאול בהקשר זה היא מדוע ראשי הוועדים מסרבים לדון בשינוי תנאי השכר. להם יש אינטרס גדול לא פחות בהמשך הפעילות התקין של החברה. בספרות תוארו שני מצבים שונים הפוגעים ביכולת להגיע לפתרון ללא בית משפט:

1. **מידע א-סימטרי:** סביר להניח שוועדי העובדים אינם יודעים מספיק על מצבה הכלכלי האמתי של החברה, ולכן חוששים שהויתורים שדורשת ההנהלה מופרזים. ליתר דיוק, הם יודעים שאם הם ייענו לכל דרישה של ההנהלה מבלי להקים קול צעקה, ההנהלה עלולה לעשות בכך שימוש לרעה ולדרוש מן העובדים ויתורים בלתי פוסקים. תחת עינו הפקוחה של בית המשפט קל יותר לגלות מידע ולהגיע להסכמים.
2. **בעיית הנציג:** ההנהלה היא נציגת בעלי המניות. ראשי הוועדים השונים הם נציגי העובדים שאותם הם מייצגים. כל צד צריך להוכיח לשולחיו שהוא מוכשר ונאמן להם. מאחר שבעלי המניות והעובדים לא תמיד בקיאים בפרטי החוזה והמצב, יש בעיה להנהלה ולראשי הוועד לחתום על חוזה "סתם כך". הליכה לבית משפט תוכיח שהם עמדו על שלהם ותינתן גושפנקה רשמית להסכם שחתמו לבסוף.

במצב זה יש ערך לבית משפט כמקום לחשיפת מידע ולמתן אישור חוקי ומוסרי לתהליך המשא ומתן. הפנייה לפשיטת רגל היא איום המכריח את הצדדים לשבת ולהגיע מהר להסכם.

דוגמה ב: הון אנושי ספציפי¹¹

כל עובד מקצועי המתחיל לעבוד בפירמה מפתח את ההון האנושי שלו דרך תהליך של "לימוד בעבודה" (on the job training). פיתוח ההון האנושי יכול להיעשות בכמה כיוונים. לשם הפשטות נניח שיש שני כיוונים: פיתוח הון אנושי ספציפי לפירמה או הון אנושי כללי. למשל, מנהל IT יכול להתרכז בפיתוח מערכת IT ספציפית לפירמה שמותאמת לה באופן אופטימלי, או להשתמש במערכות קיימות וכלליות יותר שמתאימות פחות לצרכים הספציפיים של הפירמה, אך יעזרו לו אם יחפש עבודה במקום אחר. מבחינת הפירמה פיתוח הון אנושי ספציפי הוא רצוי ותורם יותר לתפוקתה. מבחינת העובד, פיתוח הון אנושי ספציפי הוא חיסרון, כי יכולתו למצוא עבודה מכניסה בשוק העבודה הולכת ופוחתת, וכך גם כוח המיקוח שלו כלפי הפירמה. דרך אחת לתמרץ את העובד להשקיע בהון אנושי ספציפי היא לתת לו תוואי שכר עולה ומובטח, ללא תלות בירידת כוח המיקוח שלו. זה פתרון טוב כל עוד ההתחייבות לשכר עולה היא אפקטיבית. אבל בפשיטת רגל התמריץ הראשוני יהיה לקצץ בשכר תוך התעלמות מהבטחות העבר. הפחתת השכר היא פתרון אופטימלי בזמן הכניסה לפשיטת רגל, כי העובד הוא "שבויו" של הפירמה ולא יעזוב גם

11 ראו דיון ב-Berkovitch, Israel & Zender (1998).

בשכר נמוך יותר. בהורדת שכרו יעלו רווחי הפירמה. פתרון זה איננו הפתרון האופטימלי Ex ante בזמן שכירת העובד. ללא התחייבות אפקטיבית לתוואי העלאת השכר יהיה בלתי אפשרי לתמרץ את העובד לפתח הון אנושי ספציפי, ושווי יאבד. מה יכול בית המשפט לעשות כדי למנוע ניצול העובד? אם אפשר לשמור על שכרו גם לאחר הארגון מחדש, יש לעשות כן. אם לא, יכול בית המשפט לפצותו על ידי העדפת העובד בזמן חישוב הפיצויים שמגיעים לו מהפירמה בגלגולה הקודם, לעתים אף על חשבון נושים מובטחים. כדאי לשים לב שבהנחות הבסיסיות שלנו התעלמנו מפיצוי עובדים משום ההנחה של שוק עבודה משוכלל שבו ימצאו העובדים עבודה חלופית מהר יחסית. הנחה זו אינה ישימה כאן, כי ברגע שהעובד מפתח הון אנושי ספציפי, שוק העבודה אינו יעיל מבחינתו.

בעיה דומה יכולה להיווצר עם ספקים המספקים רכיבים ספציפיים לפירמה. למשל, אם יצרן מנועים מייצר מנוע ייחודי למכוניות פורד ומתמחה במנוע ספציפי זה, הוא תלוי בחברת פורד שתרכוש ממנו את המנוע. אם החברה נקלעת למצוקה כספית, היא יכולה ללחוץ את מחירי היצרן כלפי מטה. לא תהיה לו בררה כי אין לו חברה אחרת שלה יוכל למכור את המנועים. גם כאן משיקולי האקס פוסט כדאי ללחוץ את הספק כלפי מטה. אבל אם הסיכוי שילחצו אותו כלפי מטה גבוה מספיק, הספק לא ייכנס לתחום הספציפי מלכתחילה. הוא יעדיף לייצר בטכנולוגיה הרבה יותר כללית. כך השווי אקס אנטה יהיה נמוך יותר. הטיפול בבעיה זו דומה לטיפול בעובד שהשקיע בהון אנושי ספציפי – יש לעמוד על כך שיקבל את הסכום המובטח לו.

העובדים והספקים הם נושים בדיוק כמו בעלי החוב. פגיעה בחוזה שלהם בפשיטת רגל, אפילו אם הוא לא פורמלי, תמנע מהם לחתום על החוזה מלכתחילה, בדיוק כפי שבעלי החוב יסרכו לקנות את החוב (או יתמחרו אותו במחיר הרבה יותר גבוה) אם ההחזרים המרביים לא יובטחו להם בכל מצב.

ח. התייחסות לחוק הישראלי

אין חולק שהוראות החוק הישראלי בנושאי פשיטת רגל, כינוס נכסים או פירוק הוא מיושן ואינו מביא בחשבון את ההתפתחויות הרבות שחלו בכלכלה בשנים האחרונות. עם זאת קיימת פסיקה ענפה בנושא המשלימה את החוק, כפי שכותב אליעזר וולובסקי:¹²

12 אליעזר וולובסקי כונס נכסים בדיני חברות 3-4 (מהדורה שנייה, 2004).

"החקיקה בנושא כינוס נכסים לפי דיני החברות בארץ היא מעטה. לעומתה הפסיקה עניפה ועשירה, ומהווה אבן פינה לשיקולים הנחוצים לרפורמה בחקיקה. הפסיקה מגשרת על פני הפער שבין החוק הקיים, הזקוק לרפורמה, לבין הפתרונות המתבקשים על ידי המציאות השוטפת.

יש שילוב ותיאום בין מאות פסקי דין ישראליים שניתנו בנושאים אלה על פני תקופה של עשרות שנים. מציאת השילוב והתיאום בין ההלכות הרבות וביניהן הוראות חיקוקים שונים אינה מלאכה קלה, ולעתים היא דומה לחריש בשדה סלעי.

הפסיקה הענפה הקיימת בענף כיום בתחומים אלה מהווה תשתית אשר מאפשרת לגבש חוק אחד לדיני פשיטת רגל, כינוס נכסים, פירוק חברות או שיקומן, כדוגמת ה-Insolvency Act 1986 באנגליה. חוק כאמור יתרום לייעול ולזירוז הדיונים בתחומים חשובים אלה וגם לאחידות בפסיקה של בתי המשפט במחוזות השונים ובפסיקת שופטים שונים באותו בית משפט."

ההסתמכות על הפסיקה העשירה ושיקול הדעת של השופטים יכולה להביא לפתרונות אקס פוסט יעילים לבעיות חדלות פירעון מורכבות (קלאבמרקט, אפריקה ישראל), אך עלולים לגרום בעיות בזמן גיוס החוב. כאמור בדוגמה 2 בסעיף 7, כדי ששוק ההון יתפקד ביעילות, על בית המשפט לנהוג באופן עקיב וצפוי. אפילו אם הוא לא תמיד שומר על חוזי החוב במדויק, על הסטיות מהחוזים להיות צפויות, שאם לא כן קשה לתמחר חוב וקשה לגייס הון. זוהי בדיוק החולשה של המערכת הישראלית. כאשר אין הכוונה ברורה מה לעשות, וכל שופט יכול לפרש את הדין לפי הבנתו האישית, נוצרת בעיה ביכולת השוק לצפות את תוצאות הליך פשיטת הרגל. כדי שהשיטה תפעל ביעילות, דיני פשיטת הרגל צריכים להיות מפורטים דיים, ידועים לכול, ומיושמים הלכה למעשה על ידי כל בתי המשפט העוסקים בסוגיה. כדי להשיג יעד זה צריכים להתקיים כמה תנאים כדקלמן:

1. בית משפט לפשיטות רגל צריך לאכוף את חוזי החוב הקיימים כלשונם. במצבים שבהם סטייה מחוזי החוב מתבקשת, או שחוזי החוב אינם מוגדרים היטב (מבחינת סדר הבכירות או מבחינת התרחשויות שלא נצפו בחוזים), על בית המשפט להיות עקיב בדרך שבה הוא סוטה מחוזה החוב. דרך אחת לעשות זאת היא שדיני פשיטת הרגל יגדירו במדויק מה צריך לעשות בכל מצב, והשופטים יישמו דינים אלו במדויק.

2. דרישה נוספת שאין עליה חילוקי דעות היא הדרישה לפתרון הבעיה באופן הזול ביותר. כדי להגיע לפתרון היעיל בעלות מינימלית יש להפריד בין הדיון על חלוקת הרכוש לבין הפעולות הננקטות כדי שהפירמה תצא מפשיטת רגל. כעיקרון, יש לשאוף לארגן את הפירמה מחדש ולאפשר לה לפעול במבנה ההון היעיל ובהנהלה הטובה ביותר במהירות

האפשרית. כל נכס ששוויו כעסק חי גבוה משווי בפירוק אמור להמשיך ולפעול ללא מגבלות חוב כפירמה עצמאית נפרדת או כחטיבה בפירמה חדשה (אם מוכרים אותה לניהול חיצוני). לחלופין, אם הניהול נשאר בידי המנהלים הקודמים, יש לשחרר אותם מהצורך לטפל בנושים, וכל זאת במהירות המרבית. נכסים אחרים יימכרו בפירוק. ברוב המקרים פירוש הדבר מכירת החברה או חלקיה האטרקטיביים ביותר במכרז. תהליך חלוקת הכסף, שבו יכולים להיות דיונים קשים וארוכים, יכול להתרחש אחר כך. תהליך דו-שלבי זה יגדיל את ה"עוגה" לחלוקה בין בעלי החוב.

3. אף על פי שהשיקול הכלכלי קורא לבית המשפט לנסות לא לשנות חוזים קיימים ולהיות לכאורה פסיבי, יש לבית המשפט לפשיטות רגל תפקיד חשוב כפלטפורמה למשא ומתן בין הצדדים: במקרים שבהם משא ומתן ישיר בין הצדדים השונים אינו מתאפשר עקב בעיות של חוסר אמון או מידע א-סימטרי, על בית המשפט ליצור פלטפורמה ראויה שתאפשר קיום המשא ומתן. למשל, בית המשפט יכול למנות נציגים שייצגו את הנושים במשא ומתן באופן שיהיה ברור שאין להם אינטרס או יכולת לנצל מידע חשאי לרעת הפירמה, ואף לכפוף אותם למגבלות חוקיות ולפיקוח על אי-שימוש במידע כזה. בהקשר זה רצוי להקטין למינימום את מספר הנציגים, ויש לפסול נושים שיש להם השקעות (חוב או מניות) בחברות המתחרות בפירמה. בית המשפט יכול גם לעזור בתהליך הדיווח והפיקוח על התקדמות ההשקעות והתמורה מהן (כמו למשל קביעת אבני דרך אפקטיביות להתקדמות ההשקעות ומינוי מפקח המקובל על הצדדים שיקבע שאכן הפירמה עמדה באבני דרך אלו, וההשקעה בוצעה כמתוכנן). פעולה זו תקטין את החשש שהפירמה מנצלת את המצב כדי להשיג הקלות מהנושים ולא כדי להשקיע בהשקעות משפרות שווי.

4. האפשרות שהמנהלים המייצגים את בעלי המניות ישנו את אופי הנכסים, כלומר יעלו את סיכונם, כדי להעביר שווי מבעלי החוב לבעלי המניות אמורה גם היא לבוא לידי ביטוי בחוק. כאמור, בדרך כלל קשה מאוד להוכיח פעולות אלו, ומוטב לתמרץ מנהלים לא לעשות אותן מלכתחילה. מכל מקום, מאחר שבתעשיות שונות יש אפשרויות שונות לשינוי סיכון הנכסים, דיני פשיטת רגל אמורים להפריד בין התעשיות על יסוד זה:

החוק צריך לטפל טיפול שונה בתעשיות שונות. באופן מיוחד, לתעשיות שבהן הנכסים קבועים וידועים ללא יכולת לשנות את אופי הסיכון הטמון בהם (למשל, חברת חשמל, רכבות, חברות אוטובוסים וכד') החוק אמור להיות פשוט יותר: לחלק את הכספים על פי קדימויות החוב תוך המשך הפעלת החברה ביעילות. במקרים רבים שבהם הבעיות התפעוליות אינן מורכבות או יוצאות דופן אפשר להמשיך להפעילן על ידי ההנהלה הקיימת או על ידי נאמן. אשר לתעשיות האחרות, בעיות פשיטת הרגל מסתבכות עקב האפשרות לשנות את סיכון הנכסים עוד לפני הכניסה לחדלות פירעון. כאן יש לאפשר הגנה להנהלה או לבעלי המניות הפונים לבית המשפט מוקדם, מגלים מידע שיכול להזיק להם בפוטנצייה

ומונעים נזק נוסף לנכסי החברה. בתעשיות אלו יש גם חשיבות לפיקוח צמוד יותר של בית המשפט על התהליכים שהובילו לפשיטת הרגל.

5. בתכניות ארגון מחדש כאשר יש קבוצות נושים שונות אין צורך בהסכמת רוב הנושים בכל קבוצה וקבוצה. באופן טבעי יהיו חילוקי דעות בין קבוצות הנושים השונות, וניסיון להגיע להסכמה כוללת עלול להימשך זמן רב או להיכשל. מוטב לגבש תכנית אסטרטגית טובה לפירמה ולכפות אותה על הקבוצות השונות. מובן שפיצול התהליך (אם אפשרי) בין הפעלה אופרטיבית למשא ומתן על חלוקת העוגה עשוי לעזור.

6. לשמור עד כמה שאפשר על חוזים ארוכי טווח עם עובדים וספקים, אפילו אם זה לא כדאי בטווח הקצר. הדבר יעלה את שווי הנכסים עוד לפני הכניסה לחדלות פירעון. במקרים אחרים, כמו סכסוכים בין הנהלה ואיגודים מקצועיים, יכול בית המשפט לשמש פלטפורמה יעילה לתהליך המשא ומתן בין הצדדים.

References

- P. Aghion, O. Hart, J. Moore, *The Economics of Bankruptcy Reform*, JOURNAL OF LAW, ECONOMICS AND ORGANIZATION 8, 523-46 (1992).
- Improving Bankruptcy Procedure*, WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY 72(3), 811-27 (1994).
- A.L. Bebchuk, *A New Approach to Corporate Reorganization*, HARV. L. REV. 101, 775-804 (1988).
- Elazar Berkovitch, E.H. Kim, *Financial Contracting and Leverage Induced Over- and Under-Investment Incentive*, THE JOURNAL OF FINANCE 765-794 (July 1990).
- Elazar Berkovitch, R. Israel, J. Zender, *The Design of Bankruptcy Law: A Case for Management Bias in Bankruptcy Reorganizations*, THE JOURNAL OF FINANCIAL AND QUANTITATIVE ANALYSIS, 33, 441-464 (1998).
- Elazar Berkovitch, Ronen Israel, *Optimal Bankruptcy laws across different Economic Systems*, THE REVIEW OF FINANCIAL STUDIES v12 n2, 348-377 (1999).
- Elazar Berkovitch, Ronen Israel, *The Bankruptcy Decision and Debt Contract Renegotiating*, THE EUROPEAN FINANCE REVIEW Vol 2 #1 1-27 (1998).
- R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 3, 1-44 (1960).
- J.R. Franks, W.N. Torous, *An Empirical Investigation of US Firms in Reorganization*, JOURNAL OF FINANCE 44, 747-69 (1989).
- O. HART, FIRMS CONTRACTS AND FINANCIAL STRUCTURE (1995).

- T. JACKSON, THE LOGIC AND LIMITS TO BANKRUPTCY (1986).
- M. Jensen, *Active Investors, LBOs and the Privatization of Bankruptcy*, JOURNAL OF APPLIED CORPORATE FINANCE 2, 35-44 (1989).
- M. Jensen, W. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency costs and Ownership Structure*, JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 3, 305-60 (1976).
- A. MAS-COLELL, M. WHINSTON, AND J. GREEN, MICROECONOMIC THEORY (1995).
- F. Modigliani, M.H. Miller, *The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment*, AMERICAN ECONOMIC REVIEW 48, 261-97 (1958).
- S. Myers, *Determinants of Corporate Borrowing*, JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 5, 147-75 (1977).

פרק יח: ביטוח

מאת

רון אברהם*

א. מבוא. 1. מעט רקע היסטורי, מושגי וממסדי על אודות הביטוח; 2. תפקידי הביטוח, הסיבות לקיומו והשפעותיו על החברה. ב. כשלי מידע והשפעתם על חוזי ביטוח יעילים; 1. כשלי מידע – כללי; 2. ברירה שלילית (Adverse Selection); 3. ברירה שלילית הפוכה; 4. סיכון מוסרי (Moral Hazard); 5. סיכון מוסרי הפוך; 6. סיכום ביניים; ג. כשלים נוספים לחוזי ביטוח יעילים; 1. עלויות עסקה; 2. החצנות; 3. סיכונים תלויים סטטיסטית; 4. תמחור לא תחרותי; 5. סיכום. ד. מסגרת תאורטית מוצעת – הגישה התכליתית – בין שני עולמות. ה. סיכום.

א. מבוא

ביטוח הוא מנגנון שבו מבוטחים משלמים פרמיה כדי לרכוש מהמבטח הגנה כלכלית כלשהי מפני הפסד עתידי לא ודאי. מטרת הביטוח היא לספק הגנה למבוטח מפני סיכונים כספיים בגין נזק לרכושו, לבריאותו, לחייו או בגין תביעות צד שלישי, תוך שמירה על תמריציו לנקוט אמצעי זהירות סבירים מפני סיכונים אלו.

מבחינות מסוימות דומים המבוטחים, רוכשי הביטוח, לסוגי צרכנים אחרים בצורך שלהם בהגנה משפטית מפני המוכרים, במקרה שלנו חברות הביטוח או המבטחים. אך מבחינות אחרות מצויים המבוטחים במצב בעייתי יותר יחסית לצרכנים אחרים, כיוון שהמבוטחים אינם רוכשים מוצר מוחשי שהם יכולים להשתמש בו מיד עם הרכישה, ואם אינו מוצא חן בעיניהם – להחזירו למוכר. ברכשם ביטוח המבוטחים רוכשים הבטחה להגנה כלכלית עתידית במקרה של מקרה ביטוח מכוסה. דא עקא שמאפיינים חשובים של המוצר הנמכר, כגון היקף הכיסוי הביטוחי, היקף ההחזרות וכד', בדרך כלל אינם ברורים

* בית ספר למשפטים, אוניברסיטת טקסס, אוסטיין.
תודתי לשרון נבו על עבודת תרגום מצויינת.

למבוטחים. מה בדיוק מכוסה באותה "הבטחה"? איזה סוג "הגנה" יסופק להם? מה מכונן "מקרה ביטוח" החוסה תחת הכיסוי הביטוחי? לא זו בלבד שפרשנותם של כל אלה אינה ברורה למבוטחים, הם כולם בגדר מונחים שפרשנותם חוזרת ונדונה בהליכים משפטיים (ועל כן אינה בהכרח ברורה גם למבטחים). קיומם של אלמנטים רבים כל כך שפרשנותם אינה ברורה במוצר הביטוחי, יחסית למוצרים ושירותים אחרים, יוצר תמריצים להתנהגות אסטרטגית של המבטחים ומביא לידי היוקקותם של מבוטחים להגנה רבה מזו שנוקקים לה צרכנים אחרים. ואכן המשפט הישראלי בכלל וחוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981 בפרט מניחים פערי כוח ניכרים בין הצדדים לחוזה הביטוח.¹

אולם זהו רק מאפיין אחד מתוך כלל המאפיינים את עולם הביטוח. שלא כמו בסוגים אחרים של חוזים צרכניים, כאן גם המבטחים – המוכרים – נזקקים להגנה מיוחדת. מוכרים בתעשיות אחרות בדרך כלל קובעים את מחיר המוצר או השירות שלהם על סמך נתונים כגון עלות הייצור של המוצר, הביקוש לו וכוח השוק של המוכר; עלות הייצור כמעט תמיד אינה תלויה בביקוש למוצר, שהוא פונקצייה של העדפות הצרכנים. שונה הדבר בביטוח. המבטחים אמנם קובעים את מחיר המוצר שלהם על סמך גורמים דומים לאלה שהוזכרו לעיל, אולם שלא כמו בסחורות או בשירותים רגילים, עלות הייצור של הכיסוי הביטוחי תלויה מהותית בסוג הצרכנים ובהעדפותיהם. מוכרים בחוזי צרכנות אחרים בדרך כלל אינם חשופים לסיכון רב מפני הצרכנים שלהם. הם אמנם יכולים להיות חשופים לסיכון כלכלי מסוים, אם למשל הצ'ק שבו שילם צרכן חזר, או לסיכון משפטי מסוים, אם למשל המוצר שמכרו פגום, אך הסיכון מוגבל. לעומת זאת בביטוח קיימת בעיה אינהרנטית של אינפורמציה א-סימטרית בין הצדדים. בעיה זו, כפי שיתחוויר בהמשך, גורמת לסכנה של התנהגות אסטרטגית של המבוטחים ולכך שרמת הסיכון שלהם נסותר מעיני המבטחים. התנהגות המבוטחים ומאפייניהם הנסתרים משפיעים לא רק על הביקוש למוצר אלא גם על עלויות ייצורו.² למשל, עלותו של כיסוי ביטוח מחלות קשות תלויה במצבה הבריאותי של המבוטחת ובבחיירות שהיא עושה באשר לאורח חייה.

הסכנה היא אפוא בהתנהגות האסטרטגית של הצרכנים ובמאפייניהם הנסתרים שבגינם יתמחרו המבטחים בשיטתיות את המוצר שלהם בחסר. עם זאת יש לזכור כי המבטחים

- 1 ראו למשל ע"א 4819/92 אליהו חברה לביטוח נ' ישר, פ"ד מט(2) 761, 749 (1995) (להלן – פרשת ישר). וכן ראו סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח (חובה להבליט הגבלות), סעיף 4 (המבטח יכול להסתמך רק על תשובות בכתב), סעיף 72(א)(1) (אי-תחולת ההגנות של החוק על ביטוחי משנה, שהרי שם מדובר שווי כוחות) ועוד. ראוי לציין כי סעיף 39(2) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 שחוקק בסמיכות לחוק חוזה הביטוח מוציא חוזי ביטוח מכלל תחולתו.
- 2 Liran Einav, Amy Finkelstein, *Selection In Insurance Markets: Theory and Empirics in Pictures*, JPE 25(1) 115-138 (2011).

מודעים היטב לבעיית האינפורמציה הא-סימטרית ולסיכונים הביטוחיים שהיא טומנת בחובה, וביכולתם לנסות ולהפחית את השפעתה באמצעים שונים, שיפורטו בהמשך. אולם סיפורנו איננו מסתיים כאן.

הסיבה שבעטייה ראוי, מהיבט הרווחה החברתית המצרפית, לספק הגנה למבטחים עמוקה עוד יותר. בתעשיות שעניינן סחורות ושירותים רגילים התמוטטות כלכלית של מוכר תביא להפסדים רק לאותם פרטים וגופים הקשורים עמו בחוזים, כגון עובדי המוכר, בעלי המניות, הספקים וכו'. התמוטטות המוכר לא תביא להפסד עצום למעגל לקוחותיו הקיימים. לקוחות קיימים עלולים להיפגע כאשר ידרשו להחליף את המוצרים, לשדרגם או לתקנם, אך הם בדרך כלל אינם מאבדים את הכסף ששילמו בעבור המוצר עצמו. לעומת זאת כאשר חברת ביטוח אינה יכולה לעמוד בהבטחתיה והתחייבויותיה, הלקוחות שלה מאבדים את המוצר שעבורו הם כבר שילמו לתקופת הביטוח המכוסה. מבטחים רבים עלולים להישאר ללא פיצוי בגין נזקים שנגרמו להם. רבים אחרים לא יוכלו לרכוש כיסוי ביטוחי במקום אחר למשל משום שמצבם הבריאותי הורע, ואלה שיוכלו לרכוש ביטוח במקום אחר עלולים להידרש לתשלום פרמיות גבוהות הרבה יותר. אמנם בעיה זו יכולה לצוץ גם בתעשיות אחרות שבהן הכסף בעבור המוצר משולם מראש, אך בתעשיית הביטוח חומרתה גדולה במיוחד, כי בה תוקפם של חוזים יכול לעמוד למשך עשורים. מכאן עולה כי נוסף על הסיבות הרגילות, הכרוכות ברווחה החברתית המצרפית (על כך יפורט בהמשך), שבעטיין יש לוודא שחוזי הביטוח יעילים, קיימת גם סיבה צרכנית שבגינה יש להבטיח שחוזי הביטוח יעילים ושחברות הביטוח לא יקרסו. לסיכום, חוזים יעילים משיאים את הרווחה החברתית המצרפית מחד ומבטיחים את המשך קיום המבטחים המספקים אותם לרווחת המבטחים מאידך.

אפשר לטעון כי המטרה המרכזית בכריתת כל חוזה לביצוע עתידי היא ההגנה מפני הסיכון, ולכן אין להתייחס לחוזי ביטוח באופן יוצא דופן. למשל, קונה יכולה להסכים עכשיו לרכוש נפט בעוד שנה כיוון שהיא חוששת שמחירי הנפט יעלו. הקונה תצטרך לשלם פרמיה מעל המחיר הנוכחי, ובכך למעשה תרכוש מעין ביטוח כנגד אפשרות שמחיר הנפט יעלה מעל המחיר הנוכחי. בדומה לכך, כל החוזים לביצועים עתידיים הם בעלי פן ביטוחי – הגנה מפני הסיכון לאחד הצדדים ורווח הפרמיה לצד השני, שמכוון – לא תמיד באופן מושלם – לכסות את הסיכון הנוסף שהצד המוכר מסתכן בו. אכן, רבות מהבעיות המבניות בשוק הביטוח מאפיינות חוזים עתידיים באופן כללי. עם זאת כפי שיוסבר בפירוט בהמשך, בחוזי ביטוח ההגנה מפני הסיכון היא המטרה היחידה, ועל כן הם מתאפיינים בסיבוכיות הייחודית רק להם. למשל בעיית המאפיינים הנסתרים וההתנהגות האסטרטגית שהוזכרו לעיל הם סיכונים מהותיים בביטוח הרבה יותר מאשר ברוב שאר התחומים. ודוק, גם בתחומים אחרים עלולים הן המוכר והן הצרכן להיות בעלי מאפיינים נסתרים או לנקוט התנהגות אסטרטגית, דבר שעלול להביא לידי אי-יעילותו של החוזה בין הצדדים, אך בשל

האופי האבסטרקטי של המוצר הביטוחי האפקט השלילי שלהם מורגש ביתר שאת בחוזה הביטוח.

מכיוון שחוזי ביטוח כמו גם דיני הביטוח החולשים עליהם, אולי יותר מכל תחום אחר, משקפים את העקרונות התאורטיים שעומדים ביסוד המנגנון הביטוחי (ואשר יפורטו בהמשך), הבנה של עקרונות אלו תקל את הבנתם ופרשנותם הראויה של חוזי הביטוח ודיני הביטוח. הטענה המרכזית בפרק זה היא שתכליתם של ניסוח חוזי ביטוח ושל פרשנותם צריכה להיות השאת הרווחה המצרפית בדרך של נטרולם של המכשולים השונים לחוזה ביטוח יעיל, בראש ובראשונה התנהגות אסטרטגית ומאפיינים נסתרים, כמו גם הפחתת עלויות העסקה בין הצדדים והחצנות שליליות. מסקנה זו מתיישבת עם המשפט של קואז, שלפיו בשוק משוכלל שאין בו עלויות עסקה וכשלי שוק שונים כגון החצנות על צדדים שלישיים שאינם בחוזה, הקצאת המשאבים בין הצדדים לחוזה תהיה יעילה (ראו פרק א בספר זה). בסוף הפרק תיפרס מסגרת תאורטית פשוטה – "הגישה התכליתית – בין שני עולמות" – שמטרתה לעזור לפרשן בזיהוי ואפיון יעילותו או חוסר יעילותו של חוזה הביטוח שלפניו. המסגרת התאורטית מסיטה את המיקוד מאקס פוסט לאקס אנטה, ומיישוב הסכסוך הספציפי שבפני הפרשן לניסיון להבין בצורה טובה יותר את ההשפעות שיהיו להכרעה בסכסוך על מחלוקות עתידיות.

המשך הפרק מאורגן כדלהלן: החלק הראשון עוסק בסקירה היסטורית ומושגית של הביטוח ומסביר מדוע אנו נזקקים לביטוח; החלק השני פותח בדיון בכשלים לחוזי ביטוח יעילים. הוא דן בכשלים החשובים ביותר – אלה הנובעים מאינפורמציה אסימטרית, דר-צדדית; החלק השלישי דן בכשלים אחרים להתקשרות חוזית יעילה, כגון עלויות עסקה והחצנות; החלק הרביעי מציג בקווים כלליים מסגרת תאורטית פשוטה שתכליתה לסייע לפרשן להגיע להערכה ראשונית של אופן הניתוח הנכון במחלוקות ביטוחיות לאור פרדיגמת חוזה הביטוח היעיל.

1. מעט רקע היסטורי, מושגי וממסדי על אודות הביטוח

ביטוח הוא חוזה בין מבטח לבין מבוטח שבו בתמורה לפרמיה המשולמת על ידי המבוטח מתחייב המבטח לשלם תגמולי ביטוח למוטב בקרות מקרה הביטוח. המבטח מוכן להסתכן בנזק בשל העיקרון המתמטי שהובהר על ידי ג'ייקוב ברנולי בשנת 1713, ולפיו בכל מדגם של משתנה כלשהו, כאשר גודל המדגם שואף לאינסוף, ממוצע המשתנה במדגם שואף לתוחלת המשתנה באוכלוסייה. עיקרון זה נודע בשם "חוק המספרים הגדולים". מעיקרון זה נובע שקיבוץ סיכונים (risk pooling) מאפשר למבטח לצפות בצורה טובה יחסית את הנזק הכולל שייגרם לכלל המבוטחים, ובכך מפחית את אי-הוודאות של המבטח, ובלבד שהסיכונים בלתי תלויים זה בזה לפחות במידה מסוימת.

הביטוח, כמנגנון המגן על חברי הקהילה מפני ההשלכות הכלכליות של תאונות, תועד לראשונה כבר בימי הבבלים, באלף הרביעי לפני הספירה. קהילות שיישמו רעיון של קיבוץ סיכונים תועדו כבר לפני אלפי שנים במה שהיום הן סין, הודו, יוון, ישראל ואיטליה. קהילות אלה סיפקו למעשה ביטוח נגד מחלות, מוות, סיכוני ים ואש ואפילו ביטוח נגד אחריות משפטית. גם הקשר בין ביטוח פרטי ומערכת המשפט מוכר לפחות מאז כינון קוד חמורבי, שכלל הפניות לחוזי ביטוח פרטיים. פוליסות ביטוח ציבוריות תועדו לראשונה בתקופת רומי העתיקה וכללו בין היתר חיתום השלטון להפסדי הסוחרים בשל סופות או שוד ימי. הגישה הרווחת היא שחוזים מסחריים, בעיקר לביטוח ימי, נהיו שכיחים רק מהמאה הארבע-עשרה באירופה.³

תעשיית הביטוח המודרנית של ימינו מספקת מגוון רחב של מוצרים הניתנים לסיווג בדרכים שונות, ובשתיים מהן נתמקד כאן: ראשית, הסיווג יכול להתמקד בזהות הצד הנושא בהפסד המכוסה. למשל, ביטוח צד ראשון מכסה הפסדים שספגה בעלת פוליסת הביטוח. ביטוח בריאות הוא דוגמה לביטוח כזה, שכן אם מבוטחת לוקה במחלה וצריכה לשלם בעבור טיפול, ובכך לשאת בעצמה בהפסד, תזכה היא עצמה להחזר העלויות מצד המבטח. לעומת זאת ביטוח צד שלישי מכסה הפסדים שנגרמו על ידי בעלת הפוליסה לצדדים אחרים. ביטוח אחריות מקצועית הוא דוגמה לביטוח שכזה, שכן כאשר עורכת דין שוגה ברשלנות בעבודתה וגורמת ללקוח שלה הפסד כספי, ישלם המבטח של עורכת הדין ללקוח, שכן האחרון הוא שספג בפועל את ההפסד.⁴

דרך נוספת לסיווג מוצרי ביטוח היא לפי סוג ההפסד המבוטח. ביטוח בריאות מגן מפני עלויות הקשורות לטיפול רפואי. ביטוח אחריות מקצועית מגן מפני עלויות הקשורות ברשלנות מקצועית, ביטוח חיים מכסה הפסדי הכנסה הנובעים ממוות, וביטוח רכוש מכסה נזקים לרכוש.

תעשיית הביטוח המודרנית אינה מתנהלת בריק משפטי אלא מורכבת מתשתית ממסדית רחבה. מוסדות אלה משותפים לכל תחומי המשפט – מחוקקים, רגולטורים, בתי משפט ועורכי דין. בידי המחוקקים נתונה הסמכות לקבוע התנהגות מותרת או אסורה של מבוטחות או מבטחות, כגון חיוב מבטחות לספק כיסוי ביטוחי מסוים או חיוב מבטחים לאחוז בכיסוי

3 לסקירה היסטורית ראו שחר ולר "ביטוח" פירוש לחוקי החוזים 35-40 (ג' טדסקי עורך, תשמ"ז). להתפללות מעמיקה בסוגיה זו ובסוגיות אחרות בספרו של ולר ראו רונן פרי "על סיכון, ביטוח וחוזי ביטוח" משפטים לה 661 (תשס"ה).

4 אמנם אפשר לראות בביטוח אחריות מקצועית ביטוח צד ראשון. למשל, עורכת הדין מחויבת לשלם בעבור הנזקים שהיא גרמה, ואילו המבטח רק מחזיר לה תשלום בעבור מה ששילמה בעצמה. עם זאת הפרקטיקה הנוהגת מסווגת ביטוח אחריות מקצועית כביטוח צד שלישי ומתייחסת להפסד שבוטח כאל הפסד של צד חיצוני.

שכזה. עם זאת בדרך כלל מסתפקים המחוקקים בשרטוט העקרונות הרגולטוריים ומאצילים את הסמכות לקביעת הכללים הפרטניים לידי רשויות וגופים רלוונטיים – בישראל זהו אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר. אופי התפקיד שממלאים רשויות וגופים אלה מגוון ושונה מתחום שיפוט אחד למשנהו. עקרונית הסמכות המנהלית מחולקת לשתיים: מחד קביעת הכללים, כגון היקף הכיסוי המינימלי בסוגים מסוימים של כיסוי, קביעת מינימום הון נדרש וכו', ומאידך אכיפה – הבטחה שהמבטחים פועלים על פי אותם הכללים. בתי המשפט ממלאים אף הם תפקיד מרכזי בהסדרת תחום הביטוח, בעיקר בכלל האמור בהגדרת היחסים החוזיים בין המבוטחים למבטחים אך גם באשר ליחסים בין המבטחים והרגולטור.⁵

2. תפקידי הביטוח, הסיבות לקיומו והשפעותיו על החברה

אחת ההנחות המרכזיות ההכרחית להבנת עקרונות מנגנון הביטוח היא כי לפרטים נטייה טבעית לשנוא סיכון, בין שהסיכון הוא לעצמם, לרכושם או לאחרים. שנאת הסיכון משקפת את העובדה האמפירית כי רוב האנשים מעדיפים ודאות על פני אי-ודאות בכלל האמור בהפסדים עתידיים ניכרים. למשל, בשל שנאת הסיכון יעדיף אדם לשלם 10,000 ש"ח כפרמיית ביטוח ולא לשלם 100,000 ש"ח בעבור הפסד שהסיכוי להתרחשותו הוא אחת לעשר, אף על פי שתוחלת הנזק זהה. עקרונית, פרט שונא סיכון יעדיף לשלם פרמיה נמוכה, ודאית ועכשווית כדי להימנע מהפסד גבוה פוטנציאלי ועתידי, אפילו בידעו כי הסבירות שסך תשלומי הפרמיה יעלה על ההפסד שייגרם לו הלכה למעשה גבוהה.

לעומת שנאת סיכון שנחשבת תגובה טבעית וכמעט יחידה של יחידים לסיכון, אשר לחברות הביטוח ההנחה היא שהן ניטרליות לסיכון, קרי אחת היא להן אם קיימת ודאות או שמא נעדרת ודאות באשר להפסדים עתידיים של מבוטחיה, משום שביחס להונן העצמי הפסדי המבוטחים זניחים כל עוד ההפסדים בלתי תלויים זה בזה.⁶ ודוק, חוק המספרים הגדולים אינו משפר את יכולתו של המבטח לצפות את הנזק למבוטח מסוים כי אם מאפשר למבטח לצפות בוודאות גבוהה יחסית את היקף ההפסדים לכלל המבוטחים שיצברו בשנה נתונה ואשר אותם יהא עליו לשלם. לאור צפי זה קובע המבטח את הפרמיה שעל כל מבוטח לשלם. למשל, אם למבטח 1,000 מבוטחים אשר לכל אחד סיכוי עצמאי של 10% כי יפסיד

5 לעתים הרגולטור עצמו ממלא תפקיד מעין-שיפוטי. ראו למשל ע"א 9300/05 המפקח על הביטוח נ' קוסקוסי (פורסם בנבו, 18.2.2007).

6 התאוריה המודרנית מבונה כי שנאת הסיכון שונה מאדם לחברו והיא משתנה לפי נסיבות העניין, כגון אם מדובר בהפסדים או ברווחים עתידיים. Daniel Kahneman, Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, 47 *ECONOMETRICA* 263 (1979).

100,000 ש"ח, הרי שהמבטח יודע ברמת ודאות גבוהה (אשר תגדל ככל שיש לו מבוטחים רבים יותר) כי יידרש לכסות הפסדים בסך של 10 מיליון ש"ח. הפרמיה שיגבה אפוא מגלמת את תוחלת הסיכון להפסד (10,000 ש"ח בדוגמה הקודמת) בצירוף דמי טיפול ורווח למבטח. שנאת הסיכון היא שמניעה מבוטחים להסכים לתשלום העודף שמעל לתוחלת הסיכון.

מהותן של פוליסות ביטוח היא אפוא להפחית את אי-הוודאות של מבוטחים שונאי-סיכון תוך ניצול חוק המספרים הגדולים שהוזכר לעיל. השלב הראשון בהליך הוא העברת הסיכון להתרחשות אירוע מסוים מצד א לצד ב, קרי מהמבוטח למבטח. שנינו כי העברת סיכון נפוצה במרבית החוזים והעסקאות ואינה ייחודית לפוליסות ביטוח. למשל, במרבית העסקאות המסחריות קיים סיכון שהעסקה תהפוך בשלב מסוים ללא כדאית למוכרת. כאשר קונה כורת חוזה שבו מובטחת לו הזכות לתרופת האכיפה, הרי שהקונה "מבוטח" מפני שינויים בכדאיות העסקה למוכרת שהיו עלולים לגרום לה להפר את החוזה. הקונה שילם בעבור תרופת האכיפה פרמיה, אם מפורשת ואם משתמעת, בעבור זכותו לקבל את המוצר, תהיינה העלויות בפועל למוכרת אשר תהיינה.⁷

אם כן, מה מיוחד בחוזה ביטוח מכל החוזים? הייחודיות הטמונה בחוזה ביטוח באה לידי ביטוי בזיהוי המפורש בחוזה של הסיכונים להפסד המועברים מהמבוטח למבטח, כגון הסיכון שבעלת הפוליסה תחלה, או שמא ביתה יוצף. הסיכונים המועברים בחוזה מהמבוטח שונא-הסיכון למבטח האדיש לו הם בדרך כלל המטרה היחידה של החוזה.

עם זאת שנאת סיכון כשלעצמה אינה מספקת הסבר מלא לקיומם של חוזה הביטוח. למשל, לחברות מסחריות גדולות היכולת לאיין רבים מסיכוניהן בעצמן באמצעות פיזור סיכון. חברות אלו נחשבות במובן מסוים נטרליות לסיכון וכשירות אפוא לביטוח עצמי, ובכל זאת מרביתן מחזיקות בפוליסות ביטוח ענפות ונרחבות אף על פי שברשותן כמות מזומנים המאפשרת להן לרכוש את חברות הביטוח שמהן הן רוכשות ביטוח (!)

מהם אפוא ההסברים הנוספים לעצם קיומו של מוסד ביטוח? יש שטענו שהתפקיד החשוב ביותר שממלא המבטח הוא איסוף האינפורמציה והפקת המידע על הסיכונים באוכלוסייה. אכן, במובן מסוים כל הפונקציות שממלא המבטח נשענות על יכולתו לאסוף נתונים באשר לסיכונים שהוא עתיד לבטח, לרבות תדירותם, חומרתם, שונותם מבחינת זמן ומקום, ועיבוד הנתונים הללו לכדי פוליסות ופרמיות.

הסבר אחר טמון בעלות האדמיניסטרטיביות הנמוכה שגובים המבטחים בכל האמור בטיפול בתביעות. בארצות הברית רוב ביטוחי הבריאות בשוק הפרטי מסופקים על ידי

7 ראו Ronen Avraham, Zhiyong Liu, *Incomplete Contracts with Asymmetric Information: Exclusive v. Optional Remedies*, 8 AM. L. ECON. REV. 523 (2006).

המעבידים. ברכישת פוליסות הביטוח חוסכים המעבידים עלויות אדמיניסטרטיביות ניכרות הכרוכות בטיפול בתביעה, משלב הגשת התביעה על ידי המבוטח ועד לתשלום בפועל. זאת ועוד, מנגנון הביטוח הוא נדבך חשוב במרבית העסקאות המסחריות, שכן רכישת ביטוח גורמת לעתים לצמצום המגבלות הרגולטוריות על החברות ומשום שטמונות בו הטבות מס שונות.⁸ יתר על כן, יכולתם של צדדים לעסקה להסתמך על הביטוח שיכסה מספר רב של סיכונים מביאה לא רק לידי הפחתת עלויות עסקה הנובעות מסיכונים פשיטת רגל אלא גם כאלו הכרוכות בניהול הליכים משפטיים בגין סכסוכים בין הצדדים לעסקה המסחרית. בהיעדר ביטוח היה על הצדדים לעסקה לפרט את הסיכונים בכל חוזה וחוזה, והדבר היה גורם לעלויות משא ומתן גבוהות לאין ערוך ולהאמרת ההוצאות שעל הצדדים להביא בחשבון עת כינון העסקה.

ערך מוסף חשוב מאין כמותו שמפיקות החברות המבוטחות מפעילות המבטחים טמון ביתרון היחסי הקיים למבטחים לפעול למניעת הפסדים או צמצומם עד למינימום היעיל האפשרי, למשל במתן למבטחים תמריצים מבוססי-פרמיה לנקוט אמצעי זהירות יעילים. הניחו לדוגמה כי רכשתם ביטוח לנכס מסחרי השווה מיליון ש"ח. הסיכוי לשרפה שתכלה את הנכס, בשנה נתונה, הוא אחוז אחד. מכאן שתוחלת ההפסד הצפוי לאותה שנה עומד על 10,000 ש"ח, ועל כן, כפי שראינו, על פרמיית הביטוח להיות סכום גבוה ולו במעט מסכום זה. עוד הניחו שבאמצעות התקנת מערכת כיבוי אש הסיכוי לשרפה שתכלה את הנכס פוחת כדי מחצית, משמע אפשר להפחית את הפרמיה לסכום גבוה במעט מ-5,000 ש"ח. לבסוף הניחו גם כי עלות התקנת מערכת כיבוי האש ואחזקתה השוטפת תהיה 3,000 ש"ח בשנה, וכי לחברת הביטוח הכלים לוודא שמערכת כיבוי האש הותקנה, ואם אכן כך הוא, להפחית את הפרמיה כמתבקש. על סמך הנחות אלה כבעלי הנכס יש לכם תמריץ כלכלי רב להשקיע במערכת כיבוי האש, המפחיתה את הסיכוי להפסד, בתמורה לפרמיה מופחתת.⁹ בהשקעה של 3,000 ש"ח אתם חוסכים 5,000 ש"ח. אמנם למי שאינו מבוטח (ואינו על סף פשיטת רגל) יש תמריץ רב מזה של חברו המבוטח לפעול למניעת הפסדים אלו, שכן אלו יבואו מכיסו הפרטי, אך במקרים רבים מי שאינו מבוטח חסר את הידע והכלים לפעול למניעתם, ואילו המבטחים בקיאים ומתמחים בכך ויכולים לייעץ למבוטחיהם בדבר הדרכים היעילות ביותר לפעולה. יתר על כן, מקום שחברה היא חדלת פירעון או בסיכון ממשי לחדלות

8 Goran Skogh, *Mandatory Insurance: Transaction Costs Analysis of Insurance*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS, VOLUME II: CIVIL LAW AND ECONOMICS 526 (Mayers & Smith, eds., 2000).
 9 David Mayers, Clifford R. Smith, *On the Corporate Demand for Insurance*, 55 J. Bus. 281 (1982).
 KENNETH S. ABRAHAM, *DISTRIBUTING RISK: INSURANCE, LEGAL THEORY, AND PUBLIC POLICY* 11 (1986).

פירעון, אף יהיה ראוי לכפות עליה לרכוש ביטוח, שכן היא עלולה להיות חסרת תמריצים יעילים לפעול למניעת מקרי ביטוח, ודווקא תיטה להסתכן בפגיעה בצדדים שלישיים. תועלת נוספת בביטוח אפשר למצוא בהקשר הרגולטורי. פעולות רבות בעולם מותנות בעצם קיומו של ביטוח – ביטוח רכב נדרש לשם ביצוע העברת בעלות ורישום הרכב על שם בעליו, ביטוח רכוש וחיים נדרשים לשם קבלת משכנתה, ואילו ביטוחים פיננסיים נדרשים לשם קבלת הלוואה עסקית. מכאן שהמבטחים מתפקדים כמעין רגולטורים – הם מספקים דרכים לבחינת כשירות השחקנים ולניפויים מהשוק לפני שאותם שחקנים יורשו לנקוט פעולות מהותיות שהשפעתן על החברה כולה עלולה להיות הרסנית. נניח לשם הדוגמה כי ביטוח חובה הוא תנאי לנהיגתו של פרט ברכב. כאשר פרט היה מעורב במספר רב מדי של תאונות דרכים, המבטחים עלולים לסרב לבטחו. בהיעדר הביטוח לא יהא רשאי אותו פרט לנהוג ברכב, ובכך תהיה החברה בטוחה יותר, לפחות כל עוד הפרט שומר חוק ואינו נוהג ללא ביטוח.¹⁰

לבסוף יש לציין כי לביטוח תועלות חברתיות המיטיבות עם האוכלוסייה כולה ולא רק עם הצדדים הישירים לחוזה הביטוח, למשל כשהדאגה למבטחים שניזוקו אינה נופלת על כתפיו של משלם המסים. למשל, ביטוח פרטי מספק פיצויים מהירים לקרבנות אסון, תאונות או רשלנות, ובכך מקל את הנטל שעל תכניות הביטוח תלויות-המס מטעם המדינה, כגון הביטוח הלאומי.

עם זאת עלולות להיות לביטוח גם השפעות שליליות על האוכלוסייה. למשל, מבטחים עלולים שלא לנקוט אמצעי זהירות הולמים להגנת נכסם משום שהוא מבטוח, או רופאים עלולים לספק יותר מדי פרוצדורות רפואיות משום שהחולים אינם נושאים בעלויות הטיפול אלא חברות ביטוח הבריאות. דוגמה נוספת להשפעה שלילית היא מקרים שבהם תעשיית הביטוח מחילה קריטריונים העשויים להיות לא ראויים מוסרית לקביעת הזכאות לביטוח, היקף הכיסוי הביטוחי או שיעור הפרמיה, כגון מין, גזע או לאום.¹¹ לביטוח אף עלולה להיות השפעה מהותית על ריבודיות החברה ועל הפערים החברתיים שבה, שכן היכולת לרכוש ביטוח פרטי ולהמשיך לאחוז בסוגי ביטוחים שונים היא המבדילה לעתים בין

10 בישראל קיים משטר ייחודי לביטוח נגד תאונות דרכים הנובע מחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 ומפקודת רכב מנועי [נוסח חדש], תשל"ל-1970. מדובר בביטוח חובה שבו שיעור הפרמיה מוכתב בעיקרו בתקנות. לחברת הביטוח שיקול דעת מוגבל בכל הנוגע לסירובה לבטח נהגים, והפרמטר היחיד הברור לקביעת שיעור הפרמיה הוא נפח מנוע הרכב. בנוסף, קיימת קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים (קרנית), אשר משמשת כמעין מבטחת-על האחראית במקרים שבהם חברת ביטוח אחרת אינה ניתנת לתביעה (כגון במקרים של תאונות פגע וברח, כאשר הנפגע נהג ללא ביטוח ללא ידיעתו, במקרים של פשיטת רגל של חברת הביטוח ועוד).

11 ראו Regina Austin, *The Insurance Classification Controversy*, 131 U. Pa. L. Rev. 517 (1983).

המעמד החברתי הגבוה לזה הנמוך. מסיבה זו נוטות מדינות רבות לספק לאזרחיהן ביטוחים מטעמן, כגון ביטוח לאומי וביטוח בריאות.

ב. כשלי מידע והשפעתם על חוזי ביטוח יעילים

על פי הניתוח הכלכלי של המשפט, פרטים רציונליים הפועלים בשוק חופשי ותחרותי בלא עלויות עסקה, ולכל פרט אינפורמציה מלאה, יתקשרו מרצונם בחוזה שימקסם תועלתם האישית. בהיעדר החצנות לצדדים שלישיים חוזים אלה יהיו יעילים חברתית ועל כן יביאו להשאת התועלת החברתית הכוללת.

הנה כי כן, תנאים רבים נדרשים כדי שיתקיים חוזה יעיל. הטענה כי פרטים, ובעיקר מבוטחים, אינם תמיד רציונליים, נידונה רבות ככלל ובהקשר הביטוחי בפרט, ולא תידון כאן שוב.¹² בחלק השלישי אדון בהשפעת עלויות עסקה והחצנות על חוזה הביטוח היעיל, ואילו בחלק זה אדון בכשלים המהותיים הייחודיים ביותר לחוזי ביטוח יעילים: כשלי מידע והתנהגות אסטרטגית של הצדדים לחוזה, ובפתרונות חוזיים ודוקטרינריים לכשלים אלו.

1. כשלי מידע – כללי

כשלי מידע נובעים מקיומה של אינפורמציה (סימטרית) לא מושלמת שבידי הצדדים באשר להסתברות התממשות הסיכון ו/או היקפו. כשלי מידע נובעים גם מקיומה של אינפורמציה א-סימטרית בין המבטח למבטוח. הסיבה השנייה לכשלי המידע היא זו העומדת במרכז דיוננו. מדוע? משום שאם האינפורמציה שבידי המבטח אינה מושלמת, אך אין בעיה של אינפורמציה א-סימטרית בין המבטח למבטוח, סיכון-היתר שהמבטח מסתכן בו אינו גדול. למשל, מבטח שגבה פרמיה בסך שני אחוזים משווי הנכס במקום שלושה אחוזים הסתכן

12 לסקירה של השפעת הנחת הרציונליות על החלטות המבטחים ראו דודי שוורץ, ריבי שלינגר דיני ביטוח – חובות גילוי, פרשנות ומגמות 108-141 (2005). עבודתם של כהנמן וטברסקי, לעיל פרק ב ושל אחרים מתחום הכלכלה ההתנהגותית יושמה בשלב מאוחר יותר גם בעולם המשפט. ראו Christine Jolls, Cass R. Sunstein, Richard Thaler, *A Behavioral Approach* (1998) 50 *STAN. L. REV.* 1471. *to Law and Economics*, 50 *STAN. L. REV.* 1471 (1998) 50. וכן במחקרים של כלכלנים מענף הביטוח: Eric Johnson, John Hershey, Jacqueline Meszaros, Howard Kunreuther, *Framing, Probability Distortions and Insurance Decisions*, 7 *J. RISK & UNCERTAINTY* 35, 42 (1993); Paul J. H. Shoemaker, Howard C. Kunreuther, *An Experimental Study of Insurance Decisions*, 46 *J. RISK AND INSURANCE* 603 (1979); H. Kunreuther, Mark Pauly, *Insurance Decision Making and Market Behavior*, *FOUNDATIONS AND TRENDS IN MICROECONOMICS* 1(2), 63-127 (2006).

סיכון-יתר בשווי אחוז אחד משווי הנכס, דבר שבדרך כלל אינו הרסני מבחינת המבטח (התמונה עלולה להיות שונה כמובן אם הטעות היא שיטתית ונעשתה בעניינם של מבטחים רבים, או אם לולא הטעות לא היה המבטח מסכים לבטח את הנכס כלל ובהיעדר אפשרות לביטוח משנה.¹³)

הבעיות הקשות יותר מתעוררות כשקיימת אינפורמציה א-סימטרית בין המבטח למבטח. זו יכול שתהא בשלב הטרום-חוזי, לאחר כריתת חוזה הביטוח אך טרם קרות מקרה הביטוח, או לאחר קרות מקרה הביטוח. ארבע בעיות נובעות מהאינפורמציה הא-סימטרית: כאשר למבטח מידע רב יותר בשלב הטרום-חוזי הרלוונטי לעצם כריתת החוזה, עלולה להתעורר בעיה של ברירה שלילית. לעומת זאת כאשר למבטח מידע רב יותר הרלוונטי לעצם כריתת החוזה עלולה להתעורר בעיה של ברירה שלילית הפוכה. לאחר כריתת החוזה, אם לפני קרות מקרה הביטוח או אחריו, פערי מידע באשר להתנהגות המבטח עלולים לגרום לסיכון מוסרי, ואילו פערי מידע באשר להתנהגות המבטח עלולים לגרום לסיכון מוסרי הפוך.

בטרם נפנה לניתוח של ארבע הבעיות נעיר כי לרגולציה של ענף הביטוח על ידי הרשות המבצעת תפקיד חשוב בהתמודדות עם בעיות אלו. למשל, הפיקוח על תוכן של פוליסות הביטוח על ידי הרגולטור אמור להבטיח מחד כי על הצרכן מוטלות חובות גילוי סבירות ובכך להקטין את סכנת הברירה השלילית, ומאידך כי הפוליסות אינן פוגעות בציפיות הסבירות של הצרכן באשר להיקף הכיסוי ובכך להקטין את סכנת הברירה השלילית הפוכה. דרישות ההון והנזילות מבטיחות כי חברות הביטוח יוכלו לפרוע את התחייבויותיהן ובכך מונעות סיכון מוסרי הפוך. מובן שרגולציה אינה פתרון קסם. לעתים קרובות חסרים לרגולטור המשאבים הנדרשים לפיקוח יעיל, הוא חשוף ללחצים פוליטיים, ואף יש הטוענים שלעתים קרובות מדי הרגולטור שבוי בידי השחקנים בשוק, וכי מסיבות שונות האינטרסים שהרגולטור משיא אינם זהים בהכרח לאינטרס הרווחה המצרפית. בפרק זה לא אתמקד בתפקידיו של הרגולטור אלא בפתרונות שפותחו על ידי בתי המשפט או בפתרונות העומדים לרשות הצדדים, והקשורים בחוזה הביטוח עצמו, שסייעו להם להתמודד עם ארבע הבעיות הנובעות מאינפורמציה א-סימטרית.

2. ברירה שלילית (Adverse Selection)

המידע המצוי בידי מבטחים או מבטחים לעולם יהיה חסר ו/או א-סימטרי. א-סימטריות במידע מביאה לבעיה של ברירה שלילית. כפי שתוארה עוד ב-1890, ברירה שלילית היא תופעה שנוצרת משום שרצונם של צדדים ברמת סיכון גבוהה לבטח עצמם רב מזה של

13 שחר ולר חובות גילוי של מבטחים בחוזי ביטוח 69-72 (2002).

צדדים ברמת סיכון נמוכה. תופעת הברירה השלילית מתרחשת כאשר בשל היעדר מידע המבטחים אינם מסוגלים להבחין בין סוגי המבוטחים השונים, ועל כן גובים פרמיה אחידה מכל המבוטחים (או מרובם המכריע) למרות הבדלי הסיכון שביניהם. לפרטים ברמת סיכון גבוהה הפרמיה האחידה נמוכה מזו שהיו מוכנים לשלם, ולכן אטרקטיבית, אולם לפרטים ברמת סיכון נמוכה הפרמיה יקרה מדי. הפרטים ברמת הסיכון הנמוכה עלולים להתנגד לסבסוד הפרטים שברמת הסיכון הגבוהה, ולכן עלולים לוותר על הכיסוי הביטוחי ולצאת כליל ממעגל הביטוח. לפיכך הסיכון הממוצע שעמו מתמודד המבטח גדל, והפרמיה הנגבית מהנותרים ב"פול" חייבת לעלות כדי לשקף את העלייה בסיכון הממוצע, ומעגל הברירה השלילית חוזר על עצמו – מצב הקרוי "ספירלת מוות".¹⁴

(א) פתרונות תאורטיים לבעיית הברירה השלילית

במישור התאורטי קיימים כמה פתרונות אפשריים: הראשון והבסיסי ביותר הוא הטלת חובת גילוי על המבוטחים בשלב כריתת החוזה או לאחריו לצורך סיווג סיכונים של המבוטחים. ככל שיהא בידי המבטחים מידע רב ומדויק יותר באשר למאפייני המבוטחים והתנהגותם, תתאפשר הערכה נכונה יותר של המאגר הביטוחי כולו. לכן חברות הביטוח מבקשות מהמבוטחים למלא טפסים ארוכים ורבי פרטים, המתארים את הסיכונים האפשריים שהמבוטחים מביאים עמם למאגר, ולעתים אף בוחנות את הנכס המבוטח בעצמן. במקרה של ביטוחי בריאות או חיים מחייבות לעתים חברות הביטוח את המבוטחים לעבור בדיקה רפואית כתנאי קבלה. המידע המתקבל משמש את המבטחים בתהליך הידוע כסיווג סיכונים, שבו נקבעות פרמיות שונות למבוטחים לפי רמת הסיכון שלהם ומשקפות אותה. באמצעות סיווג המבוטחים לפי רמת הסיכון שלהם יכול המבטח להקטין במעט את בעיית הברירה השלילית, אך זאת במחיר של הפחתת הרמה שבה מפזר הביטוח סיכונים לפרטים, שכן רמת הסבסוד הצולב שבבסיס מנגנון הביטוח יורדת.

בהערת אגב נציין כי בהנחה שמבוטח שנדחה על ידי מבטח אחד יתקבל לביטוח אצל מבטח עמית, הרי שסיווג הסיכונים מאפשר למבטח להפחית את העלות הממוצעת של ביטוח המאגר שלו עצמו ובה בעת לגרום לעליית העלות הממוצעת של עמיתו המבטחים, דבר שמקנה לו יתרון תחרותי.

לכאורה אין גבול לרמת הסיווג שמבטחים ינקטו. בפועל, בשל העלויות הכרוכות באיסוף המידע פירוטי יותר בתהליך הסיווג ייצור בשלב מסוים מצב שבו עלות התהליך

14 לדוגמה אמיתית, חריגה יחסית, לספירלת המוות ראו David M. Cutler, Richard J. Zeckhauser, *Adverse Selection in Health Insurance*, in FRONTIERS IN HEALTH POLICY RESEARCH (1998).

גבוהה מהתועלת המופקת ממנו. למשל, ייתכן שבביטוח חיים אין טעם להבחין בין נשים מעשנות לנשים שאינן מעשנות, שכן הפער בתוחלת החיים זניח, או כי שיעור הנשים המעשנות נמוך ועלות ההבחנה הנוספת גבוהה. מכאן שמידה מסוימת של סבסוד צולב, ועל כן גם ברירה שלילית, יימצאו תמיד.

במקרים מסוימים המבטחת יכולה להרשות לעצמה שלא להשקיע משאבים בשלב כריתת החוזה בוודוא כי המבוטח עמד בחובות הגילוי על אף היות המידע חיוני, משום שלאחר קרות אירוע הביטוח עומדים לרשותה סעדים עצמיים, ועל כן זולים, להתמודד עם הפרת חובת הגילוי של המבוטח. למשל, כשמדובר במידע שממילא יתגלה בעת קרות מקרה הביטוח ויכול להוות עילה לביטול חוזה הביטוח או לתשלום תגמולי ביטוח מופחתים, סעדים שנוקטת המבטחת ללא צורך בבית משפט, המבטחת יכולה להסתפק באיסוף מידע רק לאחר קרות מקרה הביטוח. דוגמה לכך היא השקעת משאבים בוודוא אם המבוטח, שמת מסרטן הריאות, עישן אם לאו. במקום לחקור את מצב ריאותיהם של כל המבוטחים שהצהירו כי אינם מעשנים עשויה המבטחת לחקור רק את אלו שמתו מסרטן הריאות ובכך לחסוך משאבים למאגר כולו.

לסיווג סיכונים שמבוסס על מידע המתקבל מן המבוטח – בין בדרך של מילוי שאלונים ובין על ידי בדיקות רפואיות – מגבלות רבות. למשל, למבוטח אינטרס להסתיר מידע שלילי מן המבטחים בין משום שהוא חושש שבהיוודע המידע השלילי תסרב חברת הביטוח לבטחו ובין משום שברצונו לשלם פרמיה נמוכה יותר. דיני הביטוח, כפי שנראה בהמשך, פיתחו דוקטרינות שונות המענישות את המבוטח בגין מצגי שווא מהותיים, אך נראה כי חרף זאת נותר בידי המבוטחים מידע פרטי העלול להוביל לברירה שלילית.

האם יש לחברות הביטוח דרכים לגרום למבוטחים לחשוף מרצונם אם בעלי סיכון גבוה הם? התשובה, כפי שהראו לראשונה רוטשילד ושטיגליץ, חיובית. בשיווק פוליסות השונות זו מזו בשיעור ההשתתפות העצמית מתמרצת חברת הביטוח את המבוטחים למיין את עצמם למאגרים שונים לפי הערכתם העצמית את הסיכון שלהם. למשל, מבוטחים בעלי סיכון גבוה ייטו לרכוש כיסוי ביטוחי גדול יותר, ולכן יבחרו בהשתתפות עצמית נמוכה יותר, ואילו נמוכי-הסיכון יעדיפו השתתפות עצמית גבוהה. באופן זה, הקרוי ברירה עצמית (self selection) עשוי להיווצר שיווי משקל מפריד (separating equilibrium), שבו גבוהי-הסיכון ונמוכי-הסיכון סיווגו את עצמם לשני מאגרים שונים אף על פי שחברת הביטוח אינה יודעת עליהם דבר. לעומת זאת אם שיעור גבוהי-הסיכון במאגר אינו גבוה, פוחתת ההצדקה הכלכלית להציע מחיר וכיסוי נמוכים יותר לנמוכי-הסיכון, ושיווי המשקל שיווצר הוא מאגד (pooling equilibrium). ככלל, ככל שהמבוטחים הטרוגניים יותר, וידיעתם את רמת הסיכונים האמתית ודאית יותר ופרטית יותר, וככל שהשוק תחרותי יותר

(שאז קיימת סכנה גדולה יותר שחברת ביטוח אחרת תציע פרמיה נמוכה לפרטים בסיכון נמוך), כך גדל הסיכון לפרמיה מוחלטת של השוק עד כדי ספירלת מוות.¹⁵ דרך נוספת שבה חברות הביטוח מעודדות ברירה עצמית היא באמצעות חוזים רב-תקופתיים. למשל בפרסומת של חברת הביטוח All State מובטח כי הפרמיה לביטוח הרכב לא תעלה למי שיהיה מעורב בתאונת דרכים. חברת הביטוח מצדיקה זאת באמרה שהיא איננה נוטשת את מבוטחיה בעת צרה. בפועל מדובר באמצעי שיווקי פשוט המפתה מבוטחים להיקשר ביחסים ארוכי טווח עם חברת הביטוח, ובכך לאפשר לה לאסוף מידע על רמת הסיכון של מבוטחיה. יתר על כן, ההבטחה כי הפרמיה לא תעלה לאחר תאונה מפתה במיוחד נהגים בעלי מידע פרטי על היותם בעלי סיכון גבוה להיות מעורבים בתאונות רבות לחשוף את עצמם, ובכך לאפשר סיווגם למאגר מיוחד משלהם.¹⁶ כאמור לעיל, אף לאחר תום הליך סיווג הסיכונים נותרות רמות מסוימות של ברירה שלילית וסבסוד צולב היוצרים לא רק בעיית יעילות, העלולה לפרום את מאגר הביטוח או לכל הפחות לדחוק החוצה מהמאגר חלק מהמבוטחים נמוכי הסיכון – בעיות שכבר נידונו לעיל – אלא גם בעיית צדק חלוקתי. בעיית הצדק החלוקתי מתעוררת משום שלמבטחים, אם פרטיים ואם ציבוריים, היכולת לחלק מחדש את המשאבים בחברה באמצעות גביית-יתר מהמבוטחים נמוכי-הסיכון וגביית-חסר מהמבוטחים בעלי הסיכון הגבוה. למשל, בביטוח בריאות הבריאים מסבסדים את החולים כדבר שבשגרה. עניין מטריד נוסף הקשור בסיווג סיכונים ובצדק חלוקתי נובע מדרך הסיווג, שלעתים תכופות עלולה להעלות סוגיות רגישות של הפליה. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שהדרך הפשוטה והזולה ביותר לחלוקת הפרטים לקבוצות – כדי לסווגם לפי סוגי הסיכון – היא באמצעות מאפיינים כמו גיל, גזע ומין. ברוב המוחלט של המדינות בארצות הברית קיים איסור גורף לסווג מבוטחים על פי גזעם או דתם. אכן לא כל המאפיינים שנמנו לעיל מעוררים תחושות קשות של הפליה. למשל, במדינות רבות הורים לנערים צעירים חשים על בשרם את השפעת מאפיין הגיל על הפרמיה כאשר הם נדרשים לשלם ביטוח רכב גבוה בהרבה כאשר בנם מורשה לנהוג ברכבם. בכמה מדינות מורשים, אם כי אין מחויבים, המבטחים להשתמש במאפיין המין בביטוחי רכב וחיים. במדינות אלו נשים משלמות

15 George Akerlof, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488 (1970); Michael Rothschild, Joseph Stiglitz, *Equilibrium In Competitive Insurance Markets: An Essay On The Economics Of Imperfect Information*, 90 Q. J. ECON 629 (1976) להילחם בתופעת הברירה השלילית).

16 ראו <http://www.youtube.com/watch?v=J2nJYf1iRdM>. לניתוח של חוזים רב תקופתיים כאמצעי להתמודד עם אינפורמציה א-סימטרית ראו ולר, לעיל הערה 13, בעמ' 105-97.

פרמיה נמוכה יותר משום שהן מעורבות פחות בתאונות דרכים (ביטוח רכב), ומשום שתוחלת החיים שלהן גבוהה יותר (ביטוח חיים). קיימות מדינות, ובהן ישראל, שבהן חייבים המבטחים לגבות פרמיה דיפרנציאלית מנשים (בישראל בביטוחי חיים).

מהיבט הניתוח הכלכלי של המשפט, הניתוח של סוגיית סיווג הסיכונים הראוי, לפחות מן ההיבט התאורטי, פשוט. במקרים הנדירים שבהם קיימת קורלציה מושלמת בין רמת הסיכון ומאפיינים כגון מין או גזע, שאז אין למבטחים שום אינפורמציה פרטית מעבר למה שגזעם או מינם מגלה, הרי שסיווג מבטחים לפי גזע או מין משיא את הרווחה המצרפית מכיוון שהוא מונע ברירה שלילית שהייתה מתקיימת לולא הותר הסינוג, והכול בעלות נמוכה. אך במקרים הרגילים, שבהם אין קורלציה מושלמת, מדובר בשאלה אמפירית התלויה בכימות ההפסדים הנובעים מברירה שלילית כשהסיווג הזה מותר לעומת כימות ההפסדים הנובעים מברירה שלילית כשהוא אסור.¹⁷

בסופו של דבר, השאלה עד איזו רמה תשלם חברה עם שימוש בהבחנות כגון אלה תלויה בהיסטוריה התרבותית של החברה ובוהות הקבוצה המושפעת מכך, אבל התהליך בעיקרו נותר מבחין, ואולי אף מפלה.¹⁸

קחו למשל סוגיה המעוררת עניין ושנויה במחלוקת והמצויה בלב הדיון על סיווגים מפלים בביטוח ובעיית הברירה השלילית: האם ראוי להשתמש במידע המופק מבידיקות גנטיות לשם ניבוי מחלות וסיכונים רפואיים? ברי כי היתרון האינפורמטיבי העצום הטמון במידע הגנטי יכול להוביל לסיווג סיכונים מיטבי ויעיל יותר. אולם הסכנות בטעויות מהשימוש במידע, פרטיותו של המידע הזה והאמצעים הפולשניים הנדרשים לפי שעה להפקתו וכן החשש כי המידע הרגיש יימסר לצדדים שלישיים או יאפשר הסקת מסקנות אשר נוגעות אף לקרוביו של הנבדק המקורי – ייתכן שכל אלה מחייבים שלא להתיר למבטחים שימוש בבדיקות גנטיות. טיעון נוסף נגד בדיקות גנטיות הוא שאין זה הוגן "להעניש" אדם על דברים שנקבעו טרם לידתו.

בהיבט הניתוח הכלכלי של המשפט טענה דומה באה לידי ביטוי בעובדה שסיכונים שהתממשו אינם עוד בני-ביטוח – מה שקרוי "אפקט הירשלייפר".¹⁹ הניחו כי בדיקה מסוימת יכולה לקבוע בוודאות מלאה אם הנבדקת תחלה בסרטן קטלני בחמש השנים הבאות. משעה שהתגלה כי הנבדקת תחלה בסרטן, יסרבו חברות הביטוח לבטחה. אך זהו הפסד חברתי, שהרי מרבית האנשים שונאי-הסיכון יסכימו לשלם מראש (טרם הבדיקה)

17 Einav & Finkelstein, לעיל הערה 2, בעמ' 121.

18 ראו Ronen Avraham, Kyle Logue, *Redistributing Optimally: Of Tax Rules, Legal Rules, and Insurance*, 56 TAX L. REV. 157, 207-227 (2003).

19 J. Hirshleifer, *The private and social value of information and the reward to inventive activity*, AMERICAN ECON. REV. 61, 561-574 (1971).

פרמיה שתבטח אותם נגד מצב שהבדיקה תוליד תוצאות הרות אסון. הימנעות מהבדיקה הרפואית גם היא אינה אפשרות יעילה, שהרי היא תמנע מהנבדקת קבלת טיפול רפואי הולם או תכנון מהלכיה בשארית חייה. אכן, דילמה קשה, ומשום כך מדינות רבות, וארצות הברית בכללן, הכריעו נגד השימוש בבדיקות גנטיות על ידי מבטחים.²⁰ בישראל סעיף 30 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 שולל ממבטחים להשתמש במידע גנטי למעט במקום שהמבוטח הציע לכרות חוזה ביטוח חיים, מחלה או נכות וסכום הכיסוי הביטוחי המבוקש על ידי המבוטח הינו גבוה מהסכום הקבוע בתקנות. נזכיר כי האיסור על שימוש בבדיקות גנטיות עלול להביא, למרבה הצער, להחמרת בעיית הברירה השלילית כיוון שהוא יוצר א-סימטריה במידע. כאשר חלק מהפרטים יעברו בדיקות גנטיות מרצונם, או יבדקו את המטען הגנטי שלהם באמצעות בחינת הרקע הרפואי המשפחתי שלהם, הרי שהמידע הגנטי יהיה בידם. אלה מהם שידעו שהם בסיכון יראו בביטוח השקעה כדאית ויבטחו את עצמם ביתר, ואילו ההפך הוא הנכון באשר לאותם פרטים שידעו שהמטען הגנטי שלהם נקי מכל פגם.

פתרון נוסף לבעיית הברירה השלילית הוא ביטוח קבוצתי. בביטוח קבוצתי מוצע כיסוי ביטוחי לקבוצת אנשים שהגורם המקשר ביניהם איננו דווקא רצונם בביטוח מסוים, כגון קבוצת עובדים במקום העבודה, חברים במועדון חברתי או בלשכה מקצועית כלשהי. מכיוון שסביר שהסיכון הביטוחי של חברי הקבוצה הוא אקראי, פוחת החשש לברירה שלילית, והדבר מאפשר להוזיל את הפרמיות ולמשוך ל"פול" את נמוכי-הסיכון. מובן שמכירתו של הביטוח לקבוצה ולא ליחידים מוזילה גם את העלות האדמיניסטרטיבית הכרוכה בטיפול ובמבוטחים, והדבר מאפשר הוזלה נוספת במחיר הפרמיה.

פתרון נוסף לבעיית הברירה השלילית הוא החרגת הכיסוי הביטוחי למגבלות בריאות קיימות או לחלופין השהיית תחולת הביטוח על מגבלות אלה. למשל, אדם היודע כי הוא חולה בסרטן וכן שעליו להמתין שנתיים עד שיוכל לקבל כיסוי ביטוחי למחלתו, לא יוכל להיכנס למאגר מתוך ברירה שלילית, שהרי לא יוכל לוותר על טיפול רפואי למשך שנתיים. למותר לציין כי שלילתו או השהייתו של הכיסוי הביטוחי למגבלות בריאות קיימות גורמות, מטבע הדברים, קשיים עצומים לאותם חולים, הנותרים בלא טיפול. ואמנם ברפורמת הבריאות האחרונה בארצות הברית, ה-ACA (The Patient Protection and Affordable Care Act), נאסר על מבטחים, לראשונה בהיסטוריה של ארצות הברית, לסרב לתת כיסוי ביטוחי בשל מגבלות בריאות קיימות. בארצות אחרות קופות החולים הונחו מאז ומתמיד לקבל כל

20 Hoy & Ruse דנו ביעילות הכלכלית הטמונה במתן היתר למבטחים להשתמש בבדיקות גנטיות לשם מיון סיכונים Michael Hoy, Michael Ruse, *Regulating Genetic Information in Insurance Markets*, 8 RISK MGMT. INS. REV. 211 (2005).

מועמד לביטוח, בלא קשר לקיומן של מגבלות בריאות. מעניין שבישראל תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאים בחווי ביטוח) (הוראות לענין מצב רפואי קודם), התשס"ד-2004 קובעות כי חברות הביטוח יכולות להימנע מתשלום תגמולי הביטוח בשל מצב רפואי קודם רק אם הדבר נעשה בתוך שנה מיום ההצטרפות לביטוח של מבוטחת מתחת לגיל 65, ותוך חצי שנה אצל מבוטחת מעל גיל 65. מגבלות הזמן הללו מתמרצות את חברות הביטוח לברר את מצבה הרפואי של המבוטחת מיד עם הצטרפה.

ודוק, מרגע שנאסרה בחוק הטלת מגבלות על קבלת מועמדים למאגר הביטוחי עלולה להיווצר מחדש בעיית הברירה השלילית. ואולם, כדי להימנע מכך נוקטות הממשלות פתרון חקיקתי שלפיו על כלל האזרחים לרכוש ביטוח, לרבות הצעירים והבריאים שאולי לא היו עושים זאת לולא החובה. חיוב כלל הציבור לרכוש ביטוח יכניס אנשים בריאים רבים יותר למאגר, והם יסבסדו את החולים. לעומת האיסור על מניעת כיסוי ביטוחי בשל מצב רפואי קודם שיביא לגידול במספר החולים החדשים במאגר הביטוח – ועל כן להעלאת שיעור הפרמיה לכלל המאגר – חיוב כלל האזרחים לרכוש ביטוח יביא לגידול במספרם של הבריאים החדשים במאגר, אלה שאולי היו נדחקים ממנו החוצה בשל עלות הפרמיה והברירה השלילית, ובכך לשימור שיעור הפרמיה המקורי ואולי אף להפחתתה. יתרה מזאת, מעגל הברירה השלילית נקטע. לא עוד מצב שבו אנשים בריאים יחסית נדחקים החוצה מהמאגר – בשל מחיר הפרמיה – על ידי החולים שבמאגר, ואז בשלב השני המבוטחים שלהם בעיות בריאות קלות יחסית נדחקים החוצה על ידי אלה החולים מאוד וחוזר חלילה; כולם מחויבים, על פי חוק, להיות חלק מהמאגר.²¹

עם זאת החיוב לרכישת ביטוח אינו בהכרח פותר את בעיות הצדק החלוקתי. למשל, גביית פרמיה אחידה מכל נהג ונהג מביאה לידי כך שהנהגים הטובים מסבסדים את הנהגים הרעים, שנהגים שנוהגים פחות מסבסדים את אלה שנוהגים יותר, ובעקיפין – לידי כך שזקנים מסבסדים צעירים ונשים מסבסדות גברים. הדבר דורש התמודדות מפורשת עם שאלות קשות של צדק חלוקתי, כגון אם עדיף לכפות על אותם אנשים המצויים ברמת סיכון נמוכה, כגון נשים או אלה שנוהגים מעט יחסית, לסבסד את אלה שהם ברמת סיכון גבוהה יותר באמצעות חיוב בתשלום פרמיה אחידה.

במילים אחרות, בביטוח טמונה שאלה אינהרנטית באשר לעד כמה ראוי שבני המזל ובעלי הכישורים יסבסדו את חסרי המזל וחסרי הכישורים. בביטוח רכב מדובר בנהגים הזהירים אל מול הנהגים הלא זהירים, בביטוח בריאות מדובר בבריאים אל מול החולים, ובביטוח אחריות מקצועית אלה הם הזהירים אל מול הפזיזים. נראה כי במקרים שבהם

21 למעשה ביטוח חובה הוא כמו ביטוח קבוצתי של קבוצה גדולה במיוחד. וכפי שראינו למעלה, ביטוח קבוצתי הוא אחד הפתרונות לברירה שלילית.

המסבסדים כיום יהיו מסובסדים בוודאות מחר, כגון שצעירים מסבסדים זקנים, שאלות של צדק חלוקתי יהיו קשות פחות. מנגד, השאלות הללו הופכות קשות עוד יותר בסיטואציות שבהן סיווגו של אדם כבעל רמת סיכון גבוהה יחסית תואם מצבים חברתיים קשים אחרים כגון עוני, ואף נובע מהם, כגון סיווגים בשל צבע עור (לבסוף ובהערת אגב נציין עוד כי החיוב לרכישת הביטוח עלול להביא גם לריבוי מצבי סיכון מוסרי, כפי שיידון בהמשך).²²

(ב) פתרונות דוקטרינריים לבעיית הברירה השלילית

הדרכים שבהן נלחמות חברות הביטוח בברירה השלילית ואשר נדונו לעיל (שיווק פוליסות בעלות היקפי כיסוי שונים, חיוב במילוי שאלונים ו/או בכדיקות רפואיות, חוזים רב-תקופתיים והגבלה או השהיה של הכיסוי) ננקטות בשלב הטרם-חוזי. לאחר קרות מקרה הביטוח עומדים לרשות חברות הביטוח כמה כלים משפטיים נוספים במלחמתן בברירה השלילית. אכן, דיני הביטוח השכילו למצוא דרכים שונות למנוע את השפעות הברירה השלילית או למתנן. דוגמה חקיקתית מובהקת לכך, שכבר הוזכרה, הם חוקים הקובעים חובת ביטוח, כמו למשל בביטוח רכב. עם זאת קיימות דוקטרינות משפטיות אחרות, מורכבות ובעלות חשיבות רבה ביותר, שעניינן חובות גילוי של המבוטח. חשיבותן של דוקטרינות אלה נובעת מעצם העובדה שהן מענישות את המבוטח אם נמנע מחשיפת מידע פרטי ורלוונטי.

תחולתן של הדוקטרינות העוסקות בחובות הגילוי של המבוטח היא בראש ובראשונה על מצגים הניתנים על ידי מבוטחים טרם כריתת חוזה הביטוח. במדינות רבות מבוטח נדרש ליתן הצהרות אמת באשר למצבו טרם כריתת חוזה הביטוח. הצהרות אלה משמשות בסיס לקביעת רמת הסיכון שבה הוא מצוי, ועשויות להפחית את הפרמיה שבה יחויב. על פי דוקטרינת האחריות (the warranty doctrine), שאומצה במשפט האנגלי-אמריקאי, אם המבוטח יתבע את חברת הביטוח, והמבטח יוכיח כי פרט כלשהו שהצהיר המבוטח, חסר חשיבות ככל שיהיה, אינו נכון, התביעה עלולה להידחות. כזה היה המצב בישראל טרם חקיקתו של חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981. דוקטרינת האחריות יעילה למדי בעידוד מבוטחים לגלות מידע מדויק בזכות העלות הגבוהה הכרוכה בהצהרות שקר. עם זאת הדוקטרינה אינה חפה מפגמים. העלות הגבוהה הכרוכה בבחינת אמתות ההצהרות שניתנו טרם כריתת חוזה הביטוח והאפשרות לענישת המבוטח ללא קשר ליסוד הנפשי שלו או לקשר שבין ההפרה לנזק שנגרם לכאורה לחברת הביטוח – הן פגמים מהותיים בה.

22 ראו Alma Cohen, Rajeev Dehejia, *The Effect of Automobile Insurance and Accident Liability Laws on Traffic Fatalities*, 47 J L & ECON. 357 (2004).

ואכן, ברבות השנים שינו בתי המשפט והמחוקקים במדינות רבות בארצות הברית את הדרישות. במקום הטלת אחריות מוחלטת על המבוטחים באשר לתוכן הצהרותיהם, הוטלה אחריות בשל מצגי שווא רשלניים. סעיף 6 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 תואם אף הוא דין זה. מצג שווא רשלני (misrepresentation) הוא דוקטרינה שלפיה תביעת המבוטח תידחה רק אם יוכח כי המבוטח הציג ביודעין, ושלא בתום לב, מצג שווא שהוא מהותי באשר לסיכון המבוטח. למשל נבחנות שאלות כגון אם המבטחת הייתה מסכימה לבטח את המבוטח לו הציג מצג אמיתי, אם הכיסוי המוצע על ידיה היה זהה, או אם הפרמיה ששולמה בעבור פוליסת הביטוח המכסה את האירוע שהתרחש הלכה למעשה הייתה גבוהה הרבה יותר לו הציג המבוטח מצג מדויק באשר למצבו.²³

דוקטרינת איסור ההסתרה (concealment), או כפי שהיא מכונה לעתים דוקטרינת הגילוי היוזם, היא דוקטרינה רלוונטית נוספת, ולפיה – בכל האמור בדיני ביטוח – קיימת חובת גילוי יזום, וכל הסתרה מכוונת של מידע רלוונטי על ידי מבוטח היא בת-ענישה (ראו סעיף 6(ג) לחוק חוזה הביטוח). קשה להגדיר במדויק את גבולות החובה, אולם דוקטרינת ההסתרה אינה מרחיקת לכת כדוקטרינות האחריות או מצג השווא בכל הנוגע להיקף הגילוי. על פי הפסיקה, המבוטח רשאי שלא לגלות את המידע אלא אם נשאל עליו מפורשות על ידי המבטח, או שהוא יודע כי המידע המוסתר הוא מהותי והיה עלול להיות גורם מכריע בהחלטת המבטח אם לאשר את פוליסת הביטוח. סביר להניח שפסיקה זו מעודדת מבוטחים המשערים, אך הם אינם בטוחים, כי הם בעלי סיכון גבוה במיוחד – לברר זאת רק לאחר כריתת חוזה הביטוח. כמו במצג שווא, העונש בגין הסתרה הוא בדרך כלל הפחתת הכיסוי הביטוחי או ביטול הפוליסה. שוורץ ושלזינגר טוענים כי בישראל הפכה דוקטרינה זו לאות מתה משום שהאחריות לשאלות שנוסחו שלא בבחירות מוטלת על המבטח, וכך בשל חוסר היכולת המעשית להוכיח את היסוד הנפשי של המבוטח כשזו הסתיר מידע. שחר ולר טוען שחובת גילוי יזום ראוי שתהיה אות מתה, משום שהיא פוגעת בתמריצי המבטחת לאסוף מידע אשר ביכולתה לאסוף בעלות נמוכה יותר, משום שהדוקטרינה אינה יעילה במניעת ברירה שלילית (לפחות כל עוד איננה מותנית ביסוד נפשי של מרמה), ומשום שהיא מגדילה

23 לאחרונה החלו במדינות רבות נבארצות הברית לבחון מחדש את הדרישה שהפרמיה שהיה על המבוטח לשלם, לכיסוי האירוע שהתרחש להלכה למעשה, הייתה גבוהה בהרבה מזו ששילם בפועל. Seth Chandler, *Insurance Regulation*, in 3 THE INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 837, 845 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000). לניתוח כלכלי המשווה בין משטרי הגילוי השונים ראו ולר, לעיל הערה 13, בעמ' 143-150.

את אי-הוודאות באשר לכיסוי שיסופק למבוטח שהוא שונא-סיכון.²⁴ לדוקטרינת הגילוי היוזם חשיבות מיוחדת בתקופה שבין לאחר מתן התשובות על ידי המבוטח ומועד כריתת החוזה כמו גם בתקופה שלאחר כריתת החוזה אך טרם קרות מקרה הביטוח, שהרי בתקופות אלו אין המבוטחים נשאלים עוד שאלות על ידי המבטחים. אכן סעיפים 16 ו-21 לחוק חוזה הביטוח מחייבים את המבוטח להודיע בכתב על כל החמרה מהותית בסיכון ומאפשרים למבטח לבטל את החוזה, לשלם תגמולים מופחתים במקרה שלא ניתנה הודעה, ואף לא לשלם תגמולים כלל אם אי-ההודעה נעשתה בכוונת מרמה.²⁵

בנסיבות מסוימות, כדוגמת מבוטח שמשלם פרמיות במשך שנים רבות, אי אפשר יהיה לתקוף לפי דוקטרינת האחריות או מצג השווא הרשלני מצגים והצהרות שהמבוטח סיפק בעת כריתת חוזה הביטוח, כיוון שבחינת ההצהרות בשלב מאוחר טומנת בחובה סיכון רב לקביעות שגויות כי ההצהרות שניתנו טרם כריתת החוזה הן הצהרות שקר. דוקטרינה זו ידועה כדוקטרינת האל-ערר (incontestability), והיא הוסדרה בסעיף 43 לחוק חוזה הביטוח. פוליסות ביטוח חיים, ביטוח בריאות וביטוח אבדן כושר כוללות לעתים קרובות סעיפי אל-ערר, או שהן חוסות תחת חוק המסדיר הליכי אל-ערר. עם זאת דוקטרינת האל-ערר אינה מותירה את המבטחים חסרי כל הגנה. למשל, בהתקיים חשש למרמה שהמבטח לא ידע עליה, כי אז בכל זאת מורשים המבטחים לערער על תוקפה של הפוליסה.²⁶

24 שוורץ ושלנינגר, לעיל הערה 12, בעמ' 363-378. אך ראו דיונים בעניין ע"א 1530/02 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' יובלים אגודה שיתופית, פ"ד נח (6) 822, 372-374 (2004). כן ראו ולר, לעיל הערה 13, בעמ' 178-183.

25 בהמשך אציע מסגרת תאורטית: הגישה התכליתית – בין שני עולמות, שלפיה ולר ככל הנראה צודק, ואין הצדקה מוצקה לקיומה של הדוקטרינה.

26 Chandler, לעיל הערה 23, בעמ' 846. עם זאת לא כל מרמה מביאה לבטלות סעיף האל-ערר בפוליסה, וההבחנה בין מרמה שתביא לבטלות הסעיף לזו שתשאיר אותו בתוקפו אינה תמיד ברורה. בית המשפט העליון של קליפורניה למשל הבדיל בין מצב שבו מבוטח שולח מתחזה לעבור במקומו את הבדיקות הרפואיות הנדרשות לקבלת ביטוח חיים לבין אדם בריא שרוכש פוליסת ביטוח על שם מישהו אחר אבל עובר את הבדיקות הרפואיות בעצמו. הראשון יזכה להגנת סעיף האל-ערר, ואילו השני לא. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שבמקרה הראשון קיים חוזה תקף בין הצדדים. כיוון שהחוזה תקף, אף על פי שהושג במרמה, חלים עליו תנאי החוזה עצמו, לרבות סעיף האל-ערר. במקרה השני קבע בית המשפט כי מבחינת אומד דעת הצדדים עולה כי לא הייתה כוונה להתקשר בחוזה, ושם אפשר לייחס כוונה שכזו, הרי היא בין המבטחים לבין אותו אדם שמילא את הטפסים ועבר את הבדיקות. דוקטרינת האל-ערר משמשת למעשה מעין הגנת התיישנות, המגנה על המבוטחים מפני חיתום שלאחר מעשה. חיתום לאחר מעשה הוא אמנם רווחי למבטחים, אך טומן בחובו סיכונים רבים למבוטחים, בעיקר לישרים שבהם. - Amex Life Assurance Co. v. Superior Court, 930 P.2d 1264, 1270-71 (1997).

הפרה של דוקטרינת האחריות או מצג השווא בטרם קרות מקרה הביטוח מזכה את המבטחת בתרופת הביטול וההשבה (סעיפים 7(א) ו-7(ב) לחוק חוזה הביטוח). לעומת זאת משהוכחה הפרה של דוקטרינת האחריות או מצג השווא לאחר קרות מקרה הביטוח, העונש למבוטחת הוא בדרך כלל הפחתת סכום הכיסוי הביטוחי אם כי גם ביטולה אפשרי (אם מדובר במרמה). כאשר העונש למבוטחת הוא הפחתת הכיסוי ביטוחי, סכום הכיסוי הביטוחי יהיה זה שהמבוטחת הייתה זכאית לו לולא התרחש מצג השווא טרם כינון החוזה (סעיף 7(ג) לחוק). הרציונל שבכך הוא שעצם העמדת המבוטחת במצב שבו הייתה מצויה לו הציגה מצג אמת, מקטינה את התמריץ לרמות מלכתחילה. הבעייתיות בתרופה זו נעוצה בעובדה כי לא כל מצגי השווא מתגלים. אם העונש היחיד הוא הפחתת סכום הכיסוי הביטוחי, מבוטחים עלולים לנסות את מזלם בהצגת מצג שווא בתקווה שזה לא יתגלה והם יצאו פטורים בלא כלום. מנגד, ביטול מוחלט של פוליסת הביטוח הוא ענישה היוצרת למבוטח תמריץ לנהוג ביושר מלכתחילה. אכן החוק הישראלי מאפשר תרופה זו גם לאחר קרות מקרה הביטוח אם מדובר במרמה מהותית (סעיף 7(ג) לחוק) אשר השפיעה על חבות המבטח (סעיף 8 לחוק).²⁷

(ג) ברירה שלילית – המחקר האמפירי

אף על פי שמבחינה תאורטית בעיית הברירה השלילית נתפסת כבעיה בלתי נמנעת, והמחקר האמפירי אף גילה ראיות לקיומה של ברירה שלילית בכמה ענפי ביטוח מסוימים, בפועל המחקר האמפירי נכשל בביסוס הברירה השלילית כבעיה בעלת חשיבות בעולם הביטוח באופן כללי.²⁸

כהן וסיגלמן מספקים כמה הסברים להיעדר המתאם בין התאוריה לפרקטיקה באשר לחשיבות בעיית הברירה השלילית. ההסבר הראשון להיעדר המתאם נובע מן העובדה שלא בהכרח למבוטחים יתרון מידע רב על המבטחים באשר לתוחלת הנזק העתידית שלהם. אף

27 על היחס שבין דרישת המהותיות, מודעות המבוטח למהותיות ודרישת כוונת המרמה עמד בית המשפט העליון בע"א 1809/95 הלמן נ' לה נסיונאל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 77 (1996) וכן בע"א 1064/03 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוחה רחל שחר פיאמנטה ז"ל, פ"ד ס(4) 375 (2006)

28 Alma Cohen, Peter Siegelman, *Testing for Adverse Selection in Insurance Markets*, 77 J. RISK & INS. 39 (2010); Peter Siegelman, *Adverse Selection in Insurance Markets: An Exaggerated Threat*, 113 YALE L.J. 1223 (2004). למחקר שמוצא ברירה שלילית ראו Amy Finkelstein, James Poterba, *Selection Effects in the United Kingdom Individual Annuities Market*, 112 ECON. J. 28, 47 (2002) (המתעדים קיום נרחב של בחירה שלילית בשוק הקצבאות העתיות באנגליה).

אם ברשות המבוטחים מידע פרטי על תאונות שאירעו בעבר או על מצבם הבריאותי, אין הדבר מנביע בהכרח יתרון אסטרטגי רב. למבוטחים אין בהכרח היכולת לתרגם את המידע הפרטי למשתנה המתאר את רמת הסיכון שלהם ביחס למבוטחים האחרים. לא אחת דווקא לחברת הביטוח יתרון בהבנת הסיכון האמתי של המבוטח אף אם הצליח להסתיר ממנה מידע כלשהו. מכאן שייתכן כי בפועל מדובר מלכתחילה בבעיה תאורטית גרידא.

ההסבר השני לאי־תיעודה של בעיית הברירה השלילית בשטח טמון, כפי שנידון לעיל, בייעולותם של האמצעים החוזיים שפיתחו חברות הביטוח נגד תופעת הברירה השלילית (כגון השתתפות עצמית, תקופת המתנה או ביטוח קבוצתי) ובדוקטרינות השונות שפותחו על ידי בתי המשפט להתמודדות עמה. אמצעים אלו משפיעים על מבנה מאגר הביטוח ("הפול"). ככל שהפול הומוגני יותר, אם במקרה ואם בשל פעולות שונות שנקטו המבטחות, הסכנה לברירה שלילית נמוכה יותר. בהקשר זה נזכיר כי, כפי שכבר נידון לעיל, כמה מסוגי הביטוח, כגון ביטוח רכב, הם ביטוחי חובה מכוח חוק. ביטוחי חובה מטבעם מונעים ברירה שלילית בעצם זה שהם שוללים ממבוטחים ברמת סיכון נמוכה את האפשרות לבחור לפרוש ממאגר הביטוח.

הסבר שלישי קשור בהטרוגניות של שנאת סיכון. לעומת המודלים הקלאסיים של רוטשילד וסטיגליץ, שהניחו שנאת סיכון אחידה בקרב האנשים, בפועל מחקרים אמפיריים רבים הראו כי שנאת הסיכון שונה מאדם לאדם וממצב למצב. על כן ייתכן כי פרטים נמוכי־סיכון (קרי פרטים הנוקטים משנה זהירות בהתנהלותם בחיים) יהיו דווקא שונאי־סיכון ויבחרו לרכוש כיסוי ביטוחי נרחב. תופעה זו מכונה "ברירה חיובית" ("propitious selection"). בהתקיים ברירה חיובית מאזנים שונאי־הסיכון את העלות הגבוהה הכרוכה במבוטחים ברמת סיכון גבוהה שנכנסו למאגר הביטוח מתוך ברירה שלילית.²⁹

אכן מבטחים מרוויחים מ"ברירה חיובית" ומהמבוטחים נמוכי־הסיכון ("הזהירים") אך בעלי שנאת הסיכון הגבוהה. מבוטחים אלו יהיו מוכנים לשלם פרמיה גבוהה (בשל היותם שונאי־סיכון), אך עלויות ביטוחם תהיינה בפועל נמוכות, בשל היותם זהירים. לא אחת חברות ביטוח רבות נוקטות טקטיקות שיווקיות יצירתיות המיועדות למשוך דווקא את בעלי הסיכון הנמוך. למשל, מבטחים עשויים להציע מנוי חנים למועדון כושר למי שרוכש ביטוח חיים, או מוכרים ביטוח תאונות לאנשים מבוגרים במשרדים הממוקמים בקומה השלישית ללא מעלית. אלו האחרונים, הם מן הסתם בריאים בגופם.³⁰

29 See David Hemenway, *Propitious Selection*, 105 Q. J. ECON. 1063 (1990). And see De Meza David, David C. Webb, *Advantageous Selection in Insurance Markets*, RAND JOURNAL OF ECONOMICS 32(2), 249-262 (2001).

30 Siegelman, לעיל הערה 28, בעמ' 1253.

אף על פי שהיא בדרך כלל רצויה בעיני המבטח, הרי שבהיבט השאת הרווחה המצרפית ברירה חיובית אינה בהכרח יעילה.³¹ מכל מקום, בעוד מן הבחינה התאורטית יכולים ענפי ביטוח מסוימים לכלול גם ברירה שלילית וגם ברירה חיובית, בפועל מן הבחינה האמפירית קשה, אם לא בלתי אפשרי, להבחין בהשפעותיהם בנפרד.³² אכן, הקושי במדידה אמפירית של תופעת הברירה השלילית במנותק מתופעות אחרות היא הסבר עצמאי רביעי להיעדר ממצאים גורפים בדבר ברירה שלילית בשוקי הביטוח. מחקרים אמפיריים רבים השוו את עלויות הביטוח בפועל של מבוטחים שרכשו כיסוי ביטוחי נרחב לעלויות של אלו שרכשו כיסוי ביטוחי מוגבל. הרעיון העומד בבסיס מחקרים אלו הוא שאם ברירה שלילית קיימת, מבוטחים בעלי סיכון גבוה ייטו לרכוש כיסוי ביטוחי נרחב יותר ממבוטחים בעלי סיכון נמוך, ועל כן עלויות כיסוי נזקיהם תהיינה גבוהות יותר. אחת הבעיות בגישה זו היא כי הפער בין העלויות השונות של סוגי מבוטחים אלו אינו מצביע בהכרח על ברירה שלילית, שהרי יכול שינבע גם מסיכון מוסרי.³³

- 31 ברירה חיובית אינה בהכרח יעילה, שכן היא גורמת לחברות הביטוח להציע פרמיות נמוכות ובכך למשוך אנשים בעלי שנאת סיכון נמוכה שהיה ראוי שלא יהיו מבוטחים (משום שההוצאות האדמיניסטרטיביות הכרוכות בביטוחם גבוהות, ואילו השווי של הביטוח עבורם נמוך) יהיו בכל זאת מבוטחים. אי-יעילות זו סימטרית עם אי-היעילות בברירה שלילית, שם נמוכי-סיכון שהיה ראוי שיבוטחו (משום היותם בעלי שנאת סיכון יחסית גבוהה) נשארים ללא כיסוי הולם. ראו Einav & Finkelstein, לעיל הערה 2.
- 32 למחקרים אמפיריים המתעדים ברירה חיובית ראו J. Cawley, Philipson, *An Empirical Examination of Information Barriers to Trade in Insurance*, AMERICAN ECON. REV. 89 (1999) 827-846 (תוחלת החיים של גברים מבוטחים גדולה מזו של גברים לא מבוטחים); Amy Finkelstein, Kathleen McGarry, *Multiple Dimensions of Private Information: Evidence from the Long-Term Care Insurance Market*. AMERICAN ECON. REV. 96(4), 959-938 (2006) (אנשים זהירים ורכשים ביטוח סיעודי אך נזקקים לו פחות מאנשים זהירים פחות). Hanming Fang, Michael P. Keane, Dan Silverman, *Sources of Advantageous Selection: Evidence from the Medigap Insurance Market*, JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 116(2), 350-303 (2008) (ברירה חיובית בענף ביטוח רפואי).
- 33 להסבר על הקשיים המתודולוגיים במדידת ברירה שלילית ראו Einav & Finkelstein, לעיל הערה 2, בעמ' 136-126. אחת הדרכים להבחין בין ברירה שלילית לסיכון מוסרי היא לבחון את השפעתו של שינוי אקסוגני בחוזה הביטוח על מבוטחים עכשוויים ומבוטחים עתידיים. אם מבוטחים עכשוויים משנים את התנהגותם, או אם ההפסדים מחוזים אלו עולים, מדובר בסיכון מוסרי. לעומת זאת אם הסיכוי לתאונה שונה ממבוטחים עתידיים לעכשוויים, מדובר בברירה שלילית. אך ראו H. Jaap, *Abbring, Pierre-Andre Chiappori & Tibor Zavadil, Better Safe than Sorry? Ex Ante and Ex Post Moral Hazard in Dynamic Insurance Data*, Tinbergen Institute Discussion Paper No. 08-075/3; CentER Discussion Paper No. 2008-77. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1260168> (2008).

3. ברירה שלילית הפוכה

ברירה שלילית אינה תופעה ייחודית למבוטחים, והמבטחים גם הם לוקים בה. ברירה שלילית הפוכה (קרי מצד מבטח) מתרחשת כאשר מבטחים מציעים פוליסות ברמות איכות שונות, וקיימים חסמי מידע על אודות אותן הפוליסות, ולכן נמנעו מהמבוטחים להעריך נכונה את טיבן. הפוליסות שאיכותן נמוכה מוצעות באופן טבעי בפרמיה נמוכה יותר, ולעתים רבות אף נמוכה מדי, ובכך מושכות מבוטחים רבים יותר לרכשן. מתוך כך נדחקים החוצה משוק הביטוח אותם מבטחים המציעים פוליסות איכותיות יותר, במחירים גבוהים יותר, בעיה הקרויה "שוק לימונים".³⁴ המירוץ לתחתית מוביל בסופו של דבר לכמה תוצאות אפשריות: לכיסוי ביטוחי באיכות נמוכה, לביטוח לא יעיל או לתביעות כנגד חברות ביטוח, ששיעור הפרמיות שהציעו היה נמוך מכדי שתוכלנה להישאר כשרות פרעון, ועל כן אינן עומדות בתשלומן. השלכות אלה של תופעת הברירה השלילית על ידי מבטחים באות לידי ביטוי ביחס השלילי שרוחש הציבור לביטוח, המחמיר ככל שההחצנות הנובעות ממבטחים שאינם משלמים תביעות או משלמים בחסר, גדלות.

דוגמה מפורסמת לשוק לימונים בביטוח אפשר למצוא בתעשיית ביטוח האש בארצות הברית של סוף המאה התשע-עשרה. חברות הביטוח הציעו פוליסות לביטוח נכסים ונזקי אסונות, אלא שבניסיון לחסוך הגבילו את הכיסוי הביטוחי בלא ליידע את לקוחותיהם. מדינת ניו יורק ידעה בהיותה הראשונה לכונן נוסח אחיד לפוליסת ביטוח לנזקי אש שיעמדו בסטנדרט איכות מינימלי, ונוסח זה אומץ על ידי מדינות רבות אחרות.³⁵ אכן, בשל פערי המידע והכוח שבין הצדדים הכלי העיקרי לפתרון בעיית הברירה השלילית הפוכה הוא רגולציה, שעיקרה לא רק פיקוח על הפרמיות ומניעת חדלות פירעון כי אם אף קביעת סטנדרטים מינימליים לכיסוי ביטוחי.³⁶ בהגבלת תקרת מחירי פוליסות הביטוח וקביעת מחיר מינימום, כמו גם בחיוב המבטחים לשמור על הון ראוי לתשלום תביעות, הממשלה יכולה למנוע את המירוץ לתחתית ואת בעיית חוסר היכולת של המבטחים לשלם תביעות מוצדקות.

אקונומטריות מתוחכמות כדי להבדיל בין סיכון מוסרי לבחירה שלילית בתעשיית ביטוח הרכב בהולנד.

34 Akerlof, לעיל הערה 15.

35 ראו Charles Gobel, *The Moral Hazard Clauses of the Standard Fire Insurance Policy*, 410 COLUM. L. REV. 410, 410 (1937). כפי שגלובל מסביר "[b]efore the advent of the standard fire insurance policy there were in use in the United States almost as many policy forms as there were companies."

36 Chandler, לעיל הערה 23, בעמ' 838-841.

4. סיכון מוסרי (Moral Hazard)

סיכון מובנה נוסף שמבטחים מתמודדים עמו ידוע כ"סיכון מוסרי". סיכון מוסרי מתייחס לאחת משתי התנהגויות שונות אפשריות של המבוטח: האחת, התנהגות לא זהירה של המבוטח בכל האמור להגנה על עצמו מפני סיכון המכוסה על ידי הביטוח, והשנייה – בהתרחש סיכון המכוסה על ידי הביטוח, אי-נקיטת אמצעים מספיקים למזעור עלות הנזק הכרוכה בהתממשות סיכון או תביעה של פיצויים מוגזמים, או צריכת-יתר של טיפולים רפואיים, עד כדי תרמית. ההתנהגות הראשונה היא סיכון מוסרי אקס אנטה, ואילו השנייה היא אקס פוסט.³⁷ בשני המקרים התנהגות המבוטח יוצרת החצנה שלילית על ה"פול". מדוע? משום שהמבטח לעתים קרובות אינו יכול להבחין בין מבוטחים שנוקטים פעולות של סיכון מוסרי לאלו שאינם נוקטים פעולות כאלה, ועל כן הוא גובה פרמיה אחידה היוצרת סבסוד צולב. הסיכון להתנהגות לא ראויה "מוסרית" כונה על ידי חברות ביטוח במאה התשע-עשרה "סיכון מוסרי".³⁸

הניחו למשל כי פלוגית היא בעלת נכס, בית פרטי וסביבו גינה, השווה מיליון ש"ח. בעלת הנכס מוטרדת מנזקי שרפה אפשריים, שעלוילים – בהסתברות של עשרה אחוזים בשנה – לכלות את הנכס. מכאן שתוחלת עלות נזקי האש לשנה היא 100,000 ש"ח. בעלת הנכס יודעת שאם תדאג לאחזקה ראויה של הנכס, ההסתברות לשרפה תפחת לאחוז אחד בלבד (ומכאן שתוחלת העלות הצפויה תפחת ל-10,000 ש"ח). אך לשם כך על בעלת הנכס לשכור איש אחזקה בעלות של 30,000 ש"ח בשנה, ובכך תגדל העלות השנתית הממוצעת הכרוכה בנזקי אש, לרבות עלות איש האחזקה, ותהיה 40,000 ש"ח. ברי כי השקעה באיש אחזקה היא יעילה לבעלת נכס שאינה מבוטחת – בעלת הנכס השקיעה 30,000 ש"ח באיש אחזקה וחסכה 90,000 ש"ח בתוחלת עלות נזקי האש.

הבעיה האמתית מתעוררת כשבעלת הנכס רוכשת ביטוח. ביטוח נזקי אש יכול להיות כלי חלופי לפתרון טרדוניה של בעלת הבית באשר לנזקי האש, או כלי משלים לו. אם חברת הביטוח אינה יכולה לוודא כי בעלת הבית תדאג לאחזקתו הראויה של הנכס, בעצמה או באמצעות אחרים, הפרמיה השנתית שהיא תידרש לשלם בעבור הביטוח תעמוד על 100,000 ש"ח בתוספת הוצאות אדמיניסטרטיביות ורווח למבטח. מדוע פרמיה כה גבוהה? משום שהידיעה כי היא בעלת כיסוי ביטוחי מלא, תהפוך את בעלת הבית לנטולת כל תמריץ

37 המאמר הקלסי הוא Kenneth J. Arrow, *Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care*, 53 AM. ECON. REV. 941 (1963).

38 לסקירה היסטורית של המונח ראו Tom Baker, *On the Genealogy of Moral Hazard*, 75 TEX. L. REV. 237 (1996).

לפעול למזעור אופטימלי של הנזק. המבטחת צופה כי בעלת הבית לא תשכור איש אחזקה – היא צופה את הסיכון המוסרי – ועל כן גובה ממנה פרמית ביטוח גבוהה. סיכון מוסרי הוא בעיה שכיחה גם בכל האמור בביטוחי צד שלישי. קחו לדוגמה את ביטוח הרכב. בשנות השבעים של המאה הקודמת החלו רוב המדינות בארצות הברית לחייב נהגים לרכוש ביטוח רכב. תאורטית היה אפשר לטעון כי נהגים שיש להם כיסוי ביטוחי יהיו זהירים פחות מנהגים שאינם מבוטחים, שכן בהיעדר כיסוי ביטוחי יישא נהג רשלן הגורם לתאונה בעלות הנזק שנגרם מהתאונה, ואילו נהג מבוטח איננו נושא באחריות זו, ולכן התמריץ הכלכלי שלו להיזהר ולהימנע מתאונות נחלש. טענה זו נראית לכאורה תמוהה, שכן היא אינה מביאה בחשבון את העובדה שנהגים מבוטחים עשויים לנקוט אמצעי זהירות מספיקים, ולו כדי להציל את עורם שלהם. התשובה לתמיהה היא כי נהגים מבוטחים עלולים שלא להביא בחשבון את הנזקים לצדדים שלישיים, ועל כן גם אם ינקטו אמצעי זהירות הולמים מבחינת רמת הסיכון שלהם, הרי שבהתחשב בסיכון הכולל הם לא יהיו אופטימליים. אכן, בפועל כפי שנראה בהמשך משעה שהחלה החובה לרכוש ביטוח, חל גידול בכמות ההרוגים מתאונות דרכים.³⁹

תנאי הכרחי (אף על פי שאינו מספיק) לאפיון סיכון מוסרי הוא שהתנהגותו של המבוטח אינה אופטימלית משום הכיסוי הביטוחי. מכאן שאי-נקיטת אמצעי הזהירות על ידי המבוטח צריכה להיבחן ביחס להתנהגותו לולא היה מכוסה. למשל, מבוטח שלעולם אינו מפעיל את האזעקה בביתו גם כשאינו מבוטח הוא מבוטח בעל סיכון גבוה, שאמנם עלול להוות בעיה של ברירה שלילית אך אינו מהווה סיכון מוסרי ל"פול". פשיטא כי מבוטח שאיננו מפעיל את האזעקה טרם יציאתו מן הבית, פעולה שאינה יעילה והנסתרת מעיני המבטחת, בשל הכיסוי הביטוחי מהווה סיכון מוסרי בפועל.⁴⁰

ומדוע זהו תנאי שאינו מספיק? משום שלא כל התנהגות של המבוטח – אף אם היא משום שהוא מכוסה היא בהכרח לא אופטימלית או מהווה סיכון מוסרי מטריד. למשל, בביטוחי בריאות קיים חשש לסיכון מוסרי אקס פוסט שלפיו אנשים שנפלו למשכב יצרכו ביתר שירותי בריאות משום שהם מבוטחים. אך לא כל צריכת-יתר (ביחס לצריכה בהיעדר

39 סיכון מוסרי יכול להתרחש גם בשל חוקים או כללים משפטיים אשר אינם לכאורה קשורים בביטוח. קחו לדוגמה חוק המוציא את ביתו של החייב מנכסיו בפשיטת רגל. פטור זה עלול להקטין את היקף כיסוי ביטוח החבות שהחייב ירכוש, ועל כן גם יקטין את רמת הזהירות שהחייב ינקוט כדי לא לפגוע בצדדים שלישיים, שהרי אם למשל אין לו כלל נכסים מלבד ביתו, הוא בפועל חסין מתביעה נזיקית.

40 אפשר לדייק ולטעון כי מבוטח שלא התקין כלל אזעקה בביתו כפי שנדרש בפוליסה, ואפילו אם עשה זאת משום שהוא מבוטח, אינו מהווה בפועל סיכון מוסרי למבטחת שכן פעולתו אינה באמת נסתרת מעיני המבטחת שבקלות תגלה המחדל ותהא רשאית לשלול ממנו כיסוי בגין נזקי פריצה.

ביטוח) היא בעייתית, שהרי תכלית מנגנון הביטוח הרפואי היא להבטיח שבעת שהמבוטח יחלה הוא יוכל לממן טיפולים רפואיים יקרים שלולא הביטוח לא היה יכול לממן. אמנם ייתכן שמבוטחים יבקשו לעבור ניתוחים פלסטיים באף בתואנה שיש להם צורך רפואי, יחליפו את משקפי הראייה שלהם לעתים תכופות מדי או יבקרו אצל השיננית מעבר לנדרש משום שאינם נושאים בעלויות הכלכליות של טיפולים אלו, אך קשה להאמין כי מבוטחים יבקשו השתלת לב, ניתוח במעינים או במוח רק משום שהם מבוטחים.⁴¹ כיצד אפשר לדעת מתי החלטת המבוטח לעבור טיפול רפואי לגיטימית ואף יעילה ומתי

היא סיכון מוסרי שפוגע ברווחה המצרפית?

הנה תרגיל מחשבתי שעשוי לעזור לפתור סוגיה זו. נניח שמבוטח זקוק להשתלת כליה שעלותה 50,000 דולר, וכי הוא מבוטח בפוליסה המאפשרת לו אחת משתי אופציות: האחת, לעבור את ההשתלה, והמבטחת תשפה אותו עבור העלויות בסך 50,000 דולר, והשנייה, כי היא תשלח לו צ'ק על סכום נקוב של 50,000 דולר לשימושו האישי. פלוני עונה למבטחת כי שתי האפשרויות טובות לו באותה מידה, ואילו אלמוני עונה כי הוא מעדיף את הצ'ק. מה אפשר ללמוד על פלוני ועל אלמוני מתשובותיהם? מבוטח שבאמת זקוק להשתלת כליה יעדיף את שתי האפשרויות באותה מידה, שהרי בכל מקרה יבחר לעבור השתלה. זהו פלוני, ואפשר יהיה להסיק אפוא כי החלטתו לעבור השתלה היא יעילה. הנקודה המעניינת כאן היא שהחלטתו של פלוני יעילה אף כי בהחלט ייתכן כי לולא כספי הביטוח היה בוחר שלא לעבור ההשתלה. במילים אחרות, אף כי החלטתו של פלוני לעבור השתלת כליה נובעת מהעובדה שיש לו ביטוח, היא אינה בבחינת סיכון מוסרי מטריד. נהפוך הוא, למעשה היא מגשימה את תכלית הביטוח. לעומת זאת מבוטח שיעדיף את הצ'ק, אלמוני בדוגמה שלנו, משום שאז למשל יוכל להשקיע את הכסף בתכניות חיסכון, מגלה דעתו כי השתלת כליה אינה האפשרות העדיפה בעיניו לשימוש בכסף ועל כן אינה יעילה. לכן לו עמדה בפני אלמוני רק האפשרות של שיפוי (האפשרות הראשונה דלעיל), ואלמוני היה בוחר לעבור השתלה, הרי שקיים חשש סביר כי אלמוני החליט לעבור השתלה אשר אינה יעילה מבחינתו, רק משום שבידיו ביטוח. מצב זה משקף הקצאת מקורות שאינה יעילה, ועל כן מדובר בסיכון מוסרי מטריד.

דרך אחרת להתבונן בסוגיה היא להבחין כי לכיסוי הביטוחי שתי השפעות: ראשית, אפקט הכנסה (income effect) המאפשר למבוטח לצרוך טיפולים רפואיים שבלעדיו לא היה יכול להרשות לעצמו. מדובר במצב שבו המבוטח היה צורך את הטיפולים הללו גם לו היה

41 ראו John A. Nyman, *The Theory of Demand for Health Insurance* (2003); John A. Nyman, *Is Moral Hazard Inefficient: The Policy Implications Of A New Theory*, 23 *HEALTH AFFAIRS* 194, 195 (2004).

מדובר בחוזה סכום נקוב שלפיו המבטחת מעבירה כסף במקום לשפות על הטיפולים הרפואיים (ממש כמו פלוני לעיל). צריכת-יתר זו אינה מהווה עיוות בהקצאת המקורות ועל כן אינה בעייתית. בד בבד קיים גם אפקט תחלופה (substitution effect), ולפיו המבטח יצרוך טיפולים רפואיים שלא היה צורך אותם לו היה מקבל כסף מזומן ישירות מהמבטח (ממש כמו אלמוני לעיל). רק אפקט התחלופה הוא בעייתי בהיבט הרווחה המצרפית, שכן שם מצוי העיוות בהקצאת המשאבים היעילה. כפי שנראה בהמשך, להבחנה בין צריכת-יתר בשל אפקט ההכנסה לזו בשל אפקט התחלופה חשיבות רבה במחקרים האמפיריים המנסים לאמוד סיכון מוסרי.

צריכת-יתר בשל אפקט ההכנסה היא דוגמה אחת מני כמה לכוחו של סיכון מוסרי לגרום דווקא עלייה ברווחה המצרפית. למשל, כאשר השירותים הרפואיים ניתנים בשוק מונופוליסטי, שאז הכמות המוצעת נמוכה מדי, צריכת-יתר של שירותים רפואיים המהווה סיכון מוסרי (אקס פוסט) עשויה להביא דווקא לגידול ברווחה המצרפית משום שהיא מתקנת כשל שוק אחר, זה הנובע משוק מונופוליסטי. כך גם כאשר בגלל מגבלות תקציב, היעדר אינפורמציה או הטיות קוגניטיביות שונות מבוטחים אינם צורכים מספיק שירותים רפואיים, למשל של רפואה מונעת, צריכת-יתר של רפואה מונעת בשל סיכון מוסרי עשויה להביא לעלייה ברווחה המצרפית.

במישור התאורטי פתרון לבעיית הסיכון המוסרי דורש יצירת תמריצים להפסקת הסטייה מהתנהגות אופטימלית בשל קיומו של כיסוי ביטוחי. לפתרון מסוג זה אפשר לגשת בכמה דרכים, אם בדרך המקל – באמצעות ענישה בגין חוסר זהירות או דחיית התביעה כאשר המבוטח התרשל בהקטנת הנזק או רימה באשר לנזקו – ואם בדרך הגזר – בתגמול על זהירות. דרך נוספת היא לקרב עד כמה שאפשר את תמריצי המבוטח לאלה של המבטח, למשל בדרך של הטלת חלק מעלות הנזק על המבוטח. גם עתה נדון תחילה בפתרונות החוזיים ולאחר מכן באלה הדוקטרינריים.

(א) פתרונות חוזיים לבעיית הסיכון המוסרי

פתרון אחד לבעיית הסיכון המוסרי הוא "חיוב חוזי של רמת הזהירות" (contracting on care) בחוזי ביטוח. גישה זו דורשת ממבטחים לבחון מהן הפעולות הנדרשות מהמבוטח כדי להגן על עצמו מפני סיכון שאותו הם עומדים לבטח, כגון התקנת גלאי עשן, ועל סמך המידע הזה לחייב את המבוטחים לנקוט אותם אמצעי זהירות כתנאי לאישור פוליסת הביטוח. גישה זו כרוכה בעלויות למבטח, הן אלה הכרוכות בבירור המידע והן אלה הכרוכות בפיקוח על המבוטחים, בין שמדובר בפיקוח מתמשך או בפיקוח שלאחר מעשה (ראו סעיף 21 לחוק חוזה הביטוח).

אם נשוב לדוגמה שהובאה קודם לכן, כאשר יש באפשרות המבטח לפקח על הנכס, והוא יכול לוודא כי אכן נשכר איש אחזקה שעושה עבודתו נאמנה, הרי שהמבטח יכול לתגמל את המבוטחת ב"גזר" ולהפחית את הפרמיה לסכום גבוה במעט מ-10,000 ש"ח. לחלופין אם לאחר קרות מקרה הביטוח עולה בידי המבטח לגלות כי המבוטחת לא עמדה בהתחייבויותיה על פי הפוליסה ולא שכרה איש אחזקה, המבטח יכול להפעיל את ה"מקל" ולסרב לכסות את הנזק. דוגמה נוספת לחיוב חוזי של רמת הזהירות אפשר למצוא בדרישה הנפוצה של מבטחים בישראל להתקנת אמצעי זהירות אלקטרוניים נגד גנבות כתנאי לביטוח רכב. בישראל המצב המשפטי שונה מעט מבארצות הברית בכך שקשה יותר לבטל פוליסות בשל אי-עמידה בתנאים מתלים מאז שבית המשפט העליון הטיל, בעניין **ישר מנשה**, על המבטח חובה לוודא שהמבוטח מודע כי יוותר ללא ביטוח אם לא יעמוד בתנאים המוקדמים.⁴²

אולם במקרים רבים אין עומדים לרשות המבטח הכלים לפיקוח יעיל אחר המבוטחים, ואין באפשרותו לוודא כי אכן נקטו את אמצעי הזהירות הנדרשים. כמן כן לעתים תכופות אין בידי המבטח הכלים הנדרשים לבירור יעיל של הסיבות שבעטיין התרחש הנזק. מכאן מתעוררת השאלה אם יש בנמצא דרך שבאמצעותה אפשר להשפיע על המבוטח: מחד לרכוש ביטוח כגון ביטוח אש, ומאידך לנקוט אמצעי זהירות מיטביים להגנה על רכשו, ולענייננו – לאחזקה תקינה של הנכס.

מסתבר שקיימות כמה דרכים המשמשות להגנה מפני סיכון מוסרי המוצאות ביטוין במרבית חוזי הביטוח. ראשית, סעיפי ההשתתפות העצמית בפוליסה מחייבים את המבוטח לשאת בסכום מסוים ממידת הנזק או בשיעור מסוים ממנו לאחר קרות מקרה הביטוח, ולמעשה כופים על המבוטח להפנים חלק מעלות הנזק. בכך מתמרצים סעיפי ההשתתפות העצמית התנהגות זהירה אצל מבוטחים. כך גם הגבלת הכיסוי הביטוחי או הגבלת סכומו (קביעת "תקרה") מתמרצים מבוטחים להימנע מהתנהגות מסוכנת ולפעול למזעור הנזק הכולל.⁴³ ככלל ככל שסכומי ההשתתפות העצמית גבוהים יותר, כך הפרמיות נמוכות יותר, ובדומה לכך, ככל שרמת הכיסוי בפוליסה מוגבלת יותר וסכום הכיסוי הביטוחי נמוך יותר, כך נמוכה יותר הפרמיה הנדרשת בגינה. וכרגיל, ככל שהמבוטח נושא בחלק גדול יותר מן הסיכון, כך גדלים תמריציו לנקוט אמצעי זהירות יעילים, אך גם גדלים נזקיו במקרה של אירוע ביטוחי.

כדי להעריך נכונה את האופן שבו סעיפי השתתפות עצמית מתמרצים את המבוטחים, הניחו שוב נכס בשווי מיליון ש"ח החשוף לכיליון בסיכוי של עשרה אחוזים בפוליסה

42 פרשת **ישר**, לעיל הערה 1.

43 ABRAHAM, לעיל הערה 9, בעמ' 15.

הכוללת סעיף השתתפות עצמית של 35 אחוז (מכאן שאם המבוטחת תגיש תביעה נגד חברת הביטוח, היא תישא בעלויות השתתפות עצמית בסך 350,000 ש"ח). הסיכון שאליו חשוף המבטח במקרה זה הוא בסכום של 650,000 ש"ח, ועל כן הפרמיה לבעלת הנכס המבוטח היא 65,000 ש"ח. תוחלת העלות הפרטית, הלא מבוטחת, הצפויה לבעלת הנכס מנזקי אש היא 35,000 ש"ח (ההשתתפות העצמית כפול הסיכוי לנזק שהוא עשרה אחוזים), ולכן העלות הכוללת הצפויה לה (פרמיית ביטוח בתוספת תוחלת העלות הפרטית) היא 100,000 ש"ח.

אבל אם המבוטחת תשכור איש אחזקה, ובכך תפחית את ההסתברות לשרפה לכדי אחוז אחד, תוחלת העלות הפרטית הצפויה לה תפחת ל-3,500 ש"ח – אחוז אחד מההשתתפות העצמית. על זה יש להוסיף את עלות שכרו של איש האחזקה בסך 30,000 ש"ח, ובסך הכול 33,500 ש"ח. הפחתת הסיכון לקרות הנזק עשויה להביא להפחתת שיעור הפרמיה, שכן הסיכוי לשרפה הוא רק אחוז אחד, ומכאן שהפרמיה צריכה להיות 6,500 ש"ח בלבד. הפרמיה הנמוכה מביאה את העלות הכוללת הצפויה למבוטחת לסך של 40,000 ש"ח בלבד⁴⁴. מכאן, שעל סמך סעיף ההשתתפות העצמית, למבוטחת תמריץ כספי לשכור איש אחזקה ובכך להפחית את העלות הפרטית שלה אך גם את הסיכון לקרות הנזק. התחכום שבמנגנון ההשתתפות העצמית הוא שהמבוטחת, מונעת משיקולי טובתה האישית, החליטה לשכור איש אחזקה, אך בכך הביאה לתוצאה היעילה חברתית. בדרך זו סעיף השתתפות עצמית המנוסח היטב עשוי להביא לפתרון בעיית סיכון מוסרי לתועלת הרווחה החברתית המצרפית.

נציין כי קיימים אופנים שונים לחלוקת הסיכונים בין הצדדים. השתתפות עצמית בסכום קבוע היא סכום נקוב שקלית שהמבוטח נושא בו, למשל 2,000 ש"ח לביטוח רכב או 30 ש"ח לביקור אצל רופא. ההשתתפות העצמית יוצרת תמריצים למבוטח להימנע מתביעות בסכומים נמוכים שהיו מכבידות מאוד על המערכת הביטוחית. לתמריצים אלה חשיבות יתרה, שכן באופן יחסי עלות הטיפול בתביעות בסכומים נמוכים גבוהה במיוחד, והכללתן במערכת הביטוחית הייתה יכולה לגרום שחלקים נכבדים מהפרמיות הנגבות היו מנותבים

44 מעניין שגם אם המבטח יחייב את בעלת הבית בפרמיה של 65,000 ש"ח, נניח מכיוון שאינו יכול לוודא שאכן נשכר איש אחזקה, העלויות הכוללות הצפויות למבטח הן 98,500 ש"ח בלבד, עלות שהיא נמוכה מ-100,000, שהיא העלות שבה הייתה המבוטחת צריכה לשאת אילולא הייתה שוכרת איש אחזקה. לכן מבוטחת רציונלית תשכור איש אחזקה. מבטח רציונלי צופה זאת, ולכן יכול לחייב את המבוטחת בעלות של 6,500 ש"ח בלבד, עלות שמשקפת את העובדה שהסיכון בפועל עומד על אחוז אחד בלבד. נציין כי גם אם המבוטח מצליח להוליך שולל את המבטח כאילו הוא מעסיק איש אחזקה, אך בפועל אין הדבר כך, ועל כן מחויב בפרמיה של 6,500 ש"ח בלבד, עדיין ישתלם למבוטח לשכור איש אחזקה. ללא איש אחזקה תהיינה העלויות 41,500 ש"ח, ואילו עם איש האחזקה הן תהיינה רק 40,000 ש"ח.

לטובת כיסוי אותן עלויות. סעיפי השתתפות עצמית בשיעור קבוע קובעים אחוז נקוב משיעור הנזק שבו נושא המבוטח, למשל 35 אחוז מסכום התביעה, ומשמישים כלי להפחתת ההתנהגות האסטרטגית של מבוטחים בתביעות בסכומים בינוניים, כיוון שסכום הנזק שעל מהמבוטח לשאת בו נגזר מסכום התביעה ועולה לפי שיעורה. לבסוף הגבלת הכיסוי הביטוחי או סכומו (קביעת "תקרה") משמשת להפחתת התנהגות אסטרטגית בתביעות בסכומים גדולים בהטילה על המבוטח כל סכום שמעל סכום הכיסוי הביטוחי.

דרך נוספת שבה מבטח יכול להגן על עצמו מפני סיכון מוסרי של המבוטח בלא להידרש לאמצעי פיקוח על המבוטחים עניינה תמחור הפרמיה למבוטחים לאור ההיסטוריה הביטוחית שלהם באשר לאותו סיכון שעליהם לבטח (experience rating).⁴⁵ במילים אחרות, המבטחים יגבו פרמיה גבוהה יותר ממבוטחים שההיסטוריה הביטוחית שלהם מלמדת כי היו להם בעבר תביעות בשיעורי נזק גבוהים. בכך מתמרצים המבוטחים להשקיע במזעור נזקיהם (ובה בעת נמנע סבסוד של מבוטחים בסיכון גבוה על ידי המבוטחים בסיכון נמוך). שאלה מעניינת היא באילו מצבים ייעשה שימוש בתמחור תלוי-היסטוריה-ביטוחית כדי להתגונן מפני סיכון מוסרי, ובאילו מצבים ישמשו סעיפי השתתפות עצמית כדי לעשות כן. השימוש בתמחור תלוי-היסטוריה-ביטוחית נפוץ יותר בביטוחי צד שלישי ואינו נפוץ בביטוחי צד ראשון, ואילו השתתפות עצמית נפוצה יותר בביטוח צד ראשון ואינם נפוצה בביטוח צד שלישי. הסיבה לכך מורכבת משניים – ראשית, השתתפות עצמית מפחיתה את העלות האדמיניסטרטיבית הכרוכה בטיפול בתביעות בסכום נמוך, הנפוצות יותר בביטוח צד ראשון; שנית, תמחור תלוי-היסטוריה-ביטוחית יעיל יותר בכל האמור בשחקנים חוזרים, הנפוצים יותר בתביעות חבות צד שלישי.⁴⁶

עם זאת נציין כי תמחור תלוי-היסטוריה-ביטוחית, נפוץ מאוד בביטוח רכב שרכיב ביטוח הצד הראשון בו הוא ניכר (הכוונה לביטוח מרכיב הרכוש בלבד, שהרי בישראל ביטוח נזקי גוף הוא חובה מכוון פקודת רכב מנועי [נוסח חדש], תש"ל-1970, ואינו תלוי אשם). לעומת זאת בביטוח רשלנות רפואית, שהוא ביטוח צד שלישי, אין נעשה בדרך כלל שימוש בתמחור תלוי-היסטוריה-ביטוחית. ההסבר לכך טמון בעובדה כי תאונות דרכים הן נפוצות מאוד, ובמקרים רבים קל לקבוע את האשם בהן, למשל הנהג שלא שמר מרחק

45 ABRAHAM, לעיל הערה 9, בעמ' 15.

46 פטרישיה דנוון טוענת כי ביטוחי חבות נעדרים סעיפי השתתפות עצמית בגלל הבעיה של סיכון מוסרי הפוך, שתידון בהמשך. המבוטח חשוף לבעיית סיכון מוסרי הפוך של המבטח העלול שלא להשקיע מספיק בהגנת המבוטח מפני תביעות צדדים שלישיים. היעדר סעיפי השתתפות עצמית מביא להפנמה מלאה של עלות הכיסוי על ידי המבוטח וגורמים לו להשקיע בצורה אופטימלית בהגנת המבוטח. P. Danzon, *Liability and liability insurance for medical malpractice*, JOURNAL OF HEALTH ECONOMICS 4, 331-309 (1985).

מהרכב שלפניו או שעבר ברמזור אדום, וכן משום שמדובר בשחקנים חוזרים. לעומת זאת רשלנות רפואית אינה נפוצה במידה שתאפשר הערכת רכיבי הסיכון אצל הרופאים. כמו כן בכל האמור בתביעות רשלנות רפואית רווחת האמונה שחלק ניכר מהקביעות המשפטיות אינן מבוססות דיין או שהן מבוססות על אינפורמציה חסרה, ושהמערכת המשפטית חסרה את הכלים לקבוע נכונה את אשמתם של הרופאים.

דרך נוספת העומדת לרשות המבטח לפעול לשיכוך בעיית הסיכון המוסרי היא הגבלת סוגי האירועים שבעטיים יהיה מוכן לפצות את המבוטח. החרגות אלה יחולו בדרך כלל בכל האמור בהתנהגות בסיכון גבוה כגון החרגת סיכונים מצניחה חופשית, ובביטוח חבות – החרגה של חבות בשל עוולות מכוונות כגון תקיפה.⁴⁷ עצם קיום אותן החרגות בפוליסות מביא את המבוטח לעשות כל שביכולתו כדי להימנע מאותה התנהגות "אסורה", המוחרגת בפוליסה.⁴⁸

כזכור, נוסף על הסיכון המוסרי אקס אנטה קיים גם סיכון מוסרי אקס פוסט, קרי לאחר קרות מקרה הביטוח. הסכנה היא כי בחוזי שיפוי, משהתרחש סיכון המכוסה על ידי הביטוח לא ינקוט המבוטח אמצעים מספיקים למזעור עלות הנזק הכרוכה בהתממשות סיכון, או שיגיש תביעה בגין פיצויים מוגזמים, בעיקר בגין נזקים לא ממוניים, עד כדי תרמית. כאן העברת חלק מהסיכון אל המבוטח (למשל בדרך של נשיאה בנטל ההשתתפות עצמית) לא תעזור מכיוון שהאירוע כבר התרחש ונטל ההשתתפות העצמית הוא עובדה מוגמרת, ובשפה הכלכלית – עלות שקועה (sunk cost). למעשה קיים חשש כי ככל ששיעור ההשתתפות העצמית גדול יותר, כך יגדל התמריץ למבוטח להגזים בתביעת הפיצויים כדי להחזיר לעצמו את סכום ההשתתפות העצמית.⁴⁹

חברות הביטוח מחמודדות עם בעיה זו בכמה אופנים: ראשית, חברות הביטוח מסרבות בדרך כלל לבטח (בוודאי בחוזי שיפוי) נזקים לא ממוניים אשר הוכחה אובייקטיבית של

47 Rea A. Samuel, *Insurance Law*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 346 (1998).

48 כפי שנראה בהמשך, מסיבה זו ראוי כי בתי המשפט יימנעו מביטול גורף של סעיפי החרגה בפוליסות הביטוח וייתנו את הדעת על התכליות שהביאו להחלתן של אותן החרגות בפוליסות הביטוח.

49 ראו מאמרם של Gagné ו-Dionne שבו מצאו המחברים כי בשוק ביטוחי הרכב ככל ששיעור השתתפות עצמית גדול יותר, כך גדל גם הנזק המדווח, במיוחד בתאונות שבהן אין מעורב כלי רכב אחר, קרי בתאונות שבהן אין עדים נוספים לתאונה. G. Dionne, R. Gagné, *Deductible Contracts Against Fraudulent Claims: Evidence From Automobile Insurance*, THE REVIEW OF ECONOMICS STATISTICS VI 83(2), 290-310 (2001).

שיעורם קשה עד בלתי אפשרית.⁵⁰ שנית, חברות הביטוח בודקות תביעות אשר בשל מאפיינים שונים חשודות בסיכון מוסרי אקס פוסט. בתביעות חשודות יערבו חברות הביטוח חוקרים פרטיים, שמאים ורופאים מטעמם. אך מכיוון שהבדיקות הללו יקרות, קשה לחברת הביטוח להתחייב שאכן תבדוק כל תביעה, ואפילו היא חשודה. לכן במקרים רבים דווקא בדיקה אקראית של תביעות מרתיעה יותר מבדיקה לא אקראית.⁵¹ עם זאת, במקרים רבים מוגשות תביעות שאף כי הן חסרות מאפיינים חיצוניים הידועים כבעלי קורלציה גבוהה עם תביעות שווא, בכל זאת הן תובענות שווא. במצבים כאלו בדיקה לאחר קרות מקרה הביטוח עלולה להיות לא יעילה. כדי להתמודד עם מצבים מסוג זה נדרשות חברות הביטוח לעצב את החוזה לפני קרות מקרה הביטוח כדי שיקטנו התמריצים לסיכון מוסרי אקס פוסט. דרך פשוטה לעשות זאת היא כריתת חוזים המספקים כיסוי שערכו נקוב בחוזה, ולא חוזי שיפוי המשפיעים את המבוטח לפי שיעור נזקו. מדינות רבות, ובכללן ישראל, מתירות סוג כזה של פוליסות רכוש או תאונות, המטיל על המבטח תשלום כפי הסכום הנקוב בפוליסה בלא קשר לערך הממשי של הנזק שנגרם לנכס המבוטח.⁵² במקרה שהנכס המבוטח נחרב לחלוטין, המבטח אינו יכול להתנער מהפוליסה ולקבוע את הערך הממשי של הנכס אלא עליו לשלם את מלוא הסכום הנקוב בפוליסה. העיקרון העומד מאחורי חובת תשלום מלוא הסכום הנקוב בפוליסה הוא מחד "יזוהר המוכר" "caveat venditor", קרי על המבטחים לוודא, בשלב המשא והמתן, שהנכס מוערך נכונה. מאידך הוא מונע מהמבוטחים להציג מצג שווא באשר לסכום הנזק. פוליסות ביטוח בסכום נקוב מספקות ודאות לשני הצדדים ומפחיתות עלויות הכרוכות בבירור נסיבות המקרה, לאחר התרחשותו. ביטוח של תכשיטים הוא דוגמה שכיחה לכיסוי בסכום נקוב.

50 קיים בספרות ויכוח אם היעדר ביטוח לנזקים לא ממוניים נובע מהיעדר ביקוש או בשל היעדר היצע הנובע מכשלי שוק, כגון סיכון מוסרי אקס פוסט, הפוגעים באפשרות להציע ביטוח מעין זה. ראו: Steven P. Croley, Jon D. Hanson, *The Non-Pecuniary Costs of Accidents: Pain- and-Suffering Damages in Tort Law*, 108 HARV. L. REV. 1785 (1995); George L. Priest, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 YALE L.J. 1521, 1546-1547, 1553 (1987); Ronen Avraham, *Should Pain-And-Suffering Damages Be Abolished from Tort Law?: More Experimental Evidence*, 55 U. TORONTO L.J. 941 (2005).

51 D. Mookherjee, I. Png, *Optimal Auditing, Insurance and Redistribution*, 104 Q.J. ECON. 399 (1989) מובן שהסתמכות על צדדים שלישיים מיד גוררת בעיות של מרמה וקשירת קשר בין אותם צדדים שלישיים והמבוטח. ראו Inga Algar, Albert Ma, *Moral Hazard, Insurance and Some Collusion*, JOURNAL OF ECONOMIC BEHAVIOR AND ORGANIZATION 50, 247-225 (2003). ראו ולר, לעיל הערה 13, בעמ' 286-295.

52 ראו סעיפים 54 ו-56(ד) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981.

אכן פוליסות בסכום נקוב מפחיתות את התמריצים לסיכון מוסרי (אקס פוסט), אך הן עלולות לשפות בחסר את המבוטח שונא-הסיכון ובכך לגרום להפסד חברתי. חברות הביטוח יכולות אפוא להציע חוזה שיהיה חלופת אמצע בין חוזה שיפוי, המפצה את המבוטח לגמרי אך גורם לתמריצים לסיכון מוסרי אקס פוסט, וחוזה בסכום נקוב, שבהם תמריצים כאלה אינם קיימים אך המבוטח עלול למצוא את עצמו מפוצה בחסר. חוזה שהוא חלופת אמצע יפצה לפי שיעור הנזק (אם כי רק באופן חלקי) אך במחיר של גרימת תמריצים (אם כי חלשים יותר) לסיכון מוסרי אקס פוסט. דוגמה לכך היא חוזה המפצה בחסר נזקים שבהם מצגי שווא קלים יחסית, כגון כאבים בגב ללא סימנים קליניים, ומפצה ביתר סוגי הנזקים שבהם מצגי שווא קשים ביותר.⁵³

(ב) פתרונות דוקטרינריים לבעיית הסיכון המוסרי

סיכון מוסרי אקס אנטה יתגשם במלוא עצמתו כאשר לצד המבוטח אין עניין אישי או כלכלי בהמשכותו של הנכס או בחייו ובריאותו של האדם המבוטחים בפוליסה. בעיה זאת ניתנת למניעה באופן פשוט יחסית באמצעות הדרישה כי למבוטח יהיו זיקת ביטוח או אינטרס ביטוחי באובייקט המבוטח.

אינטרס ביטוחי מתקיים כאשר יש יסוד סביר להניח כי למוטב עניין אמיתי בהמשך קיומו של מושא הביטוח. למשל, לכל אדם אינטרס ביטוחי בחייו וברכוש הנמצא בבעלותו או באחריותו. לבנק יש אינטרס ביטוחי באשר לרכוש המשועבד לטובתו עד סכום ההלוואה, ובביטוח חיים אינטרס ביטוחי מתקיים כאשר המוטב תלוי כלכלית או רגשית במבוטח. מדינות רבות בארצות הברית חוקקו במפורש את הדרישה לקיומו של אינטרס ביטוחי,⁵⁴ ואילו בישראל הדרישה לאינטרס ביטוחי נעדרת אזכור מפורש בלשון חוק חוזה הביטוח אם כי בפועל היה לבתי המשפט בישראל חלק בעיצוב פרקטיקה זו בסרבת למשל לאכוף חוזי ביטוח שנעדרו אינטרס כלשהו באובייקט המבוטח.⁵⁵ דוגמה בולטת לכך אפשר לראות

53 K. Crocker, J. Morgan, *Is Honesty the Best Policy? Curtailing Insurance Fraud through Optimal Incentive Contracts*, 106 J. PUB ECON. 355 (1988); See Alan O. Sykes, "Bad Faith" Breach of Contract by First-Party Insurers, 25 J. LEGAL STUD. 405 (1996); K. Crocker, S. Tennyson, *Insurance Fraud and Optimal claims Settlement Strategies*, JLEO 55, 507-469 (2002).

54 Section 10110 of Insurance Code, St.1935, p. 636. See 44 C.J.S. Insurance §359.

55 סעיף 55(א) לחוק חוזה הביטוח מבסס את העיקרון בקבעו כי השיפוי הוא בעד הנזק שנגרם למבוטח או למוטב, ובכך מבסס זיקה כלכלית בין התובע לנכס המבוטח. א' ידין חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-136 1981 (תשמ"ד). כמו כן סעיפים 58 ו-59 מונעים ביטוח-יתר וכפל, ובכך מטפלים ישירות בבעיות שהיו עלולות להתעורר מהיעדר דרישה מפורשת בחוק

בסירוב בתי המשפט לאכוף פוליסות ביטוח חיים שזכו לכינוי "פוליסות רצח". אלה הן פוליסות ביטוח חיים שלמוטבים בהן היו תמריצים הלכה למעשה לרצוח את המבוטחים. בתי המשפט ביטלו פוליסות כאלה בניסיון לבער את התמריץ הפלילי הטמון באותן פוליסות. בנוסף, בתי המשפט הראו נכונות להכיר בתביעות לגרם מוות ברשלנות שהגישו משפחות קרבנות נגד אותם מבטחים שהפוליסות שהנפיקו תמרצו את הרוצחים/מוטבים. עם זאת ברי כי יש להימנע מביטול מופרז של פוליסות ביטוח הנעדרות רק לכאורה אינטרס ביטוחי. ואכן, בתי המשפט הכירו בצורות שונות של אינטרס ביטוחי, ובהן כשקיים אינטרס שבדין או ביושר בנכס המבוטח, זכות חוזית לקבלת הנכס, אחריות משפטית לנכס ואף כשקיימת צפיות עובדתית לקבלת הנכס או לקבלת רווח כספי ממנו. נבחן בקצרה צורות אלו אחת לאחת.

הנפוצים ביותר מבין האינטרסים הביטוחיים הם האינטרס שבדין או האינטרס שביושר בנכס המבוטח. למשל, לבעלת בית יש אינטרס ביטוחי באשר לבית שבבעלותה. לעומת זאת דוקטרינת הציפיות העובדתית מבהירה שזכות בעלות בנכס אינה תנאי הכרחי לקיומו של אינטרס ביטוחי, וכי כשקיימת ציפייה סבירה של מבוטחת לרווח או תמריץ כספי אחר בנכס המבוטח, הרי שלמבוטחת אינטרס ביטוחי באותו הנכס. זכות חוזית בנכס יכולה גם היא ליצור אינטרס ביטוחי. הדוקטרינה הזו מאפשרת לנושים מובטחים, כגון בנקים למשכנתאות, לדרוש את ביטוח הנכס להבטחת פירעון החוב. והאחרונה, אחריות משפטית, מייצרת אף היא אינטרס ביטוחי. מבוטח שנושא באחריות משפטית באשר להרס נכס מסוים יהא בעל אינטרס ביטוחי בו גם אם הוא נעדר כל זכויות קניין באשר לאותו נכס. עוצמת האינטרס הביטוחי של המבוטח נקבעת לפי מידת האחריות המשפטית שבה נושא המבוטח, וזהה לה. החוט המקשר בין כל סוגי האינטרס הביטוחי הוא קיומו של אינטרס כספי סביר וישיר באובייקט המבוטח. אינטרס ספקולטיבי בלבד אינו מספק.⁵⁶

עם זאת ביטוח חיים הוא חריג בכל האמור לכינון האינטרס הביטוחי, שכן בביטוח חיים אין אינטרס כספי באובייקט המבוטח. האינטרס הכספי מוחלף באינטרס רגשי עמוק בין המבוטח למוטב, הנחשב אף הוא אינטרס ביטוחי.⁵⁷

56 לאינטרס ביטוחי. סעיף 41 לחוק חוזה הביטוח מחייב הסכמה בכתב של אדם שחייו מבוטחים על ידי אחר ובכך מונע רכישת פוליסת ביטוח חיים ללא הסכמת המבוטח. *Gossett v. Farmers Ins. Co. of Washington*, 133 Wash.2d 954, 970-71 (Wash. 1997).

57 אמנם למוטב בפוליסת ביטוח חיים בדרך כלל יש אינטרס כלכלי בחייו של המבוטח, בעיקר אם למוטב יש אינטרס בהמשך חיי המבוטח לצורך ההכנסות הקבועות שזה מייצר, אך דרישה זו אינה הכרחית. אין מניעה לרכוש ביטוח חיים לטובת מי מיקיריך גם אם המוטב חסר כל ציפייה לרווח כלכלי מהמשך חיי המבוטח.

כאמור, הדרישה לקיומו של אינטרס ביטוחי בנכס המבוטחת מונעת שימוש לרעה במנגנון הביטוח, שכן אלמלא דרישה זו היה אפשר להשתמש בביטוח לשם יצירת מצבי סיכון במקום לשם העברת הסיכון.

עיקרון נוסף הקשור בדרישה לאינטרס ביטוחי הוא עקרון השיפוי, שבא אף הוא להגן מפני הסיכון המוסרי, והוא מאפיין את רוב חוזי הביטוח, בעיקר בביטוח צד ראשון. לפי עקרון השיפוי, מבוטח יקבל פיצוי רק לפי שיעור הנזק המבוטח שנגרם לו הלכה למעשה, ולא מעבר לכך. חוזים אלו קרויים "חוזי שיפוי"⁵⁸. עקרון השיפוי משכך את תמריץ המבוטחת לרכוש כיסוי ביטוחי גבוה יתר על המידה, ואז לגרום נזק לרכושה, כאשר סכום הכיסוי הביטוחי עולה על ערך הנכס המבוטח.⁵⁹

עקרון השיפוי אמנם מאפיין את רוב חוזי הביטוח, אך אינו חל בביטוחי חיים, וחל רק באופן חלקי בביטוח תאונות דרכים או נכות. זאת בשל הצורך באומדן הכרוך ביישום עקרון השיפוי, שכן בתי המשפט נמנעים מלהידרש לאומדן שווי חיי אדם, איבריו או נכותו. למשל, בכל האמור בביטוח חיים בלתי אפשרי לקבוע אם סכום הפוליסה (בגבולות הגיוניים) עולה על ערך חיי המבוטח אם לאו. עם זאת כשמדובר בביטוח חיים שמטרת רכישתו היא כלכלית בלבד, כמו לדוגמה ביטוח חיים לחייב שנועד לשמש להבטחת פירעון חובו, הזיקה הביטוחית תוגבל לסכום האינטרס הכלכלי, קרי לפי סכום החוב.

מעקרון השיפוי נגזרים שני איסורים מרכזיים בדיני הביטוח: האיסור על ביטוח-יתר והאיסור על ביטוח-חסר. רמות לא נכונות של ביטוח-יתר עלולות להביא לריבוי מצבי סיכון מוסרי, שכן הן מתמרצות התנהגות לא זהירה, כזו שיכולה לטמון בחובה רווחים מלבד הנזק המכוסה בעקבות החזרי הביטוח (וכפי שצינינו לעיל פוליסות בסכום נקוב יכולות לסייע למזער בעיה זו אם הסכום הנקבע בהן מדויק יחסית). מעניין לציין כי ביטוח-יתר איננו מתעורר רק בשל התנהגות אסטרטגית של המבוטח. לעתים דווקא למבטחים יש תמריצים למכור כיסוי-יתר, ובכך לגבות פרמיות גבוהות יותר, בידעם שעקרון השיפוי ימנע מבתי המשפט לחייבם לשלם את הערך המלא של הפוליסה. אכן, מדינות רבות בארצות הברית

58 ראו סעיף 56(א) לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981.

59 אולם יש להבין נכונה את משמעות הביטוי "ערך", שבדרך כלל משקף עלות חילוף ולא ערך כספי ממשי. למשל, רוב המוצרים מאבדים מערכם הכספי לאחר שימוש בהם, ומכאן שערכם הכספי לאחר השימוש נמוך מהערך הכספי שבו נקנו. הביטוח יספק את עלות החילוף, הגבוהה יותר מהערך הכספי, רק בתנאי שהסיכון המוסרי איננו גבוה מדי. השאלה אם "ערך" הוא ערך כספי או ערך חילוף היא שאלה שהצדדים יכולים להתנות עליה בפוליסה. למשל, פוליסות ביטוח נכסים רבות מספקות עלות חילוף בהתרחש אירוע המכלה לחלוטין את הנכס. הסיכון המוסרי שנוצר כאשר הערך הכספי הממשי של הנכס נמוך בהרבה מערך החילוף ניתן לשיכון כאשר ערך החילוף ישולם רק בתנאי שישימש הלכה למעשה לרכישת נכס חלופי. למשל ראו Rhodes v. Farmers Ins. Co., 86 S.W.3d 401, 401 (Ark. App. 2002).

אסרו מפורשות על ביטוח-יתר, ובכך הפחיתו את ההתנהגות האסטרטגית מצד שני הצדדים.⁶⁰

ביטוח-חסר יוצר תמריצים שליליים אחרים אך בעייתיים לא פחות. בביטוח אש וביטוח נכסים למשל הפסדים בשיעור נמוך נפוצים הרבה יותר מהפסדים בשיעור גבוה. ועדיין מחירי הפוליסות נקבעים באופן לינארי, ועולים ביחס ישר ככל שסכום הכיסוי הביטוחי בפוליסה גבוה יותר. למשל, רכיב פרמיית הסיכון ברכישת כיסוי ביטוחי בסך 500,000 ש"ח עולה כמחצית מעלות פרמיית הסיכון ברכישת כיסוי של 1,000,000 ש"ח (מן הסתם, העלויות האדמיניסטרטיביות הכרוכות בהנפקת הפוליסות עשויות להיות זהות). הסיכוי הגבוה יותר שהנזק שייגרם לנכס יהיה חלקי בלבד יוצר תמריץ חזק לרכוש כיסוי ביטוחי בסכום של 500,000 ש"ח בלבד, מתוך הנחה שהכיסוי מספיק לרוב הנזקים שסביר ביותר שיתרחשו. התמריץ הזה עלול ליצור עיוותים בשוק הביטוח בגרעו ממנו את הכיסוי להפסדים הגדולים, אשר בשוק יעיל ראוי שיבוטחו.

את תמריצי המבוטחים לבטח עצמם בחסר אפשר למתן באמצעות תמחור הפרמיה באופן שתובא בחשבון גם ההסתברות הנמוכה יותר לנזק הגבוה, קרי תמחור לא-לינארי. בארצות הברית אומץ פתרון שונה, המנוסח בפוליסה כסעיף נלווה לסעיף ההשתתפות העצמית, ולפיו מוגבל הכיסוי הביטוחי באופן שייגזר לפי היחס בין סכום הביטוח ושווי הנכס המבוטח. למשל, אם מבוטחת רוכשת כיסוי ביטוחי בסכום שהוא רק חלק קטן מערכו הממשי של הנכס, היא תידרש להשתתפות עצמית גבוהה יותר יחסית. לעומת זאת אם תרכוש המבוטחת כיסוי ביטוחי בסכום התואם לערך הממשי של הנכס, היא תידרש להשתתפות עצמית יחסית נמוכה, או שלא תידרש לה כלל. לדוגמה, פוליסת ביטוח נכס יכולה להכיל סעיף הקובע כי בהתרחש מקרה ביטוחי, אם סכום הכיסוי הביטוחי שנרכש נמוך משמונים אחוז מערך חילוף הנכס, ישלם המבוטח רק את החלק היחסי של סכום הנזק לפי היחס של סכום הכיסוי הביטוחי שנרכש לשמונים אחוז מערך חילוף הנכס.⁶¹ לאור סעיף כזה, אם שווי הבית הוא 1,000,000 ש"ח וסכום הכיסוי הביטוחי הוא רק 600,000 ש"ח, יישא המבוטח רק ב-75 אחוז מסכום התביעה (שכן 600,000 חלקי 800,000 הם 75 אחוז). מכאן שאם אירע נזק של 400,000 ש"ח ושיעור ההשתתפות העצמית בחוזה הוא 10,000 ש"ח, יקבל המבוטח רק 290,000 ש"ח מחברת הביטוח, מה שאומר ששיעור

60 בחוק חוזה הביטוח מוסדר העניין בסעיפים 58, 59 ו-67. וראו רע"א 3948/97 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נה(3) 769 (2001) (כפל ביטוח בביטוח רכוש); ע"א 5464/00 פרץ ג.ג. מהנדסים בע"מ נ' קינן, פ"ד נז(4) 481 (2002) (כפל ביטוח בביטוח אחריות). וכן ראו דוד חשין "ביטוח כפל יתר: סעיף 59 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 משפטים יב 364 (תשמ"ב).

61 ראו Kenneth S. Abraham, Insurance Law and Regulation 272 (5th ed., 2010).

ההשתתפות העצמית בפועל הוא 110,000 ש"ח, גדול בהרבה ממה שנראה במבט ראשון. לעומת זאת אם המבוטחת רוכשת כיסוי ביטוחי בסכום שעולה על 80 אחוז מערך הבית, יישא המבטח בתשלום 100 אחוז מסכום הנזק (שכן 800,000 חלקי 800,000 הם 100 אחוז), ובדוגמה דלעיל ישלם 390,000 ש"ח. כך מתמרצים סעיפי ההשתתפות העצמית את המבוטחים לרכוש כיסוי ביטוחי בסכום קרוב למלוא שווי הנכס שלהם.⁶² בישראל סעיף 60 לחוק חוזה הביטוח קובע הסדר פשוט יותר, ולפיו תפחת חבות המבטח בשיעור היחס שבין סכום הביטוח לבין שווי הנכס. המשמעות היא כי לעומת ארצות הברית, שבה מבוטח שביטח בחסר את נכסיו בשיעור העולה על 80%, למשל 90%, יקבל את מלוא נזקו החלקי, בישראל הוא יקבל 90% מנזקו החלקי בלבד.

עיקרון שני הנובע מדוקטרינת השיפוי הוא עקרון התחלוף (סוברוגציה), המתיר למבטח בביטוח הצד הראשון, לאחר ששילם למבוטח את הפיצוי בגין נזקו, להיכנס לנעלי המבוטח ולהשתמש בזכויות המבוטח או המבוטחת נגד אותם המעוולים שגרמו לנזק (סעיף 62 לחוק). הניחו לדוגמה שצינור מים מתפוצץ בסמוך לביתה של מבוטחת, וכי המבוטחת תובעת את המבטח שלה בגין הנזק. אם המבטח משלם את הפיצוי שתבעה המבוטחת, עומדת לו זכות התחלוף, וזכויותיה המשפטיות של המבוטחת מועברות לו והוא יכול לפעול למיציין. אשר על כן אם פיצוץ הצינור נבע מעוולה, למבטח זכות חוקית לפעול נגד המעוול.⁶³ עקרון התחלוף מסייע לשמור על רמה נמוכה של מחירי הפרמיות בשני אופנים: מחד הוא מאפשר למבטחים להיפרע מהמעוולים ולהשיב לעצמם חלק מהוצאותיהם, ומאידך הוא מפחית את הסיכון המוסרי של המבוטח במנעו בעיית פיצוי כפול שהייתה עלולה להיווצר אלמלא כללה פוליסת הביטוח סעיף תחלוף (שכן המבוטח היה עלול לקבל כספים מחברת הביטוח וגם פיצויים מהמעוול, בעבור אותו הנזק).

מדוקטרינת התחלוף נובעת הטענה שיש לאסור על מבוטח להתפשר בתביעה שעניינה נזק שנגרם לו או חבות שהוא נושא בה, ואשר יש לו כיסוי ביטוחי בגינם ללא הסכמת המבטח (ראו סעיף 62(ג) לחוק). קחו לדוגמה מבוטחת שנפגעה על ידי מעוול בתאונת דרכים שיש ברשותה פוליסת ביטוח בריאות. המבטח, בשל זכות התחלוף שלו, זכאי להחזרים בגין ההוצאות הרפואיות שבהן נשא. מכאן שלמבוטחת תמריץ חזק להביא לידי

62 שם. ישנן חברות ביטוח שאינן קובעות את שיעור הפרמיה בדרך לינארית כפי שתוארה לעיל, אלא נוקטות שיטות תמחור מורכבות יותר, אשר מאפשרות להן להימנע מסעיפי השתתפות עצמית מסובכים כגון זה המתואר למעלה. עוד ב-1981 טענו מלומדים כי עקרון ההשתתפות העצמית הופך מיושן. ראו Michael L. Smith, David L. Bickelhaupt, *Is Coinsurance Becoming Obsolete?*, 48 J. RISK INS. 95 (1981).

63 ראו State Farm Fire & Cas. Co. v. E. Bay Mun. Util. Dist., 53 Cal. App. 4th 769, 771-73 (1st Dist. 1997).

כך שהסכם הפשרה לא יכיל רכיב פיצוי בגין הוצאות רפואיות, שכן בקיום הסכם כזה עלויות ההוצאות הרפואיות של המבוטחת תשולמנה על ידי המבטח, ואילו את מלוא הסכום הנקוב בהסכם הפשרה תוכל המבוטחת להשאיר בידיה. בעשותה כן המבוטחת עלולה להיות מפוצה ביתר, והדבר יביא לידי ייקור פרמיות שלא לצורך ואף עלול לגרום לכך שהמבוטחת לא תנקוט מלכתחילה אמצעי זהירות הולמים, דבר שיביא לעלייה נוספת בפרמיות. בין כך ובין כך יביא הדבר להחצנת עלויות של המבוטחת על המאגר הביטוחי כולו. מסיבה זו ייתכן שיהא יעיל לאפשר למבטחים המספקים ביטוחי צד ראשון שליטה מסוימת בכל האמור בהסכמי פשרה, תוכנם או רכיביהם. ואמנם בפרקטיקה בדרך כלל מחולקים בהסכמה כספי הפיצויים או הפשרה בין התובעת, עורך דינה והמבטח שלה.⁶⁴ תמריצים שליליים דומים קיימים גם בביטוח חבות צד שלישי. שם המעוולת המחזיקה בביטוח חבות יודעת כי המבטח יישא בכל תשלום שיוטל עליה בגין חבות שהיא נושאת בה, ועל כן תרצה להימנע מהנטל הכרוך בהליכי משפטיים, כגון הפגיעה האפשרית במוניטין. כדי לעשות כן המבוטחת יכולה להסכים מראש לפשרה לפי סכום הכיסוי הביטוחי המרבי הקבוע בפוליסה גם אם שיעור הנזק שנגרם בפועל נמוך מסכום זה. התנהגות כזו גם היא מחצינה עלויות למאגר הביטוח ופוגעת ביעילות שוק הביטוח. כדי למנוע ממבטחים להתפשר ללא צורך, או באופן כללי יותר להימנע מלהשקיע בהגנה משפטית ראויה בתביעה נגדם, מטילות פוליסות ביטוח חבות על המבטח את החובה לשאת בהוצאות ההגנה על המבוטח מפני תביעות משפטיות (ראו סעיף 66 לחוק). ההיגיון הוא שבמקרים כאלה יהיה יעיל להתיר למבטחים לפעול בשם המבוטחת משום המשאבים העומדים לרשותם ומשום התמריצים החזקים שאמורים להיות להם ככל שמדובר בתביעות בסכומים גדולים, שלא לשלם לקרבן המבוטחת מעבר למה שמגיע. ואולם, במצב דברים זה מתעוררת בעיה חדשה – כעת המבטחת היא שלוחה של המבוטח, ומתעורר חשש לבעיית הסיכון המוסרי ההפוך, בעיה שתידון בהמשך.

כפי שהוזכר לעיל, קיימת גם סכנה של סיכון מוסרי אקס פוסט שלפיה המבוטח נמנע מלהקטין את הנזק או מפריז בערך הנזק כדי להוציא כספים שלא כדין מהמבטחת. ראינו כי לרשות חברות הביטוח עומדים כמה כלים חוזיים להתמודד עם בעיה זו, ואחת מהם היא פוליסה בסכום נקוב. כזכור, פוליסות אלו שכיחות בסוגי ביטוח שבהם עקרון השיפוי אינו חל בהכרח כגון בביטוחי חיים ובביטוחי מחלה, תאונה או נכות. משעה שלא חל עקרון השיפוי ממילא נופלת ההצדקה לתחולתו של עקרון התחלוף. אכן, המחוקק הישראלי (סעיף 54 לחוק) הבחין בין ביטוח שבו חייב המבטח לשלם תגמולי ביטוח לפי שיעור מוסכם

Tom Baker, *Blood Money, New Money and The Moral Economy of Tort Law in Action*, 64 35 LAW & SOC. REV. 275, 308-304 (2001).

מראש (שאו לא חל עקרון התחלוף) לביטוח שבו חייב המבטח לשלם תגמולי ביטוח לפי שיעור הנזק שנגרם (שאו חל עקרון התחלוף).

בתי המשפט מתמודדים עם בעיית הסיכון המוסרי אקס פוסט באופן דומה לדרך טיפולם במסירת מידע לא נכון טרם כריתת חוזה הביטוח. כשהמבוטח אינו עומד בחובות גילוי הקשורות בבירור חבותו של המבטח, מכשיל את בירור החבות או מרמה בתביעה לקבלת תגמולים, בתי המשפט מאפשרים לחברות הביטוח להפחית את תגמולי הביטוח ולעתים אף לא לשלם כלל תגמולי ביטוח, אפילו במקרים שבהם לולא התנהגות המבוטח לאחר קרות הנזק (כגון הפרזה בשווי הנזק שנגרם לו בפועל) היה זכאי המבוטח לתגמולים מופחתים (סעיפים 22-25 לחוק חוזה הביטוח מסדירים נושא זה). שחר ולר סובר כי במקרים מסוג זה ראוי לעתים על המבוטח אף פיצויים עונשיים שישולמו למבטח.⁶⁵

(ג) סיכון מוסרי – המחקר האמפירי

כפי שצוין לעיל, אחת הבעיות בבחינת ההשפעות בשטח של תופעות הברירה השלילית והסיכון המוסרי טמונה בקושי להבחין בין ההשפעות הנובעות מזו הראשונה לאלה הנובעות מהשנייה ולבודדן. למשל, אדם חולה יהיה בעל סיכוי גבוה יותר משל אחרים לרכוש ביטוח בריאות (ברירה שלילית), ואילו אדם הנושא ביטוח בריאות יהיה בעל סיכוי גבוה יותר להימנע מאורח חיים בריא (סיכון מוסרי). בשני המקרים המחקר האמפירי יגלה מתאם בין היקף הכיסוי לעלות כיסוי הסיכונים של המבוטח.

במילים אחרות, קל להבחין במתאם חיובי בין הביקוש לכיסוי ביטוחי ומספר או היקף תביעות ביטוח, אך קשה לקבוע אם המתאם הזה הוא תוצאה של ברירה שלילית, סיכון מוסרי או שילוב כלשהו של השניים. אין מדובר בסוגיה אקדמית גרידא, לחוסר היכולת להפריד בין שתי הבעיות יש השלכות בקביעת המדיניות, שכן נדרשים פתרונות שונים לטיפול בסיכון מוסרי או ברירה שלילית. ראינו שכדי לצמצם סיכון מוסרי, על המבטחים להגדיל למשל את שיעור ההשתתפות העצמית, ובביטוח רפואי לחשוף את הצרכנים לחלק גדול יותר מהעלות האמתית של הטיפול הרפואי בהם. לעומת זאת כדי לצמצם את הבעיה של ברירה שלילית נדרשים למשל חוקי גילוי מחמירים, אשר יאפשרו למבטחים סיווג טוב יותר של מבוטחים פוטנציאליים.

אבל חוסר היכולת להבחין בין סיכון מוסרי לברירה שלילית הוא לא הבעיה היחידה בספרות האמפירית. בעיה מדאיגה הרבה יותר היא חוסר הצלחתה של הספרות האמפירית להבחין בין הסיכון המוסרי הנובע מאפקט התחלופה לזה הנובע מאפקט ההכנסה. כפי

65 ולר, לעיל הערה 13, בעמ' 304-322.

שפורט לעיל, הראשון מביא להפחתה ברווחה המצרפית והשני להגדלתה. למשל, העובדה שאנשים צורכים יותר שירותים רפואיים משום שיש להם ביטוח אינה מדאיגה כל עוד הצריכה העודפת היא בהשפעת ההכנסה. בדומה לכך חיפושם של מובטלים עבודה לאורך תקופה ארוכה יותר משום שיש להם ביטוח אבטלה אינו מדאיג בהכרח כל עוד הדבר נובע אך ורק מהשפעת הביטוח על אילוץ הנזילות שלהם.⁶⁶

חרף כל זאת בעשורים האחרונים הצליחו כלכלנים – בעיקר בתחום ביטוח בריאות – למצוא ראיות אמפיריות שאפשר לפרשן כסיכון מוסרי. המחקר החשוב ביותר הוא של מכון ראנד בקליפורניה. המיוחד במחקר הוא כי אנשים שובצו באופן אקראי לתכניות ביטוח שונות, מה שמסיר חשש של ברירה שלילית הנובעת מיכולתם של המבוטחים לבחור את סוג הכיסוי שבו הם חפצים. המחקר בראנד (כמו גם מחקרים רבים אחרים) מצא כי הביקוש לטיפולים רפואיים אינו קשיח לחלוטין באשר לשיעור ההשתתפות העצמית בפוליסות הביטוח המכסות טיפולים אלו. במילים אחרות, אנשים המבוטחים בביטוח בריאות מגיבים לעלות הפרטית של שירותי הבריאות, עובדה העשויה לרמז על סיכון מוסרי (אקס פוסט).⁶⁷ קיימות כמה בעיות מתודולוגיות ותאורטיות בגישה זו: ראשית, היקף הכיסוי הביטוחי עשוי להיות אנדוגני. כיסוי ביטוחי נדיב עלול להגביר את ניצולם של מבוטחים את השירותים הרפואיים, אך מנגד אזורים שבהם אנשים זקוקים לשירותים רפואיים נרחבים יותר יהיו גם האזורים שבהם אנשים ידרשו כיסוי ביטוחי נדיב יותר. המחקר האמפירי מתקשה להבחין בין השניים. שנית, כפי שנדון לעיל, לא כל שינוי בצריכה הנובע משינוי בכיסוי הביטוחי חייב להיות קשור בסיכון מוסרי (אקס פוסט). בהחלט סביר כי כאשר הכיסוי הביטוחי מתרחב, צריכת השירותים הרפואיים, במיוחד על ידי אנשים בעלי מגבלות תקציב, יגדל, שכן מחיר השירותים הרפואיים הופך לסביר (זהו אפקט הכנסה שנידון לעיל). רק כשהגידול בביקוש הוא בהשפעת התחלופה, קיים חשש של סיכון מוסרי, אבל סוג כזה של עלייה בביקוש הרבה יותר קשה לזיהוי באופן אמפירי.⁶⁸

66 למאמר שמבחין בין סיכון מוסרי שנובע מאפקט התחלופה לזה שנובע מאפקט ההכנסה בביטוח אבטלה ראו Raj Chetty, *Moral Hazard versus Liquidity and Optimal Unemployment Insurance*, JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 116, 234-173 (2, April, 2008).

67 See Zweifel, Manning, *Moral Hazard and consumer incentives in health care*, in HANDBOOK OF HEALTH ECONOMICS Cp. 8 (A.J Culyer, J.P Newhouse eds., 2000)

68 George Dionne, *The Empirical Measure of Information Problems with Emphasis on Insurance Fraud*, in HANDBOOK OF INSURANCE Cp. 13 (Dionne Georges ed., 2001) למחקר שמראה כי היעדרות ממקום העבודה ארוכה יותר בקרב עובדים בעלי כיסוי ביטוח מחלה נדיב, אך רק בקרב אלו שלהם מידע פרטי על מצבם הרפואי, ראו Georges Dionne,

עד עתה דנתי בעיקר בסיכון מוסרי אקס פוסט. סוגיה מעניינת נוגעת בהיקף השפעת הסיכון המוסרי (אקס אנטה) על הרווחה המצרפית. ראוי להזכיר כי גם השפעה קטנה חשובה, שהרי גם אם הסיכוי שמבוטח הפועל בסיכון מוסרי יהיה מעורב במספר תאונות רב יותר קטן, עדיין עלולה להיגרם בעיה חברתית במצטבר. למשל, בשביל אוכלוסייה של 10 מיליון איש עלייה של נקודת-אחוז אחת בסיכוי ההסתברות לתאונה שבעקבות סיכון מוסרי גורמת לגידול של מאה אלף תאונות.

באופן כללי אפשר לקבוע כי למעט דוגמאות בודדות המחקר האמפירי לא הצליח לבסס קיומו של סיכון מוסרי (אקס אנטה) בתחום הבריאות.⁶⁹

הגייוני לסבור כי גם בביטוחי רכב לא יוכל המחקר האמפירי לזהות סיכון מוסרי (אקס אנטה), שהרי לא סביר שנהגים מבוטחים ינהגו בפזיזות יותר ממה שהיו נוהגים ללא ביטוח, כי מלבד העלות של תיקוני הרכב תאונת דרכים כרוכה בהפסדים רבים אחרים כגון כאב וסבל אשר שאינם מכוסים על ידי הביטוח. אולם בהשתמשם בטכניקות אקונומטריות מתקדמות מצאו Cohen & Dehejla ראיות לקיומו של סיכון מוסרי בביטוח רכב, המוביל לעלייה במספר ההרוגים בתאונות דרכים.⁷⁰ עם זאת היות שאינם יכולים להבחין בין השפעת אפקט ההכנסה (נהגים זהירים נוהגים קילומטרים רבים יותר משום שיש להם ביטוח, מה שעשוי להיות אופטימלי למרות הגידול בכמות ההרוגים) להשפעת אפקט התחלופה (נהגים שאינם נוקטים אמצעי זהירות משום שיש להם ביטוח, מה שבהכרח אינו אופטימלי), הנגרמת בשל ביטוח רכב, Cohen & Dehejla אינם יכולים לזהות את ההשפעה האמתית של ביטוח רכב על הרווחה המצרפית.

5. סיכון מוסרי הפוך

בדומה לברירה שלילית הפוכה, נראה שאפשר שקיים גם סיכון מוסרי הפוך, שהרי אין סיבה לסבור שהתנהגות אסטרטגית תיווצר רק אצל המבוטחים. גם המבוטחים מונעים מאינטרסים כלכליים אופורטוניסטיים ועשויים לפעול בדרך לא ראויה כלפי מבוטחיהם, שהרי אלו כבולים בחוזה ואינם יכולים לפקח על התנהגות המבוטחים. בעיה זו מתחדדת לאור העובדה

Pierre St- Michael, *Workers' Compensation and Moral Hazard*, REVIEW OF ECONOMICS AND STATISTICS 73, 236-244 (1991)

P. Zwifel, W.G Manning, *Moral Hazard and Consumer Incentives in Health Care*, In 69 HANDBOOK OF HEALTH ECONOMICS Cp.8 (Cuyler and Newhouse eds., 2000)

Sarit Weisburd, *Identifying Moral Hazard in Car Insurance Contracts* (working paper available at http://pluto.mscc.huji.ac.il/~saritw/moralhazard_sep12.pdf) 70

כי לרבים מהמבוטחים חסמים שונים מפני גישה לערכאות, חסמים שעלולים למנוע מהם לצאת נגד ניצולם לרעה על ידי אותם מבטחים.

בעת כריתת חוזה הביטוח האינטרסים של מבטחים ושל מבוטחים דומים אלה לאלה, אולם לאחר קרות מקרה הביטוח נוצר ניגוד עניינים ביניהם.⁷¹ בשלב כריתת החוזה הצדדים יסכימו לחוזה יעיל שבו העלויות האדמיניסטרטיביות (כולל עלויות ההגנה המשפטית בחוזה חבות) הן מינימליות, וקיים איזון בין כיסוי נרחב למבוטח מחד ומתן תמריצים לנקיטת אמצעי זהירות מאידך. בשלבים שלאחר קרות מקרה הביטוח למבטח ולמבוטח עלולות להיות דעות נוגדות באשר להיות הסיכון שהתממש מבוטח, ובביטוח חבות אף באשר לאופן ההגנה המשפטית הרצוי. קחו למשל את ההחלטה אם האירוע מכוסה. למבטחים תפקיד כפול, המעמיד אותם בדילמה פנימית: מחד הם נדרשים להחליט אם תביעה מסוימת אכן מכוסה על ידי פוליסת הביטוח, ומאידך עליהם לשלם את הנזק הכרוך באותה התביעה, בהנחה שהוא אכן מכוסה. לעתים קרובות מדי, בשל תמריצים כלכליים, עלולים המבטחים להשיב בשלילה על שאלת הכיסוי ולהימנע מתשלום התביעה בידעם שהם מוגנים – ואם תרצו – “מבוטחים” – מפני תביעות מצד מבוטחיהם, שכן אלה חסרים את הידע והכלים הנדרשים להגשת תביעה בשל דחיית הכיסוי שלא בתום לב. שלילת כיסוי ללא סיבה מספקת היא התנהגות “מוסרית” שלילית מצד המבטחים המסכנת את המבוטחים ולכן זכתה לכינוי סיכון מוסרי הפוך.⁷²

עם בעיית הסיכון המוסרי ההפוך, בדומה לבעיית הסיכון המוסרי הרגיל, אפשר להתמודד בכמה דרכים: הראשונה היא באמצעות חובת גילוי מלאה באשר לאופן ההחלטות שמקבלים המבטחים ולתוכנן. הטלת חובת גילוי מלאה כלפי לקוחות פוטנציאליים של המבטחים עשויה לרתום את כוחות השוק לנפות מבטחים לא אתיים, ואילו הטלת חובת גילוי מלאה למבוטחים קיימים תסייע לחשוף את אותן הפעולות הלא אתיות שנקטו המבטחים.

שנית, חובת גילוי שכזו יכולה לשמש אמצעי עזר לשם הענשת מבטחים שנהגו שלא כשורה. הרגולטורים יכולים להסתייע באותן החלטות של המבטחים כדי לבחון מי הם המבטחים שנהגו במבוטחיהם שלא כשורה, ולהטיל על אותם אלה שהתנהגותם חמורה

71 עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת **ישר**, לעיל הערה 1, בעמ' 770 באמרו “לא ייתכן שכל מעייניהם של חברת הביטוח או של הסוכן הפועל בשמה יוקדשו להגדלת היקף המבוטחים המתקשרים עמם, לקביעת שיעור הפרמיה ולגבייתה, לצמצום חבויותיה במסמך החוזי ולניסיונות להשתחרר מעול קיומן, משאלו התגבשו עקב התרחשות האירוע הביטוחי.”

72 ניתן כמובן היה לדמיין מערכת ביטוח בה הגורם המקבל את ההחלטה באשר לשאלה אם התביעה אכן מכוסה על ידי פוליסת הביטוח, היה עצמאי ובלתי תלוי בגורם שאמור לשלם את נזקי אותה התביעה, אך אין זה כאמור העולם בו אנו מצויים.

במיוחד קנסות או לשלול את רישיונם. שלישית, חובת הגילוי יכולה אף לסייע למבוטחים לדעת כי יש בידיהם עילת תביעה נגד אותם מבטחים שסירבו בחוסר תום לב לכסות את הנזק, ולפיכך לתבוע אותם בגין נזקיהם. לבסוף, כינון מנגנונים פשוטים יותר לפתרון סכסוכים יאפשרו ערעור על החלטות המבטחים ביתר קלות.⁷³

מהבחינה הדוקטרינרית קיימים כמה עקרונות בדיני החוזים המסייעים לשיכוך בעיית הסיכון המוסרי ההפוך. אחד מעקרונות אלה הוא כלל הפרשנות כנגד המנסח – *contra proferentem* – שלפיו אי־בהירות בחוזה תפורש כנגד מנסח החוזה. בכל האמור בחוזה ביטוח המנסחים הם כמובן המבטחים. למשל, כלל הפרשנות כנגד המנסח מונע ממבטחים לנצל לרעה את התחומים האפורים בפוליסה ולהתנער מהכיסוי הביטוחי, ובמקום זאת מתמרץ ניסוח בהיר וחד־משמעי של הפוליסה.⁷⁴

לא־הבהירות, או העמימות, בחוזה פנים רבות. למשל פוליסת ביטוח יכולה להיות עמומה כיוון שהיא איננה ברורה כשלעצמה, אך גם משום שאינה כוללת התייחסות לסיטואציה מסוימת.⁷⁵ דוגמה לכך היא השאלה שהתעוררה בעקבות התרסקות שני מטוסים על מרכז הסחר העולמי בניו יורק באחד־עשר בספטמבר 2001, שם לא היה ברור מלשון הפוליסה אם התרסקות כל מטוס היא "מקרה ביטוח" בפני עצמו, או שמא האירוע כולו היה "מקרה ביטוח" אחד.⁷⁶ כמו כן פוליסה יכולה להיחשב עמומה אם שתיים או יותר מהוראותיה סותרות זו את זו. לדוגמה, בית המשפט לערעורים בארצות הברית קבע כי פוליסת הביטוח עמומה כאשר אחת מהוראותיה הרחיבה את הביטוח לטיסות שבין ארצות הברית לאיים הקריביים, ואילו הוראה אחרת לימדה שהפוליסה חלה רק על טיסות בשמי

73 ראו Daniel Schwarcz, *Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study Of The British and American Approaches to Insurance Claims Conflict*, 83 TUL. L. REV. 735 (2009).

74 עם זאת השאלה אם התמריץ הזה הנובע מכלל הפרשנות הזה גובר על התמריץ להמשיך ולנסח פוליסות ביטוח בצורה לא בהירה היא שאלה מורכבת מאוד. חוזה אחיד המנוסח בצורה גרועה נולד לעתים מפסיקה כנגד סעיף "מקפח". אך סעיף "מקפח" שעלותו ידועה וברורה יכול להיות עדיף לכל הצדדים על פני כזה שעלותו שאינה ידועה. להעמקה במערכת היחסים במורכבת שבין בתי המשפט למנסחי הפוליסות, ראו Michelle E. Boardman, *Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*, 104 MICH. L. REV. 1105 (2006).

75 ראו למשל *Columbia Heights Motors, Inc. v. Allstate Ins. Co.*, 275 N.W.2d 32 (Minn. 1979).

76 ראו *World Trade Center Prop., LLC v. Hartford Fire Ins. Co.*, 345 F.3d 154 (2d Cir. 2003). הפוליסה הגבילה את הפיצוי לשלושה מיליארד וחצי דולר, למקרה ביטוח. שם, בעמוד 158. אם כל התרסקות מטוס הייתה נחשבת מקרה ביטוח בפני עצמה, היה המבוטח יכול לקבל סכום כולל של 7 מיליארד דולר, אך אם האירוע כולו היה נחשב כמקרה ביטוח אחד, היה המבוטח יכול לקבל רק 3.5 מיליארד דולר.

ארצות הברית.⁷⁷ עקרונית, פוליסה תיחשב עמומה אם "ניתן לפרשה באופן סביר, בשני אופנים"⁷⁸.

חשוב לציין כי גם ניסוח בהיר וברור של הפוליסה יכול לשרת התנהגות אופורטוניסטית של המבטח, כאשר זה מנסח הוראת פוליסה בהירה אשר פועלת לטובת המבטח עצמו. כדי לנטרל בעיה זו בתי המשפט החילו דוקטרינות שונות (המכונות דוקטרינות "בנות הברית" – the "allied" doctrines) המונות נוסף על כלל הפרשנות כנגד המנסח גם את דוקטרינות הוויתור, ההשתק והצפיות הסבירה של המבוטח.

ויתור והשתק הן דוקטרינות המבוססות בעיקרן על עובדות המקרה. בתי המשפט מסתמכים על פרטי החוזה ועל מערכת היחסים בין המבוטח למבטח בבואם לקבוע אם יש להטיל על המבטחים חבות לכיסוי ביטוחי אף על פי שלשון הפוליסה מלמדת אחרת.⁷⁹ דוקטרינת הצפיות הסבירה של המבוטח הוכרה בארצות הברית לפחות מאז שנות השבעים אם כי בגרסתה החזקה רק במקצת מדינותיה. הדוקטרינה בגרסתה החלשה הוכרה בישראל על ידי בית המשפט העליון בפרשת בית כנסת רמת חן (נחזור אליה בהמשך). בגרסתה החזקה היא מאפשרת לבתי המשפט להחיל כיסוי ביטוחי אף על פי שהפוליסה מכילה החרגה חד-משמעית, קרי לא עמומה, אם אותה ההחרגה עומדת בסתירה לציפייה הסבירה של המבוטח.⁸⁰ בגרסתה החלשה היא משמשת במקרים שבהם קיימת סתירה פנימית בחוזה או סתירה בין החוזה לנסיבות חיצוניות לו. חלק ממדינות ארצות הברית

77 Vargas v. Ins. Co. of N.A., 651 F.2d 838 (2d Cir. 1981) (בו דן בית המשפט בטיסה מניו יורק לפורטו ריקו, שכללה עצירות ביניים לתדלוק במיאמי ובהאיטי, כאשר המטוס התרסק טרם הגיעו לפורטו ריקו. בית המשפט קבע, בשל עמימותה של הפוליסה, כי האירוע הינו בגדר מקרה ביטוח מכוסה).

78 Kenneth S. Abraham, *A Theory of Insurance Policy Interpretation*, 95 MICH.L.REV. 531, 537 (1996).

79 ראו ABRAHAM, לעיל הערה 61.

80 רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית כנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281 (1996). השופט בכך אימץ את הגרסה החלשה של הדוקטרינה הבוחנת את ציפיותיו הסבירות של המבוטח רק מקום שלשון החוזה הינה עמומה. השופט קדמי אימץ את הגישה החזקה לפיה יש מקום לבחינה מעין זו אף אם לשון הפוליסה הינה חד-משמעית. השופט חשין השאיר את עצם קליטתה בישראל בצריך עיון אך הביע תמיכה בגרסתה החלשה. פרופ' אהרון ברק סבר שהדוקטרינה נקלטה בצורתה החלשה. אהרון ברק פרשנות במשפט, כרך ד – פרשנות החוזה 645 (2001). המושג "צפיותו הסבירה של המבוטח" נטבע על ידי פרופסור רוברט קיטון בשנת 1970, לאחר שזיהה כי בתי משפט מספקים כיסוי גם כאשר ההחרגה אינה עמומה. Robert E. Keeton, *Insurance Law Rights at Variance With Policy Provisions*, 83 HARV.L.REV. 961, 967 (1970).

הבחינו אף בין מבוטחים מתוחכמים למבוטחים לא מתוחכמים והכירו באפשרות שפרטים מתוחכמים יסכימו במודע להחרגות שכאלה, בתמורה לפרמיות נמוכות.⁸¹ סוג מיוחד של סיכון מוסרי הפוך מתקיים בביטוחי חבות באשר לאופי ההגנה המשפטית הראוי. ראינו כי בשל חשש שהמבוטח לא יתגונן בצורה אופטימלית בפני תביעות נגדו, חובת ההגנה המשפטית מוטלת על המבטחת. למעשה המבטחת משמשת שלוחה של המבוטח, ועל כן קיים חשש שהמבטחת תדאג לאינטרסים שלה על חשבון אלו של המבוטח. למשל, קיים חשש כי המבטחת תביא בחשבון רק את סכום הכסף שאותו תיאלץ לשלם ולא את הפגיעה במוניטין של המבוטח, ומשום כך תסכים לפשרה אף על פי שהמבוטח היה רוצה לנהל משפט ולהוכיח את צדקתו. דוגמה הפוכה שבה המבטחת מסרבת לפשרה שהמבוטח היה מסכים לה היא מקרה שבו החבות הפוטנציאלית של המבוטח לנפגע מוערכת בסכום גבוה מסכום הכיסוי הביטוחי שלו, וסכום הפשרה המוצע על ידי הנפגע עומד על סכום הכיסוי הביטוחי. במצב זה נוצר למבטחת תמריץ לסרב להצעת הפשרה וללכת למשפט תוך סיכון כספי המבוטח. הסיבה להתנהגות זו היא שלמבטחת אין מה להפסיד, שהרי גם אם תפסיד המבטחת במשפט והסכום שייפסק נגדה יהיה גבוה מסכום הפשרה, היא לא תיאלץ לשלם יותר מכיסוי הביטוחי שאותו הייתה משלמת גם בפשרה, אז ייאלץ המבוטח עצמו לשאת בהפרש.⁸² אכן, בתי המשפט פיתחו אמצעים להילחם בסוג זה של סיכון מוסרי הפוך. כדי לטפל בבעיה הראשונה שהוזכרה לעיל (מבטחת שמסכימה לפשרה נגד רצונו של המבוטח) דרשו בתי המשפט הסכמה בכתב של המבוטח להצעת הפשרה וקנסו מבטחות שלא הבטיחו הסכמה כזו מראש.⁸³ כדי לטפל בבעיה השנייה (מבטחת שסירבה לפשרה נגד רצונו של המבוטח) פסקו בתי המשפט בכמה מדינות בארצות הברית נגד מבטחות שסירבו בחוסר תום לב להצעות פשרה תוך שהם מסכנות את כספי המבוטחים. למשל, בעניין קריסקי סרב המבטח להצעת פשרה בתביעה שהגיש דייר נגד בעלת הנכס שלו, המבוטחת.⁸⁴ סכום הכיסוי הביטוחי של בעלת הנכס היה 10,000 דולר, וסכום הפשרה שדרש הדייר היה באותו הסכום. בעקבות סירוב המבטח להתפשר נערך משפט שבסופו נפסקו לדייר פיצויים גבוהים בהרבה. בעלת הנכס תבעה את חברת הביטוח שלה בעוולת חוסר תום לב בשל סירובה לפשרה שהוצעה. בדונו בשאלה אם יש להטיל על המבטח חבות בסכום העולה על סכום

Hazel Glenn Beh, *Reassessing the Sophisticated Insured Exception*, 39 TORT TRIAL & INS. PRAC. L.J. 85, 85-86 (2003) 81

Charles Silver, Kent Syverud, *The Professional Responsibilities Of Insurance Defense Lawyers*, 45 DUKE LAW JOURNAL 255 (1995) 82
אחריות וכמה הערות על זכות התביעה הישירה של הניזוק "עלי משפט ה 217-245 (תשס"ו).

Kent Syverud, *The Duty to Settle*, 75 VA. L. REV. 1113, 1116 (1990) 83

ראו למשל *Crisci v. The Sec. Ins. Co. of New Haven*, 426 P.2d 173 (1967) 84

הכיסוי הביטוחי של המבוטחת, לאחר שזה סירב להצעת הפשרה, בחן בית המשפט אם "המבטח הזהיר" היה מסכים להצעת הפשרה, בהנחה שסכום הכיסוי הביטוחי לא היה מוגבל. מסקנת בית המשפט בעניין קריסקי הייתה כי המבטח הזהיר היה מסכים להצעת הפשרה והטיל על המבטח לשלם למבוטחת את מלוא הסכום שהמבוטחת נדרשה לשלם לדייר.⁸⁵ פסיקה כגון זו מפחיתה את תמריצי המבטחים לסרב להצעות פשרה בחוסר תום לב ולסכן בכך את כספי מבוטחיהם.⁸⁶

אף על פי שאינטואיטיבית נראה כי המבוטחת בקריסקי נפגעה מההתנהגות האסטרטגית של המבטח, למרבה הפלא מנקודת מבט אקס אנטה הכוח הנתון בידי המבטח לסרב להתפשר דווקא עשוי לשרת את המבוטחת. הסיבה היא שיש בכך כדי להיות מנגנון ליצירת מחויבות אסטרטגית של המבטח (strategic commitment device) המבטיח כי המבטח ידחה הצעות פשרה מוגזמות שיציעו קרבנות העוולה, ובכך יביא לפשרה נמוכה יותר, הרבה מתחת לתקרת הפוליסה, דבר שבסופו של דבר יוזיל את פרמיות ביטוח החבות. עם זאת במקרה שהמשא והמתן לפשרה ייכשל, המבוטחת עלולה לגלות כי הסכום שנפסק כי עליה לשלמו עולה בהרבה על סכום הכיסוי הביטוחי שלה, סיכון שאולי לא תרצה להסתכן בו. בארצות הברית אף ניתן לעתים להטיל פיצויים עונשיים על מבטחים אשר סירובם לכבד את תוקף הפוליסה נעשה בחוסר תום לב.⁸⁷ בפרשת סטייט פארם נ' קמפבל הטיל בית המשפט העליון בארצות הברית על מבטחת פיצויים עונשיים בגין דחייה בחוסר תום לב של דרישה לכיסוי ביטוחי.⁸⁸ באותה הפרשה החבות שהמבטחת (סטייט פארם) סירבה להכיר בה ולהתפשר בעניינה הייתה חבות לצד ג בביטוח רכב אף על פי שחקירת התאונה בשלב מוקדם על ידי המבטחת העלתה כי קמפבל, המבוטח, אכן גרם לתאונה ברשלנות.⁸⁹ בסרבה להתפשר הבהירה המבטחת למבוטח כי אין לו מה לדאוג, שכן הוא לא יחוב בגין התאונה. במשפט פסקו המושבעים סכום שעולה פי שלושה מעל לתקרת הכיסוי הביטוחי המרבי הקבוע בפוליסה, ואשר היה גם הסכום שקרבן תאונת הדרכים הציע כפשרה טרם התחלת המשפט. במשך זמן רב לאחר המשפט סירבה המבטחת לשלם את יתרת הסכום שמעבר לתקרת הכיסוי הביטוחי או לממן מכיסה את הליך הערעור, ואף הודיעה בשלב מסוים למבוטחים כי יאלצו למכור את ביתם כדי לשלם את הפיצויים שנפסקו נגדם. בסופו של

85 שם בעמ' 432.

86 להעמקה בעניין החובה להתפשר, ראו Syverud, לעיל הערה 83. כן ראו Alan Sykes, *Judicial Limitations on the Discretion of Insurers to Settle*, 72 TEX. L. REV. 1345 (1994) (המציע באמצעות ניתוח כלכלי של תביעות בהן הסירוב להתפשר נגוע בחוסר תום לב כי אל לבתי המשפט להתערב בחוזים שבין מבטחים למבוטחים).

87 Chandler, לעיל הערה 23, בעמ' 852-850; (Cal 1974); *Silberge v. Cal. Life Ins. Co.*

88 *State Farm Mutual. Auto Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003).

89 שם, בעמ' 412-413.

דבר, לאחר שקמפבל הפסיד בערעור בגין רשלנותו בתאונת הדרכים, שילמה סטייטפארם את מלוא התביעה, אך זה לא עזר לה, שכן בית המשפט פסק פיצויים עונשיים בגין התנהלותה הראשונית אל מול קמפבל. אף על פי שפסק הדין שולח מסר ברור למבטחים שלא להתנער מפוליסה בחוסר תום לב, יש שטענו כי תביעות נגד מבטחים בגין דחיית כיסוי ביטוחי בחוסר תום לב גורמות נזק יותר מתועלת בגלל היכולות המוגבלות של בתי המשפט לזהות במדויק התנהגות אופורטוניסטית של מבטחים ולהבחין בין דחיית פשרות מוצדקות לשאינן מוצדקות.⁹⁰

בסופו של דבר, במרבית פוליסות ביטוח חבות קיימת מחד "חובת ההגנה", שלפיה על המבטח לשאת בהגנה המשפטית של המבוטח נגד קרבן העוולה, עובדה המסייעת במניעת הסכמה חד-צדדית של המבוטחים לפשרה על חשבון המבטחים. מנגד דוקטרינת החבות בשל חוסר תום לב מונעת ממבטחים לסרב להצעות פשרה גבוהות תוך סיכון כספי המבוטחים. בפעלן יחדיו מביאות שתי הדוקטרינות הללו לאיזון אסטרטגי, ואפשר לקוות שהוא אופטימלי.

6. סיכום ביניים

פרק זה דן בכשלים המרכזיים לחוזי ביטוח יעילים – אינפורמציה אסימטרית והתנהגות אסטרטגית. הבעיות הללו קורמות עור וגידים בדמות הברירה השלילית (והברירה השלילית הפוכה) והסיכון המוסרי (והסיכון המוסרי ההפוך). על פי הניתוח הכלכלי של המשפט, תפקיד עיקרי של חוזה הביטוח כמו גם של דיני הביטוח הוא להגן על שני הצדדים מניצול אסטרטגי של האינפורמציה הפרטית שבידם. ואמנם הפתרונות הדוקטרינריים והחוזיים שנדונו כאן מכוונים לכך בדיוק. עם זאת גם הפתרונות הללו גובים מחיר. האתגר באשר לברירה השלילית ולסיכון המוסרי הוא להביא לאיזון, שבו מחד מופחתת ההתנהגות האסטרטגית של שני הצדדים ומאידך מסופק כיסוי ביטוחי מרבי.

ג. כשלים נוספים לחוזי ביטוח יעילים

הפרק הקודם דן בבעיות מידע ובהתנהגות האסטרטגית שהן גורמות כמכשולים לכינונם של חוזי ביטוח יעילים. בפרק זה אדון בקצרה בגורמים נוספים שהם בבחינת אבני נגף בדרך לחוזי ביטוח יעילים.

90 ראו Sykes, לעיל הערה 53, בעמ' 443.

1. עלויות עסקה

עלויות עסקה, שהן חלק מהעלויות המנהליות הכלליות יותר, הן אחד המכשולים הללו.⁹¹ עלויות עסקה נוצרות מעצם המשא והמתן לכריתת חוזה הביטוח והוצאתו אל הפועל. עסקה שהייתה יכולה להיות יעילה עלולה להפוך, בשל עלויות העסקה העצומות, ללא אטרקטיבית בעיני הצדדים.⁹²

פתרון נפוץ לבעיית עלויות העסקה הוא החוזה האחיד. חוזה אחיד מבטיח לצדדים לחוזה הביטוח כמה יתרונות: חיסכון בעלויות הניסוח; הגברת תחרות המחיר בין מבטחים; סיוע באיסוף המידע המתקבל מתביעות ועיבודו והמשמש את המבטחים לתמחור סיכונים. כל אלה יכולים להביא להוזלת הפרמיות. בנוסף, חוזה אחיד מספק סבירות גבוהה שלתנאי החוזה תהא משמעות הצפויה מראש. אכן הצדדים יכולים להעדיף באופן רציונלי את הוודאות הטמונה בתנאי פוליסה מורכבים שכבר פורשו על ידי בתי המשפט על פני תנאים אחרים, ברורים יותר, שטרם פורשו. עם זאת נציין שקשה להעריך את התועלת הטמונה בוודאות זו משום שבתי המשפט נחלקים לעתים קרובות בדעותיהם אפילו באשר למשמעות מונחים פשוטים ומקובלים כגון "פתאומי".⁹³

אך לא הכול ורוד בחוזים אחידים. נזכיר כי חוזים אחידים לעתים מנוסחים ניסוח קולקטיבי, וכי המבטחים כולם משתמשים לעתים באותו הנוסח. האחידות בנוסח עלולה להביא דווקא לפגיעה בתחרות בין המבטחים באשר למהות הכיסוי הביטוחי המסופק ולמנוע חידושים בניסוח תנאי החוזה, משום שהמבטחים חוששים שכל חריגה מהלשון המסורתית, המקובלת, של החוזה עלולה להתפרש כניסיון להטעות את המבוטחים.⁹⁴ כך גם ייתכן שקיבוץ הנתונים למאגר מידע אחד גדול, אחד היתרונות שחוזים אחידים מאפשרים, יביא דווקא לפגיעה בתחרות בין המבטחים משום שהוא מקל תיאומי מחירים. למשל, ארגון ISO (The Insurance Services Organization) היה הראשון לנפק נוסח אחיד למבטחים בארצות הברית ולהקמת מאגר מידע על המבוטחים.⁹⁵ עד שנות השמונים

91 עלויות מנהליות כוללות את כל ההוצאות הנוספות הכרוכות בניהול חברת ביטוח. הן כוללות עלויות עסקה אך גם את העלויות הדרושות לשם ניהול חברת ביטוח, כגון עלויות שיווק הפוליסות למבוטחים, עלויות בירור המחלוקות וכיו"ב.

92 ABRAHAM, לעיל הערה 10, בעמ' 14.

93 ראו Just v. Land Reclamation, Ltd., 456 N.W.2d 570, 573 (Wisc. 1990).

94 דניאל שוורץ טוען כי לפחות בכל הנוגע לביטוחי רכוש, חברות הביטוח בארצות הברית משתמשות בתניות שאינן אחידות, ובדרך כלל הן לרעת המבוטחים לעומת החוזה הסטנדרטי. Daniel Schwarcz, *Reevaluating Standardized Insurance Policies* (working paper, to be published in U. CHICAGO L. REV. (Dec. 2011)).

95 או ABRAHAM, לעיל הערה 61, בעמ' 34.

המאחרות של המאה העשרים ה-ISO צירף לנוסח הפוליסה האחיד מחירי פרמיות מומלצים, והדבר כמובן פגע בתחרות. אמנם בשל חוקי ההגבלים העסקיים המחירים הללו לא היו מחייבים, אך הם סיפקו בסיס לתיאום מחירים אחידים בתעשיית הביטוח.

2. החצנות

בעיית החצנות היא מכשול נוסף בדרך לחווי ביטוח יעילים. החצנות, או ליתר דיוק החצנות שליליות, הן עלויות של פעולה או עסקה המוטלות על מי שאינם צדדים לעסקה, או אף על החברה כולה. (ראו פרק 1)

עובדה מעניינת היא כי ביטוח חבות מעצם מהותו יוצר החצנות אך גם מונע החצנות. אחד העקרונות המרכזיים בבסיס שיטת הנזיקין עיקרו הכפייה על המעוול לשלם בעבור הנזק שגרם. במילים אחרות, השיטה הנזיקית כופה על המעוולים להפנים את החצנות השליליות הנובעות מפעילותם. ביטוח חבות פוטר את המבוטחים (המעוולים) מפני הנשיאה בנטל פעולותיהם הרשלניות, ובכך הופך את פעולותיהם המסוכנות לזולות יותר, ואז להחצנת חלק מהעלויות הכרוכות בפעילויות אלו על החברה, או לכל הפחות על המבטחים.⁹⁶

כאמור, ביטוח חבות גם עשוי להביא למניעת החצנות. דוגמה לכך היא מקום שבו חלק מהפרטים ומהחברות הם בגדר חדלי פירעון במובן זה שאין להם מספיק נכסים לשלם בעבור נזק שהם עלולים לגרום. מי שהוא חדל פירעון יהא בעל תמריץ חלש יותר לנקוט אמצעי זהירות מאשר מי שהוא כשר פירעון.⁹⁷ החיוב של נהג חדל פירעון לאחוז בביטוח עשוי להבטיח שהנהג או הנהגת יישאו בתוצאות נהיגתם המסוכנת, ובכל מקרה מונע מהקרבן או מהחברה לשאת בעלויות אלה. אך כיצד זה שביטוח החבות שכפי שהסברנו לעיל מביא כשלעצמו להחצנת עלויות מביא לפתע להפנמת העלויות? התשובה טמונה בכך שתעשיית הביטוח פיתחה דרכים להתמודד עם בעיית החצנות, בעיקר באמצעות תמחור מותנה-היסטוריה-ביטוחית (כמו גם סירוב לבטח פרטים בסיכון גבוה או פעילויות מסוימות המצויות בסיכון גבוה).⁹⁸ תמחור מותנה-היסטוריה-ביטוחית גורם לנהגים לנהוג בזהירות,

96 ראו Steven Shavell, *On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance*, 25 GENEVA PAPERS ON RISK AND INSURANCE 166 (2000)

97 ראו Steven Shavell, *Minimum Asset Requirements and Compulsory Liability Insurance as Solutions to the Judgment-Proof Problem*, 36 RAND J. ECON. 63 (2005)

98 עם זאת לעתים המחוקק אוסר בסוגי ביטוח מסוימים, בעיקר באלה המאופיינים כביטוחי חובה, כגון ביטוח רכב, לסרב לכיטוי ביטוחי כזה או אחר, משום שמטרת אותם ביטוחים היא גם הבטחת פיצוי לנפגעים.

שכן הם יודעים שכל תאונה תגרום לעליית מחירי הפרמיה, ובכך הם מפנימים לפחות חלקית את העלויות החברתיות הכרוכות בנהיגה לא זהירה.

בעבר ניסו מבטחי חבות להפחית את חשיפתם לסיכון באמצעות הכנסת סעיפים לפוליסה המתירים להם להפחית את החבות שלהם עצמם בגין חדלות פירעון של המבוטח, המעוול.⁹⁹ הרעיון שמאחורי סעיפים אלו הוא שכשם שקרבנות הרשלנות לא היו מפוצים לולא היה המעוול (חדל הפירעון) מבוטח, כך אין להם זכות להיות מפוצים מקום שהמעוול מבוטח. סעיפים אלו משמרים למעשה את בעיית החצנת העלויות הנובעת מחדלות הפירעון שהוזכרה לעיל ומטילים עלויות על נפגעי המבוטח, שאינם מפוצים פיצוי מלא בגין הנזק שסבלו. בעקבות זאת מחמירה בעיית הסיכון המוסרי שבביטוחם של מעוולים פוטנציאליים, כיוון שמעוולים פוטנציאליים משלמים פרמיות נמוכות, המשקפות את העובדה שלא כל הקרבנות שלהם יפוצו.

בדומה לבעיות אחרות שנדונו במאמר זה, פותחו בדיני הביטוח דוקטרינות שונות להתמודדות עם סוגי החצנות שונים. אחד מהם הוא כלל אמריקאי האוסר החרגה בגין פשיטת רגל (the anti diminution law), המכונה גם תנאי פשיטת הרגל (bankruptcy provision) והאוסר את הפרקטיקה של הכנסת סעיפי ההחרגה הללו בגין פשיטת הרגל בפוליסה. בישראל סעיף 69 לחוק מסדיר סוגיה זו באופן דומה.

בעיה נוספת מתעוררת בהקשר של עקרון התחלוף (סוברוגציה). ראינו כי עיקרון כללי בתחלוף, שהוא סעיף שכיח בחוזי ביטוח צד ראשון, הוא כי מבוטח המשחרר את המעוול מחבותו, ובכך פוגע בזכות התביעה של המבוטח נגד המעוול באמצעות זכות התחלוף, מגוע מלתבוע זכויותיו במסגרת הפוליסה.¹⁰⁰

עיקרון זה מבטיח את יכולת המבוטח למצות את זכות התחלוף שלו ומונע מהמבוטחים להחזין את עלויות הנזק שנגרם להם למבטחי הביטוח צד ראשון שלהם. לולא הכלל הזה היה נוצר ביטוח כפל, שכן המבוטחים יכלו לשחרר את המעוול מחבותו בתמורה לאתנן הולם, ובנוסף אף לתבוע מהמבוטח לכסות את הנזק. יצוין כי בתי משפט הכירו בהריג מעניין לכלל זה והתירו למבוטח לשחרר מעוול מחבותו טרם קרות הפעולה המעוולת.¹⁰¹ החרגה הזו מצויה בדרך כלל בחוזי בנייה, בהם הקבלן משוחרר מחבות שתתעורר תוך כדי ביצוע החוזה. בתמורה לשחרורו מהחבות הלקוח (המבוטח) מקבל הנחה ונדרש אז להסתמך על הכיסוי הביטוחי שהוא מחזיק במסגרת ביטוח הצד הראשון שלו.

99 Chandler, לעיל הערה 23, בעמ' 854.

100 ראו למשל, Great Northern Oil Co. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co., 189 N.W.2d 404, 406 (Minn. 1971).

101 ראו שם בעמ' 408-409.

לכאורה נוהג זה פסול, שהרי ההנמקות שהבאנו לעיל נגד שחרור מעוול לאחר העוולה חלים גם על שחרור לפני קרות העוולה. למרות ההחצנות אפשר להצדיק את בתי המשפט המאפשרים נוהג זה כאלה: ראשית כאשר מדובר במבוטחים לא מתוחכמים. ברוב המקרים הסעיפים הללו כלולים באותיות הקטנות של חוזים אחידים, ואנשים ממילא אינם קוראים אותם. קחו למשל את ההגבלה הנפוצה באשר להגבלת החבות של בעל החניון לנזקים הנגרמים ללקוחות. גם אם נהג רואה את ההודעה בדבר החבות המוגבלת של בעל החניון, לא יהא יעיל לבקש מנהגים להודיע למבטחי הצד הראשון שלהם, בכל פעם שהם נכנסים לחנות בחניון, כי הם הסכימו בזה הרגע לשחרר את החניון מחבותו, וכי בשל כך מבטח הצד הראשון שלהם חשוף לסיכון גבוה יותר. שנית, כאשר מדובר במבוטחים מתוחכמים. אפשר להצדיק את הנוהג של שחרור מעוול מחבותו בכך שלעתים קרובות יכולים מבטחי הצד הראשון לסווג את סיכוני המבוטחים שלהם בצורה יעילה יותר מזו של מבטחי החבות של קבלני בנייה. מצב זה יתרחש כאשר מבטח הצד הראשון יודע היטב את ערך הנכס שהוא מבטח ואת הסיכונים הכרוכים בו, ואילו למבטח הקבלן, כמבטח חבות צד ג, סביר שתהיה אינפורמציה פחותה באשר לאלה שעלולים להינזק מפעולות מבטחי. מכל מקום, ראוי לזכור כי מבטחי הצד הראשון יכולים להתמודד בקלות עם החצנות כאלה – באמצעות דרישה מפורשת בפוליסה שתאסור על מבטחים לשחרר מעוולים מחבותם, אם טרם קרות מקרה הביטוח ואם לאחוריו.

דיני הביטוח אוסרים גם כיסוי ביטוחי לקנסות ופיצויים עונשיים שנבעו מהתנהגות פסולה מכוונת.¹⁰² כיסוי ביטוחי מסוג זה, לו היה מותר, היה עלול לעודד הלכה למעשה התנהגות פסולה משום שהכיסוי הביטוחי היה מפחית את העלויות הנובעות מהתנהגות זו למבוטח או מונע אותן כלל. קרי, כיסוי ביטוחי כגון זה היה מתיר החצנת העלויות הללו.¹⁰³ אכן, החוק הישראלי אינו מתיר שיפוי בעבור סנקציות פליליות. מכאן שעל בתי המשפט להימנע מפרשנות מרחיבה מדי של סעיפים בפוליסה המתירים כיסוי ביטוחי לקנסות אזרחיים (כמו למשל בביטוח דירקטורים ונושאי משרה) ולשקול בכובד ראש את ההחצנות הטמונות בפוליסות כאלה. ככל שבתי המשפט יפרשו בהרחבה את כיסוי הקנסות הללו, כך יהיו המבוטחים חופשיים יותר להפר את החוק שבגיננו ניתן הקנס ולכפות את על עלויותיהם על החברה. כיסוי כזה יאפשר כאמור למבוטחים לנקוט אותה התנהגות שהקנס ניתן בגינה והיה מיועד לרסנה, בלא לשאת בעלות הקנס.¹⁰⁴

102 Chandler, לעיל הערה 23, בעמ' 855.

103 אך ראו גם George Priest, *Insurability and Punitive Damages*, 40 ALA. L. REV. 1009 (1989) (ייתכן שיהיה רצוי להתיר כיסוי ביטוחי של פיצויים עונשיים).

104 Tom Baker, Sean Griffith, *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' and Officers' Liability Insurance Market*, 74 CHI. L. REV. 487

3. סיכונים תלויים סטטיסטית

סיכונים תלויים אינם נופלים בגדר כשלים ליעילות – אלא מדובר בקטגוריה של סיכונים שהם תאורתית לפחות קשים יותר לביטוח. כפי שנידון לעיל, שוק הביטוח מתקיים כיוון שמבוטחים שונאי-סיכון מעבירים את סיכוניהם למבטח, המפזר את הסיכונים הללו בין המבוטחים כולם. כך המבטח בונה מאגר ביטוחי גדול תוך גביית פרמיות נמוכות מכלל המבוטחים, המיועדות לכיסוי הפסדיהם של אלה המעטים חסרי המזל, שסיכוניהם אכן יתממשו. חוק המספרים הגדלים מאפשר למבטח לגבות פרמיה מסוימת שמשקפת רק חלק קטן מההפסד הממשי שפרט עלול לספוג אם הסיכון יתממש. היחס בין ההפסדים שכוסו לפרמיות שנגבו, בתוספת ריבית שתיצבר על ההון הצבור אצל המבטח, מכונה יחס ההפסד.¹⁰⁵ באופן אידאלי יחס ההפסד יהיה מתחת ל-1 (או 100 אחוז, תלוי באמת המידה שבה משתמשים), קרי סכום הפרמיות שנגבו בשנה נתונה (בתוספת ריבית) יהיה גדול מהסכום ששולם בגין ההפסדים שהתרחשו באותה השנה.¹⁰⁶

חשיבות רבה נודעת להיות הסיכונים בלתי תלויים זה בזה. סיכונים תלויים הם סיכונים שבעת התממשותם הם משפיעים על חלק גדול מהמבוטחים הנמנים במאגר הביטוחי. סופות הוריקן, שיטפונות ומלחמה הם דוגמאות לכך.¹⁰⁷ סיכונים אלו מעוררים בעיה למבטחים משתי סיבות: ראשית, כפי שכבר ציינו הם משפיעים על חלק גדול ממאגר הביטוח, ולכן המבטח יצטרך להחזיק הון נזיל רב כדי לשלם את התביעות בגינן. שנית, התזמון שבו יתממש הסיכון אינו ניתן לצפייה. לכן בשנה שבה הסיכון מתממש, יחס ההפסד

- (2007) המוצא אפקט הרתעתי מסוים בביטוח נושאי משרה וחבות משום שהמבטחים נוטים להטמיע את הסיכון שבהפרה בפרמיות שהם גובים.
- Dwight M. Jaffee, Thomas Russell, *Catastrophe Insurance, Capital Markets, and Uninsurable Risks*, 64 J. RISK INS. 205, 208 (1997) 105
- שם בעמ' 210. החריג, יחס הפסד שמעל 1, יכול להתרחש בסקטורים שבהם הסיכון מתממש זמן רב לאחר שהפרמיות משולמות, כמו בביטוח חיים. אפשרות נוספת לקיום החריג היא בכל האמור בביטוחים לאירועים נדירים, כמו אסונות טבע, שבהם הפרמיה המשולמת בשנה נתונה נמוכה מהסכום המשולם בגין ההפסדים בשנה שבה האירוע אכן התרחש. עם זאת היות שמדובר באירוע המתרחש רק לעתים נדירות, נניח בממוצע של אחת לעשור, חברת הביטוח עדיין יכולה להרוויח.
- לעתים פסיקה של בית המשפט יכולה אף היא להיות בעלת השפעה דומה להתממשותם של סיכונים תלויים. למשל בפרשת *McDonald Industries, Inc. v. Insurance Co. of N.A., A.Y.* 475 N.W. 2d 607 (Iowa, 1991) שבתחום שיפוטי יכסו הוצאות שהתרחשו בשל חוק הסופרפאנד האמריקאי (שעניינו ניקוי ושיקום אתרים שזוהמו בפסולת מסוכנת). לאור פסיקה זו היו מבטחי חבות בתחום השיפוט הזה חשופים לחבות שעלתה במיליוני דולרים על החבות שהיו חשופים לה טרם הפסיקה.

של המבטח יהיה גבוה ביותר – משמע שהמבטח עלול להצטרך לשלם יותר מסך כל הכנסותיו באותה שנה.

מכאן שלשם כיוון סיכונים תלויים על חברות ביטוח להחזיק סכומים גדולים של הון נזיל, שהרי בלא הון נזיל תיהפך חברת הביטוח לחדלת פירעון כאשר יתממשו אותם סיכונים תלויים. דא עקא, שבשל מבנה שוק ההון החזקת הון נזיל בסכומים גבוהים אינה רווחית במיוחד.¹⁰⁸

כיצד מתמודדים עם סיכונים תלויים? פיזור סיכונים משמש למבטחים דרך להרחבת ההגנה שלהם מפני הסיכונים שלהם הם חשופים (באמצעות המבטחים שלהם) והוא מתרחש בשני אופנים – פיזור באשר לסיכון מסוים ופיזור על פני סוגי סיכון שונים.¹⁰⁹ כאשר לפיזור סיכון מסוים, העיקרון הוא זה שעומד בבסיס חוק המספרים הגדולים. ככל שהפרטים המתגוננים מפני אותו הסיכון רבים יותר, כך פוחתת אי-הוודאות העומדת בפני המבטח, אך זאת אם הסיכונים אינם תלויים זה בזה. כאשר לפיזור סוגי סיכון שונים, הסיכוי הכללי להפסד מופחת באמצעות הגנה מחשיפה הקשורה בסיכון שבאירוע מסוים, כגון סופת טורנדו, על ידי חשיפה לסיכונים אחרים, כגון אש. לכאורה פיזור מסוג זה יכול להתמודד עם סיכונים תלויים. עם זאת יש ליתן את הדעת על כך שלא כל הסיכונים הללו עצמאיים, שכן סופות הוריקן לעתים קרובות מלוות בשיטפונות, ואילו רעידות אדמה לעתים קרובות כרוכות בשרפות.

דרך נוספת להגנה מפני אותם סיכונים מוצאים המבטחים בכך שהם לעתים קרובות מחריגים סיכונים תלויים מהפוליסות שהם מנפיקים – החרגות לנזקים הנובעים ממלחמה, רעידות אדמה ושיטפונות הן דוגמאות לכך. לבסוף, דרך אחרת שבה המבטחים מתגוננים מפני סיכונים תלויים היא באמצעות רכישת ביטוח משנה אצל מבטחים אחרים. לעתים כשהשוק החופשי אינו מצליח לכסות את הסיכונים, אין בררה, ועל הממשלות לשמש המבטח הראשי. בארצות הברית למשל הממשלה מציעה ביטוח נגד נזקי שיטפונות וביטוח משנה נגד נזקי פיגועי טרור. בישראל המדינה מכסה נזקי מלחמה מכוח חוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961.¹¹⁰

108 Jaffee & Russel, לעיל הערה 105, בעמ' 209-216.

109 TOM BAKER, INSURANCE LAW AND POLICY: CASES, MATERIALS AND PROBLEMS 4 (2nd ed., 2008).

110 התועלת הטמונה במעורבות סקטור הציבורי בביטוח אישי שנויה במחלוקת. ראו Howard Kunruether, Mark Pauly, *Rules Rather than Discretion: Lessons from Hurricane Katrina*, 33 J. RISK UNCERTAINTY 101 (2006) וראו גם J. David Cummins, *Should the Government Provide Insurance for Catastrophes?*, 88 FED. RESERVE BANK ST. LOUIS REV. 337 (2006).

שני פסקי דין אמריקאיים שבהם דנו בתי משפט בהחרגת הכיסוי הביטוחי לשיטפונות מדגימים כיצד היה ראוי שבתי המשפט ישתמשו בפקטורים הכלכליים שנידונו כאן. פרשת קיין עסקה בפוליסת ביטוח שכללה סעיף החרגה סטנדרטי לנוקי שיטפונות במקרה שבו קרס סכר בקולורדו.¹¹¹ בית המשפט מצא שכיוון שנוקי המים נגרמו בדרך הטבע, כאשר בלא מעורבות יד אדם פרצו המים את הסכר אל היבשה, הרי שמדובר בשיטפון כמשמעו בפוליסה, הנופל בגדר ההחרגה. לעומת זאת בפרשת פרנדל המונח "שיטפון" נמצא דר-משמעי, ועל כן לא חל על פיצוץ צינור מים עירוני בפוליסת ביטוח דומה.¹¹²

בשתי הפרשות הללו בית המשפט סמך את החלטותיו על פירושים שונים למשמעות המונח "שיטפון". אך האם באמת קיים הבדל לשוני בין שיטפון הנגרם בגלל קריסת סכר לבין שטפון שנגרם בשל צינור שאינו תקין בגלל רשלנות? כפי שנראה בהמשך, השאלה החשובה היא התכלית הביטוחית העומדת בבסיס החרגת השיטפון מהכיסוי בפוליסה. כפי שנידון לעיל, מטרת ההחרגה עניינה במניעת חשיפה לסיכונים תלויים. קריסת סכר סביר שתוביל להצפה של אזור נרחב, עד כדי עיר שלמה, ועל כן מדובר בסיכון מסוג הסיכונים התלויים שההחרגה בפוליסה מיועדת להימנע מהם. לעומת זאת צינור עירוני שהתפוצץ סביר שישפיע לכל היותר רק על כמה בתים הסמוכים לו, ועל כן אין סיבה כלכלית להכלילו מראש בהחרגה שבעניין השיטפון.

4. תמחור לא תחרותי

המכשול האחרון ליעילות שנדון בו הוא תמחור לא תחרותי. בעיות תמחור מתעוררות כאשר קיימים מכשולים ניכרים המונעים תחרות בין המבטחים – אם בשל דרישת הון שונות של הרגולטור ואם בשל רגולציה אחרת. כמו בכל שוק תנאים כאלה עלולים לגרום לעליית מחירים גדולה באופן לא יעיל ולהיותו של סך הביטוח הנרכש לא מספק ולא מיטבי (כזכור כמות אופטימלית של סחורות ושירותים מתקבלת בשווי משקל תחרותי – ראה פרק 1). עם זאת ראוי לזכור כי התערבות משפטית לתיקון בעיות התמחור הללו עלולה להביא לעלויות המרובות מהתועלת המופקת ממנה, כמו למשל קיבוע רמת מחירים נמוכה מדי של הפרמיות. זו עלולה לגרום בתגובה להפחתת איכות הכיסוי הביטוחי המסופק בתמורה לאותן הפרמיות.

כפי שדנו לעיל, חוזים אחידים המנוסחים ניסוח קולקטיבי גורמים אף הם פגיעה בתחרות היות שהמבטחים חסרים את הגמישות להציע תנאים תחרותיים ומבודלים

111 Kane v. Royal Insurance Company of America, 768 P.2d 678, 679-80 (Col. 1989)
112 Ferndale Development Co. v. Great American Insurance Co., 527 P.2d 939, 940 (Col. 1974).

למבוסטחים, שהרי ניסוח חוזי ביטוח החורגים מהנורמות המקובלות עלול להתפרש כניסיון להטעות את המבוסטחים.

בדומה לכך הועלתה הטענה כי לעורכי הדין, הן מטעם התובעים והן מטעם הנתבעים, תמריצים להותיר את מורכבות חוזי הביטוח על כנה ובכך לשמר את תפקידם כגורם מתווך בין המבוסטחים למבוסטחים. לעתים התוצאה עלולה להיות תנאים לא יעילים, בעיקר בכל האמור בביטוחי חובה, שבהם למבוסטחים יכולת פעולה נרחבת יותר להכתיב את תנאי הביטוח.

תחרות מוגבלת נחשבת לאורך השנים לרעה חברתית שיש לטפל בה באמצעות חוק ההגבלים העסקיים. ואכן בישראל הועמדו ראשי חברות ביטוח לדין בשל עברות על חוקים אלו. לעומת זאת בארצות הברית ביטוח נחשב עניין החוסה תחת חוק מדינתי, ולכן פטור מחוקי ההגבלים העסקיים הפדרליים.

5. סיכום

כפי שהראינו, קיימים כשלים רבים ליעילות שוק הביטוח מלבד סיכון מוסרי וברירה שלילית. עלויות עסקה, החצנות, סיכונים תלויים ותמחור לא תחרותי – כל אלה הם מכשולים בדרך להשאת התועלת החברתית. אמנם אפשר להשתמש בכמה אסטרטגיות כדי להתמודד עם כל אחד מכשלים אלה, אולם אף אחת מהאסטרטגיות הללו אינה יעילה לחלוטין, ולעתים קרובות יכולות אסטרטגיות אלה ליצור בעיות נוספות שיש לתת עליהן את הדעת. חוזים אחידים הם דוגמה אידאלית לכך: הם אמנם פתרון יעיל בכל האמור בהפחתת עלויות העסקה, אך הם ודאי אינם מונעים אותן. מלבד זאת החוזים האחידים עלולים לגרום להפחתת התחרות ולכך שלמבוסטחים יהיה קל יותר לתאם ביניהם את מחירי הפרמיות עד כדי הסדר כובל.

כאשר בתי המשפט או המחוקקים בוחנים סוגיה משפטית מסוימת בדיני ביטוח, עליהם לתת את הדעת על כל הכשלים הללו ולשקול אותם ואת השפעותיהם. כשמדובר בהחרגה, על בתי המשפט לבחון תכליתה הביטוחית. מחד יש למנוע ממבוסטחים לנצל לרעה את כוח המיקוח הרב שלהם, את ניסיונם ואת משאביהם הרבים. מאידך להחרגות אלה בדרך כלל תכלית ביטוחית לגיטימית, ואם בית המשפט אינו שוקל את תכלית ההחרגה בבואו לדון בעניין ולהכריע אם ההחרגה תקפה אם לאו, הוא עלול להביא לשוק ביטוח יעיל פחות ולפגיעה במאגר הביטוחי כולו.

השאלה שנותרה בפנינו היא אפוא כיצד אפשר לזהות החרגות לגיטימיות שהן חלק משוק ביטוח יעיל. בחלק הבא והאחרון של פרק זה תובא מסגרת תאורטית המתמקדת בתועלת לכלל מאגר המבוסטחים.

ד. מסגרת תאורטית מוצעת – הגישה התכליתית – בין שני עולמות

בחלק זה אציע מסגרת תאורטית פשוטה העשויה לסייע לשופטים ולמתווי המדיניות בהערכה ראשונית בבואם לקבוע מהו הפתרון המיטבי במחלוקות שונות שעניינן דיני ביטוח, וזאת מנקודת המבט של הניתוח הכלכלי של המשפט. המסגרת המוצעת אינה חדשנית או מהפכנית אלא מאפשרת להמיר את האופן שבו בתי המשפט מפרשים חוזה ביטוח (בקצרה, פרשנות תכליתית בעלת ממד סובייקטיבי ואובייקטיבי) בכלי מחשבתי פשוט יותר המאפשר במקרים רבים לזהות בקלות יחסית את הפרמטרים הרלוונטיים כדי לקבוע מהו הפתרון המיטבי בסכסוך. גם כאשר המסגרת התאורטית אינה יכולה לספק תשובה חד-משמעית, היא מספקת במקרים רבים מפת דרכים, מעוררת את השאלות הנכונות וממקדת את שימת לבו של הפרשן בנתונים האמפיריים הרלוונטיים החסרים.¹¹³

המחלוקת הביטוחית הטיפוסית מתעוררת כיוון שהמבטח מסרב לדרישה לכיסוי ביטוחי כשהוא מסתמך על לשון החוזה או על חלק מהעקרונות הכלליים של דיני הביטוח. כיצד נוכל לדעת אם דחיית התביעה לכיסוי הביטוחי מוצדקת? המתח הפרשני בסיטואציות האלה הוא בין סיפוק כיסוי ביטוחי למבוטח מחד, תוך הימנעות מפגיעה בתמריציו לנקוט פעולות יעילות מאידך. אני מכנה את הגישה המוצעת כאן "הגישה התכליתית – בין שני עולמות" כיוון שהיא דורשת מהפרשן להתמקד בתכלית ההחרגה לכיסוי הביטוחי תוך שימוש בכלי מחשבתי שלפיו קיימים שני עולמות ובהם הכול זהה למעט הסעיף שבמחלוקת שבפוליסת הביטוח.

בשלב הראשון יש לבחון אם ההחרגה לכיסוי הביטוחי משרתת איזושהי תכלית ביטוחית לגיטימית. כשההחרגה נועדה למנוע התנהגות אסטרטגית בלתי יעילה של המבוטחים (או את אחד הכשלים האחרים שנדונו לעיל לחוזה בטוח יעיל) מבלי שתיווצר בעיה גדולה יותר של התנהגות אסטרטגית מצד המבטחים, אזי ההחרגה כנראה מוצדקת. למשל, אפשר להצדיק בפוליסת ביטוח רכוש החרגה של הפסדים הנובעים מחבות בשל תאונות דרכים בכך שהדבר מונע סבסוד צולב של בעלי הרכב את חסרי הרכב, ובכך מביא לסיווג סיכונים יעיל יותר.

113 אחרים טענו בעבר כי על בתי המשפט האמריקאיים לנקוט גישה נורמטיבית יותר כאשר הם דנים בסוגיות שעניינן דיני הביטוח. Schwarcz טוען כי על בתי המשפט להתייחס להליכים משפטיים שעניינם ביטוח באותו האופן שבו הם מתייחסים להליכים שבהם נידונה אחריות בשל מוצרים פגומים, ולעשות כן באמצעות בחינת הערך של תנאי הפוליסה הנתון לדין. Daniel Schwarcz, *A Products Liability Theory for the Judicial Regulation of Insurance Policies*, 48 WM. & MARY L. REV. 1389 (2007).

בשלב השני יש לבחון אם העלויות המנהליות הכרוכות בהערכה והכרעה בכל מחלוקת בפני עצמה גבוהות מדי, שאז כלל אצבע ברור באשר לתקפות ההחלטה יכול להתאים. במקרים אחרים, כשהעלויות המנהליות אינן מהוות בעיה, גישה קזואליסטית שבה נבחן כל מקרה לגופו יכולה להיות מיטבית.

כדי שיוכל הפרשן להתמקד בגישה הנכונה, עליו לדמיין שני משטרים משפטיים – שני עולמות – האחד שבו ההחלטה הרלוונטית מתקיימת, והשני שבו ההחלטה אינה חלה כלל. בעולמות הללו כל שאר התנאים, למעט השאלה באשר לתחולת ההחלטה, זהים. לעתים ניתוח התמריצים של הצדדים לחוזה הביטוח יוביל למסקנה כי מבחינת הרווחה החברתית אחד העולמות נעלה על האחר בבירור. במקרים אחרים העלויות של כל משטר משפטי תלויה בראיות אמפיריות.

נקודת המוצא של הפרשן, בעודו בוחן אם דחיית כיסוי ביטוחי מסוימת ראויה, צריכה להיות שימת דגש בהשלכות החלטתו על התועלת של כלל המבוטחים. כאן יהיה רצוי ומועיל לנטוש את הגישה המסורתית באשר למחלוקות בדיני ביטוח, שלפיה יש לבחון את הסוגיה המשפטית מנקודת מבט אקס פוסט. גישה כזו נפוצה ועלולה להוביל להרחבת הכיסוי הביטוחי ללא הצדקה, ולמה שמכונה "ביטוח פרי פסיקה"¹¹⁴. התבוננות אקס פוסט עלולה להביא להקצאה לא יעילה של משאבי המבוטחים, ובעקבות זאת – לעלויות מיותרות למבוטחים עצמם.

נקודת מוצא יעילה יותר באשר לפרשנותן של מחלוקות ביטוחיות היא שהמחלוקת מתקיימת למעשה בין מאגר המבוטחים כולו (הנתבע) למבוטח ספציפי (התובע), ואשר גם הוא חלק מאותו המאגר. שלא כמו הגישה המסורתית, שלעתים קרובות מאמצת את נקודת המבט של המבוטח, הגישה המוצעת הזאת מעדיפה את נקודת המבט של כלל מאגר המבוטחים.¹¹⁵

הסיבה שבעטייה הגישה המוצעת מעדיפה את נקודת המבט של המאגר הביטוחי כולו היא שנקודת מבט זו מזהה באופן מדויק יותר את התוצאה היעילה. למבוטח שסבל מהפסד יש נקודת מבט צרה במיוחד, המונעת מאינטרסיו שלו. המבוטח רוצה שההפסד שלו יכוסה בלא קשר להשלכות על יתר המבוטחים. שלא כמו הגישה המסורתית, הגישה התכליתית בוחנת את המחלוקת מנקודת מבט אקס אנטה. מכאן שהשאלה הרלוונטית אינה אם נזקי התובע מכוסים בהסתמך על לשון הפוליסה, כיוון שהחלטות בשאלות של כיסוי ביטוחי – לפחות אלה שמגיעות להליכים משפטיים – בהתבסס על לשון הפוליסה בלבד רחוקות

114 ראו Kenneth S. Abraham, *Judge-Made Law and Judge-Made Insurance: Honoring the Reasonable Expectations of the Insured*, 67 VA. L. REV. 1151 (1981).

115 Abraham מתאר גישה זו כמודל הרוב של פרשנות שיפוטית. ראו Abraham, לעיל הערה 78.

מלהיות פשוטות. במקום זאת השאלה צריכה להיות אם מבטח ומבוטח סבירים, מאחורי מסך בערות, היו כורתים חוזה ביטוח שלפיו המבוטח היה משלם פרמיה בעבור הכיסוי הביטוחי שבמחלוקת בלא לדעת אם הוא אי פעם יידרש לו, ובידיעה שכיסוי כזה עלול לפגוע בתמריצי כלל המבוטחים במאגר הביטוחי. זוהי נקודת המבט של מאגר המבוטחים, וזוהי פרדיגמת חוזה הביטוח היעיל המוצגת כאן.

כדי לענות על השאלה אם מבוטח סביר היה משלם פרמיה בעבור הכיסוי הביטוחי שבמחלוקת למרות ההשלכות הפוטנציאליות על התמריצים, על הפרשן להביא בחשבון ככל האפשר את הכשלים המהותיים ליעילות הכלכלית שנידונו לעיל – סיכון מוסרי, ברירה שלילית, עלויות מנהליות, החצנות על מבוטחים אחרים וסיכונים תלויים. השלכות הכשלים הללו יכולות להצדיק את דחיית הכיסוי הביטוחי. כאשר הפוליסה יעילה, ההחרגות יעילות, כיוון שתכליתן היא התמודדות עם סיכון מוסרי, ברירה שלילית וכיו"ב, ולכן במקרים אלו לא תידרש כלל התערבות בית משפט או מחוקק בתוכן החוזה שבין הצדדים, לפחות לא בכל האמור בהיבט היעילות.

נניח לדוגמה שפוליסה הביטוח מחריגה סיכון מסוים. יש לבחון את כל ההשפעות המהותיות שתביא אכיפת ההחרגה או אי-אכיפתה וליתן עליהן את הדעת, לרבות מידת הרציות של כיסוי ביטוחי בסיטואציה זו והעלויות במחירי הפרמיה שעלולות להיגרם בשל כך. כדי שהניתוח יהא נכון, יש לשקול אך ורק את ההשלכות העתידיות ולהתעלם מהשפעות שכבר נוצרו לגבי הצדדים המדוברים, קרי יש לבחון את הסוגייה מהיבט האקס אנטה.

נתחיל בדוגמה פשוטה: דבר שכיח הוא כי פרק החבות הכלול בביטוחי צד ג (וגם רכוש) מחריג כיסוי לעוללות מכוונות.¹¹⁶ ב"עולם" שבו ההחרגה חלה, בעלי בתים ידעו שאם הם יפגעו במכוון במישהו, לא יהיה להם כיסוי ביטוחי. למשל, סביר שמספר האנשים שיגרמו לעוללות מכוונות לא יהיה רב, ולכן יוכלו המבוטחים לשמור על מחירי הפרמיות נמוכים. השאלה היא אפוא אם מבוטח סביר יעדיף לחיות ב"עולם" שבו אנשים יכולים לבצע עוללות מכוונות ולחסות תחת הכיסוי הביטוחי, ולכן תהיינה הפרמיות גבוהות, או ב"עולם" שבו עוללות מכוונות אינן זוכות לכיסוי ביטוחי, והפרמיות נמוכות. כאן התשובה ברורה – מניעת עוללות מכוונות היא לעתים קרובות זולה, ואילו כיסוי ביטוחי להתנהגות מסוג זה יכול לפגוע בתמריצי המבוטחים להימנע מהתנהגות כזאת ולהביא לתוצאה לא יעילה חברתית. לכן רוב המבוטחים יעדיפו לחיות ב"עולם" שבו ביטוח חבות צד שלישי מחריג כיסוי ביטוחי לעוללות מכוונות.

116 ראו למשל 3 Ill. App. 3d 395, 398 (Ill. App. 3 Dist., 2006).
Illinois Farmers Ins. Co. v. Kure, 364 Ill.App.3d 395, 398 (Ill. App. 3 Dist., 2006).

עם זאת קיימים מקרים שבהם התשובה עשויה להיות שונה. מאבטחים בברים למשל עשויים להחזיק בעמדה שונה בסוגיה זו, שכן בשל אופי עיסוקם יכול שחבות בעבור עוולות מכוונות תהיה אצלם שכיחה יותר. מאבטחים יכולים לצפות סיטואציות שבהן הפעולה שינקטו תפורש לאחר מכן על ידי בתי המשפט כתקיפה. כאשר כיסוי החבות הוא ייחודי למאבטחים, מאגר המבוטחים יעדיף לחיות ב"עולם" שבו פעולה כזו זוכה לכיסוי ביטוחי. נשאלת השאלה מדוע לא לאפשר לבית המשפט לקבוע אם יש כיסוי לפי קהל היעד, ובענייננו למאבטחים או למבוטחים אחרים, בהתבסס על הציפייה הסבירה שלהם כשהם רוכשים כיסוי ביטוחי. הסיבה בעיקרה נעוצה בעלויות המנהליות הכרוכות בדיון המשפטי. ב"עולם" שבו בכל מקרה של עוולה מכוונת בית המשפט נדרש לקבוע אם המבוטח צפה באופן סביר שיהיה לו כיסוי ביטוחי, תהינה עלויות מנהליות גבוהות הרבה יותר מב"עולם" שבו כיסוי ביטוחי שכזה אינו מסופק אלא באמצעות פוליסות מיוחדות וייעודיות. בשל השונות הזאת בעלויות המנהליות הכרוכות בדיון המשפטי מאגר המבוטחים – שנושא ברוב העלויות הללו, אם לא בכולן – יעדיף לחיות כנראה בעולם שבו בכל האמור בעוולות מכוונות הציפייה הסבירה של המבוטח הספציפי אינה משנה, והכיסוי הביטוחי אינו חל בהיעדר פוליסה ייחודית. למאבטחים תישאר מן הסתם האפשרות לקנות פוליסת ביטוח חבות ייחודית למאבטחים.

הגישה התכליתית – בין שני עולמות – מסייעת גם לחשיפת המהות הביטוחית של הדוקטרינה המשפטית, במקרה שלהלן דוקטרינת הציפיות הסבירות של המבוטח. קחו למשל את פרשת מויאל נ' מגדל חברה לביטוח.¹¹⁷ באותה פרשה סגרו המבוטחים את חנותם ביום שישי במנעולי תלייה, ובשובם לחנות, ביום ראשון, מצאו כי המנעולים נעלמו וסחורה נגנבה מן החנות. בית המשפט דן בפרשנות הגדרת המונח "פריצה", אשר הוגדרה בפוליסה כ"גניבת רכוש מתוך בית עסק... שבוצעה לאחר חדירה לאותם המבנים ובתנאי שהחדירה או היציאה בוצעו באלימות ובכוח ונשארו סימנים המעידים על שימוש באלימות או בכוח בכניסה או ביציאה". על סמך הגדרה זו והיות שלא היה סימן בשטח לכניסה בכוח או באלימות פסק הנשיא שמגר נגד המבוטחים. מנגד, בעניין דומה קבע בית המשפט העליון של מינסוטה בפרשת *Atwater* כי יש לספק כיסוי ביטוחי אפילו כאשר לא היו ראיות מוחשיות לכניסה בכוח, וזאת בהתעלמו מהחרגה מפורשת בפוליסה ותוך הישענות על דוקטרינת הציפיות הסבירה של המבוטח (בגרסתה החזקה).¹¹⁸ לפי הגישה המוצעת כאן, השאלה בעניין זה הייתה צריכה להיות, כשכל שאר הנתונים זהים, אם "עולם" שמתיר החרגה בהיעדר ראיות מוחשיות לכניסה בכוח עדיף על פני

117 ע"א 263/82 מויאל נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם).

118 *Atwater Creamery Co. v. W. Nat'l Mut. Ins. Co.*, 366 N.W. 2d 271 (Minn. 1985).

"עולם" שאינו מתיר החרגה שכזו. במילים אחרות, האם ראוי שיהיה כיסוי ביטוי לעבודות "נקיות"? מסתבר שקיימים שני סוגי עבודות נקיות: האחד, פריצות שמבוצעות על ידי מישהו הקשור במבוטח – "עבודה פנימית נקייה". השני, פריצות שמבוצעות על ידי מישהו שאינו קשור במבוטח אך מבוצעות במקצועיות כה רבה עד שאינן משאירות כל סימן – "עבודה חיצונית נקייה". פוליסה יעילה מחריגה "עבודה פנימית" אך לא "עבודה חיצונית". ב"עולם" שמתיר החרגה של כל עבודה נקייה מועמסות על המבוטחים עלויות שני סוגי הפריצות הנקיות, ובכך מושפעים המבוטחים בשני אופנים: האחד הערמת קשיים על מבוטחים בהשתתפות ב"עבודה פנימית", והשני תמרוצם לנקיטת אמצעי זהירות רבים יותר כדי להתגונן מפני פריצות חיצוניות "נקיות", למשל בכך שינעלו את הנכס במנועול קשיח, יתקינו מערכות אזעקה, יחליפו את המפתח או הקוד לאזעקה מדי זמן מה וכו'. במילים אחרות, ההחרגה מפחיתה את הסיכון המוסרי הכרוך בפוליסות שעניינן פריצה. בשל ההחרגה פוחתות הפריצות, והפרמיות נמוכות יותר. זאת ועוד, ההחרגה מטילה את עלות המניעה של "עבודה פנימית" על המבוטח ולא על כלל המבוטחים. זהו הסדר יעיל, שהרי סביר שיהיה למבוטח יתרון בהשגת המידע הנדרש כדי לנקוט את אמצעי הזהירות הללו. למשל, כאשר עובד בעייתי מפוטר או מתפטר, יכול המבוטח להחליף את המפתחות או את קוד האזעקה. לעומת זאת ההחרגה מונעת כיסוי ביטוחי רצוי כשמדובר בעבודה חיצונית נקייה.

בעולם השני, שבו ההחרגה איננה נאכפת, יהיו למבוטחים פחות תמריצים לשמור על נכסיהם, וייתכן שאף יתמרצו להונות את המבוטחים בכך שיפרצו בעצמם לנכסיהם. ברור שבמצב דברים זה הפרמיות תהיינה גבוהות יותר. נראה שבעיקרון כללי, החרגת פריצות כאשר אין ראיות מוחשיות לכניסה בכוח ראווה, שכן למבוטח קשה להבחין בין "עבודות פנימיות נקיות", שאין לכסותן, ובין "עבודות חיצוניות נקיות", שראוי לכסותן. וכפי שראינו עומדים למבוטח אמצעים סבירים למנוע את שני סוגי הפריצות הללו. מכאן שהחרגה זו משיאה בדרך כלל את הרווחה לכלל מאגר המבוטחים. בבחירה בין כיסוי נרחב יותר (שיכלול עבודות חיצוניות נקיות) ובין אי-פגיעה בתמריצים של המבוטח לנקוט אמצעי זהירות יעילים כדי שתימנע עבודה פנימית, הבחירה באפשרות האחרונה נראית עדיפה (לפחות כל עוד אין נתונים אמפיריים הסותרים זאת, כגון שעבודות חיצוניות נקיות הן שכיחות ביותר, ואילו עבודות פנימיות הן נדירות, שאז מוטב לוותר על ההרתעה ולבחור בכיסוי נרחב יותר). מכאן שלכאורה עדיפה גישתו של בית המשפט העליון בישראל בפרשת מויאל על זו של בית המשפט העליון במינסוטה בפרשת *Atwater*.

עד כאן יישום השלב הראשון.

כזכור, בשלב השני של יישום המסגרת התאורטית נבחנת האפשרות לבחון את המקרה בצורה קזואיסטית, ובלבד שהעלויות המנהליות הכרוכות בכך אינן מהוות בעיה. כזכור,

התוצאה מהחלטת בית המשפט העליון של ישראל היא שמשטר העיקרון הכללי שלפיו ההחרגה מוצדקת, שכן היא מתמרצת את המבוטחים להימנע מהשתתפות בפריצות לרכושם ואף לנקוט אמצעי זהירות ראויים. מנגד, במצבים שבהם המבוטחת פעלה בדרך מיטבית מן הבחינה החברתית, כלומר כאשר המבוטחת אכן נקטה אמצעי זהירות אופטימליים, כפי שאכן היו פני הדברים בפרשת *Atwater*, הרי שכפיית כיסוי ביטוחי תוך התעלמות מלשון הפוליסה תפזר את הסיכון מנזקי פריצה חיצונית מקצועית ונקייה בין כל המבוטחים שבמאגר, ובכך תתרום לרווחה המצרפית.

ב"עולם" שבית המשפט של מינסוטה בחר בו, שבו פריצות נקיות חיצוניות זוכות לכיסוי ביטוחי, תהינה הפרמיות גבוהות מאלה שבעולם שבו ההחרגה נאכפת במלואה תמיד, כמו שהיה בפרשת מויאל. עם זאת ייתכן שמבוטחים יעדיפו לשלם פרמיות גבוהות יותר כדי לזכות בתחולת הכיסוי הביטוחי נגד פריצות נקיות מסוג זה.

ודוק, התעלמות קזואיסטית מההחרגה (כפי שעשה בית המשפט במינסוטה) היא דרך ביניים בין התעלמות מוחלטת מההחרגה לכיבוד מוחלט שלה (כפי שעשה בית המשפט העליון בישראל). התעלמות קזואיסטית עשויה לסייע להתמודדות עם בעיית הסיכון המוסרי יותר מאשר התעלמות מוחלטת מההחרגה, אך בה בעת גם ייתכן שתהיה יעילה פחות בהתמודדות עם הסיכון המוסרי מאשר כיבוד מוחלט של ההחרגה. מדוע "ייתכן"? משום שמן הבחינה התאורטית התוצאה בעניין זה אינה מובהקת, וכדי להכריע מהו ה"עולם" הטוב יותר בכל הנוגע לכיסוי פריצות נקיות, ואם עלות כיסוי עולה על התועלת, נדרשים נתונים אמפיריים. מכאן שמן הבחינה התאורטית אין זה ברור אם החלטת בית המשפט של מינסוטה רצויה היא אם לאו, שכן אין בידינו נתונים באשר לעלות החברתית של פריצות פנימיות אל מול פריצות חיצוניות נקיות, עלות מניעת כל אחד מן הסוגים, וגם לא נתונים על העלויות המנהליות הכרוכות בהתעסקות קזואיסטית בהבחנה שביניהם.

אכן, כאמור לעיל ניתוח קזואיסטי של כל מקרה לגופו טומן בחובו עלויות מנהליות רבות. ברור כי העלויות המנהליות הכרוכות בהתעלמות סלקטיבית מן ההחרגה גבוהות מאלה של אכיפה גורפת של ההחרגה או מביטול גורף שלה, שהרי כלל אצבע ברור יהיה כמעט תמיד זול יותר לאכיפה מאשר ניתוח קזואיסטי של כל מקרה לגופו. מכאן שהכרעת בית המשפט במינסוטה יכולה להיות מוצדקת אם התועלת המופקת מכיסוי ביטוחי לפריצות נקיות על ידי גורמים מבחוץ גבוהה מהעלות הכרוכה בו (למשל מקום שסכנת העבודות ה"פנימיות" אינה גדולה) ואם העלויות המנהליות הכרוכות בהוכחה קזואיסטית כי המקרה אינו "עבודת פנים" אינן עולות על הפרש ביניהן.

נציין כי כמה שנים אחר כך, בפרשת בית הכנסת רמת חן, קבע בית המשפט העליון בישראל כי חל כיסוי ביטוחי בפריצה חיצונית (יחסית) נקייה. באותה פרשה, שבה נגנבו ארבעה ספרי תורה מבית כנסת, הובאו ראיות כי הפורצים חדרו לבית הכנסת דרך חלון צדדי שלא היה נעול. בית המשפט העליון הלך בדרכו של בית המשפט בפרשת *Atwater* ובאמצו

את דוקטרינת הציפיות הסבירות של המבוטח, אם כי בגרסתה החלשה, בחר לראות בסימני בוך שהותירו הפורצים סימנים לפריצה בכוח. מן הסתם יש בגישת בית המשפט בפרשת בית הכנסת רמת חן כדי לרמז כי בישראל, כמו גם בארצות הברית, העלויות החברתיות הכרוכות ב"עבודה פנימית" אינן גבוהות, ועל כן התועלת של כיסוי פריצות נקיות עולה על עלותן.¹¹⁹ ראייה נוספת בזכות התועלת שבכיסוי פריצות נקיות אפשר למצוא בעובדה ששנים מספר לאחר פרשת מויאל תיקנו חברות ביטוח את לשון הפוליסה באופן שהגדרת המונח "פריצה" תכלול גם מצבים שבהם הכניסה לבית העסק בוצעה באמצעות שימוש במפתחותיו שנגנבו או הועתקו שלא כדין מהמבוטח, קרי פריצה פנימית נקייה.¹²⁰ סגולותיה של הגישה התכליתית – בין שני עולמות – באות ידי ביטוי מובהק אגב השוואה בין פרשת שלזניגר¹²¹ (בית המשפט העליון בישראל), שבה נידונה שאלת הכיסוי הביטוחי למחלת הסרטן שהייתה קיימת טרם בוטלה הפוליסה מבלי שהמבוטח ידע על קיומה, לפרשת לוסון¹²² (בית המשפט הפדרלי בארצות הברית), שבה נידונה שאלת הכיסוי הביטוחי למחלת הסרטן שהייתה קיימת טרם רכישת הפוליסה מבלי שהמבוטח ידע על קיומה. בפרשת שלזניגר ביטל המבוטח עם עזיבת עבודתו את פוליסת ביטוח החיים שכללה כיסוי כנגד מחלת הסרטן. כחודש לאחר הביטול נודע לו כי בגופו מקננת זה זמן מה מחלת הסרטן. כעבור תשעה חודשים שיגר המבוטח הודעת ביטול ל"הודעת הביטול של הפוליסה". כעבור עשרה ימים הוא נפטר עקב מחלת הסרטן. חברת הביטוח סירבה לקבל את ביטול הביטול ודחתה את התביעה לתגמולי ביטוח. מכיוון שלשון הפוליסה הייתה חד-

- 119 עמד על כך הנשיא שמגר בפרשת רוני סיני: "במקרה הרגיל, אין אדם פורץ אצל עצמו. מי שמכיר את המציאות בעולם הפשע יודע, כי מספר הפריצות כפשוטן הוא רב ביותר וכי הרוב המכריע של התביעות לתשלומי הביטוח עקב פריצות מוגשות ביושר ובתום לב". בע"א 1845/90 רוני סיני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז (5) 661, 671 (1993). אכן בפרשת בית הכנסת רמת חן, לעיל הערה 80, העיר השופט בכך כי ייתכן שבית המשפט החמיר עם המבוטחים בפרשת מויאל, לעיל הערה 117. "אם אמנם שוכנע בית המשפט במקרה ההוא, על סמך ראיות ישירות ונסיבתיות, שאכן נתלו מטעם המבוטחים מנעולים עובר לפריצה וננעלו, וכי לא היתה גישה למפתחות מצד גורם חוץ בלתי מוסמך, וכי הגיונית ניתן היה לפתוח את המנעולים רק בכוח, כי אז, מכל מקום, ניתן היה לראות בעצם העלם של המנעולים הן הוכחה על שימוש בכוח, והן סימן לכך שכוח כזה אכן הופעל. אינני רואה הבדל עקרוני בין העלמו של מנעול בנסיבות כאלה ובין השארתו במקום כאשר הוא שבור" (שם בפסקה 11).
 120 ראו למשל פרשת בית הכנסת רמת חן, לעיל הערה 80; ת"א (שלום ת"א) 224134/02, מגשימים כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 15.3.2004).
 121 ע"א 8972/00 שלזניגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(4) 817 (2003) (להלן – פרשת שלזניגר).
 122 Lawson ex rel. Lawson v. Fortis Insurance Company, 301 F.3d 159 (3d Cir. 2002) (להלן – פרשת לוסון).

משמעית כי הכיסוי חל רק מרגע שמחלת הסרטן התגלתה, לא התעוררה שאלת כלל הפרשנות כנגד המנסח, אלא אם ביטול ה"ביטול" מקורו בטעות לפי סעיף 14 לחוק החוזים. דעת הרוב (השופטים א' פרוקצ'יה ושי' לוין) הייתה כי טעותו של המבוטח בדבר מצב בריאותו היא בגדר טעות שבעובדה בדבר כדאיות העסקה (סעיף 14(ד) לחוק החוזים), ועל כן לא תיחשב טעות הפוגמת ברצונו בפעולתו לביטול החוזה. דעת המיעוט (השופט א' לוי) הייתה כי מדובר בטעות יסודית (אשר המבטחת לא ידעה עליה), ואשר על כן לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים על בית המשפט לבטל את הביטול "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת".

בפרשת לוסון נידונה השאלה אם ילדה שקיבלה טיפול רפואי לסימפטומים של לוקמיה יומיים לפני הנפקת פוליסת הביטוח, אך לא אובחנה כחולה במחלה עד לאחר הנפקת הפוליסה, זכאית לכיסוי ביטוחי נוכח החרגת מגבלות הבריאות הקיימות לפני רכישת הפוליסה. בית המשפט מצא כי לשון הפוליסה דו-משמעית בכל האמור לשאלה אם כדי שההחרגה תחול, עצם הטיפול בסימפטומים למחלה מספק, או שמא נדרש אבחון של המחלה הלכה למעשה, והכריע לטובת המבוטחת לאור כלל הפרשנות כנגד המנסח.

ההחלטה בלוסון מחילה את ההחרגה בדבר מגבלות בריאות קיימות רק למקרים שבהם המצב הרפואי אובחן במדויק טרם הנפקת הפוליסה. אפשר כמובן להסביר את הכרעת בית המשפט בתחושה הקשה שהייתה מתעוררת אצל כל מי שהיה נאלץ לדחות כיסוי ביטוחי לילדה חולת לוקמיה. ואולם, זוהי גישת אקס פוסט, המתמקדת ברווחת הצדדים לסוגיה, בעוד הגישה הנכונה שיש לנקוט היא גישת האקס אנטה, המדגישה את תכלית הביטוח ואת ההשלכות העתידיות שתהיינה להחלטה זו.

כששאר התנאים זהים, העולם שבו ההחרגה בלוסון תיאכף יהיה עולם שבו הביטוח יהיה זול בהרבה מבעולם שבו ההחרגה אינה חלה. אך האם המחיר הזול מצדיק את הכיסוי המוגבל? האם מבוטח סביר מאחורי מסך בערות יבחר בכיסוי זה? בעולם שבו ההחרגה אינה חלה, יכול שיתקיים מעגל הברירה השלילית שנידון קודם לכן. בלא ההחרגה תהיינה לאדם בריא מעט מאוד סיבות לרכישת ביטוח אלא עד לאחר שהוא יודע כי הוא חולה. במצב זה מחירי הפרמיות יעלו עלייה דרמטית ובעקבות זאת מעט מאוד אנשים בריאים ירכשו כיסוי ביטוחי, ובכך תיגרם עלייה נוספת במחירי הפרמיות, וחוזר חלילה. סכנה של ברירה שלילית קיימת גם במקרים דוגמת פרשת שלזניגר. בעולם שבו מבוטח רשאי לבטל את הפוליסה ואז לחזור בו מן הביטול אם הסתבר כי בעת הביטול היה חולה, יִדְבְּקוּ הבריאים בביטול ואילו החולים יחזרו בהם מן הביטול לאחר שגילו כי חולים הם.

מנגד, בעולם שבו ההחרגה בלוסון חלה, ידעו המבוטחים שאינם יכולים לרכוש ביטוח בריאות, ובמקרים דוגמת שלזניגר ידעו המבוטחים כי אינם יכולים "לבטל הביטול" לאחר שאובחנו כחולים במחלה. ממש כשם שמבוטחים בביטוח רכוש יודעים שהם אינם יכולים לרכוש ביטוח נזקי אש לאחר שביתם עלה באש, בשוק מתפקד היטב הידיעה הזאת אמורה לתמרץ כל אחד לרכוש ביטוח ולהימנע מביטולו מבעוד מועד. כך הן הבריאים והן החולים יהיו חלק מהמאגר הביטוחי, ובעת שאנשים יאובחנו כחולים, עלות הטיפול בהם תהא

מסובסדת על ידי האנשים הבריאים המצויים במאגר. ברור אפוא, כעניין תאורטי כללי, כי ההחרגה בדבר מגבלות בריאות הקיימות בלוסון ואיסור החזרה מביטול שבשלזינגר חשובים לעצם קיומו של שוק הביטוח (לפחות כאשר אין מדובר בכיסוי ביטוחי שהוא, או ראוי שיהיה, בגדר ביטוח חובה).¹²³ לכאורה אפוא נראה כי צדק בית המשפט העליון הישראלי בפרשת שלזינגר וטעה בית המשפט הפדרלי האמריקאי בפרשת לוסון.

אך לא כך הדבר. כדי להכריע בסוגיה הספציפית שנידונה בפרשות לוסון ושלזינגר יש לחדד את הדיון. בעניין לוסון הדיון נסב לא על השאלה הכללית של החרגת מגבלות הבריאות הקיימות אלא על הסוגיה אם יש להחיל את ההחרגה בעת שהסימפטומים למחלה טופלו טרם אובחנה המחלה עצמה.¹²⁴ לפי בית המשפט, יש לבטל את ההחרגה רק לאנשים שטופלו רפואית טרם אובחנה מחלתם הספציפית, ולכן מדובר בקבוצה קטנה יחסית של תביעות, המצטמצמת עוד יותר לאחר ניפוי התביעות הנגועות בחוסר תום לב. גם בענין שלזינגר מדובר בקבוצה קטנה למדי, שהרי מדובר בעובדים שביטלו את הפוליסה מסיבות לגיטימיות (מעבר מקום עבודה) ומבלי שידעו על מחלתם. במצב זה בעיית הברירה השלילית תהיה קטנה באופן מהותי משהניח הדיון לעיל.¹²⁵

אך הכרעה על פי פרטי המקרים תביא לידי הכבדת העלויות המנהליות כבדות בשל הצורך בבחינה קזואיסטית של כל מקרה לגופו, אם באשר לשאלה אם המצב הרפואי אובחן או שמא טופלו רק סימפטומים בלא שאבחון כזה נעשה (פרשת לוסון), ואם באשר לשאלה אם המבוטח אכן כבר היה חולה בעת הביטול (פרשת שלזינגר). בנוסף, בית המשפט יאלץ לקבוע אם התביעה נגועה בחוסר תום לב או תרמית. אמנם העלויות המנהליות הגבוהות תובלנה לעליית מחירי הפרמיות, אך אין מניעה כי מחירי הפרמיות הגבוהים יהיו במקרים מסוג זה עדיפים על פני היעדר כיסוי ביטוחי ופרמיות נמוכות.

123 אם פרטים מחויבים לרכוש ביטוח, ממילא נמנעת מהם האפשרות לחכות לרכישת הביטוח עד לגילוי המחלה. לכן הבעיות שההחרגה אמורה למנוע אינן נוצרות מלכתחילה.

124 בפרשת לוסון היו ראיות נסיבתיות שהמשפחה הייתה מודעת למצב או לכל הפחות מודעת לכך שמדובר במצב חמור עוד טרם הנפקת פוליסת הביטוח. הסבתא הייתה אחות מוסמכת, והבקשה להנפקת ביטוח הבריאות נעשתה באותו היום שבו נלקחה הבת לרופא. פרשת לוסון, לעיל הערה 122, בעמ' 161. אולם בית המשפט חשב אחרת. אם נצטט מדברי השופט אליטו: "[h]ere, there is no evidence that the possibility that Elena's condition was actually leukemia ever entered the minds of Elena's parents or Dr. Parikh". כאן אין לנו כל ראיה כי המחשבה שאלנה לוקה בלוקמיה אכן עלתה על דעתם של הוריה של הלנה או על דעתו של ד"ר פריק. שם, בעמ' 166.

125 עם זאת לפחות במקרים כגון פרשת לוסון עדיין תתקיים במידת מה ברירה שלילית כאשר המבוטחים עצמם יחדשו שהם לוקים במחלה קשה, עוד טרם אבחנום הלכה למעשה, ובכך יביאו לעלייה מסוימת במחירי הפרמיות. כפי שצוין לעיל, אפשר להקטין בעיה זו באמצעות החלת תקופת המתנה שבה מבוטחים חדשים לא יקבלו כיסוי ביטוחי מלא עד לחלוף תקופת זמן מסוימת מאז רכישת הכיסוי הביטוחי, אלא אם הם היו בעלי כיסוי ביטוחי בעבר.

אם אכן נכונה הנחתנו כי מדובר בקבוצה קטנה יחסית של תביעות אשר אינן מעלות חשש לברירה שלילית בשל תום לבם של המבוטחים, אזי בניגוד למה שנאמר לעיל, התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בפרשת לוסון ראויה, ואילו זו שהגיע אליה בית המשפט בפרשת שלזינגר אינה ראויה.

דוגמה נוספת אפשר למצוא בהחרגת "אבדן השוק" בביטוח מפני הפסקת פעילות עסקית (business interruption). ביטוחי הפסקת פעילות עסקית מספקים כיסוי ביטוחי לאבדן רווחים בשל הפסקת הפעילות העסקית הנובעת ממקרה ביטוח מכוסה שהתרחש, כגון אש וכדומה בפוליסת ביטוח לנזק רכוש. ביטוח הפסקת הפעילות העסקית בדרך כלל הוא תוספת לפוליסת הביטוח ומכסה את הנזק הכלכלי שנגרם מהפסקת פעולת העסק. החרגת "אבדן השוק" מחריגה כיסוי ביטוחי להפסד רווחים שנגרם מאיונו של השוק העסקי הרלוונטי, שיכול להיגרם ממשבר כלכלי, מתחרות או משינויים בביקוש.

החרגת אבדן השוק עומדת בבסיס הדיון שהתעורר בשנים האחרונות בשל אירועים קטסטרופליים שהתרחשו בארצות הברית כגון מתקפת הטרור על מרכז הסחר העולמי ב-11.9.2001. והוריקן קתרינה, שהחריבו שווקים שלמים. כרגיל, השאלה שבה נדון היא אם יש לכבד החרגה זו.

בעולם שבו מתעלמים מהחרגת אבדן השוק, בעלי עסקים יכולים לרכוש כיסוי ביטוחי שמבטיח להם רווחים גם אם הביקוש למוצר שלהם לאחר מקרה הביטוח לעולם לא יחזור לרמות המקוריות, דבר שעלול להביא לבעיית סיכון מוסרי (אקס פוסט) חמורה. איזה תמריץ יש לחברה לנקוט מאמצים ולפעול לחידוש פעילותה העסקית לאחר מקרה ביטוח, אם אכן מובטח לה כי תזכה לכיסוי ביטוחי ברמת רווחיה שקדמה לאותו המקרה? למשל, מסעדה שעלתה באש ויש לה כיסוי ביטוח לאבדן רווחיה תהיה חסרה כל תמריץ לפעול לחידוש פעילותה כאשר מובטח לה לקבל לפחות את אותן סך הרווחים שקיבלה קודם לשרפה. לאחר שיקום מבנה המסעדה יוכלו בעליה לשבת באין מעש עד שקהל לקוחותיהם ישוב לפקוד אותם מעצמו. לעומת זאת בעולם שאוכף את החרגת אבדן השוק אין בעיית סיכון מוסרי שכזו. בעולם זה החברה תהיה חייבת לעשות כל שביכלתה כדי לשוב לפעילותה העסקית לאחר האסון.

אל מול היתרון הזה, החיסרון הטמון בעולם שאוכף את ההחרגה הוא שיש פגיעה בכיסוי הביטוחי כנגד הסיכון שהעסק לא ישרוד עד שהפעילות העסקית תחזור לעצמה. נוכח העובדה שתכלית הביטוח היא בראש ובראשונה הגנה על עסקים בהתרחש מקרה ביטוח מכוסה, ייתכן שהמבוטח הסביר יהיה מוכן לשלם פרמיות גבוהות בתמורה להגנה על עסקו גם מסיכונים של אבדן שוק.

כפי שראינו קודם לכן, גם כאן מדובר באיזון בין מתן תמריצים למבוטח לנקוט פעולות יעילות לבין כיסוי נזקי הסיכונים שאליהם הוא חשוף. ניתוח כלכלי יציע שהחרגת אבדן השוק תחול רק אם קיים סיכון מוסרי (אקס פוסט), וכי הפוליסה צריכה לספק כיסוי ביטוחי כל אימת שסיכון מוסרי אינו מתקיים. טלו לדוגמה את עניין דואן ריד, שבו נידונה הפסקת

פעילות עסקית עקב מתקפת הטרור על מרכז הסחר העולמי בניו יורק, שם החזיקה רשת דואן ריד חנות.¹²⁶ בית המשפט קבע כי הרס מרכז הסחר העולמי, שבו ניהלה הרשת חנות, והפסד הרווחים שלה בגלל הפסקת הפעילות העסקית היו בביטוח הפסד מבוטח. בית המשפט הוסיף וקבע כי תנאי החרגת אבדן השוק אינו חל במקרה של אירוע אבדן שוק עקב מתקפת טרור. במילים אחרות, כיוון שאבדן השוק נבע מעילה המכוסה ביטוחית – הרס פיזי של החנות – הרי שהפסד הרווחים שנלווה לכך מכוסה ביטוחית.

הכרעתו של בית המשפט בעניין זה נכונה, אך הסיבות שהביאו להכרעתו זו שגויות, לפחות לאור הניתוח הכלכלי. כפי שתארנו בדוגמת המסעדה שעלתה באש, אנו מעוניינים לספק לבעלי עסקים תמריצים להתאמץ ולנקוט צעדים לשיקום תנועת הלקוחות בעסקם לאחר קרות מקרה הביטוח. לכן טעה בית המשפט כאשר קבע כי יש לספק כיסוי ביטוחי לאבדן שוק רק משום שנבע ממקרה מבוטח. עם זאת בכל האמור באירועי אסון מסדר גודל זה, כאשר ברור כי אין דבר שבעל העסק יכול לעשות להשבת קהל לקוחותיו לעסקו, כבדוגמת דואן ריד, הרי שאין סיכון לפגיעה בתמריצי בעל העסק, ומכאן שאין לכבד את החרגת אבדן השוק. העלות המנהלית של בדיקה קזואיסטית על ידי בתי המשפט של המקרים נראית זניחה במקרי אסון כגון זה.

אך גם מבוטח שיהיה מוכן לשלם פרמיה גבוהה יותר בעבור כיסוי ביטוחי על אבדן שוק לא ירצה לשלם עבור כיסוי לצמיתות, גם כאשר ברור כי לעולם לא יהיה שוב ביקוש לעסקו. כך גם במקרי אסון הכיסוי הביטוחי צריך להיות תחום בזמן. בית המשפט אכן נקט גישה זו בעניין דואן ריד בכל האמור בממד הזמן, וקבע כי אין לכבד את החרגת אבדן השוק ויש לספק כיסוי ביטוחי לאבדן הרווחים, אך רק למשך תקופת הזמן הסבירה הנדרשת לשם "בנייה מחדש, תיקון או החלפה" של החנות הספציפית שנידונה בעניינו.

גישת שני העולמות יכולה לשפוך אור גם על התועלת שבהחרגות הקשורות בסיכונים תלויים, כגון שיטפונות או נזקי מלחמה. ניקח לדוגמה כיסוי נזקים בגין רעידת אדמה. בישראל נזקים אלו בדרך כלל מוחרגים בפוליסות ביטוח רכוש סטנדרטיות, אם כי אפשר לרכוש כיסוי מיוחד בעבור תשלום נוסף. נניח שבאחד העולמות רעידות אדמה מוחרגות ואילו בשני הן מכוסות. במקרה של רעידת אדמה, רוב הבתים המצויים באיזור עלולים להיפגע. בעולם שאינו מכסה רעידות אדמה הפרמיות תהיינה נמוכות מאלה שבעולם שבו רעידות אדמה מכוסות. אם כך, מדובר בבחירה בין פרמיות גבוהות עם כיסוי ביטוחי כנגד נזקי רעידות אדמה ובין פרמיות נמוכות בלא כיסוי מסוג זה. התשובה מה עדיף תלויה בסבירות לקרות הנזק, בשנאת הסיכון של הפרטים וכיוצא באלה. אולם הניתוח צריך להביא

126 ראו Duane Reade, Inc. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co., 279 F.Supp.2d 235, 238 (S.D.N.Y.,2003).

בחשבון שרעידות אדמה הן בגדר סיכונים תלויים. ייתכן שעובדה זו הופכת את העולם בלא כיסוי לרצוי יותר. מדוע? מכיוון שרעידת האדמה תפגע בכל המבוטחים, וקיים חשש מסוים שהמבטח לא יוכל לשלם בעבור כל התביעות ויגיע כדי חדלות פרעון. ברי כי מבטח חדל פרעון אינו משרת את האינטרס של המבוטחים, ולכן החרגת רעידות אדמה והחרגת אסונות אחרים שהם בגדר סיכונים תלויים כגון הצפות – יעילה חברתית.

מובן שהמבוטחים יכולים תמיד לרכוש ביטוח נפרד כנגד נזקי רעידות אדמה מחברות או גופים ציבוריים המתמחים בסיכונים כאלה, אולם זהו דיון נפרד מהדיון בשאלה אם פוליסת ביטוח בתים רגילה אמורה לספק כיסוי ביטוחי שכזה. ללא חיובן של חברות הביטוח לשמור על הון עצמי נכבד או לרכוש פוליסות ביטוח משנה, הסיכוי שהתממשותם של סיכונים תלויים יסכנו את כשרות הפירעון של המבטח מצדיק קיומה של ההחרגה. לעומת זאת אם אין קיימת סכנת חדלות פירעון, המסקנה עשויה להשתנות. לדוגמה, רוב המבטחים בישראל מכסים מבוטחים מכל רחבי הארץ, ואין זה סביר ששיטפון באזור כלשהו ישפיע על שיעור ניכר ממבוטחיו של מבטח אחד. מכאן שאין הצדקה בישראל, בניגוד לארצות הברית שם ממדי השיטפונות גדולים יותר, להחרגה בגין שיטפון. אכן, ככלל בישראל פוליסות הרכוש כוללות כיסוי בגין שיטפון, אך לא כן בארצות הברית.

אם אין איום לפגיעה בחלק ניכר ממאגר המבוטחים, כמו במקרה שיטפון, הרי שאין זה סיכון תלוי, ומכאן שהשאלה חוזרת להיות אם פרמיות גבוהות בתמורה לכיסוי ביטוחי עדיפות על פרמיות נמוכות בלא כיסוי שכזה. זוהי דוגמה נוספת לסיטואציה שבה נדרשת אינפורמציה נוספת ונתונים אמפיריים בדבר הסתברות הנזק, עוצמתו כמו גם עלות אמצעי המניעה הסבירים כדי להכריע בשאלה כיצד יפעל מבוטח סביר מאחורי מסך בערות. חרף אי-יכולתנו לענות על שאלה זו בכל מצב חשוב להדגיש שזוהי השאלה העומדת בבסיס כל מחלוקת ביטוחית. אמנם הנתונים האמפיריים הנדרשים כדי לענות על שאלה זו חסרים לעתים קרובות, ועל בתי המשפט יהיה ליתן החלטה בלא שיהיה בידם כל המידע הדרוש, אך כל עוד השאלה הנשאלת נכונה, כי אז נותרת התקווה כי יבוא יום וגם התשובה הנכונה תהיה בהישג יד.

ה. סיכום

שוק הביטוח המודרני נוצר מהצורך ומהרצון לנהל ולפזר סיכונים. מדובר בשיטה שבה מעצם הגדרתה הלקוחות משלמים בהווה כדי לקבל הגנה כלכלית בעתיד, ככל שיזדקקו להגנה שכזו. כסוגים רבים של לקוחות גם רוכשי הביטוח נזקקים להגנה, אך שלא כמו במוצרים אחרים, בשוק הביטוח יש צורך אינהרנטי להגן גם על המוכרים, המבטחים. טענתי כי יש לראות במבטחים, בעיקר בשוק תחרותי שבו רווחים מונופוליסטיים אינם אפשריים,

שלוחים של המבוטחים עצמם, ועל כן הגנה על המבטחים שקולה להגנה על כלל מאגר המבוטחים.¹²⁷

הסיבה שבעטייה שני הצדדים, הן המבטחים והן המבוטחים, נזקקים להגנה נובעת בראש ובראשונה מכשלי מידע, שהמרכזיים שבהם הם ברירה שלילית וברירה שלילית הפוכה, סיכון מוסרי וסיכון מוסרי הפוך. בנוסף מתעוררים בהקשר הביטוחי עוד כשלים רבים, ובהם עלויות מנהליות, החצנות שליליות וסיכונים תלויים. רוב סעיפי פוליסות הביטוח, ורובם ככולם של סעיפי הביטוח הראויים, בנויים ומנוסחים כדי להתמודד עם אחד או יותר מהכשלים הללו.

עורך דין או שופט העוסק בתחום הביטוח צריך לחרות על לוח לבו את הכשלים הללו. שופטים במיוחד צריכים לשקול מהי התכלית הביטוחית שבבסיס סעיפי ההחרגה לפני שהם מכריעים אם לכבדה אם לאו. חשוב לזכור כי עצם העובדה שסעיף החרגה ספציפי יוצר קושי למבוטח אינה כשלעצמה סיבה לביטולו.

כמתווה נורמטיבי לקביעת נחיצות ההחרגה (או כל סעיף אחר) הצעתי את מה שאני מכנה "הגישה התכליתית – בין שני עולמות". באמצעות מתווה זה יכול הפרשן לקבוע מהי הגישה הפרשנית שתביא להשאת התועלת לכלל מאגר המבוטחים. הגישה שהצעתי נשענת על נקודת מבט אקס אנטה, שבה נבחנות ההשלכות על המאגר הביטוחי כולו, ולעתים כאשר יש החצנות שליליות – על החברה כולה. זאת להבדיל מהשלכות ההחלטה, גם אם הן לעתים מכמירות לב, על המבוטח הספציפי שבעניינו מתקיימת המחלוקת.

הססת המיקוד מהאקס פוסט לאקס אנטה נעשית קלה יותר כשמבינים כי המבטחים הם למעשה שליחים של מאגר של מבוטחים שמשלמים ממיטב כספם כדי לזכות להגנה בשלב מאוחר יותר. גישת שני העולמות מאפשרת לנוקט אותה לאזן בין הרחבת כיסוי ביטוחי מחד לבין צמצום הפגיעה בתמריצים לנקיטת זהירות מאידך. הגישה בוחנת כיצד יפעל מבוטח סביר בלא שיש לאל ידו דרך לצפות פני עתיד. דא עקא, שמענה לשאלה זו דורש בדרך כלל אינפורמציה רבה מזו המצויה בידנו. גם אם תוצאה זו אינה אידאלית, היא לכל הפחות ממקדת את מקבל ההחלטות בכיוון הנכון. במילים אחרות – השאלה הנכונה היא תמיד הצעד הראשון בדרך לתשובה הנכונה. גישת שני העולמות מציעה דרך לשאול את השאלה הנכונה, ולעתים גם למצוא את התשובה לה.

127 עם זאת משום שבמקרים רבים אין מדובר בשוק משוכלל, למבטחים כוח מיקוח רב בהרבה מזה של המבוטחים, המקנה להם יכולת התגוננות חוזית טובה מזו העומדת למבוטחים. בשל כך נדרש לעתים פיקוח הדוק במיוחד על פעולותיהם של המבטחים.

סדרי הדין ודיני הראיות

פרק יט: סדר הדין האזרחי

מאת

אלון קלמנט*

מבוא. א. המודל הבסיסי; 1. ההחלטה אם לתבוע ולהתגונן; 2. ההחלטה כמה להשקיע בתביעה וכיצד לנהלה; 3. ההחלטה אם להתפשר; 4. היחס בין ההחלטות השונות במהלך התביעה; ב. השפעת עורכי הדין על ההליך; 1. שכר הטרחה של עורך הדין משולם לפי שעה; 2. שכר הטרחה של עורך הדין משולם באחוזים מסכום הזכייה. ג. יישום המודל הבסיסי לניתוח כללי סדר הדין האזרחי; 1. כללי סמכות; 2. ניסוח כתבי טענות; 3. גילוי מסמכים ושאלונים; 4. סעדים זמניים; 5. סעד הצהרתי; 6. אגרות משפט; 7. ערעור. סיכום.

מבוא

כללי סדר הדין האזרחי קובעים כיצד יתנהל ההליך האזרחי. הם מנחים את הצדדים ואת בית המשפט כיצד יש לנהוג בכל שלב לאחר פרוץ הסכסוך, ממועד הגשת התביעה ועד מתן פסק הדין בערכאה ראשונה, ולאחר מכן עד מתן פסק הדין בערכאת הערעור האחרונה. ההסדרים הדיוניים קובעים למשל מיהו בית המשפט המוסמך לדון בתובענה; מהו ההליך הראוי לתובענה; אם התובענה חסומה מפאת מעשה בית דין, התיישנות או טענה מקדמית אחרת; כיצד ינוסחו כתבי הטענות; מהם הליכי הגילוי שאפשר להשתמש בהם לפני שלב ההוכחות; מהם ההליכים החלופיים לפתרון סכסוכים שאפשר לבחור בהם לפני שלב ההוכחות; מהם הסעדים הזמניים שבית המשפט מוסמך לפסוק; כיצד ינוהל שלב ההוכחות; כיצד אפשר לתקוף את פסק דינו של בית המשפט.

* בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה.
אני מודה לעדי ויצהנדרלר על סיועה המעולה במחקר, ולאוריאל פרוקצ'יה על הערותיו לגירסה מוקדמת של פרק זה.

כללי סדר הדין האזרחי מנחים את ניהול ההליך האזרחי מרגע שנפתח.¹ לפיכך השפעתם הישירה היא על החלטותיהם של הצדדים בניהול ההליך. אולם לכללים השפעות נוספות שיש להביאן בחשבון כאשר מתכננים אותם או מפרשים אותם.² ראשית, כללי סדר הדין האזרחי משפיעים על החלטות הפשרה של הצדדים – אם להתפשר, באיזה מועד ובאילו תנאים. שנית, הכללים משפיעים על החלטתו של התובע אם לתבוע, ולכן הם משפיעים על מסגרת הדיונים שיתנהלו בבית המשפט, ומנגד על מסגרת הסכסוכים שייפתרו מחוץ לבית המשפט. לבסוף, הכללים הדיוניים משפיעים על החלטותיהם של הצדדים עוד לפני פרוץ הסכסוך כיצד לנהוג על פי הדין המהותי, משום שהם משפיעים על תוצאותיו של הסכסוך, אם יתגלע.

הניתוח הכלכלי מאפשר להעריך את השפעותיהם של כללי סדר הדין האזרחי על התנהגותם של הצדדים – בניהול ההליך, בהחלטות הפשרה שלהם, בהחלטה אם לתבוע ובהחלטה כיצד לנהוג במערכת היחסים ביניהם לפני פרוץ הסכסוך. בהסתמך על ניתוח התנהגותם של הצדדים הניתוח הכלכלי מאפשר גם להעריך שאלות נורמטיביות הנוגעות להשפעתם של כללי סדר הדין האזרחי על הרווחה החברתית. פרק זה מציג את תרומתו האפשרית של הניתוח הכלכלי בתכנונם ובפרשנותם של כללים דיוניים.³

ההליך האזרחי כרוך בהשקעת משאבים על ידי הצדדים ועל ידי מערכת המשפט. משאבים אלה הם עלויותיו של ההליך האזרחי. תועלתו החברתית של ההליך האזרחי נמדדת בהשגת מטרותיו: מטרה אחת היא חלוקתית – להכריע במחלוקת בין הצדדים ולבצע חלוקה מחדש של המשאבים ביניהם. השפעה זו ברורה ביותר בתביעה כספית, שבה הכרעת בית המשפט קובעת מה הסכום שעל הנתבע להעביר לתובע, אם בכלל. מטרה שנייה של ההליך האזרחי היא הרחעתית – לכוון את התנהגותם של צדדים הצופים קיומו של הליך אזרחי במקרה של סכסוך ביניהם. לפי תוצאתו הצפויה של ההליך האזרחי הצדדים מחליטים למשל אם וכיצד יקיימו את חובותיהם על פי דין ואת התחייבויותיהם החוזיות, אילו אמצעי זהירות יינקטו כדי למנוע תאונות ונזקים לאחרים, ומה יעשו כדי לשמור על

1 ולעתים אף לפניו. ראו למשל תקנה 363 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן – התקנות) המאפשרת להגיש בקשה לסעד זמני בטרם הוגשה תובענה.

2 ראו אלון קלמנט, רועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז' 75, 81 (התשס"ז).

3 ההבחנה בין דין דיוני לדין מהותי עשויה להיות קשה. באותם מקרים שבהם בתי המשפט נדרשים להבחנה הזו לצורך הכרעות קונקרטיות כגון הכרעה באשר לתחולתו של תיקון בתקנות או בחוק, או קביעת הדין החל בסכסוך בעל מאפיינים בין-לאומיים, הם עשויים להתקשות ביישומה. ראו להלן הערה 52. עם זאת ברובם של המקרים אפשר לקבוע בנקל אם מדובר בדין דיוני או בדין מהותי, ועל פי זה לקבוע מהם העקרונות שראוי להחיל בשאלות המשפטיות והנורמטיביות שעולות.

קניינם הפרטי ועל הקניין הציבורי. מטרה שלישית של ההליך האזרחי נוגעת לערכו ה"עצמאי", בנפרד מתוצאותיו, בעיני הצדדים. ערך זה תלוי בשאלה אם הצדדים תופסים את ההליך האזרחי כשוויוני והוגן ובמידת השתתפותם בהליך.⁴ לבסוף, להליך המשפטי עשוי להיות ערך תקדימי אשר מנחה את התנהגותם של צדדים אחרים בעתיד.⁵ התוצאה החלוקתית היא בעיקר מנחה את הצדדים בהחלטותיהם במהלך המשפט, אולם היא אינה המטרה העיקרית משיקולים חברתיים. למעשה, בראייה הכלכלית לתוצאות החלוקתיות של ההליך האזרחי אין כשלעצמן השפעה על הרווחה החברתית הכוללת.⁶ כל סכום שמשלם הנתבע לתובע מתווסף לתובע ונגרע מהנתבע. הרווח לתובע מתקזז כנגד ההפסד לנתבע, ולכן אין בהעברה כזו שום השפעה על הרווחה הכוללת אלא אם השפיעה על התנהגותם של הצדדים מראש, לפני קבלת ההחלטה. השפעותיו ההרתעתיות של ההליך האזרחי, כמו גם ערכו התקדימי, הם בעלי המשמעות העיקרית מנקודת מבט חברתית, אולם הם אינם משפיעים על החלטות הצדדים לאחר פרוץ הסכסוך. הפער הזה בין מטרותיהם הפרטיות של הצדדים לבין המטרות החברתיות של ההליך המשפטי מביא לבעייתיות שמובנית בהליך המשפטי. בעייתיות זו מוסברת בפרק זה.

4 ראו למשל E. ALLEN LIND, TOM R. TYLER, THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE (1988); Tom R. Tyler, *Citizen Discontent with Legall Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform*, 45 AM J. COM. L. N. 4 871 (1997); TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006)

5 יש להבחין בין הערך ההרתעתי של ההליך המשפטי לבין ערכו התקדימי. הערך ההרתעתי נובע מהכרעה צפויה של בית המשפט בסכסוך הספציפי, והוא משפיע על התנהגותם של צדדים מראש. לדוגמה, אדם הצופה שבית המשפט יקבע שהתנהגות מסוימת שלו רשלנית, יביא זאת בחשבון כאשר הוא מחליט כיצד לנהוג. הערך התקדימי נובע מהכרעה של בית המשפט שאי אפשר היה לצפותה בוודאות מראש, ושיש לה נפקות להתנהגות עתידית של צדדים, לאחר ההכרעה. ערך זה תלוי בערכאה המכריעה, והוא גדול יותר ככל שמדובר בערכאה גבוהה יותר. לדוגמה, קביעה של בית המשפט העליון שהתנהגות מסוימת היא רשלנית, תנחה צדדים השוקלים את התנהגותם בעתיד. ערכה של ההכרעה נובע מהאפשרות שמקרים דומים אכן יתרחשו בעתיד, מהיותה של ההכרעה לא צפויה בוודאות לפני שניתנה (שאם לא כן הייתה מנחה את הצדדים עוד לפני שניתנה), ומכך שהערכאה שנתנה אותה היא בית המשפט העליון.

6 לתוצאות החלוקתיות עשויה להיות השפעה על הרווחה החברתית ככל שהיא מביאה לחלוקה שונה של הסיכונים בין הצדדים. לדוגמה, אם ההליך המשפטי מביא מזיקים שגורמים נזקים לפצות את הניזוקים בגינם, הרי הסיכון לנזקים מועבר מהניזוקים למזיקים. אם התייחסותם של ניזוקים לסיכון שונה מזו של מזיקים, תהיה לתוצאות ההליך המשפטי השפעה על הרווחה הכוללת. אולם חלוקת הסיכונים נבחנת מנקודת המבט שלפני פרוץ הסכסוך, ולכן לא היא שמנחה את הצדדים בהכרעותיהם לאחר שהסכסוך פרץ.

הניתוח הכלכלי מאפשר לבחון כיצד כללי סדר הדין האזרחי משפיעים על הרווחה החברתית הכוללת. בבחינה זו מתמקד הניתוח הכלכלי בהשלכות ההרתעות של הכללים מחד ובעלויותיהם מאידך. במקרים המתאימים הניתוח הכלכלי מאפשר להתחשב גם בתועלתם ה"הליכית" וה"תקדימית" של כללי סדר הדין.⁷ פרק זה מציג את הכלים העיקריים שהניתוח הכלכלי נותן בידי המשפטן כדי לענות על שאלות פרשניות מתחום סדר הדין האזרחי בהתחשב בהשפעותיהם של הכללים הדיוניים על התנהגות הצדדים, ותוך ניתוח השלכותיהם של כללי סדר הדין האזרחי על הרווחה החברתית הכוללת.⁸

א. המודל הבסיסי

המודל הבסיסי שעליו מסתמך הניתוח הכלכלי של סדר הדין האזרחי מניח הליך פשוט שיש לו שני צדדים – תובע ונתבע.⁹ לשם הקונקרטיזציה נניח שמדובר בתביעה נזיקית שמגיש התובע נגד הנתבע בגין נזק שהלה גרם לו לטענתו, ושמשטר האחריות הוא משטר של רשלנות.¹⁰ ניהול ההליך המשפטי כרוך בעלויות לצדדים, שעיקרן הוא עלות עורכי הדין

- 7 כמו גם את השלכותיהם של הכללים הדיוניים על חלוקת הסיכונים בחברה.
8 למאמרי review הסוקרים את הניתוח הכלכלי של התדיינות משפטית ופשרות ראו Robert D. Cooter, Daniel L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, J. ECON. LIT. 1067 (1989); Bruce Hay, Kathryn Spier, *Settlement of Litigation*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 3, P-Z, 442 (Peter Newman ed., 1998); Andrew F. Daughety & Jennifer F. Reinganum, *Economic Theories of Settlement Bargaining*, ANNU. REV. LAW SOC. SCI. 1, 35 (2005); Kevin M. Clermont, Theodor Eisenberg, *Litigation Realities*, 88 CORNELL L. REV. 119 (2002).
- 9 מודל זה הוצג לראשונה בכמה מאמרים שפורסמו בתחילת שנות השבעים. ראו John P. Gould, *The Economics of Legal Conflicts*, 2 J. LEGAL STUD. 279 (1973); W. M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 J.L. & ECON. 61 (1971); R. A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. LEGAL STUD. 399 (1973).
- 10 לדיון בניתוח הכלכלי של עוולת הרשלנות ראו לעיל פרק ו, בעמ' 296-302. יש לשים לב שבניתוח הכלכלי בדיני נזיקין אין התייחסות לעלויות ההליך המשפטי הנדרש כדי לקבוע את חבותו של הנתבע. ניתוח מלא ומשולב של דיני הנזיקין עם הדין הדיוני יחדיו צריך להביא בחשבון עלויות אלה. לדוגמה, כאשר בודקים מהי רמת הזהירות האופטימלית שאותה צריך המזיק לנקוט כדי להקטין את הסיכויים לתאונה, מתעלמים בדרך כלל מעלויות המשפט הנדרשות כדי לקבוע את חבותו. אולם למעשה הנזק שנגרם מהתאונה כולל גם את עלויות המשפט הכוללות הנובעות ממנה. המשמעות היא שרמת הזהירות האופטימלית צריכה להיות גבוהה מזו שנקבעת בהתעלם מעלויות *Steven Shavell, The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*, 11 J. LEGAL STUD. 333 (1982).

שהם מעסיקים. עובדות המקרה בצירוף עם המשטר המשפטי החל משפיעים על סיכוייו של התובע לזכות בתביעה ולשכנע את בית המשפט שאכן הנתבע חייב לפצותו בגין הנזק שנגרם לו. לפיכך החלטותיהם של הצדדים בניהול ההליך המשפטי מושפעות משלושה גורמים עיקריים: שיעור הנזק שנגרם לתובע, סיכויי הזכייה של התובע בתביעה והעלויות הכרוכות בניהולה.

המודל הבסיסי מפשט את ההליך המשפטי המורכב לסיפור פשוט מאוד. המטרה במודל הפשוט היא לנסות ולהבין את הגורמים העיקריים שמשפיעים על החלטותיהם של הצדדים להליך המשפטי. התקווה היא שהבנה זו תסייע למשפטן לנתח את התנהגותם של הצדדים גם בהליכים משפטיים מורכבים יותר. ההנחה במודל היא שהצדדים מקבלים את החלטותיהם בעצמם, ושעורכי הדין שלהם עושים את הטוב ביותר למען לקוחותיהם, ללא שום ניגוד אינטרסים ביניהם. בפרק הבא אנחנו את התנהגותם הצפויה של הצדדים כאשר יש פער בין האינטרסים שלהם לבין האינטרסים של עורכי הדין שלהם.

1. ההחלטה אם לתבוע ולהתגונן

(א) אילו תביעות יוגשו?

החלטתו של התובע לתבוע אם לאו מושפעת משלושת הגורמים שהוצגו לעיל: שיעור הנזק שנגרם לתובע, סיכויי ההצלחה בתביעה ועלויות המשפט. נניח תחילה שכל צד נושא בעלויות המשפט שלו ללא קשר לתוצאת ההליך – בית המשפט אינו פוסק הוצאות לטובת הזוכה. כלל פסיקת הוצאות כזה מכונה בספרות "הכלל האמריקאי"¹¹. התובע יגיש תביעה רק כאשר שווייה הצפוי מבחינתו גבוה מעלויות המשפט שלו. השווי הצפוי של התביעה מבחינת התובע שווה למכפלת שיעור הנזק בסיכויי התביעה, כפי שהוא מעריך אותם. שווי צפוי זה, בניכוי עלויות המשפט, מכונה שווי הנטו של התביעה.¹² לכן התובע יגיש תביעה רק כאשר שווי הנטו שלה חיובי. יוצא שככל שהנזק שנגרם בתביעה גבוה יותר, ככל שסיכוייה להצליח גבוהים יותר, וככל שעלויות המשפט של התובע נמוכות יותר, כך גדל הסיכוי שהתובע יבחר להגיש את התביעה. יש לזכור שהתובע יודע מהו שיעור הנזק שנגרם לו, אך אין הוא יודע מראש מהם

11 לסקירת הניתוח הכלכלי של כללי פסיקת ההוצאות השונים ראו Avery W. Katz, *Indemnity of Legal Fees*, in THE INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 7300 (B. Bouckert & G. DeGeest eds. 2000).

12 למעשה, שווי התביעה מבחינת תובעים רבים נמוך מתוחלת התביעה, וזאת משום שהם שונאי-סיכון.

סיכוייו לזכות בתביעה. סיכויים אלה תלויים בגורמים רבים שאינם ודאיים – טיב הראיות שיהיו בידו, הדרך שבה יעידו העדים, תפקודם של עורכי הדין בהליך המשפטי, השופט שתדון בתביעה ועוד.¹³ לפיכך החלטתו של התובע אם להגיש את התביעה תלויה בהערכתו הסובייקטיבית את סיכוייו. ייתכן שתובעים שיש להם תביעות דומות יקבלו החלטה שונה בשאלה אם לתבוע, על פי הערכתם הסובייקטיבית את סיכויי ההצלחה שלהם.

עד כה הנחתי שבית המשפט אינו פוסק הוצאות לטובת הזוכה. זהו כלל פסיקת ההוצאות האמריקאי. כעת אניח שכלל פסיקת ההוצאות קובע שהמפסיד בתביעה צריך לשפות את הזוכה בגין מלוא הוצאות המשפט שלו. כלל כזה מכונה בספרות "הכלל האנגלי". לפי כלל כזה, התובע נושא בסכום של עלויות המשפט שלו ושל הנתבע אם הפסיד, ולעומת זאת אינו נושא בשום עלויות משפט אם זכה.¹⁴

השווי הצפוי של התביעה נותר שווה למכפלת שיעור הנזק בסיכויי התביעה. אולם עלויות התביעה תלויות כעת בסיכויי ההצלחה בתביעה. שוויין הצפוי שווה למכפלה של סכום עלויות המשפט של התובע והנתבע בסיכויי ההצלחה בתביעה. סיכויי ההצלחה משפיעים גם על שווי התביעה הצפוי וגם על עלויות המשפט הצפויות. ככל שהסיכויים גבוהים יותר, כך השווי הצפוי גבוה יותר, והעלויות הצפויות נמוכות יותר.

למרות ההבדל בין הכלל האמריקאי לכלל האנגלי השפעתם של שלושת הגורמים – שיעור הנזק, סיכויי התביעה ועלויות המשפט – היא באותו כיוון בשני הכללים (אם כי לפי הכלל האנגלי גם לעלויותיו של הנתבע יש השפעה על ההחלטה אם לתבוע). תביעות יוגשו ככל שהנזק שנתבע בהן גבוה יותר, שסיכוייהן גבוהים יותר, ושעלויות המשפט הכרוכות בניהולן נמוכות יותר.¹⁵

13 חלק מהגורמים הללו, בעיקר אלה הנוגעים לחבותו של הנתבע ולראיות שיש בידו, הם בידיעתו של הנתבע אך לא של התובע. לדיון בהשפעה שיש למידע הפרטי שבידי הנתבע ראו להלן א.4.

14 לפי הכלל האנגלי בצורתו הטהורה, על המפסיד לשפות את הזוכה בגין כל העלויות שנגרמו לו. מובן שבפועל קשה מאוד ליישם שיפוי מלא כזה, ולכן כלל פסיקת הוצאות ייתן שיפוי חלקי בלבד לעלויות ההתדיינות של הזוכה. כלל פסיקת ההוצאות בישראל נראה לכאורה דומה לכלל האנגלי. ראו גם בג"ץ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' הרשות המוסמכת למתן רשיונות יבוא (פורסם כנבו, 30.6.2005), שלפיו על בית המשפט לפסוק לטובת הזוכה את הוצאותיו הֶאֱלִיּוֹת. למעשה, פסיקת ההוצאות נמוכה בהרבה מעלויות ההתדיינות של הזוכה.

15 לסקירת הספרות הכלכלית הדנה בתביעות שערך נטו הוא שלילי ראו Lucian A. Bebchuk, Alon Klement, *Negative-Expected-Value Suits*, in PROCEDURAL LAW AND ECONOMICS, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (Chris Sanchirico, ed., 2d ed. 2011).

הדיון התמקד בהחלטתו של התובע אם להגיש תביעה, אולם בדומה לכך אפשר לבחון את החלטתו של הנתבע אם להתגונן מפני תביעה שהוגשה נגדו. הספרות הכלכלית התמקדה בהחלטת התובע, אולם אפשר ליישם את התובנות מספרות זו בהחלטתו של הנתבע.¹⁶ ניתוח כזה יוליך למסקנה שנתבעים יתגוננו רק בתביעות שבהן מכפלת הסיכוי שיזכו בסכום שייחסך מהם (לעומת מצב שבו לא יתגוננו ויצטרכו לשלם את מלוא סכום התביעה) גדולה מעלויות המשפט שלהם. כדי לפשט את הדיון להלן אתמקד בהחלטת התובעים אם לתבוע.

(ב) אילו תביעות ראוי שיוגשו ?

משאביה של מערכת המשפט מוגבלים. לכן המערכת אינה יכולה לטפל בכל התביעות המוגשות מיד עם הגשתן. משך ההמתנה ממועד הגשתה של תביעה ועד למתן פסק דין סופי מושפע מהעומס המוטל על מערכת המשפט אל מול משאביה המוגבלים. לפיכך שאלה היא כיצד מערכת המשפט צריכה לתעל את משאביה ולחלקם בין התביעות השונות, ובעיקר – מבין כל הסכסוכים אילו ראוי שתוגש תביעה בגינם ואילו ראוי שיושבו שלא באמצעות מערכת המשפט.

התשובה לשאלה זו תלויה במטרותיו של ההליך המשפטי. אם נתמקד במקרה הנזיקי ששימש למודל הבסיסי, מטרתו של ההליך המשפטי היא לחייב את המזיק לפצות את הניזוק על פי אחריותו לפי משטר האחריות החל ובעקבות זאת להביא להרתעתו של המזיק הפוטנציאלי מפני הפרת חובותיו. מנקודת המבט של רווחה כוללת, השאלה היא באיזו מידה תביעה שמוגשת משיגה את המטרות הללו, ומנגד – מהן עלויותיה החברתיות. אפשר לראות שאין חפיפה בין תביעות המוגשות על ידי התובע לבין תביעות שראוי שיוגשו לאור המטרות הללו. חלק מהתביעות המוגשות אינן מקדמות מטרות אלה, ואילו אחרות שאינן מוגשות היו רצויות משיקולים חברתיים. יתרה מכך, אף אם נתמקד בצדדים עצמם, אפשר לראות שקיים פער בין התביעות שהצדדים היו רוצים שיהיו מוגשות אילו היו נשאלים לדעתם לפני פרוץ הסכסוך, לבין התביעות שיוגשו לאחר שהסכסוך פרץ. כאמור, החלטתו של התובע אם לתבוע תלויה בעלויות המשפט שלו לפי הכלל האמריקאי, או בסכום עלויות המשפט שלו ושל הנתבע כאשר זה מוכפל בסיכויים שהתובע יפסיד בתביעה, להערכתו, לפי הכלל האנגלי. אף אחד מהכללים איננו משמש את התובע להביא בחשבון את עלויות המערכת המשפטית ואף לא את מלוא העלויות שנגרמות לו

16 ליישום כזה ראו למשל Assaf Hamdani, Alon Klement, *The Class Defense*, 93 CAL. LAW REV. 685 (2005).

ולנתבע. בלשון הכלכלית – הוא אינו מפנים את מלוא העלויות הללו.¹⁷ לפיכך ייתכן שהתובע יגיש תביעה אף על פי שתועלתה לו נמוכה מעלויותיה הכוללות. אולם הפער בין התביעות המוגשות לבין התביעות שראוי שיוגשו נובע לא רק מאי-הפנמתו של התובע את מלוא עלויות ההליך המשפטי. הפער נובע גם מאי-הפנמתו של התובע את מלוא התועלת שנובעת מההליך המשפטי, ומהיות תועלתו לאחר פרוץ הסכסוך שונה מתועלתו לפני פרוץ הסכסוך.

נניח תחילה שבתי המשפט, תובעים ונתבעים אינם טועים לעולם. במילים אחרות, בתי המשפט פוסקים תמיד נכון בשאלה אם הנתבע התרשל, תובעים יודעים תמיד אם הנתבע התרשל, ונתבעים יכולים תמיד להחליט לנהוג באופן שאינו רשלני.¹⁸ בהתקיים ההנחות הללו, המצב האופטימלי הוא כזה שבו תביעות מוגשות כאשר הנתבע התרשל, ואינן מוגשות כאשר לא התרשל. זהו המצב האופטימלי גם אם עלויות המשפט הכוללות שנדרשות לבירור תביעה כאשר הנתבע התרשל גבוהות בהרבה משיעור הנזק שנגרם. הסיבה היא שנתבע שידע שייתבע בכל פעם שיתרשל יימנע מלהתרשל. תובע שידע שהנתבע לא התרשל לא יתבע אותו, שכן יפסיד בוודאות במשפט. לכן התוצאה תהיה שנתבעים פוטנציאליים ינקטו את סטנדרט הזהירות שנדרש על פי חוק, ותביעות לא יוגשו לעולם. זו תוצאה יעילה משום שהתנהגות יעילה של הנתבע מושגת מבלי שיוצאו עלויות משפט.

זה אינו המצב כאשר כלל פסיקת ההוצאות הנוהג הוא הכלל האמריקאי. לפי כלל זה התובע נושא בעלויות המשפט שלו ללא תלות בתוצאת המשפט. לכן התובע יימנע מלתבוע כאשר הנזק שנגרם לו נמוך מעלויות המשפט שלו, גם אם הוא בטוח שיוזכה בתביעה. נתבע שצופה שהנזק שיגרום יהיה נמוך מעלויות התביעה, לא ינקוט אמצעי זהירות. התוצאה היא שחלק מהתביעות הרצויות מבחינה חברתית לא יוגשו. זו בעיה הפוכה מזו שבה דנתי לעיל, של הגשת תביעות רבות מדי עקב היעדר הפנמתו של התובע את מלוא עלויות המשפט. יש לשים לב שתוצאה זו מתרחשת לפי ההנחות שהנחתי – שבתי המשפט, תובעים ונתבעים אינם טועים לעולם. דהיינו, עודף התביעות אינו נובע מטעויות של בית המשפט אלא מהפער בין תמריצי התביעה בדיעבד לבין השפעת התביעה על התמריצים להיזהר מראש. אפשר לפתור בעיה זו באמצעות כלל ההוצאות האנגלי. לפי כלל זה התובע יודע שיקבל שיפוי בגין עלויות המשפט שלו בכל פעם שהנתבע התרשל, ולכן ערך התביעה יהיה מבחינתו חיובי במקרים אלה. הנתבע יצפה שייתבע אם יתרשל. לכן הנתבע ינקוט את

17 להגדרתה של השפעה חיצונית ראו לעיל פרק א, בעמ' 49.

18 ההנחה היא שבתי המשפט קובעים את סטנדרט הזהירות באופן שיביא לתוצאה יעילה.

אמצעי הזהירות האופטימליים, ותביעות לא יוגשו. אולם פתרון זה מותנה בהיותו של משטר האחריות משטר של רשלנות ובכך שבתי המשפט והצדדים אינם טועים. במשטר אחריות מוחלטת יוגשו תביעות בכל מקרה שבו נגרם נזק גם אם הנתבע אינו יכול להשפיע על סיכויי הנזק ושיעורו. בעיה זו לא תיפתר על ידי כלל פסיקת ההוצאות האנגלי, אלא להפך – היא תוחמר. כפי שאסביר להלן, גם במשטר של רשלנות לא יפתור הכלל האנגלי את בעיית הפער בין התמריץ הפרטי לאינטרס החברתי בתביעה אם בתי המשפט והצדדים טועים לעתים.

נניח שבתי המשפט טועים לעתים – קיימים מקרים שבהם הנתבע התרשל ובית המשפט קובע שלא התרשל, ולהפך: קיימים מקרים שבהם בית המשפט מוצא שהנתבע התרשל אף על פי שלא התרשל. לפי הכלל האמריקאי, התובע יתבע גם כאשר הוא יודע שהנתבע לא התרשל אם מכפלת הסיכוי לטעות בנזק שנגרם לו גבוהה מעלויות המשפט שלו. מנגד, יהיו תביעות שלא יוגשו אף על פי שהנתבע התרשל, משום שמכפלת הסיכוי לזכות בתביעה (שהוא נמוך מ-1 עקב הסיכוי של בית המשפט לטעות) בנזק שנגרם לתובע נמוכה מעלויות המשפט שלו.

מקרים כאלה יקרו גם לפי כלל ההוצאות האנגלי. לפי כלל זה התובע יודע שישא בסכום ההוצאות שלו ושל הנתבע אם יפסיד בתביעה. כאשר הנתבע התרשל יש סיכוי שבית המשפט יטעה ויפסוק שהנתבע לא התרשל, ולכן עלויות המשפט של התובע שוות למכפלה של הסיכוי הזה בסכום הוצאות המשפט. אם עלויות אלה גבוהות מערכה הצפוי של התביעה, התובע לא יגיש אותה. מנגד כאשר הנתבע לא התרשל, יש סיכוי שבית המשפט יטעה ויפסוק שהנתבע התרשל ואז עלויות המשפט יוטלו עליו. במקרה זה עלויות המשפט של התובע שוות למכפלה של הסיכוי שבית המשפט לא יטעה בסכום הוצאות המשפט. עלויות אלה עשויות להיות נמוכות משווייה הצפוי של התביעה.

אם הסיכוי של בית המשפט לטעות נמוך מספיק, נתבעים יבחרו לנקוט אמצעי זהירות ראויים ולא להתרשל למרות הסיכוי הזה. יתרה מכך, אם נתבעים יכולים להקטין את הסיכוי של בית המשפט לטעות על ידי נקיטת אמצעי זהירות מחמירים מהראוי, הם עלולים לעשות זאת.¹⁹ במקרים כאלה מוגשות תביעות רבות מדי, משום שתובעים בוחרים לתבוע רק כדי לזכות בסיכוי שבית המשפט יטעה ויפסוק שהנתבע יתרשל, ומשום שהתוצאה מכך היא הרתעת-יתר של נתבעים.²⁰

19 John Calfee, Richard Craswell, *Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards*, 70 VA. L. REV. 695 (1984); John Calfee, Richard Craswell, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, 2 J.L. ECON. & ORG 279 (1986)

20 בשיווי המשקל שנוצר מוגשות תביעות בכמות כזו שמצדיקה נקיטת אמצעי זהירות על ידי הנתבעים, ברמה שהם נוקטים. ראו Keith N. Hylton, *Costly Litigation and Legal Error*

מנגד ייתכן שהסיכוי של בית המשפט לטעות יביא נתבעים פוטנציאליים לבחור שלא לנקוט אמצעי זהירות. נתבע שצופה שגם אם לא ייזהר הוא עשוי להימצא לא חייב, עלול להחליט שלא לנקוט אמצעי זהירות כלל. הרווח מנקיטת אמצעי זהירות לנתבע קטן ככל שטעויותיו של בית המשפט רבות יותר. במקרים אלה הערך החברתי היחיד לתביעות הוא בפיצוי התובעים, וגם זאת לאו דווקא כאשר הנתבעים התרשלו. התביעות אינן גורמות לנתבעים פוטנציאליים להיזהר, ולכן אין להן שום ערך הרתעתי. התוצאה היחידה מהתביעות שמוגשות היא פיצוי שמשלם הנתבע לתובע אם בית המשפט מוצא את הנתבע חייב.²¹

ההנחה השנייה שהנחתי לעיל הייתה שהתובע יודע תמיד מתי הנתבע התרשל, ואינו טועה בכך. לטעויות של התובע באשר להתרשלותו של הנתבע יכולות להיות שתי סיבות: האחת, טעויות של התובע בהערכת המצב העובדתי והמשפטי. השנייה, מידע שקיים בידי הנתבע ואינו ידוע לתובע. טעויות משתי הסיבות הללו עלולות להביא לתביעות גם כאשר הנתבע לא התרשל, משום שהתובע סבור שסיכוייו להצליח גבוהים מספיק, והן עלולות למנוע תביעות גם כאשר הנתבע התרשל, משום שהתובע סבור שסיכוייו אינם מספיקים מבחינתו כדי להצדיק הוצאה של עלויות התביעה.

כמו במקרה שבו בית המשפט עלול לטעות, גם כאן התוצאות עלולות להיות ריבוי תביעות בלתי מוצדקות או מיעוט תביעות מוצדקות, ושתייהן עלולות להביא לידי דילול ההרתעה המושגת. לדוגמה, כאשר הנתבע מחזיק במידע שנוגע לחבותו (לדוגמה אם נקט את אמצעי הזהירות הראויים או לא) ומידע זה אינו ידוע לתובע, התובע עלול להימנע מתביעה. נתבעים שצופים שכך יהיה עלולים שלא לנקוט את אמצעי הזהירות הנדרשים משום שאינם חוששים מתביעה.

under Negligence, 6 J. L. ECON. & ORG. 433 (1990); Keith N. Hylton, *Litigation Cost Allocation Rules and Compliance with the Negligence Standard*, 22 J. LEGAL STUD. 457 (1993).

21 לתוצאה הזו יכול להיות ערך חברתי אם יש בה כדי להעביר את הסיכונים לנזקים מתובעים שונאי-סיכון לנתבעים ששנאת הסיכון שלהם קטנה יותר. אולם במקרים רבים המצב עלול להיות ששנאת הסיכון של הנתבע גדולה מזו של התובע. כמו כן אם המטרה היחידה היא לחלק סיכונים בעילות, מערכת הביטוח היא מערכת יעילה יותר להשגת מטרה זו. לניתוח מעמיק של השפעתן של טעויות על יעילות המערכת המשפטית ראו Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 J. LEGAL STUD. 307 (1994); Louis Kaplow, Steven Shavell, *Accuracy in the Assessment of Liability*, 37 J.L. & ECON. 1 (1994); Louis Kaplow, Steven Shavell, *Accuracy in the Assessment of Damages*, 39 J.L. & ECON. 191 (1996).

דוגמה זו מצביעה על קושי כללי יותר לקבוע אם תביעות שסיכויי ההצלחה שלהן נמוכים הן תביעות רצויות משיקולים חברתיים. כאמור, כאשר סיכויי ההצלחה הנמוכים נובעים ממידע שנמצא ברשותו של הנתבע, ייתכן שרצוי שתביעות כאלה יוגשו כדי להרתיע מזיקים פוטנציאליים ולגרום להם לנקוט אמצעי זהירות יעילים. לעומת זאת כאשר סיכויי ההצלחה הנמוכים נובעים מכך שהמצב המשפטי והעובדתי ברור וידוע לשני הצדדים, והוא מעיד שהנתבע לא התרשל, אולם יש סיכוי לטעות של בית המשפט לטובת התובע, רצוי שהתביעה לא תוגש. לבסוף יהיו תביעות שסיכויי ההצלחה הנמוכים שלהן נובעים מהישענותן על תאוריה משפטית שאינה מקובלת, אולם דיון בתאוריה זו וקבלתה האפשרית (גם אם בסיכויים נמוכים) עשוי להשפיע על התנהגותם של צדדים רבים בעתיד. במקרים אלה ייתכן שיהיה אינטרס חברתי בניהול התביעה לצורך יצירת התקדים.

לבסוף, ההנחה השלישית שהנחתי הייתה שהנתבע יכול לנקוט את אמצעי הזהירות שנדרשים ממנו מבלי שיטעה בכך. כאשר הנתבע עשוי לטעות ולנקוט אמצעי זהירות קלים מדי, ובהנחה שאינו יכול להימנע מטעויות אלה,²² יוגשו תביעות שערכן הצפוי מבחינת התובע גבוה מעלויותיהן. כאשר הטעויות האלה אינן ניתנות למניעה, התביעות שיוגשו לא ישיגו שום מטרה הרתעתית, ולפיכך הן מיותרות.

לסיכום, קיים פער מובנה בין התמריץ הפרטי לתבוע לבין האינטרס החברתי בתביעה. הפער הזה נובע מכך שהצדדים להליך אינם שוקלים את מלוא העלויות שהם גורמים מחד, ואת ההשפעות ההרתעתיות של ההליך מאידך. בשל הפער הזה ייתכנו מקרים שבהם יוגשו תביעות שאין אינטרס חברתי שיוגשו, וייתכנו מקרים אחרים שבהם תובעים לא יתבעו אף על פי שהיה רצוי שיתבעו, משיקולי רווחה חברתית.

2. ההחלטה כמה להשקיע בתביעה וכיצד לנהלה

(א) כמה ישקיעו הצדדים בתביעה?

ההשקעה בתביעה דומה להשקעה עסקית או יצרנית. כשם שהיצרן ישקיע בעלויות הייצור כדי להשיא את רווחיו הצפויים, כך התובע ישקיע בתביעה את משאביו באופן שימקסם את תוחלת זכייתו בתביעה, בניכוי עלויות ניהול המשפט, והנתבע ישקיע בהגנתו באופן שימזער את תוחלת חבותו ואת עלויות המשפט שלו. בדוגמה הפשוטה של תביעה בנוזיקין, תוחלת הזכייה או החבות תלויות בסיכויי ההצלחה של התביעה ובשיעור הנזק שייפסק. לכן התובע

²² או כאשר אפשר להימנע מטעויות אך בעלות שעולה על התועלת האישית ממניעת הטעות.

ירצה להשיא את סיכויי ההצלחה ואת שיעור הנזק שייפסק, ואילו הנתבע ינסה למזער אותם תוך התחשבות בעלויות הנדרשות לשם כך.²³ לכן לפי כלל פסיקת ההוצאות האמריקאי, כל אחד מהצדדים ישקיע בניהול המשפט עד לרמת ההשקעה שבה התועלת השולית מהשקעה נוספת תהיה שווה לאותה השקעה. אופן קבלת ההחלטות דומה לאופן קבלת החלטתו של היצרן אשר מייצר עד לנקודה שבה עלותו השולית שווה למחיר שיקבל עבור המוצר שייצר. ברור אפוא שככל ששווי התביעה גדול יותר, כך תגדל השקעתם של הצדדים.

אולם למרות הדמיון בין ההשקעה בתביעה להשקעה עסקית יש הבדל ניכר ביניהן. מאחר שהתובע מבקש להגדיל את תוחלת התביעה, ואילו הנתבע מבקש להקטין אותה, השקעתו של כל אחד מהם עשויה לבטל, לפחות בחלקה, את השפעותיה של ההשקעה שהשקיע האחר. הדברים נכונים בכל שיטת ניהול הליך משפטי, אדוורסרית או אינקוויזיטורית, אולם נראה שיש להם משנה תוקף בהליך אדוורסרי, שנסמך על הצדדים שביאו לגילוי האמת מתוך רצונם לזכות בהליך.

שאלה היא כיצד משפיעה התלות בהשקעותיהם של הצדדים במשפט על רצונם של כל צד להשקיע בתביעה. התשובה לשאלה זו תלויה בגורמים שונים המשתנים מתביעה לתביעה. לדוגמה, ייתכן שהשקעתו של הנתבע בשכירת חוקר פרטי אשר יבדוק אם השתכרותו של התובע הניזוק אכן נפגעה כפי שטען בכתב התביעה, תביא לידי השקעה פחותה של התובע בתביעה משום הקושי להפריך את עדות החוקר. מנגד, ייתכן שעדותו הצפויה של החוקר הפרטי תביא את התובע להשקיע השקעה גדולה יותר ולמנות מומחה רפואי אשר יסביר מדוע הנזק שנגרם לתובע הוא חמור. בין כך ובין אחרת, ברור שחלק מעלויות המשפט של התובע והנתבע מבטלות זו את זו, ולכן מצבם של שני הצדדים היה טוב יותר אילו יכלו להתחייב שלא להשקיע את העלויות הללו.²⁴

היה אפשר לסבור שעלויות המשפט יהיו קטנות יותר לפי כלל פסיקת ההוצאות האנגלי, משום שהצד המפסיד נושא לא רק בעלויותיו אלא גם בעלויות הצד שכנגד ולכאורה מפנים (ולו באופן חלקי) את העלויות הללו. אך למעשה התוצאה הפוכה – לפי כלל פסיקת ההוצאות האנגלי עלויות המשפט של הצדדים עלולות להיות גדולות מאלה שלפי הכלל

23 ראו Avery Katz, *Judicial Decisionmaking and Litigation Expenditure*, 8 INT'L REV. L. & ECON. 127 (1988).

24 סיבה נוספת להשקעת-יתר בהליך המשפטי נובעת מהיותה של כל הוצאה שהצדדים הוציאו בגדר "הוצאה שקועה" (sunk cost) שהם אינם מביאים אותה בחשבון בהחלטתם אם להשקיע עוד. בעיה זו מכונה בספרות בעיית ה-sunk cost auction. לתיאור הבעיה ראו Gillian Hadfield, *The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System*, 89 MICH. L. REV. 953, 980-1 (1999).

האמריקאי. הסיבה לכך כפולה: ראשית, לפי הכלל האמריקאי כל צד נושא בהשקעה שהשקיע בתביעה במלואה, ואילו לפי הכלל האנגלי הוא נושא בהשקעה זו רק אם הוא מפסיד. מאחר שהסיכוי לכך קטן מ-1, כל שקל שהוא משקיע עולה לו פחות משקל. שנית, התועלת לכל צד מכל השקעה לפי הכלל האנגלי גדולה יותר משום שהיא לא רק מגדילה את סיכוייו לזכות בסכום התביעה (או מבחינת הנתבע, מקטינה את סיכוייו להפסיד את הסכום הזה) אלא גם מקטינה את הסיכויים שיצטרך לשאת בסכום עלויות המשפט, שלו ושל הצד שכנגד.²⁵

(ב) מהי ההשקעה הראויה בתביעה?

כשם שאין חפיפה בין התביעות שמוגשות לבין אלו שראוי שיוגשו, כך גם אין חפיפה בין השקעתם של הצדדים בהליך המשפטי לבין ההשקעה הרצויה מנקודת מבט חברתית. במקרים רבים ההשקעה תהיה גדולה מדי, ובאחרים קטנה מדי. כפי שהסברתי לעיל, השקעותיהם של הצדדים מבטלות במקרים רבים זו את זו, ולכן אינן משפיעות על תוצאותיה הצפויות של התביעה. לפיכך מנקודת מבטם של הצדדים, במועד שבו הם מחליטים כיצד לנהוג עוד לפני פרוץ הסכסוך – אם לקיים את התחייבויותיהם החוזיות, איזו רמת זהירות לנקוט, כיצד לשמור על קניינם – אין השפעה לאותן השקעות בתביעה שתוגש לאחר פרוץ הסכסוך. השקעות אלה הן בבחינת בזבוז משאבים, מנקודת המבט המוקדמת של הצדדים, וממילא גם מנקודת המבט החברתית, המביאה בחשבון את ההרתעה הנוצרת על ידי ההליך המשפטי. אם נוסיף על כך את העובדה שכל צד נושא רק בעלויותיו ואינו מביא בחשבון את השפעת השקעתו על עלויותיו המשפטיות של הצד שכנגד ועל עלויות המערכת המשפטית, נגיע למסקנה שבתוך ההליך המשפטי מובנה תמריץ להשקעת יתר מנקודת מבט חברתית.²⁶

25 לדוגמה, נניח שהתובע בתביעת נזיקין על סך 100 יודע שבהשקעה של 50 הוא יכול להגדיל את סיכוייו להצליח מ-0.6 ל-1, ושעלויות המשפט של הנתבע הן 50. לפי הכלל האמריקאי, התובע לא ישקיע 50 כדי לקבל, בתוחלת, $40 (100 \cdot 0.4)$. לפי הכלל האנגלי הוא ישקיע את ההשקעה הזו משום שתוחלת הזכייה שלו בניכוי הוצאותיו הצפויות יגדלו מ-40 ל-100. הגדלת הסיכויים להצליח מקטינה גם ב-0.4 את הסיכוי שיצטרך לשפות את הנתבע בגין הוצאותיו בסך 50. בנוסף, במקרה זה ההשקעה, בסך 50 מושבת לו בוודאות. לפיכך אף אם היה צריך להשקיע 100 היה עושה זאת במקרה זה. ראו Charles R. Plott, *Legal fees: A Comparison of the American and English Rules*, 3 J.L. ECON. & ORG. 185 (1987).

26 כפי שהסברתי לעיל, עלויות המשפט לפי הכלל האנגלי יהיו אף גדולות יותר. לפיכך גם אם נראה כאילו כלל זה מביא להפנמת עלויותיו של הצד שכנגד, ולכן להשקעה שקרובה יותר להשקעה הראויה מנקודת ראות חברתית, למעשה אין זה כך.

מכיוון שהצדדים מצויים בהליך אדוורסרי שבו כל אחד מהם מעוניין לזכות, ומאחר שכל אחד מהם מבטל במידה מסוימת את השקעתו של האחר, המקרים שבהם השקעתם של הצדדים בהליך תהיה נמוכה מדי משיקולים חברתיים הם רק אותם מקרים שבהם שווי התביעה נמוך, אולם ערכה התקדימי גבוה. כפי שהסברתי, שווי התביעה הוא גורם נכבד בהחלטתם של הצדדים כמה להשקיע בה. כאשר שווי התביעה נמוך, השקעתם תהיה נמוכה. אם בעקבות זאת לא יתבררו שאלות שיש להן משמעות תקדימית למקרים דומים, או שההכרעה בהן עשויה להשפיע על התנהגות הצדדים מראש, מוטב היה אילו השקיעו הצדדים יותר בהוכחת עמדותיהם.

הערך במניעת טעויות בהליך המשפטי

סיבה חשובה לפער שבין ההשקעה שישקיעו הצדדים בהליך לבין ההשקעה הרצויה חברתית נוגעת להשפעה שיש להשקעה זו על הדיוק בתוצאת ההליך המשפטי. יש לזכור שהחלטותיהם של הצדדים במהלך המשפט אינן מתמצות בסכום המשאבים שישקיעו אלא גם באופן שבו ינהלו את התביעה. כל אחד מהצדדים מנסה להביא ראיות ואסמכתאות משפטיות שיתמכו בעמדתו וישכנעו את בית המשפט להכריע לטובתו, וישתדל להימנע מהבאת ראיות ואסמכתאות משפטיות שהשפעתן הפוכה. מאחר שכל צד מעוניין לזכות בתביעה, בין שזו התוצאה הנכונה ובין שלא, ייתכנו מקרים שבהם השקעתו של אחד הצדדים מביאה לידי הכרעה מוטעית של בית המשפט. השקעה כזו בוודאי אינה רצויה מנקודת מבט חברתית.

אולם גם אם בעקבות השקעתם של הצדדים בהליך המשפטי הכרעתו של בית המשפט מדויקת יותר, ייתכן שההשקעה היא בגדר בזבוז משאבים מנקודת מבט חברתית. הדרך הטובה ביותר להבין מדוע היא לחזור למודל התביעה הנזיקית. נניח שהנזק לתובע יכול להיות כל נזק בין 50 ל-150, ושבמועד שבו המזיק מחליט מהם אמצעי הזהירות שינקוט הוא אינו יודע מה שיעור הנזק שייגרם במקרה של תאונה ואינו יכול להשפיע על שיעור הנזק הזה, אלא רק על הסיכוי לתאונה. כפי שהסברתי לעיל, בהנחה שהמזיק יכול – בהשקעה קטנה – להקטין את הסיכוי לתאונה הקטנה ניכרת, הגשת תביעה במקרה שהמזיק התרשל רצויה חברתית.

השאלה היא אם השקעתו של הניזוק בהוכחה מדויקת של שיעור הנזק שנגרם לו נחוצה. התשובה היא שבמקרים שבהם המזיק אינו יודע מראש מה שיעור הנזק שייגרם ואינו יכול להשפיע עליו, כל השקעה כזו מיותרת. במועד שבו המזיק מחליט מהם אמצעי הזהירות שינקוט, הוא יודע רק שאם ימצא רשלן, תוחלת החבות שלו תהיה 100. אם בית המשפט היה פוסק לניזוק את הנזק הממוצע – 100 – לא היה בכך כדי לשנות את תוחלת החבות שהמזיק היה צופה במועד שבו היה מחליט מהם אמצעי הזהירות שינקוט. לחלופין גם אם

בית המשפט היה מנסה למצוא את הנזק לתובע, אולם עקב השקעתם הנמוכה של הצדדים היה פוסק לעתים יותר מהנזק שנגרם ולעתים פחות, המזיק היה נוקט אותם אמצעי זהירות, ובלבד שתוחלת הפיצוי שהיה צופה במועד שבו היה מחליט מהם אמצעי הזהירות שינקוט היא 100.

גם אם השקעתם של הצדדים מביאה את בית המשפט לדייק יותר בקביעת רשלנותו של המזיק (להבדיל מקביעת שיעור הנזק שנגרם), היא אינה בהכרח נחוצה מנקודת המבט החברתית. ללא השקעה של הצדדים יהיו מקרים שבהם בית המשפט יטעה ויקבע חבותו של נתבע שהתרשל, או להפך – יקבע שנתבע שהתרשל אינו חייב. חוסר הדיוק הזה אינו בעייתי אם אמצעי הזהירות שהמזיק מחליט לנקוט אינם משתנים עקב כך.

נניח תחילה שחוסר הדיוק גורם שקיים סיכוי מסוים שבית המשפט ימצא את המזיק רשלן אף על פי שעמד בסטנדרט הזהירות האופטימלי. מאחר שעמידה בסטנדרט הזהירות פוטרת את המזיק מאחריות לכל הנזק, ייתכן שיעמוד בסטנדרט אף על פי שהוא צופה שקיים סיכוי מסוים שיימצא חייב, בטעות. במקרים אלה ההשקעה במניעת טעויות כאלה מיותרת. אם לעומת זאת המזיק יכול להקטין את הסיכוי שיימצא (בטעות) חייב על ידי נקיטת אמצעי זהירות מוגברים, מעבר לסטנדרט הרצוי, טעויות מסוג זה עלולות להביא להשקעת יתר באמצעי זהירות. במקרים אלה ההשקעה הנוספת במניעת טעויות עשויה להיות יעילה.²⁷

טעות הפוכה היא מציאת המזיק לא חייב אף על פי שנקט אמצעי זהירות נמוכים מהסטנדרט הרצוי. אם הסיכוי לכך אינו גבוה, ירצה המזיק בכל זאת לנקוט את סטנדרט הזהירות הרצוי כדי למנוע מעצמו אחריות לנזק במקרים שבהם יימצא (בצדק) חייב, ולכן אין טעם להשקיע בהעלאת רמת הדיוק של בית המשפט. גם כאן אם הסיכוי לטעות גבוה

27 לדוגמה, נניח שסטנדרט הזהירות היעיל הוא כזה שבו המזיק מוציא 5 על אמצעי זהירות, ושלפי סטנדרט כזה הסיכוי לתאונה הוא 0.1. כאשר נגרמת תאונה מוגשת תביעה, ובית המשפט קובע לעתים, בטעות, שהמזיק רשלן גם אם נקט את אמצעי הזהירות היעילים בעלות 5. נניח שהמזיק יכול למנוע טעויות כאלה אם יוציא 8 על אמצעי זהירות. האם יעיל להשקיע בהעלאת רמת הדיוק של בית המשפט באופן שלא יעשה טעויות בקביעת רמת הזהירות הראויה? התשובה תלויה בעלויות שנדרשות לשם כך. נניח שהעלויות הללו שוות ל-100. מאחר שהסיכוי שתאונות נגרמות הוא רק 0.1, תוחלת העלות שנדרשת כדי להעלות את רמת הדיוק היא 10. תוחלת זו גדולה מהעלות הנוספת שהמזיק נושא בה כדי למנוע חיוב בטעות, בסך 3, ולכן העלאת רמת הדיוק אינה יעילה במקרה כזה. לעומת זאת אם העלאת רמת הדיוק כרוכה בעלות נוספת של 20, היא כדאית. תוחלת העלות הנוספת היא 2, והיא נמוכה מהעלות הנוספת שהמזיק משקיע כדי למנוע חיוב בטעות. באופן כללי יותר, ההשוואה היא בין עלויות מניעת טעויות על ידי המערכת המשפטית, אשר בהן נושאים רק בסיכוי שתיגרם תאונה, לבין עלויות מניעת טעויות על ידי הנתבע הפרוטנציאלי, שבהן הוא נושא בוודאות, לפני שנגרמת תאונה.

מספיק, ייתכן שהמזיק יבחר לנקוט אמצעי זהירות קלים מדי, ואז יש תועלת חברתית במניעת הטעות.

כאמור, ייתכן שתהיה תועלת חברתית במניעת כל אחד מסוגי הטעויות – מציאת מזיק רשולן אף על פי שנקט את אמצעי הזהירות האופטימליים, ומציאתו לא רשולן אף על פי שלא נקט אמצעים אלה. אולם כדי להכריע אם מניעת הטעויות הללו רצויה, יש לבחון את התועלת החברתית הזו אל מול העלויות הכרוכות בהשקעה הנוספת של הצדדים ושל מערכת המשפט.

לסיכום, כמו בהחלטה אם לתבוע, גם בהחלטה כמה להשקיע בתביעה קיים פער בין התמריצים הפרטיים לבין שיקולי הרווחה החברתית. הגורמים לפער הזה דומים – היעדר הפנמה של מלוא עלויות ההליך והתעלמות הצדדים מהשפעות הרתעתיות, שכן אלה כבר אינן רלוונטיות במועד הסכסוך. בנוסף, המבנה האדוורסרי של ההליך עלול להביא את שני הצדדים להתנהגות אסטרטגית ולהשקעות "מיותרות" משום שהן מבטלות אחת את האחרת ולכן אינן משפיעות אפילו על תוצאותיו החלוקתיות של ההליך. הצדדים היו מעדיפים להגיע להסכם שימנע מהם השקעות כאלה, אולם לעתים קרובות לא יוכלו להגיע להסכם כזה.²⁸

3. ההחלטה אם להתפשר

(א) מתי הצדדים לתביעה יגיעו לפשרה?

לעומת ההחלטה אם לתבוע (או להתגונן) וההחלטה כמה להשקיע בתביעה וכיצד לנהלה, שהן החלטות שכל צד מקבל בעצמו, הפשרה דורשת הסכמה בין הצדדים. התנאי להסכמתם של שני הצדדים לפשרה הוא שהפשרה תהיה עדיפה לכל אחד מהם מן האלטרנטיבה שיש בפניו אם ימשיך בהתדיינות המשפטית.

אם נחזור למודל התביעה הנזיקית נזכור שערך התביעה מבחינת התובע שווה לשווייה הצפוי של התביעה – מכפלת שיעור הנזק בסיכויי התביעה, כפי שהוא מעריך אותם – בניכוי עלויות המשפט שלו (לפי כלל ההוצאות האמריקאיות). כדי שהתובע יסכים לפשרה, סכום הפשרה צריך להיות גבוה מערך התביעה מבחינתו. באשר לנתבע, עלות התביעה מבחינתו שווה לשווייה הצפוי של התביעה בתוספת עלויות המשפט שלו. סכום הפשרה צריך להיות נמוך מעלות התביעה לנתבע. מכאן אפשר להסיק שתנאי הכרחי להסכמת הצדדים לפשרה הוא שערך התביעה מבחינת התובע יהיה נמוך מעלות התביעה מבחינת

28 ראו אלון קלמנט, דפנה קפליוק "חוזים דיוניים" עיוני משפט לג 187 (2010).

הנתבע, שכן רק כך יהיה אפשר למצוא סכום פשרה שיעמוד ביניהם.²⁹ ההפרש בין עלות התביעה לנתבע לבין ערך התביעה לתובע נקרא **טווח הפשרה**. טווח פשרה חיובי הוא תנאי הכרחי לפשרה.

קיימים שני גורמים עיקריים שמשפיעים על טווח הפשרה: הגורם האחד הוא עלויות המשפט שהצדדים צריכים להוציא, שאותן הם יכולים לחסוך אם יתפשרו. עלויות התביעה של הנתבע מגדילות את עלות התביעה מבחינתו, ואילו עלויות התביעה של התובע מקטינות את ערך התביעה מבחינתו. לכן ככל שסכום העלויות של הצדדים יהיה גבוה יותר, כך יהיה סיכוי גדול יותר שטווח הפשרה יהיה חיובי. הגורם השני הוא הפער בהערכות הצדדים את תוצאותיה הצפויות של התביעה. צדדים להליך משפטי מגלים במקרים רבים "אופטימיות-יתר" בדבר סיכויי ההצלחה שלהם ובדבר תוצאת התביעה.³⁰ הדברים נכונים בעיקר בתחילת התביעה, כאשר הצדדים טרם החליפו ביניהם מסמכים ומידע, וכל אחד מהם אינו יודע מהן הראיות הקיימות התומכות בעמדת הצד שכנגד ומצויות בידיעתו בלבד. תובעים סבורים שסיכוייהם לזכות בתביעה גבוהים, ואילו נתבעים סבורים שסיכוייהם של התובעים לזכות נמוכים. אופטימיות-יתר מקטינה את עלות התביעה בעיני הנתבע ומגדילה את שווי התביעה בעיני התובע. ככל שהפער בין הערכות הצדדים בדבר סיכויי התובע לזכות גדול יותר, כך קטן הסיכוי לכך שטווח הפשרה בין הצדדים יהיה חיובי.

אם נחזור לדוגמת התביעה הנזיקית, נניח שהצדדים מסכימים שהסיכוי שהנתבע ימצא רשולן שווה ל-0.6, ושם ימצא רשולן יחוב בפיצויים בסך 100. נניח גם שכל צד נושא בעלויות המשפט שלו לפי הכלל האמריקאי, ושעלויות אלה שוות ל-20. שווייה הצפוי של התביעה לתובע, בניכוי עלויות המשפט שלו, שווה ל-40. עלותה הצפויה של התביעה לנתבע, בתוספת עלויות המשפט שלו, שווה ל-80. לפיכך כל פשרה בין 40 ל-80 תהיה טובה לשני הצדדים יותר מהתדיינות משפטית. טווח הפשרה הוא ההפרש שבין 40 ל-80. אולם אם נניח כעת שהתובע סבור שסיכויי ההצלחה שלו שווים ל-0.8, ואילו הנתבע סבור שהסיכויים שהתובע יזכה אינם גבוהים מ-0.3, לא יתקיים טווח פשרה חיובי. התובע

29 כמקודם, כאשר הצדדים הם שונאי-סיכון, האלטרנטיבה של המשך ההתדיינות המשפטית, הכרוכה מטבעה בסיכויים וסיכונים, הופכת אטרקטיבית פחות לשניהם. במסגרת מודל הפשרה הפשוט אפשר לחשוב על הסיכון כעלות נוספת המפחיתה את ערך התביעה לתובע ומגדילה את עלותה לנתבע.

30 ראו George Lowenstein, Samuel Issacharoff, Colin Camerer & Linda Babcock, *Self Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining*, 22 J. LEGAL STUD. 135, 138-139, 145 (1993); Elizabeth F. Loftus, Willem A. Wagenaar, *Lawyers' Predictions of Success*, 28 JURIMETRICS J. 437 (1987); Jane Goodman Delaunty, Par Andres Granhag, Maria Hartwig & Elizabeth F. Loftus, *Insightful or Wishful: Lawyer's Ability to Predict Case Outcomes*, 16 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 2, 133 (2010).

לא יהיה מוכן להתפשר בסכום שנמוך משווי התביעה הצפוי בניכוי עלויות המשפט שלו – 60; הנתבע לא יהיה מוכן להתפשר עבור סכום שגבוה מעלות התביעה הצפויה בתוספת עלויות המשפט שלו – 50. לכן אין שום פשרה שתהיה מקובלת על שניהם. קל לוודא שאם עלויות המשפט היו גדולות יותר, ולחלופין אם הערכותיהם של הצדדים בדבר סיכויי ההצלחה של התביעה היו קרובות יותר, היה אפשר להגיע למצב שבו טווח הפשרה חיובי. ככל שההליך המשפטי מתקדם, חלקן של עלויות המשפט שהצדדים כבר הוציאו גדל, ואילו החלק שהם יכולים לחסוך בדרך של פשרה קטן. בכך יש כדי להקטין את הסיכוי שטווח הפשרה ביניהם יהיה חיובי. מנגד, התקדמות ההליך המשפטי מביאה בדרך כלל להתקרבות בהערכותיהם של הצדדים את סיכויי התובע לזכות, בעיקר משום שהם נחשפים לראיותיו של הצד שכנגד ומבינים טוב יותר את מכלול הגורמים שישפיעו על תוצאת התביעה. בכך יש כדי להגדיל את הסיכוי שטווח הפשרה יהיה חיובי. שני הגורמים פועלים אפוא בכיוונים מנוגדים. התשובה לשאלה איזה מביניהם יהיה דומיננטי יותר תלויה בנסיבותיו של ההליך ובסדרי הדין, כפי שאסביר בפרקים הבאים.

יש להדגיש שגם אם טווח הפשרה חיובי, יהיו גורמים אחרים שימנעו מהצדדים להתפשר. עם הגורמים הללו אפשר למנות את התנהגותם האסטרטגית של הצדדים במשא ומתן,³¹ את תלותו של המשא ומתן בגורמים רגשיים ובהטיות קוגניטיביות שמונעות הסכם,³² את העובדה שצדדים מסוימים הם שחקנים חוזרים, ולכן האינטרס שלהם בהתדיינות משפטית חורג מהאינטרס שלהם בהליך הספציפי,³³ ואת העובדה שיש נושאים שאינם ניתנים לחלוקה, ולכן הם עלולים למנוע פשרה (למשל במקרה שבו הסכסוך נסב על תמונה בעלת ערך סנטימנטלי לשני הצדדים או במקרה שבו הסכסוך נסב על משמורת ילדים כאשר משמורת משותפת אינה אפשרית לדוגמה כאשר ההורים גרים במרחק רב זה מזה).³⁴ לכן קיומו של טווח פשרה חיובי הוא תנאי הכרחי לפשרה אולם הוא אינו תנאי מספיק.

Robert H. Mnookin, *Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, 8 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 235, 239 (1993) 31

שם, בעמ' 243. 32

Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Law*, 95 *Legal Change, LAW & SOC'Y* 161, 168 (1974) 33
מנגד, אינטרסים ארוכי טווח עשויים להמריץ צד מסוים להתפשר כדי למנוע תקדים בעייתי.

S. Shavell, *Suits Versus Settlement When Parties Seek Nonmonetary Judgments*, 24 *J. LEGAL STUD.* 379 (1993) 34

ספרות המשפט והכלכלה התמקדה בניתוח קיומו של טווח פשרה והשפעתו על סיכויי הפשרה. הדיון בתוכנה של הפשרה הוא מועט.³⁵ בהתקיים טווח פשרה השאלה מה תהיה הפשרה שתוסכם (אם תוסכם) תלויה כמובן באלטרנטיבות של הצדדים – בערך התביעה בעיני התובע ובעלותה מבחינת הנתבע – ובאופן שבו יתנהל המשא ומתן בין הצדדים. כללים דיוניים יכולים להשפיע על הפשרה שתוסכם באמצעות שינוי העלויות והסיכונים של הצדדים בהתדיינות המשפטית. ככל שעלויותיו וסיכוניו של צד להליך יהיו גדולים יותר, כך הפשרה שתתקבל תהיה טובה פחות בשבילו. השפעתם של כללים דיוניים על אופן ניהול המשא ומתן ברורה פחות, משום שמטבע הדברים הכללים הדיוניים אינם חלים במשא ומתן שהוא "מחוץ" להליך המשפטי.

(ב) מתי רצוי שהצדדים יגיעו לפשרה?

הפשרה חוסכת עלויות לצדדים. לפיכך נראה כאילו תמיד תהיה פשרה שתטיב את מצב שניהם ותהיה יעילה יותר מנקודת מבטם המשותפת לאחר פרוץ הסכסוך.³⁶ אולם כפי שהוסבר לעיל, כאשר הערכתו של התובע את סיכוייו לזכות גבוהה מהערכת הנתבע את אותם סיכויים, ייתכן שהצדדים לא יתפשרו. במקרים אלה ובמקרים אחרים שבהם הצדדים אינם מתפשרים אף על פי שטווח הפשרה חיובי, היו הצדדים עצמם יכולים לצאת נשכרים אילו היו מסייעים בידם להגיע לפשרה. אם נוסיף על כך את העובדה שהצדדים אינם נושאים במלוא עלויות מערכת המשפט ואינם מפנימים אותן, נתחזק במסקנה שיש לעודד את הצדדים להתפשר כאשר אינם מצליחים בכך בכוחות עצמם.

אולם טיעון זה מתמקד רק בגורם אחד שמשפיע על הרווחה החברתית – עלויות המשפט. כאמור, הרווחה החברתית מושפעת גם מהשפעותיו ההרתעתיות של ההליך המשפטי ומהערך שלו, בפני עצמו, מבחינת הצדדים. באשר לערך ההליך מבחינת הצדדים, מאחר שהוא מגולם במלואו בשיקוליהם אם להתפשר, אין סיבה לחשוב שישקלו אותו

35 לדיון בהשפעתם של כללי פסיקת הוצאות על תוכנה של הפשרה ראו, Lucian Ayre Bebchuk, Howard F. Chang, *The Effect of Offer-of-Settlement Rules on the Terms of Settlement*, 28 J. LEGAL STUD. 2, 489 (1999); LUCIAN A. BEBCHUK, ON THE DIFFERENCE BETWEEN SETTLEMENT TERMS AND THE EXPECTED JUDGMENT (unpublished manuscript, 1997).

36 אכן, לפחות 66.7% מהתביעות המוגשות בארצות הברית מסתיימות בפשרה. ראו Kevin M. Clermont, Theodore Eisenberg, *Litigation Realities*, 88 CORN. L. REV. 119, 136 (2002). אולם חלק מהפשרות הללו מושגות רק לאחר שהצדדים כבר הוציאו חלק מעלויות המשפט. כמו כן כ-5% מהתיקים הצדדים אינם מתפשרים וניתן פסק דין בעניינם. ראו George L. Priest, *Private Litigants and the Court Congestion Problem*, 69 B. U. L. REV. 527, table 1, 540 (1989).

באופן שונה מזה שיישקל מנקודת מבט חברתית. לפיכך ערך ההליך אינו סיבה שתגרום לנו לרצות להתערב בהחלטת הפשרה של הצדדים משיקולי רווחה חברתית. לעומת זאת שיקולים הרתעתיים עשויים שלא להישקל על ידי הצדדים ולהביא לידי התממשותן של פשרות שאינן רצויות משיקולי רווחה חברתית.

כדי להבין כיצד ייתכן שיהיו פשרות שאינן רצויות משיקולי רווחה חברתית נחזור למודל התביעה הנזיקית. נניח ששני הצדדים מעריכים שהנתבע ימצא רשלן ושהתביעה תסתיים בוודאות בזכייה של התובע ושהנתבע יצטרך לפצות אותו בסך 100. נניח גם שעלויות המשפט של כל אחד מהצדדים הן 20. במקרה זה שווי התביעה לתובע הוא 80, ואילו עלות התביעה לנתבע היא 120. לפיכך כל פשרה בין 80 ל-120 תיטיב עם שני הצדדים והיא עשויה להתקבל.

נניח תחילה שהנתבע אינו יודע מראש מה תהיה הפשרה שיגיע אליה עם התובע אם יתשלם וייגרם נזק. בהנחה זו הנתבע יחשב את חבותו לפי תוחלת הפשרה, ששווה לנזק שהוא גורם – 100 – אם התרשל. לפיכך שיקוליו בנקיטת אמצעי זהירות יהיו יעילים. אולם נניח כעת שהנתבע צופה שתוחלת הפשרה תהיה שונה מהנזק שהוא גורם. הבדל זה בין הנזק לבין תוחלת הפשרה יכול לנבוע מכך שיכולת המיקוח של הצדדים אינה שווה, מכך שהנתבע מחזיק במידע שאינו ידוע לתובע באשר לחבותו, או מכך שעלויותיהם המשפטיות של שני הצדדים שונות. בין כך ובין אחרת, כעת הנתבע צופה שהפיצוי שישלם יהיה שונה מהנזק שגורם, ולכן שיקוליו בנקיטת אמצעי זהירות עלולים להיות לא יעילים. אם הנתבע צופה שהפשרה תהיה גבוהה מהנזק שהוא גורם, הוא עלול לנקוט אמצעי זהירות גבוהים מדי, ולהפך: אם יצפה לשלם פחות מהנזק שהוא גורם בפשרה, הוא עלול לנקוט אמצעי זהירות נמוכים מדי.³⁷

יש לשים לב לכך שטיעון זה אינו מוליך למסקנה שצריך לאסור את הפשרה במקרים אלה. איסור על הפשרה, בהנחה שהוא אפשרי, יגרום שהצדדים ומערכת המשפט יישאו בעלויות המשפט. גם אם כל עלויות המשפט יגולגלו על הנתבע, ולכן יישא במלוא הנזקים שהוא גורם – זה הישיר שנגרם לניזוק וזה העקיף שנגרם עקב עלויות המשפט – עדיין נזקים אלה יגרמו בכל פעם שתיגרם תאונה. התוצאה עלולה להיות יעילה פחות מזו שתתקיים כאשר הצדדים צפויים להתפשר גם אם תוחלת הפשרה שהם צפויים להגיע אליה אינה שווה לשיעור הנזק שנגרם לתובע.³⁸

37 זאת בכפוף לאפשרות שינקוט את אמצעי הזהירות הראויים רק כדי שלא ייחשב רשלן.

38 לדוגמה, אם הפשרה הנמוכה משפיעה השפעה מזערית על רמת הזהירות של הנתבע, הסיכויים לתאונה גבוהים, ועלויות ההתדיינות המשפטיות גבוהות, החיסכון מפשרה עשוי להיות גבוה מההפסד שנובע מאמצעי הזהירות הנמוכים מדי.

לפיכך השאלה אם הפשרה רצויה או לא בסוג מקרים אלה תלויה בתוחלת הפשרה הצפויה (להבדיל משיעור הפשרה בכל מקרה), בהשפעת ההבדל בין הנזק שנגרם לבין תוחלת הפשרה הצפויה על אמצעי הזהירות שינקוט הנתבע, בסיכויים לתאונה ובעלויות המשפט שייחסכו באמצעות הפשרה. לעומת זאת אם אפשר להשפיע על שיעור הפשרה ולגרום לכך שתוחלתה תהיה שווה לשיעור הנזק, יהיה בכך תמיד כדי להביא לתוצאה יעילה מזו שבפשרה שתוחלתה שונה משיעור הנזק או מהתדיינות משפטית ללא פשרה.

לבסוף, הפשרה מטבעה מונעת בירורן של שאלות עובדתיות ומשפטיות. במקרים רבים בירורן של השאלות הללו נחוץ רק לצורך פתרון הסכסוך ולחלוקה בין הצדדים להליך. למעלה הסברתי שבירור השאלות הללו רצוי משיקולים חברתיים כאשר הוא משפיע על התנהגות הצדדים והם יכולים לצפות, במועד שבו הם מחליטים כיצד לנהוג, כיצד הן יוכרעו. אולם על כך יש להוסיף מקרים שבהם בירור השאלות עשוי להיות חיוני למי שאינו צד להליך, אשר ילמד באמצעות ההליך המשפטי מידע שלא היה בידו לפני כן. במקרים אלה להליך המשפטי המלא השפעות חיצוניות חיוביות על צדדים שלישיים, והפשרה מונעת השפעות אלה. לדוגמה, במקרה הנזיקי ייתכן שמקור הנזק לתובע הוא מזיהום של מקור מים על ידי הנתבע. הליך משפטי מלא עשוי להביא את המידע על זיהום מקור המים לידיעתם של ניזוקים פוטנציאליים ולמנוע נזק שייגרם להם. פשרה עלולה לסכל את העברת המידע החיוני הזה.

לסיכום, גם בהחלטת הפשרה כמו בשתי ההחלטות שנדונו קודם – אם לתבוע וכמה להשקיע בתביעה – בולטת הבעייתיות שנובעת מהפער שבין האינטרס הפרטי לשיקולי הרווחה החברתיים. בהחלטת הפשרה קיים מכשול נוסף בפני השאת הרווחה החברתית. הוא נובע מכך שהחלטה זו צריכה להתקבל בהסכמה של הצדדים, ואלה נמנעים מהסכמה מסיבות שונות שאינן קשורות לרווחה החברתית. עם זאת אין זה נכון שראוי תמיד לעודד את הצדדים להתפשר. יש פשרות שהשפעתן על הרתעה היא שלילית, ולכן ראוי להביא לידי כך שגם אם יתקבלו, יהיה ערכן שונה מזה שהצדדים יגיעו אליו ללא התערבות. בנוסף, הפשרה עלולה למנוע מהציבור מידע שעשוי להיות חיוני למניעת נזקים נוספים ולשינוי התנהגות בעתיד. פשרה כזו עלולה להיות לא יעילה.

4. היחס בין ההחלטות השונות במהלך התביעה

אף אחת מההחלטות שבהן דנתי עד כאן – ההחלטה אם לתבוע, ההחלטה כמה להשקיע בתביעה וההחלטה אם להתפשר – אינה יכולה להתקבל במנותק מההחלטות האחרות. יתרה מכך, הצדדים שוקלים מחדש כל אחת מההחלטות הללו לאורך זמן ניהול התביעה – ממועד הגשתה ועד סיומה בפסק דין או בפשרה. להלן אצביע בקצרה על קשרים אפשריים בין ההחלטות השונות ועל האופן שבו הן עשויות להשתנות במהלך התביעה.

אתחיל בהחלטה אם לתבוע. החלטה זו תלויה כאמור בעלויות הצפויות בהמשך התביעה ובסיכויי ההצלחה שלה. ההחלטה הזאת עשויה להשתנות לאורך זמן ניהול התביעה משום שהתובע לומד באופן מדויק יותר מהם סיכויי להצליח, וסיכויים אלה יהיו שונים מכפי שהעריך בתחילת התביעה.³⁹ למשל, במהלך גילוי מסמכים התובע עשוי ללמוד שלנתבע יש ראיות מוצקות שמעידות שלא התרשל, ולכן סיכויי ההצלחה של התובע נמוכים מאלה שראה לנגד עיניו במועד הגשת התביעה. לכן התובע עשוי להחליט בשלב זה למחוק את התביעה ולהימנע מהוצאות משפט נוספות ומיותרות.

ההחלטה אם להגיש תביעה, ולאחר מכן ההחלטה אם להמשיך ולנהל אותה, תלויות בהשקעה הצפויה בתביעה ובסיכויים לפשרה. התובע עשוי להגיש את התביעה משום שהוא צופה שהעלויות שיושקעו על ידיו ועל ידי הנתבע לא יהיו גבוהות, ומשום שהוא סבור שהנתבע יתפשר עמו בשלבים מוקדמים של התביעה.⁴⁰ עם התקדמות ההליך המשפטי התובע עלול למצוא שטעה בהערכתו, שעלויות המשפט שלו עלולות להיות גבוהות בהרבה משחשב, וסיכויי להתפשר נמוכים. גם במקרה כזה התובע עשוי להחליט למחוק את התביעה.

ההחלטה כמה להשקיע בתביעה גם היא משתנה בעקבות מידע שנחשף במהלך ניהול התביעה. כל צד לומד באילו אפיקים כדאי לו להשקיע יותר ובאילו פחות כתלות במידע ובראיות שמוצגות על ידי הצד האחר. כל צד מווסת גם את השקעתו לאורך זמן ניהול התביעה באופן שתהיה יעילה ביותר ולא תבוזבז באפיקים שסיכוייהם להצליח נמוכים. יתרה מכך, השאלה במה להשקיע את הזמן והמשאבים וכיצד לחלקם לאורך זמן ניהול התביעה קשורה קשר הדוק לשאלה מהם סיכויי התביעה להימחק ולשאלה מהם הסיכויים שתסתיים בפשרה בכל שלב. כל צד יעדיף לדחות את השקעת המשאבים על ידיו ככל האפשר, כדי שמשאבים אלה לא יוצאו לשווא אם התביעה תימחק או תסתיים בפשרה. מנגד לעתים נדרשת השקעה בניהול ההליך כדי לשכנע את הצד שכנגד להיכנע או להתפשר. לבסוף, ההחלטה אם להתפשר ועבור כמה גם היא החלטה שנשקלת מחדש במהלך התביעה, והיא תלויה בעלויות הצפויות לצדדים ובמידה שבה איומו של התובע להמשיך

39 להתייחסות להליך המשפטי כהשקעה באופציה ראו Bradford Cornell, *The Incentive to Sue: An Option Pricing Approach*, 19 J. LEGAL STUD. 1, 173 (1990); Joseph A. Grundfest, Peter H. Huang, *The Unexpected Value of Litigation: A Real Options Perspective*, 58 STAN. L. REV. 1269 (2005).

40 ראו Lucian A. Bebchuk, *A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue*, 25 J. LEGAL STUD. 1 (1996) לביקורת המודל ראו Alon Klement, *Threats to Sue and Cost Divisibility Under Asymmetric Information*, 23 INT'L LAW REV. & ECON. 261 (2003).

בתביעה הוא אמין. כפי שהסברתי לעיל, ככל שהעלויות הצפויות נמוכות יותר, כך יורדת הנכונות של הצדדים להתפשר. מנגד ככל שההליך מתקדם יותר, כך המידע שחולקים הצדדים רב יותר, הערכותיהם בדבר סיכויי זכייתו של התובע מתקרבות, ובעקבות זאת גדל הסיכוי לפשרה. נכונותו של הנתבע להתפשר תלויה בכך שיאמין שהתובע אכן ימשיך בתביעה עד סופה. כאשר ברור שהסיכוי שהתביעה תימחק הוא גדול, יימנע הנתבע מלהתפשר.

הקשרים בין ההחלטות השונות והאופן שבו הן תלויות בהתקדמות ההליך המשפטי הם מורכבים ותלויים במידה רבה בפרטים שאינם חלק מהמודל הבסיסי. פרטים אלה נגזרים מסוג ההליך ומהכללים הדיוניים שחלים עליו. בפרק 3 אעבור מהצגת המודל הכללי ליישומו לצורך ניתוחם של כללים דיוניים שונים. אולם לפני כן אדון בהשפעתם של עורכי הדין על ההליך המשפטי.

ב. השפעת עורכי הדין על ההליך

עד כאן הנחתי שהצדדים מקבלים את ההחלטות השונות – אם לתבוע, כיצד לנהל את התביעה ואם להתפשר בה – בעצמם. הנחה זו אינה מתקיימת במציאות, משום שההליך המשפטי דורש התמצאות לא רק בדין המהותי כי אם גם בסדרי הדין ודיני הראיות, והצדדים אינם מצויים בכל אלה. לכן הם נזקקים לייצוג על ידי עורכי דין.

מאחר שעורכי הדין מצויים יותר בפרטי ההליך המשפטי ויודעים להעריך טוב יותר את הסיכויים, הסיכונים והעלויות, חלק מההחלטות מתקבלות על ידיהם מבלי שתהיה ללקוח השפעה אמיתית עליהן. גם אותן החלטות שהלקוח מקבל בעצמו נשענות על עצותיה של עורכת דינו. ייצוגם של הצדדים על ידי עורכי דין חיוני לניתוח הכלכלי של כללי סדר הדין, משום שהאינטרסים של עורכי הדין אינם חופפים את האינטרסים של לקוחותיהם. החלטותיהם ועצותיהם משרתות לעתים לא רק את האינטרסים של הלקוח אלא גם את האינטרסים שלהם. בהיעדר חפיפה בין האינטרסים של הלקוח ועורך הדין, תוצאות הניתוח הכלכלי עשויות להיות שונות מאלה שהוצגו עד כה.

בפרק זה אסביר כיצד עורכי דין משפיעים על תוצאות ההליך המשפטי. ההשפעה נגזרת ממבנה שכר הטרחה שמשולם לעורכי הדין. הלקוח ועורך הדין מעוניינים לקבוע שכר טרחה שיביא לזהות אינטרסים מרבית בינם. אולם בשל אותם פערי מידע ומקצועיות שבגללם שוכר הלקוח את שירותיו של עורך הדין פער האינטרסים ביניהם אינו ניתן לפתרון

מלא. בעיה זו קרויה בעגה הכלכלית "בעיית הנציג".⁴¹ לצורך הדיון כאן אבחן את השפעתם של עורכי דין על תוצאות ההליך המשפטי הן כאשר שכר הטרחה שלהם משולם באחוזים מסכום הזכייה בתביעה והן כאשר הוא משולם לפי שעה.⁴² לצורך הפשטות אניח שהוצאות המשפט היחידות של הצדדים למשפט הן הוצאותיהם על שכר טרחת עורך הדין שמייצג אותם, ושכלל פסיקת ההוצאות הוא הכלל האמריקאי, ולכן כל צד נושא בשכר הטרחה ללא תלות בתוצאות המשפט. מאחר שבתי המשפט בישראל פוסקים הוצאות בסכומים נמוכים בהרבה משכר הטרחה שהוציא הצד הזוכה,⁴³ המצב דומה לזה שאני מנתח כאן.

1. שכר הטרחה של עורך הדין משולם לפי שעה

בשכר טרחה המשולם לפי שעה מקבל עורך הדין את שכרו לפי מספר השעות שהשקיע בתביעה. שכר הטרחה לשעה מסוכם עם הלקוח במועד ההתקשרות שביניהם, אולם מספר השעות שיושקעו בתביעה אינו ניתן לסיכום מראש, בעיקר משום שהוא תלוי בגורמים רבים שאי אפשר לחזותם במועד הקודם להגשת התביעה. כאשר עורך הדין משתכר לפי שעה, וכאשר אין ביקוש למלוא השעות שהוא יכול לעבוד (או כאשר שכרו האלטרנטיבי בשעות אלה נמוך משכר הטרחה שהוא גובה בתביעה), כל שעה שעבורה יקבל שכר בתביעה תותיר אצלו רווח.⁴⁴ לפיכך לעורך הדין יש אינטרס מובנה להשקיע כמה שיותר שעות עבודה

41 לניתוח בעיית הנציג ביחסים שבין עורך דין ולקוח ראו Kevin M. Clermont, John D. Currihan, *Improving the Contingent Fee*, 63 CORN. L. REV. 529 (1978); M. L. Schwartz, D.J.B. Mitchell, *An Economic Analysis of Contingent Fee and Personal Injury Litigation*, 22 STAN. L. REV. 1125 (1970).

42 נוסף על השכר על פי שעה והשכר כשיעור מסוים מסכום התביעה, אם צלחה, קיימות עוד אפשרויות לקביעת שכר הטרחה, כגון שכר לפי ישיבות בבית משפט או בבוררות; שכר על בסיס חודשי או שנתי; שכר טרחה על פי אחוזים מערך הנכס שבו מטפל עורך הדין. Herbert M. Kritzer, *Lawyer Fees and Lawyer Behavior in Litigation: What Does the Empirical Literature Really Say?* 80 TEX. L. REV. 1943, 1944 (2001).

43 זאת למרות קריאתו המפורשת של רשם בית המשפט העליון השופט מרזל לפסוק הוצאות ראליות בבג"ץ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, לעיל הערה 14.

44 לכאורה, בשוק תחרותי לא אמור להיות פער בין שיעור שכר הטרחה לשעה ובין שכרו האלטרנטיבי (ה-reservation value) של עורך הדין. אולם יש סיבות שונות שבגללן נוצר פער כזה, ועמן אפשר למנות את הצורך לממן הוצאות קבועות של משרד עורכי הדין, את פערי המידע בין עורך הדין ללקוח ואת שכר הטרחה המומלץ על ידי לשכת עורכי הדין (ראו סעיף 81 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 ("המועצה הארצית של הלשכה רשאית לקבוע תעריף מינימלי לשכר טרחה בעד טרחה בעד שירותי עורכי דין...")); התוספת לכללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000. ראו Richard J. Aronold, Thomas S. Friedland, *The Effect of Fee Schedules on the Legal Services Industry*, 12 J. HUM. RESOURCES 285 (1977) (Theoretical and empirical work which concludes that minimum

בתביעה. אינטרס זה אינו חופף את האינטרס של הלקוח. אמנם האתיקה של עורך הדין⁴⁵ והמוניטין שלו בשוק עורכי הדין פועלים בכיוון מנוגד ומונעים מעורך הדין התנהגות אופורטוניסטית לחלוטין, אולם שכר הטרחה יוצר פער באינטרסים שבין לבין הלקוח. המידה שבה פער זה משפיע על החלטותיו של עורך הדין משתנה בין עורכי הדין לפי שיקוליהם האחרים.

המודל הבסיסי מלמד שהתובע יגיש תביעה רק כאשר ערכה הצפוי מבחינתו גדול מעלויותיו. מאחר שאני מניח בפרק זה שעלויות אלה שוות לשכר הטרחה שהתובע ישלם לעורך הדין, מנקודת ראותו של התובע התביעה צריכה להיות מוגשת רק אם שכר הטרחה הזה נמוך מערך התביעה הצפוי, אשר שווה למכפלת סיכויי ההצלחה בתביעה בסעד שייפסק.

מאחר שהלקוח אינו יודע מהם סיכויי ההצלחה שלו או מה הסעד שכנראה ייפסק, עורך הדין אמור להעריך את הגורמים הללו למענו. לעורך הדין המשתכר לפי שעה יש תמריץ להציג את ערכה הצפוי של התביעה באור חיובי יותר מערכה האמתי כדי לא לאבד את התביעה שמשמשת לו מקור לשכר טרחה. בדומה לכך, לעורך הדין יש תמריץ להשקיע שעות נוספות בניהול התביעה, מעל ומעבר למספר השעות שהיה עליו להשקיע אילו היה פועל מכוח האינטרס של הלקוח בלבד. מסיבה דומה עורך הדין יעדיף את המשך ההתדיינות המשפטית, שבה יוכל להמשיך ולהשתכר לפי שעה, על פני פשרה שתסיים את הדין בתביעה.⁴⁶

התוצאה היא שכאשר שכר הטרחה משולם לפי שעה, מספר התביעות המוגשות גדול מזה שהיה מוגש אילו היה הלקוח יכול לשקול את ערך התביעה מבחינתו באופן עצמאי, ועלויות המשפט גבוהות מאלה שהיו מושקעות אילו היה הלקוח קובע אותן לפי האינטרס שלו בלבד. תוצאה זו עלולה להפוך משמעותית יותר ככל שהיצע עורכי הדין גדול יותר,

fee schedules have a substantial positive effect on lawyers' prices); Edward Shinnick, Frank H. Stephen, *Professional Cartels and Scale Fees: Chiselling on the Celtic Fringe?* 20 INT'L REV. L. & ECON 407 (2000) ("The existence of a recommended scale of fees drawn up by a profession's self regulatory body will result in such recommended fees actually being charged")

45 ראו כלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 ("עורך דין ייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך שמירה על הגינות..."); כלל 14 שם (איסור על ניגוד אינטרסים בייצוג לקוח).

46 לכאורה אפשר להתמודד עם בעיה זו באמצעות קביעת "תקרה" של שעות שעבורן ישלם הלקוח. אולם אם התקרה נקבעת נמוך מדי, עניינו של הלקוח נפגע. אם התקרה נקבעת גבוה מדי, לעורך הדין יהיה תמריץ להשקיע את מלוא השעות במסגרת התקרה גם כאשר השקעה כזו אינה משרתת את עניינו של הלקוח.

ולכן שכרו האלטרנטיבי של עורך הדין שנשכר, אם לא ינהל את התביעה, נמוך יותר, משום שאז הרווח שלו מהמשך התביעה גדל.⁴⁷

כפי שהסברתי, במסגרת המודל הבסיסי האינטרס הפרטי בהחלטות – אם לתבוע וכמה להשקיע בתביעה – והשיקולים החברתיים אינם חופפים. טענתי כאן היא שבתחומים שבהם מספר התביעות גדול מדי, תשלום שכר הטרחה לפי שעה לעורכי דין מחמיר את הבעיה. מבנה שכר הטרחה הזה גורם לתביעות רבות יותר, שההשקעה בהן תהיה גדולה יותר, ושסיכויי הפשרה בהן יהיו נמוכים יותר.

לשכר הטרחה לפי שעה השפעה נוספת, הפוכה: מאחר ששכר הטרחה משולם לעורך הדין ללא תלות בתוצאת התביעה, הוא אפשרי רק לתובעים ונתבעים שידם משגת לשלם אותו. צדדים שאינם יכולים לשלם את שכר הטרחה לא יוכלו לשכור שירותיו של עורך דין שייצג אותם. לכן חלק מהתביעות ששוויין הצפוי גדול מעלויותיהן לא יוגשו רק משום שהתובעים אינם יכולים לממן את שכר הטרחה. בדומה לכך, נתבעים שיש להם הגנה טובה כנגד התביעה אולם אינם יכולים לממן את שכר הטרחה של עורך הדין לא יתגוננו מפניה.⁴⁸ התוצאה הזו בעייתית לא רק משום השלכותיה החלוקתיות אלא גם משום השפעותיה ההרתעתיות. נתבעים שיכולים לזהות שתובעים חסרי אמצעים לא יתבעו אותם יקפידו פחות במילוי חובותיהם כלפיהם. מנגד תובעים שמזהים שנתבעים הם חסרי אמצעים להתגונן יתבעו אותם גם אם סיכוייהם להצליח נמוכים. לכן תמריציהם של אותם נתבעים לנהוג כחוק לא יהיו אופטימליים.

2. שכר הטרחה של עורך הדין משולם באחוזים מסכום הזכייה

תשלום שכר טרחה באחוזים מהסעד שנפסק או נקבע בפשרה מאפשר לתובעים חלופה לשכר הטרחה לפי שעה. חלופה זו רלוונטית בעיקר כאשר הסעד המבוקש בתביעה הוא סעד כספי. חלופה זו נותנת לכאורה מענה לשתי הבעיות בשכר הטרחה לפי שעה: בעיית תמריץ-

47 בשוק תחרותי עורך ההיצע של עורכי הדין יביא לירידת שכר הטרחה שאפשר לגבות, אולם כאמור לעיל, עדיין ייתכן פער בין שכר הטרחה שיגבה עורך הדין לבין שווי כל שעת עבודה עבורו. ראו לעיל הערה 44.

48 היה אפשר לסבור שתובעים יוכלו לממן את שכר הטרחה של עורך הדין כנגד זכותם העתידית לזכייה בתביעה. בעייתו של מלווה במקרה כזה היא שקשה לו להעריך את הסיכוי להפסד בתביעה, שהוא הסיכון שסכום ההלוואה לא יושב לו. עורך הדין הוא מי שמסוגל להעריך את הסיכון הזה באופן המדויק ביותר, ולכן הוא מי שיכול לתת הלוואה כזו במחיר הנמוך ביותר. זה למעשה מה שעושה עורך הדין כאשר שכר הטרחה שלו משולם לפי אחוזים מסכום התביעה, ומותנה למעשה בזכייה. יש לשים לב שמבנה שכר טרחה באחוזים הוא בעייתי ליישום בצד הנתבע.

היתר לתבוע ולהשקיע שעות עבודה בתביעה, ובעיית היעדר המשאבים לתשלום שכר הטרחה. לכאורה מאחר שעורך הדין מקבל את שכר הטרחה כאחוזים מהסכום שמשולם לתובע, נוצרת חפיפה בין האינטרסים שלהם ונפתרת בעיית הנציג. עורך הדין לא יגיש תביעות ששוויין נמוך מעלויותיהן ולא ישקיע יתר על המידה בתביעות שהוגשו. נראה גם ששכר הטרחה באחוזים פותר את בעייתו של תובע חסר אמצעים משום שהוא מתנה בזכייה בתביעה. אם התובע זוכה בתביעה, יש בידו אפשרות לשלם את שכר הטרחה של עורך הדין. אם התובע מפסיד, הוא אינו נדרש לשלם לעורך הדין דבר. להלן אבחן טענות אלה.

אדון תחילה בהשפעתו של שכר הטרחה באחוזים על ההחלטות לתבוע, להשקיע בתביעה ולהתפשר. אף על פי ששכרם של עורך הדין והתובע תלויים בתוצאת המשפט, אין חפיפה בין האינטרסים שלהם. הסיבה לכך היא שעלויות המשפט, שהן עלויות זמנו של עורך הדין, מוטלות במלואן על עורך הדין. לעומת זאת כאשר התובע זוכה במשפט, עורך הדין אינו מקבל את מלוא סכום הזכייה אלא רק חלק ממנו. בכל מקרה שעלויות אלה הן חיוביות – כאשר עורך הדין יכול להשתכר שכר כלשהו עבור שעות שישקיע במקום אחר במקום בתביעה – התוצאה היא שהתמריץ לתבוע ולהשקיע בתביעה נמוך מזה שהיה משרת באופן אופטימלי את האינטרס של התובע.

הדרך הפשוטה ביותר להסביר את הטענה הזאת היא להדגים אותה באמצעות דוגמה מספרית. נחזור לדוגמת התביעה הנזיקית ונניח ששיעור הנזק שנגרם לתובע הוא 100. נניח גם שכדי לזכות בתביעה ולהוכיח את הנזק עורך הדין צריך להשקיע 10 שעות עבודה וששווי כל שעה (השכר האלטרנטיבי שיקבל אם לא ינהל את התביעה) הוא 5. שווייה הצפוי של התביעה, 100, גדול מעלויותיה, 50, ולפיכך מנקודת מבטו של התובע היה ראוי להגיש אותה. במילים אחרות, אילו שילם התובע לעורך הדין שכר טרחה בסך 5 לכל שעת עבודה, ועורך הדין היה משקיע 10 שעות בתביעה, היא הייתה מוגשת.

זה אינו המצב כאשר שכר הטרחה של עורך הדין משולם באחוזים, ושכר טרחה זה נמוך מ-50%. נניח ששכר הטרחה של עורך הדין שווה ל-30% מסכום הזכייה. במקרה כזה עורך הדין מצפה לקבל שכר טרחה השווה ל-30 תמורת השקעה שעלותה 50. מובן שעורך הדין לא יסכים להגיש תביעה כזאת.

אף על פי שהיה אפשר לפתור את הבעיה בדוגמה הזאת באמצעות שיעור שכר טרחה גבוה יותר, הבעיה תצוץ ותעלה במקרים אחרים שבהם ההשקעה הנדרשת גבוהה יותר כל עוד עורך הדין אינו מקבל את מלוא 100% סכום הזכייה בתביעה. הפער שבין ההשתתפות החלקית בסכום הזכייה לבין הנשיאה המלאה בעלויות ניהול התביעה יוצר פער בין האינטרסים של עורך הדין והתובע. התוצאה היא שכאשר שכר הטרחה משולם באחוזים, יהיו תביעות שלא יוגשו אף על פי ששוויין הצפוי גבוה מעלויותיהן. עורך הדין לא יסכים להגיש תביעות כאלה אלא אם שיעור שכר הטרחה שיקבל יהיה גבוה מאוד וקרוב ל-100%.

מסיבה דומה, עורך הדין ישקיע פחות מההשקעה האופטימלית מנקודת מבטו של לקוחו התובע, גם בתביעות שיוגשו. אם למשל בדוגמה לעיל השקעה של שעה נוספת הייתה מגדילה את סכום הפיצוי לתובע ב-10 (ל-110), היה התובע מוכן לשלם לעורך הדין את שווי שעת העבודה הזו, 5, כדי שישקיע אותה. אולם עורך דין ששכרו שווה ל-30% לא ישקיע את שעת העבודה הזאת משום שהתמורה שיקבל תגדל ב-3 בלבד, סכום שנמוך מהשקעתו, 5.

לכסוף, עורכי דין ששכרם משולם באחוזים ייטו להסכים לפשרות גם כאשר אלה אינן מותרות בידי התובע, לאחר ניכוי שכר הטרחה מסכום הפשרה, סכום שגבוה משווייה הצפוי של התביעה בניכוי שכר הטרחה של עורך הדין. במילים אחרות, עורכי דין עלולים להמליץ לתובע להתפשר אף על פי שמוטב היה לו להמשיך בתביעה. אדגים גם טענה זו: נניח ששווי התביעה הוא 100, ששכר עורך הדין שווה ל-30%, ושהוא צריך להשקיע 5 שעות בעלות של 5 לשעה. נניח שהנתבע, לאור הערכת הסיכויים והעלויות שלו, מוכן לשלם לתובע לכל היותר 60. סכום זה נמוך מהערך שצפוי לתובע אם ימשיך בתביעה – 70% מ-100, שהם 70. למרות זאת ייתכן שעורך הדין ירצה לשכנע את התובע להסכים לפשרה כזאת. למשל, נניח שאם התביעה מסתיימת בפשרה עורך הדין יידרש להשקיע בתביעה בסך הכול שתי שעות עבודה. במקרה כזה שווי הפשרה בשבילו הוא 30% מ-60, שהם 18, בניכוי שווי שעות העבודה שלו, 10. לכן שווי הפשרה בשביל עורך הדין הוא 8. לעומת זאת שווי התביעה בשביל עורך הדין שווה ל-30% מ-100, בניכוי שווי שעות העבודה שלו, 25. שווי התביעה בשביל עורך הדין הוא 5. מאחר ששווי התביעה לעורך הדין נמוך משווי הפשרה מבחינתו, עורך הדין עלול להמליץ לתובע לקבל את הפשרה. תובעים שיודעים מה סכום התביעה הצפוי להם ומהם סיכוייהם להצליח יכולים להתגבר על כל הבעיות הללו באמצעות פיקוח צמוד על השקעתו של עורך הדין ועל ההחלטות השונות בתביעה. אולם כפי שכבר הסברתי, תובעים מתקשים לעשות זאת משום שאינם בקיאים בדין המהותי והפרוצדורלי. זו הסיבה שבגללה הם חייבים להשתמש בשירותיהם של עורכי דין. הדברים מקבלים משנה תוקף במקרים שבהם הסיבה לכך שהתובע שוכר את שירותיו של עורך הדין על בסיס שכר טרחה באחוזים היא שהתובע הוא חסר אמצעים. התוצאה אפוא הפוכה מזו שמתקבלת כאשר שכר הטרחה משולם לפי שעה. כאשר שכר הטרחה משולם באחוזים, מספר התביעות שיוגשו קטן מזה שהיו מוגשות אילו ידעו תובעים לאמוד נכונה את סיכוייהם, מספר שעות העבודה שישקיעו עורכי הדין בתביעות אלה מעטות מאלה שהיו צריכים להשקיע אילו היו משרתים את האינטרסים של לקוחותיהם התובעים במלואם, ויסוכמו פשרות שהן נמוכות מאלה שהתובעים היו מסכימים להן אילו היה בידם מלוא המידע. הרתעת-החסר הנובעת מכך ברורה. יתרה מכך, הרתעת-החסר הזו עלולה לפגוע בעיקר באותם תובעים שידם אינה משגת לשלם לעורכי הדין שלהם לפי שעה. דוגמה אופיינית לכך היא בתביעות נזיקין.

עם זאת שכר הטרחה באחוזים מאפשר לתובעים שידם אינה משגת לשלם לעורך דין, בכל זאת לתבוע. בשכר טרחה שנקבע באחוזים עורך הדין גובה את חלקו מהסכום שזכה בו בתביעה או בפשרה, והלקוח מוותר על חלק זה. לעומת זאת אם התובע הפסיד בתביעה הוא אינו משלם לעורך הדין דבר. לפיכך שכר הטרחה באחוזים מגדיל את מספר התביעות המוגשות על ידי תובעים חסרי אמצעים. ההשפעות ההרתעתיות אפוא ברורות. לסיכום, השאלה מהו מבנה שכר הטרחה הרצוי משיקולי רווחה חברתית היא קשה. כפי שהסברתי, שתי שיטות שכר הטרחה עלולות ליצור פערים בין האינטרסים של עורכי הדין לבין האינטרסים של לקוחותיהם ולהביא לתוצאות הרתעתיות לא רצויות. עם זאת יש להדגיש שתי נקודות חשובות: ראשית, שהפער בין התמריץ הפרטי לתבוע, להשקיע בתביעה ולהתפשר לבין האינטרס החברתי בתביעה אינו נובע מבעיית הנציג ומפערי האינטרסים שבין עורכי הדין ללקוחותיהם. פערי האינטרסים בין עורך הדין ללקוח עלולים להחמיר את הבעיה החברתית, אולם לעתים הם עשויים להקל אותה. למשל במקרים שבהם תובעים היו בוחרים להגיש תביעות שהערך ההרתעתי והחברתי שלהן קלוש, ורק הפער בין האינטרסים שלהם לאינטרסים של עורכי הדין מונע את הגשתן של התביעות הללו. שנית, כל ניסיון להגביל את מבנה שכר הטרחה של עורך הדין, למשל באמצעות איסור על שכר טרחה באחוזים,⁴⁹ או באמצעות הגבלת שיעור שכר הטרחה,⁵⁰ עלול לפגוע בלקוחות משום השפעתו על תמריציהם של עורכי הדין לתבוע, להשקיע בתביעה ולהתפשר. למרות קיומן של נסיבות שבהן ראוי להגן על הלקוחות מפני הסכמי שכר טרחה שבהם ייפגעו הלקוחות, השאלה מהן הנסיבות הללו אינה ניתנת לפתרון פשוט. מאחר שגם קשה להגדיר את המקרים שבהם מבנה שכר הטרחה של עורך הדין מחמיר את הפער בין האינטרס הפרטי בהחלטות השונות בהליך המשפטי לבין האינטרס הציבורי, התערבות מטעמים של רווחה חברתית כוללת היא בעייתית.

49 לאיסור כזה בהליך הפלילי ראו סעיף 84(א) לחוק לשכת עורכי הדין ("לא יתנה ולא יקבל עורך דין בעד שירותו במשפט פלילי שכר טרחה התלוי בתוצאות המשפט"). לסקירת התנאים השונים במדינות שונות לקבלת שכר טרחה כתלות בתוצאות המשפט ראו גם Herbert M. Kritzer, *Seven Dogged Myths Concerning Contingency Fees*, 80 WASH. U. L. Q. 739, 745-47 (2002).

50 ראו למשל סעיף 16(א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (תעריף מרבי לשכר טרחה של עורך דין עבור תביעות על פי החוק); סעיפים 2-4 לכללי לשכת עורכי הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים), תשל"ז-1977 (הגבלת האחוזים המותרים מתביעה. שכר טרחה לאחר פסק דין לא יעלה על 13% מהסכום שנפסק; שכר טרחה בפשרה לא יעלה על 11% מהסכום שישולם; שכר טרחה כאשר לא הוגשה תביעה לבית המשפט לא יעלה על 8% מהסכום שישולם לנפגע).

ג. יישום המודל הבסיסי לניתוח כללי סדר הדין האזרחי

פרק זה בוחן שאלות שנוגעות להסדרים דיוניים שונים באמצעות הכלים שנותן הניתוח הכלכלי. מאחר שאין דרך להעלות בפרק זה את כל ההסדרים הדיוניים הקיימים, הפרק מדגים את הניתוח על מספר שאלות מצומצם בלבד. הבסיס לניתוח, כמו במודל הבסיסי, הוא שכללי סדר הדין משפיעים על התנהגותם של הצדדים במהלך ההליך המשפטי, על השקעתם בהליך, על החלטות הפשרה שלהם, על החלטה אם לתבוע, ומכאן גם על החלטה כיצד לנהוג לפני פרוץ הסכסוך. כפי שעלה מהמודל הבסיסי, החלטותיהם של הצדדים אינן זהות לאלה שהיה רצוי שיקבלו משיקולי רווחה חברתית. המודל הבסיסי מסייע לבחון את השאלות השונות, אולם יש להוסיף עליו ניתוח מדוקדק יותר של ההשפעות הספציפיות של ההסדרים הדיוניים הנבחרים. פרק זה מדגים כיצד אפשר לבצע ניתוח כזה.

1. כללי סמכות

כללי הסמכות קובעים מיהו בית המשפט שמוסמך לדון בסכסוך מסוים.⁵¹ ככל שמדובר בסכסוכים שאין להם שום מאפיין זר,⁵² כללי הסמכות הרלוונטיים הם כללי הסמכות העניינית והמקומית.⁵³ כללי הסמכות העניינית קובעים חלוקה של התביעות בין בתי המשפט והערכאות השונים לפי הצדדים לתביעה, מהותה והסעד המבוקש בה.⁵⁴ כללי

51 הדיון בבתי משפט כולל גם את בתי הדין השונים.

52 כאשר קיים מאפיין זר בסכסוכים בישראל, קיימים שני מצבים אפשריים: האחד, כאשר צד לסכסוך נמצא בתוך גבולות המדינה, וההזמנה הומצאה לו בגבולות אלו. בית המשפט הישראלי קונה אז סמכות בין-לאומית מכוח ההמצאה. ראו רע"א 2736/98 **Habboub Bros. '1 Co. Nike International Ltd.**, פ"ד נד(1) 614, 620 (2000). המצב השני הוא המצב שבו צד לסכסוך נמצא מחוץ לגבולות המדינה. צד המעוניין למסור הזמנה לבעל דין שאינו בארץ יצטרך לקבל היתר להמצאה מחוץ לגבולות השיפוט על פי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי.

53 אפשר לדבר גם על כללי הסמכות האישית, הקובעים כיצד בית המשפט קונה סמכות לדון בעניינו של אדם מסוים. כללים אלו מכתיבים את כללי ההמצאה, המצויים בפרק לב לתקנות סדר הדין האזרחי. ראו למשל רע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון, פסקה 5 (פורסם בנבו, 27.2.2001) ("בהעדר הזמנה לא קנה בית המשפט סמכות אישית לדון בעניינו של הנתבע"); ראו גם שלמה לוי תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 123 (מהדורה שנייה, 2008).

54 הסמכות הכללית מכוח חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 נקבעת לפי מבחן הסעד. ראו למשל לויין שם בעמ' 119 (סמכות בית המשפט תיקבע על פי הסעד המבוקש). לעומת זאת בחוקים הקובעים סמכות ייחודית לבתי משפט ובתי דין שונים נקבעת הסמכות

הסמכות המקומית קובעים חלוקה אזרחית של התביעות בין בתי משפט שונים שיש להם סמכות עניינית מקבילה.⁵⁵

מטרתם של כללי הסמכות היא להביא להתאמה בין מאפיינים שונים של התביעה לבין בית המשפט שידון בה כדי לאפשר דיון יעיל יותר ולהגשים את מטרת ההליך המשפטי. כללי הסמכות העניינית מיועדים להשיג מטרת שונות, ובהן הפניית תביעות הדורשות מומחיות מסוימת לבית משפט שיש לו המומחיות המתאימה, תיעדוף תביעות באופן שתביעות "פשוטות" יותר יידונו בערכאות נמוכות, ותביעות "מורכבות" יותר יידונו בערכאות גבוהות יותר, והתאמה בין הדין לדיין בנושאים מסוימים שבהם יש מקום לחשוב שהתאמה כזו תשפיע על התוצאות הצפויות של התביעה.⁵⁶ כללי הסמכות המקומית מיועדים לחלק את התביעות השונות בין בתי משפט בעלי סמכות עניינית דומה במקומות גאוגרפיים שונים, תוך ניסיון להתאים לסכסוך ולצדדים לו בית משפט שמקומו יאפשר ניהול יעיל של ההליך.⁵⁷

כללי הסמכות משפיעים על עלויות התביעה ועל תוצאותיה הצפויות. בכל הנוגע להשפעתם על עלויות התביעה, כללי הסמכות צריכים להיקבע באופן שיקטין את עלויות

פעמים רבות לפי העניין או לפי הצדדים. ראו למשל: סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 (סמכות שיפוט תינתן לבתי דין רבניים בענייני נישואין וגירושין כאשר הצדדים הם אזרחי או תושבי המדינה); בג"ץ 1480/01 חגי'ג' נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(5) 214, 222 (2001) (כדי שבית הדין הרבני יקנה סמכות אישית, על הצדדים שבסכסוך לעמוד בתנאים המנויים בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין)); סעיף 3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 (הסמכות ב"ענייני משפחה", המוגדרים בסעיף 1 לחוק, נתונה לבית משפט לענייני משפחה); סעיפים 24 ו-25 לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969 (לבתי הדין האזורי והארצי נתונה סמכות לדון בתובענות שעילתן יחסי עובד-מעביד, בין עובד למעבידו, נציג ארגון עובד נגד מעביד וכן הלאה); סעיף 42 לחוק בתי המשפט (עניינים כלכליים, ועניינים כלכליים מנהליים, כהגדרתם בסעיף 42ב ו-42ג לחוק, בהתאמה, יידונו בפני המחלקה הכלכלית).

55 לבתי משפט שלום הנמצאים באותו מחוז יש אותה סמכות שיפוט. סעיף 2א(א) לצו בתי המשפט (הקמת בתי משפט שלום ואזור שיפוט), תש"ך-1960. גם תקנה 3 לתקנות סדר הדין האזרחי, המאפשרת לתובע לבחור מבין כמה כללי סמכות מקומית, קובעת למעשה אותה סמכות לבתי המשפט שבהם הוא יכול לבחור.

56 רע"א 60/03 רובין נ' אפלבוים, פ"ד נו (3) 475, 479 (2003) (חלוקת הסמכות העניינית בין הערכאות מתבססת על קיומו של קשר בין השופטים המכהנים בערכאה המסוימת לבין סמכותה העניינית של הערכאה).

57 לדיון במטרות חלוקת הסמכות המקומית בין בתי המשפט ראו בג"ץ 7067/07 נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים, פסקה 30 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 30.8.2007) (ייעול פעולת המערכת המשפטית, חלוקת העומס בין בתי המשפט השונים והבטחת נגישות נוחה של הצדדים); בש"פ 11637/04 מדינת ישראל נ' זוזיאשווילי, פ"ד נט(4) 229, 237 (2005) (דיון הוגן, צודק ויעיל בהליך הפלילי); לוי, לעיל הערה 53, בעמ' 72 (נוחיות התובע).

המשפט ויאפשר את הגישה לבית המשפט. זהו אכן העיקרון המנחה בקביעת כללי הסמכות המקומית, אשר נותנים לתובע לבחור את מקום הגשת התביעה מבין כמה אפשרויות – אחת מהן היא מקום מגוריו או עסקו של הנתבע, והאחרות מתייחסות למאפייניו הגאוגרפיים של הסכסוך.⁵⁸ יתרה מכך, כללי הסמכות המקומית מאפשרים לצדדים להסמיך מבחינה מקומית בית משפט שאינו מוסמך, או להגביל את סמכותו של בית משפט מוסמך לדון בסכסוך ביניהם.⁵⁹ בכך הצדדים יכולים להקטין מראש את עלויות המשפט הצפויות להם. נוסף על כך, כללי הסמכות צריכים להיות ברורים כדי למנוע טעויות ועלויות שייגרמו עקב מחלוקות בפרשנותם. עיקרון זה דווקא אינו מאפיין את כללי הסמכות בישראל, בעיקר ככל שהדברים אמורים בכללי הסמכות העניינית, ובית המשפט העליון אכן מתח ביקורת על כך בעבר.⁶⁰

באשר להשפעת כללי הסמכות על תוצאת התביעה, כאשר בית המשפט המוסמך הוא בעל מומחיות בתחום הנדון בתביעה, או כשמדובר בערכאה גבוהה המוסמכת לדון בתביעה, התוצאה תהיה מדויקת יותר וקרובה יותר לזו שאליה כיוון הדין המהותי החל. בתחומים רבים רמת הדיוק הגבוהה יותר מביאה לתוצאה יעילה יותר, הן משיקולים שלאחר פרוץ הסכסוך (למשל בתחום דיני המשפחה ודיני העבודה) והן משיקולים הנוגעים להשפעת התוצאה על התנהגות הצדדים מראש (למשל בעניינים כלכליים מסובכים). בתחומים אלה אכן ניתנת סמכות ייחודית לבית המשפט המומחה. מנגד, קיימים עניינים שבהם השאלות הדורשות מומחיות הן מועטות, ורמת הדיוק של בית המשפט משפיעה בעיקר על שיעור הפיצוי שייפסק. כפי שהוסבר לעיל, כאשר הצדדים אינם יכולים לחזות לפני פרוץ הסכסוך מה יהיה שיעור הנוק שייגרם, אלא רק את תוחלתו, כפי שתפסק על ידי בית המשפט, אין מקום להשקיע משאבים בהעלאת רמת הדיוק.⁶¹ לפיכך במקרים אלה מוצדק להפנות את הסכסוך לערכאה נמוכה של בית משפט שאינו בעל

58 תקנה 3(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי עוסקת במקום מגוריו או עסקו של הנתבע, ותקנות 3(א)(2)-(5) לתקנות סדר הדין האזרחי עוסקות במאפייניו הגאוגרפיים של הסכסוך. עם זאת במסגרת הכללים ייתכנו מקרים שבהם יוכל תובע לבחור במקום שיגדיל שלא לצורך את עלויותיו של הנתבע. לניתוח כלכלי של כללי הסמכות המקומית ראו אסף טבקה, עידו באום "להחזיר עטרה ליושנה": מקומה הראוי של הסמכות המקומית בסדר הדין האזרחי" עלי משפט ט 175 (2011).

59 תקנה 5 לתקנות סדר הדין האזרחי ("היה קיים הסכם בין בעלי הדין על מקום השיפוט, תוגש התובענה לבית המשפט שבאזור שיפוטו מצוי אותו מקום").

60 ראו למשל ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 13 (1983) (פיצול הסמכויות בתביעות מקרקעין בין בית משפט השלום למחוזי הוא מיושן ומסרב את הדיון לצדדים ולבית המשפט).

61 ראו לעיל א.2. (ב) הערך במניעת טעויות בהליך המשפטי.

מומחיות מיוחדת. כדי למנוע בזבוז משאבים ציבוריים על בתי משפט שמומחיותם וניסיונם רבים, צריך במקרים הללו לקבוע דווקא שסמכותה של הערכאה הנמוכה תהיה ייחודית ותוציא את סמכותם של ערכאות גבוהות יותר.⁶²

כדי להשיג את המטרות הללו צריך שכללי הסמכות העניינית אכן יקוימו, ותביעות יוגשו לבית המשפט המוסמך לדון בהן. אף על פי שיש אינטרס חברתי – ולעתים גם אינטרס של שני הצדדים לפני פרוץ הסכסוך – שכללי הסמכות יקוימו, הרי בדיעבד ייתכן שהתובע יעדיף להגיש את תביעתו בבית משפט שאינו מוסמך, למשל משום שהוא סבור שהתוצאה הצפויה באותו בית משפט עדיפה לו מהתוצאה הצפויה בבית המשפט המוסמך. התנהגות אופורטוניסטית כזאת עלולה לסכל את המטרות שלשמן נקבעה הסמכות העניינית. לכן כאשר בית המשפט עומד על כך שאינו מוסמך, עליו להעביר את התביעה לבית המשפט המוסמך.⁶³

62 סעיף 51 לחוק בתי המשפט מפרט את העניינים הנתונים לסמכות בית משפט השלום. הפסיקה קבעה כי העניינים המנויים בסעיף הזה הם בסמכותו הייחודית של בית משפט השלום. ראו רע"א 60/03 רובין, לעיל הערה 56, בעמ' 478 (סכומים שמתחת לתקרת סכום התביעות שבסעיף 51 לחוק בתי המשפט הם בסמכותו הייחודית של בית משפט השלום); ע"א 4491/97 גיינו נ' האגודה האיטלקית (א.נ.מ.), פ"ד נג(1) 677, 673 (1999) (זכות חזקה במקרקעין היא בסמכותו הייחודית של בית משפט השלום); ע"א 401/62 ספורטה נ' ויסלפיש, פ"ד יז 133, 139 (1963) (חזקה במקרקעין היא בסמכותו הייחודית של בית משפט השלום); רע"א 4991/03 ג'מיל נ' לוי, פ"ד נז(5) 558, 556 (2003) (תביעה המבקשת סעד של הסרת מטריד ליחיד היא בסמכות בית משפט השלום); ת"א (מחוזי ת"א) 1295/05 גביש נ' עירית גבעתיים, פסקה 9.1 (פורסם בנבו, 10.6.2008) (מטריד ליחיד הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט השלום).

63 ראו ע"א 613/77 אדלר נ' שומרי אמונים בע"מ, פ"מ לב(1) 792, 788 (1978) (גם במקרה שבו הצדדים אינם חולקים על סמכות בית המשפט, עליו לבדוק בעצמו את העובדות המקנות לו סמכות); ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"מ לא(3) 569, 561 (1977) (על בית המשפט הגבוה לצדק לבחון, בטרם הוא נדרש לעתירה עצמה, אם לבית משפט אחר אין סמכות בעניין); ע"א 510/82 חסן, לעיל הערה 60, בעמ' 9 (בית המשפט יעלה את שאלת הסמכות מיזמתו גם אם לא העלו הצדדים בעצמם טענה לחוסר סמכות); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 89 (מהדורה שביעית, 1995) (כאשר עולה מבדיקת בית המשפט כי אכן אין נתונה לו הסמכות, הוא רשאי להעביר את הדיון מחוסר סמכות, וזאת על פי שיקול דעתו, לפי סעיף 79(א) לחוק בתי המשפט. אמנם במרבית המקרים לא יסרב בית המשפט להפעיל סמכות זו, אך בנסיבות מסוימות ייתכן שימצא לנכון שלא להעביר את הדיון לבית המשפט המוסמך). ראו גם: רע"א 1075/07 בר נ' גרינברג, פסקה 5 (פורסם בנבו, 15.10.2007) (סעיף 79(א) לחוק בתי המשפט מעניק לבית המשפט סמכות להעביר עניין לבית המשפט המוסמך, על פי שיקול דעתו, אך איננו מחייבו לעשות כך); ע"א 4272/91 ברבי נ' ברבי, פ"ד מח(4) 703, 689 (1994) (במרבית המקרים לא יסרב בית המשפט להעביר עניין לבית המשפט המוסמך); עניין גיינו שם, בעמ' 678 (בנסיבות מסוימות בית המשפט ימצא לנכון שלא להעביר תובענה לבית המשפט

שאלה קשה היא מה קורה כאשר בית המשפט עומד על כך שאינו מוסמך בשלב מאוחר של התביעה. לכאורה, יש במקרה כזה מתח בין הרצון לחסוך בעלויות ולא להתחיל את הדיון מחדש בבית המשפט המוסמך ובין המטרות של שמן נקבעו כללי הסמכות. למעשה, כפי שאסביר להלן, למתח זה אין חשיבות לא בכללי הסמכות המקומית ולא בכללי הסמכות העניינית, ובית המשפט צריך להמשיך ולדון בסכסוך גם אם אינו מוסמך. כאמור, מטרתם של כללי הסמכות המקומית היא להקטין את עלויותיהם של הצדדים. אם שני הצדדים לא עמדו על היעדר הסמכות המקומית עם תחילת ההליך (התובע משום שהגיש את התביעה בבית המשפט שאינו מוסמך, והנתבע משום שלא התנגד לכך), ברור ששיקול העלויות הוא הדומיננטי, ויש להמשיך בקיום ההליך גם אם בית המשפט אינו מוסמך מקומית. זה אכן הכלל הנוהג.⁶⁴ כלל שהיה קובע שיש להעביר את ההליך לבית המשפט המוסמך היה מעמיס עלויות משפט על הצדדים ועל המערכת, ללא הצדקה.⁶⁵ באשר לסמכות העניינית, גם כאן אין מקום לקבוע בטלותה של החלטה שניתנה בחוסר סמכות כאשר הצדדים טעו לחשוב שבית המשפט מוסמך. הסיבה לכך היא שטעויות כאלה אינן ניתנות לחיזוי מראש, וממילא אינן משפיעות על התנהגות הצדדים מראש. ההקפדה על כללי הסמכות העניינית נדרשת כדי למנוע התנהגות אופורטוניסטית של תובעים אשר תביא להטיה חד-צדדית לטובתם בתוצאות הצפויות במועד שלפני פרוץ הסכסוך. לכן הנתבע יכול לבקש מחיקה או העברה של תביעה שהוגשה בבית משפט שאינו מוסמך עניינית. כאשר התביעה הוגשה בבית משפט שאינו מוסמך עניינית, והנתבע לא היה מודע לכך עם פתיחת ההליך, מדובר במקרים רבים בטעות הדדית של הצדדים באשר לסמכות בית המשפט.⁶⁶ מאחר שטעויות כאלה אינן ניתנות לחיזוי, ותוצאתן יכולה להיות לטובת התובע או לטובת הנתבע, הן אינן יכולות להשפיע על התנהגותם של הצדדים מראש. מאחר

המוסמך). שאלה אחרת היא אם ראוי לאפשר לצדדים להתנות על כללי הסמכות העניינית מראש, לפני פרוץ הסכסוך. לדיון בשאלה זו ראו קלמנט וקפליוק, לעיל הערה 28.
 64 ראו רע"א 6920/94 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731, 734 (1995) ("במדינה קטנה כמדינתנו, ממילא אין לייחס משמעות מופרזת לשאלה אם תובענה פלונית מוגשת בתחום סמכותו המקומית של בית משפט זה או אחר"); ע"א 487/64 רוט נ' פישר, פ"ד יט(2) 148, 150 (1965) (נתבע שלא עורר טענת חוסר סמכות מקומית במועד החמיץ את ההזדמנות לכך, ויש לראות בו מי שהסכים למקום השיפוט); ע"א 411/81 זידאן נ' ע'דיר, פ"ד לח(3) 460, 449 (1984) (צד לסכסוך שלא העלה התנגדות לסמכותו המקומית של בית המשפט בזמן הגשת התביעה, החמיץ את המועד לכך).
 65 עם זאת, ראו סעיף 78א לחוק בתי המשפט המאפשר למנהל בתי המשפט להעביר הליכים בין בתי משפט באותה דרגה באותו איזור שיפוט או באיזור שיפוט סמוך.
 66 אמנם ייתכן שהתובע מודע להיעדר הסמכות של בית המשפט והוא מקווה שהנתבע לא יבחין בכך, אולם מקרים כאלה אינם סבירים כאשר הצדדים מיוצגים על ידי עורכי דין.

שהצדדים עצמם בחרו להתדיין בפני בית משפט שאינו מוסמך (התובע שהגיש את התביעה והנתבע שלא התנגד), נראה שגם מנקודת המבט שלאחר פרוץ הסכסוך לא הייתה לכך השפעה ניכרת.⁶⁷

מאחר שכללי הסמכות העניינית בישראל אינם תמיד ברורים, טעויות כאלה צפויות להתרחש. שיקול העלויות דורש לאפשר לסיים ולהכריע בהליך גם אם בית המשפט אינו מוסמך, כדי למנוע בזבוז המשאבים שהושקעו בניהול ההליך עד לאותו מועד. מאחר שבמקרים שבהם הטעות בדבר הסמכות היא הדדית אין השפעה רבה לתוצאה השונה שעלולה להינתן על ידי בית המשפט שאינו מוסמך, מנקודת המבט שלפני פרוץ הסכסוך רצוי לאפשר לבית המשפט שהתחיל לדון בתביעה להכריע בה גם אם אינו מוסמך.⁶⁸ גישתו של בית המשפט העליון לגילוי מאוחר של היעדר סמכות עניינית השתנתה בשנים האחרונות. הכלל הברור בעבר היה שהליך שהתנהל בחוסר סמכות עניינית בטל גם אם טענת חוסר הסמכות עלתה בשלבים מאוחרים של ההליך, ואף בשלב הערעור.⁶⁹ כיום מסתמנת נטייה של בית המשפט העליון לתת משקל רב יותר לשיקול העלויות ולמנוע ביטולם של פסקי דין שניתנו על ידי בית משפט שאינו מוסמך עניינית, במקרים שבהם טענת חוסר הסמכות עלתה בשלב מאוחר של ההליך.⁷⁰ מגמה זו של בית המשפט העליון רצויה ומוצדקת לאור הניתוח לעיל.

67 אם כי בדיעבד אם פסק הדין יינתן נגד הנתבע, יהיה לו אינטרס לטעון לחוסר סמכות עניינית של בית המשפט.

68 מובן שאם התובע ניסה לנצל חולשה של הנתבע ולהגיש את התביעה בבית משפט שאינו מוסמך, בידיעה שאינו מוסמך, הדבר עלול להיות בעייתי. אולם נראה שמקרים מסוג זה יהיו נדירים, בעיקר כאשר הנתבע מיוצג ועורכי הדין שלו יכולים לטעון נגד סמכות עניינית של בית המשפט.

69 ראו בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(4)591, 616 (1994) (בית המשפט יידרש לטענת חוסר סמכות עניינית בכל שלב גם אם היא עולה לראשונה בערכאת הערעור); ע"א 119/87 מרהג' נ' רמדאן, פ"ד מד(4)377, 380 (1990) (גם הסכמה למחיקת המרצה בעניין חוסר סמכות לא תמנע מהעלאת הטענה בפני ערכאת הערעור); בג"ץ 2117/99 מנסור נ' בית הדין השרעי לאיזור התיכון – טייבה, פ"ד נד(1)211, 214 (2000) ("בית המשפט יזקק לטענת חוסר סמכות גם כאשר זו הועלתה לראשונה בפני ערכאת הערעור"); וראו גם זוסמן, לעיל הערה 63, בעמ' 819.

70 ראו ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5)820, 829 (1997) (במערכת בתי המשפט הרגילים רצוי לקבוע כי אי אפשר יהיה להעלות את שאלת הסמכות העניינית בכל שלב נוסף לאחר שבית המשפט דן בעניין ונתן את פסק דינו); רע"א 6630/00 ועד נאמנים ת"א-יפו נ' סילקו, פ"ד נו(6)913, 917 (2001) (בית המשפט העמיד בשאלה את סיכוייה של טענת היעדר סמכות עניינית בשלב מאוחר של ההליך); ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6)310, 295 (2002) (ההלכה המקובלת, שלפיה טענת היעדר סמכות עניינית יכולה לעלות בכל שלב של ההליך, נחלשה); רע"א 11220/04 מוקלד נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פסקה 5

2. ניסוח כתבי טענות

לכתבי הטענות בהליך האזרחי מטרות רבות, והעיקרית שבהן היא להגדיר את הפלוגות שבין הצדדים.⁷¹ שאלה היא באיזו מידה הצדדים צריכים להידרש לפרטים העובדתיים והמשפטיים של טענותיהם, ובאילו ראיות, אם בכלל, עליהם לתמוך את כתבי הטענות.⁷² מטרתה של דרישה לפרטים ולתמיכה ראייתית היא לסנן תביעות וטענות הגנה חסרות בסיס משפטי או עובדתי, ובכך למנוע התדיינות משפטית מיותרת בפלוגות הנובעות מטענות אלה. עם זאת ככל שהדרישה גבוהה יותר, כך קשה יותר ויקר יותר לעמוד בה. במיוחד יתקשו לעמוד בדרישה לפירוט ולראיות צדדים שאין להם המידע הנדרש, וגם כאשר יש בידיהם המידע, יצטרכו להשקיע זמן רב יותר בניסוח כתבי הטענות. לכך יש שתי תוצאות ישירות – האחת, שהשלב ההתחלתי של כתבי הטענות יהפוך יקר יותר; השנייה, שחלק מהתביעות ומטענות ההגנה שיסוננו יהיו בעלות בסיס עובדתי או משפטי מוצק, אולם העלות הרבה הכרוכה בטיעון בעניין או היעדר המידע בידי הטוען יגרמו שלא יטענו. לבסוף, ככל שהדרישה תהיה גבוהה יותר, כך יתרבו המקרים שבהם צד אחד יטען

(פורסם בנבו, 19.4.2005) (במקרי גבול, כאשר בית המשפט נתן פסק דין, לא יוכל בעל דין לעורר את שאלת הסמכות העניינית); ע"א 4796/95 אלעזרה נ' אלעזרה, פ"ד נא(2) 669, 775 (1997) (בהליך שהתברר במלואו בפני בית משפט מהמערכת השיפוטית הרגילה אין להשאיר פתח להעלאת טענה בדבר חוסר סמכות); ראו גם ניסיון ליישם את דוקטרינת ההשתק השיפוטי כדי לחסום טענת חוסר סמכות עניינית בשלב מאוחר של הדיון על ידי השופטת פרוקצ'יה, אם כי דעת הרוב סברה שהדבר אינו ראוי – רע"א 3640/03 דקל נ' דקל, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופסקה 6 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 16.12.2007).

71 זוסמן, לעיל הערה 63, בעמ' 270 ("מטרת כתבי הטענות היא אך לתחום את יריעת המחלוקת"); רע"א 3385/08 מרקט פלייס מערכות בע"מ נ' טלטל ערוצי תקשוב בע"מ, פסקה טו (פורסם בנבו, 25.9.2008) ("להביא להכרעה בשאלות שבמחלוקת האמיתית בין בעלי הדין"); ע"א 759/76 פז נ' נוימן, פ"מ לא(2) 169, 178 (1977) ("לגלות את השאלות במחלוקת העומדות להכרעה במשפט, שלפיהן גם מתנהל הדיון, והצדדים מביאים את ראיותיהם בהתאם לכך, ועל סמך הראיות והטענות הקשורות בשאלות במחלוקת מכריע בית המשפט את הדין"); ע"א 135/67 פקיד השומה תל אביב 4 נ' פורת, פ"מ כא(2) 411, 419 (1967) ("להעמיד את היריב על טיב הטענה הצפויה שתיטען נגדו, על מנת שיכול להתכונן ולא יהא מופתע"); ע"ש (מחוזי חי') 5072/98 סנילביץ נ' מנהל מס רכוש חיפה, פסקה 7 א. (פורסם בנבו, 30.12.1998) ("להעמיד את הצד השני ואת הטריבוניל על מהות העמדה של הצד").

72 לדיון בשאלה זו ולהשוואה לכללים הנהגים בארצות הברית ראו ערן טאוסגי "הפירוט הנדרש בכתבי טענות והסטנדרט הראוי לסילוק תביעה על הסף בהעדר עילה" עלי משפט א 111 (2011). לדיון בעקרונות אשר מנחים את הכללים לניסוח כתבי טענות ראו דודי שורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 188-210 (תשס"ז).

נגד האחר שהלה לא עמד בדרישה, ובית המשפט יידרש להכריע ביניהם. זו סיבה נוספת להפיכתו של שלב כתבי הטענות לארוך ויקר יותר.

כדי לקבוע מהו הכלל האופטימלי לעניין רמת הפירוט והביסוס הראייתי לכתבי הטענות יש לבדוק את השפעתם על עלויות המשפט ועל התנהגות הצדדים מראש. כאמור, דרישה גבוהה מסוננת טענות חסרות בסיס, ובכך מביאה לחיסכון בעלויות משפט לצדדים ולמערכת המשפט. מנגד, באותן תביעות שיוגשו עלויות המשפט בשלב כתבי הטענות יהיו גבוהות יותר בגלל אותן דרישות, ובחלק מהתביעות יתווספו עוד עלויות בגלל מחלוקות הנוגעות לקיום הדרישה על ידי הצדדים. השאלה אם סך עלויות המשפט יעלה או ירד היא שאלה אמפירית התלויה ביחס שבין שתי ההשפעות הללו.

בנוסף, מאחר שחלק ניכר מהעלויות הנדרשות לפירוט ולתמיכה ראייתית בכתבי הטענות הן עלויות שהצדדים דוחים לשלבים מאוחרים יותר של ההליך, שאלה היא כיצד תשפיע דרישה גבוהה בשלב כתבי הטענות על סיכויי הפשרה ועל עיתויה. לפי כלל מקל לניסוח כתבי טענות, מרב עלויות המשפט נותרות לצדדים גם לאחר שלב החלפת כתבי הטענות. עלויות אלה מעלות את סיכויי הפשרה לאחר שלב זה לעומת סיכויי הפשרה לפי כלל מחמיר. מנגד, חוסר הוודאות בשלב הזה גדול יותר ככל שכתבי הטענות מפורטים פחות, וככל שאין דרישה לראיות שיתמכו בטענות. לכן כלל מקל יביא להגדלת הפער הצפוי בהערכות הצדדים את סיכויי התביעה להצליח לאחר החלפת כתבי הטענות. בכך יש כדי להקטין את סיכויי הפשרה. לפיכך קשה לדעת מה השפעתו של כלל ניסוח כתבי הטענות על שיעור הפשרות הכולל בתביעות שיוגשו.

יש לזכור גם שאף אם שיעור הפשרות לאחר שלב הטיעון יהיה גבוה יותר לפי כלל מחמיר, העלויות הנוספות הנדרשות לניסוח כתבי הטענות יוצאו בכל התביעות שיוגשו. לעומת זאת מאחר שלפי כלל מקל לניסוח כתבי טענות חלק מהתביעות מסתיימות בפשרה לאחר החלפת כתבי הטענות ולפני שההליך המשפטי התקדם, עלויות המשפט הנוספות יתווספו למעשה רק באותן תביעות שלא הסתיימו בפשרה.⁷³

מן האמור לעיל עולה שקשה לדעת אם דרישה מחמירה לניסוח כתבי טענות תגדיל את עלויות המשפט הכוללות או תקטין אותה. קושי זה נובע מהיעדר נתונים אמפיריים המודדים את כל אחת מהשפעותיו של כלל הניסוח של כתבי הטענות. המסגרת התאורטית לעיל

73 כמובן, אפשר לשאול כיצד ישפיע כלל ניסוח כתבי הטענות על שיעור הפשרות לפני הגשת התביעה. בשלב זה אין הברדל מבחינת הצדדים בין העלויות הכוללות והתוצאות הצפויות לפי כלל כתבי טענות מחמיר ולפי כלל מקל. ההבדלים הצפויים ייגזרו מהתוצאות הצפויות, לרבות סיכויי הפשרה, לאחר שלב הטיעון. לכן קשה לצפות כיצד ישפיע הכלל על סיכויי הפשרה לפני הגשת התביעה.

מלמדת שהתשובה לשאלה זו אינה חד-משמעית, ושהיא תלויה בבחינה אמפירית של ההשפעות שתוארו.

כאמור, בחינת השפעתו של כלל הניסוח של כתבי הטענות על הרווחה החברתית מחייבת לא רק בדיקה של השפעתו על עלויות המשפט אלא גם בדיקה של השפעתו על התוצאות הצפויות בהליך האזרחי והשפעתן של התוצאות הצפויות על התנהגות הצדדים לפני פרוץ הסכסוך. כדי לעשות זאת צריך להבחין בין תביעות וטענות הגנה שיסוננו משום שברור לשני הצדדים שהן חסרות בסיס (טענות עובדתיות מופרכות או טענות משפטיות שסיכוייהן להצליח קלושים) לבין תביעות וטענות הגנה שצד מסוים לא יוכל לבססן משום שהמידע הרלוונטי הנחון מצוי בידי הצד שכנגד (למשל טענות שנוגעות למסמכים וראיות שמצויים בידו של צד אחד).

כפי שהוסבר לעיל,⁷⁴ בסוג המקרים הראשון הסינון יביא להתנהגות יעילה יותר של הצדדים לפני פרוץ הסכסוך, ולעומת זאת בסוג המקרים השני הסינון יביא להטיה בתוצאות הצפויות, וצדדים שצופים שהצד שכנגד לא יוכל לבסס את טענותיו יתנהגו התנהגות לא רצויה ולא יעילה. בסוג המקרים הזה כלל טיעון מקל, אשר מאפשר לצד שאין לו מידע להשיגו בשלב גילוי המסמכים והשאלונים או בשלב ההוכחות, שניהם שלבים מאוחרים לשלב הטיעון, יביא להתנהגות יעילה יותר מראש, לפני פרוץ הסכסוך. כלל טיעון מחמיר יביא להטיה ברורה לרעת צדדים שאין בידם מידע בשלב המוקדם של ההליך וישפיע בבירור על צדדים הצופים, עוד לפני פרוץ הסכסוך, שכך יהיה במקרה של סכסוך. אם נתמקד בהשפעתו של כלל הטיעון על התוצאות הצפויות בהליך, ובעקבות זאת על התנהגות הצדדים מראש, המסקנה היא שכל אחד מכללי הטיעון, המקל והמחמיר, יעיל מהאחר בסוג מסוים של מקרים. מאחר שקשה להגדיר מראש ובאופן כללי את סוגי המקרים הללו, יש בעיה לקבוע כלל טיעון שיהיה יעיל תמיד.⁷⁵ עם זאת אם קיימות קטגוריות של סכסוכים שמשתייכות בבירור לאחד מסוגי המקרים, ראוי לקבוע לאותן קטגוריות את כלל הטיעון היעיל, המקל או המחמיר, לפי העניין.

74 ראו לעיל פרק א.1. (ב) אילו תביעות ראוי שיוגשו? זאת כמובן בסייג שיש טענות משפטיות שסיכוייהן נמוכים ובכל זאת רצוי לבררן, כפי שמוסבר שם.

75 ראו, לדוגמה Alon Klement, Daphna Kapeliuk, *Contracting Around Twombly*, 60 DEPAUL L. REV. 1, 12-11 (2010) א-סימטרייה במידע עלולה להשפיע על יעילות הכלל; כלל טיעון מחמיר יפגע בתובע כאשר עילת התביעה שלו היא מוצדקת, אך המידע על כך מצוי בידי הנתבע. לעומת זאת כלל טיעון מקל יפגע בנתבע כאשר עילת התביעה של התובע אינה מוצדקת, ולנתבע אין גישה למידע, ועל כן לא יוכל להתגונן ויאלץ להסכים לפשרה).

3. גילוי מסמכים ושאלונים

גילוי מסמכים ושאלונים השייכים שניהם לשלב הגילוי שבא לאחר שלב הטיעון, מיועד לאפשר לכל צד לגלות מידע שמצוי בידי הצד שכנגד. המידע שיתגלה יכול להיות מידע שתומך בטענותיו של הצד שהחזיק בו או מידע שמחליש את טענותיו; חלק ממידע זה יהיה קביל כראיה בבית משפט, ואילו חלקו האחר לא יהיה קביל. נוסף על כך, לא כל המידע הקביל יוצג למעשה בפני בית המשפט. למשל, ייתכן שהמידע שיתגלה לא יוצג בבית המשפט, אולם הוא יאפשר לצד שהמידע לא היה בידו לחפש אחר מידע אחר שיוכל לשמש ראיה במשפט.⁷⁶ הדגש הוא בחלוקת הצדדים במידע שיש בידם. זאת בניגוד לשלב ההוכחות, המאוחר יותר, שמטרתו הצגת המידע והראיות בפני בית המשפט כדי שיוכל להכריע בתביעה. ככלל, אם המידע שגילוי מתבקש אינו חסוי, הדבר היחיד שעל בית המשפט לבדוק הוא אם המידע רלוונטי לחזית המחלוקת.⁷⁷

כאמור, אפשר לחלק את המידע שבידי כל צד למידע "מועיל" מבחינתו משום שהוא תומך בטענותיו ולמידע "מזיק" התומך בטענות הצד שכנגד.⁷⁸ לכל צד יש אינטרס לגלות לצד האחר את המידע המועיל כדי להשפיע עליו להיות אופטימי פחות ובכך להגדיל את סיכויי הפשרה ולהפוך אותה לטובה יותר מבחינת הצד שמחזיק באותו מידע. הסיבה היחידה שבגינה צד לא יהיה מעוניין לחשוף מידע מועיל לפני שלב ההוכחות היא אם הוא

76 לדוגמה, דוח ביקורת פנימית של בנק אינו קביל כראיה, אך בית המשפט קבע כי אין בכך כדי למנוע את גילוי. ראו רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54, 64 (1995) ("סעיף 10 לחוק הביקורת קובע אי קבילות (לא ישמשו ראיה) של דו"ח הביקורת הפנימית. אין בהוראה זו, כשלעצמה, כדי ליצור חיסיון מפני גילוי הדו"ח לצד למשפט"). במקרה אחר הורה בית המשפט על גילוי מכתב של פקיד בקרן קיימת לישראל מהנימוק שאף אם המכתב עצמו לא יוכל לשמש ראיה כשרה, הוא עשוי להיות אמצעי שיועיל לבעל הדין להוכיח את טענותיו במשפט. ראו המ' 121/58 קרן קיימת לישראל בע"מ נ' כץ, פ"ד יב 1472, פסקה 7 לפסק דינו של השופט זוסמן (1958) ("יתכן שמכתבו של פקיד אחד אל חברו לא יהיה כשר לשמש ראיה נגד החברה המבקשת, אבל הוא ודאי עלול לשמש אמצעי אשר יועיל לבעל דין להוכיח את טענותיו במשפט"). לניתוח כללי הגילוי והחיסיון מול כללי הקבילות ראו יצחק עמית "קבילות, סודיות חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247 (2007).

77 ראו שם, בעמ' 266-267.

78 ראו זוסמן, לעיל הערה 63, בעמ' 428 (תקנה 112 לתקנות סדר הדין האזרחי מכוונת הן למסמכים מזיקים, שראוי שידע בעל הדין מראש על קיומם ותוכנם כדי שתהיה לו האפשרות ליטול את עוקצם בעזרת ראיות אחריות, והן למסמכים מועילים שבהם יוכל בעל הדין להשתמש); ע"א 27/91 קבלו נ' ק' שמעון, עבודות מתכת בע"מ, פ"ד מט(1) 450, 458 (1995) (מסמכים מזיקים הם מסמכים שעלולים לפעול לרעת המבקש את גילויים ואשר יהיה עליו להפריכם או להסבירם; מסמכים מועילים הם מסמכים שתוכנם עשוי לתמוך במבקש).

מעוניין להפתיע את הצד שכנגד, כדי להקטין את הסיכוי שהצד שכנגד יפריך את אותו מידע וכדי להגדיל את סיכוייו של בעל המידע להצליח בתביעה.

הבעיה הופכת מורכבת יותר כאשר המידע הוא מזיק לצד שמחזיק בו. לאותו צד אין שום אינטרס לגלות את המידע הזה, אלא להפך – הוא מעוניין להסתירו. כדי שמידע כזה יועבר לצד שכנגד, צריך לאפשר לאותו צד לבקש את גילוי, למשל בדרך של גילוי ועיון במסמכים. הבעיה מסתבכת עוד יותר משום שבמקרים רבים הצד שכנגד אינו יודע אם אכן קיים במסמכים מידע מזיק, ומשום שגילוי המידע בתוך המסמכים כרוך בעלויות שעלולות להיות גבוהות.

הצד שמבקש את הגילוי עלול להשתמש בהליכי הגילוי שימוש אופורטוניסטי. צד המבקש גילוי מסמכים רחב מהצד שכנגד עלול לעשות זאת רק כדי להטיל עליו עלויות שנדרשות כדי לעמוד בדרישה.⁷⁹ נוסף על כך, תובעים עשויים להשתמש בהליך המשפטי כדי לחשוף מידע שבידי נתבעים שלא היו יכולים לחשוף אותו ללא ההליך המשפטי. חשיפת המידע עלולה להיות המטרה היחידה או העיקרית שבגינה הוגשה התביעה, ואז הליכי הגילוי בוודאי אינם משרתים את המטרות שלשמן נועדו. מנגד, צד שיש בידו מידע עלול להציף את הצד שכנגד במסמכים באופן שיטיל עליו את העלויות הנדרשות כדי למצוא את המידע הרלוונטי ויקשה את מציאתו.

אולם התנהגות אופורטוניסטית אינה מחויבת המציאות בהליכי הגילוי. קיימים מקרים שבהם הצד שמבקש גילוי מסמכים אינו יודע אם יש בהם מידע מזיק, ומנגד ייתכן שאף הצד שמחזיק במסמכים אינו יודע מה המידע שקיים בהם. במקרים אלה התנהגותם של הצדדים היא בתום לב. השאלה אם להיעתר לדרישת הגילוי או לא הופכת מורכבת משום שבית המשפט אינו יודע לאילו מהמקרים משתייכת הדרישה שבה הוא מתבקש להכריע.⁸⁰ העקרונות שעל פיהם בית המשפט צריך לפעול בעניין דרישות הגילוי נגזרים מהעקרונות שנדונו בנושא ההליך המשפטי כולו במסגרת המודל הבסיסי. עליו לבדוק אם יתרונותיו של הגילוי מצדיקים את עלויותיו. שיתוף במידע לפני שלב ההוכחות משרת כמה מטרות:⁸¹ ראשית, כל צד יודע טוב יותר מהם המידע והראיות שמצויים בידי הצד שכנגד,

79 למשל – הצורך לאסוף מסמכים, להדיפסם וכו'.

80 חלק מהמחלוקות בנוגע לגילוי מסמכים או תשובה לשאלונים נוגעות לתחולתו של חיסיון על המידע המבוקש. החיסיון מקדם במקרים רבים מטרות שהן חיצוניות להליך (למשל חיסיון בנק-לקוח) ובמקרים אחרים מטרות שנוגעות לקיום ההליך (למשל חיסיון עורך דין-לקוח). הדיון בחסיונות חורג ממסגרת הדיון המצומצמת בפרק זה.

81 ראו R.D. Cooter, D.L. Rubinfeld, *An Economic Model of Legal Discovery*, 23 J. LEGAL STUD. 435 (1994); R.D. Cooter, D.L. Rubinfeld, *Reforming the New Discovery Rules*, 84 GEO. L.J. 61 (1995). שני המאמרים עומדים על חמש השפעות של כללי גילוי: הגדלת הסיכוי לפשרה, שיפור הדיוק של תוצאת הפשרה, שיפור הדיוק של תוצאת המשפט, סינון תביעות

ולכן הערכות הצדדים את התוצאות הצפויות בתביעה וסיכוייה להצליח מתקרבות. בעקבות זאת גדל הסיכוי לפשרה.⁸² שנית, עלויות שלב ההוכחות קטנות משום שהצדדים יודעים באופן מדויק יותר מה הראיות שיוצגו, ובעקבות זאת הם גם מתכוננים טוב יותר לשלב זה. יתרה מכך, שלב הגילוי חוסך זמן ועלויות מבית המשפט, משום שחלק מההליכים שהיו מתנהלים בפניו מתנהלים לפני כן בשלב הגילוי. שלישית, ההכנה הטובה יותר לשלב ההוכחות משפיעה על רמת הדיוק של בית המשפט ומסייעת בגילוי האמת. במקרים רבים תוצאת המשפט תהיה מדויקת יותר ויימנעו טעויות שנובעות מהתרגשותם של עדים, היעדר ראיות במועד ההוכחות ועוד.⁸³

כאמור לעיל, כאשר המידע הוא מידע "מועיל" למי שמחזיק בו, יהיה לו בדרך כלל אינטרס לגלות אותו לצד שכנגד. במקרים שבהם המחזיק במידע אינו מגלה אותו כדי להפתיע את הצד שכנגד, ההפתעה עלולה להפחית מדיוקה של התוצאה הסופית, ולכן האינטרס החברתי הוא שצדדים יגלו את המידע המועיל בשלב הגילוי.⁸⁴ הדרך לעשות זאת היא פשוטה – להתנות את הצגת המידע בשלב ההוכחות בכיצוע גילוי מוקדם שלו בשלב הגילוי. מאחר שכל צד מעוניין להציג מידע מועיל בפני בית המשפט, הוא יגלה אותו מראש. זו אכן הגישה שנוקטות תקנות סדר הדין האזרחי.⁸⁵

כאשר המידע הוא מזיק התשובה לשאלה אם דרישת גילוי מסוימת היא מוצדקת או לא אינה נובעת ישירות מהיחס שבין התועלת לצד שדורש את הגילוי לבין העלות לצד המגלה. ייתכן שעלות הגילוי גבוהה מהתועלת בהליך ובכל זאת יש לאפשר את הגילוי. הסיבה לכך היא שצד שידע שיצטרך לגלות מידע שיש בידו תהיה התנהגותו יעילה מראש, לפני פרוץ הסכסוך, יותר מבמצב שבו היה יודע שיוכל להסתיר את המידע. מנגד, גם אם עלות הגילוי נמוכה, אין בהכרח תועלת בגילוי, בעיקר ככל שהדברים נוגעים למידע ששום צד לא היה

B. L. Hay, *Civil Discovery: Its Effects and Optimal Scope*, 23 J. LEGAL STUD. 481 (1994)

82 קיימים מקרים שבהם אחד הצדדים מבין לאחר שלב הגילוי שסיכוייו להצליח נמוכים, ולכן הוא מחליט למחוק את התביעה אם הוא התובע, או להיענות לדרישות התובע אם הוא הנתבע. גם זו למעשה פשרה, שייחודה בכך שהיא "חד-צדדית".

83 עם זאת ייתכנו מקרים שבהם ההכנה המוקדמת לשלב ההוכחות תמנע את גורם ההפתעה מהצד שמחזיק את המידע בידו ותאפשר לצד שכנגד להתכונן באופן שיפריע לגילוי האמת.

84 אם כי ראו רע"א 4249/98 סוויסה נ' הכשרת היישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נה(1) 515, 520 (1999) (הכלל שלפיו בעל דין יכול לגלות מידע על היריב לא יחול על בעל דין המבקש גילוי מידע כדי להכין ראיות כוזבות למשפט, שיסתרו את ראיות היריב).

85 ראו תקנה 114א לתקנות סדר הדין האזרחי (בעל דין שאינו מגלה מסמך שעליו לגלותו לא יוכל להגישו כראיה מטעמו באותה תובענה אלא ברשות בית המשפט ולאחר שנוכח כי לבעל הדין היה הצדק סביר לכך).

יכול לדעת מראש שהוא יהיה בידיו. לפיכך כאשר בית המשפט בוחן דרישת גילוי מסוימת, עליו לשקול גם את התועלת ההרתעתית מהגילוי ולא להתמקד רק בעלויותיה ובתוצאותיה החלוקתיות.⁸⁶ הבעיה היא שבית המשפט מתקשה להעריך נכונה את התועלת מהגילוי. בפרט אין זה מעשי לדרוש מבית המשפט להעריך את התועלת ההרתעתית מהגילוי בשלב הראשוני שבו מתבצעים הליכים אלה. לפיכך אין לבית המשפט בררה אלא להתמקד בתועלת ובעלויות של הצדדים במועד התביעה.

אולם גם אם בית המשפט מתמקד בתועלתו של הצד המבקש בדיעבד, ובפרט בשאלה אם המידע רלוונטי לחזית המחלוקת, קשה לו להעריך אם יש לאפשר את הגילוי אם לאו. הסיבה לכך היא שמטבעו של הליך הגילוי ההכרעות בעניינו מתקבלות לפני שהמידע מוצג בפני בית המשפט, ולפני שהוא קיים בידי הצד המבקש את הגילוי. זו בדיוק הסיבה שאותו צד מבקש מבית המשפט להורות על הגילוי. על בית המשפט להעריך מהי הרלוונטיות של המידע ומה התועלת הצפויה מהגילוי אל מול העלויות שהוא מטיל על הצד שכנגד. אולם בית המשפט אינו יודע מה עומד לנגד עיניו של המבקש ומה המידע שכבר מצוי בידו.

בית המשפט יכול להכריע בבקשת הגילוי בשני אופנים: האופן האחד הוא לקבוע אם בקשת הגילוי צריכה להתקבל אם לאו; האופן השני הוא לאפשר את בקשת הגילוי, אולם לקבוע כיצד תחולק האחריות בין הצדדים לעלויות הנובעות מהגילוי, הן לפני הגילוי והן לאחריו. כללי סדר הדין משתמשים בסוג הכללים הראשון כאשר הם קובעים קריטריונים לקבלת בקשה למתן צו גילוי מסמכים.⁸⁷ לעומת זאת בספרות הכלכלית הוצע לעבור לכללי אחריות בשל הבעייתיות המובנית בהכרעה מראש על ידי בית המשפט. לפי כלל אחריות תאושר כל בקשה לגילוי, אולם עלויות הגילוי או חלקן יוטלו על הצד המבקש, או שיוטלו בסוף ההליך על פי תוצאות הגילוי.⁸⁸

כשם שהשאלה מהו הכלל האופטימלי לפסיקת הוצאות משפט נותרה ללא תשובה חד-משמעית במסגרת המודל הכללי, כך גם כאן אין תשובה אחת לשאלה מהו הכלל הראוי

86 השאלה אם התועלת החלוקתית מצדיקה את העלויות צריכה להישקל על ידי בית המשפט. השווי Hay, לעיל הערה 81, המצדד בהתחשבותו של בית המשפט בתועלת ההרתעתית מהגילוי בהכרעתו בבקשה לגילוי מסמכים ושאלונים ל-Cooter & Rubinfeld, לעיל הערה 81, שלגישתם בית המשפט אינו להביא לקחת תועלת זו בחשבון.

87 תקנה 120 לתקנות סדר הדין האזרחי (צו לא יינתן מבלי שהשתכנע הרשם או השופט שהוא דרוש כדי לאפשר דיון הוגן או לחסוך הוצאות, ורשאי הוא לסרב אם הבקשה לא הוגשה תוך חמישה-עשר ימים לאחר תום המועד לתשובה מבעל הדין); תקנה 149(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי (בית המשפט יכול לדון בבקשה לגילוי מסמכים לאחר קדם-המשפט מטעמים מיוחדים שיירשמו וכשהדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין).

88 כלל כזה שונה מכלל פסיקת ההוצאות האנגלי, אשר מבוסס על תוצאות המשפט ולא על תוצאות הגילוי.

לחלוקת עלויות הגילוי בין הצדדים. הטלת עלויות הגילוי על המבקש, בין בתלות בתוצאות הגילוי או המשפט ובין שלא, תרתיע בקשות גילוי הן על ידי צדדים שאין בידם אפשרות לממן את העלויות הללו, בין מראש ובין בדיעבד, והן על ידי צדדים שיכולים לממן את העלויות הללו אולם הסיכוי הנמוך לגילוי, ביחס לשווי התביעה, יהפוך את הבקשה ללא כדאית מבחינתם. מאחר שייתכנו בכל זאת בקשות גילוי כאלה שיהיו מוצדקות ויביאו לגילוי מידע (למשל כאשר הנתבע מחזיק במידע שיצביע על אחריותו, אף על פי שהסיכוי לכך מראש נראה נמוך), הרתעתן היא בעייתית. מנגד הטלת העלויות על הצד שמחזיק במידע עלולה להביא לניצול־יתר של הליכי הגילוי מאחר שהמבקש אינו נושא במלוא הוצאות הגילוי ולפיכך אינו מפנים אותן. כאשר הצד שמחזיק במידע יודע שיש בידו מידע מזיק מבחינתו, הוא יכול למנוע עלויות אלה באמצעות גילוי מרצון של המידע לצד האחר. אולם לעתים הסיכוי שהמידע יתגלה נמוך מספיק כדי שהמחזיק בו יסתכן בגילוי ולא יעביר את המידע מרצון. כמו כן קיימים מקרים שבהם הצד שמחזיק במידע יודע שאין בידו מידע מזיק מבחינתו או שאינו יודע אם מידע כזה קיים בידו. במקרים אלה הוא אינו יכול להימנע מהליך הגילוי. כללי הגילוי אינם יכולים לפתור בעיות אלה במלואן.

תקנות סדר הדין מאפשרות ליישם כלל פסיקת הוצאות, המתנה את שיפוי של הצד שמבקש את הגילוי בתוצאותיו. הדבר נעשה באמצעות ההליך של דרישה להודות בעובדות.⁸⁹ פתרון זה משלב את שלב הטיעון עם שלב הגילוי. על פיו, צד יכול לשלוח דרישה לצד שכנגד להודות בעובדה מסוימת. אם הלה איננו מודה בעובדה, עליו לשאת בהוצאות הכרוכות בהוכחתה ללא תלות בתוצאת המשפט. באותם מקרים שבהם הוכחת העובדה נבעה מהליכי הגילוי שביקש הצד לשלח את הדרישה להודות, נדרש הצד שסירב להודות לשפות את הצד המבקש בגין עלויות אלה.

שילוב של הטלת העלויות עם גישה ליברלית לבקשות גילוי⁹⁰ עשוי להביא לידי יישומו בפועל של כלל אחריות שלפיו ייפסקו ההוצאות בגין הליכי הגילוי על פי תוצאת הגילוי.

89 ראו תקנה 103 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (בעל דין רשאי לדרוש מבעל הדין שכנגד להודות בעובדה או במסמך. סירוב בעל הדין או אי-הודיה במועד תגרוור את תשלום ההוצאות הכרוכות בהוכחת העובדה או המסמך על ידי המסרב, יהיו תוצאות המשפט אשר יהיו). ראו גם תקנה 90 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (בית המשפט רשאי ליתן צו הוצאות אם הוא סבור כי היה ראוי להודות בעובדה או טענה שהוכחה או שלא הודו בה); תקנה 514 לתקנות סדר הדין האזרחי (בית המשפט רשאי להטיל את הוצאות ההליך על צד שהאריך את הדיון בהליך שלא לצורך).

90 אכן, הדרישות לגילוי הן מועטות תקנה 120 לתקנות סדר הדין האזרחי (בעל דין יוכל לבקש צו למסירת שאלון או לגילוי מסמכים אם פנה לבעל דינו בכתב, אך לא נענה במועדים הקבועים. בית המשפט ייתן צו אם סבור שיש צורך בכך כדי לאפשר דיון הוגן או כדי לחסוך הוצאות). ראו ע"א 41/49 כיאט נ' כיאט, פ"ד ג 113, 121-122 (1950) (לשון התקנה [כיום תקנה 112]

כלל כזה ייתן תמריץ נוסף לצד המחזיק במידע להודות בעובדה ולחסוך את עלויות הגילוי. עם זאת ברור שתמריץ זה מוגבל משום שאותו צד יכול להסתמך על הסיכוי שלמרות הגילוי לא יתגלה המידע המוכיח את העובדה.⁹¹

4. סעדים זמניים

מטבע הדברים קיים פער זמנים בין מועד הגשת התביעה לבין מועד מתן פסק הדין הסופי ומימושו. פער הזמנים הזה מאפשר לנתבע לעשות פעולות שיסכלו את פסק הדין הסופי או יפחיתו מערכו מבחינת התובע, אם יזכה. בתביעה נזיקית לדוגמה הנתבע עלול להבריא את נכסיו באופן שגם אם התובע יזכה בתביעה, לא יהיו נכסים שמהם יוכל להיפדע. בתביעה בגין הפרת זכויות יוצרים הנתבע עלול להפיץ את היצירה המפרה באופן שאי אפשר יהיה להשיב את מצב העניינים לקדמותו וממילא לא יהיה טעם מעשי בצו מניעה קבוע שמורה על הפסקת ההפצה. הסעד הזמני מאפשר לתובע להבטיח את מימוש פסק הדין אם יזכה.⁹² בדוגמה שבה הנתבע עלול להבריא את נכסיו אפשר להטיל עליהם עיקול זמני. בדוגמה של

היא להקנות שיקול דעת רחב, הכפוף לתנאי שהשאלה תהיה נוגעת לדברים השנויים במחלוקת, בסייג כי אין בבקשה להכביד יתר על המידה על הצד שכנגד); רע"א 4999/95 **Alberici International** שותפות רשומה וזה הרשומה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 39, 44 (1996) (נקודת המוצא העקרונית היא גילוי מרבי, אך הזכות מוגבלת באיזון עם טענות חיסיון שהדין והפסיקה מכירים בהן); רע"א 2534/03 **שמשון נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד נ(5) 193, 197 (2002) (מתקנה 120(ב) נלמד כי בית המשפט לא ייעתר לבקשה לגלות מסמכים שאינם רלוונטיים לשאלה הנדונה, אך כאשר מתבקש גילוי סוגי מסמכים ואין באפשרות המבקש להצביע על מסמכים ספציפיים, המבקש יידרש להוכיח כי על פני הדברים סוגי המסמכים רלוונטיים לעניין); זוסמן, לעיל הערה 63, בעמ' 428-429 ("דיג" מסמכים אינו פסול אלא אם כן כוונת המבקש היא למצוא חומר שאינו לצורך המשפט התלוי והעומד, והנטייה היום היא לקולה. אולם על בית המשפט להיזהר בעת מתן הצו לגילוי, שלא לפרוץ את גדר השאלות שבמחלוקת ולהרשות רק שאלות שמאפשרות "דיון הוגן או כדי לחסוך הוצאות").

91 ככל ששווי התביעה גבוה יותר כך התמריץ להסתכן גדול יותר, אולם מנגד גם הסתכנותו של הצד המבקש את הגילוי כדאית יותר. לכן לפי כלל פסיקת הוצאות יהיו הליכי גילוי רבים יותר, וחלקם בגדר בזבוז משאבים לשווא, ככל ששווי התביעה גבוה יותר.

92 הנתבע עלול גם להשמיד ראיות שנחוצות לצורך הוכחת התביעה. הסעד הזמני יכול למנוע פעולה כזו, ראו הגדרת הסעד הזמני בחקנה 1 לתקנות סדר הדין האזרחי ("סעד שניתן להבטחת קיומו התקין של ההליך או ביצועו היעיל של פסק הדין, לרבות צו עשה, צו לא תעשה, עיקול, עיכוב יציאה מהארץ, הגבלת שימוש בנכס, תפיסת נכסים, כינוס נכסים זמני, וכל סעד אחר שבית המשפט ייתן, בנסיבות העניין"). במקרים אלה מטרתו העיקרית של הסעד הזמני חופפת למעשה את מטרת הליכי הגילוי והדיון. לדיון בתכלית הסעדים הזמניים ראו שורץ, לעיל הערה 72, בעמ' 344-352.

התביעה בגין הפרת זכויות היוצרים אפשר להוציא צו מניעה זמני נגד המשך ההפצה של היצירה המפרה.

הבעיה בהטלת הסעד הזמני נובעת מאותו מקור שבגללו הוא נדרש – פער הזמנים בין מועד הגשת התביעה לבין מועד מתן פסק הדין הסופי. הסעד הזמני גורם נזק לנתבע, והטלתו עלולה לייתר את המשך ההליך ולסכל את תוצאות פסק הדין אף אם זה יינתן לטובת הנתבע. בדוגמאות לעיל עיקול נכסי הנתבע עלול להכביד על ניהול חייו ועסקיו באופן שיקשה עליו לנהלם גם אם יזכה בתביעה. בדומה לכך צו המניעה הקבוע נגד ההפצה עלול לגרום שגם אם הנתבע יזכה בתביעה, לא יהיה עוד טעם בהפצת היצירה שנטען שהיא מפרה משום שהזמן שעבר הפך את הפצתה ללא כדאית.

כאשר מנתחים מנקודת מבט חברתית את השאלה אם ראוי להטיל סעד זמני, יש להבחין בין שני סוגים של עלויות: הסוג האחד כולל עלויות ישירות, בעיקרן נזקים כלכליים ואבדן רווחים לנתבע כאשר הסעד הזמני ניתן, ולעתים נזקים דומים לתובע במקרה שהסעד הזמני אינו ניתן.⁹³ לעתים ייתכנו גם נזקים ישירים ממשיים, דוגמת פגיעה בכבודו ובשמו הטוב של אדם שתמונתו מפורסמת ברבים כאשר בית המשפט אינו מוציא צו מניעה זמני שמונע זאת. הסוג השני של עלויות נובע מהשפעותיו של הסעד הזמני על תוצאת ההליך, בפסק דין או פשרה, ומהשלכותיהן של השפעות אלה על התנהגות הצדדים מראש. ייתכן למשל שהתמריצים ליצור ייפגעו מהציפייה לצו מניעה זמני שיוצא נגד הפצתה של יצירה במסגרת תביעה נגד היוצר בגין הפרת זכויות יוצרים גם אם לא בוצעה הפרה. או לדוגמה ייתכן שהפשרה הצפויה לאחר שיוטל עיקול על הנתבע בתביעה נזיקית תהיה בסכום גבוה מהנזק שגרם באופן שיגרום לו לנקוט אמצעי זהירות מוגברים (לאו דווקא באופן יעיל) מראש. בית המשפט צריך לנסות להקטין את שני סוגי הנזקים הללו. הכללים שעל בית המשפט ליישם ניתנים לחלוקה לשניים: כללים אשר קובעים אם יש לתת את הסעד הזמני, וכללים אשר קובעים אם וכיצד צריך צד אחד לפצות את הצד האחר בגין הנזקים שנגרמו לו עקב הטלת הסעד הזמני או הימנעות מהטלתו. האופן שבו נקבעים הכללים הללו משפיע על התנהגותם של הצדדים בהליך המשפטי (אם יבקשו מתן הסעד הזמני או יתנגדו לו) ולפניו (אם יקיימו חובותיהם), ולכן משפיע ישירות ובעקיפין על שני סוגי העלויות לעיל.

הכתיבה הכלכלית הציעה לשלב פסיקת פיצויים בגין נזקים שנגרמו לנתבע אם זכה בתביעה, בדיעבד, עם הניסיון למזער את העלויות הנובעות מטעויות בהחלטה בבקשה למתן סעד זמני, מראש. עלויות אלה מתממשות כאשר ניתן סעד זמני הגורר נזקים לנתבע

93 כנגד נזקים ישירים אלה יש לבחון גם את הרווחים הממשיים שנוצרו בגין הענקת הסעד הזמני או מניעתו. לדיון באפשרות זו ובסיבות שבגינן אין צורך לשקול רווחים אלה ראו Douglas Lichtman, *Irreparable Benefits*, 116 YALE L.J. 1284 (2007).

שאי אפשר לתקנם, והנתבע זוכה בתביעה, או כאשר נמנע סעד זמני ובעקבות זאת נגרמים לתובע נזקים שאי אפשר לתקנם, והתובע זוכה בתביעה. לפי המבחן המכונה מבחן Leubsdorf-Posner, על שם מי שתיארו ויישמו אותו, בית המשפט צריך להשוות את תוחלת הנזק לנתבע שאינו ניתן לתיקון או לפיצוי לתוחלת הנזק לתובע שאינו ניתן לתיקון או פיצוי. באופן קונקרטי יותר, על בית המשפט להעריך את הסיכוי שהנתבע יזכה בתביעה ולהכפיל את הסיכוי הזה בנוק שייגרם לנתבע עקב הסעד הזמני. מנגד על בית המשפט להעריך את הסיכוי שהתובע יזכה בתביעה ולהכפיל את הסיכוי הזה בנוק שייגרם לתובע אם לא יינתן הסעד הזמני. הנזקים שבהם צריך בית המשפט להתחשב הם רק אותם נזקים שאינם ניתנים לתיקון באמצעות פיצויים בדיעבד (irreparable harm). על בית המשפט לתת צו למתן סעד זמני רק אם תוחלת הנזק לתובע שאינו ניתן לתיקון גדולה מתוחלת הנזק לנתבע שאינו ניתן לתיקון.⁹⁴

תקנות סדר הדין האזרחי נוקטות מבחן דומה: התקנות מנחות את בית המשפט להתחשב בנזקים לתובע ולנתבע ובסיכויי ההצלחה של התביעה כאשר הוא מכריע בבקשה לסעד זמני.⁹⁵ בית המשפט העליון אף הדגיש את המשקל שיש לתת לנזקים שאינם ניתנים לפיצוי.⁹⁶ הדרך שבה יש לשקול את סיכויי התביעה אל מול הנזקים לתובע ולנתבע אינה מפורשת, בניגוד לנוסחה שהוצגה לעיל, אולם הרציונל דומה. כמו כן התקנות קובעות שתובע שהפסיד בתביעה יפצה את הנתבע בגין הנזקים שנגרמו לו עקב הסעד הזמני.⁹⁷ בנוסף, התקנות נותנות בידי הנתבע אפשרות לפיצוי אף ללא הוכחת שיעור הנזק שנגרם אם

94 ראו John Leubsdorf, *The Standard for Preliminary Injunctions*, 91 HARV. L. REV. 525 (1978); American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products Ltd., 780 F.2d 589 (7th Cir. 1986). לביקורת על גישה זו ראו Richard R.W. Brooks, Warren F. Schwartz, *Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine*, 58 STAN. L. REV. 381 (2005).

95 תקנה 362(א) לתקנות סדר הדין האזרחי (בית המשפט ייתן את הסעד הזמני המבוקש אם שוכנע על סמך ראיות מהימנות בקיומה של עילת התובענה). ותקנה 362(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי (בעת החלטתו בדבר מתן הסעד עצמו, סוגו, היקפו ותנאיו, לרבות הערובה שתידרש, בית המשפט ישקול בין היתר את הנזק שייגרם למבקש אם לא יינתן הסעד לעומת הנזק שייגרם למשיב אם יינתן הסעד, וכן נזק שעלול להיגרם לצדדים שלישיים).

96 המ' 440/79 מיקלוש נ' גולן גלובוס פרודוקשנס בע"מ, פ"ד לה(2) 645, 648 (1979) (הפרסום יגרום נזק של בושת פנים ועגמת נפש שאי אפשר לתקנו ולהשיבו, ואי אפשר לפצות על פגיעה זו בכסף).

97 תקנה 371(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי (נוסף על האפשרות הקיימת של בית המשפט לחלט את העירבון, עומדת לניזוק הזכות להיפרע בשל נזקיו, אם באמצעות ערובה במסגרת ההליך או בדרך של הגשת תובענה חדשה).

הבקשה למתן סעד זמני לא הייתה סבירה בנסיבות העניין.⁹⁸ שילובן של הוראות אלה נותן לתובע תמריץ לבחור בסעד זמני שזקוקו נמוכים ביותר, ולבקש להטילו רק כאשר סיכוייו להצליח גבוהים מספיק.⁹⁹

הבעיה היא שהכללים הללו, כמו גם מבחן Leubsdorf-Posner, אינם מביאים בהכרח להקטנת הנזקים הישירים והעקיפים הנובעים מההחלטה בבקשה לסעד זמני. למשל, בדוגמת צו המניעה הזמני נגד הפצת היצירה ייתכן שהתובע יכול לפצות את הנזק בגין הנזק שייגרם לו מצו המניעה, ואילו הנזק אינו יכול לפצות את התובע בגין הנזק שייגרם לו אם הצו לא יינתן. על פי מבחן Leubsdorf-Posner, על בית המשפט לקבל את הבקשה למתן צו המניעה הזמני משום שהנזק היחיד שאינו ניתן לפיצוי הוא הנזק לתובע. אולם ייתכן שהסיכוי לזכייתו של התובע הוא נמוך, ושסיכוי נמוך זה משקף את יעילותו של ההסדר החוקי שבו הזכות לפרסום הספר היא של הנזק. במצב כזה התוצאה שתתקבל היא שהסעד הזמני יוטל. אמנם הנזק יפוצה בגין הנזקים שייגרמו לו, אולם בתקופת הביניים ייגרם נזק חברתי שנובע ממניעת הפצת הספר.

אכן, כתיבה מאוחרת ביקרה את גישת leubsdorf-posner בטענה שהיא מתעלמת מנזקים שנגרמו הניתנים לפיצוי, אולם הם בכל זאת נזקים ראליים הפוגעים במשאבים כלכליים, ללא קשר לתוצאת ההליך המשפטי, בעיקר כאשר ההליך המשפטי אינו בהכרח יעיל או

98 תקנה 371(א) לתקנות סדר הדין האזרחי (בית המשפט רשאי להורות על חילוט העירבון אם נגרמו נזק או הוצאות לצד שנגדו מופנה הצו, כאשר הבקשה לא הייתה סבירה בנסיבות העניין); ע"א 732/80 ארנס נ' בית אל, פ"ד לח(2) 655, 645 (1984) (סעד זמני שהושג תוך התנהגות בחוסר סבירות או בזדון, יקים אחריות בנוזקין של המבקש כלפי המשיב); רע"א 1565/95 סחר ושירותים נ' ויינשטיין, פ"ד נד(5) 638, 658 (2000) ("החובה המוטלת על מבקש עיקול זמני היא לפעול בסבירות במסגרת מטרת העיקול")

99 הגישה המקובלת בבית המשפט העליון היא שכדי לקבל סעד זמני על התובע להוכיח סיכויי הצלחה לכאוריים גבוהים מספיק, ורק אז יבחן בית המשפט את נזקיו אל מול נזקי הנזק. ראו רע"א 9485/09 פרמייר ים המלח מעבדות קוסמטיקה בע"מ נ' נבו ישראל (2005) בע"מ, פסקה 7 (פורסם בנבו, 24.8.2010) (בבקשה לסעדים זמניים על המבקש להוכיח את יסודות עילת התביעה ברמה של הוכחה לכאורה. במקרה דנן נדחתה הבקשה בעיקר בגלל היעדר הוכחה מספקת באשר ליסודות גנבת עין). לגישה אחרת, שלפיה גם אם סיכויי הצלחה נמוכים יש לאפשר מתן סעד זמני, ובלבד שהנזק לתובע אם לא יינתן סעד כזה הוא גבוה מספיק, ראו פסק דינה של השופטת נאור ברע"א 1605/09 בינסקי נ' בנק מרכזי דריסקונט בע"מ, פסקאות 17 ו-19 (פורסם בנבו, 25.6.2009) (אף על פי שהשופטת קבעה כי סיכויי התביעה של המבקשים נמוכים, היא העניקה את הסעד הזמני המבוקש כיוון שמאזן הנוחות נטה לטובת המבקשים). גישת השופטת נאור אינה רצויה משום שהיא מאפשרת הוצאת סעד זמני גם כאשר הסיכוי להצליח בתביעה נובע מסיכוי נמוך שבית המשפט יטעה ויפסוק לטובת התובע. במקרים שבהם הסיכויים הזעומים להצליח אינם נובעים מבעיית חוסר מידע של התובע, ראוי למנוע ממנו הוצאת סעד זמני גם אם נזקי – אם לא יינתן סעד כזה – גבוהים.

מדויק.¹⁰⁰ כמו כן הגישה הזאת אינה מתייחסת ישירות להשפעת הכלל על התנהגות הצדדים מראש, לפני פרוץ הסכסוך ובתקופת הביניים שבין הגשת התביעה למתן פסק הדין. הדיון בביקורות אלה חורג מהמסגרת האפשרית בפרק זה, וטרם הוצעה בספרות נוסחה שתיתן מענה מלא ומשכנע לבעיות אלה.

5. סעד הצהרתי

הסעד ההצהרתי הוא יוצא דופן מבין יתר הסעדים, הכספיים והאקוויטבייליים, משום שאי אפשר להוציאו לפועל. הסעד ההצהרתי, כפי ששמו מעיד עליו, מצהיר על זכויות הצדדים וחובותיהם ותו לא.¹⁰¹ קיימים שני סוגי מקרים שבהם צד עשוי לפנות בבקשה למתן סעד הצהרתי: סוג המקרים הראשון הוא כאשר הפנייה נעשית לאחר שבוצע מעשה או מחדל, או לאחר שקיימת עילת תביעה לפונה או נגדו. כאשר הצד הפונה יכול לבקש סעדים אופרטיביים, למשל פיצויים בגין נזקים שנגרמו לו, הדיון בסעד ההצהרתי עלול להיראות בזבוז זמנו של בית המשפט. סוג המקרים השני הוא כאשר הפנייה נעשית לפני ביצוע המעשה, למשל כאשר צד מבקש מבית המשפט להכריע בשאלה הנוגעת לפרשנותו של הסכם. במקרים אלה הפנייה נעשית כדי לקבל "הדרכה" מבית המשפט כיצד לנהוג. גם במקרים אלה הפנייה לבית המשפט עלולה לבזבז את זמנו של בית המשפט על חשבונם של צדדים אחרים שהסכסוך ביניהם אמתי ופתרונו הוא בעל ערך חברתי גדול יותר. אפריד את הדיון בין שני סוגי המקרים – מקרים שבהם הפנייה לבית המשפט נעשית לאחר שמתקיימת עילת תביעה, ומקרים שבהם הפנייה נעשית מראש.

100 ראו Richard R. W. Brooks & Warren F. Schwartz, Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine, 58 STAN. L. REV. 381 (2005) אשר מציעים שני כללים חלופיים – האחד נותן את הסעד הזמני לתובע בכל מקרה שהוא מוכן לתת ערבות לפיצוי בגין הנזקים שייגרמו לנתבע אם הלה יזכה בתביעה, והשני דורש מבית המשפט להשוות את הנזקים שייגרמו לצדדים מבלי להתחשב בסיכויי הזכייה שלהם או בשאלה אם נזקים אלה ניתנים לפיצוי. לביקורת מכיוון אחר לגמרי ראו Ofer Grosskopf, Barak Medina, Remedies for Wrongfully Preliminary Injunctions: The Case for Disgorgement of Profits, 32 SEATTLE U.L. REV. 930 (2009). אשר טוענים שיש לקבוע את הפיצוי שהתובע משלם לנתבע לפי הרווח שהרוויח בעקבות הוצאת הסעד הזמני, וזאת כדי להביא להתנהגות יעילה מראש.

101 זוסמן, לעיל הערה 63, בעמ' 556 (כוונתו של הסעד ההצהרתי היא להצהרה גלויה ומפורשת על עצם קיומה של הזכות); בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד יב 1528, 1538 (1958) (ההצהרה אך שומרת על זכותו של הזוכה מפני כפירה והכחשה עתידה).

כדוגמה לסוג המקרים הראשון נניח שתובע שנגרם לו נזק מבקש לתבוע סעד הצהרתי שיקבע שהנתבע התרשל כלפיו.¹⁰² אבחן כיצד תשפיע האפשרות לתבוע סעד הצהרתי על עלויות המשפט של הצדדים ושל בית המשפט לעומת תביעה נזיקית רגילה שבה יידונו הרשלנות ושיעור הנזק במאוחד.¹⁰³ ההנחה בדיון תהיה שהכרעתו של בית המשפט בשאלת רשלנותו של הנתבע תהיה זהה בין שתיבחן במסגרת תביעה נזיקית רגילה ובין שתיבחן בהליך נפרד לסעד הצהרתי. כמו כן אניח, למען הפשטות, שהעלויות והזמן שיידרשו לקביעת אחריותו של הנתבע בתביעה לסעד הצהרתי והעלויות והזמן שיידרשו לקביעת שיעור הנזק, אם יתקיים הליך נוסף לאחר מתן הסעד ההצהרתי, יהיו זהות לעלויות ולזמן שיידרשו להכרעה בשאלות אלה בתביעה נזיקית רגילה.

בתביעה נזיקית רגילה עלויות המשפט כוללות את העלויות שנדרשות להוכחת הרשלנות או היעדרה ואת העלויות הנדרשות להוכחת הנזק. לעומת זאת כאשר הצדדים מעריכים את עלויותיהם הצפויות במועד שקודם לדיון בסעד ההצהרתי, הם צופים שקיים סיכוי מסוים שבית המשפט ייתן סעד הצהרתי שלפיו הנתבע לא התרשל. במקרה כזה לא יהיה צורך בניהול הליך נוסף להוכחת הנזק, על העלויות הכרוכות בו. לכן הסיכוי שתוגש תביעה לסעד הצהרתי גדול מהסיכוי שתוגש תביעה נזיקית רגילה. בנוסף, מאחר שהערכות הצדדים – הן בעניין שאלת הרשלנות והן בעניין שיעור הנזק – אינן מושפעות בשלב שלפני הגשת התביעה מסוג התביעה (רגילה או הצהרתי), הסיכויים לפשרה בשלב הזה גבוהים בתביעה נזיקית רגילה יותר מאשר בתביעה לסעד הצהרתי, בגלל עלויותיה הגבוהות יותר של התביעה הנזיקית. שני אלה גורמים לכך שמספר התביעות שיוגשו יגדל אם יתאפשר לתבוע סעד הצהרתי.

102 השאלה הזאת דומה לשאלה אם מוטב שבית המשפט יפצל את הדיון בין שאלת האחריות לבין שאלת הנזק. לניתוח כלכלי של ניהול המשפט בשלבים ראו William M. Landes, *Sequential Versus Unitary Trials: An Economic Analysis*, 22 J. LEGAL STUD. 1, 99 (1993)

דומה מבחינת השלכותיו (בהנחה שהוא צפוי) למתן אפשרות לתביעה לסעד הצהרתי. אחת הסיבות שבגללן תובעים מעדיפים להגיש תביעה לסעד הצהרתי במקרים שבהם התובע יכול לתבוע סעד אופרטיבי היא לשלם, מכיוון שהאגרה שעליהם לשלם נמוכה יותר. ראו תקנה 1(3) לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007, הקובעת כי בהליך לצו הצהרתי בבית משפט השלום נדרש המבקש לשלם אגרה בסך 616 ש"ח, ובבית המשפט המחוזי אגרה בסך 1,085 (שם, פרטים 3 ו-8 לתוספת, בהתאמה). זאת לעומת תקנה 5(א) שם, הקובעת כי בתביעה לפיצויים בשל נזקי גוף בבית משפט השלום ישלם התובע אגרה בסך 6,416 ש"ח, ובבית המשפט המחוזי אגרה בסך 40,102 ש"ח (שם, פרטים 3 ו-8 לתוספת, בהתאמה). הניתוח כאן מתעלם מאגרת המשפט, משום שהוא בוחן את העלויות המשפטיות ה"ראליות" שמוצאות על ידי הצדדים. המחוקק יכול, אם ירצה, להשוות את אגרות המשפט בשני סוגי ההליכים או לשנותן בכל אופן שיראה לנכון כדי להביא לתוצאות שהוא מעוניין בהן. לדיון בהשפעת האגרות על התנהגות הצדדים ראו להלן ג.6. אגרות משפט.

מנגד, לאחר מתן הסעד ההצהרתי נחסכות עלויות משפט הן במקרים שבהם נקבע שהנתבע לא התרשל ונמנעים הליכים נוספים, והן במקרים שבהם נקבע שהנתבע התרשל אולם הצדדים התפשרו לאחר מכן במקום לנהל הליך משפטי לקביעת שיעור הנזק. השאלה איזה מההליכים יביא לעלויות משפט גדולות יותר תלויה אפוא בעלויות שייחסכו עקב מתן הסעד ההצהרתי. חיסכון זה יהיה גדול יותר ככל שהסיכוי שבית המשפט ימצא שהנתבע לא התרשל גדול יותר, וככל שהסיכוי לפשרה אם בית המשפט מוצא שהנתבע התרשל גדול יותר. כאמור לעיל,¹⁰⁴ הסיכוי לפשרה בשלב זה יהיה תלוי בפער שיש בין הערכות הצדדים באשר לשיעור הנזק שנגרם. ככל ששיעור הנזק ברור וודאי יותר, כך הפער בהערכות יקטן והסיכוי לפשרה יגדל. מנגד האפשרות לקבלת סעד הצהרתי תגדיל את מספר ההליכים שיוגשו, בעיקר כאשר שווי הסעד אינו גבוה ולכן אינו מצדיק הגשת תביעה נזיקית וניהולה.

בית המשפט העליון קבע כי במקרים שבהם פתוחה הדלת בפני התובע להגיש סעד אופרטיבי, על בית המשפט לקפוץ ידו במתן צו הצהרתי¹⁰⁵ אלא אם התובע מצביע על אינטרס לגיטימי המצדיק את מתן הצו.¹⁰⁶ בנסיבות אלה בית המשפט רואה בסעד ההצהרתי שלב אחד מתוך תהליך מתמשך בפתרון הסכסוך,¹⁰⁷ והוא מבכר לדון במרוכז בכל המחלוקות בהליך אחד כדי למנוע הליכים ועלויות מיותרים.¹⁰⁸ קביעה זו של בית המשפט, כי הליך אחד הכולל בתוכו את כל המחלוקות עדיף על שני הליכים נפרדים – לסעד הצהרתי ולסעד אופרטיבי – מניחה שההליך ההצהרתי יביא להגדלת עלויות המשפט והזמן השיפוטי

- 104 ראו לעיל א.3. (א) מתי הצדדים לתביעה יגיעו לפשרה ?
- 105 ע"א 104/51 רינדפלייש נ' שורצמן, פ"ד ח 695, 696 (1954) (אין טעם במתן צו הצהרתי כאשר יכול התובע למצות את זכויותיו); ע"א 257/57 ברנט נ' ברנט, פ"ד יב 585, 565 (1958) ("בית המשפט יטה למתן הסעד על דרך ההצהרה [...] במקרים בהם נבצר ממנו לתת לתובע סעד אחר"); רע"א 1810/90 הדר חברה לבטוח בע"מ נ' קנדי חברה להשקעות ולבניין בע"מ, פ"ד מד(2) 739, 737 (1990) (בית המשפט ישקול אם יכול התובע לקבל את מבוקשו בדרך אחרת).
- 106 ע"א 227/77 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' ברנר, פ"ד לב(1) 85, 90 (1977) (התובע יוכל להתגבר על השיקול שלא לתת צו הצהרתי כאשר קיים סעד אופרטיבי, אם יצליח להצביע על אינטרס לגיטימי שיצדיק זאת).
- 107 ר"ע 207/87 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נתניה נ' לוטקר, פ"ד מא(2) 304, פסקה 2 (1987) (סעד הצהרתי בנסיבות שבהן יכול התובע לתבוע סעד סופי, הוא שלב אחד מתוך סכסוך מתמשך).
- 108 ע"א 617/84 וולקוביצקי נ' החברה לפיתוח קיסריה בע"מ, פ"ד מ(3) 778, 783 (1986) (אחת מהמטרות העומדות לנגד עיניו של בית המשפט בעת החלטתו אם להעניק לתובע סעד הצהרתי היא ריכוז ההתדיינות בהליך אחד כדי למנוע ריבוי הליכים מיותרים).

שיוקדש להליכים אלה.¹⁰⁹ כאמור, הנחה זו אינה בהכרח נכונה והיא דורשת בחינה אמפירית של הגורמים השונים שנותחו לעיל.

לא זו אף זו, על פי הדין הנוהג בית המשפט אינו אמור להתחשב בהשפעתה של ההכרעה בבקשה לסעד הצהרתי על סיכויי הפשרה, ועליו להימנע מלהעניק סעד הצהרתי שמטרתו היא קידום פשרה בין הצדדים.¹¹⁰ אולם כפי שהובהר לעיל, אילו ריבוי העלויות וההתדיינויות היה הגורם היחיד העומד לנגד בית המשפט, היה עליו להתחשב בהשפעת הסעד הצהרתי על סיכויי הפשרה.¹¹¹

כאמור, מקרים מהסוג השני הם אלה שהסעד הצהרתי מבוקש בהם עוד לפני ביצועו של מעשה או מחדל, או לפני שנגרם נזק. במקרים אלה החלופה לתביעה לסעד הצהרתי אינה תביעה לסעד אופרטיבי אלא היעדר תביעה (או תביעה מאוחרת). כדוגמה לכך ארון במקרה שבו המבקש אינו יודע אם חלה עליו חובה לנקוט אמצעי זהירות מסויים, והוא חושש שאם לא ינקוט את אמצעי הזהירות הזה ייחשב לרשלן אם ייגרם נזק. כדי לכלכל את צעדיו נכון הוא מבקש מבית המשפט להצהיר שפעולה זו אינה רשלנית, עוד לפני שביצע אותה.¹¹²

109 מגמתו של בית המשפט היא לרכז את כל ההתדיינויות להליך אחד, וולקוביציקי לעיל, בעמ' 783 ("המגמה לרכז את ההתדינות כולה תחת קורת גג של הליך אחד ולמנוע ריבוי הליכים ללא צורך אכן חייבת לעמוד לנגד עיני בית המשפט בבואו לשקול אם ליתן סעד הצהרתי").
110 ע"א 320/60 ברכה נ' איחוד עולי בולגריה, פ"ד יד 2583, 2584 (1960) (כאשר עיקר המשפט הוא לפנות דרך לפשרה בין הצדדים, אין זה מן היושר להעניק סעד הצהרתי); ע"א 227/77 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ, לעיל הערה 106, בעמ' 88 ("אין נותנים לתובע סעד של הצהרה רק כדי לפנות דרך לפשרה"); רע"א 1810/90 הדר חברה לביטוח בע"מ לעיל הערה 105, בעמ' 740 (האינטרס לקדם פשרה בין בעלי הדין הוא חסר משקל, או שאינו שקול כנגד שיקולים אחרים לסתור).

111 ייתכן שקביעותיו של בית המשפט העליון נובעות מקיומו כיום של תמריץ מובנה להגשת תביעה לסעד הצהרתי בשל הפער באגרות המשפט שמשולמות כתביעה כזו לעומת לתביעה נזיקית רגילה. אולם השאלה אם ראוי לאפשר תביעה לסעד הצהרתי צריכה להידון בנפרד מהשאלה מה גובה האגרה שראוי להטיל על כל הליך. אגרות בית המשפט צריכות להיות מונחות על ידי מטרות הפרוצדורה האזרחית ולא להנחות את פרשנותה. כדי לבחון את השאלה במנותק מעיוות התמריצים אשר עלול להיווצר על ידי אגרות בית המשפט השונות, אפשר להגדיר את השאלה הגדרה רחבה יותר ולבחון אם ראוי להפריד את הדיון בתביעה נזיקית רגילה בין שלב קביעת רשלנותו של הנתבע לבין שלב קביעת גובה הנזק, או לאחד את שני השלבים להליך אחד. הבחינה של שאלה זו זהה לזו שהוצגה בפרק זה באשר ליעילותו של הסעד הצהרתי, והיא אינה מושפעת מכללי האגרה. ראו לעיל הערה 103.

112 William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economics of Anticipatory Adjudication*, 23 J. LEGAL STUD. 2, 683 (1994); Samuel L. Bray, *Preventive Adjudication*, 77 U. CHI. L. REV. 3, 1275 (2010).

ערכו של הסעד ההצהרתי במקרים אלה נובע מהשפעתו על החלטת המבקש אם לנקוט את אמצעי הזהירות. הסעד ההצהרתי מפזר את חוסר הוודאות במצב המשפטי הקיים לפני הפעולה. כאשר בית המשפט קובע שיש חובה לנקוט את אמצעי הזהירות, המבקש ינקוט אותם, ולהפך – כאשר בית המשפט יקבע שאין חובה כזו, המבקש ידע שאינו צריך לנקוט את אמצעי הזהירות הללו.

לכן כדי לקבוע את ערכו של הסעד ההצהרתי יש לבחון מה היה המבקש עושה אלמלא היה יכול לפנות לבית המשפט. אם למשל המבקש היה נמנע מנקיטת אמצעי הזהירות, אזי לסעד ההצהרתי יש ערך בכך שישנה את פעולתו של המבקש רק אם ייקבע שיש חובה לנקוט את אמצעי הזהירות. אם ייקבע שאין חובה כזאת, פעולתו של המבקש תהיה זהה לזו שהיה נוקט גם ללא הסעד ההצהרתי.

מנגד, אם המבקש היה נוקט את אמצעי הזהירות אלמלא היה יכול לבקש מבית המשפט להצהיר על חובתו, ערכה של ההצהרה ימומש רק אם ייקבע שאין חובה לנקוט אמצעי זהירות. שאם לא כן, הסעד ההצהרתי אינו משנה את התנהגותו של המבקש. אפשר אפוא לסכם ולומר שערכו של הסעד ההצהרתי שניתן לפני הפעולה או המחדל בא לידי ביטוי רק אם פעולתו של המבקש משתנה בעקבותיו.

אדגים זאת בדוגמה מספרית: נניח שיש מפעל שפועל בסמוך לבית דירות. בתהליך הייצור נפלט מהמפעל עשן אשר גורם לדיירי הבית נזק שתוחלתו 100. המפעל יכול להתקין מסנן שעלותו 60 ולמנוע את הנזק. אולם גם דיירי הבניין יכולים להתקין מטהרי אוויר שימנעו את הנזק. בעל המפעל אינו יודע אם עלות התקנת מטהרי האוויר גדולה מ-60 או קטנה מ-60. לבסוף נניח שהמפעל יחשב לרשלן ויהיה חייב בנזקי הדיירים אם – ורק אם – עלות התקנת מטהרי האוויר על ידי הדיירים עולה על 60.

אם בעל המפעל יפנה לבית המשפט ויבקש הצהרה, האם יחשב רשלן אם לא יתקין את המסנן? בית המשפט יברר את עלות התקנת המטהרים אצל הדיירים וכריע כמתבקש. השאלה היא מה יעשה בעל המפעל אם אינו יכול לבקש סעד הצהרתי. אם בעל המפעל סבור שיש סיכוי גבוה שעלות התקנת המטהרים נמוכה מ-60 הוא לא יתקין את המסנן. הערך של הפנייה לסעד הצהרתי במקרה כזה יהיה שווה לחיסכון בשל התקנת המסנן,¹¹³ אולם זה רק בסיכוי שבית המשפט אכן ימצא שהעלויות הללו נמוכות מעלויות המטהרים. בסיכוי המשלים ל-1, בית המשפט ימצא שעלויות המטהרים נמוכות יותר, ולכן אין חובה להתקין את המסנן. במקרה זה הסעד ההצהרתי לא הביא לשום חיסכון, משום שהותיר את התנהגותו של המפעל כפי שהייתה אלמלא היה יכול לפנות לסעד הצהרתי. בדומה לכך, אם בעל המפעל סבור שיש סיכוי גבוה שעלות התקנת המטהרים גבוהה מ-60, הוא יתקין את

113 לעומת עלויות ההתקנה של המטהרים, או אף לעומת סיכוי שאלה לא יותקנו וייגרם נזק.

המסנן ללא סעד הצהרתי. אם יפנה לבית המשפט, הערך בפנייה כזאת יתממש רק אם קיים סיכוי שעלות המטהרים נמוכה מ־60, והמפעל יימנע מהתקנת המסנן.

מאחר שהבקשה לסעד הצהרתי מוגשת לפני ביצוע הפעולה, התועלת האישיית והתועלת החברתית מההכרעה בבקשה לכאורה חופפות.¹¹⁴ כאמור, ערכו של הסעד ההצהרתי מבחינת הצדדים במקרים אלה נובע מהסרת חוסר הוודאות המשפטי ושינוי ההתנהגות כמתבקש. ערך זה כולל בתוכו את הערך ההרתעתי של ההכרעה המשפטית. זה אותו ערך שיוצר במקרים של התדיינות משפטית רגילה (בדיעבד, לאחר התממשות הנזק) את הפער בין האינטרס הפרטי לאינטרס החברתי בהתדיינות המשפטית. במקרה של סעד הצהרתי הקודם להתנהגות או לנזק, הערך ההרתעתי נשקל על ידי הצדדים עצמם בשלב שבו הם שוקלים פנייה לבית המשפט, ולכן הפער הרגיל בין תועלתם מההליך המשפטי לבין התועלת ההרתעית אינו קיים במקרים אלה.¹¹⁵

אולם מאחר שעלות ההליך המשפטי מבחינת המבקש נמוכה מעלותו האמתית, קיים תמריץ-יתר לפנות לבית המשפט למתן סעד הצהרתי. כדי להתמודד עם בעיה זו היה צריך לחייב את המבקש באגרה השווה לעלות המלאה של ההליך המשפטי כאשר הוא פונה למתן סעד הצהרתי מראש, או בהוצאות ראליות בדיעבד. אולם מאחר שהאגרה המוטלת כיום על סעד הצהרתי נמוכה בדרך כלל מהאגרה המוטלת בהליך לסעד כספי,¹¹⁶ והוצאות המשפט המוטלות על הצד המפסיד נמוכות, הדרך היחידה להתמודד עם תמריץ-היתר לפנייה לסעד הצהרתי היא להגביל אותה מראש. צד שמעוניין בכל זאת לכוון את התנהגותו באופן מדויק יותר יכול לקבל חוות דעת משפטית מעורך דין, שבמידה רבה תסיר את אי-הוודאות שבפניה הוא עומד. מאחר שהמבקש יידרש לשלם עבור חוות דעת כזאת, הוא יעשה זאת רק כאשר תועלתה (השווה כאמור לתועלת החברתית) עולה על עלויותיה. הגבלת הפנייה לסעד הצהרתי במקרים כאלה תביא להגדלת הרווחה הכוללת.

זה אכן המצב בפסיקה. כאשר קיים חוסר ודאות מסוים בנוגע לשלב הבא בהליך, כלומר כאשר טרם ברור אם תהיה התדיינות בנוגע לסעד האופרטיבי והמבקש אך רוצה להקדים

114 זאת בניגוד לתביעה המוגשת לסעד אופרטיבי לאחר קיום המעשה או המחדל.

115 ראו L. Kaplow, S. Shavell, *Private Versus Socially Optimal Provision of Ex-Anter Legal Advice*, 8 J.L. ECON. & ORG. 306 (1992). למעשה, במשטר של רשלנות הערך הצפוי של הסעד מבחינת המבקש גבוה מהערך החברתי של הסעד הזה, משום שהוא עשוי למנוע ממנו אחריות לכל הנזק שייגרם אם ינהג באופן שאינו רשלני. לכן עדיין קיים תמריץ-יתר לפנייה לסעד הצהרתי במשטר כזה.

116 ראו לעיל הערה 103.

תרופה למכה, יימנע בית המשפט מלהפעיל את שיקול דעתו ולהעניק את הסעד ההצהרתי.¹¹⁷

עם זאת כאשר המצב המשפטי לא ברור בעליל, חוות דעת פרטית לא תוכל לפתור את אי-הוודאות. אם נוסף על כך קיים ערך רב במקרה שבו הצד הפונה ישנה את פעולתו, ראוי לאפשר פנייה למתן סעד הצהרתי למרות אופייה ה"אקדמי" לכאורה של פנייה כזאת.¹¹⁸ יש לזכור גם שבמקרים אלה, אם ייגרם נזק, יש סיכוי שיתקיים ממילא הליך משפטי שיגרור עלויות למערכת המשפט. אמנם העלויות ייגרמו רק אם הפעולה הרשלנית לכאורה תינקט, ורק אם קיים סיכוי שייגרם נזק ממנה, אולם הן עלולות להיות גבוהות מעלויות הסעד ההצהרתי מראש.¹¹⁹ לכן היתרון במתן סעד הצהרתי במקרים אלה עשוי להיות גדול ולהצדיק את עלויותיו.

לבסוף, יש מקרים שבהם חוסר הוודאות גורם לשני הצדדים להימנע מפעולה, ואילו הכרעה מראש בזכויותיהם וחובותיהם תביא לפחות אחד מהם לפעול. במקרים אלה ערכו של הסעד ההצהרתי עשוי להיות גדול. נניח למשל שהשאלה היא מי מבין שני הצדדים צריך לנקוט פעולה למניעת נזק עתידי. נניח גם שהנזק הוא 100 ושעלות המניעה שלו היא 70. במקרה כזה יעיל למנוע את הנזק. אולם אם אף אחד מהצדדים אינו יודע אם הוא חייב במניעת הנזק, וכל אחד מהם מעריך שהסיכוי שיימצא שהוא היה חייב בכך הוא 0.5, אף אחד מהם לא ימנע את הנזק. הסיבה לכך היא שהנזק הצפוי (או החבות הצפויה) שווה ל-50 בשביל כל אחד מהצדדים, וסכום זה נמוך מעלות מניעת הנזק – 70. סעד הצהרתי שיינתן

117 רע"א 1810/90 הדר חברה לביטוח בע"מ, לעיל הערה 105, בעמ' 739 (מבקשי הסעד ההצהרתי חששו מפני הגשת תביעה נגדם וביקשו מבית המשפט להצהיר כי במקרה של תביעה תחויב חברת הביטוח לשפוטם. בית המשפט קבע כי לא ייתן ידו להליך שעשוי להיות הליך סרק כאשר יכול שאף לא תוגש כל תביעה נגד המבקשים).

118 ככלל, בית המשפט יסרב להעניק סעד כאשר הסוגיה היא תאורטית גרידא, אלא במקרים חריגים. ראו ע"א 226/80 כאהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 468, 463 (1981) (סעד הצהרתי יינתן ביד רחבה כל עוד השאלה המוצגת אינה אקדמית גרידא והתובע הוא בעל עניין ממשי בפתרונה); ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין, פ"ד נא(2) 825, 871 (1997) (לצורך סעד הצהרתי תסווג בקשה תאורטית על פי השאלה אם לתובע עניין ממשי בפתרון הבעיה שהציג בבית המשפט. אם פסק הדין עשוי להסיר מכשול או לפתור קושי העומדים בפני המבקש, כי אז הסעד הוא ממשי); דנ"א 3883/10 מריסאת נ' מריסאת, פסקה 4 (פורסם בנבו, 30.6.2010) ("אין בית משפט זה נוהג ככלל לדון בסוגיות תאורטיות, אלא במקרים חריגים המצדיקים זאת"). עם זאת, ראו ע"א 490/92 שאבי נ' אררט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(3) 700 (1993) (מתן אפשרות לפניה לסעד הצהרתי במקרה שבו התובע ביקש להצהיר האם הסבה מקצועית שיעבור תפגע בזכותו לתשלומי ביטוח בגין אובדן כושר עבודה).

119 כל זאת בכפוף לאפשרות מתן הסעד ההצהרתי או פיצול ההליך בדיעבד, כפי שנותח לעיל הערה 102.

מראש יקבע מי מהצדדים אחראי לנקוט את הפעולה המונעת, ואותו צד יבצע את הפעולה משום שהיא חוסכת לו 100 בעלות של 120.70 מתן אפשרות לפנייה לכל אחד מהצדדים, מבלי שיישא בעלות הכוללת של ההליך, עשויה להגדיל את הרווחה החברתית במקרים אלה, אם עלותו של ההליך אינה גבוהה.¹²¹

6. אגרות משפט

במסגרת המודל הבסיסי ניתחתי את השפעתו של כלל פסיקת ההוצאות על ההחלטות השונות המתקבלות על ידי הצדדים במהלך המשפט. בניגוד למשאבים שמושקעים למעשה על ידי הצדדים ובית המשפט בניהול המשפט, אגרות המשפט הן תשלום העברה למדינה ותו לא. במילים אחרות, אף על פי שאגרות המשפט הן בגדר עלות פרטית של התובע או הנתבע, הן אינן בגדר עלות חברתית. השפעתן של אגרות המשפט על הרווחה החברתית נובעת מהשפעתן על התנהגות הצדדים בהחלטותיהם במשפט. בסעיף זה אדון בקצרה בהשפעות אלה.

יש להקדים ולהדגיש שהטלת אגרות משפט בשיעור העלויות הישירות והעקיפות שנגרמות למערכת המשפט על ידי ההליך המשפטי אינה רצויה. כאמור, עלויות ההליך המשפטי אינן רק העלויות הישירות הכוללות את עלויות זמנו של השופט, הסגל המנהלי העוזר לו והמשאבים שבהם הוא משתמש. נוסף על העלויות הישירות הללו יש להליך המשפטי גם עלויות עקיפות – הדיון בהליך משפטי אחד מעכב את הדיון וההכרעה בהליכים משפטיים אחרים, ועיכוב זה עלול להיות בעייתי מבחינתם של אותם צדדים. חישוב העלויות הללו, הישירות והעקיפות, הוא בעייתי ומסובך. אולם גם אילו היה ניתן לחשב את העלויות הללו, לא היה ראוי להטיל אגרות משפט שיכסו אותן.

הסיבה לכך שאין להטיל אגרות משפט בשיעור העלויות הישירות והעקיפות שגורם ההליך המשפטי היא שתועלתו של ההליך המשפטי אינה זהה בהכרח לתועלתו לצדדים. הפער בין תועלתו של ההליך המשפטי לצדדים בדיעבד לבין תועלתו הכוללת להם ולצדדים שלישיים, הן בדיעבד והן מראש, הוסבר לעיל.¹²² מאחר שקיים פער כזה, ייתכן שלעתים רצוי לעודד הגשת תביעות אף על פי שעלויותיהן גבוהות מתועלתן בדיעבד לתובעים, ולהפך: יש להגביל לעתים תביעות גם אם תועלתן לתובעים גדולה מעלויותיהן. כפי

120 ראו ברק מדינה "תביעה לסעד הצהרתי – האמנם 'הליך סרק'?" משפטים כד 605, 614 (1995) (במקרים מסוימים, אם ברור לצדדים מראש מי יהיה אחראי לעלות התביעה, היה אותו צד אחראי מעדיף להימנע מניהול הליך משפטי ומבצע פעולה שתמנע אותו. כלל דיוני המתיר סעד הצהרתי בטרם הדיון המשפטי ימנע בוודאות את הצורך בניהול ההליך).

121 בדוגמה המספרית עלות ההליך לסעד הצהרתי צריכה להיות נמוכה מ-30.

122 ראו לעיל א.1. (ב) אילו תביעות ראוי שיוגשו?

שהוסבר, אף אחד מכללי פסיקת ההוצאות האפשריים אינו יכול לפתור בעיה זו. מאחר שאגרות משפט גבוהות ירתיעו לא רק תביעות שערכן נמוך אלא גם תביעות שערכן גבוה אולם הן מוגשות על ידי תובעים שאינם יכולים לשלם את האגרות הללו מכיסם (למשל תביעות בגין נזקי גוף), עלולות להיות לאגרות כאלה לא רק השפעות הרתעתיות בעייתיות כי אם גם השפעות חלוקתיות בלתי רצויות.¹²³

לפיכך יש לבחון את השפעותיהן של אגרות המשפט על התנהגות הצדדים בהליך המשפטי במנותק מהשאלה אם הן מכסות את עלויות ההליך. כפי שאסביר, אגרות המשפט יכולות להשפיע על האופן שבו יבחר התובע להגיש את תביעתו ולנהלה, ולאחר מכן על עיתוי הפשרה, סיכוייה ותנאיה.

מאחר שאגרות המשפט משולמות, לפחות בחלקן, על ידי התובע עם הגשת התביעה, ישקול התובע בנסחו את התביעה לא רק מה ברצונו להשיג בתביעה אלא גם כיצד יוכל להקטין את האגרה המוטלת עליו בגינה. למשל, אם שיעור האגרה נגזר משיעור הסעד הכספי הנתבע, יהיה בכך כדי להשפיע על התובע להקטין את שיעור הסעד שיקבש בתביעה. נניח לדוגמה שהתובע יודע שיזכה בתביעה בוודאות בפיצוי בסך 100, אולם קיים סיכוי קטן מאוד (נניח בשיעור 0.01) שיזכה גם בסעד נוסף בגין נזק נוסף שאולי יוכיח בסך 900. אם יתבע 1,000, תחושב האגרה שישלם על הסכום כולו. אם האגרה היא בשיעור 2.5% מהסכום,¹²⁴ שיעור האגרה שהתובע יידרש לשלם הוא 25. מאחר שהסיכוי שיזכה בכל ה-1,000 הוא נמוך מאוד (רק 1%), ואילו ב-100 יזכה בוודאות, הגשת תביעה על סך 1,000 תגדיל את תועלתו הצפויה מהתביעה במעט (ב-10 בלבד), ואילו העלות שתתווסף היא למעלה מ-20.¹²⁵ התובע עשוי לבחור לתבוע 100 בלבד. באופן זה אגרות המשפט יכולות

123 באופן תאורטי אפשר לפתור בעיות אלה באמצעות מתן פטור מאגרה לפי יכולתו הכלכלית של המבקש. ראו תקנה 14 לתקנות בתי המשפט (אגרות).

124 פרט 1 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות) (אגרה בסך של 2.5% בתביעה לסכום כסף קצוב, המוגשת לבית משפט השלום); שם, פרט 8 לתוספת (אגרה בסך של 2.5% בתביעה לסכום כסף קצוב, המוגשת לבית המשפט המחוזי); שם, פרט 22 לתוספת (אגרה בסך של 2.5% בתובענה מנהלית, המוגשת לבית המשפט לעניינים מינהליים).

125 בפני התובע עומדות שתי אפשרויות: האחת היא להגיש תביעה לפיצוי בגובה 100, הסכום שיקבל בוודאות, והשנייה היא להגיש תביעה בגובה 1,000, כאשר הסיכוי שיקבל התובע 900 מתוך הסכום הוא 1%. בהגשת התביעה בגובה 100 ישלם התובע אגרה בסך 2.5, תוחלת הרווח שלו מתביעה זו היא 100, ולכן הגשת התביעה כדאית. אם יוסיף התובע לסכום הפיצוי 900, יהיה עליו להוסיף 22.5 לסכום האגרה, אך תוחלת הרווח הצפויה שלו תעלה ב-9 בלבד. התובע יבחר שלא להגדיל את סכום הפיצוי שכן השקעתו עולה על הרווח הנוסף.

להגביל את הסכומים שייתבעו, וכך יכללו תובעים בתביעתם רק את אותם סעדים שהסיכוי לקבלתם אינו זניח.¹²⁶

נוסף על כך, כאשר יש הבדל באגרה שתשולם לפי אופי הסעד או ההליך המוגש, יבחר התובע בהליך או בסעד שיקטין את חבות האגרה שלו, בעיקר כאשר ההשפעה על תוצאתו המעשית של ההליך מבחינת התובע אינה רבה. דוגמה אופיינית לכך היא כאשר האגרה על תביעה לסעד הצהרתי היא קבועה ועשויה להיות נמוכה בהרבה מהאגרה שנדרשת בתביעה לסעד כספי הנובע מאותן נסיבות.¹²⁷ במקרה כזה התובע עשוי לבחור בתביעה לסעד הצהרתי לא משום שזהו ההליך המתאים אלא בגלל החיסכון באגרה. התוצאה היא שבית המשפט נדרש לחסום הגשת תביעות לסעד הצהרתי בכללי סף כדי להתמודד עם התמריץ המובנה לפנות לסעד זה בשל האגרה הנמוכה יותר.¹²⁸ במקרים כאלה, שבהם הבחירה בהליך או בסעד לפי שיעור האגרה אינה הבחירה המתאימה ביותר, קביעת האגרה מקטינה את יעילותו של ההליך המשפטי.

מנגד אפשר לקבוע את כללי האגרה באופן שייתנו תמריץ להגשת תביעות באופן מסוים – למשל בבתי משפט נמוכים – על ידי הפחתת האגרה על הגשת התביעה בבתי משפט אלה.¹²⁹ שיעורן היחסי של האגרות המוטלות, להבדיל משיעורן המוחלט, עשוי אפוא להשפיע על בחירות התובעים ועל יעילות ההליך המשפטי.

בדומה לכך, הטלת אגרות על הליכי ביניים יכולה לכוון את ניהול ההליך על ידי הצדדים.¹³⁰ התמריץ להגיש הליכים שמחייבים תשלום אגרה יקטן. אם בסוף כל הליך

126 מנגד ייתכן שהאגרה תרתיע תובעים שידם אינה משגת לשלם אותה מפני הגשת תביעה לפיצוי בגין מלוא הנזק שנגרם להם.

127 פרטים 3, 5 ו-10 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות) (אגרה בסכום קבוע עבור תביעה לצו הצהרתי לפי תקנה 3).

128 ראו לעיל הערה 103.

129 השווה: פרטים 2 ו-9 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות) (סכום האגרה בתביעה לפי תקנה 5 בבית משפט השלום הוא 6,416 ש"ח, ולעומתו הסכום בתביעה לפי אותה התקנה, בבית המשפט המחוזי, הוא 40,102 ש"ח, בהתאמה); שם, פרטים 3 ו-10 לתוספת (אגרה בסך 616 ש"ח בתביעה לפי תקנה 3 בבית משפט השלום לעומת 1,085 ש"ח בבית המשפט המחוזי, בהתאמה); שם, פרט 6, 17 ו-30 לתוספת (אגרה בסך 616 ש"ח בערעור או ערר בפני בית משפט השלום, 850 ש"ח בערעור אחר או ערר בבית המשפט המחוזי, ו-1,707 ש"ח בבית המשפט העליון, בהתאמה).

130 עד למועד כתיבת המאמר נעשו כמה ניסיונות להטיל חובת תשלום אגרה על בקשות ביניים, אך טרם תוקנו התקנות באופן שיכילו הוראה כזו. ראו סעיף 3.ב. להחלטה 2043 של הממשלה ה-32 "ייעול ההליכים השיפוטיים בתי המשפט" (15.7.2010) (הוחלט "לתקן את תקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007 כך שיטילו חובת תשלום אגרה על בקשות ביניים", זאת מתוך ציפייה כי הטלת עלות על בקשות ביניים תמנע בקשות מיותרות והליכי סרק ותצמצם את מספר הבקשות המוגשות להכרחיות בלבד); טיוטת תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011 (הוספת תקנה 6א, הקובעת חובת תשלום אגרה עבור בקשת ביניים כדי

תושבת האגרה בנינו על הצד שהפסיד באותו הליך, הטלת האגרה עשויה לתמרץ את הצד שעתיד להפסיד בהליך הביניים לפעול כמתבקש מבלי שיהיה צורך בפנייה לבית המשפט. לדוגמה, צד שמתנגד ללא הצדקה לאפשר לצד שכנגד לעיין במסמכיו יהיה נכון לשתף פעולה אם ידע שיידרש לשלם את האגרה שתוטל על בקשה לעיין במסמכים, והוא צופה שבית המשפט יקבל את הבקשה. לכן הטלת אגרות על הליכי ביניים יכולה להקטין את מספר הליכי הסרק המוגשים, ומנגד להביא לשיתוף פעולה רב יותר בין הצדדים.¹³¹ לבסוף, באמצעות עיתוי הטלת האגרה אפשר להמריץ צדדים לנסות ולהגיע לפשרה בשלבים מוקדמים של המשפט, בטרם הושקעו זמן ומשאבים על ידיהם ועל ידי בית המשפט. דחיית חלק מהאגרה לשלבים מאוחרים של המשפט, למשל לקדם-המשפט, מעודדת את הצדדים להתפשר לפני כן, כדי לחסוך בעלויות אלה.¹³²

7. ערעור

תפקידו העיקרי של הערעור הוא לתקן את טעויותיה של הערכאה הדיונית.¹³³ תיקון הטעויות מביא להגדלת הדיוק של המערכת המשפטית בשני אופנים – ישיר ועקיף. באופן ישיר המערכת המשפטית הופכת מדויקת יותר משום שטעויות של הערכאה הדיונית מתוקנות בערכאת הערעור. באופן עקיף, אם שופטי הערכאה הדיונית מעוניינים שהחלטותיהם לא ייהפכו בערכאת הערעור, יש להם תמריץ גדול יותר להימנע מטעויות.¹³⁴

להשפיע על הצדדים להביא את כל החומר בפני בית המשפט מלכתחילה ולהימנע מהליכים מיותרים).

131 רע"א 519/08 ח'ורי נ' עוואד, פסקה 15 (פורסם בנבו, 19.8.2010) ("ראוי שבית המשפט יחליט בתום הדיון בכל הליך (כולל בקשות ביניים) אם לחייב בעל דין בתשלום שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט").

132 ראו סעיף 5 (ב)(2) לתקנות בתי המשפט (אגרות) (בעל דין יהיה פטור מתשלום יתרת סכום האגרה אם ההליך הסתיים בפשרה וטרם הסתיימה ישיבת קדם-המשפט השלישית בהליך); שם סעיף 6 (ב)(2) (בתביעה לסכום קצוב או בתובענה מנהלית שהסתיימה בהליך פשרה בטרם הסתיימה ישיבת קדם-המשפט השלישית ינוכה סכום מסוים מהאגרה ותוחזר יתרת האגרה ששולמה).

133 לוי' מונה בספרו שש מטרות המצדיקות את זכות הערעור: תיקון טעויות והעמדת החלטות השופט לביקורת שיפוטית; עדיפותו של הרכב הערעור מבחינת מספר השופטים וניסיונם על פני הערכאה דלמטה; השפעת פוטנציאל הביקורת על תפקודה של הערכאה הראשונה; התועלת בבדיקה כפולה לצורך הערכת העובדות ופיתוח הדין; יצירת תחושת יציבות והיעדר מקריות אצל בעלי הדין; והאחדת ההלכות. לוי', לעיל הערה 53, בעמ' 203-205.

134 ראו Steven Shavell, *The Appeals Process and Adjudicator Incentives*, 35 J. LEGAL STUD. 1 (2006); לוי', הערה 53, בעמ' 204 (אחת מהמטרות המצדיקות את זכות הערעור היא השפעת פוטנציאל הביקורת על תפקוד הערכאה הראשונה. איכות עבודת השופטים בערכאות הנמוכות עשויה להיות מושפעת מעצם העמדת החלטותיהם למבחן בפני הערכאות הגבוהות).

לכן השאלה אם הזכות לערער יעילה צריכה להיבחן על ידי בחינת התועלת מתיקון טעויותיה של הערכאה הדיונית אל מול העלויות המוצאות בערכאת הערעור. יישום המודל הבסיסי בשלב הערעור מלמד שצד שהפסיד בערכאה הדיונית יערער על פסק הדין אם הסיכוי שהחלטה תיהפך בערעור, מוכפל בשווי הסעד שבמחלוקת, גדול מעלויות הערעור מבחינתו. בהנחה שערכאת הערעור מדויקת ולכן הופכת החלטות רק אם הן מוטעות, ובהנחה שלאחר ההליך בערכאה הדיונית הצדדים יודעים מהי התוצאה הנכונה, צדדים יערערו רק על החלטות מוטעות. מאחר שלעתים לא ברור מהי החלטה הנכונה, ומאחר שגם ערכאת הערעור טועה לפעמים, התוצאה לא תהיה מובהקת כל כך, אולם עדיין שיעור ההחלטות המוטעות שיגיעו לערכאת הערעור גדול משיעור ההחלטות הנכונות שיערערו עליהן.

תוצאה זו מביאה לייעילותה של מערכת משפט שיש בה ערכאת ערעור.¹³⁵ במערכת משפט כזאת אפשר לקיים ערכאה דיונית שאינה מדויקת, ולכן עלויותיה נמוכות, שתדון בכל התביעות המוגשות, ולתקן את טעויותיה באמצעות ערכאת ערעור מדויקת שנדרשת לדון רק בחלק מהתביעות. התביעות שנדונות בערכאה הדיונית ואין עליהן ערעור חוסכות במשאביה של מערכת המשפט משום שהמשאבים הנדרשים לדיון בערכאה הדיונית נמוכים מאלה שנדרשים לערכאת הערעור (שעיקרה השופטים שאיכותם, ניסיונם ומספרם בכל דיון הוא גבוה יותר).¹³⁶

חוק בתי המשפט נותן במקרים מסוימים זכות ערעור על החלטת הערכאה הדיונית, ובמקרים אחרים מתנה את הערעור ברשותו של בית המשפט.¹³⁷ שאלה היא באילו מקרים

- עם זאת ייתכן ששופטים אשר נדרשים לייעל את ניהולם את התיקים לא יקפידו על דיוק מרבי בפסיקותיהם מתוך הנחה שטעויותיהם יתוקנו.
- 135 S. Shavell, *The Appeals Process as a Means of Error Correction*, 24 J. LEGAL STUD. 379 (1995).
- 136 ראו לוין, הערה 53, בעמ' 204 (הרכב השופטים בערכאת הערעור הוא בעל עדיפות הן מבחינת מספר השופטים הרב יותר היושב בהרכב והן מבחינת ניסיון השופטים, שהוא רב מזה של שופטי הערכאות דלמטה).
- 137 סעיפים 41(א) ו-52(א) לחוק בתי המשפט (ערעור בזכות על פסק דין של בית משפט מחוזי בערכאה ראשונה וערעור בזכות על פסק דין של בית משפט שלום, בהתאמה). ראו זוסמן, לעיל הערה 63, בעמ' 751 (יש החלטות המקנות לבעל הדין זכות לערער, על פי המועד והאופן הקבועים בחוק, ויש החלטות המצריכות רשות מיוחדת כדי שיוכל בעל הדין לערער עליהן). הדיון מניח שהאישור ניתן על ידי ערכאת הערעור. ראו סעיפים 41(ב), 52(ב) לחוק בתי המשפט. ראו ע"א 617/73 נתנאל נ' זנגורי, פ"מ כח(1) 837, 839 (1974) (בית המשפט העליון קבע פעמים רבות כי אין זה רצוי שבית המשפט שנתן את החלטה הנזקקת לרשות לערער, ייתן גם את רשות הערעור). אולם קיימים מקרים שבהם הרשות יכולה להינתן על ידי הערכאה הדיונית. ראו בסיפה לסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט (מתן רשות ערעור בגוף פסק דין של בית

צריך להגביל את זכות הערעור ולהתנותה באישורה של ערכאת הערעור בדרך של ערעור ברשות, ומהם הקריטריונים שעל פיהם צריך בית המשפט לקבוע אם לתת רשות ערעור. שאלה זו יכולה לעלות בשני הקשרים עיקריים – האחד, בערעורים על פסקי דין סופיים; השני, בערעורים על החלטות ביניים.

אדון תחילה בשאלה הנוגעת לקריטריונים למתן רשות ערעור על פסק דין סופי. ככלל קיימים שלושה שיקולים שאפשר לבדוק במתן רשות ערעור: התועלת הציבורית בערעור ובמתן פסק דין והכרעה על ידי ערכאת הערעור מלבד תועלתם של הצדדים; חומרת הנזק שייגרם לצד המערער אם פסק הדין לא ייהפך, בהנחה שפסק הדין שגוי; הסיכויים שפסק הדין ייהפך.¹³⁸

השיקול הראשון – התועלת הציבורית בערעור – נובע מכך שהתועלת הציבורית והאישית אינן חופפות. מאחר שיש ערך תקדימי להכרעה על ידי ערכאת הערעור, אולם מנגד מאחר שזמנה ומשאביה של ערכאה זו יקרים, שיקול זה מוליך למתן רשות ערעור רק במקרים שבהם התועלת הציבורית והתקדימית מההכרעה עולה על העלויות הנדרשות. תועלתם של הצדדים, ובפרט התועלת ההרתעתית מהכרעה נכונה בסכסוך, אינה נכנסת

משפט מחוזי) וכן תקנה 196 לתקנות סדר הדין האזרחי (בית המשפט הנותן פסק דין שיש עליו ערעור ברשות יכול להכריע אם הוא מרשה לערער בפסק הדין או בתכופ לשמוע פסק הדין. אם לא הכריע כאמור, יראה הדבר כאילו סירב לתת רשות לערער). אולם רשות כזו ניתנת לעתים רחוקות בלבד.

138 ראו לוין, הערה 53, בעמ' 210 (במקרה של ערעור ברשות על "החלטה אחרת" שניתנה בערכאה ראשונה נטל השכנוע הוא על המבקש להראות שיש צידוק לבקשתו). סעיף 41(ב) סיפה וסעיף 52(ב) סיפה לחוק בתי המשפט מנחים את בית המשפט לשקול את הפגיעה בזכויות הצדדים או הנזק שייגרם להם, או אם ההליך עשוי להיות מיותר או להתנהל בדרך שגויה, ועוד יורחב על כך בחלק העוסק בערעור על החלטות ביניים. לוין, שם, בעמ' 212 (האינטרס הציבורי הוא תנאי מקדים למתן רשות ערעור בגלגול שלישי). ראו ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123, 128 (1982) (בדיון בגלגול שלישי בית המשפט מייחס משקל מכריע לחשיבות המשפטית של המקרה, ועם סוגי המקרים אפשר למנות: שאלות בעלות חשיבות חוקתית, נושאים שבהם יש צורך בקביעת הלכה אחידה, מקרים בעלי חשיבות ציבורית וכן הלאה); נועם סולברג "בקשת רשות ערעור – הלכה ואין מורין כן" משפטים יח (תשמ"ט) 447, 448 (בית המשפט יכריע בבקשת רשות הערעור על פי החשיבות הציבורית והמשפטית של העניין, גיבוש ההלכה, אחידותה והבהרתה). קיימת עמדה שלפיה שיקול זה הוא השיקול היחיד בעת הכרעת בית המשפט אם ליתן רשות ערעור, ראו המ' 648/78 אלקינד נ' פוזניאק (לא פורסם) ("קיומה של שאלה בעלת חשיבות ציבורית או עקרונת המצדיקה הכרעה בבית משפט זה, היא המבחן היחיד", מצוטט בע"א 97/87 ענתבי נ' בקר, פ"ד מא(2) 697, 700 (1987)). לוין, שם, בעמ' 215-216 (מקרים אחרים שבהם תינתן רשות ערעור הם מקרים נדירים שהיה בהם פגם רציני בהליך שעשוי לחייב את ביטול פסק הדין מחובת הצדק ומקרים נדירים שמעוררים את תחושת הצדק עד למתן משקל גדול יותר לאינטרס הפרט).

בגדר שיקול זה, ולפיכך יהיו ערעורים שתועלתם גדולה מעלויותיהם, ובכל זאת לא תינתן רשות להגשתם אם זהו השיקול היחיד למתן רשות ערעור. כמו כן לא יוגשו ערעורים שתועלתם האישית נמוכה מעלויותיהם.

השיקול השני – הנזק לצד המערער – נובע גם הוא מהפער שבין הערך הציבורי והפרטי של הערעור. במקרים שבהם אין ערך ציבורי להכרעה בשאלות העומדות לערעור, ייתכן מצב שבו הערעור יוגש אף על פי שעלויותיו גדולות מתועלתו החברתית וההרתעתית. דרישה לנזק ניכר למערער תגביל את האפשרות לערער במקרים שבהם הנזק למערער מספיק כדי שיהיה כדאי לו לשאת בעלויות הערעור, אולם אינו גדול דיו כדי שבית המשפט ירשה את הערעור. אף על פי שאפשר לסנן בדרך זו ערעורים שתועלתם נמוכה מעלויותיהם, אין סיבה לחשוב שהסינון הזה יביא בהכרח לתוצאות יעילות משיקולי רווחה חברתית, משום שהוא אינו מביא בחשבון את השלכותיו ההרתעתיות של הערעור.

לבסוף, השיקול האחרון נוגע לסיכויי ההצלחה של המערער. שיקול זה, בניגוד לשני השיקולים האחרים, קושר את תוצאתו הצפויה של הערעור עם ההחלטה בבקשה לערער. להלן אסביר את ההשפעה שיש לשיקול זה על יעילותה של הדרישה למתן רשות ערעור לעומת מתן זכות ערעור. הדיון ייערך בהנחה ששיקול זה הוא השיקול היחיד במתן רשות ערעור.

כאשר מדובר בערעורים על פסקי דין סופיים, הדרישה לקבלת רשות לערער מוסיפה שלב לערעור, והוא כרוך בעלויות הן מצד הצדדים והן מצד בית המשפט.¹³⁹ עלויות אלה באות במקום עלויות הערעור כאשר בקשת הערעור נדחית, והן מתווספות לעלויות הערעור כאשר הבקשה מתקבלת. אולם השפעתה של בקשת רשות הערעור על יעילותו של הערעור מורכבת עוד יותר.

נניח שהעלויות הנדרשות להגשת בקשת רשות ערעור וניהולה נמוכות בהרבה מהעלויות הנדרשות בערעור. אם ההכרעה בבקשת רשות הערעור נקבעת על פי סיכויי הערעור להצליח, קבלת הבקשה עשויה להפוך ערעור שלא היה כדאי להגישו לערעור כדאי. בעקבות זאת יהיו בצדדים שהפסידו בערכאה הדיונית מי שיבחרו להגיש בקשת רשות ערעור, ואלמלא אפשרות זאת לא היו עושים זאת.¹⁴⁰ תוצאה זו עלולה להיראות פרדוקסלית, שכן לכאורה הדרישה הנוספת למתן רשות ערעור מביאה להגשתם של

139 זאת אף על פי שבית המשפט יכול לדון ברשות הערעור כבערעור גופו. ראו תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי.

140 זהו ה־option value של בקשת רשות הערעור. ראו Steven Shavell, *On the Design of the Appeals Process: The Optimal Use of discretionary Review versus Direct Appeal*, 39 J. LEGAL STUD. 63 (2010).

ערעורים נוספים. הסיבה לתוצאה זו נעוצה במידע העדיף שיש לערכאת הערעור על סיכויי ההצלחה של הערעור.

לשם הדוגמה, אם הסיכויים להצלחה בערעור הם 50%, שווי הסעד הוא 100 ועלויות הערעור הן 60, הצד המפסיד לא יגיש ערעור. לעומת זאת אם בעלות של 5 הוא יכול להגיש בקשת רשות ערעור שבית המשפט יקבל אותה רק אם סיכויי ההצלחה שהוא צופה גדולים מ-80%, בקשת הערעור תוגש, ואם תתקבל יוגש גם הערעור.¹⁴¹ הסיבה לכך היא שבעלות של 5 המערער מקבל אופציה להמשיך בערעור אם תינתן רשות. מאחר שמתן רשות פירושו שלגישת בית המשפט סיכויי ההצלחה הם לפחות 80%, שווי הערעור מבחינת המערער לאחר מתן הרשות הוא לפחות 80. שווי זה, בניכוי עלויות הערעור, 60, שווה ל-20 ולכן הערעור יוגש. כאשר הצד המפסיד שוקל אם להגיש את בקשת הערעור, הוא יודע שהסיכוי שבית המשפט ייתן רשות ערעור הוא 50%, ולמערער יהיה אז שווי נטו של 20, והסיכוי שלא תינתן רשות ערעור הוא 50%. לכן שווייה הצפוי של בקשת רשות הערעור הוא 10, והוא גדול מעלויות הבקשה, 5.

התוצאה היא שהדרישה למתן רשות ערעור תביא לסינון ערעורים שסיכוייהם להצליח גבוהים, משתי סיבות: ראשית, ערעורים שהיו מוגשים למרות סיכוייהם הנמוכים לא יאושרו; שנית, ערעורים שלא היו מוגשים משום שסיכוייהם נראים קלושים יאושרו אם סיכוייהם למעשה גבוהים. הסינון הטוב יותר שמושג באמצעות בקשת הרשות לערעור מביא ליצירת גבוהה יותר של מוסד הערעור.¹⁴²

לסיכום, התניית הערעור על פסק דין סופי במתן רשות מערכאת הערעור יכולה לשפר את יעילותו של הערעור. לשם כך צריך שהשיקול העיקרי למתן רשות הערעור יהיה בעל סיכויים להצליח. שילוב של שיקול זה עם תועלתה הציבורית של הכרעה בערעור (אשר

141 ההנחה היא שבית המשפט יכול לקבוע את סיכויי הערעור בדיוק רב יותר מהצדדים ומעורכי דינם, ולו משום שבית המשפט חוזה למעשה את הדרך שבה הוא עצמו יפסוק בערעור.

142 יש לשים לב שאם העלויות הכרוכות בבקשת הרשות לערער גבוהות ואינן מייתרות את רוב עלויות הערעור, הדרישה לרשות ערעור עלולה לגרום לתוצאה הפוכה. ערעורים שהיו מוגשים לא יוגשו אם תידרש רשות ערעור, גם אם סיכוייהם להצליח גבוהים. נניח מקרה שבו עלות בקשת הרשות היא 25 לצד המפסיד במשפט. שווי הסעד הוא 100, עלויות הערעור הן 40, ובית המשפט יקבל את הבקשה רק אם סיכויי ההצלחה שהוא צופה לערעור גדולים מ-80%. שווי הערעור לאחר מתן הרשות שווה מבחינת המפסיד במשפט לפחות ל-80. אם ננכה מכך את עלויות הערעור עצמו, השווי נטו הוא 40. מכיוון שהצד המפסיד יודע כי קיים סיכוי של 50% כי בית המשפט ידחה את בקשתו, שווייה הצפוי של הבקשה הוא 20. במצב כזה עלות בקשת הרשות לערער, 25, גבוהה משווייה הצפוי של הבקשה, וכך הדרישה לקבלת רשות לערעור עשויה למנוע מהמפסיד במשפט להגיש ערעור אף על פי שסיכויי ההצלחה גבוהים מ-80%. יתרה מכך, אילו היה אפשר להגיש את הערעור ללא צורך ברשות בית המשפט, ובהנחה שהמערער צופה שסיכויי ההצלחה הם 50%, הוא היה מגיש את הערעור (שערכו הצפוי 50 ועלויותיו 40).

בהתקיימה יכולה להצדיק מתן רשות ערעור גם כאשר סיכויי ההצלחה נמוכים יותר) יכול לסנן ערעורים לא מוצדקים – משיקולים חברתיים ומשיקולי הרתעה – שהיו מוגשים, ולאפשר ערעורים שלא היו מוגשים אלמלא הדרישה למתן רשות ערעור.

בערעורים על החלטות ביניים השיקולים שונים. הערעור על החלטת ביניים קוטע את הדין בערכאה הדיונית ומאפשר לערכאת הערעור לבחון את החלטתה אף שזו אינה חלק מפסק הדין הסופי. האפשרות לערער על החלטת ביניים משפיעה הן על תוצאות ההליך והן על עלויותיו. אנתח תחילה את ההשפעה על תוצאות ההליך ולאחר מכן את ההשפעה על העלויות.

החלטת ביניים יכולה להיות כזו שאינה משפיעה על התוצאה הסופית, למשל החלטה בנוגע להיקף כתבי טענות או בנוגע להארכת מועד; היא יכולה להיות כזו שאינה משפיעה על פסק הדין שיינתן אולם משפיעה על הפשרה שתתקבל (ולעתים גם על סיכוייה), למשל החלטה בנוגע לסעד זמני; היא יכולה להיות כזו שמשנה את פסק הדין שיינתן, למשל החלטה בנוגע לחסיון ראייה שהוגשה.

רשות לערער על החלטת ביניים שסיכוייה להשפיע על התוצאה הסופית נמוכים, מוסיפה עלויות להליך ללא הצדקה. יתרה מכך, מאחר שהדיון בבקשה עצמה כרוך בעלויות, הרי אם אפשר לזהות מקרים שבהם ברור מראש שהסיכוי שישפיעו על התוצאה הסופית הוא נמוך, ראוי שלא לאפשר בהם אף להגיש בקשה לרשות ערעור. זה אכן המצב הקיים בדין כיום.¹⁴³

המסקנה עשויה להיות שונה בעניינה של החלטת ביניים שמשפיעה על פסק הדין שיינתן. לכאורה אפשר לבחון מחדש כל החלטת ביניים במסגרת ערעור על פסק הדין, אם יוגש.¹⁴⁴ אולם אם השאלה היא כזו שתועלה בערעור על פסק הדין הסופי, הרי בית המשפט

143 קיימות כמה וכמה החלטות ביניים שבעניינן אי אפשר לבקש רשות לערער מכוח צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009. בכפוף לסייגים שקבועים בצו, החלטות אלה כוללות החלטות בנוגע למועדים להגשת בקשות וכתבי טענות; החלטות בנוגע להיקף כתבי טענות; החלטות בעניין שלבי הדיון בהליך; החלטות שונות בענייני עדים ועדויות; החלטות בעניין בקשה לביטול פסק דין; החלטות בעניין הוצאות משפט; החלטות הנוגעות לביצוע תביעה על סכום קצוב לפי סעיף 1א81 לחוק הוצאה לפועל, התשכ"ז-1967; החלטות בנוגע להודיות, שאלונים וגילוי מסמכים. ראו גם גיא שני "רשות לערער על בקשת הרשות לערער (ב'גלגול שני)" – דין מצוי, דין מוצע ודין רצוי בסוגיית הערעור על 'החלטה אחרת' עיוני משפט (1) 71, 91 (2006) (צמצום ההחלטות שבגינן אפשר להגיש בקשה לרשות ערעור יסייע בייעול ההליכים בערכאה הדיונית ובערכאת הערעור מבלי לפגוע במימוש זכות הערעור, שכן על ההחלטות שהוחרגו יהיה אפשר לערער בתום ההליך).

144 ראו גם תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי; לוי, הערה 53, בעמ' 210 ("העובדה שבקשת רשות לערער נדחתה אינה מהווה מעשה בית דין ואף לא השתק פלוגתא"); רע"א 5834/03 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' חאדר, פ"ד נח(1) 854, 862 (2003) (אין בדחיית בקשת רשות

יידרש להכריע בה ממילא, ומוטב שיעשה זאת מוקדם ככל האפשר כדי למנוע עלויות מיותרות. לעומת זאת ייתכן שהשאלה לא תועלה בערעור על פסק הדין הסופי, בין משום שהצדדים יתפשרו לפני כן ובין משום שבשל התקדמות ההליך בערכאה הדיונית כבר אי אפשר להשיב את שנעשה ולשנות את תוצאת פסק הדין. בשני המקרים, בהנחה שהתוצאה שאליה הביאה ההכרעה המוטעית בבקשת הביניים היא תוצאה מוטעית, יש הצדקה לאפשר את הערעור המידי.¹⁴⁵ מסיבה דומה ראוי לאפשר את הערעור המידי גם על החלטות ביניים שעלויות להשפיע על סיכויי הפשרה ובעיקר על תוצאותיה. מאחר שהפשרה חוסמת אפשרות לתקן את התוצאה בדרך של ערעור, הדרך היחידה לתקן את תוצאת ההליך היא לאפשר ערעור על החלטת הביניים.¹⁴⁶

חשוב להדגיש שהדיון בסעיף זה הניח שיש חשיבות לדיוק בתוצאת ההליך. ההנחה הזו אינה נכונה תמיד, כפי שהסברתי לעיל. מנקודת המבט ההרתעתית, הבוחנת את השפעת ההליך המשפטי על התנהגות הצדדים מראש, לפני פרוץ הסכסוך, טעויות וחוסר דיוק שאינם ניתנים לחיזוי מראש אינם משפיעים על התנהגות הצדדים. מנקודת המבט הזו, הערעור, על כל צורותיו, מיותר. יתרה מכך, ייתכן שהצדדים מעוניינים בדיעבד שתישמר להם זכות הערעור כאשר הם פונים להליך המשפטי, אולם אם היו בוחנים את הדברים

ערעור, גם אם נעשתה מנימוקים לגופו של עניין, למנוע מבעל דין לערער על החלטה אחרת במסגרת ערעורו על פסק הדין, וזאת לאור תקנה 411; רע"א 4385/04 פרוך נ' בית החולים מוקאסד, פסקה ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 21.8.2007) (אין בא"י הגשת בקשת רשות ערעור על החלטה אחרת בטרם ניתן פסק דין לפגוע בזכות בעל הדין לערער עליה במסגרת ערעורו על פסק הדין).

145 זאת בכפוף לדיון לעיל על חשיבות הדיוק של ההכרעה המשפטית. ראו לעיל א.2.(ב).
 146 סעיף 41(ב) וסעיף 52(ב) לחוק בתי המשפט קובעים כי בית המשפט ייתן רשות לערער על החלטת ביניים אם זו תשפיע "באופן ממשי על זכויות הצדדים או שעלול להיגרם לצד ההליך נזק של ממש, או שעלול להתנהל הליך מיותר או בדרך שגויה". ראו רע"א 4382/08 הועדה המקומית לתכנון ולבניה "דרום השרון" נ' רוטשילד, פסקה 12 (פורסם בנבו, 30.4.2009) (בית המשפט ייטה לתת רשות לערער כאשר ההחלטה תשפיע על ההליך מראשיתו, ההמתנה עד למועד מתן פסק הדין תחייב את החזרת התיק לדיון מחדש בערכאה הדיונית, וכאשר לטענה גופה סיכוי טוב להתקבל והיא אינה מצריכה דיון סבוך בערכאת הערעור); רע"א 3876/08 פנט נ' פקיד שומה תל אביב יפו, פסקה 2 (פורסם בנבו, 5.4.2009) (במקרים חריגים שבהם קבלת טענה מקדמית עשויה לייעל את הדיון ולחסוך את שמיעתו של הליך ארוך ומיותר, או במקרים שבהם מידת הפגיעה במבקש, אם תידחה בקשת הרשות לערער, היא רבה ויהיה קושי לתקנה בהמשך, ייטה בית המשפט לתת רשות ערעור). הדין הקיים לאחר תיקון מספר 52 לחוק בתי המשפט משקף במידה מסוימת את הדין טרם התיקון. ראו רע"א 7682/06 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אלוש, פסקה 4 (פורסם בנבו, 25.6.2007) (בית המשפט יכריע אם חשיבות החלטה והנזק שעלול להיגרם עקב דחיית ההכרעה בשאלה מצדיקים הפעלה מידית של מנגנון הביקורת השיפוטית. החלטות בעלות אופי בלתי הדייר או החלטות בעלות השפעה מכרעת על קיומו של ההליך, על מתכונת הדיון ועל זכויות הצדדים יטו את המשקל לטובת מתן רשות לערער).

מראש היו מוותרים על זכות זאת במקרים שבהם אין לה השפעה על התנהגותם מראש. לבסוף, הדיון בסעיף זה לא התייחס לערכו ה"הליכי" העצמאי של הערעור מבחינת הצדדים. ככל שיש ערך כזה, יש להתחשב בו לפי האופן שבו הוא מושפע מאופן הערעור – אם הוא בזכות או ברשות ואם הוא ניתן גם על החלטות ביניים. התשובה לשאלה זו היא אמפירית, בהסתמך על העדפויותיהם של צדדים להליך המשפטי.

סיכום

פרק זה הציג את הכלים שנותן הניתוח הכלכלי בידיו של המשפטן המתחבט בשאלות דיוניות. הניתוח הכלכלי של סדר הדין האזרחי מדגים עד כמה הניתוח הכלכלי של המשפט אינו מוגבל לשאלות "כלכליות". הוא מציג את הפוטנציאל שקיים בניתוח הכלכלי לעיצוב כללים מוסדיים גם כאשר אלו נראים חלק מממלכתו הייחודית של המשפטן המסורתי ונראה כאילו אין בינם לבין שאלות כלכליות דבר וחצי דבר.

הפרק הניח התנהגות רציונלית במובן הבסיסי ביותר – לצדדים להליך מטרות שהם רוצים להשיג בהליך אך יש גם עלויות הכרוכות בו, והם מקבלים החלטות בהליך – אם לתבוע, כמה להשקיע ואם להתפשר – תוך שהם שוקלים את מטרותיהם אל מול עלויותיהם. זו הנחה "חלשה" שאינה דורשת שהצדדים ישקלו רק שיקולים כלכליים, שיחשבו רק על טובתם או שידעו לנתח את מהלך הדברים ניתוח שאינו סביר לאדם מן השורה. עם זאת ספרות המשפט והכלכלה התייחסה במידה גוברת והולכת גם להתנהגויות שאינן "רציונליות" בניהול ההליך המשפטי.¹⁴⁷ הממצאים מהניתוח אינם תמיד חד-משמעיים, אולם ככלל הם אינם משנים את מושכלות היסוד שהוצגו בפרק זה.

147 ראו Loftus & Wagenaar וכן Delaunty et. Al, לעיל הערה 30; Chris P. Guthrie, Russell Korobkin, *Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach*, 93 MICH. L. REV. 107 (1994); Jeffrey J. Rachlinski, *Gains, Losses, and the Psychology of Litigation*, 70 S. CAL. L. REV. 113 (1996); Russell Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 CORNELL L. REV. 608 (1998); Jeffrey J. Rachlinski, *Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation?* 79 OR. L. REV. 61 (2000); Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, & Andrew Wistrich, *Cognitive Illusions in Judicial Decision Making*, 86-1 JUDICATURE 44 (2002); Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203 (2003); Jeffrey J. Rachlinski, *Heuristics, Biases, and Governance*, in THE BLACKWELL HANDBOOK OF JUDGMENT AND DECISION MAKING 567 (Derek J. Koehler & Nigel Harvey, eds., 2004); Christopher P. Guthrie, Russell Korobkin, *Heuristics and Biases at the Bargaining Table*, 87 MARQ. L. REV. 795 (2004); Jonathan Haidt, Susan Baer, Leda Cosmides, Richard A. Epstein, Wolfgang Fikentscher, Eric Johnson, Jeffrey J. Rachlinski, Chritina Sattler, and Inga Spieker, *What Is the Role of Heuristics in Making*

יתרה מכך, הניתוח הנורמטיבי שהוצג בפרק אינו תלוי בהנחת הרציונליות וממילא אינו משתנה כאשר מביאים בחשבון התנהגויות שאינן רציונליות. בפרט, התובנה העיקרית שהוצגה בפרק באשר לפער שבין האינטרס הפרטי לבין השיקולים החברתיים בכל אחת מההחלטות שמתקבלות על ידי הצדדים בהליך המשפטי, פער שנובע מהיעדר הפנמה של עלויות המשפט מחד ושל תועלתו ההרתעתית מנגד, עומדת בעינה גם אם מביאים בחשבון התנהגות שאינה רציונלית.

ההתבוננות בכללים דיוניים מנקודת מבט שקודמת לסכסוך אינה התבוננות מקובלת בספרות שאינה כלכלית. הספרות המשפטית בתחום סדר הדין האזרחי מתמקדת בדרך כלל בהשפעותיהם של כללים דיוניים לאחר הגשת התביעה. פרק זה הציג את התובנות הנובעות מהתבוננות על השפעותיהם של כללים דיוניים לפני פרוץ הסכסוך. נקודת המבט הזאת עשויה לטשטש את ההבחנה בין כללים דיוניים לכללים מהותיים. אם כללים דיוניים משפיעים על התנהגות הצדדים לפני פרוץ הסכסוך, נשאלת השאלה באיזה אופן אפשר לעצב את ההתנהגות הזאת באמצעות כללים מהותיים המתעלמים מהכללים הדיוניים שיחולו. שאלה נוספת היא כיצד יש לבחור בין שינוי התנהגות באמצעות כללים דיוניים לבין שינוי התנהגות באמצעות הדין המהותי. שאלות אלה ראויות לדיון מעמיק, שישלב את הניתוח בפרק זה עם הניתוח הרלוונטי בפרקים שעוסקים בדין המהותי – דיני חוזים, נזיקין, קניין ועוד.

Law? In HEURISTICS AND THE LAW 239 (Gerd Gigerenzer & Christoph Engel, eds, 2006); Chris Guthrie, Jeffery J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges, 163 JOURNAL OF INSTITUTIONAL AND THEORETICAL ECONOMICS 167 (2007); Sheri Johnson, Chris Guthrie, Jeffery J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, .Does Unconscious Bias Affect Trial Judges? 84 NOTRE DAME L. REV. 1195 (2009)

פרק כ: סדר הדין הפלילי

מאת

אורן גזל-אייל*

א. מבוא. ב. שיקול הדעת בהליך הפלילי; 1. שיקול הדעת – כללי; 2. ההחלטה על העמדה לדין; 3. הסדרי טיעון; 4. הפיקוח השיפוטי על שיקול הדעת המנהלי באכיפת החוק; 5. ההצדקות לשיקול הדעת הרחב והביקורת עליהן; 6. הסדרי טיעון והרשעות שווא. ג. הזכות להליך הוגן, מעצרים וההשלכות החלוקתיות של כללים דינוניים; 1. ההשלכות החלוקתיות של הזכות להליך הוגן; 2. זכות השתיקה; 3. דיני מעצרים; 4. ייצוג ציבורי. ד. סיכום.

א. מבוא

מטרת ההליך הפלילי היא להביא לזיכויים של חפים, להרשעת אשמים ולהטלת עונש על המורשעים שיותאם לחומרת המעשה שבו הורשעו.¹ בדרך זו מקדם ההליך הפלילי את מטרת המשפט הפלילי המהותי. הניתוח הכלכלי של ההליך הפלילי מתמקד בבחינתו של היקף שיקול הדעת המוקנה לשחקנים השונים בהליך הפלילי ובהשפעתו על השגת מטרתו שלו. עיקר הדגש בספרות הכלכלית הוא בבחינת שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתבי

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
תודה למיכאל בירנהק, אוריאל פרוקצ'יה ורינת קיטאי-סנג'רו על הערותיהם לגירסה קודמת של רשימה זו.
1 ראו דברי השופט ברק בע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 518, 505 (1981): "ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית. כמוכן, עמידה על כללים וחשיפת האמת אינן שתי משימות נוגדות. נהפוך הוא: הכללים באים לקבוע סטנדרט של ניהול משפט, אשר – על-פי ניסיון החיים – יש בו כדי להביא לחשיפת האמת, ובכך תואמות שתי משימות אלה".

אישום ובהסדרי הטיעון.² נושאים אחרים עדיין לא פותחו לעומק מנקודת מבט זו. בפרק זה יוצג בעיקר הניתוח הכלכלי של שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתבי אישום ובהסדרי טיעון, אך יידונו בתמצית גם סוגיות אחרות כגון דיני המעצרים והזכות לייצוג במימון ציבורי. כפי שיהיה אפשר לראות בהמשך, לעתים קרובות המסקנות המתבקשות מהניתוח הכלכלי שונות מאוד מאלו העולות מהניתוח המשפטי המקובל. בחלק הראשון של פרק זה אתמקד בניתוח הכלכלי של שיקול הדעת בהליך הפלילי. במסגרת זו יידון שיקול הדעת בהגשת כתבי אישום ובעריכת הסדרי טיעון. חלקו השני של הפרק יכלול סקירה תמציתית של הניתוח הכלכלי של הזכות להליך הוגן, הזכות לפרטיות בהליך הפלילי, דיני המעצרים והזכות לייצוג.

ב. שיקול הדעת בהליך הפלילי

1. שיקול הדעת – כללי

מבין הפגיעות שהמדינה מוסמכת לגרום לפרט במכוון אין פגיעה קשה מזו שבהרשעה פלילית.³ מטעם זה עקרונות המשפט החוקתי מחייבים כי ההרשעה הפלילית והעונש יישענו במידה רבה ככל האפשר על כללים הקבועים בחוק ולא על שיקול דעת רחב, וכי ההליך שבו ייקבעו יבטיח לנאשם הגנות דיוניות רחבות יותר מבכל הליך מנהלי. ואכן, ההליך הפלילי עלי ספר עומד בכללים אלו. העברות הפליליות מוגדרות בדיוק רב, ולכן בהחלטת בית המשפט אם מעשי הנאשם הם עברה ומצדיקים הרשעה אין מקום רב לשיקול דעת.⁴ ההליך עצמו מבטיח לנאשם הגנות דיוניות רחבות יותר מכל הליך אחר, ובכללן זכות לעימות עם ראיות התביעה, זכות לעיון בכל חומר החקירה בעניינו, זכות להשמיע עמדתו בעל פה, זכות להביא עדים ועוד. הנימוק העיקרי לכך הוא עלויות הטעות – במובן הרחב של מונח זה. עלותה של הרשעה מוטעית גדולה בהרבה מאוד מהעלות של זיכוי מוטעה, עד כי נכון להשקיע משאבים רבים בהגנות פרוצדורליות שיצמצמו למינימום את הסיכוי לטעות

2 למאמרים הסוקרים את הניתוח הכלכלי של ההליך הפלילי ראו Oren Gazal-Ayal, Limor Riza, *Plea Bargaining and Prosecution*, CRIMINAL LAW AND ECONOMICS 145-170 (Nuno Garoupa Ed., 2009); Thomas J. Miceli, *Criminal Procedure*, CRIMINAL LAW AND ECONOMICS 125-144 (Nuno Garoupa Ed., 2009).

3 H.L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 250 (1968) (להלן – פקר).

4 אכן, קיימות עברות הסוטות מעקרונות אלו של המשפט הפלילי, כגון הפרת אמונים, אבל הביקורת על עברות אלו רחבה, ומטעם זה בית המשפט נוטה לפרשן בצמצום.

מסוג זה, אפילו אם הגנות אלה גוררות טעויות רבות יותר המתבטאות בזיכוי נאשמים שעברו את העברה.⁵

אולם לעומת המחקר המשפטי, המתמקד בניתוח הכללים הקשיחים לכאורה של ההליך הפלילי ובשכלולם, המחקר הכלכלי מתמקד דווקא בהצגת שיקול הדעת הרחב המוענק בעיקר למשטרה ולתביעה, ואשר השפעתו על חלוקת ההרשעות הפליליות והעונש עצומה. למעשה, מבין מאות אלפי התיקים הנפתחים במשטרה מדי שנה, רק שיעורים זניחים, שאינם נמדדים אפילו בפרומילים, מוכרעים על ידי בית המשפט לאחר שמיעת ראיות על פי כללי הדיון. מרבית התיקים נסגרים, אם לפני חקירה ואם לאחריה, כששיקול הדעת בדבר החשדות שנחקרים והמאמץ שיש להשקיע בכל חקירה – נתון בפועל לרשויות החקירה. גם לתביעה שיקול דעת רחב לבחור אילו תיקים לקדם ואילו לסגור מחוסר עניין לציבור או מחוסר ראיות. התביעה (הכוללת את הפרקליטות, התביעה המשטרתית ויחידות תביעה אחרות) רשאית לבחור גם את האישומים, לערוך הסדרי טיעון ולבחור את היקף המאמץ שיוקדש לכל תיק ותיק. הכרעות אלו משפיעות על זהותם של המורשעים ועל העונשים המוטלים עליהם הרבה יותר מההכרעות הספורות שמקבלים בתי המשפט בתיקים המתנהלים לפי כללי הדיון הנלמדים בקורסים בדיון פלילי ודיני ראיות.

שיקול הדעת המנהלי הרחב בהליך אכיפת החוק זוכה לעתים להתייחסות בספרות המשפטית, בעיקר כמקור לדאגה, ופעמים רבות נשמעות קריאות לריסונו או להכפפתו למנגנוני ביקורת.⁶ בהיעדר כללים ברורים ואכיפים הדיון המשפטי בשיקול הדעת המנהלי באכיפה מוגבל. מנגד בספרות הכלכלית העוסקת בהליך הפלילי שיקול הדעת המנהלי באכיפת החוק עומד במרכז ההתעניינות. הדגש בבחינת הכללים המשפטיים אינו בהכרח בהשפעתם הישירה על אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי והשיפוטי אלא יותר בהשפעתם העקיפה. כפי שאראה בחלק השני, גם סוגיות כמו דיני מעצר ושחרור, פסלות ראיות, הזכות לייצוג וכיוצא באלו משפיעות על שיקול הדעת המנהלי והשיפוטי באכיפת הדין, השפעות אשר חומקות לרוב מעיניהם של העוסקים בתחום.

5 כפי שניסח זאת פקר, לעיל הערה 3: "The criminal sanction is the law's ultimate threat. Being punished for a crime is different from being regulated in the public interest or being forced to compensate another... or being treated for a disease"

6 ראו למשל דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1983); מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים (2) 173 (1996).

2. ההחלטה על העמדה לדין

כאמור לעיל, מדי שנה מטפלת המשטרה במאות אלפי תיקים חדשים.⁷ רשויות חקירה ותביעה אחרות אחראיות לאלפי תיקים נוספים.⁸ התביעה נדרשת להחליט אילו תיקים לסגור ובגין אילו תיקים להגיש כתבי אישום. במקרים רבים ההחלטה פשוטה. למשל: במקרים שבהם החקירה לא הצליחה לאתר את העבריין, או שהתביעה מגיעה למסקנה כי לא בוצעה כלל עברה, התיק ייסגר. בדומה לכך, כאשר אין סיכוי סביר להרשעה, התביעה נדרשת לסגור את התיק.⁹ בתיקים הנותרים, שבהם יש ראיות מספיקות להעמדה לדין, על התביעה להכין כתבי אישום אלא אם היא סבורה ש"אין במשפט עניין לציבור".¹⁰ העניין לציבור נקבע על פי מכלול שיקולים, ובהם חומרת המעשה, היקף הנזק שהוא גרם, הזמן שחלף מאז המעשה, נסיבותיו האישיות של החשוד, עמדתו של נפגע העברה ושיקולים אחרים של המדינה בעד או נגד ניהול הליכים פליליים.¹¹

לכל אלו מתלווה שיקול המשאבים, המצוי גם הוא במסגרת האינטרס הציבורי.¹² כיוון שלתביעה אין די משאבים לנהל הליכים בכל תיק, הסמכות להימנע מהגשת כתב אישום משמשת להתאמת המטלות למשאבים הקיימים. באמצעות הסמכות לסגור תיקים יכולה התביעה להשיא את מטרותיה במגבלת המשאבים שלה. למשל, גם אם לדעת התביעה הרשעה בתיק מסוים, שייקרא כאן "התיק החמור", חשובה פי יותר מארבעה מהרשעה בתיק אחר, "התיק הקל", בכל זאת עשויה התביעה להעדיף את ניהול התיק הקל אם עלות ניהולו היא רבע מעלות ניהולו של התיק החמור. במקרה כזה ארבעה תיקים קלים יקדמו את מטרותיה של התביעה טוב יותר מתיק חמור אחד, ובעלות זהה.

בדומה לכך, אם סיכויי ההרשעה בתיק מסוים נמוכים, עשויה התביעה להעדיף תיק אחר, מבוסס יותר ראייתית, אף אם לדעתה האינטרס הציבורי בהרשעה בתיק השני קטן

- 7 בשנת 2008 נפתחו כ-420,000 תיקים חדשים במשטרה. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "סטטיסטיקה פלילית – תיקים שנפתחו במשטרה לפי סוג העבירה" שנתון סטטיסטי לישראל (2009) www.cbs.gov.il/shnaton60/st11_03.pdf.
- 8 לכמה דוגמאות של תובעים מכוח חקיקה מיוחדת ראו סעיף 264 לפקודת העיריות [נוסח חדש], סעיף 285 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307 וכן סעיף 181 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171. להרחבה בנושא ראו את פסק דינו של השופט ברק ברע"פ 322/03 משה ח. אלי ע. בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 851, 861 (2003).
- 9 ראו סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]; בג"ץ 2534/97 ח"כ יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3), 39 (1997) (להלן – עניין בר-און – חברון).
- 10 סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי.
- 11 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 508-512 (1990) (להלן – עניין הבנקאים).
- 12 שם.

יותר. מטעם זה צפויה התביעה להגיש כתבי אישום בתיקים שחומרתם נמוכה רק אם העלות הצפויה של ניהול התיק אינה גבוהה, וסיכויי ההרשעה גבוהים. מנגד התביעה לעתים מגישה כתבי אישום בתיקים חמורים, שמטעם זה חשיבותם גבוהה גם אם הראיות חלשות יותר (סיכויי ההרשעה נמוכים יותר) והמשאבים הדרושים לניהולם גבוהים יותר מבתיקים קלים שנסגרו.

מסקנה אחת העולה מניתוח זה היא כי שינוי בכללים הדיוניים, המייקר הליכים בעברות מסוג מסוים, יביא לצמצום שיעור כתבי האישום שיוגשו בגין אותן עברות. בהמשך הרשימה אציג דוגמאות לתופעה זו.

מסקנה נוספת נוגעת לרף הראיות המספיקות לאישום.¹³ הפסיקה קבעה כי התביעה עומדת ברף זה אם קיים "סיכוי סביר להרשעה".¹⁴ עם זאת כיוון שהתביעה מקבלת לידיה תיקים רבים מכפי יכולתה לנהל, היא בוחרת ברף ראייתי גבוה יותר, המשתנה על פי חשיבות התיק. תיקים רבים שבהם יש "אפשרות סבירה להרשעה", כדרישת הפסיקה, אך יש גם אפשרות סבירה לזיכוי, נסגרים כדי לפנות זמן ומשאבים לתיקים שבהם סיכויי ההרשעה גבוהים יותר. גם החשש שתיקים חלשים ראייתית, מעין אלו שלא יסתיימו בהודאת נאשם – הודאה המוזילה מאוד את ההליכים – ממריץ את התביעה להחליפם בתיקים מבוססים יותר, שבהם סיכויי ההרשעה גבוהים יותר. מטעם זה לרף הקבוע בדין תפקיד מוגבל מאוד, אם בכלל. הוא עשוי להשפיע רק בתיקים ספורים שחשיבותם גדולה במיוחד. בכל יתר התיקים רף הראיות המספיק להעמדה לדין נקבע על פי המשאבים העומדים לרשות התביעה ולפי מדיניות השימוש בהם, ולא על פי זה שנקבע בדין. במילים אחרות, השפעתה של מדיניות השימוש במשאבי התביעה על זהות הנאשמים (ולכן גם על זהות המורשעים) גדולה בהרבה מזו של מרבית הכללים הדיוניים שבהם מתרכז הדיון המשפטי הפורמלי. אחד הכללים המרכזיים לניהול משאבי התביעה הוא מדיניות השימוש בהסדרי הטיעון.

3. הסדרי טיעון

אחרי הגשת כתב אישום (ולעתים גם קודם לכן) התביעה יכולה להיכנס למשא ומתן על הסדר טיעון. הסדר טיעון הוא הסכם שבמסגרתו הנאשם מודה ומוותר על זכויותיו הדיוניות בתמורה להסכמת התביעה להפחית אישומים, להגביל עצמה באופן הטיעון לעונש או לפעול בדרך אחרת העשויה להביא להקלה בגור הדין.

13 סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי.
14 עניין בר-און – חברון, לעיל הערה 9, בעמ' 40-41; בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.2.2008) (להלן – עניין קצב).

ויליאם לנדס, שפרץ את הדרך לניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי במאמרו משנת 1971,¹⁵ הראה כיצד הסדרי טיעון מסייעים לתביעה להשיא את סך ההרשעות באופן המשקלל גם את חשיבותם. לאחר שהתביעה סוגרת תיקים שבהם אין די ראיות ותיקים שאין כל עניין לציבור בניהולם, היא נדרשת להחליט כיצד לחלק את משאביה לטיפול בתיקים הנוותרים. באמצעות הסדרי טיעון היא מבטיחה הרשעות בתיקים רבים וחוסכת את עלויות המשפט באותם תיקים. חיסכון זה מפנה משאבים לטיפול בתיקים אחרים, שללא הסדרי הטיעון הייתה התביעה נאלצת לסגרם מחוסר משאבים. במילים אחרות, בהסדר טיעון "קונה" התביעה ודאות בהרשעה ומשאבי זמן עבודה בתמורה לויתור מסוים על חומרת סעיפי האישום והעונש. מטעם זה התביעה תהיה מוכנה להגיע להסדר עונש קל יותר:

(1) ככל שסיכויי ההרשעה נמוכים יותר,

(2) ככל שהעונש הצפוי אחרי הרשעה קל יותר,

(3) ככל שעלות ניהול המשפט לתביעה גבוהה יותר,

(4) ככל שמספר התיקים ביחס למשאבים שבידיה (העומס) גדול יותר.

בדומה לכך, נכונותם של נאשמים להסכים להסדר תלויה בהערכתם את סיכויי ההרשעה, בעלות ניהול המשפט מבחינתם (כולל הסבל הנפשי, המעצר והעלויות העקיפות), בחומרת העונש הצפוי אחרי הרשעה במשפט, בחומרת העונש המוצע בהסדר וביחסם לסיכון. דוגמה פשוטה עשויה להמחיש ניתוח זה: נאמר כי המשטרה מעבירה לתביעה בחודש מסוים 80 תיקים. 40 מתוכם הם בעברה חמורה, שהעונש הצפוי בגינה לאחר הרשעה במשפט הוא 20 חודשי מאסר, ו-40 בעברה קלה, שהעונש הצפוי בגינה לאחר הרשעה במשפט הוא 10 חודשי מאסר. נניח עוד כי כמחצית מהתיקים בכל קבוצה הם תיקים חזקים ראייתית, שסיכויי ההרשעה בהם עומדים על 95%, ואילו האחרים הם תיקים חלשים ראייתית, שסיכויי ההרשעה בהם הם 70% בלבד. לשם הפשטות נניח כי עלות ניהול כל אחד מהתיקים זהה, והתביעה יכולה לנהל עד 20 הליכים משפטיים מלאים בחודש במשאביה המוגבלים. אם עריכת הסדר טיעון זולה פי שלושה מניהול משפט, תוכל התביעה – במקום 20 משפטים – לערוך 60 הסדרי טיעון.

לצורך הדוגמה נניח כי כדי להגיע להסדרי טיעון בכל התיקים החזקים על התביעה להציע הנחה של 20% מהעונש הצפוי (16 חודשי מאסר במקום 20 בעברה חמורה, או 8 חודשים במקום 10 בעברה קלה), ואילו בתיק חלש ייערך הסדר רק אם ההנחה תהיה בת 70% (6 חודשי מאסר במקום 20 בעברה החמורה ו-3 במקום 10 בעברה הקלה).¹⁶ במצב זה

15 William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14(1) JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 61 (1971).

16 גודל ההנחה הנדרשת כדי להגיע להסדר טיעון תלוי בסיכויי ההרשעה. נאשם המעריך שסיכויי ההרשעה בתיק גבוהים יסכים להסדר טיעון גם אם ההנחה המוצעת לו במסגרת ההסדר קטנה

התביעה יכולה לבחור בין ניהול משפט מלא ב-20 תיקים – שחלקם יסתיימו בזיכוי, ורובם בהרשעה ובעונש מלא – וסגירת כל יתר התיקים, לבין עריכת הסדרי טיעון ב-60 תיקים, שכולם יסתיימו בהרשעה אף כי העונש שיוטל על כל מורשע יהיה קל יותר. הטבלה להלן מציגה את מכלול התיקים שבידי התביעה, המחולקים לארבעת הסוגים (כל משבצת מתייחסת לקבוצה של 20 תיקים דומים): צדה הימני מציג את תוצאות ההליכים בתיקים אלו אם ינוהל משפט מלא, וצדה השמאלי מציג את התוצאות במקרה שהתביעה תערוך הסדרי טיעון עם הנאשמים. לדוגמה, המשבצת האפורה בצד הימני העליון של הטבלה, המתייחסת לתיקים חזקים בעברה חמורה, מראה כי אם תיקים אלו ינוהלו בהליך משפטי מלא, תשיג התביעה הרשעה ב-19 מתוך 20 התיקים בממוצע (כיוון שסיכויי ההרשעה בתיקים החזקים הם 95%), והעונש שיוטל על כל נאשם שיורשע הוא 20 חודשי מאסר). מנגד, אם אותם תיקים ינוהלו באמצעות הסדר טיעון (ראו במשבצת השנייה משמאל באותה שורה), כל 20 הנאשמים יורשעו, ועונשו של כל אחד יהיה 16 חודשי מאסר.

אופציות הטיפול ב-80 תיקים שהגיעו לתביעה:

	ניהול משפט מלא		טיפול בתיקים בהסדרי טיעון	
	תיקים חזקים 95% סיכוי הרשעה	תיקים חלשים 70% סיכוי הרשעה	תיקים חזקים 20% הנחה	תיקים חלשים 70% הנחה
עברה חמורה	19 הרשעות 20 חודשים	14 הרשעות 20 חודשים	20 הרשעות 16 חודשים	20 הרשעות 6 חודשים
עבירה קלה	19 הרשעות 10 חודשים	14 הרשעות 10 חודשים	20 הרשעות 8 חודשים	20 הרשעות 3 חודשים

בדוגמה זו אם התביעה לא תערוך הסדר טיעון, היא תוכל לנהל במשאביה רק 20 משפטים. במצב כזה היא תבחר רק את 20 התיקים שבהם הראיות חזקות והעברה חמורה, וכל יתר התיקים (60 במספר) ייסגרו מחוסר משאבים. כפי שראינו, כיוון שסיכויי ההרשעה בתיקים אלו הם 95%, נאשם אחד יזוכה, ו-19 נאשמים יורשעו ועונשם יהיה 20 חודשי מאסר לכל אחד.

לעומת זאת אם תוכל התביעה לערוך הסדרים בלא הגבלה וביקורת שיפוטית, היא תוכל לערוך הסדרים ב-60 תיקים. במקרה כזה היא תבחר להעמיד לדין את כל 40 החשודים

יחסית. ככל שסיכויי ההרשעה קטנים יותר (והסיכויים לזיכוי במשפט גדולים יותר), ידרוש הנאשם הקלה גדולה הרבה יותר במסגרת הסדר הטיעון.

בעברה החמורה וגם את 20 החשודים בעברה הקלה שהראיות נגדם חזקות. רק 20 החשודים בעברה הקלה אשר הראיות נגדם חלשות ייהנו מסגירת התיק. אמנם רמת הענישה של הנאשמים בעברה חמורה כשהתיק חזק תהיה נמוכה יותר במשטר זה (16 חודשי מאסר במקום 20), אולם אף אחד מהם לא יזוכה, וחשוב מכך – יורשעו גם 40 נאשמים נותרים שבהיעדר ההסדרים היו יוצאים פטורים בלא כלום (ההרשעות משתקפות בשלוש המשבצות המסומנות באפור בחלק השמאלי של הטבלה). אם רמת ההרתעה תלויה בעונש הממוצע הצפוי לחשוד שייתפס, הרי שכעת העונש הממוצע לחשוד מבין 40 החשודים בעברה חמורה יהיה 11 חודשי מאסר $(20 \times 16 + 20 \times 6) / 40 = 11$ במקום 9.5 בלבד במשטר האוסר על הסדרי טיעון $19 \times 20 / 40 = 9.5$. חשוב מכך, בעברה הקלה יהיה העונש הממוצע 4 חודשי מאסר $(20 \times 8) / 40 = 4$ במקום 0 חודשי מאסר במשטר האוסר על הסדרי טיעון (כיוון שבמשטר כזה איש מהמבצעים עברה קלה לא היה עומד לדין). כבר מנתונים אלו עולה כי בהנחה שהחשודים אשמים,¹⁷ הסדרי הטיעון יכולים דווקא לקדם את ההרתעה למרות ההקלות שהם מציעים לנאשמים, בשל הגדלת מספר המורשעים. כיוון שכתבי אישום רבים יותר מוגשים במשטר של הסדרי טיעון, העונש הממוצע המוטל על כל חשוד גדול יותר. זאת ועוד, ההרתעה אינה תלויה רק בעונש הממוצע המוטל על החשודים שנתפסו. מחקרים רבים מראים כי הסיכוי להיענש משפיע על ההרתעה הרבה יותר מחומרת העונש.¹⁸ הגדלת מספר המורשעים מ-19 ל-60 באמצעות הסדרי הטיעון משפיעה על ההרתעה הרבה יותר מאשר ההפחתה הנדרשת לצורך זה במספר חודשי המאסר המוטלים על מי שהורשע.¹⁹

נתוני הדוגמה לעיל כמובן אינם משקפים מציאות קיימת. במציאות התביעה אינה מוגבלת לארבעה סוגי תיקים; המגוון גדול בהרבה, ולכל אחד מהם מידת חומרה שונה, סיכויי הרשעה שונים, עלות ניהול שונה וכיוצא בזאת. אולם כל עוד עריכת הסדר טיעון חוסכת חלק גדול מעלויות ניהול ההליך, התוצאה תהיה דומה. יהיה אפשר להציע לנאשמים הסדרי טיעון אשר יבטיחו להם הקלה מסוימת ביחס לתוחלת העונש (העונש הצפוי במשפט

17 בהמשך אציג את הניתוח המתייחס למקרה שבו חלק מהחשודים חפים מפשע.
 18 לסלי סבה "הקלה בעונש כאמצעי להרתעה?" עבריינות וסטיה חברתית ז(3) 125, 132 (1979).
 19 למעשה, למרות מאות המחקרים שבחנו זאת עד כה לא נמצא אישור להנחה הרווחת כי החמרה בענישה מקדמת את ההרתעה. ראו אורן גזל-אייל, רותי לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 41, 67-71 (2011); וכך Anthony Doob, Cheryl Webster, *Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis*, 30 CRIME & JUST. 143, 173 (2003) הסוקרים את המחקרים הקרימינולוגיים הרבים שנערכו בשלושים השנים האחרונות בתחום ומראים כי המסקנה המתחייבת מהם היא כי חומרת העונשים איננה משפיעה על ההרתעה הכללית.

כפול סיכויי ההרשעה) ובתמורה לזכות במשאבים שיאפשרו העמדה לדין של חשודים אחרים. בדרך זו הסדרי טיעון מרחיבים את רשת האכיפה. בהסדר טיעון התביעה קונה משאבי זמן (המאפשרים לה לנהל הליכים נגד נאשמים נוספים) והרשעה ודאית בתמורה לויתור על חומרת האישומים שבהם יורשע הנאשם ועל חומרת העונשים.

בדוגמה לעיל הנחתי כי התביעה מסכימה להקלות המאפשרות הסדרים עם כל הנאשמים. במציאות חלק מהנאשמים ידחו את ההצעה להסדר ויבחרו במשפט. מספר הנאשמים שידחו את ההצעות להסדר תלוי במידת ההקלה שהתביעה תעניק בהסדרים. ככל שההקלות גדולות יותר, שיעור הנאשמים שיסכימו להן גדול יותר. כך תוכל התביעה לווסת את מספר המשפטים ומספר ההסדרים באמצעות שיעור ההקלות בעונש שהיא תציע במסגרת משאים ומתנים להסדרי טיעון, כדי להשיא את ההרתעה או את המטרות האחרות של הענישה. למעשה, ככל שהעומס על התביעה גדל, היא תסכים להסדרים מקלים יותר, ושיעור הנאשמים שיודו בהסדרי טיעון יגדל. תופעה דומה תתרחש אם חקיקה חדשה בתחום סדר הדין הפלילי תהפוך את ניהול המשפטים ליקרים יותר. גם אז הצורך בהסדרי טיעון יגדל, ההקלות שלהן תסכים התביעה תגדלנה, ושיעור ההסדרים יגדל. לנדס ועוד חוקרים שפעלו אחריו איששו את הממצאים התאורטיים הללו במחקרים אמפיריים, שהראו כי במערכות משפט בארצות הברית שיעור ההסדרים גדול יותר ככל שסיכויי ההרשעה גדולים יותר, וקטן יותר ככל שההקלות בענישה המוצעות לנאשמים קטנות יותר.²⁰

לקשר בין היקף הרגולציה של ההליך הפלילי לבין הסדרי טיעון יש אינדיקציה גם במשפט המשווה. הסדרי טיעון נפוצים בארצות הברית יותר מבכל מקום אחר. בארצות הברית ההליך הפלילי הרגיל הוא גם היקר והסבוך ביותר, ובו זכות רחבה להליך בפני מושבעים, הליכים מוקדמים לבחירת מושבעים והגבלות נרחבות על הראיות שאפשר להציג במהלך המשפט.²¹ כיוון שכך, הישענות על הסדרי טיעון חיונית בארצות הברית יותר מבכל מקום אחר. במדינות אחרות של המשפט המקובל ההליך המלא מסורבל מעט פחות. עדיין דיני הראיות מותירים חלק ניכר מהשליטה בהליך לעורכי הדין ומגבילים את יכולתו של השופט לשלוט בהליך. לכן המידע מתיק המשטרה, שהיה יכול לסייע רבות בשליטה השיפוטית על ההליך, אינו מועבר לעיונו של השופט אלא בדרכים הפורמליות שקובע הדין,

David L. Weimer, *Plea-bargaining and decision to go to trial: The application of a rational choice model*, 10 POL'YSCI 1-24 (1978); William M. Rhodes, *The economics of criminal courts: A theoretical and empirical investigation*, 5 J. LEGAL STUD. 311-340 (1976).

William J. Stuntz, *The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and* ראו 21 *Criminal Justice*, 107 YALE L.J 1 (1997).

לרוב באמצעות העדים שעל דבריהם מבוססת הראיה. בנוסף, לצדדים (ולא לשופט) שליטה כמעט מלאה בעדים שיובאו ובשאלות שהם יישאלו, בניגוד למקובל בשיטות הקונטיננטליות. ואכן, במדינות אלו, כמו אנגליה וישראל, שיעור הסדרי הטיעון עדיין גבוה למדי אם כי נמוך משיעורם בארצות הברית.²² בגרמניה, בצרפת ובמדינות אחרות ביבשת אירופה ההליך הפלילי פורמלי ומסורבל פחות. אמנם גם שם מתרחבות המגבלות הדיוניות המוטלות על השופטים, וההליך המלא הופך מעט מסורבל יותר,²³ אולם העקרונות האינקוויזיטוריים מאפשרים לשופט במידה רבה חופש פעולה בבחירת השאלות שהעדים יישאלו ובסדר העדים שיזומנו, ולכן גם שליטה רבה יותר בניהול ההליך. ואכן, במדינות אלו הסדרי טיעון לא היו מוכרים עד לעשרים השנה האחרונות. רק לאחרונה החלו להתקבל צורות שונות של הסדרי טיעון בהיקפים מוגבלים.²⁴ בניגוד למדינות אלו, הולנד נמנעת במכוון מאימוץ הסדרי טיעון. בה בעת הולנד שומרת על הליך פלילי פשוט, שבו שליטה רחבה של השופט בחומר הראיות, היתר להסתמך על הראיות שבתיק החקירה והליכים פשוטים בעברות קלות.²⁵ נתונים אלו מחזקים את המסקנה כי היקף הסדרי הטיעון גדל ככל שקשה יותר ויקר יותר לנהל משפט פלילי מלא. חקיקה ופסיקה המייקרת ומסרבלת את ההליך הפלילי יוצרת ככל הנראה תמריצים להרחיב את ההישענות על הסדרי טיעון. הרחבה

- 22 למשל, בישראל שיעור הסדרי הטיעון בבתי המשפט המחוזיים עמד לפני כעשור על כ-77% מכתבי האישום המוגשים לבתי משפט אלו. ראו אורן גזל-אייל, אבישלום תור "השפעת החפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" משפטים 39, 115 ליד הערה 3 (2009). כיום כ-86% מהכרעות הדין בבית המשפט המחוזי, וכ-76.5% מהכרעות הדין בבתי משפט השלום הם תוצר של הסדרי טיעון. ראו אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים (2012) http://weblaw.haifa.ac.il/he/Faculty/GazalAyal/Publications/Oren_Gazal-Ayal-Acq.pdf.
- 23 ראו Sabine Gless, *Truth or Due Process the Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial, Germany*, papers.ssrn.com/abstract=1743530 (שבו מתוארת ההרחבה ההדרגתית של כלל הפסלות בגרמניה והשינוי במעמד הנאשם מאובייקט של החקירה המשפטית לצד בהליך).
- 24 ראו Maximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translation: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45(1) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 1, 27 (2004).
- 25 Marc Groenhuijsen, Joep Simmelink, *Netherland*, in *CRIMINAL PROCEDURE IN EUROPE* 373 (Richard Vogler & Barbara Huber ed., 2008). כדי להבטיח שהעומס על בתי המשפט יישאר קל ככל האפשר ויאפשר הימנעות מהסדרי טיעון, ניתנות לתביעה בהולנד סמכויות רחבות להטיל עונשים שאינם כוללים מאסר, בלא משפט כלל, בעברות שדינן עד שש שנות מאסר, ורק אם החשוד מערער על ההחלטה, יתקיים משפט. הליך זה מאפשר סוג של הסדר מחוץ לבית המשפט, ואין צורך בעונשי מאסר. ראו שם, בעמ' 467.

זו אפשרית באמצעות הרחבת הפערים בענישה המוטלת על נאשמים המודים במסגרת הסדרים בהשוואה לעונשים הצפויים לאותם נאשמים אם יורשעו במשפט.

4. הפיקוח השיפוטי על שיקול הדעת המנהלי באכיפת החוק

לכאורה שיקול הדעת של התביעה כפוף לביקורת שיפוטית. החלטות על הגשת כתב אישום נתונות לביקורת של בית המשפט העליון, והסדרי טיעון מוצגים לפני בית המשפט וכפופים לאישורו. ואכן, רוב ההצעות לשינוי הדין הנוגע להסדרי הטיעון והמחלוקות על פרשנותו מתמקדות בהיקף הביקורת השיפוטית על הסדרי טיעון לעונש. בית המשפט העליון הקדיש לדיון זה כמה פסקי דין,²⁶ ובכלל זה את פסק הדין המרכזי בתחום הסדרי הטיעון, שניתן בהרכב של תשעה שופטים.²⁷ הספרות המשפטית האקדמית מיקדה את הדיון בסוגיה זו.²⁸ והוועדה לסדר דין פלילי, ששקדה על ניסוח הצעת החוק בעניין הסדרי טיעון, הצליחה להגיע להסכמות בכל נושא, למעט נושא טעון זה.²⁹

כמו בתחומים רבים אחרים, גם כאן הניתוח הכלכלי מייחס חשיבות מעטה מאוד למחלוקת המשפטית האמורה. לביקורת השיפוטית על הסדרי טיעון לעונש השפעה שולית על רמות הענישה הנוהגות, מכיוון שחלק גדול מהפעלת שיקול הדעת נעשה באמצעות הסדרי טיעון לעניין האישומים. לצורך הסדרים אלה לא נדרש אישור בית המשפט, והם אינם חשופים לביקורת שיפוטית. לדוגמה, התביעה רשאית להמיר אישום שדינו 20 שנות

26 ע"פ 4900/92 מרקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45 (1993); ע"פ 1289/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 185 (1994) (להלן – עניין לוי); ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל פ"ד כו(1) (1972) (להלן – עניין בחמוצקי); ע"פ 442/91 אסיס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.1991) (להלן – עניין אסיס); ע"פ 6675/95 שילוח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 672 (1996).

27 ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 577 (2002). (פסק הדין קבע כי הסדר לעונש יאושר אם קיים איזון נכון בין ההקלה שמציעה התביעה לנאשם בהסדר לבין התועלת שמביא ההסדר לאינטרס הציבורי).

28 מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי הטיעון" בתוך מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 289, 330-334 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); אליהו הרנון "עסקאות טיעון בישראל" משפטים כז 543, 543-600 (תשנ"ז); אליהו הרנון, קנת מן עסקאות טיעון בישראל (1981).

29 תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (הסדרי טיעון), התשס"ט-2009, סעיף 155 ד לחוק המוצע. זמין בכתובת www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/41631363-0AFF-4095-91EB-A374A73E08E1/15512/SEDERDINPLILIHESDEREIT.pdf בהצעת החוק הממשלתית מופיעה עמדת המיעוט בדברי ההסבר. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010.

מאסר לאישום שדינו 3 שנות מאסר, ולבית המשפט אסור להתערב בהחלטתה.³⁰ כן רשאית התביעה לתקן כתב אישום חמור בעברת אונס ולעשותו כתב אישום של מעשים מגונים קלים יחסית, שהעונש בצדם הוא מאסר על תנאי בלבד.³¹ בנסיבות אלו אם הצדדים אינם רוצים שבית המשפט יבחן אם הסדר הטיעון תואם את העונש לעברה, הם יכולים להתאים את העברה (המוסכמת) שבה מואשם הנאשם לעונש שהם מבקשים להשיג.³² ואכן, בחינה של הסדרי הטיעון בבתי המשפט המחוזיים מלמדת שלמעלה מ-80% אחוזים מהם כוללים גם (או רק) הסדרים לאישומים.³³ לכן רק הליכים משפטיים מעטים ביותר מסתיימים בהטלת עונשים החורגים מהמוסכם בהסדר הטיעון.³⁴ כל עוד התביעה יכולה לבחור את האישומים ואת עובדות כתב האישום, היא תוכל לחסן כל הסדר טיעון שתוצאה מפני ביקורת שיפוטית אפקטיבית.

אמנם החלטות התביעה על העמדה לדין עשויות לעמוד לביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק, אולם במרבית המקרים אין עותר מתאים המעוניין לשאת בעלויות של עתירה

30 עניין אסיס, לעיל הערה 26, שבו קבע בית המשפט המשפט העליון שראוי היה שבית המשפט המחוזי יקבל את בקשת התביעה לעונש המופחת בהרבה מזה ההולם את העברה שלפניו.

31 ראו עניין קצב, לעיל הערה 14.

32 David Bjer, *Making the Crime Fit the Penalty: The Role of Prosecutorial Discretion under Mandatory Minimum Sentencing*, 48 UNIVERSITY OF CHICAGO JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS (2005).

33 מבין תיקי פרקליטות מחוז מרכז שהסתיימו בשנת 2002 78% כללו הסדר לאישומים; במחוז תל אביב שיעורם היה 85%. במחוז חיפה, בשנת 2004, 85% מהסדרי הטיעון כללו גם הסדר לאישומים. ראו שרון שכנר-ביתן, רחל אבישר-אבלס הסדרי טיעון פרקליטות מחוז תל אביב מול פרקליטות מחוז מרכז (עבודה סמינריונית במסגרת הקורס "עבירות צווארון לבן" בהנחיית פרופ' רון שפירא 2006); לילך תמיר עבירות מין, הסדרי טיעון ומה שבניהם - מחקר בנוגע לשתי השאלות המרכזיות שעלו מ"פרשת קצב" (עבודה סמינריונית במסגרת הקורס "מחקרים על מערכת המשפט הפלילית" בהנחיית אריה רטנר ואורן גזל-אייל, 2007). לנתונים עדכניים יותר, ביחס לבתי משפט השלום והמחוזיים ראו גזל-אייל, גלון ווינשל-מרגל, לעיל הערה 22.

34 מאז סוף 2002 ועד אמצע 2009 הגיעו לבית המשפט העליון רק 31 ערעורים (שעסקו ב-46 מערעורים) של נאשמים על החלטה של בית משפט מחוזי או בין דין משמעתי לסטות מהסדר טיעון. כיוון שבאותן שנים נערכו בבתי המשפט המחוזיים אלפי הסדרים, וכיוון שבכל מקרה שהסדר נדחה יש להניח שהנאשם יערער, הרי שממצא זה מלמד כי שיעור ההצעות להסדר שנדחות הוא אפסי. יצוין כי כשני שלישים מהערעורים שנאשמים הגישו נגד סטייה מהסדר טיעון התקבלו במלואם, ועוד כ-20% התקבלו חלקית. לפיכך רק 15% מהנאשמים שבית המשפט המחוזי החליט להטיל עליהם עונש כבד מהמוסכם בהסדר נותרו עם עונש זה לאחר הערעור. ראו אורלי אורן, שחר פישביין ניתוח אמפירי של פסיקת בית המשפט העליון בערעורים על סטייה מהסדר טיעון – בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל (עבודה במסגרת סמינר מחקר אמפירי בהנחיית רונן פרי ואורן גזל-אייל, 2009).

כזו, וככלל בית המשפט נמנע מלקבוע כי התביעה חרגה משיקול הדעת המוקנה לה. למעשה, מאז קום המדינה התקבלו רק עתירות ספורות נגד החלטות על סגירת תיקים מחוסר עניין לציבור,³⁵ ומעולם לא התקבלה עתירה נגד החלטה לסגור תיק מחוסר ראיות.³⁶ לפיכך לפיקוח זה אין השלכה רבה על פעילותה היום-יומית של התביעה.

במיוחד נכון הדבר בעניין הסדרי טיעון. עד כה מעולם גם לא התקבלה עתירה לבג"ץ נגד הסדר טיעון. רק במקרים מעטים מאוד שבהם עברה עם נפגע קונקרטי הוגשו עתירות כאלו, לרוב על ידי נפגעי העברה, ובכל המקרים הן נדחו.³⁷ לפיכך גם אם תוחמר הביקורת השיפוטית על העונש, כפי שמוצע על ידי דעת המיעוט בוועדה לסדר דין פלילי,³⁸ לא תהיה לכך השפעה רבה כל עוד התביעה חופשית לתקן את האישומים והעובדות בלא מגבלה של ממש או בלא פיקוח. אפשר לומר אפוא כי הלכה למעשה האיזון שעורכת התביעה בין שיקולי הראיות, העניין לציבור והמשאבים כמעט אינו נתון לביקורת שיפוטית. התוצאה היא כי לתביעה שיקול דעת כמעט מוחלט בהחלטותיה אם לסגור תיק, אם לערוך הסדר טיעון, ואיזה עונש להציע בהסדר שכזה.

5. ההצדקות לשיקול הדעת הרחב והביקורת עליהן

פרנק איסטרברוק, כיום נשיא בית המשפט הפדרלי לערעורים של ה-Seventh Circuit, הציג את אחת ההגנות המקיפות ביותר לשיקול הדעת הרחב והבלתי מוגבל של התביעה במאמרו "ההליך הפלילי כמערכת שוק".³⁹ לגישתו, שיקול הדעת הרחב לסגור תיקים ולערוך הסדרי טיעון הוא כלי המבטיח כי התביעה תוכל להשיא את ההרתעה ואת המטרות הציבוריות האחרות של מערכת המשפט הפלילית. ההחלטה לסגור תיק מסוים או להתפשר בתיק

35 לחריגים המעטים ראו עניין הבנקאים, לעיל הערה 11, בעמ' 513-530; בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 71 (פורסם בנבו, 1.7.2009); בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 378-370 (1989).

36 לדיון בהיקף הביקורת של בג"ץ בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה ראו רב-שיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג 14 (1996); מיכאל בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה 5 (1996); דוד קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ משפטי לממשלה" פלילים ה 121 (1999).

37 לשתי דוגמאות ראו פרשת קצב, לעיל הערה 14 וכן בג"ץ 9209/96 גינזברג נ' פרקליטות מחוז ת"א (פורסם בנבו, 25.12.1996).

38 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדרי טיעון), התש"ע-2010, סעיף 220א, ה"ח הממשלה 536

39 Frank H. Easterbrook, *Criminal Procedure as a Market System*, 12 JOURNAL OF LEGAL STUDIES, 289 (1983).

מסוים עלולה להיראות למשקיף מן החוץ החלטה הפוגעת בהרתעה ובאינטרס הציבורי. אולם התביעה, היודעת מהם סיכויי ההרשעה בתיק, מה תהיה עלותו, ומהם התיקים שעליהם תצטרך לוותר אם תנהל עוד הליך משפטי מלא (בשל מגבלות המשאבים שלה), או יודעת מהם סיכויי הזיכוי ומהו הנזק הצפוי מזיכוי כזה, יודעת כי הוויתור מקדם את המטרות החברתיות שעליהן היא מופקדת.

מסקנתו היא כי אין להכפיף את שיקול דעתה של התביעה להנחיות קשיחות, לביקורת שיפוטית או לרגולציה חקיקתית. שום מערכת של רגולציה או פיקוח (שיפוטי או אחר), לפי גישה זו, איננה יכולה להחליף את שיקול הדעת. ראשית, מכיוון שהתנאים שבהם מתקבלות ההחלטות משתנים תדיר, ושום רגולציה לא תוכל לעמוד בקצב השינוי. ההליך הפלילי פועל כמו מערכת של שוק חופשי, המבטיחה שיתקבלו ההחלטות היעילות ביותר במגבלות המשאבים דווקא כשאין רגולציה של מחירים וכמויות. התובעים יכולים להתאים את פעולתם לשינוי בביקוש למשפט (שינוי במספר הנאשמים שדוחים הצעות להסדר) או להיצע של שירותי המשפט (שינוי בעומס המוטל על בתי המשפט הפליליים), כמו גם לצורך להעניק עדיפות למאבק בסוג פשיעה מסוים במועד מסוים או לסוג פשיעה אחר במועד אחר. מדיניות התביעה צריכה להשתנות תדיר גם בשל שינויים בעומס העבודה, הנגרמים מחקיקה פלילית חדשה, משינויים במצב הביטחוני או ברמת העבריינות, מצמצום או תוספת של תקנים למערך התביעות, החקירות או בתי המשפט, משינוי בסדרי הדין ובנסיונות רבות נוספות. לכל אלו אי אפשר למצוא מענה בדמות הנחיות שיפוטיות או הוראות חוק. רק שיקול דעת המופעל על פי נתוני התיק, המקום והזמן יוכל להבטיח חלוקה אופטימלית של המשאבים וקידום מיטבי של האינטרסים הציבוריים.

שנית, רגולציה שתקבע על ידי המחוקק או בתי המשפט לא תוכל להתמודד עם כל מגוון הסיטואציות שאתן מתמודדת התביעה. לכל תיק מאפיינים שונים לא רק במאפייני העברה אלא גם בקושי להוכיחו, בעלות הצפויה של ניהולו ובעלויות הנלוות הכרוכות בהבאתו בפני בית המשפט (כגון בפגיעה הפוטנציאלית שניהול משפט יגרום למתלוננים, לעדים או לאינטרסים ציבוריים אחרים), ולכן אי אפשר לקבוע כללים אחידים ונוקשים שינחו את התביעה בבחירת התיקים להגשה ובנכונות להתפשר בהסדר טיעון. לגישתו של איסטרברוק, רק שיקול דעת בלתי מוגבל יכול להבטיח קידום האינטרס הציבורי בצורה המיטבית.

אפשר כמובן לטעון כי הפתרון הוא בהוספת משאבים למערכת המשפט כדי שלעולם לא יהיה צורך לערוך פשרות.⁴⁰ בפרק זה איני מתכוון לעסוק בהרחבה בניחות הכלכלי של

40 לטענה כזו ראו Albert W. Alschuler, *Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System*, 50(3) THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 931, 938 (1983).

סוגיית היקף המשאבים שיש להפנות למערכת המשפט הפלילית,⁴¹ אבל די אם אומר כי לא ברור כלל אם גם במקרה שהיו לחברה עוד משאבים פנויים, היה עליה להפנותם למערכת המשפט הפלילית דווקא ולא למטרות אחרות כגון חינוך, בריאות או רווחה. מכל מקום, בהנחה ששינוי קיצוני של מאות אחוזים, בהיקף המשאבים של מערכת המשפט הפלילית, שיפתור כליל את בעיית העומס, אינו צפוי בעתיד הקרוב, מגבלת משאבים כלשהי תמיד תשפיע על החלטות התביעה. במצב כזה שיקול הדעת בהעמדה לדין או בהסדרי טיעון הוא בלתי נמנע.

מהאמור לעיל עולה כי אחת הטענות המרכזיות המובאת נגד הסדרי טיעון – הטענה כי הסדרים אלו פוגעים בהרתעה או באינטרס הציבורי בהטלת ענישה הולמת על עבריינים – אינה מבוססת.⁴² אכן, לעתים העונשים המוטלים על נאשמים בהסדרי טיעון קלים בהרבה מאלו שהיו מוטלים על הנאשמים לו הורשעו לאחר משפט. עם זאת בחינת ההקלה שלה זוכה הנאשם אינה מספיקה כדי להסיק מהי מידת השפעה של הסדרי הטיעון על ההרתעה. ההרתעה נוצרת באמצעות הסבל שממנו חושש העבריין בהחליטו אם לבצע את העברה או לא. סבל זה תלוי לא רק בחומרת העונש שיוטל עליו אלא גם בסיכוי שיועמד לדין ובסיכוי שיוורשע. הסדרי טיעון אמנם מובילים לרמת ענישה נמוכה יותר בכל תיק ותיק, אך הם מגדילים את הסיכוי שהנאשם יעמוד לדין (בשל המשאבים שהם מפנים לתביעה) ומגדילים את הסיכוי שהוא יורשע (נוכח ויתורו של הנאשם על זכותו למשפט, העשוי למצוא ספק סביר באשמתו או להימנע מהרשעתו מסיבה אחרת).

הניתוח הנורמטיבי של איסטרברוק זכה לביקורת רבה.⁴³ אכן, הניתוח מלמד כי התביעה תוכל לקדם את האינטרס הציבורי בצורה הטובה ביותר, אם ינתן לה שיקול דעת מוחלט בהגשת אישומים והסדרי טיעון. אולם תובעים לא תמיד יפעלו רק לקידום האינטרס הציבורי. למשל, תובעים עלולים להעדיף אינטרסים אישיים, למשל זמן פנוי, פרסום או צבירת ניסיון בהתדיינות, על פני האינטרס הציבורי של ענישה; הם עלולים להיות מושפעים מיוקרתם של סנגורים ידועי שם ולהעניק ללקוחותיהם יחס מועדף לעומת לקוחות של סנגורים אחרים; הם גם עלולים פשוט לטעות בהחלטה כיצד לקדם את האינטרס הציבורי.

41 Robert Cooter, Tomas Ulen, Law and Economic §§ 414 (5th ed. 2008).

42 ראו למשל דברי השופט גולדברג בעניין לוי, לעיל הערה 26, בעמ' 168 ("קיומו של פער משמעותי בין העונש המוסכם בהסדר הטיעון לעונש הראוי, מחטיא, לדעתי, את מטרתו של המשפט הפלילי, ואין הוא מתיישב עם ההיבט ההרתעתי, הכללי והאינדיבידואלי, הנדרש כדי להגן על הערך החברתי הנתון בסכנה מהישנות העבירה"); ראו גם קרמניצר ולבנון, לעיל הערה 28, בעמ' 326.

43 ראו בעיקר, Stephen J. Schulhofer, *Criminal Justice Discretion as a Regulatory System*, 43 (1988) UNIVERSITY OF CHICAGO JOURNAL OF LEGAL STUDIES 17(1).

איסטרברוק אינו מתעלם מקיומן של "בעיות נציג" (agency costs) מעין אלו בין הציבור לתביעה, אולם לטענתו אין מקום להניח שפיקוח שיפוטי או הנחיות של המחוקק יצמצמו בעיה זו. גם שופטים עלולים לטעות או להעדיף אינטרסים אישיים על פני אינטרסים ציבוריים. גם רגולציה (בדמות הנחיות של המחוקק או גורם אחר) צפויה להיכשל, מכיוון שבשל השונות הגדולה בין המקרים והמצבים היא תמיד תשאיר לתביעה שיקול דעת בהערכת הראיות והאינטרס הציבורי. בדרך זו הנחיות לתביעה יובילו מחד לקשיחות בלתי רצויה במרבית המקרים, אך יותירו מאידך את האפשרות לתביעה לסטות מהן למטרות פסולות במקרים הספורים שבהם היא מעוניינת בסטייה כזו. הקושי העצום לפקח על דיות הראיות או האינטרס הציבורי בכתבי האישום, שעליו עמדנו לעיל, עלול להוביל למצב שבו כל רגולציה או פיקוח שיפוטי על התביעה ישיגו את הרע משני העולמות.

הניתוח של איסטרברוק, אף שבוודאי אינו חף מבעיות כפי שנראה להלן, מסייע למיקוד הדיון בשיקול הדעת של התביעה. אין די בהצגת הסדרים שנחזים כמקלים מאוד עם הנאשם כדי לטעון שהסדרי טיעון פוגעים באינטרס הציבורי. הדגש חייב לעבור לבחינה רחבה יותר של השפעת ההסדרים על חלוקת ההרשעות והעונשים בין נאשמים פוטנציאליים שונים. אולם כבר כעת ברור שאי אפשר להסתפק בהצגת ההקלות הניתנות בהסדרי הטיעון כדי להראות שנדרש להגביל את השימוש בהסדרי טיעון או את הפיקוח על הליך זה.

6. הסדרי טיעון והרשעות שווא

טענה נפוצה אחרת נגד הסדרי הטיעון עוסקת בחשש להרשעת נאשמים חפים. הטענה היא כי האופצייה להודות ולזכות בעונש קל בהרבה מזה הצפוי בתום משפט יכולה לתמרץ גם נאשם חף מפשע להודות.⁴⁴ למשל, אדם חף מפשע הנאשם באונס עלול להסכים להסדר טיעון שבמסגרתו יופחת אישומו מאונס לעברה קלה בהרבה, כדי להימנע מהסיכון של הרשעה באונס.⁴⁵ אם הסדרי טיעון גורמים להרשעת חפים, הרי שהגידול בהרשעות המושג בזכותם אינו בהכרח רצוי.

הקושי בטענה זו נובע מההנחה שאלמלא הסדר הטיעון היה הנאשם החף מזוכה במשפט. הנחה זו בעייתית. למעשה נראה כי הנאשם החף, בהסכימו להסדר טיעון, העריך כי יש סיכוי שגם במשפט הוא יורשע, שאם לא כן, במרבית המקרים היה דוחה את ההצעה

44 הרנון ומן, לעיל הערה 28, בעמ' 9; עמנואל גרוס "עסקאות טיעון וחקר האמת" פלילים ג 251, 260 (1992); אליהו הרנון "עסקאות טיעון בישראל" משפטים כז 543, 603 (תשנ"ז); חשש זה בא לידי ביטוי גם בפסיקה, הן בהתבטאויות השופטים: ראו דברי השופט כהן בע"פ בחמוצקי, לעיל הערה 26, בעמ' 556-560.

45 Albert W. Alschuler, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, 36 U. CHI. L. REV. 50, 61 (1968).

להסדר. נאשם המשוכנע כי בית המשפט יזכה אותו, בדרך כלל לא יסכים להסדר שבמסגרתו הוא יורשע ויוטל עליו עונש.⁴⁶ אם הנאשם החף בחר בהסדר טיעון במקום במשפט, אות הוא כי להערכתו הסיכון להרשעה במשפט ולעונש החמור הצפוי לו אם אכן יורשע, גבוה. לכן מבחינתו עדיף הסדר הטיעון. למעשה איסור על הסדרי טיעון (אפילו אם היה אפשר לקבעו באופן שיחול רק על נאשמים חפים) רק ירע את מצבם של הנאשמים החפים וישלול מהם אופציה לביטוח מפני ההרשעה המוטעית והענישה החמורה הצפויה להם בתום משפט. נאשמים רציונליים, חפים ואשמים, לא ייפגעו מהצעה להסדר טיעון. הם יכולים רק להרוויח ממנה.⁴⁷

יש חשש כמובן כי חלק מהנאשמים החפים אינם רציונליים. החשש הוא כי נאשמים אלו יטעו לבחור בהסדרי טיעון בלחץ המשא ומתן או בשל הערכה מוטעית של סיכויי המשפט, אף שלו היו בוחרים במשפט הם היו מזוכים.⁴⁸ אף שאין לשלול חששות להחלטות מוטעות של נאשמים, אין להניח כי דווקא החפים יטעו יותר בבחירה בהסדרי טיעון. נהפוך הוא, יש סיבות טובות להניח כי דווקא חפים יבחרו במשפט בשיעורים גדולים בהרבה מאשמים העומדים בפני סיכויים דומים להרשעה ועונש דומה.

ראשית, התביעה אינה יודעת אילו נאשמים חפים ואילו אשמים. היא יודעת כמובן באילו תיקים הראיות חזקות ובאילו הן חלשות, אך בתיקים שבהם הראיות חזקות באותה מידה התביעה בדרך כלל איננה יכולה להבחין בין אשם לחף. לפיכך היא מציעה הצעות דומות להסדר טיעון לנאשמים אשמים וחפים אשר עומדים בפני אישום דומה וראיות דומות. לעומת התביעה, שאינה מבחינה בין נאשם אשם לחף, הנאשמים עצמם בדרך כלל כן מבחינים. הנאשם כמעט תמיד יודע אם הוא אשם או לא. אם המשפט מצליח לברר את האמת בדיוק רב יותר משיכולה התביעה לעשות באמצעות עיון בחומרי החקירה (ויש לקוות שזוה אכן המצב), נאשמים אשמים יעריכו את סיכויי הרשעתם במשפט כגבוהים מאלו שהתביעה מעריכה, בידעם שמידע שייחשף במשפט יגדיל את הסיכוי שיוורשעו, ולעומתם נאשמים חפים יעריכו את סיכוייהם כנמוכים יותר, בידעם כי מידע חדש שעלול להיחשף במשפט יכול לסייע להרשעתם. וכך בשל השוני בהערכת סיכויי הזיכוי נאשמים אשמים יסכימו להסדרי טיעון שחפים צפויים לדחות. כיוון שהתביעה, שכאמור אינה מבחינה

46 ייתכנו מקרים שבהם עלות ניהול המשפט גדולה מאוד, והעונש בהסדר קל ביותר, ולכן גם נאשם חף יעדיף את הסדר הטיעון.

47 Thomas W. Church Jr., *In Defense of 'Bargain Justice'*, 13 L. & Soc'y. Rev. 509, 513-516 (1979).

48 יש להבחין בין הסכמה להסדר טיעון או הודאה באישומים לבין הודאה במשטרה. בהודאות במשטרה לרוב אין מדובר ב"תן וקח", ועל החשוד מופעל לחץ רב יותר. הדיון בחלק זה נסב על הסדרי טיעון והודאות באישומים הניתנות בבית המשפט.

בחפות, תציע לשתי קבוצות הנאשמים הצעות דומות (שיותאמו לחומרת העברות ולחוזק הראיות שבידה בלבד), שיעור גדול יותר מהחפים ידחה את הסדרי טיעון. לכן מרבית האשמים יבחרו להודות בהסדר, ואילו חלק גדול מהחפים יבחר במשפט.⁴⁹ שנית, גם מטעמים אחרים נאשמים חפים ייטו יותר לדחות הצעות שאשמים ייטו לקבל. מחקרים מראים כי נאשמים חפים נרתעים מלעמוד בבית המשפט ולהודות בעברה שהם לא ביצעו אף אם בשל סיכויי ההרשעה והעונש הצפוי ההודאה נראית כדאית. נאשמים חפים גם נוטים להעריך ביתר את הסיכוי שבית המשפט ידע להבחין אמת משקר, ולכן יזכה אותם למרות חומר הראיות המורה אחרת.⁵⁰ ואכן, מבין ההרשעות המוטעות שנחשפו בעשורים האחרונים בארצות הברית רק שיעור זעום היה תוצר של הודאת הנאשם במשפט, בניגוד גמור לשיעור הגבוה של הודאות כאלו מבין כלל ההרשעות.⁵¹ לכאורה, רתיעתם של חפים מלהודות במשפט פותרת את אחד הקשיים העיקריים הטמונים בהסדרי טיעון. אם נאשמים אשמים נוטים להסכים להסדרי טיעון, וחפים – בנסיבות דומות – נוטים לדחות הצעות להסדר, המשך ההסתמכות על הסדרי טיעון מאפשר סיום מהיר ויעיל של הרוב המכריע של התיקים נגד האשמים, ומפנה את המשאבים הדרושים לניהול הליך משפטי מלא נגד המעטים שיש סיכוי כי אינם אשמים. אולם דווקא יתרונו זה של המשטר הנסמך על הסדרי טיעון עלול להיות חסרונו מבחינת הנאשמים החפים. בעולם של הסדרי טיעון נאשמים המסכימים להסדר נדונים לעונש קל מזה הצפוי להם לאחר הרשעה במשפט. בתיקים קשים וסבוכים הפער בעונש בין המשפט להסדר עשוי להיות עצום.⁵² מנגד נאשמים שמאמינים בטעות כי סיכויי הרשעתם נמוכים או נרתעים מלהודות במעשה שהם לא ביצעו ומורשעים בסופו של דבר, נדונים לעונשים הכבדים השמורים לאותם מעטים שבחרים לנהל הליך משפטי מלא. כיוון שיש ייצוגי-יתר לחפים

49 Robert E. Scott, William J. Stuntz, *A Reply: Imperfect Bargains, Imperfect Trials, and Innocent Defendants*, 101 YALE L.J. 2011, 2013 (1992); Gene M. Grossman, Michael L. Katz, *Plea Bargaining and Social Welfare*, 73(4) THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 749, 753 (1983).

50 אורן גזל-אייל, אבישלום תור "השפעת החפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" משפטים 39, 115 (2009).

51 שם.

52 למשל, בפרשת קצב הוצע לנאשם בהסדר עונש של מאסר על תנאי, ולבסוף, לאחר הרשעה, הוטל עליו עונש של 7 שנות מאסר לריצוי בפועל. ראו תפ"ח (ת"א) 1015/09 מדינת ישראל נ' משה קצב (גזר דין מיום 22.2.2011). דוגמה אחרת היא פרשת סמאחת, שם חזר בו הנאשם מהסדר טיעון שבמסגרתו הוטלו עליו שישה חודשי עבודות שירות (ראו ע"פ 474/92 סמחאת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.3.1992)), ולאחר הרשעתו במשפט הוא נדון ל-18 חודשי מאסר בפועל (ע"פ 3907/92 סמחאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 104 (1992)).

בקבוצה האחרונה, הרי שבממוצע העונש המוטל על חפים גבוה בהרבה מהעונש המוטל על אשמים שקיימים נגדם אישומים דומים וראיות מוצקות במידה דומה. הניתוח לעיל מדגים שוב את הפער הגדול שבין החשיבה המשפטית הרגילה לזו הכלכלית: על בעיית החפות נכתב רבות, הן בקרב שופטים וחוקרי משפט והן בספרות הכלכלית של הסדרי טיעון, אולם כל אחת מהדיסציפלינות עוסקת בבעיה אחרת ורק השמות שלהן דומים. בכתיבה המשפטית מודגש החשש שהנאשם החף יקבל הצעה להסדר טיעון מקל שישכנעו להודות במשפט, וההודאה תוביל להרשעה מוטעית. אולם מנקודת מבט כלכלית, אם נאשם כזה בוחר בהסדר, נראה שיש לו סיבה לחשוש מהרשעה מוטעית במשפט ומהעונש החמור שלאחר המשפט. בעייתו של נאשם כזה לא תיפתר אם תיאסר עריכת הסדרי טיעון. הניתוח הכלכלי של המשפט חושף כי בעיה קשה יותר של נאשמים חפים היא שדווקא הם נוטים לדחות הצעות להסדרי טיעון, גם מכיוון שההצעות שהם מקבלים אינן מתחשבות בסיכויי הזיכוי שלהם, הגבוהים יותר בשל חפותם, וגם מכיוון שחפים נרתעים מלהודות במעשה שלא עשו אף אם הדבר לכאורה "משתלם" להם. התוצאה היא שחלק גדול מהחפים המורשעים בטעות מורשעים לאחר משפט, ולא לאחר הסדר, ולכן נדונים לעונשים כבדים בהרבה ממרבית האשמים, המסכימים להסדרי טיעון.⁵³ אולם הסיכון בהסדרים לנאשמים חפים עלול להגיע מכיוונים אחרים. למשל, ייתכן שבזכות הסדרי הטיעון התביעה מגישה כתבי אישום מבוססים פחות ראייתית. באמצעות הסדרי טיעון התביעה יכולה להשיג הרשעות כמעט בכל תיק. בתיקים שבהם קשיים ראייתיים התביעה נדרשת להציע הקלות נכבדות מאוד באישומים ובעונש כדי להשיג את הסכמת הנאשם להסדר, אולם גם בתיקים אלו, אם מוצעת לנאשם הקלה של ממש, הוא יבחר לרוב בהסדר כדי להימנע מלשאת בעלויות הנפשיות והכספיות של המשפט, כמו גם מהסיכוי להרשעה. פרשת קצב חשפה במידה רבה לציבור עד כמה גדולה יכולה להיות ההקלה שהתביעה מציעה כאשר היא חוששת מזיכוי במשפט.⁵⁴ כיוון שהסיכוי להאשמת

53 נתונים בנושא הרשעות מוטעות שנאספו בצפון אמריקה מראים ש-94% מההרשעות המוטעות הוכרעו על ידי משפט ולא בעקבות הודאה במסגרת הסדר טיעון, וזאת אף שכאמור לעיל הרוב המכריע של ההרשעות בכלל מושג באמצעות הסדרי טיעון. ראו גזל-אייל ותור, לעיל הערה 50, בעמ' 8.

54 ראו לעיל הערה 52. פרשת קצב אינה מקרה חריג. בחינת התיקים בבתי המשפט המחוזיים מלמדת כי כ-75% מכתבי האישום ברצח (עברה שעונש החובה בגינה הוא מאסר עולם) מומרים במסגרת הסדרי טיעון לעברות קלות יותר. ראו שכנר-ביתן ואבישר-אבלס, לעיל הערה 33. בחלק מהמקרים הפחתת האישומים היא נכבדת והעונש המוסכם הוא שנות מאסר ספורות, במקום מאסר עולם. ראו לדוגמה ת"פ 202/02 (מחוזי חי') מדינת ישראל נ' ישייב (לא פורסם, 18.12.2002), שבו ניתנו עונשי מאסר של שמונה וחמש שנים לנאשמים שבשל קושי להוכיח את אשמתם ברצח הומרו סעיפי האישום נגדם לקשירת קשר וניסיון לרצח, ונערך אתם הסדר

אדם חף גדול יותר בתיקים שבהם הראיות חלשות, הרי שהסדרי טיעון מגדילים את החשש שנאשמים חפים יועמדו לדין. החשש לאותם נאשמים חפים אינו מהסדר הטיעון המוצע להם לאחר שהוגש נגדם כתב אישום, שכן הסדר זה הוא אופציה אשר יכולה רק להיטיב עמם. החשש של נאשמים חפים הוא מעצם ההחלטה להעמידם לדין, החלטה שהתקבלה במרבית המקרים כשהתביעה ידעה שיהיה אפשר להגיע עמם להסדר טיעון ולא לנהל משפט יקר שעלול להסתיים בזיכוי. התוצאה היא שהחשש מזיכוי בתיקים חלשים כמעט אינו קיים בזכות הסדרי טיעון, ולכן התביעה אינה נרתעת מלהעמיד לדין נאשמים גם בתיקים חלשים. כיוון שכך, נאשמים חפים מפשע רבים יותר מועמדים לדין, עורכים הסדר טיעון, ומורשעים.

יש הסבורים כי קושי זה אינו מהווה בעיה אמיתית, שכן הנאשמים מועמדים לדין, אך בשל הסיכוי הגדול יחסית שהם אינם אשמים הם זוכים לעונש קל יחסית לאשמה. בדרך זו נאשמים זוכים ל"ענישה הסתברותית", דהיינו לעונשים כבדים יותר ככל שהראיות נגדם חזקות יותר. לפי אחת הגישות, מערכת המשפט תקדם את ההרתעה אם תאפשר ענישה הסתברותית כזו ולא תסתמך על תפיסה בינארית של הרשעה וזיכוי.⁵⁵ במילים אחרות, לפי גישה זו רצוי להטיל עונשים לא רק לפי חומרת המעשה אלא גם לפי ההסתברות שהנאשם אכן אחראי למעשה, והסדרי טיעון מגשימים בדיוק מטרה זו. עמדה נורמטיבית זו רואה בחיוב הסדר שבו ככל שהספק באשמתו של הנאשם גדול יותר, כך עונשו יהיה קל יותר. אולם ככל שגישה זו של ענישה הסתברותית נתפסת כבלתי רצויה, אפשר להקטין את הסיכון האמור להרשעת חפים אם ההפחתה בעונש, המוצעת בהסדרי טיעון, תוגבל. אם למשל ייאסר על התביעה להציע לנאשם הסדר טיעון המגלם הקלה של יותר ממחצית העונש הצפוי לו לאחר משפט, היא לא תוכל לערוך הסדרי טיעון בתיקים חלשים ראייתית. במקרה כזה נאשמים בתיקים חלשים יסרבו לכל הצעה של הסדר טיעון, שכן העונש שיוצע להם לא ישקף את סיכויי הזיכוי הגבוהים שלהם. התביעה, שתדע זאת מראש, תימנע מהעמדתם לדין כי איננה מעוניינת לנהל משפט יקר, בייחוד כאשר הסיכוי שמשפט זה יסתיים בזיכוי – גדול. לפיכך במרבית המקרים האלו היא תסגור את התיקים החלשים ותפנה את המשאבים שמתפנים לתיקים אחרים, חזקים יותר, הממתינים לטיפול. כדי להבטיח

טיעון; תפ"ח (מחוזי ת"א) 1164/05 מדינת ישראל נ' פריניאן (פורסם בנבו, 8.3.2007) שבו הוטל עונש מאסר של חמש שנות מאסר על האחים פריניאן, לאחר שבמסגרת הסדר טיעון הומר סעיף הרצח בסעיף של קשירת קשר לביצוע רצח; תפח (מחוזי ת"א) 1010/06 מדינת ישראל נ' חמאד עיזאת (פורסם בנבו, 22.7.2007), שם גזר בית המשפט עונשים של 18 חודשים עד שש שנות מאסר לנאשמים אשר סעיף האישום נגדם הומר מרצח להריגה כדי שלא ייחשף מקור משטרת.

55 טליה פישר "ענישה הסתברותית" עיוני משפט לב 515 (תשע"א).

שהסדרים כאלו לא ייערכו באמצעות שינוי האישומים, הצעה זו ישימה רק אם לבית המשפט יינתנו כלים לפיקוח גם על הסדרי טיעון לאישומים.⁵⁶

ג. הזכות להליך הוגן, מעצרים וההשלכות החלוקתיות של כללים דיוניים

1. ההשלכות החלוקתיות של הזכות להליך הוגן

כאמור לעיל, מטרת ההליך הפלילי היא להביא לזיכויים של חפים, להרשעת אשמים ולהטלת עונש על המורשעים שיותאם למעשה שבו הורשעו. עם זאת לא כל האמצעים מקדשים את המטרה. לפיכך הסדרים דיוניים רבים לא נועדו לקידום המטרה האמורה אלא לצמצום הנזקים שנגרמים בעת ניהול ההליך לנאשם, לנפגע העברה ולאיינטרסים אחרים. למשל, הזכות להליך הוגן, על פניה הרבים, נועדה בין היתר להבטיח כי המטרה לא תושג אגב פגיעה בלתי מידתית בזכויות הדיוניות של הנאשם. בדומה לכך, המטרה המרכזית של זכויות דוגמת זכות השתיקה, הזכות כי ראיות שהושגו שלא כדין לא יישמשו נגד הנאשם (כלל הפסלות)⁵⁷ והזכות לפרטיות – אינה קידום בירור האמת אלא מניעת פגיעה בערכים אחרים (ולפחות במקרה של הזכות לפרטיות, גם באנשים אחרים) במהלך בירור האמת. גם הזכויות של נפגעי העברה, כגון הזכות למידע על ההליך הפלילי, להשתתפות בהליך זה ולהגנה מפני הנאשם ומקורביו, מכוונות להשגת תכליות שאינן תמיד עולות בקנה אחד עם בירור האמת.⁵⁸

אמנם חלק ניכר מזכויות הנאשם מסייעות גם לבירור יעיל של האמת. למשל, זכותו של הנאשם להעיד (זכות הטיעון או ההשתתפות) או זכותו להתעמת עם הראיות נגדו הן גם זכויות דיוניות עצמאיות, בעלות חשיבות אינטרינזית, וגם עקרונות המסייעים לבירור האמת. אולם בחלק זה אבקש להתמקד ברגולציה של ההליך הפלילי שמטרתה העיקרית אינה בירור האמת אלא הגנה על ערכים אחרים גם במחיר של פגיעה ביכולת לקדם בירור יעיל של העובדות. רגולציה זו משפיעה על כלל ההליכים הפליליים, אולם יש המושפעים ממנה יותר ויש המושפעים ממנה פחות.

56 להצעה ברוח זו ראו אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה(1) 1 (2005).

57 לדיון בזכות זו ובהיקפה ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006).

58 לזכויות נפגעי עברה ראו חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 183.

נניח כי המחוקק קובע בחוק חדש כי חיפוש במחשב, שלא כמו חיפוש על פני גופו של אדם, מחייב עמידה בתנאים פרוצדורליים יקרים. למשל יש צורך בצו שיפוטי, ואין די בחשד סביר של שוטר, כמו בחיפוש לשם גילוי סמים למשל.⁵⁹ בנוסף צריך שהצו המתיר חיפוש במחשב יציין במפורש כי הוא מתיר זאת. כמו כן נאמר שהחוק קובע כי חיפוש כזה ייעשה רק על ידי מי שמיומן בו, לעומת חיפושים אחרים שאותם יכול לעשות כל שוטר. בעקבות הוראות אלו איסוף ראיות בעברות המבוצעות באמצעות מחשב ופיענוחן יקרים יותר. המשטרה – בשל משאביה המוגבלים – עשויה במקרה כזה להימנע מחקירת תיקים שכדי לפענחם יש צורך בחיפוש במחשב, ואשר קודם לחוק החדש היא כן נהגה לחקור. בשל השינוי הסיכוי שחשוד בעברות אלו יעמוד לדין קטן. מנגד ניהול חקירה בתיקים שבהם החיפוש פשוט יחסית, זול כבעבר. לפיכך בהיעדר הבדלים אחרים המשטרה תעדיף כעת תיקים שבהם נדרש חיפוש רגיל על פני תיקים שבהם נדרש חיפוש במחשב. במילים אחרות, המשטרה תשקיע את המשאבים המוגבלים שלה בתיקים שבהם לא שונה הדין במקום בתיקים שהטיפול בהם הפך יקר יותר. התוצאה אינה רק צמצום הסיכוי לחשיפת חשודים בתיקים המבוססים על חיפוש במחשב. התוצאה היא גם הגדלת הסיכוי לחשיפת חשודים בתיקים המבוססים על חיפוש רגיל (כגון תיקי סמים). במילים אחרות, לכללים דינויים המייקרים הליכים מסוימים השפעה עקיפה גם על הליכים אחרים. הכבדה על ניהול הליכים בתיקים מסוימים יוצרת גם השפעה חלוקתית – היא מעודדת את רשויות האכיפה להפנות משאביהן לתיקים אחרים. בחלק זה אציג דוגמאות להשפעות חלוקתיות מעין אלו ואראה כיצד במקרים רבים הן פועלות לטובתם של חשודים חזקים יותר ולרעתם של חשודים מוחלשים.

הדין המשפטי ברגולציה של ההליך הפלילי מתמקד באיוון שבין הצורך להבטיח הגנה הולמת לזכויות הנאשם ולאינטרסים חברתיים אחרים לבין הרצון למנוע זיכוי של אשמים. אולם שיח מעין זה מתעלם כמעט לחלוטין מהשפעותיהן החלוקתיות של הזכויות.⁶⁰ במונח "השפעות חלוקתיות" כוונתי היא להשפעתם של הדינים על המאמץ שרשויות השלטון ישקיעו בתיקים מסוגים שונים, ולכן לשינוי תמהיל כתבי האישום, ההרשעות והעונשים. לרגולציה דיונית השפעה חלוקתית כזו אם בעקבותיה יועמדו פחות נאשמים

59 להוראות אלו ראו פקודת סדר הדין פלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, סעיף 23א. חיפוש סמים על פני גופו של אדם יכול להיעשות גם בלא צו אם לשוטר יש יסוד סביר להניח שהאדם נושא סמים, וחיפוש ברכב – בכל מקרה שהחיפוש דרוש לקיום הוראות פקודה זו, אך בלא צורך ביסוד סביר לחשד.

60 ראו על כך בהרחבה William J. Stuntz, *The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice*, 107 YALE L.J 1 (1997).

מקבוצות מסוימות לדין, יורשעו פחות וייענשו בענישה מחמירה פחות, ובו בזמן נאשמים מקבוצות אחרות יועמדו לדין ויורשעו יותר, וייענשו בחומרה רבה יותר. כך רגולציה המקשה על הוכחת אשמה בתיקים מסוימים או המחייבת השקעת זמן ומשאבי חקירה או תביעה בטיפול בהם, הופכת את התיקים הללו ליקרים יותר, ולכן לאטרקטיביים פחות מבחינת התביעה. אם התביעה או המשטרה מעוניינות להגיש כתבי אישום בתיקים כאלה, עליהן להשקיע משאבים רבים כדי שסיכויי ההרשעה יהיו גבוהים (לדוגמה, באיסוף ראיות נוספות) או לעמוד בפני סיכון גדול יותר להפסד במשפט. לעתים חשיבות התיק גדולה מספיק כדי להצדיק בחירה באחת החלופות האלו. אולם יש מקרים שבהם תעדיף המדינה שלא להשקיע את המשאבים הרבים הדרושים לניהול התיק ולא להסתכן בזיכוי. במקרים אלו היא תוכל לבחור בחלופה שלישית, ולהציע לנאשמים הנחות גדולות יותר בהסדרי טיעון, כדי שנאשמים רבים יותר מקבוצה זו יוותרו על זכותם למשפט. בדרך זו הזכויות שפיעו בעיקר על חומרת העונש של מי שידע לנצלן ויאפשרו לנאשמים לזכות בעונשים קלים יחסית על מעשיהם.

במקרים אחרים תעדיף התביעה אפשרות רביעית – לוותר על התיק ובמקומו לטפל בתיק אחר שאינו מעורר קשיים אלו.⁶¹ בעולם שבו רק שיעור קטן מאוד מהעברות המדווחות מגיע לבית המשפט, ובפני המשטרה והתביעה מבחר גדול של תיקים שאותם הן יכולות לקדם כי סגירת תיק אחר מפנה להם זמן, האפשרות הרביעית תהיה פעמים רבות האטרקטיבית ביותר לתביעה. אם קבוצה מסוימת של תיקים תיסגר בשל הכרה בזכות מסוימת של נאשם, יוכלו המשטרה והתביעה להפנות את המשאבים שהתפנו לקבוצה אחרת של תיקים.

לפיכך במערכת משפט עמוסה, שבה למשטרה ולתביעה אפשרות לבחור מבין תיקים רבים ההגנה על זכויות דינויות של נאשמים או רגולציה אחרת המסרבלת את ההליך הפלילי אינן מובילות בהכרח לפחות הרשעות. הן מובילות להרשעות אחרות בעיקר (של אנשים אחרים).

2. זכות השתיקה

אפשר להדגים כיצד השפעה חלוקתית זו נוצרת באמצעות ניתוח ההשלכות של זכות השתיקה. אף על פי שלחשודים זכות שתיקה בחקירתם, חוקרי המשטרה לומדים טכניקות מגוונות כדי לגרום לחשודים להשיב לשאלותיהם גם כאשר האינטרס של החשודים הוא

61 תיקים רבים נסגרים מחוסר עניין לציבור. בשנת 2009 למשל נסגרו 46,289 מתוך 164,000 תיקים שנפתחו באותה שנה, מחוסר עניין לציבור. ראו מבקר המדינה, קובץ דוחות ביקורת לשנת 2011, התשע"ב, 55.

לשתוק.⁶² התוצאה היא שהרוב המכריע של הנחקרים אינם שומרים על זכות השתיקה.⁶³ אם קשה (או יקר) להוכיח עברותיהם של חשודים השומרים על זכות השתיקה, יכולה המשטרה לסגור חלק ניכר מהתיקים של חשודים כאלה, ובמשאבים שהתפנו לרכז מאמץ בהשגת הודאות מחשודים שמתקשים לעמוד בלחץ החקירה ומדברים. כך גם באשר לתביעה, שתעדיף לוותר על תיקים נגד חשודים שותקים כי הם קשים יותר להוכחה, ולהפנות את המשאבים שמתפנים עקב כך לניהול הליכים נגד חשודים שמפלילים עצמם בחקירתם, ולכן קל יחסית להרשיעם. בדרך זו זכות השתיקה לא רק מיטיבה עם חשודים שיוודעים לנצלה נכון, אלא גם פוגעת בחשודים אחרים שמחליטים החלטה מוטעית לשתף פעולה עם חוקריהם. בשל סגירת התיקים נגד החשודים שאינם מדברים מתפנים למשטרה ולתביעה משאבים לחקור ולהעמיד לדין את החשודים המשתפים פעולה ומדברים. בדרך כלל הדיון בזכות השתיקה מניח שההכרה בזכות זו יכולה לסייע לחשודים, אך לא לפגוע בהם. ואכן, בעולם שבו אין לתביעה מגבלת משאבים זכות השתיקה איננה יכולה להזיק לחשודים או לנאשמים. בעולם כזה סיכויי ההרשעה של חלק מהנאשמים יקטנו בשל השימוש שלהם בזכות השתיקה, אולם קיומה של הזכות לא ישנה את סיכויי ההרשעה של נאשמים שימסרו הודעה מפלילה בלחץ החקירה או בשל תחבולות שהפעילו החוקרים או בשל תחושת החרטה.⁶⁴ אלה ידברו בחקירתם בין שמוענקת להם זכות שתיקה ובין שלא, ולכן לא יושפעו כלל מקיומה של הזכות.

- 62 לסקירה מקיפה של טכניקות התשאול ראו מאיר גלבוע תשאול (1995)
- 63 בארצות הברית בין 80% ל-90% מוותרים על זכות השתיקה בחקירתם אף על פי שאי אפשר להשתמש בזכות השתיקה נגדם במשפט, אף לא כראיית חיזוק. לסקירת הסטטיסטיקה האמריקאית ראו Daniel J. Seidmann, Alex Stein, *The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege*, 114 HARV. L. REV. 430, 448 n.60 (2000). אמנם לעתים ההחלטה לוותר על זכות השתיקה היא החלטה מושכלת ורציונלית בגלל ההשלכות שיכולות להיות לשתיקה, אולם במקרים רבים אחרים, חשודים מדברים אף על פי שהדבר מחזק את התיק נגדם, בשל הקושי הפסיכולוגי לשתוק בחקירה.
- 64 איני מתעלם בניתוח זה מעמדתם של סידמן ושטיין, לעיל הערה 63, שלפיה זכות השתיקה, המנוצלת על ידי אשמים, מסייעת גם לחפים, שכן החפים שבוחרים לספר את האמת בחקירתם יכולים לאבדן עצמם ביתר קלות מהאשמים שבוחרים לשתוק, ובכך להקטין את הסיכוי שיורשעו. בלא להיכנס לדיון על סבירותה של הטענה (לדיון במחלוקת זו ראו Stephanos Bibas, *The Right to Remain Silent Helps Only the Guilty*, 88 IOWA L. REV. 421 (2003) וכן Alex Stein, *The Right To Silence Helps The Innocent: A Response To Critics*, 30(3) CARDOZO L. REV. 1115, 1120 (2008). התופעה המוצגת כאן יכולה להתרחש בד בבד עם התופעה שלה טוענים סידמן ושטיין.

אולם בעולם שבו התביעה נאלצת לבחור רק חלק מהתיקים שבהם יש ראיות לכאורה לאשמה, לזכות השתיקה השפעה גם על סיכויי ההרשעה של נאשמים שבוחרים להודות. בעולם כזה התביעה נאלצת לסגור תיקים רבים. ההחלטה באילו תיקים להגיש כתב אישום הופכת להיות ההחלטה הקריטית ביותר. רוב החשודים אינם מורשעים לא בשל זיכוי אלא בשל החלטת התביעה שלא להגיש נגדם כתב אישום.

התביעה בוחרת בתיקים בין היתר לפי סיכויי ההרשעה בהם. היא תגיש כתבי אישום בתיקים החזקים יותר ותסגור את התיקים החלשים יותר. אלמלא זכות השתיקה היו כל החשודים נאלצים למסור גרסה (שאם לא כן הייתה שתיקתם יכולה לשמש ראיה מוצקה לחובתם ואולי אף להיות עברה עצמאית).⁶⁵ כמו קודם, השתיקה מסייעת לאותם חשודים שיודעים לנצלה והופכת את התיקים נגד החשודים האלו לחלשים יותר. אולם אז משהתיקים הללו הופכים חלשים יותר, תבחר התביעה לסגור חלק גדול מהם נוכח מגבלת המשאבים, ובמשאבים שהתפנו להגיש כתבי אישום בתיקים אחרים, חזקים יותר, שבהם החשודים הודו. מבחינת התביעה לתיקים שבהם החשודים הודו בחקירתם המשטרתית יתרון נוסף, שכן הסיכוי שהם יודו גם בבית המשפט ויחסכו לה את הצורך לנהל הליך ראייתי, גדול.⁶⁶ התוצאה היא שזכות השתיקה מגדילה את סיכויי ההרשעה של הנאשמים שאינם יודעים לנצל אותה נכונה, ומודים בלחץ החקירה. מכאן שהשפעתה של זכות השתיקה אינה רק כמותית אלא גם (וכנראה בעיקר) חלוקתית. היא מיטיבה עם חלק מהחשודים (אלה היודעים לנצלה נכון) ופוגעת בחשודים אחרים (אלה שאינם יודעים לנצלה).

ככל שההצדקה לזכות השתיקה טמונה בטעמים דאונטולוגיים, הניתוח לעיל אינו בהכרח מחייב את תומכי זכות השתיקה לשנות מעמדתם. אולם אם מטרת הזכות היא להגן על חשודים העומדים חלשים אל מול כוחה העודף של המשטרה, להבטיח שהם לא יידרשו להיכנע לחקירה לוחצת או להקטין את החשש שחפים יודו בחקירתם – ההכרה בזכות זו בעייתית.

למעשה, בעולם שבו המשאבים מוגבלים, זכות השתיקה לא רק מגנה על החשודים (המעטים יחסית) היודעים לנצלה אלא גם פוגעת באלו שבניגוד לאינטרס שלהם מוסרים

65 בישראל השתיקה בחקירה יכולה לחזק את ראיות התביעה, אולם תוספת ראייתית זו של חיזוק היא בעלת משקל קטן למדי. ראו יעקב קדמי על הראיות כרך א 15-17 (2009).

66 מבריקת 515 הרשעות מוטעות בארצות הברית עולה כי 72% מהחפים שהורשעו על סמך הודאתם במשפט הודו קודם לכן בחקירה המשטרתית (21 מתוך 29). מנגד רק כ-20% מההרשעות המוטעות אחרי משפט מושבעים הודה החשוד במשטרה (97 מתוך 486). מכאן שאפילו כאשר נאשמים אינם אשמים, אם הם הודו בחקירתם המשטרתית, נטייתם להודות גם במשפט (לרוב בהסדר טיעון) גדלה מאוד. ראו גזל-אייל ותור, לעיל הערה 50.

במשטרה גרסה המפלילה אותם. כאמור, למשטרה טכניקות פסיכולוגיות רבות לשכנע חשודים לוותר על זכות השתיקה.⁶⁷ סביר להניח שחשודים המצליחים לעמוד על זכותם לשתוק למרות כל טכניקות התשאול של המשטרה, הם החשודים החזקים יותר, והחשש כי יישברו בחקירה כופה ויודו במעשים שלא עשו קטן יותר. מנגד, דווקא חשודים (הרבים) המודים בחקירתם גם כאשר הדבר מנוגד לאינטרס שלהם, הם החלשים יותר. כיוון שזכות השתיקה פוגעת בחשודים המודים (ולא רק מיטיבה עם אלו שבחרים לשתוק), עיגונה המשפטי פוגע בחשודים חלשים ומיטיב עם חשודים חזקים יותר.

זאת ועוד, בהנחה הסבירה שאלמלא זכות השתיקה היו התיקים נגד החשודים ששותקים הופכים חזקים יותר, ההכרה בזכות מחייבת את המשטרה ואת התביעה להעדיף תיקים אחרים, חלשים יותר, שחשיבותם פחותה מסיבה אחרת. ככל שהמשטרה והתביעה מרחיבות את הטיפול בתיקים החלשים יותר, כן גדל החשש להרשעת חפים. התוצאה היא שלא זו בלבד שההכרה בזכות אינה צפויה לצמצם את ההרשעות המוטעות, היא אף עלולה להגדיל את מספרן.

בדומה לכך, אי אפשר להצדיק זכות זו בחשש שחפים יודו בלחץ החקירה אם לא יתאפשר להם לשתוק. אמנם החשש מהודאת שווא בחקירה משטרית הוא רב, כפי שמראים המחקרים הרבים שחשפו הרשעות מוטעות המתבססות על הודאות שווא כאלו.⁶⁸

67 לפירוט האמצעים שהחוקרים לומדים לנקוט כדי לשכנע חשודים לוותר על זכות השתיקה ראו גלבוע, לעיל הערה 62, בעמ' 165-166 (גלבוע מממליץ לחוקרים להימנע ממתן האזהרה בנוסח הרשמי שלה, כי נוסח זה מרתיע נחקרים וסוגר כל פתיחות אפשרית. כן הוא מציע דרכים "לרכך", כלשונו, חשוד המבקש להשתמש בזכות השתיקה, כדי לגרום לו לשתף פעולה). לשם ההשוואה, בעניין *Miranda* נקבעה חובת המשטרה להודיע לחשוד על זכותו החוקתית שלא להשיב לשאלות חוקריו (זכות השתיקה), ושאם ישיב עלולות תשובותיו לשמש ראיה נגדו, ועל זכותו החוקתית להיפגש עם סגור (פרטי או ממונה) לפני החקירה ולדרוש את נוכחותו בחקירה עצמה, וכן שהפרה של כללים אלה תביא לפסלות הראיה (ראו *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)), אולם מחקר שנערך לאחר מכן מראה כי בעקבות הכללים עברה המשטרה לחקירה פסיכולוגית מתוחכמת יותר, שעדיין מאפשרת הפעלת לחץ ומניעת זכויות מהחשוד ומובילה, בסופו של דבר, להרשעת שווא. ראו R.A. Leo, R.J. Ofshe, *Criminal law: The Consequences of False Confession: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88(2) J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 429, 440 (1998).

68 ראו למשל ממצאים של פרויקט החפות שחשף הרשעות מוטעות רבות. כרבע מהן הושגו בעקבות הודאת שווא. (2011), THE INNOCENCE PROJECT: UNDERSTAND THE CAUSES, available at: www.innocenceproject.org/understand/False-Confessions.php. לסקירת מחקרים רבים נוספים המראים את הסכנה שבהודאות שווא ראו בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד 245, 251 (2005). להמלצות (שהתקבלו) לשינוי הדין בישראל בעקבות החשש מהודאות שווא ראו דין

אכן, החקירה המשטרתית היא לא אחת חווייה קשה ומאיימת ולעתים היא מצליחה לגרום גם לחפים להודות בעברה שלא ביצעו.⁶⁹ אולם אין יסוד להנחה שדווקא החפים מצליחים לשמור על זכות השתיקה, ואילו האשמים בוחרים למסור גרסתם. נהפוך הוא, סביר להניח שחפים המאמינים כי גרסתם תסייע להפריך את ההאשמות נגדם בוחרים שלא לנצל את הזכות. לאחר חקירה מתישה חלקם נשברים ומוסרים את הגרסה שמצפים מהם. מנגד, דווקא אותם חשודים המצליחים לעמוד בלחץ השוטרים למסור גרסה, מפגינים יכולת להתמודד עם הקשיים הכרוכים בחקירה. הסבירות שדווקא הם ימסרו הודאות שווא אם זכות השתיקה לא תוענק להם קטנה. התוצאה היא שהזכות מגנה בעיקר על חשודים המסוגלים להתמודד על לחצי החקירה, ובשל המשאבים המוגבלים פוגעת בחשודים המתקשים להתמודד עם לחצים אלו, ובהם חפים שמוסרים הודאות שווא. לפיכך הסיכוי של האחרונים לעמוד לדין, ומכאן סיכויי הרשעתם, גדלים. התוצאה היא כי בשיטת משפט עמוסה, כאשר תובעים בוחרים רק חלק מהתיקים המובאים אליהם בשל העומס, זכות השתיקה עשויה לפגוע בחשודים חלשים.

מנגד, דווקא נוכחות של עורך דין בחקירה עשויה להוביל לתוצאה הפוכה. אשר לחשודים חזקים, אשר גם בלא עורך דין יודעים לכלכל צעדיהם בחקירה, נוכחות עורך הדין לא תשפיע הרבה על חקירתם. אולם אשר לנאשמים חלשים יותר, המתקשים לכלכל צעדיהם בחקירה בשל בורות או קושי לעמוד בלחצי החקירה, הם יפיקו יותר מנוכחות סנגור בחקירתם. הסנגור יוכל למנוע מהחוקרים לנצל שיטות חקירה פסולות ולהקטין את יכולתם לעורר חרדה בלקוחם או לגרוור אותו לאמירת שקרים.⁷⁰ לפיכך נוכחותו של עורך דין עשויה להקשות על המשטרה לאסוף ראיות נגד חשודים חלשים.⁷¹ לכך השפעה

וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (דצמבר 1994).

69 לדוגמה, גלבוץ ממליץ בספרו לחוקרים כיצד להשתמש בשיטת "החוקר הטוב והחוקר הרע" כדי ליצור חרדה בקרב הנחקרים ותחושות של עמימות ואמביוולנטיות העשויות "להביאם לידי שיתוף פעולה עם החוקר". גלבוץ, לעיל הערה 62, בעמ' 122.

70 להסתמכות הרחבה של חוקרים על מצבי ריגוש של נחקרים, על יצירת חרדה בקרב נחקרים, על ניסיונות להעלים את ההשלכות המשפטיות של העדות וכיו"ב ראו בהרחבה אצל גלבוץ, לעיל הערה 62.

71 לאחרונה הנחה בית המשפט העליון את המשטרה להודיע לנחקרים נוסף על הודעה על זכותם להיוועץ בסנגור, גם על זכותם לבקש כי ימונה להם סנגור ציבורי לצורך ההיוועצות. זו דוגמה להרחבה (מוגבלת בהיקפה) של זכות ההיוועצות בחקירה, העשויה להיטיב עם נאשמים חלשים, ובכך לצמצם את פער העלויות בעת ביסוס תיקים נגד נאשמים אלו לבין ביסוס התיקים נגד חשודים מבוססים יותר, היכולים לשכור סנגור פרטי. ראו ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.11.2010). להיקף הזכות להיוועץ בעורך דין לפני חקירה ראו גם ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2009).

חלוקתית הפוכה מזו שתוארה לעיל, בעניין זכות השתיקה. הקושי להרשיע את החשודים החלשים יוביל לסגירת תיקים רבים יותר נגד חשודים אלו ולהפיכת התיקים נגד החשודים החזקים יותר, שלא הושפעו רבות מהזכות, לאטרקטיביים יותר באופן יחסי. ככל שהמטרה היא להגן על החשוד מפני כוחה העודף של המשטרה, הגבלה נרחבת של זכות השתיקה והרחבה רבה של זכות הנחקר להיוועץ בעורך דין בחקירתו יוכלו להשיג תוצאה זו.

3. דיני מעצרים

אף על פי שגם למעצרים לפני הגשת כתב אישום השפעה רבה על ההליך הפלילי, בחלק זה אציג סוגיות העולות מן הניתוח הכלכלי של המעצר לאחר הגשת כתב אישום – המעצר עד תום ההליכים.

דיני המעצרים עברו שינויים גדולים, בעיקר בשנות התשעים של המאה הקודמת. ביטול עילת המעצר של "חומרת העברה" בהלכת גנימאת,⁷² הגבלת עילת המסוכנות לפגיעות בביטחון הציבור (במקום בשלום הציבור) באופן שצמצם את סמכות המעצר בעברות רכוש⁷³ וקיצור תקופות המעצר עד לביקורת שיפוטית – כל אלה חייבו צמצום בשימוש במעצרים. מנגד, שינוי ביחס הציבור והמשטרה לסוגי עברות שונים, כגון עברות מין ועברות אלימות במשפחה, הוביל לגידול רב במספר המעצרים בעברות אלו.⁷⁴ התפתחויות אלו הביאו לשינוי רב בתמהיל החשדות והאשמות המובילים למעצר. לעומת השיח המשפטי, המתרכז בכמות המעצרים (אשר בניגוד לציפיות גדלה בקצב הולך וגובר לאחר חקיקת חוק המעצרים)⁷⁵ ובהשלכות הישירות של המעצר על העצור, ניתוח כלכלי, הבוחן את השפעות המעצר על התמריצים של התביעה וההגנה, חושף את ההשפעה החלוקתית של דיני המעצרים. דיני המעצרים משפיעים על ההחלטה של התביעה נגד אילו חשודים להגיש כתבי אישום, על כוח המיקוח של הצדדים בהסדר טיעון ועל תמהיל הנאשמים המורשעים וחלוקת העונשים בין קבוצות נאשמים שונות. השפעות אלו של המעצר ינותחו בחלק זה.

72 ד"ר 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 609 (1995) (להלן – עניין גנימאת).

73 סעיף 23(א)(4) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

74 בין השנים 1997 ו-2002 קפץ מספר המעצרים בגין עברות בין בני זוג ב-280% מ-1,648 ל-4,573 מעצרים בשנה. יש להדגיש שהעלייה בסך המעצרים בשנים אלה לא הייתה דרסטית כל כך: בשנת 1997 בוצעו 31,976 מעצרים, ולעומתה, בשנת 2002 בוצעו 44,103 מעצרים, היינו עלייה של 130% בלבד. ראו שנתון סטטיסטי משטרת ישראל (2002), זמין בכתובת: www.police.gov.il/mehozot/agafTichnon/Documents/pschia2002.pdf (להלן – שנתון משטרת ישראל 2002).

75 למעט ירידה בשיעור המעצרים מיד לאחר כניסת החוק, בשנת 1997, גדל מאז כניסת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) שיעור המעצרים בעקיבות. ראה שם, בעמ' 23.

המעצר הפלילי נועד להבטיח את "קיומו התקין של ההליך הפלילי ושמירה על שלום הציבור".⁷⁶ המעצר הוא רק הליך ביניים, אשר אינו משליך על ההכרעה אם הנאשם יורשע או יזוכה. כיוון שכך, לצורך מעצר די להראות כי יש חשד סביר (לפני הגשת כתב אישום) או ראיות לכאורה (אחרי הגשת כתב אישום), ואין צורך להוכיח כי הנאשם ביצע את העברה מעבר לספק סביר.⁷⁷ כמו כן שיקולים רבים שאינם רלוונטיים כלל לשלב הענישה משפיעים על ההכרעה בדבר המעצר. למשל, החשש כי הנאשם יימלט מן הדין או ישבש הליכים מקים עילת מעצר אף שאין בו כדי להשפיע על הענישה לאחר תום ההליך. בדומה לכך, מסוכנותו של הנאשם רלוונטית בשלב המעצר הרבה יותר מאשר בשלב גזירת הדין.⁷⁸ זאת ועוד, יכולתו של הנאשם להראות כי קיימת חלופה למעצר שתשיג את מטרתו, משפיעה גם היא על הסיכוי שיעצר. לפיכך הקשר בין ההחלטה על המעצר לבין הסיכוי שאדם אשם או לבין חומרת העונש שראוי להטיל עליו רופף מאוד.

מעצרו של אדם כשאשמתו עדיין לא הוכחה מעורר קושי גדול.⁷⁹ הקושי גדול עוד יותר נוכח עילות המעצר אשר מטבען מפלות בין נאשמים על רקע סוג העברות, יכולתם הכלכלית וקשריהם בקהילה. הסיכוי למעצר חשוד בעברת סמים גדול מהסיכוי למעצרו של חשוד בעברת מרמה גם אם בשל נסיבותיה עברת המרמה חמורה יותר. בדומה לכך הסיכוי של בעל ממון וקשרים בקהילה להראות לבית המשפט כי קיימת חלופה אפקטיבית למעצרו גדול מהסיכוי של חסר דיוור שביצע עברה דומה. במילים אחרות, הסיכוי למעצר של נאשמים עניים וחלשים גדול יותר.

למרות קשיים אלו מתקבלים דיני המעצרים במידה רבה בשוויון נפש. אמנם רבים מבקרים את הפגיעה באדם אשר עדיין מוחזק חף מפשע,⁸⁰ אך בהתבוננות ראליסטית יותר מניחים כי אין להפריז בפגיעה הנגרמת מדיני המעצר. כמעט כל הנאשמים שנעצרים עד תום ההליכים מורשעים בסופו של יום, וככלל בתי המשפט מפחיתים את תקופת המעצר

76 בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 145 (1996) (להלן – עניין זאדה).

77 שם.

78 אמנם אחת ממטרות הענישה היא הגבלת יכולתו של העבריין לבצע עברות נוספות (ראו סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, שהוסף בחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2011). כליאתו מרחיקה אותו מהציבור ומסייעת בהשגת מטרה זו (אם כי לעתים עברות נעברות גם בין כותלי הכלא). אולם מטרה זו אינה המטרה העיקרית בענישה. על פי הדין כיום ההלימה היא השיקול המרכזי הקובע את רמת הענישה – (ראו סעיף 40ב לחוק העונשין) – וההשפעה של שיקול ההרחקה מן הציבור היא מוגבלת, ומותרת רק כל עוד איננה גורמת להחמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם. מנגד, בדיני מעצרים הצורך למנוע מסוכנות הוא עילה מרכזית בהחלטה אם לעצור אדם.

79 רינת קיטאי-סנג'רו המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין (2011).

80 שם, בעמ' 29.

מתקופת המאסר המוטלת עליהם. לפיכך אפשר לטעון כי רק במקרים נדירים המעצר הממושך באמת מוטל על אדם שאינו מורשע לאחר מכן. הדרישה כי יוצגו ראיות לכאורה למעצר מבטיחה שתיקים שבהם ההרשעה אינה סבירה, הנאשם ישוחרר (בערובה או בלעדיה). העצורים המעטים המזוכים בתום ההליך אכן סובלים פגיעה קשה בחירות, פגיעה שהמערכת נדרשת להתמודד עמה, אולם מבחינת מרבית הנאשמים המעצר אינו משפיע הרבה על תוצאת ההליך.

ניתוח זה שגוי. השפעת דיני המעצר אינה מוגבלת לשלב הביניים. למעצר השפעה גדולה על תוצאת ההליך. ראשית, למעצר השפעה גדולה על העונש המוטל בסוף ההליך. פעמים רבות נאשם משוחרר יצליח לשכנע את בית המשפט לאחר הרשעתו שעונש מאסר בשלב זה יפגע בו מעבר למידה. מנגד, נאשם עצור שהורשע יידון כמעט תמיד לתקופת מעצר ארוכה מתקופת מעצרו או שווה לה. זאת מכיוון שלשופטים קל יותר להטיל עונשי מאסר על אנשים אשר כבר מצויים במעצר, אך הם נרתעים מהטלת עונשים שאינם כוללים מאסר על אותם נאשמים, מתוך חשש שהחלטה כזו תפגע בלגיטימיות המוסרית של תקופת המעצר. זאת ועוד, התועלת שיש לנאשמים עצורים מהשקעת מאמצים בטענות נגד עונש מאסר קטנה, מכיוון שבלאו הכי תקופת מעצרום תקוּזוּ מכל עונש מאסר שיוטל. בנוסף, נאשם משוחרר יכול להעלות טענות לקולה שאינן עומדות לנאשם עצור, ובהן הטענה בדבר חלוף הזמן מאז ביצוע העברה ועינוי הדין הכרוך בה, אורח חייו הנורמטיבי מאז תחילת ההליכים ועוד.⁸¹

ואכן, נאשמים עצורים נידונים לעונשים כבדים בהרבה מאלה שנאשמים בעברות דומות שאינם עצורים נידונים להם.⁸² למשל, במחקר של קרמניצר וחסין, שבחן את המשתנים המשפיעים על ההחלטה לדון אדם שנאשם בפריצה או התפרצות ראשונה לעונש מאסר בפועל, נמצא כי המשתנה אשר משפיע יותר מכל משתנה אחר הוא מעצרו של הנאשם טרם המשפט.⁸³

דוגמה אחרת להשפעת המעצרים על רמת הענישה אפשר למצוא בעברות לפי חוק הכניסה לישראל.⁸⁴ חוק זה קובע כי כניסה לישראל ושהייה בה שלא כדין היא עברה שדינה שנת מאסר אחת, ואילו הלנה, העסקה והסעה של אדם השוהה שלא כדין בישראל היא

81 שם, בפרק המבוא.

82 ראו למשל William M. Landes, *Legality and Reality: Some Evidence on Criminal Procedure*, 3 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 287, 335-334 (1974).

83 יעל חסין, מרדכי קרמניצר "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה" משפטים כב(3) 533, 558 (1993).

84 סעיפים 12 ו-12א לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 111.

עברה חמורה יותר, ודינה שנתיים מאסר.⁸⁵ גם בית המשפט העליון הבהיר כי העברה של שהייה בלתי חוקית קלה מהעברה של העסקה, הלנה והסעה של שוהים שלא כדין (להלן: שב"חים). זאת מאחר שהמסייע לשוהה בלתי חוקי הוא בבחינת "חוטא ומחטיא",⁸⁶ ומכיוון שאלו המלינים, מעסיקים ומסיעים שב"חים הם "על פי רוב ישראלים העוברים על החוק לשם בצע כסף, ולא למען פת לחם".⁸⁷ היה אפשר לצפות כי המורשעים בעברה הקלה יותר יידונו לעונשים קלים יותר.

ניתוח של חומרת הענישה מציג תמונה שונה: את העברה הראשונה מבצעים לרוב תושבי השטחים אשר נכנסים לישראל שלא כדין. כיוון שהחשש מהימלטות של נאשמים אלו גדול, רובם ככולם נעצרים עד תום ההליכים בעניינם. מנגד אזרחי ישראל המבצעים עברה לפי סעיף 12א לרוב אינם נעצרים עד תום ההליכים, כי החשש שיימלטו מן הדין אינו גדול. השוני במדיניות המעצרים מוביל גם לשוני בתוצאה. רובם המכריע של השוהים שלא כדין בישראל, אשר כאמור מבצעים עברה קלה יותר על פי גישת המחוקק ובית המשפט, נדונים למאסר בפועל.⁸⁸ לעומתם, המסייעים להם בקרב תושבי ישראל, המבצעים עברה חמורה יותר לפי גישת המחוקק, נדונים לעונשים קלים יותר. רק כ-15% מהמורשעים בעברות לפי סעיף 12א לחוק לאחר שנת 2006 נדונו למאסר בפועל, 20% נוספים נדונו לעבודות שירות, והיתר – לעונשי מאסר על תנאי בלבד.⁸⁹ גם בבית המשפט העליון, אשר

- 85 שם.
- 86 רע"פ 3173/09 פראגין נ' מדינת ישראל, פסקה ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.5.2009) (להלן – עניין פראגין).
- 87 שם, פסקה יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ראו גם פסקה 9 לפסק דינו של השופט דנציגר.
- 88 בדיקה במאגר נבו ענישה של כל גזרי הדין בעברה לפי סעיף 12 לחוק הכניסה לישראל, ועברה זו בלבד, מיום 1.1.2007 ואילך העלתה 1,321 גזרי דין, ומתוכם 1,141 (83%) כללו מאסר בפועל. מעניין לציין כי בדיקה מדגמית של גזרי הדין שבהם לא ניתן עונש מאסר בפועל מראה כי ברבים מהם החליט השופט לדחות הפעלת מאסר על תנאי בר הפעלה שהיה נגד הנאשם, החלטה שאפשר לקבל רק אם אין מוטל על הנאשם עונש מאסר בפועל. הבדיקה נערכה ביום 24.12.2010.
- 89 בדיקת דומה כאמור בהערה לעיל של גזרי דין בעברה לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל העלתה 363 גזרי דין, ומתוכם רק 42 (12%) כללו מאסר בפועל, ועוד 126 (35%) כללו עבודות שירות. 197 הנותרים (54%) לא כללו עונש מאסר או עבודות שירות. נתונים אלו מהמאגר תואמים גם נתונים מלאים יותר המבוססים על מאגרי הרישום המשטרתיים ותיקי בתי המשפט. ראו אורן גול-אייל, רות קנאי הצעה לקביעת עונשי מוצא - שיטה וישום (מחקר בהזמנת משרד המשפטים המציע עונשי מוצא לעברות פליליות), פורסם באתר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (2010-01-11-H11) [www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H11-01-\(2010\)_kanay-gezel-sofi!!!.pdf](http://www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H11-01-(2010)_kanay-gezel-sofi!!!.pdf) 2010_17-30-27_23 ובטקסט לה (כ-15% מהמורשעים

כאמור הבהיר כי העברה לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל חמורה יותר, נדונו כל תושבי השטחים שנכנסו לישראל שלא כדין לעונשי מאסר, ואילו ישראלים שסייעו לתושבי השטחים נדונו לא אחת לעונשים קלים יותר.⁹⁰ מחקרים רבים בעולם הראו כי המעצר איננו משפיע רק על סוג העונש שמוטל על הנאשם אלא גם על משכו. נאשמים העצורים עד לתום ההליכים נגדם נדונים למאסר לתקופות ממושכות יותר.⁹¹ אולם המעצר אינו משפיע רק על העונש. הוא משפיע גם על עצם הסיכוי להרשעה. לעצור קשה יותר להתייעץ עם עורך דין, להתכונן לניהול התיק, לאסוף ראיות ועוד.⁹² כל אלו מגדילים מאוד את עלות ניהול ההליך שעליו לשאת בה. חשוב מכך, המעצר מקטין מאוד את התועלת שנאשם מפיק מכל ניסיון להתמודד עם ראיות התביעה. בשביל נאשם במעצר התועלת מזיכוי קטנה בהרבה, שכן זיכוי שיושג לאחר הליך ראייתי ממושך לא יחסוך לו את הישיבה מאחורי סורג ובריח. הדבר בולט בייחוד בעברות קלות יחסית, כשתקופת המעצר הופכת לחלק גדול מעונש המאסר המוטל בתום ההליך. אולם גם בעברות חמורות יותר הרצון לא להיכנס לכלא, על ההשלכות החברתיות והאישיות העצומות שיש למעבר מחירות לכליאה, מעצים מאוד את נכונותו של הנאשם החופשי להשקיע בניסיון שלא לקבל עונש מאסר. מטעם זה גם המאמץ שנאשם במעצר מוכן להשקיע, הסיכון והמשאבים שבהם הוא מוכן לשאת קטנים בהרבה מאלו של נאשם משוחרר. גם מטעם זה סיכויי הזיכוי של נאשם משוחרר גדולים מאלו של נאשם במעצר. יצוין כי רק נאשמים מעטים, פחות מאחוז אחד, מזוכים בתום הליך פלילי מכל האישומים בעניינם, אולם כ-30% מהנאשמים בישראל מסיימים את ההליך הפלילי ללא הרשעה, לרוב מכיוון שהתביעה חזרה בה מכתב האישום או מכיוון שהנאשם אינו מופיע להליכים בעניינו.⁹³ חזרה בה של התביעה מאישומים נובעת פעמים רבות ממסקנתה שיקשה עליה להביא להרשעה, ולכן

בעברות לפי סעיף 12א לחוק לאחר שנת 2006 ועד שנת 2008 נדונו למאסר בפועל, 20% נוספים נדונו לעבודות שירות).

90 לדוגמה, בעניין פראג'ין, לעיל הערה 86, הקל בית המשפט העליון בעונשו של תושב השטחים שנדרן לשלושה חודשי מאסר בגין שהייה לא חוקית, אולם רק בדרך של קיצור תקופת המאסר ולא ביטולו. ולעומת זאת בעניין אבו-סאלם, שם נדונו כמה מורשעים בעברות של הסעה, הלנה והעסקה של שוהים בלתי חוקיים, הקל בית המשפט בעונשיהם של כל המערערים והמירים לעונשים של עבודות שירות, מאסר על תנאי וקנסות. ראו רע"פ 3674/04 אבו סאלם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2005).

91 ראו Sam J Ervin, *Forward: Preventive Detention - A Step Backward for Criminal Justice*, 6 HARV. C. R. - C. L. L. REV. 291, 347-351, 366 (1971); Anne Rankin, *The Effect of Pretrial Detention*, 39 N. Y. U. L. REV. 641 (1964).

92 ראו בהרחבה אצל קיטאי-סנג'רו, לעיל הערה 79, בפרק המבוא.

93 ראו גול-אייל, גלון וויינשל-מרגל, לעיל הערה 22.

השפעת המעצר על החלטה של התביעה לחזור בה מאישומים דומה להשפעתו על הסיכוי לזיכוי.

כיוון שעצורים משקיעים בהתמודדות עם האישומים פחות משמשקיעים נאשמים שאינם עצורים, נכונותם להודות באישומים גדולה יותר. ואכן, למעצר יש השלכה על נכונות הנאשם להודות ועל כוח המיקוח שלו במשא ומתן להסדרי טיעון. פעמים רבות האינטרס העיקרי של עצור אינו דווקא בקיצור העונש אלא בקיצור תקופת המעצר. הודאה באשמה מסיימת את המעצר ומחליפה אותו לעתים בחירות מלאה – כאשר גזר הדין נבלע ברובו בתקופת המעצר – ולעתים במאסר שתנאי השהייה בו קשים פחות.⁹⁴ מנגד, ניהול הליך משפטי מלא עלול להותיר את הנאשם במעצר ממושך, אשר עלול להוביל לענישה מחמירה יותר.

לעומת נאשם עצור, נאשם שאינו עצור עשוי להפיק תועלת מניהול הליך ממושך. הימשכות ההליכים מרחיקה את מועד ההרשעה והעונש וקיימת אפשרות של שחיקת הראיות ושל עמעום זיכרון העדים, מה שעשוי להוביל לזיכוי מלא או חלקי. חשוב לא פחות, חלוף הזמן בין מועד ביצוע העברה לגזר הדין הוא שיקול נפוץ לקולה בפסיקת בית המשפט, ובהקלה זו זוכים רק נאשמים שהיו משוחררים בעת ההליכים. בשל כל אלו האינטרס של נאשם במעצר להודות גדול בהרבה משל נאשם משוחרר, ולכן כוח המיקוח של הראשון בהסדר טיעון קטן בהרבה. התוצאה היא שנאשמים במעצר יסכימו להסדרי טיעון מכבידים הרבה יותר מההסדרים שלהם יסכימו נאשמים בעברה דומה שאינם במעצר. זאת ועוד, לקושי היחסי בניהול הליכים נגד נאשמים משוחררים יש השלכה גם על מדיניות בחירת התיקים של התביעה. כיוון שקל יותר להרשיע נאשמים במעצר, כיוון שהודאות באשמה של האחרונים ניתנות ביתר קלות, וכיוון שהעונשים המושגים בתיקים של נאשמים עצורים כבדים יותר, התביעה מעדיפה לנצל את משאביה המוגבלים לטיפול בתיקים שבהם הנאשמים צפויים להיעצר עד תום ההליכים על חשבון תיקים שבהם מעצר כזה אינו צפוי. ניהול תיק נגד נאשמים במעצר מקל על התביעה מטעמים נוספים: כשהנאשם במעצר ההליך מתנהל במהירות, ולכן העדים זמינים יותר, וזיכרוןם טרי יותר. כמו כן כשהנאשם נמצא במעצר אין חובה לאפשר לו שימוע, אשר מסרב ומייקר לתביעה את ההליך.⁹⁵

התוצאה היא שתיקים שבהם התביעה צופה שהנאשם ייעצר עד תום ההליכים יזכו אצלה לעדיפות וידחקו תיקים שבהם אין צפויה החלטת מעצר לסוף התור, לעתים עד

94 ש.ם.

95 סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] מעניק לנאשם בעברת פשע את הזכות ליידוע על העברת חומר החקירה לתובע (אפילו לא על החלטה להעמיד לדין), ומאפשר לו לפנות בכתב לרשות התביעה בבקשה להימנע מהגשת כתב אישום.

לסגירתם. ואכן, דוחות ביקורת רבים מלמדים על קיומם של תיקי חשודים שאינם עצורים – ולא אחת מדובר בתיקים חמורים במיוחד – הממתינים שנים להכרעה בפרקליטות להעמדה לדין, ופעמים רבות נסגרים בסוף ההליך בשל חלוף הזמן.⁹⁶ במקרים אחרים התמשכות ההליכים והקושי לנהל את התיקים שנדחו בשל שחרור הנאשם יובילו את התביעה להציע הסדרי טיעון מקלים לאותם נאשמים. נוכח המשאבים המוגבלים של התביעה מעצר של נאשמים מסוימים מוביל גם להחמרה בדינם, אך גם להקלה בדינם של נאשמים אחרים שאינם נעצרים, כיוון שהעדיפות הניתנת לתיקי המעצר דוחקת את תיקי המשוחררים ומובילה את התביעה לוותר עליהם במקרים רבים יותר ולהתפשר עמם יותר בהסדרי טיעון. אילו היו הסיכוי למעצר ומשכו תלויים ישירות בסיכויים להרשעה ובחומרת העברה, היה הקושי שיוצרים דיני המעצרים מוגבל. במקרה כזה רק נאשמים שסיכויי הרשעתם גבוהים ושהעברה שביצעו חמורה היו נעצרים, וחומרת העונש שהיה מוטל עליהם הייתה משקפת את חומרת העברה שבה הם הורשעו. אולם דיני המעצרים אינם מבוססים רק על שיקולים אלו.

הרף הראייתי הדרוש למעצר עד תום ההליכים הוא ראיות לכאורה.⁹⁷ רף זה פורש בפסיקה כמתקיים בכל מקרה שבו יש סיכוי סביר להרשעה. סיכוי כזה מתקיים למשל כאשר הראיות מבוססות על ראיות נסיבותיות אשר אפשר להסבירן גם בדרך השוללת אשמה.⁹⁸ הוא קיים גם כאשר הראיות כוללות עדות אחת מרשיעה ואחרת מזכה, אף אם אין סיבה אפריורית להעדיף את הראשונה מהשנייה. מטעם זה הרף הראייתי מאפשר לעצור נאשמים גם אם הסיכוי שיוזכו גדול מהסיכוי שיורשעו.

גם עילות המעצר אינן קשורות ישירות לחומרת העברה. אמנם החוק קובע חזקת מסוכנות בכמה וכמה עברות חמורות, אולם קיימות עברות חמורות שאינן מקימות עילת מעצר. לכן נאשמים בעברות המקימות חזקת מסוכנות צפויים למעצר יותר מנאשמים

96 בספטמבר 2008 המתינו בפרקליטות 8,000 תיקים לטיפול, ומתוכם 500 המתינו למעלה משלוש שנים, ועוד 700 המתינו כשנתיים מיום העברתם מהמשטרה. כ-80% מהתיקים שהמתינו זמן רב לא טופלו תקופה ממושכת, ובהם תיקי רצח, הריגה, אלימות במשפחה, עברות מין, הונאה ומרמה והפרת אמונים. ראו מבקר המדינה "דוחות ביקורות של האגף לתפקידים מיוחדים" בעמ' 41-58 (3.1.2011). לנתונים דומים משנים קודמות על העיכובים בטיפול בתיקים שבהם החשוד הוא הנאשם אינו עצור והשלכותיהם ראו אורן גזל-אייל ענישה בהסכמה: חלופות להליכי משפט בפלילים 72-43 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002). העבודה פורסמה גם בכתובת הזאת: weblaw.haifa.ac.il/he/Faculty/GazalAyal/Pages/6_proc_alt.pdf.

97 סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

98 עניין זאדה, לעיל הערה 76, בעמ' 147.

בעברות אחרות אף אם העברות האחרות חמורות יותר.⁹⁹ כפי שהוצג לעיל, בעקבות המעצר הסיכוי שאותם עצורים יועמדו לדין, הסיכוי שיורשעו והסיכוי שייענשו בחומרה – גדול יותר בלי קשר לחומרת מעשיהם. בדומה לכך, נאשמים המסוגלים להפריך את חזקת המסוכנות או להציג חלופה שתנטרל את מסוכנותם נהנים גם הם על חשבון הנאשמים שאינם מצליחים לעשות זאת, כשמשאבי התביעה והמשפט מופנים מהם אל עבר הנאשמים העצורים. מטעם זה השפעת המעצר על סיכויי ההרשעה והעונש אינה תלויה בחומרת העברות של העצורים או בסיכוי שהם אשמים.

כיוון שהסיכוי שיוגש כתב אישום, הסיכוי שתושג ההרשעה וחומרת העונש גדלים מאוד כאשר נאשמים מצויים במעצר, שינוי בדיני המעצרים ובמדיניות השימוש במעצרים ישפיע על זהות הנאשמים שיורשעו ועל העונשים שיוטלו עליהם. לדוגמה, בשנות התשעים של המאה הקודמת התרחשו כמה שינויים בדיני המעצרים: מחד עילת המעצר בשל "חומרת העברה" בוטלה,¹⁰⁰ ועילת המעצר בשל חשש לפגיעה בשלום הציבור צומצמה למקרים שבהם החשש הוא לפגיעה בביטחון הציבור.¹⁰¹ שינויים אלו השפיעו בעיקר על שיעור המעצרים בעברות שאינן עברות אלימות, כגון עברות רכוש ומרמה. מאידך עקב שינוי ביחסם של בתי המשפט והמשטרה לעברות אלימות במשפחה ולעברות מין, גדל מאוד מספר המעצרים בעברות אלו.¹⁰² תוצאה צפויה של שינויים אלו, אשר לא הובאה בחשבון

99 לדוגמה, עברות שוחד לפי סעיפים 290-291 לחוק העונשין, או עברת הריגה שלא בוצעה באלימות או באכזריות (כגון הריגה בתאונת דרכים) אינן מקימות חזקת מסוכנות אף כי הן לרוב חמורות מעברות סמים מסוימות, כגון מכירה של כמות קטנה של חשיש, המקימות חזקת מסוכנות. ראו סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכות אכיפה – מעצרים).

100 סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים); להתפתחות הדין לפני חקיקת חוק המעצרים ראו עניין גנימאת, לעיל הערה 72, בעמ' 609-612.

101 סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

102 בין השנים 1995 ו-1997 היה מספר המעצרים בגין עברות אלימות במשפחה כ-1,650 מעצרים מדי שנה, בלא שינוי ניכר משנה לשנה. בשנת 1998 הכפיל עצמו מספר זה והגיע ל-3,100, ובשנה העוקבת, 1999, עלה המספר ל-4,000. שנתון סטטיסטי, משטרת ישראל (1999), זמין בכתובת: police.gov.il/mehozot/agafTichnon/Documents/pshia1999.pdf. מספר המעצרים בעברות אלו המשיך לעלות עלייה מתונה גם בשנים שלאחר מכן. ראו שנתון משטרת ישראל 2002, לעיל הערה 74, בעמ' 9. יצוין כי אי אפשר לייחס את הגידול העצום במספר המעצרים לשינוי במספר העברות שדווחו, שכן מספר הדיווחים על עברות אלימות במשפחה דווקא הלך וקטן בעקבות יחסית באותה תקופה, בירדו מ-61,000 תיקים בשנה בשנים 1997-1998 עד ל-55,000 בשנת 2002. ראו שם. עוד יצוין כי מספרים אלו אמנם מתייחסים למעצרים שביצעה המשטרה ולא למעצרים עד תום ההליכים, כיוון שאין בדוחות המשטרה נתונים על מעצרים עד תום ההליכים לפי עברות. עם זאת בדרך כלל קיים קשר חיובי בין מספר המעצרים המשטרתיים למספר המעצרים עד תום ההליכים. אינדיקציה נוספת לגידול במעצרים בעברות אלו היא בגידול הרב במספר המעצרים עד תום ההליכים באותן שנים, מספר שכמעט הכפיל עצמו בין 1997 לשנת 2001 (מ-2,800 ל-4,800 מעצרים עד תום ההליכים). ראה שם, בעמ' 23. זאת למרות כניסתו לתוקף של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) בשנת

עם קביעתם, הייתה הקלה ביכולת להרשיע נאשמים בעברות אלימות במשפחה ובעברות מין והחמרה בעונשיהם בד בבד עם הגברת הקשיים להרשיע נאשמים בעברות אחרות, כגון עברות מרמה, והקלה בעונשים הצפויים להם.

מסקנה נוספת מניתוח זה של דיני המעצרים היא שדינים אלו מחמירים את מצבם של נאשמים עניים יותר וחלשים יותר מאחרים. השינויים בדיני המעצרים מאמצע שנות התשעים הגבירו תופעה חלוקתית שלילית זו. עד לאמצע שנות התשעים התמקדו דיני המעצר בעברה. חומרת העברה כשלעצמה הייתה עילת מעצר מרכזית.¹⁰³ מאז הסיטו שינויים בפסיקה ובחקיקה, שהמרכזי שבהם היה חקיקת חוק המעצרים, את עיקר העיסוק מהעברה לעברייך. אם בעבר חומרת העברה הייתה מחייבת מעצר ושוללת שחרור בערובה, כעת גם נאשמים בעברות חמורות ואף בעברות המסכנות את שלום הציבור יכולים להשתחרר אם יציגו חלופה למעצר שתנטרל את מסוכנותם או את החשש מהימלטות.¹⁰⁴ אנשים שקשריהם בקהילה חזקים יותר או אנשים המבוססים כלכלית יכולים להציג חלופות למעצר הכוללות ערובות ופיקוח מתאימים, ולהשתחרר. מנגד, ההשפעה של ביטול העילה של חומרת העברה על נאשמים מוחלשים יותר, שקשריהם בקהילה ויכולותיהם הכלכליות מוגבלים יותר, מצומצמת בהרבה. כשהם נאשמים בעברות חמורות, הם יתקשו להציג חלופה שתוכל להגשים את תכלית המעצר. התוצאה היא שנאשמים חזקים ובעלי ממון ישתחררו, ואילו נאשמים בעברות דומות שאינם בעלי קשרים חזקים עם הקהילה ואינם בעלי ממון ייעצרו. כיוון שהמעצר מקטין את הסיכוי שהתביעה תסגור את התיק או תחזור בה מהאישומים, מגדיל את הסיכוי שהנאשם יודה, מגדיל את הסיכוי שהוא יורשע אם הוא לא יודה, מחליש את כוחו של הנאשם בהסדר טיעון ומוביל לענישה מחמירה יותר, השינוי בדיני מעצרים מיטיב עם נאשמים עשירים וחזקים.

כמו כן כיוון שהתביעה נותנת עדיפות לתיקי מעצר ומרכזת בתיקים אלו חלק גדול ממשאביה המוגבלים, צמצום המעצרים של נאשמים חזקים ועשירים יותר מוביל לריכוז מאמצים ביתר הנאשמים, העניים והחלשים יותר, אשר בשל מעצרים קל יותר להרשיעם. לכן צמצום המעצרים בתיקים של הנאשמים בעלי האמצעים והקשרים בקהילה פוגע בסיכוייהם של נאשמים מקבוצות מוחלשות. דוגמה לכך אפשר לראות בנתונים שהובאו לעיל על

1997, ואף על פי שבשנים שקדמו לשנה זו מספר המעצרים לא עלה (משנת 1994 ועד שנת 1997 מספר המעצרים עד תום ההליכים היה בין 2,800 ל-2,900 מעצרים בשנה בארבע השנים שקדמו לחקיקת החוק).

103 חיה זנדרבג "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך? " משפטים לא (2) 326, 323 (2000).

104 בית המשפט אפילו קיבל בקשה של נאשם בעברה חמורה לממן לעצמו מאבטחים בשכר שיפקחו על צעדיו, כחלופה למעצר. ראו למשל בש"פ 1811/06 מדינת ישראל נ' מולנר (פורסם בנבו, 2.3.2006).

ההחמרה בדינם של שוהים שלא כדין (תושבי השטחים) לעומת ההקלה שלה זוכים המסייעים להם (תושבי ישראל).¹⁰⁵ המשפט נוטה להתעלם מהשפעות חלוקתיות אלו של דיני המעצרים.

חמור במיוחד מצבם של נאשמים אשר תקופת מעצרו מתקרבת לתקופת המאסר הצפויה להם אם יורשעו. פעמים רבות נאשמים נדונים לעונשי מאסר שמשכם קרוב לתקופת המעצר. ברוב המקרים של המקרים הללו הנאשמים מודים, ובכך מקצרים את תקופת המעצר, אך לא היו כופרים בעברות והיו מנהלים הליך ראייתי, היה המעצר ארוך מהעונש שהוטל עליהם בעקבות הודאתם. בסיטואציה כזו נאשמים עשויים להעדיף להודות בלי קשר לסיכויי ההרשעה. במילים אחרות, אפילו הנאשם מאמין כי הסיכוי שהוא יזוכה גדול יחסית (ובמקרים קיצוניים, אפילו אם הוא משוכנע לחלוטין בזיכוי), הוא עשוי להעדיף להודות כדי לקצר את משך המעצר. במקרים אלו ההודאה והסדר הטעון אינם נערכים בצל העונש הצפוי לאחר משפט אלא בצל העונש הכרוך בניהול ההליך.¹⁰⁶ כיוון שאין מתאם מלא בין הסבל מהמעצר לבין סיכויי ההרשעה או חומרת העונש הצפוי, הודאות שתוצאתן שחרורו הקרוב של הנאשם ממעצר אינן משקפות את התוצאות הצפויות של ההליך הפלילי. מטעם זה מהימנותן של הודאות אלו נמוכה יותר.

גם החשש מפני העברת השליטה על העונש לתביעה גדול יותר במקרים אלו. כאמור לעיל, בהסדרי טיעון התביעה בדרך כלל מוגבלת בעונשים שהיא מציעה, שכן הנאשמים לא יסכימו לעונשים הכבדים מאלו הצפויים להם במשפט, והם אף ידרשו הפחתה המתחשבת בסיכויים לזיכוי. עם זאת כאשר תקופת המעצר ממושכת ביחס לחומרת העברה, התובעת יכולה פעמים רבות להשיג הסכמה לעונשים כבדים, אפילו מאלו שהיו צפויים לנאשם אילו היה משתחרר ממעצר, כופר באשמה ומורשע לאחר שמיעת ראיות. התוצאה היא כי התובעת שולטת בחומרת העונש שליטה כמעט מלאה, וביכולתה להחמיר או להקל עם הנאשם כראות עיניה שלא בצלו של גזר הדין הצפוי במשפט (ולכן בלא כפיפות לרמת הענישה הנוהגת בפסיקה).

פתרון מסוים שהוצא לקושי זה הוא פיצוי הנאשם. פיצוי מלא של נאשם שזוכה או נאשם שנדון לתקופת מאסר הקצרה מתקופת מעצרו היה יכול לצמצם מאוד את נזקי המעצר, ולכן לצמצם את התמריצים השליליים שיוצר המעצר לתביעה ולנאשם.¹⁰⁷ פיצוי שהמדינה הייתה משלמת היה עשוי גם לסייע לה להפנים את הנזקים שבמעצר המוטעה ולפעול לצמצום המעצרים בתיקים חלשים ראייתית או במקרים שבהם המעצר ממושך מדי.

105 ראו לעיל הערה 90 והטקסט ליד.

106 ראו MALCOLM M. FEELEY, THE PROCESS IS THE PUNISHMENT (1992)

107 Jeffrey Manns, *Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees*, 26 *CARD. L. REV.* 1947 (2005).

עם זאת גם כלל המחייב פיצוי מלא על מעצר של מי שזוכה או נדון לתקופת מאסר קצרה מתקופת מעצרו לא היה מונע לחלוטין את נזקי המעצר. ראשית מכיוון שחלק מהקושי של העצורים לנהל הגנה נובע מעצם היותם במעצר במהלך ההליכים בשל אי-יכולתם לתקשר בחופשיות עם עורך דינם וקרוביהם. עצורים עלולים אפוא להיות מורשעים בשל מעצמם, ולכן לא לזכות בפיצוי. שנית, בשל בעיית נציג צפוי קושי לגרום לתובעת להפנים את עלויות הפיצוי המוטלות על המדינה בהחלטותיה. שלישית, כפי שהראינו לעיל, שופטים נוטים להרשיע נאשמים במעצר בקלות רבה יותר ולהטיל עליהם עונשים כבדים יותר. מטעם זה במרבית המקרים המעצר הממושך יוצדק בדיעבד באמצעות הרשעה ועונש כבד, שישללו מהעצור את הזכות לפיצוי, ובכך יותירו בעינם את התמריצים של העצור להודות.

מכל מקום, הדין כיום מגביל עד מאוד את זכותו של נאשם לפיצוי בגין מעצרו. הפיצוי הקבוע בחוק בגין מעצר שגוי מוגבל לשיעור השכר הממוצע במשק ליום מעצר.¹⁰⁸ סכום זה נמוך, במרבית המקרים, מהנזק שנגרם לעצור. פיצוי זה גם לא ניתן בכל מקרה שבו המעצר לא נבלע בדיעבד בעונש המאסר, אלא רק במקרים קיצוניים שבהם התברר שלא היה יסוד להאשמה או למעצר, או כאשר ראה בית המשפט נסיבות אחרות המצדיקות זאת.¹⁰⁹ התיבה האחרונה פורשה בצמצום רב, באופן שרק נאשמים מעטים זוכים בפיצוי חלקי זה.¹¹⁰ אין פירוש הדבר כמובן כי יש להימנע משימוש במעצרים. מעצרים נדרשים פעמים רבות להשגת תכליות חברתיות חשובות כגון מניעת מסוכנות של הנאשם או מניעת שיבוש ההליכים. אולם הניתוח לעיל עשוי להוביל למסקנה כי בקביעת דיני המעצר יש להביא בחשבון גם את ההשלכות החוקתיות של דינים אלו, וכי ייתכן שיש לפעול באמצעות כללים אחרים לצמצום העיוות החלוקתי שגורמים המעצרים.

4. ייצוג ציבורי

הרחבת הזכות לייצוג היא דוגמה לרגולציה שהשפעתה החלוקתית פרוגרסיבית.¹¹¹ הזכות לייצוג, מלבד השלכותיה האחרות, ייקרה את ההליכים נגד נאשמים שאינם בעלי אמצעים. לפני הרחבה זו היה הפער בין עלות ניהול ההליך נגד נאשם עני (שבמרבית המקרים לא היה מיוצג) לבין נאשם מבוסס כלכלית (שהיה מיוצג) גדול בהרבה באופן שהפך את התיקים נגד הנאשמים העניים לאטרקטיביים יותר בעיני התביעה. נאשמים עניים יותר הגיעו ללא ייצוג

108 תקנות סדר הדין (פיצויים בשל מעצר או מאסר), התשמ"ב-1982, ק"ת 1126.
 109 סעיף 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226; סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).
 110 לדיון נרחב בזכות לפיצוי ומגבלותיה ראו קיטאי-סנג'רו, לעיל הערה 79, פרק 18, בעמ' 537.
 111 להרחבה זו ראו סעיף 14 ו-18 לחוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, ס"ח 1551.

לבית המשפט, ולרוב הודו בלא שהראיות נגדם נבדקו על ידי גורם מוסמך האמון על הגנתם.¹¹² במצב זה היה לתביעה עניין להעביר משאבים מטיפול בתיקים שבהם הנאשם צפוי להיות מיוצג, לתיקים שבהם אין צפוי ייצוג כזה. כיום הפער הצטמצם מאוד בזכות הרחבת הזכות לייצוג ציבורי. כך משנת 2007 כל נאשם הצפוי למאסר זכאי לייצוג של הסנגוריה הציבורית.¹¹³

גם רמת הייצוג עלתה מאוד, בזכות הקמת הסנגוריה הציבורית. אם בעבר מונו עורכי דין להיות סנגורים על ידי בית המשפט, ולכן האינטרס שלהם היה לרצות את בית המשפט המספק להם תעסוקה ולא דווקא להציג את ההגנה הקנאית ביותר לטובת לקוחם, הקמת הסנגוריה יצרה הפרדה בין בית המשפט לגורם הממנה סנגורים ציבוריים והבטיחה פיקוח על רמת עבודתם של הסנגורים. כפי שהראיתי לעיל, הרחבת הזכות לייצוג ושיפורה מסייעים לצמצום השונות ביחס לנאשמים עניים לעומת עשירים, בשתי דרכים: האחת, באופן ישיר, מכיוון שהפער בשיעור המיוצגים ובאיכות הייצוג, בשתי הקבוצות, הצטמצם. השנייה, באופן עקיף. בשל הייצוג הציבורי הרחב התיקים נגד נאשמים חסרי אמצעים הופכים ליקרים יותר לטיפול ולניהול, סיכויי ההצלחה בהם נמוכים יותר, והעונש הצפוי בתומם קל יותר. מטעם זה תיקים אלו הופכים אטרקטיביים פחות מבעבר מנקודת מבטה של התביעה, ולכן חלק מהמשאבים שהופנו אליהם יופנו כעת לתיקים אחרים, נגד נאשמים עשירים יותר, אשר לא הושפעו כך משינויי החקיקה.

שאלה אחרת המטרידה שיטות משפט רבות היא כיצד ראוי לממן סנגורים ציבוריים. בעולם מקובלות שתי שיטות עיקריות למימון מדינתי של סנגור: האחת, מימון לפי הפעולות שמבוצעות בתיק. שיטה זו נוהגת בישראל, ועל פיה תקנות הסנגוריה הציבורית¹¹⁴ קובעות את השכר של הסנגור לכל ישיבה, לכל ביקור של עצור ולעוד פעולות רבות. השנייה, מימון קבוע לתיק, לפי סוג התיק, בלא קשר לעבודה הנעשית בו. שיטה זו מקובלת במדינות רבות בארצות הברית, ולאחרונה גם בתיקים רבים באנגליה ובוויילס. להבדל בין השיטות השונות יש השפעה על התמריצים של הסנגור לפעול. סנגור הממומן לפי הפעולות בתיק עשוי לרצות להאריך את ההתדיינות, למעט בפשרות ולפעול לכך שכל תיק יכול

112 לפני הקמת הסנגוריה הציבורית הגיעו כ-60% מהנאשמים בבתי משפט השלום לדיון הפלילי בעניינם ללא ייצוג. כבר בסמוך להקמת הסנגוריה ירד שיעור הבלתי מיוצגים ל-35% (ראו הסנגוריה הציבורית, דוח הסנגור הציבורי הארצי לשנת 1999, זמין בכתובת: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/0234710A-5961-4184-846F-0894DF4E2CAB/0/report1999.pdf>. ועם הרחבת הזכות לייצוג שיעור הבלתי מיוצגים הוסיף והצטמצם.

113 ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 49), תשס"ו-2006, ס"ח 391. להרחבת היקף הייצוג ראו הסנגוריה הציבורית "דוח לשנת 2006" עמ' 66, (אוגוסט 2007) זמין בכתובת: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F67FF012-95E7-41D0-B19F-2270628D7531/8820/report1.pdf.

114 תקנות הסנגוריה הציבורית (שכר טרחה לסניגורים ציבוריים), התשנ"ו-1996, ק"ת 981.

הליכים רבים, גם מעבר ליעיל, ולעתים גם מעבר לרצוי מבחינת לקוחו. לעומתו, סנגור שזוכה למימון קבוע לתיק יהיה מעוניין לקצר את ההליכים כדי שיוכל לטפל בזמנו המוגבל במספר גדול ככל האפשר של תיקים. אין פירוש הדבר כי סנגורים ציבוריים אינם מעוניינים לפעול למען לקוחם, אולם גם התמריץ הכלכלי הישיר משפיע על החלטותיהם, לעתים יותר ולעתים פחות, ועלול להשפיע על האופן שבו ייצגו את לקוחם.

כך מימון קבוע לתיק מגדיל את שיעור ההודאות ואת הסדרי הטיעון ומוביל את הסנגורים לעודד הסדרים בשלב מוקדם יותר.¹¹⁵ יש חשש כבד כי בשיטה שבה שכר הסנגור לתיק הוא קבוע, האינטרס שלו בעריכת הסדר טיעון במקום בחירה במשפט הוא רב. החשש הזה הוביל חוקר לתעד ראיונות שמהם אפשר ללמוד כי חלק גדול מהסנגורים הממומנים בשכר קבוע לתיק נמנעים ממשפט כמעט בכל מחיר.¹¹⁶

מנגד, שכר המשולם לפי פעילות עלול ליצור תמריצים לפעילות יתר ולייצוג בלתי יעיל. כדי להתמודד עם חשש זה הסנגוריה הציבורית בישראל מפקחת על פעילותם של הסנגורים שאינם עובדי הלשכה, ועליהם לקבל את אישורה לכל פעילות כזו, כדי להבטיח שימוש יעיל במשאבי ההגנה.¹¹⁷ דיונים על שינוי הסדרי התשלום לסנגורים צריכים להביא בחשבון את ההשלכות של שינויים אלו על מידת העניין של הסנגורים בהודאות ובניהול משפט.

ד. סיכום

בניגוד לניתוח הכלכלי של ענפי משפט אחרים, הניתוח הכלכלי של ההליך הפלילי עדיין לא פותח די הצורך. רבות נכתב על שיקול הדעת בהעמדה לדין והסדרי טיעון, אולם מרבית הנושאים האחרים שבהם עוסק ההליך הפלילי זכו להתייחסות מוגבלת מאוד בספרות. יש לקוות כי תמונת מצב זו תשתנה, שכן לחשיבה הכלכלית כוח רב בהסבר ההשפעות של מגוון הכללים של ההליך הפלילי על חלוקת ההרשעות והעונשים בין קבוצות שונות של חשודים. הסקירה לעיל מציגה כמה דוגמאות ליישום גישה זו ולערך הרב שיש בה להבנת ההשלכות של כללי הדיון הפלילי.

115 ראו למשל, Frank H. Stephen, Giorgio Fazio, Cyrus Tata, *Incentives, Criminal Defence*, 28 INT'L REV. L. & ECON. 212 (2008) (המראים כיצד המעבר באנגליה משכר טרחה לפי שעה לשכר טרחה אחיד לתיק צמצם את הזמן שסנגורים משקיעים בתיק והשפיע על הסדרי הטיעון).

116 ראו Albert W. Alschuler, *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, 84 YALE L.J. 1179 (1975); וראו גם Stephen J. Schulhofer, *Plea Bargaining as Disaster*, 101 YALE L.J. 1979 (1992).

117 סעיף 7 לחוק הסנגוריה הציבורית.

פרק כא: דיני ראיות

מאת

טליה פישר, * אלכס שטיין**

מבוא. א. מודל מזעור העלויות (Cost Minimization Model); 1. זכות השתיקה ככלל מהימנות; 2. ה־confessional penalty ככלל מהימנות. ב. תפקיד דיני הראיות בהכוננת התנהגות ראשית; 1. עדות אופי למטרות הרשעה; 2. ההשפעה המעוותת של דיני הראיות על הכוננת התנהגות ראשית. סיכום ומסקנות.

מבוא

אסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט התעלמה משך שנים רבות מתחום דיני הראיות.¹ אמנם קיימים מאמרים ספורים בנושא זה שהתפרסמו כבר בראשית שנות השמונים,² אך בשונה מהניתוח הכלכלי בתחומי משפט אחרים – דוגמת הניתוח הכלכלי של המשפט

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

** בית הספר למשפטים על שם קרדוזו, ישיבה יוניברסיטי.

1 Richard D. Friedman, *Symposium: The Economics of Evidentiary Law: Economic Analysis of Evidentiary Law: An Underused Tool, An Underplowed Field*, 19 CARD. L. REV. 1531, 1531 (1998).

2 Ronald J. Allen et al., *A Positive Theory of the Attorney-Client Privilege and the Work Product Doctrine*, 19 J. LEGAL STUD. 359 (1990); Frank H. Easterbrook, *Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information*, 1981 SUP. CT. REV. 309; Richard D. Friedman, *Toward a Partial Economic, Game-Theoretic Analysis of Hearsay*, 76 MINN. L. REV. 723 (1991); Note, *The Theoretical Foundation of the Hearsay Rules*, 93 HARV. L. REV. 1786, 1789-90, 1802-03 (1980) (written by Louis Kaplow as a student); Thomas Gibbons, Allan C. Hutchison, *The Practice and Theory of Evidence Law - A Note*, 2 INT'L REV. L. & ECON. 119 (1982); see also *infra* note 20 (cited in Friedman, *supra*, note 1).

הפרטי – המחקר בתחום דיני הראיות בשנים הללו היה מבוזר ומצומצם מאוד בהיקפו.³ מיעוט הכתיבה בניתוח הכלכלי של דיני הראיות בשנותיה הראשונות של מתודה זו ניכר גם על רקע ההשוואה לתחומי משפט משיקים, כמו הניתוח הכלכלי של סדרי הדין האזרחיים.⁴ למשל, כדי לסבר את האוזן, מאמרו הראשון של פוזנר, שיוחד לניתוח כלכלי מקיף של דיני הראיות, ראה אור רק בשנת 1999.⁵ אחד הטעמים שהועלו לפריצה המאוחרת של הניתוח הכלכלי של דיני הראיות לעומת תחומי משפט אחרים נעוץ בהסתכלות שאפיינה חוקרים רבים בתחום דיני הראיות, אשר נטו להתייחס לראיה כדבר סטטי ואקסוגני, שקיומו אינו תלוי בהשקעת משאבים או במשתנים חיצוניים אחרים.⁶ הסתכלות זו שגויה כמובן. הפוטנציאל המחקרי שטמון בניתוח הכלכלי של דיני הראיות משתקף בכתיבה הענפה שהתפתחה בתחום בשנים האחרונות, והוא נעוץ בכמה טעמים:

בראש ובראשונה, ראיות הן מוצר כלכלי. הן אינן צרות יש מאין. פעולת איסוף הראיות כרוכה בעלויות לא מבוטלות. למשל, העלאת עדים לדוכן העדים מחייבת זיהוי של העדים הרלוונטיים, איתורם והעדתם בפני בית המשפט. עדות מומחים ניתנת תמורת תשלום וכרוכה אף היא בהוצאת משאבים.⁷ הוא הדין באיסוף ראיות DNA או בעריכת בדיקות פורנזיות אחרות. ההתחקות על האמת כרוכה לא רק בעלויות כספיות כי אם גם בעלויות שאינן כספיות, דוגמת הכאב והסבל שנגרמים למתלוננת על אונס שצריכה לעלות על דוכן העדים. שנית (וכתוצאה נגזרת מהיותן של הראיות מוצר כלכלי) מתעוררות בעניין הבאתן בפני בית המשפט סוגיות של הקצאה. השאלות כיצד יש להקצות את נטלי השכנוע ונטלי הבאת הראיה בין הצדדים להליך, ומי מהם יישא בסיכוני המשגה, הן שאלות קלסיות מתחום הכלכלה.⁸ הכללים המסדירים את הקצאת העלויות וסיכוני המשגה בין הצדדים להליך השיפוטי המסוים הם גם תולדה של עסקות והסכמות המתגבשות בין הצדדים, וממד החליפין המתואר עולה אף הוא בקנה אחד עם הניתוח הכלכלי. לבסוף ההשלכות של הכללים הראייתיים אינן מוגבלות לשלב בירור האמת אקס פוסט (לאחר התרחשות המאורע שעליו נסב ההליך השיפוטי) אלא רחבות יותר ונפרשות גם על התנהגות אקס אנטה (ועל

3 ש.ם.

4 ש.ם.

5 Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN. L. REV.1477 (1999) לביקורת על מאמר זה ראו: Richard Lempert, *The Economic Analysis of*

.Evidence Law: Common Sense on Stilts, 87 VA. L. REV. 1619 (2001).

6 פרידמן, לעיל הערה 1, בעמ' 1532.

7 ש.ם, בעמ' 1533.

8 ש.ם.

השאלה כיצד יבחרו הצדדים לפעול (מראש). הפוטנציאל להכוונת התנהגות ראשית וליצירת תמריצים באמצעות השימוש בכללים ראייתיים מתאים מאוד גם הוא לניתוח הכלכלי. בשל המאפיינים הללו בכוחה של מתודת הניתוח הכלכלי לתרום רבות לשכלול ההבנה של הדוקטרינה הראייתית הן מבחינה תיאורית והן מבחינה נורמטיבית. על רקע הפוטנציאל המחקרי הרב שטמון בניתוח הכלכלי של דיני הראיות ועל רקע הדלות התאורטית שממנה סבל התחום משך שנות דור, אין זה מפתיע כי בשנים האחרונות אנו עדים לפריצה גדולה וחסרת תקדים בניתוח הכלכלי של דיני הראיות.⁹ פרק זה ייוחד למיפוי וליבון של גוף המחקר שהתבסס בתחום הניתוח הכלכלי של דיני הראיות תוך התחקות על התפתחותו הרעיונית ועל הזרמים השונים שהתבססו בו. במסגרת הדיון נעמוד על האופן שבו שאלות הנוגעות בהקצאת עלויות, בהקצאת סיכונים וביצירת תמריצים להתנהגות ראשית יעילה מצאו את ביטויין במסגרת הספרות הקיימת. נפתח את הדיון בסקירת מודל מזעור העלויות, אשר בוחן את תפקידם של דיני הראיות מפרספקטיבה של טעויות אקס פוסט, ואשר יסודו בתפיסה כי דיני הראיות ממזערים, או למצער נועדו למזער, את העלות המצרפית של טעויות ושל מניעתן. השלב השני של הדיון יוקדש להדגמת הדברים באמצעות ניתוח כללים ראייתיים שמקדמים דיוק באופן שהוא יעיל וחסכוני בעלויות, הן במישרין והן באמצעות יצירת תמריצים שמובילים לסינון אפקטיבי בין דוברי אמת ושקר במערכת. השלב השלישי של הדיון יוקדש לתפקידם של דיני הראיות ביצירת תמריצים להתנהגות ראשית ראויה. במסגרת זו נבחן את היחס שבין דיני הראיות לבין הכוונת התנהגות מחוץ לכותלי בית המשפט.

א. מודל מזעור העלויות (Cost Minimization Model)

בדרך ההסתכלות המסורתית על דיני הראיות, התכלית הבלעדית של ההליך השיפוטי ושל הכללים הראייתיים החלים בו היא חקר האמת. הנחת היסוד שעומדת בבסיס תפיסה זו היא כי הדיוק בהכרעה השיפוטית הוא תנאי הכרחי ליישום הדין המהותי (ולמשגת צדק), ומכאן כי דיני הראיות נועדו בראש ובראשונה לקידום ההתחקות על האמת (ולהשאת הדיוק בהליך השיפוטי). הגישה המסורתית חסרה בכך שהיא אינה נותנת דין וחשבון לשאלת המחיר

9 שני הספרים המרכזיים שנותנים ביטוי לגישה הכלכלית לדיני הראיות הם אלה: ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW (2005); CHRIS W. SANCHIRICO, ECONOMICS OF EVIDENCE, PROCEDURE AND LITIGATION (2007).

החברתי הגלום בחקר האמת.¹⁰ כפי שצינינו לעיל, ראיות הן מוצר כלכלי שאיסופן כרוך בהוצאת משאבים. ההתחקות על האמת והשגת הדיוק בהכרעה השיפוטית הן אמנם תכליות מרכזיות של ההליך השיפוטי ושל דיני הראיות, אך התכליות הללו מופיעות עם תג מחיר בצדן. אין זה הגיוני להשקיע 100 דולר באיסוף ראיות לבירור תביעה ששווייה אינו עולה על 90 דולר. אין זה ראוי לנקוט הליך לבירור האמת שעלותו 1,000 דולר ובשכוחו להפחית ב-10% (בשוליים) את הסתברות הטעות כאשר שווי התביעה אינו עולה על 10,000 דולר.¹¹ מודל מזעור העלויות נבדל מהתפיסה המסורתית בהבאתו בחשבון את העלויות החברתיות הכרוכות בבירור האמת. התפקיד של דיני הראיות, על פי מודל מזעור העלויות, הוא להבטיח את יעילות המערכת באמצעות מזעור הסך המצרפי של העלויות החברתיות הנובעות מקיומן של טעויות שיפוטיות ושל העלויות החברתיות הכרוכות במניעתן של טעויות אלה.¹² עלויות הטעות השיפוטיות ושל העלויות החברתיות הכרוכות במניעתן של המשפטיים שהמערכת השיפוטית אינה משכילה לאכוף. עלויות מניעת הטעות מורכבות מסך העלויות הכרוכות בניהול הליכי משפט וקדם-משפט לקביעת ממצאים עובדתיים מדויקים.¹³

היעדר של מזעור הסך המצרפי של עלויות הטעות והמניעה הוא יעד קל לניסוח אך קשה לביצוע. הגשמתו מחייבת התגברות על שני כשלים עיקריים: הכשל הראשון נעוץ בקיומו של פער בין התועלות הפרטיות שצומחות מניהול ההליך השיפוטי (ומבירור האמת במסגרתו) לבין התועלות החברתיות מניהול ההליך.¹⁴ למשל, בהקשר האזרחי הספקת המוצרים הציבוריים הנלווים להליך השיפוטי – ובהם יצירת אפקט הרתעה כללי או קידום צדק מתקן – מותנית בדיוק ההכרעה השיפוטית.¹⁵ לציבור אפוא אינטרס למזער את התרחשותן של שתי הטעויות האפשריות בהליך השיפוטי – הטלה שגויה של אחריות מחד ופטור שגוי מאחריות מאידך. פונקציית התועלת של בעלי הדין שונה בתכלית מזו של

- 10 עיסוק חלקי בשאלות אלה עלה בהקשרים ספציפיים, דוגמת סוגיית החסיונות או המגבלות על עדות קרובים, קרי מצבים שבהם חקר האמת מתנגש עם ערכים חברתיים אחרים, דוגמת ההגנה על ביטחון המדינה או על התא המשפחתי. זירות אלו נמצאות מחוץ לגדר דיוננו, שמתייחס לגוף דיני הראיות הכללי, להבדיל מזירות מסוימות ויוצאות דופן.
- 11 ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 141.
- 12 Posner, לעיל הערה 5.
- 13 ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 141.
- 14 See: Steven Shavell, *The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, 26 J. LEGAL STUD. 575 (1997).
- 15 A. Mitchell Polinsky, *Private Versus Public Enforcement of Fines*, 9 J. LEGAL STUD. 105 (1980).

הציבור הרחב: הצדדים מעוניינים לזכות במשפט בהתעלם משאלת אחריותם בפועל.¹⁶ הם אינם מפנימים בפונקציות התועלת שלהם את האינטרס החברתי שגלום בהרתעה או בקידום צדק מתקן. בעלי הדין מתחשבים אך ורק בתועלת הפרטית שצומחת להם מניהול ההליך השיפוטי ומהכרעת הסכסוך ואינם כוללים במערך שיקוליהם את התועלת הציבורית הנובעת מחקר האמת. התוצאה היא השקעה תת־מיטבית בכירור האמת ותת־אספקה של המוצרים הציבוריים הנלווים לפונקציית השיפוטית – הרתעה או צדק מתקן.¹⁷

גם בהקשר הפלילי קיים פער בין פונקציית התועלת של הנאשם לבין פונקציית התועלת החברתית: פונקציית התועלת החברתית כוללת הן את זיכוי החף והן את הרשעת האשם, ואילו האינטרס של הנאשם הוא לצאת זכאי תמיד בלא קשר לשאלת אחריותו בפועל.¹⁸ יתר על כן, הפער בין פונקציות התועלת של הנאשם לזו של הציבור נפער לא רק במצבים שבהם הנאשם מעורב בביצוע המעשה המיוחס לו אלא גם במצבים שבהם מדובר בנאשם חף מכל פשע. נאשם חף יהיה מעוניין בזיכויו בדין בלא כל תלות במשאבים החברתיים שכרוכים בכירור האמת באשר לחפותו.¹⁹ מנגד במסגרת פונקציית התועלת החברתית מובא בחשבון המחיר לחברה הכרוך בכירור האמת. משאבי החברה מוגבלים, ולכן השקעה בלתי מוגבלת של משאבים כדי להבטיח את אי־הרשעתם של החפים מפשע אינה בגדר האפשרי והרצוי מבחינה חברתית.²⁰

הכשל השני שבבסיס מודל היעילות (Cost Efficiency Doctrine) נובע מתנאים של א־סימטריה במידע.²¹ לרובם המכריע של הנאשמים בהליך הפלילי מידע באשר למעורבותם במעשה העברה המיוחס להם. בדומה לכך נתבעים בהליך האזרחי מודעים, על פי רוב, למעורבותם במעשים המיוחסים להם, ואילו התובעים מודעים לשיעור הנזק שנגרם להם בפועל.²² פערי המידע שבין הצדדים לבין עצמם, וכינם לבין בית המשפט, פותחים פתח לניצול לרעה ולמעשי תרמית. הם מאפשרים לבעלי הדין להטעות את הצד שכנגד ואת בית המשפט כדי להשיג תוצאה רצויה מבחינתם. לצורך התמודדות עם התנהגות

16 ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 142.
 17 Susan Rose-Ackerman, Mark Geistfeld, *The Divergence Between Social and Private Incentives to Sue: A Comment on Shavell, Menell, and Kaplow*, 16 J. LEGAL STUD. 483, 483 (1987).
 18 המודל האדוורסרי מושתת על ההנחה כי למרות הסטייה מפונקציית המטרה החברתית העימות בין הצדדים להליך ייצר תובנות שעולות בקנה אחד עם האינטרס החברתי.
 19 ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 142.
 20 שם.
 21 ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 143.
 22 במקרים רבים שאלת הסיבתיות נותרת עלומה מעיני הצדדים. ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 143.

אופורטוניסטית מעין זו, אשר ניצבת בבסיס ה־cost-efficiency doctrine, נוסחו ארבעה סוגים של כללים ראייתיים: כללי הכרעה (Decision rules); כללי הליך (Process rules); דוקטרינת הנזק הראייתי (The evidential damage doctrine); כללי מהימנות (Credibility rules).²³

(1) כללי הכרעה – הכללים הללו קובעים את נטל השכנוע ואת מידת ההוכחה בהליך ומפחיתים את עלויות הטעות המצרפיות באמצעות הטיית סיכון המשגה לכיוון הרצוי מבחינה חברתית.²⁴ למשל, בהתייחס להליך הפלילי, הטעויות האפשריות במסגרתו נחלקות לשני סוגים: הרשעות שווא וזיכויי שווא. עלויותיהם החברתיות של שני סוגי הטעויות אינן שקולות. הוגים תועלתניים מניחים כי העלות החברתית הגלומה בהרשעתו של חף מפשע גבוהה בהרבה מהעלות החברתית של זיכוי שווא.²⁵ לכן כדי למזער את העלות המצרפית של טעויות בהליך הפלילי אין די בהפחתת סך כל הטעויות אלא יש להקצות את סיכוני המשגה בין ההגנה לבין התביעה באופן שישקף את יחס העלויות (disutility ratio) שבין הרשעות שווא לבין זיכויי שווא.²⁶ בהנחה שיחס העלויות בין זיכויי שווא לבין הרשעות שווא הוא 9:1, למשל, יש לקבוע את מידת ההוכחה לצורכי הרשעה על רמת ודאות ששיעורה 90%.²⁷

23 ש.ם.

24 ש.ם.

25 על פי Blackstone: "better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer." William Blackstone, 4 Commentaries *352. לדיון בתצורות השונות של המשואה הבלקסטוניאנית, ראו, Alexander Volokh, *n Guilty Men*, 146 U. PA. L. REV. 173, (1997) 174-77.

26 Alex Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, 9 CAN. J. L. & JURIS. 279 (1996); Frederick Schauer, Richard Zeckhauser, *On the Degree of Confidence for Adverse Decisions*, 25 J. LEGAL STUD. 27, 34 (1996).

27 אפשר להציג הדברים באופן פורמלי: כלל ההכרעה נגזר מיחס העלויות ח/א כאשר ח ו-א מייצגים, בהתאמה, את הנזקים הנובעים מהרשעת החף (ח) ואת הנזקים הנגרמים מזיכוי האשם (א). על בית המשפט להרשיע את הנאשם כאשר הסתברות האשמה גבוהה מ-ח/א+א. במילים אחרות, אם יחס העלויות ח/א שווה ל-9/1 (הרשעת החף גורמת לנזק ששיעורו פי תשעה מזיכוי האשם), יש להרשיע את הנאשם רק אם הסתברות האשמה גבוהה מ-0.9. כאשר יחס העלויות הוא 900/1, על מידת ההוכחה להיות 0.999. ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 149 ובהפניה שם. John Kaplan, *Decision Theory and the Fact-finding Process*, 20 STAN. L. REV. 1065, 1071-1075 (1968). הדוקטרינה המשפטית הקיימת נעדרת כימות סטטיסטי מדויק של יחס העלויות המתואר. בתי משפט הביעו התנגדות שיטתית לכימות סטטיסטי של הסטנדרט הראייתי "מעבר לספק סביר". ראו State v. Cruz, 639 A.2d 534, 537 (Conn. App. Ct. 1994). עם זאת מבחינה מעשית, על פי מחקר אמפירי, רוב השופטים שנסקרו העריכו את מידת ההוכחה "מעבר לספק סביר" כעומדת על 90%. ראו Lawrence M. Solan, *Refocusing*

בשונה מהזירה הפלילית, בהליכים האזרחיים חלה מידת הוכחה ששיעורה "מאזן הסתברויות" (כלל ה- $P>0.5$). הנחת היסוד של הפרוצדורה האזרחית היא של שוויון בעלויות הגלומות בשני סוגי הטעויות. הכרעה שגויה לטובת הנתבע נתפסת כבעלת עלות א-פריונית שווה לזו של הכרעה מוטעית לטובת התובע, ובמילים אחרות: יחס העלויות נתפס כ-1:1.²⁸ בנסיבות של יחס עלויות שהוא 1:1 כלל ה- $P>0.5$, אשר ממזער את מספר הטעויות בהליך השיפוטי, ימזער גם את עלותן המצרפית של הטעויות הללו (בניגוד לכלל הכרעה הפלילי, אשר ממזער את העלות הכוללת של הטעויות אך איננו מוביל למספר כולל מינימלי של טעויות). מלבד העובדה שמידת הוכחה של "מאזן הסתברויות" משיאה את מספר ההכרעות הנכונות בהליכים האזרחיים, רציונל נוסף לתחולת כלל ה- $P>0.5$ בהליכים הללו הוא שהכלל ממזער את מספר ההעברות השגויות (על פי ההכוונה של הדין המהותי). בהנחה שהדין המהותי מקצה זכאויות וחבויות מהותיות ביעילות, הכלל ממזער את מספר ההעברות הבלתי יעילות. ממילא כל סטייה מהוראותיו של הדין המהותי בעקבות טעות שיפוטית תוביל לתוצאה תת-אופטימלית.²⁹

אולם הניתוח עד כה אינו סוף פסוק. המבנה הבינארי ("הכול או לא כלום") שמאפיין את כלל ה- $P>0.5$ מעורר שאלות כשלעצמו. השאלה העולה היא מדוע לפסוק את מלוא הסעד לטובת בעל הדין שהצליח לבסס את גרסתו במידת הסתברות גבוהה אך במעט מהסף הראייתי של מידת ההוכחה האזרחית, ובה בעת לשלול כל סעד מבעל הדין שגרסתו התבססה במידת ודאות נמוכה אך במעט מסף ראייתי זה.³⁰ אפשר להעלות על הדעת משטר הכרעה חלופי – משטר הכרעה הסתברותי הכורך את הוודאות האפיסטמית עם שיעור הסעד. על פי משטר ההכרעה ההסתברותי ("expected value rule"), אם התובעת מצליחה לבסס את עילת תביעתה במידת ודאות של 60%, היא זוכה ב-60% משיעור התביעה ולא במלוא שיעור הסעד המבוקש (כפי שעולה ממודל ההכרעה הבינארי של כלל ה- $P>0.5$).³¹ המאמר אשר העמיד לראשונה למבחן את כלל ההכרעה הבינארי בהליך האזרחי הוא מאמרו של Coons משנת 1964. Coons הגדיר ארבע קבוצות מקרים שיש בהן מקום למתן סמכות

the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt, 78 TEX. L. REV. 105, 126 (1999).

28 ראו Alex Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, 9 CAN. J. L. & JURIS 279, 333 (1996). ההטיה הקלה לטובת הנתבע נובעת מייזום ההליך על ידי התובע.

29 ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 144 וההפניה שם: David Kaye, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, AM. BAR FOUND. RES. J. 487 (1982).

30 Neil Orloff, Jerry Stedinger, *A Framework for Evaluating the Preponderance of the Evidence Standard*, 131 U. PA. L. REV. 1159, 1159 (1983).

31 שם.

שיוויון לבית המשפט לחלק את הסעד בין הצדדים להליך תוך סטייה מהמשטר של הכול או לא כלום: חלוקת הסעד בשל ספקות (compromise of doubt); חלוקת הסעד בשל שיקולי מדיניות (of policy compromise); חלוקת הסעד בשל שיקול דעת (compromise of discretion); חלוקת הסעד בשל אינטרסים קהילתיים (community interest).³² הקטגוריה הרלוונטית לענייננו היא הקטגוריה הראשונה, שבה התייחס Coons לאפשרות של חלוקת הסעד בין הצדדים להליך בשל קיומם של ספקות עובדתיים או משפטיים בשאלת האחריות המשפטית. Coons פתח בהקשר זה פתח צר (אשר הורחב על ידי כותבים שבאו אחריו), בהגבילו את חלוקת הסעד בין הצדדים לשיעורים של 50%-50% בלבד ולאותרם מצבים שבהם בית המשפט מוצא את גרסותיהם של הצדדים כמסתברות במידה זהה.³³ עם זאת גישתו החלוצית הייתה רחבה מזו של חלק ניכר מהכתיבה המאוחרת, במובן זה שהיא יצרה זיקה בין שיעור הסעד וחלוקתו לבין בקיעים בשאלת האחריות, שנובעים לא רק מכשלים במישור העובדתי אלא אף מספקות במישור המשפטי.³⁴ חלפו כשני עשורים עד שהועלתה השאלה לדין מחדש, הפעם עם פרסום מאמרו של Kaye בשנת 1982.³⁵ טענתו של Kaye הייתה כי קביעת הסעד האזרחי על פי הכלל של הכול או לא כלום עדיפה על קביעת סעד ששיעורו שווה למכפלת שיעור הנזק בהסתברות האחריות ("expected value rule"), באשר השיטה הבינארית מובילה לטעויות ממוצעות נמוכות מאלה שבמשטר ההכרעה ההסתברותי ולסך עלויות טעות נמוך יותר.³⁶ לביסוס טענתו Kaye מציב את הדוגמה הזאת: מפעל פולט חומרים מזהמים המוכרים כמחוללי סרטן. שלוש מאות מעובדי המפעל לוקים בסרטן ותובעים, כל אחד בתורו, 300 דולר בגין מחלתם. להשלמת התמונה מניח Kaye כי מוכח בבית המשפט שקיים סיכוי של 2/3 שמחלת כל אחד מהעובדים היא פועל יוצא של החשיפה לחומרים המסוכנים (וסיכוי של 1/3 שהמחלה נובעת מגורמים חיצוניים). במשטר ההכרעה הבינארי כל אחד משלוש מאות העובדים יזכה במלוא שיעור תביעתו – 300 דולר, ובמשטר הכרעה הסתברותי כל אחד מהעובדים יזכה ב-200 דולר. כל אחד מהמשטרים מוביל לעלות ממוצעת ולסך עלויות טעות שונה: על פי שיטת הכול או לא כלום, ב-2/3 מן המקרים התוצאה מדויקת.

John E. Coons, *Approaches to Court Imposed Compromise – The Uses of Doubt and Reason*, 85 NW. U. L. REV. 750, 754 (1964) 32

שם, בעמ' 751. 33

אפשרות זו של חלוקת הסעד בגין חוסר ודאות לעניין שאלות שבדין הועלתה שוב רק בשנת 2001 על ידי אברמוביץ'. ראו Michael Abramowicz, *A Compromise Approach to Compromise Verdicts*, 89 CAL. L. REV. 231, 299 (2001) 34

Kaye, לעיל הערה 29. 35

Steven Shavell, *Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability*, 28 J. L. & ECON. 587, 605 (1985) 36

ב- $1/3$ מן המקרים התוצאה שגויה (כל אחד מהתובעים זוכה ב-300 דולר אולם המחלה נגרמה מסיבות שאינן קשורות בנתבע). הטעות הממוצעת שמצמיחה השיטה היא אפוא 100 דולר ($1/3 \times 300$). מנגד, לפי המודל ההסתברותי, ב- $2/3$ מן התיבעות תשרור טעות לטובת הנתבע בשיעור 100 דולר, ואילו ב- $1/3$ מן המקרים תשרור טעות לטובת התובעים בשיעור 200 דולר. הטעות הממוצעת תהיה אפוא 133.33 ($1/3 \times 200 + 2/3 \times 100$). מודל ההכרעה הבינארי מוביל אפוא לסך נמוך יותר של עלויות טעות.

מאמרם של Orloff & Stedinger משנת 1983 הרחיב וסייג את הניתוח של Kaye באמצעות הוספת פרמטרים שונים להשוואה שבין המשטרים. פרמטרים אלו כוללים – נוסף על סך הטעויות שהן תולדה של כל אחת משיטות ההכרעה – גם את גודלן של הטעויות ואת החלוקה שלהן. מסקנת המאמר היא כי לכל אחד מכללי ההכרעה יתרונות וחסרונות בחתכים השונים הללו, וכי לכן אי אפשר להכתיר כלל אחד כעדיף באורח גורף על הכלל החלופי.³⁷ באופן ספציפי יותר, בחתך ההבחנה שבין טעויות רגילות לטעויות גדולות (large errors) הטענה של Orloff & Stedinger היא כי ההתייחסות אל כל "יחידת טעות" כשוות ערך לזולתה – כפי שעשה Kaye במודל שהציג – אינה משקפת את הסבל הלא-פרופורציונלי שנגרם לבעלי הדין בשל טעויות גדולות.³⁸ כאשר מאמצים את נקודת המבט של מזעור הטעויות הגדולות ומשתמשים בה להשוואה בין משטר ההכרעה הבינארי של הכול או לא כלום לבין משטר ההכרעה ההסתברותי, ידו של האחרונה על העליונה, כאשר במשטר ההכרעה הבינארי כל 100 הטעויות שמונה Kaye בדוגמה שלו הן טעויות גדולות – המזכות במלוא שיעור הסעד המבוקש – והן עולות בהיקפן על הטעויות הגדולות אשר מתבצעות במודל ההסתברותי.³⁹

לשיטתם של Orloff & Stedinger, קיימות אפוא אמות מידה שונות למדידת הדיוק במערכת ולמדידת היקף עלויות הטעות כאמצעי להשוות בין שני משטרי ההכרעה. במקום להתמקד בסך עלויות הטעות במערכת אפשר לערוך הבחנה בין טעויות גדולות לטעויות קטנות תוך התמקדות במזעור הראשונות (גם במחיר של עלייה בסך המצרפי של עלויות הטעויות). טעם אחד שמונים Orloff & Stedinger להצדקת ההתמקדות באמת המידה של מזעור טעויות גדולות – להבדיל מטעויות בכלל – נעוץ בכך שטעות גדולה פוגמת בתחושת הצדק יותר מטעויות מסדר גודל קטן יותר.⁴⁰ טעם נוסף נעוץ בתופעת התועלת השולית הפוחתת ובקיומו של יחס דיפרנציאלי לרווח ולהפסד כאשר מדובר בסכומים גדולים

37 Orloff & Stedinger, לעיל הערה 30, בעמ' 1060.
 38 שם.
 39 שם.
 40 שם.

וקטנים. פונקציית הכאב והסבל כפועל יוצא מטעות לרעת בעל דין אינה לינארית: הפסדים גדולים גורמים במקרים רבים נזק רב יותר מהפסדים קטנים מהם אך במעט. אשר על כן טוענים Orloff & Stedinger בעיצוב מערכת שממזערת את עלויות הטעות יש לאמץ פונקצייה לא לינארית שמייחסת משקל סגולי גבוה יותר לטעויות גדולות. הדבר משקף ביתר דיוק את העלות הממשית הנובעת מטעויות אלו ואת המציאות כפי שהיא.⁴¹ יתר על כן, הנחת אחידות לכל יחידת עלות מתעלמת גם מההשלכה של הכרעות שיפוטיות שונות על בעלי דין מסוגים שונים. לא הרי תאגידים גדולים כבעל דין יחיד ומוגבל באמצעיו. השלכות הטעות אינן ניצבות בחלל ריק, והן פועל יוצא של תכונותיו של מי שחשוף לה.⁴² כללו של דבר, לטענת Orloff & Stedinger דרגת הכאב והסבל ליחידת טעות מותנית בגודל הטעות ובאופי בעל הדין שסופג אותה. כאשר מייחסים לכל טעות את משקלה הסגולי על פי גודלה והשלכותיה על בעל הדין שחשוף לה, להבדיל ממשקל סגולי אחיד, מתחוור כי משטר ההכרעה ההסתברותי עשוי להוביל לתוצאות חברתיות עדיפות במונחי מזעור עלויות טעות.⁴³

אפשר לחלוק על גישת Orloff & Stedinger. הניתוח במאמרם מוגבל להשלכות המידיות הנובעות מטעויות שיפוטיות תוך התעלמות מההשלכות המערכתיות הרחבות יותר: כלל ה- $P > 0.5$ משיא את סך ההחלטות השיפוטיות המדויקות במערכת, ואילו המודל ההסתברותי מוביל להחלטות שהן שגויות ביסודן. בשל הזיקה שבין ההתחקות על האמת לבין מימוש יעדי הרתעה ותמרוץ הציות לחוק מודל ההכרעה הבינארי נבחן בעדיפות א-פריורית.⁴⁴ אולם יעדי הרתעה אינם תומכים תמיד במודל הבינארי. מאמרים שפורסמו בשנים האחרונות בנושא משטר ההכרעה ההסתברותי מראים כי המעבר למנגנון של סעדים הסתברותיים צפוי לקדם יעדים הרתעתיים במצבים שבהם קיימים כשלים מובנים בהוכחת הקשר הסיבתי. על פי Porat & Stein⁴⁵ המצבים הללו נחלקים לשני סוגים מרכזיים של מקרים: א. מקרים שבהם קיימת אי-ודאות בשאלת הקשר הסיבתי שבין הנזק במקרה הקונקרטי להתנהגות הנתבע. מקרה אופייני הוא מפעל מזהם, מהסוג שנדון לעיל, שידוע כי הוא גורם ל-20% ממקרי התחלואה בסרטן באזור נתון, אך אי אפשר להוכיח כי הזיהום הוא הגורם לתחלואה בכל מקרה לגופו. חיוב המפעל לשאת ב-20% משיעור הנזק לכל תובע יבטיח

שם. 41

Orloff & Stedinger, לעיל הערה 30, בעמ' 1168. 42

שם, בעמ' 1159. 43

Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 146. 44

.ARIEL PORAT, ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 58 (2001) 45

הפנמה של הנזק שנגרם בשל הזיהום וייצור מערך תמריצים אופטימלי אצל מעוולים פוטנציאליים.

ב. מצבי אי־ודאות באשר לשאלת זהותו של המעוול מבין כמה מעוולים פוטנציאליים. במצבים אלה אי אפשר לקבוע במאזן הסתברויות שהנתבע גרם לנזקו של התובע אף שאפשר להוכיח כי הוא נמנה עם הקבוצה הכוללת את המעוול בפועל. גם כאן המעבר למשטר הכרעה של Market Share Liability (MSL), שלפיו כל אחד מהמעוולים הפוטנציאליים יישא בחלק מן הנזק שהוא פרופורציוני לפלח השוק שלו (ובכך משקף את ההסתברות שהוא האחראי לנזקו של התובע הספציפי), יאפשר השגת הרתעה מיטבית ויתקן את הכשלים האינהרנטיים למשטר הכרעה של הכול או לא כלום, שבו היה כל מעוול ומעוול יוצא פטור מאחריות משפטית.⁴⁶

עד כאן לעניין ההבחנה שבין משטר הכרעה של הכול או לא כלום לבין משטר הכרעה הסתברותי בהליך האזרחי.⁴⁷ נקודה נוספת נוגעת לבינאריות של ההבחנה בין הפרוצדורה הפלילית לאזרחית. ראוי שהדוקטרינה המשפטית תערוך הבחנות מדוקדקות יותר מהדיכוטומיה החדה שבין הפרוצדורה הפלילית והאזרחית,⁴⁸ משום שההנחות בדבר היחס שבין עלויות הטעות בכל אחד מסוגי ההליכים – הן באשר לחומרה המיוחסת לסנקצייה הפלילית והן באשר לקלות המיוחסת לסנקצייה האזרחית – אינן תקפות בכל המצבים.⁴⁹ במספר רב של מקרים הרשעות פליליות מובילות להטלת סנקציות קלות ערך כמו קנסות או ענישה סמלית אחרת.⁵⁰ במקרים אלה יחס העלויות שבין הרשעות שווא לזיכוי שווא אינו שווה ערך ליחס המתקיים במקרים של עברות מאסר, והוא נמוך מ-1:9 (ובוודאי מ-1:99). על סמך קשרי הגומלין בין מידת ההוכחה לבין התחשיב של יחס העלויות של טעות לטובת התביעה אל מול טעות לטובת ההגנה אפשר לקבוע כי במקרים שבהם הסנקצייה היא קנס, דרגת הוכחה נמוכה יותר תשיג הקצאת סיכונים אופטימלית בין התביעה להגנה. בספֶרה האזרחית מתקיימת תמונת הראי. היחס שבין עלות הטעות לטובת התובע לבין עלות הטעות לטובת הנתבע אינו תמיד 1:1. הליכים אזרחיים מסוימים עלולים להוביל לשלילת חירות בשל אשפוז כפוי (civil commitment) או לכליאה הגנתית (protective)

46 ש.ם.

47 לדיון כזה בשאלת החלתו של משטר הכרעה הסתברותי בהליך הפלילי, ראו Talia Fisher, *Conviction without Conviction*, 96 MINN. L. REV. 833-885 (2012).

48 ראו Issi Rosen Zvi, Talia Fisher, *Overcoming Procedural Boundaries*, 94 VA. L. REV. 79 (2008).

49 ש.ם.

50 ראו Charles B. Renfrew, *The Paper Label Sentences: An Evaluation*, 86 YALE L.J. 590, 592-93 (1977).

51. (custody) הנוק הצפוי לאדם שחירותו נשללת בעקבות הכרעת דין מוטעית נגדו, גדול לאין ערוך מהנזק הצפוי לחברה מטעות הפוכה. הוא הדין בהליכים אזרחיים שעניינם גירוש או שלילת אזרחות. הטעות של גירוש שווא עשויה להיחשב ליקרה יותר – מבחינת עלותה החברתית – מטעות הפוכה. יחס עלויות גבוה מ-1:1 נוצר גם במצבים שבהם ההכרעה השיפוטית חושפת את אחד מבעלי הדין לפגיעה במוניטין לצד הסנקצייה המשפטית הפורמלית, כפי שמתרחש במחלוקות שעניינן פיטורין בשל גנבה ממעביד או בתביעות אזרחיות בגין מעשי תרמית. במגוון המצבים הללו, שבהם יחס העלויות גבוה מ-1:1, כלל ה- $P > 0.5$ אינו משקף הקצאה אופטימלית של סיכוני המשגה בהליך השיפוטי, וזהו הבסיס התאורטי לדרישה לרמת הוכחה ששיעורה "ראיות ברורות ומשכנעות" (clear and convincing evidence).⁵²

(1) כללי הליך (Process rules) – הכללים הללו מסדירים את שאלת קבילותן של ראיות ואת אופן קביעת הממצאים העובדתיים. האופן שבו פועלים הכללים הללו למזעור העלות המצרפית של השגת הדיוק ושל הטעויות הוא על ידי יצירת מתאם בין עלות הטעות לבין מידת הדיוק (ומחירה) של טכניקת קביעת הממצאים הנדרשת. הכללים הללו מציבים דרישות מחמירות, במונחי דיוק הטכניקה לקביעת ממצאים עובדתיים, במקום שבו עלות הטעות גבוהה. בה בעת הם מקלים בדרישות הדיוק של טכניקת גילוי העובדות הנדרשת במקום שבו עלות הטעות נמוכה.⁵³ הכלל הבסיסי ביותר שמשויך לקטגוריה זו הוא הכלל המתייחס לנטל הבאת הראיה (Burden of Production Doctrine). דוקטרינה זו מחייבת את התביעה בהליך הפלילי ואת "המוציא מחברו" בהליך האזרחי להציג בפני בית המשפט את חומר הראיות שעל בסיסו יוכל להגיע להכרעה. הכלל נועד למנוע צריכת-יתר של הליכים שיפוטיים – בעיה שעשויה להתעורר בשל היותם של הליכים שיפוטיים מסובסדים (ובשל כך מעין "מאגר מקורות משותף"). זמנו של בית המשפט הוא משאב יקר מבחינה חברתית, ויש להבטיח כי ייעשה בו שימוש מושכל. בנוסף, דוקטרינה זו מושתתת על ההנחה כי לבעל הדין הממוצע יש גישה סבירה לראיות מבחינת העלויות הכרוכות באיסופן.

51 ראו Kenneth Mann, *Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law*, 101 YALE L.J. 1795, 1789 (1992) ("[The] rapidly expanding punitive civil sanctions... are sometimes more severely punitive than the parallel criminal sanctions... for the same conduct") ראו חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו-2006, ס"ח 234.

52 ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 153. מידת הוכחה זו היא דרגת ביניים בין מידת ההוכחה הפלילית לאזרחית.

53 ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 143.

דוקטרינה נוספת שמשתייכת לכללי ההליך היא דוקטרינת הראיה הטובה ביותר (Best Evidence Rule). על פי דוקטרינה זו, על בעלי הדין להציג בפני בית המשפט את הראיות הטובות ביותר האפשריות. הסנקציות המוטלות בשל אי-המצאת הראיות הטובות ביותר כוללות הן את היעדר הקבילות של הראיות המשניות והן את גזירת המסקנות השליליות מעצם הצגתן. שתי הסנקציות הללו מקטינות את הסתברות הזכייה של הצד שמביא אותן, ובמובן זה מתפקדת הדוקטרינה באופן מקביל לנטל הבאת הראיה.⁵⁴

דוגמה נוספת לכלל הליך היא הכלל הפוסל עדות מפי השמועה (Hearsay Rule). קטגוריית עדות השמיעה כוללת כל אמרה הנאמרת מחוץ לכותלי בית המשפט, אשר מובאת כראיה לאמתות תוכנה. על אף ערכה הפרובטיבי הפוטנציאלי של עדות השמיעה, העלויות הכרוכות בטיפול בה בבית המשפט, במצבים שבהם אחד הצדדים מבקש להפריך אותה, גבוהות יחסית. הדבר מחייב את הרחבת זירת המחלוקת לסוגיות נלוות ומשניות. בשל עלות הטיפול בעדויות שמיעה הדוקטרינה הראייתית מגבילה את קבילותן ומקבלת עדות שמיעה רק במצבים הנופלים בגדר אחד החריגים המוכרים לכלל. ככל שהחריגים הללו מקיימים את התכונה המשותפת המיוחסת להם – מהימנות א-פריורית של האמרה לאור נסיבות אמירתה – אפשר להצדיק את הכלל מבחינה כלכלית.⁵⁵

2) דוקטרינת הנזק הראייתי (The evidential damage doctrine) – דוקטרינת הנזק הראייתי היא כלי נוסף למימוש היעדים של מזעור עלויות הטעות והמניעה והשגת cost efficiency. על פי דוקטרינה זו, שתחום תחולתה בהליך האזרחי, מוטלת על אדם אחריות כלפי הזולת אם התנהגותו העולתית פגעה ביכולתו של האחרון להוכיח את המרכיבים של עילת תביעתו.⁵⁶ המקרים הפרדיגמטיים שבהם מוחלת הדוקטרינה מתייחסים לתביעות בגין רשלנות רפואית, שבמסגרתן מסתבר תיעוד לקוי של הפרוצדורות הרפואיות שבבסיס התביעה.⁵⁷ סוג האחריות המוטלת בגין גרימת נזק ראייתי לובש שתי צורות אפשריות: האחת, העברת נטל השכנוע לכתפיו של מי שגרם לנזק הראייתי; השנייה, הטלת אחריות נזיקית על יוצר הנזק הראייתי.⁵⁸ שני סוגי הסנקציות שבבסיס דוקטרינת הנזק הראייתי

54 ש.ם.

55 ש.ם.

56 אריאל פורת, אלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998).

57 Porat & Stein, לעיל הערה 45, בעמ' 165-184.

58 העברת נטל השכנוע לכתפי הנתבע אפקטיבית רק במצבים שבהם נזקיו הישירים והראייתיים של התובע מיוחסים לאותו הנתבע. במצבים שבהם צד שלישי מעורב בגרימת הנזק הראייתי, הסעד הראייתי אינו אפשרי. בנוסף, העברת נטל השכנוע לכתפי הנתבע אפקטיבית רק במצבים שבהם הנזק הראייתי קטן דיו, עד שיש בהעברת הנטל כדי ליצור בשביל הניזוק הזדמנות

מקדמים הקצאה של סיכוני המשגה בין הצדדים להליך באופן המטיל את הסיכון על בעל הדין שלו האפשרות הזולה ביותר למנוע אותו (cheapest cost avoider).

3) כללי מהימנות (Credibility rules) – הכללים הללו מכוונים להבטחת זרימה של מידע ואותות אמינים מבעלי הדין ומהעדים לצד שכנגד ולבית המשפט. ברשות בעלי הדין והעדים מצוי במקרים רבים מידע פרטי שאינו נגיש לאחרים. המידע הזה נחלק באופן א-סימטרי בין בעלי הדין לבין עצמם, ובינם לבין בית המשפט. קיומה של א-סימטרייה אינפורמטיבית מעין זו פותח פתח לניצול לרעה של המידע בידי מי שמחזיק בו. כללי המהימנות מתמרצים את בעלי המידע לחשוף אותו בפני הצד שכנגד ובפני בית המשפט. פעולתם מתבצעת ישירות – על ידי יצירת מנגנוני "שכר ועונש" טבועים במסגרת ההליך השיפוטי שנועדו לעודד חשיפת מידע – וכן בעקיפין – על ידי תמרוץ דוברי שקר לבדל עצמם מקבוצת דוברי האמת. אשר ליצירת ההבחנה שבין המידע השקרי לאמתי יש לשים לב שהנקודה המהותית בהליך השיפוטי אינה אם בידי בית המשפט מצויות יותר או פחות ראיות מבחינה כמותית, אלא אם משתכללת יכולתו של בית המשפט להפריד בין אותות האמת והשקר העולים מהראיות הללו, מבחינה איכותית.⁵⁹ במילים אחרות, השאלה היא אם יש בידי בית המשפט די מידע מסדר שני באשר למהימנות הראיות מהסדר הראשון. זכות השתיקה היא אחת הדוגמאות לכלל מהימנות שפועל בעקיפין ליצירת שיווי משקל מבחין (separation equilibrium) בין דוברי אמת ושקר. נרחיב בדוגמה זו:

1. זכות השתיקה ככלל מהימנות

לזכות השתיקה קמו מתנגדים רבים. הנודע שבהם הוא Bentham, שהתבטא נגדה בחריפות בכתבו בין היתר כי אילו ביקשו עבריינים לנסח קודקס חוקים מחייב, הכלל הראשון שהיו קובעים בו היה זכות השתיקה.⁶⁰ הדברים הם ביטוי לתפיסה הרווחת שלפיה זכות השתיקה פועלת, באופן בלעדי, לטובת כיתת האשמים. ההצדקות המרכזיות המועלות בספרות בזכות החיסיון מהפללה עצמית וזכות השתיקה נעוצות בשיקולים דאונטולוגיים: בזכות

לבסס את גרסתו ברמת הוודאות הדרושה בהליך האזרחי (לעמוד במידת הוכחה ששעורה מאזן הסתברויות). במילים אחרות, הסעד הראייתי מוגבל למצבים שבהם הראיות שקולות ושהם הנזקים הישירים והראייתיים מיוחסים לאותו הנתבע. ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 169.

59 שם, בעמ' 162.

60 See Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence* 241 (M. Dumont ed., 1981) 60 (1825).

לפרטיות;⁶¹ בטעמים של הגינות המערכת ומימושה של חזקת החפות; בבעייתיות המוסרית שבהצבת הנאשמת או החשודה בפני הטריילמה הזאת: הרשעה עצמית, מתן עדות שקר תוך חשיפה לסנקציות הכרוכות בכך וסירוב להעיד תוך חשיפה לסנקציות הכרוכות. ההצדקות הללו אינן חפות מביקורת. למשל, אשר לטענת הטריילמה, הנזק שנעוץ בבחירה המתוארת הוא בסופו של דבר הטלתה של ענישה פלילית בגין ביצוע מעשה עברה. אלא שאם ענישה פלילית מוטלת בדין, כיצד אפשר להחשיבה אכזרית? האם היא נבדלת מענישה פלילית בזירות שאינן כוללות ויתור על זכות השתיקה? מדוע למתוח את הקו בין ענישה פלילית אכזרית לכזו שאינה אכזרית דווקא בהקשר של זכות השתיקה?

המאמר⁶² The Right to Silence Helps the Innocent מציג זווית הסתכלות חדשה ושונה בתכלית על ההצדקות לזכות השתיקה ועל מיצוב המחלוקת בין המתנגדים למצדדים בה. המאמר מראה שהמחלוקת בעניין זכות השתיקה מתנהלת כולה תוך אימוץ הנחת יסוד שגויה, שלפיה זכות השתיקה פועלת אך ורק לטובת אלו שיבחרו להשתמש בה, קרי האשמים. טענת Stein ו-Seidman במאמר היא כי זכות השתיקה פועלת גם לטובת החפים אף על פי שלא הם שיבחרו לעשות בה שימוש. זכות השתיקה מסייעת לחפים מפשע, לשיטתם של Stein ו-Seidman, משום שהיא מפרידה בין כיתת האשמים לכיתת החפים מפשע ומסייעת בהבחנה ביניהם. בכך מגדילה הזכות את המהימנות המיוחסת לעדות החף בבית המשפט.⁶³

על פי המודל של Stein ו-Seidman (שייקרא להלן – SSM), ההנחה שזכות השתיקה פועלת אך ורק לטובת מי שמתמש בה נגועה בכשלים צורניים ותוכניים. מבחינה צורנית אין כל סיבה להניח כי כדי ליהנות מזכות יש להשתמש בה בפועל. מבחינה תוכנית, Bentham והוגים אחרים בני ימינו שעסקו בשאלת זכות השתיקה התייחסו לזכות השתיקה כמוצר צריכה פרטי, קרי כמוצר שמצמיח תועלת אך ורק בשביל מי שצורך אותו. אולם זכות השתיקה אינה מוצר צריכה פרטי, ומי שצורך אותה (האשמים) מחציץ טובות הנאה על מי שאיננו משתמש בה (החפים):⁶⁴ זכות השתיקה מגנה על נאשמים חפים שאינם יכולים לתמוך את טענתם לחפות בראיות חיצוניות.

Erwin W. Griswold, *The Right to be Let Alone*, 55 NW. U. L. REV. 216 (1960), cited in Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 158. 61

Daniel J. Seidman, Alex Stein, *The Right to Silence Helps the Innocent: A Game Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege*, 114 HARV. L. REV. 430 (2000). 62

שם. 63

ראו Stein, לעיל הערה 9, בעמ' 162. 64

כדי לחשוף את האינטואיציה שבבסיס המודל הבה נצא מנקודת הנחה שאנו חיים במשטר שבו אין קיימת זכות שתיקה. במשטר ראייתי מעין זה אפשר לגזור גזרה לחובת נאשמים וחשודים שבוחרים לשתוק בחקירותיהם ובבית המשפט. בשל תג המחיר הנלווה לשתיקה נאשמים אשמים אשר סבורים כי בית המשפט יתקשה לחשוף את שקריהם יבכרו לחבור לקבוצת החפים (pooling) ויעלו, בדומה לחפים, טענות (שקריות, במקרה שלהם) באשר לחפותם. בתי המשפט יגיבו לתמריץ בעייתי זה מצדם של נאשמים אשמים בהפחתה של הערך הפרובטיבי הא־פריורי שהם ייחסו לעדויות נאשמים הטוענים לחפותם. הפחתה מעין זו פוגעת בכל מי שיבקש לטעון טענות חפות שאינן מגובות בראיות חיצוניות־אשמים וחפים כאחד. לשון אחרת, אפשר לראות בהפחתה המתוארת בערך הפרובטיבי הא־פריורי המיוחס לעדות לחפות משום החצנה שלילית שממנה סובלים החפים בשל תג המחיר הנלווה למימוש זכות השתיקה.

עתה נעבור לשרטוט עולם שבו קיימת זכות שתיקה, היינו למשטר ראייתי שבו אין גוזרים גזרה על הנאשם מעצם בחירתו לשתוק. זכות השתיקה מעמידה בפני האשמים חלופה אטרקטיבית להעלאת טענות שקריות באשר לחפותם. בעולם שבו לשתיקה אין תג מחיר נלווה, אשמים מעדיפים לשתוק על פני העלאת גרסה שקרית, בשל הנזק הצפוי להם מחשיפה אפשרית של שקריהם. בכך ממזערת זכות השתיקה את החבירה יחד (pooling) של חפים ואשמים ומפרידה בין הקבוצות הללו. ההפרדה המתוארת מיתרגמת להעלאה בערך הפרובטיבי הא־פריורי שבית המשפט מייחס לעדויותיהם של נאשמים המעידים באשר לחפותם (גם אם אינם יכולים לגבות את עדותם בראיות חיצוניות). זכות השתיקה פועלת אפוא לטובת החפים הללו, ובמובן זה היא דומה לכלל כלל ראייתי אחר שמפחית את הטעויות מסוג הרשעות שווא באמצעות הרחבת שיעור הטעויות מסוג זיכוי שווא.⁶⁵ זוהי האינטואיציה הבסיסית של המודל, אך התמונה כמובן מורכבת מעט יותר: זכות השתיקה אינה ממלאת תפקיד חשוב במקרי הקיצון.⁶⁶ אין בכוחה לשנות את התמונה במקרים שבהם המסכת הראייתית המפלילה שקיימת נגד הנאשם עשירה. במצבים הללו אשמים וחפים כאחד חשופים לסכנת הרשעה בבית המשפט, ויבכרו – באופן פרדיגמטי – להתקשר בעסקת טיעון. באורח דומה זכות השתיקה אינה ממלאת תפקיד חשוב במקרים שבהם המסכת הראייתית המפלילה דלה יחסית. במצבים הללו, על רקע תוחלת הזיכוי הגדולה, האסטרטגיה של האשם תהא לשתוק בלא תלות בשאלת ההכרה הפורמלית בזכות

65 Seidman & Stein, לעיל הערה 62, בעמ' 434.

66 Alex Stein, *The Right to Silence Helps the Innocent: A Response to Critics*, 30 CARDOZO L. REV. 1115, 1118 (2008).

השתיקה. בשל הערך הפרובטיבי הנמוך של יתר הראיות המצויות בתיק, גם גזרה ראייתית לחובת הנאשם לא תחליף את התביעה ולא תאפשר לבסס את האישומים נגד הנאשם מעבר לכל ספק סביר. מסיבות אלה מודל SSM אינו חל על נאשמים שלהם תוחלת תועלת גבוהה ממתן עדות שקר או מהודאה.⁶⁷ הטבלה להלן מסכמת את השפעות זכות השתיקה על פי מודל ה-SSM:⁶⁸

השפעתה של זכות השתיקה	עצמת הראיות המפילות
אין השפעה: חפים ואשמים מזוכים בדין. נאשמים אשמים יכולים להבטיח זיכוי מבלי להיות חשופים לסכנות שבמתן עדות שקר.	חלשה
אין השפעה: חפים ואשמים מורשעים.	גבוהה
חלק מהאשמים בוחרים בזכות השתיקה במקום לחבור לחפים. התוצאה היא רמת ודאות גבוהה יותר המיוחסת לעדויותיהם של נאשמים חפים להגנתם, ובעקבות זאת – שיעור נמוך יותר של הרשעות שווא.	דרגת ביניים

כללו של דבר, התחולה של מודל ה-SSM מוגבלת למצבי הביניים. במצבים הללו ממלאת זכות השתיקה תפקיד חשוב, בהציבה בפני האשמים חלופה ממשית ואטרקטיבית לעדות השקר. מאחר שאפשר לחשוף את שקרי הנאשם, ומאחר שהדבר מציב סכנת הרשעה לפתחו של הנאשם המשקר, לפחות חלק מהאשמים יעדיפו את זכות השתיקה בעולם שבו היא קיימת. ההחצנה השלילית שהייתה מוטלת על החפים, בהעדר זכות שתיקה, תבטל במקרה שבו לא יתלווה תג מחיר ראייתי (שלילי) לשתיקה. התוצאה של כינון משטר של זכות שתיקה תהא אפוא שיעור נמוך יותר של הרשעות שווא. ההפחתה בהחצנות השליליות על ציבור הנאשמים החפים היא הנקודה המרכזית שמאיר מודל ה-SSM. זהו היתרון התועלתני של זכות השתיקה, יתרון שחמק מעיניהם של Bentham ושל העוקבים אחריו.

67 שם.

68 שם, בעמ' 1121.

בכך מדגים מודל ה־SSM את החשיבות שבאימוץ נקודת ההסתכלות אקס אנטה, פרספקטיבה שמאפיינת את הגישה הכלכלית למשפט. כך, טענתו של Bentham קבילה מנקודת מבט אקס פוסט: בהנחה שהחפים יבחרו להעיד לחפותם והאשמים יבחרו לשתוק, אפשר להסיק כי נאשם שבחר לשתוק – אשם במיוחד לו. אלא שכדי להבין כהלכה את זכות השתיקה, יש לאמץ נקודת הסתכלות רחבה יותר. כעולה ממודל ה־SSM, מפרספקטיבה הבוחנת את הנושא אקס אנטה, אפשר לאתגר את עצם נקודת המוצא שהאשמים יבחרו בשתיקה והחפים יבחרו במתן עדות להגנתם. נאשמים מגיבים למשטר המשפטי הקיים ולשאלה אם זכות השתיקה מוכרת במסגרתו. קיומה או היעדרה של זכות שתיקה ישפיעו על עצם נטייתם של נאשמים – חפים ואשמים – לדבר או לשתוק.

לצד התפקיד הדסקריפטיבי החשוב שממלא הניתוח הכלכלי של דיני הראיות בהבנת הדין המצוי ובהארת נקודות בו שחמקו מעיניהם של הוגים אחרים – פועל הניתוח הכלכלי גם במישור הנורמטיבי. הניתוח הכלכלי מסייע בהצבעה על הדין הרצוי. המודל שיידון להלן – מודל ה־penalty confessional – ניחן בקווי דמיון למודל ה־SSM: שני המנגנונים מכוונים ליצירת הבחנה בין ראיות אמתיות לשקריות; שני המנגנונים מנבאים אינטראקציות בין אנשים על פי תורת המשחקים; שניהם מדגישים את היחס שבין הסתכלות אקס פוסט להסתכלות אקס אנטה. ההבדל ביניהם הוא בזה שמודל ה־SSM ניחן במאפיינים שהם בעיקרם בעלי אופי תיאורי, החושפים נקודת עיוורון ביחס להבנת המשפט הפוזיטיבי, ואילו מודל ה־confessional penalty הוא בעל ממד נורמטיבי חזק יותר, בכוונתו למנגנון משפטי שטרם אומץ במסגרת הדין הקיים. נפנה לדון במודל ה־confessional penalty.

2. ה־penalty confessional ככלל מהימנות

הודאות החוץ ממלאות תפקיד חשוב בהליך הפלילי. הן טומנות בחובן הבטחה גדולה לצד סיכון חמור: קבלת אחריות על מעשה העברה נתפסת כמנוגדת לתמריץ הראשוני להימלטות מאחריות ולנטייה הטבעית המיוחסת לכל אדם שלא "לשים עצמו רשע".⁶⁹ הודאות אמת כוללות גם מידע חשוב באשר להתרחשות מעשה העברה ולנסיבות שאפפו אותה. על רקע הדברים הללו אין זה מפתיע כי משך שנים נתפסה הודאת החוץ כ"מלכת הראיות". עם זאת דווקא על רקע המשתנים הללו מיוחסת להודאת החוץ מהימנות א־פריורית גבוהה – שאינה תואמת בהכרח את ערכה הפרובטיבי הממשי – ונפתח הפתח לסכנה שגלומה בשימוש בהודאות חוץ כבסיס מרכזי להרשעה. מחקרים שנעשו בעשורים האחרונים מצביעים על

69 הכוונה להבנה הפופוליסטית של הכלל "אין אדם משים עצמו רשע" המכוונת לתמריץ לקבלת האחריות, להבדיל מהפרשנות המקורית של הדברים, על פי המשפט העברי, המכוונת לאפשרות לבסס הכרעה על הודאתו של אדם בהקשרים הללו.

שיעור גבוה של הודאות שווא בין הודאות החוץ, ועל היותן של הודאות החוץ מהסיבות המרכזיות להרשעות שווא.⁷⁰ ההנחה הרווחת בספרות היא כי נעשה שימוש יתר בהודאות שווא כבסיס להרשעת נאשמים, מעל ומעבר לרמת האופטימום החברתי.⁷¹ המאמר The Confessional Penalty מצביע על שני כשלים יסודיים שניצבים בתשתית שימוש יתר בהודאות החוץ:

(1 בשלב החקירה נוצר כשל תמריצי אצל גורמי אכיפת החוק, המתבטא באי-נקיטת אמצעי זהירות מספיקים על ידי חוקרים ותובעים, כדי למנוע שימוש בהודאות שווא.⁷³ כשל תמריצי זה נובע מהעובדה שגורמי האכיפה מפנימים את מלוא התועלת שבשימוש בהודאות חוץ בהליכים פליליים, אך מחצינים חלק מהעלויות החברתיות הכרוכות בכך.⁷⁴ הודאות חוץ מאפשרות לגורמי האכיפה להשיג שיעור הרשעות גבוה תוך חיסכון בעלויות הכרוכות בחיפוש ראיות חיצוניות עצמאיות. בה בעת מחצינים גורמי האכיפה את העלות החברתית העצומה הנלווית להודאות החוץ, והכוללת בין היתר את הכאב והסבל של המורשעים לשווא, את השחיקה באמון הצבור במערכת המשפט, את הסטגנציה של מערכת אכיפה שמסתמכת יותר ויותר על הודאות ואת הפגיעה המוסרית בלגיטימיות של מערכת שבה הרשעה עצמית הופכת לכלל ולא לחרג.⁷⁵ בעיית הנציג המתוארת מחריפה עוד יותר לנוכח התועלות הפרטיות שגוזרים חוקרים ותובעים מגביית הודאות החוץ.⁷⁶ עם התועלות הפרטיות הללו אפשר למנות את היוקרה והמוניטין הנלווים לרקע מרשים של הרשעות וכן את ההפחתה בעומס העבודה. במיוחד במצבי חקירה בתנאי מעצר הודאות החוץ הן ראיות נגישות ביותר, והערך הפרובטיבי המיוחס להן גבוה אף הוא (כעולה מהדיון בהמשך). התוצאה היא שההודאה הופכת לחזות כל הליך החקירה,⁷⁷ וחילוץ מוביל, במקרים רבים,

- Samuel R. Gross, Kristen Jacoby, Daniel J. Matheson, Nicholas Montgomery & SujataPatil, *Exonerations in the United States 1989 Through 2003*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 523 (2005); Edward J. Sackman, *False Confessions: Rethinking A Contemporary Problem*, 16 KAN. J.L. & PUB.POL'Y 208, 208 (2006) 70
- Steven A. Drizin, Richard A. Leo, *The Problem of False Confessions in the Post-DNA World*, 82 N.C. L. REV. 891, 920-921 (2004) 71
- Talia Fisher, Issi Rosen-Zvi, *The Confessional Penalty*, 30 CARD. L. REV. 101 (2008) 72
- Haynes v. Washington, 373 U.S. 503, 519 (1963) ("history amply shows that confessions have often been extorted to save law enforcement officials the trouble and effort of obtaining valid and independent evidence...") 73
- Fisher & Rosen-Zvi, *לעיל הערה 72*, בעמ' 110. 74
- ש.ם. 75
- ש.ם. 76
- Jacqueline McMurtrie, *The Role of the Social Sciences in Preventing Wrongful Convictions*, 42 AM. CRIM. L. REV. 1271, 1281 (2005) 77

לסיום ההליך.⁷⁸ נטיית-היתר לגביית הודאות על ידי גורמי האכיפה תוארה בספרות בלשון ציורית: “A defendant’s inculpation of himself is the golden ring for which prosecutors always reach”⁷⁹.

(2) המבנה התמריצי הבעייתי של גורמי האכיפה איננו מספק הסבר ממצה לבעיה, שהרי בכוחה של שמירת סף (gatekeeping) אפקטיבית מצד בית המשפט למנוע השתתה של הרשעות שווא על הודאות שקריות ולמתן את ההשלכות הנובעות מגביית ההודאות הללו. הבעיה היא ששופטים ומושבעים נכשלים בתפקיד שומרי הסף ואינם מסננים הודאות שווא באופן שייוותרו אך הודאות אמת. הדברים אומתו במחקרים אמפיריים והתנהגותיים רבים, אשר מבססים את הסברה כי שופטים ומושבעים מעריכים הערכת-יתר את מהימנות הודאת החוץ.⁸⁰ אם כן, לצד הבעיה התמריצית שנוצרת בשלב החקירה נוצר בשלב המשפט כשל של שמירת סף (gatekeeping) אצל מקבלי ההכרעה בהליך השיפוטי.⁸¹ שני הכשלים הללו –

78 Drizin & Leo, לעיל הערה 71, בעמ' 922: “Once police obtain a confession, they typically close the investigation, clear the case as solved, and make no effort to pursue other possible leads—even if the confession is internally inconsistent, contradicted by external evidence or the result of coercive interrogation.” See also Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification For Demanding “Strong Corroboration” To Confession*, 28 CARD. L. REV. 2791, 2817 (2007) (“A legal system that routinely allows defendants to be convicted solely on the basis of confessions while tolerating interrogative methods that entail the use of pressure tactics is, in effect, encouraging law enforcement officials to focus their investigative measures on the interrogee, instead of directing their efforts towards gathering other evidence.”)

79 Kenworthy Bilz, *The Fall of the Confession Era*, 96 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 367, 367 (2005).

80 Gail Johnson, *False Confessions and Fundamental Fairness: The Need for Electronic Recording of Custodial Interrogations*, 6B.U. PUB. INT. L.J. 719, 741 (1997); Richard A. Leo, Richard A. Ofshe, *False Confessions: Causes, Consequences, and Solutions*, in WRONGLY CONVICTED: PERSPECTIVES ON FAILED JUSTICE 36-37 (Saundra D. Westervelt & John A. Humphrey eds., 2001). לצד הקושי בהבחנה שבין הודאות שקריות לאמתיות אפשר להעלות על הדעת גם כשלים תמריציים מצד מקבלי ההחלטות, שבכוחם לפגוע באפקטיביות של שמירת הסף. עם הכשלים התמריציים הללו אפשר למנות את החיסכון בחיבוטי נפש בשאלת אשמת הנאשם שהודאת החוץ עשויה לזמן.

81 Fisher & Rosen-Zvi, לעיל הערה 72, בעמ' 110. הקיבעון והסדרתיות בהערכת-היתר של הודאת החוץ על ידי מקבלי ההחלטות בהליך הפלילי עלולים לעורר תמיהה, במיוחד בהקשר של ציבור השופטים, שהם שחקנים חוזרים במערכת. השאלה המסתמנת היא זו: נוכח תוצאות המחקרים וניסיון חייהם מדוע אין לשופטים עקומת למידה? ההסבר המתקבל ביותר על הדעת הוא שהנתונים העולים מהמחקרים מתייחסים למערכת באופן פנורמי, אך כאשר שופטים ומושבעים פועלים הם בוחנים כל מקרה לגופו. שופטים ומושבעים עלולים שלא לזהות את

נטיית-היתר של גורמי האכיפה לגבות הודאות והערכת-היתר של הודאות החוץ בבית המשפט – פועלים בצוותא לשימוש-היתר בהודאות חוץ כבסיס להרשעה ברמה שחורגת מהאופטימום החברתי.

זה שנים שהדוקטרינה המשפטית מנסה להתמודד עם שני הכשלים הללו תוך שימוש בכללי הרצוניות ובדרישות הסיוע. כללי הרצוניות⁸² מכוונים להתמודדות עם הכשל בשלב החקירה ועם תמריץ-היתר מצד גורמי אכיפה לגבות הודאות – תמריץ-יתר שעלול להסתיים בהפעלה של אמצעים פסולים. דרישות הסיוע⁸³ מכוונות כלפי הכשל בשלב המשפט, שנעוץ בהערכת-היתר של ערכה הפרובטיבי של ההודאה – בשללן את האפשרות להרשיע את הנאשם על סמך הודאת החוץ גרידא. אלא שפעם אחר פעם מתחוויר כי כללי הרצוניות ודרישות הסיוע אינן נוחלות הצלחה, והודאות החוץ ממשיכות להיות גורם מרכזי להרשעות שווא. בספרות המשפטית מועלות הצעות מהצעות שונות לטיפול בבעיית שימוש-היתר בהודאות כבסיס להרשעה – החל מתיעוד חקירות בווידאו, עבור דרך דרישות סיוע מוגברות וכלה בדרישה לביצוע בדיקות DNA. המשותף לכל המנגנונים הללו – הקיימים והמוצעים – הוא הניסיון להתגבר על כשל ראייתי באמצעים ראייתיים. בכל הפתרונות הקיימים והמוצעים נותר שיקול הדעת בידי בתי המשפט, שהולכים ושוחקים את כללי התוספת הראייתית עד דק.⁸⁴ בתגובה לכך גופי החקירה נוטים להסתפק בגביית ההודאה ואינם תרים אחר ראיות עצמאיות (למעט המינימום ההכרחי כתוספת ראייתית), והדבר מחזק בתורו את נטיית בית המשפט. במילים אחרות, שורש הבעיה נעוץ באינטראקציה שבין המבנה התמריצי שאליו כפופים גורמי החקירה לבין הנטייה של מכריעי הדין לייחס ערך פרובטיבי גבוה להודאות. היות שבתי המשפט נוטים להרשיע על סמך הודאת החוץ, קרי שהסתברות ההרשעה על סמך הודאת החוץ (המגובה בתוספת הראייתית הנדרשת) גבוהה ביותר, הרי שבהינתן מגבלה תקציבית, ההחלטה שלא לתור אחר ראיות עצמאיות נוספות בתיק (ולהסתפק במינימום ההכרחי של הודאה ותוספת הראייתית) היא ההחלטה

הודאת השווא מבין כיתת ההודאות הכללית. למשל, אם המחקרים מעלים שאחת מכל עשרים הרשעות מבוססות-הודאה היא הרשעת שווא, שופטים עלולים להרשיע בכל עשרים המקרים, משום שהמקרים נבחנו על יסוד אינדיווידואלי, אינם ניתנים להבחנה, וכל אחת מההודאות תהא בעלת ערך פרובטיבי של 95%.

82 במשפט הישראלי דרישת הרצוניות מעוגנת בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש]. במשפט האמריקאי ראו *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

83 במשפט הישראלי נדרשת תוספת ראייתית מסוג "דבר מה נוסף". ראו: ע"פ 3/48 אנדלסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ב 589 (1949). לדרישת ה-*Corroboration* במשפט האמריקאי ראו *Opper v. United States*, 348 U.S. 84 (1954).

84 ראו: *Sangero*, לעיל הערה 78, בעמ' 2813; Ehud Kamar, *Corroborating Confessions by the Defendant's Own Statements*, 5 ISRAEL J. CRIM. JUST. 277 (1996).

הרציונלית. דרישת המינימום של הודאת חוץ הופכת למעשה לדרישת המקסימום. בהיעדר תמריץ אמתי אצל רשויות החקירה לתור אחרי ראיות עצמאיות, נפגעת יכולת הסינון של בתי המשפט. שופטים ומושבעים אינם יכולים לדעת אם המשטרה כשלה בחיפושה אחר ראיות עצמאיות הקושרות את הנאשם לביצוע העברה, או שלא ניסתה כלל כוחה בכך והסתפקה בהודאה (בשל התמריצים הכרוכים בכך ומשיקולי חסכון). ההנחה המובלעת שמניחים מקבלי ההכרעה כעניין שבשגרה (כעולה משיעור ההרשעות הגבוה הנסמכות על הודאות חוץ בלבד) היא שהמשטרה לא חיפשה ראיות חיצוניות, אך אילו הייתה פועלת כך, היו נמצאות הראיות הקושרות את הנאשם לביצוע העברה.⁸⁵ הדבר מחזק בתורו את התמריץ של גופי החקירה להתמקד בהודאות החוץ ולהסתפק בהן, והגלגל מתגלגל הלאה והלאה.

מודל ה־confessional penalty מכוון לעצירת המומנטום המתואר תוך הסתמכות על אמצעים עונשיים (להבדיל מראייתיים). ההצעה היא "לייקר" לתביעה את השימוש בהודאת החוץ על ידי קביעת הפחתה מנדטורית בחומרת העונש במקרה שהודאת החוץ מוכנסת לסל ראיות התביעה בבית המשפט, ובכך להפוך אותה לאמצעי הוכחה שיוזר. מנגנון ה־confessional penalty יגרום לרשויות האכיפה להפנים את ההחצנות השליליות שבשימוש בהודאות שווא ובתוך כך יספק מנגנון סינון טוב יותר לבית המשפט. האינטואיציה שבבסיס המנגנון פשוטה: בהנחה שאנשי התביעה (וכפועל יצא מכך גורמי האכיפה) מעוניינים בהשאת תוחלת העונש של עבריינים (לכאורה) מנגנון ה־confessional penalty ישנה באורח דרמטי את המבנה התמריצי בשלב החקירה. בניגוד למצב כיום, במשטר של confessional penalty התביעה תספוג מחיר – המגולם בהקלת העונש – אם תגיש את הודאת החוץ כראיה במשפט. מאחר שיהיה אפשר להימנע ממחיר זה על ידי המצאת ראיות חלופיות, התביעה תנחה את המשטרה לחתור למציאתן גם אם החשוד כבר הודה במעשה העברה המיוחס לו. ההודאה תהפוך לראיה שיוזר. ייעשה בה שימוש מושכל וזהיר שייוחד למצבים שבהם המשטרה לא הצליחה לאתר די ראיות חלופיות שבכוחן לייתר את הגשת ההודאה או למצבים (הנדירים יותר) שבהם התועלת השולית הנובעת מהשתת עונש "מלא" תהא נמוכה מהעלות הכרוכה בגיוס ראיות חיצוניות.⁸⁶

בעקבות התמורה התמריצית מצד גופי החקירה ייצור מודל ה־confessional penalty בשביל בית המשפט מנגנון טוב לסינון הודאות שווא באופן שיאפשר לשופטים ולמושבעים לשמש שומרי סף אפקטיביים יותר. על רקע ההפחתה הענישתית עצם ההגשה של הודאת

85 Fisher & Rosen-Zvi, לעיל הערה 72, בעמ' 127.

86 שם. מובן שהנחת היסוד שניצבת בבסיס המודל היא כי תובעים מתעניינים בעונשי המאסר המושתים על עבריינים ואינם מתמקדים בהשאת סך ההרשעות גרידא.

החוץ תאותת לבית המשפט כי התביעה נתקלה, בסבירות גבוהה, בקשיים למצוא די ראיות חלופיות כדי לתמוך באמצעותן את גרסתה. יתר על כן, ככל שערכן הפרובטיבי של הראיות החיצוניות שהוגשו לבית המשפט יהיה נמוך יותר, יהיה האיתות בדבר מהימנותה א-פריורית של ההודאה חזק יותר. יודגש, במשטר ה-*confessional penalty* שופטים עדיין יוכלו להרשיע על סמך הודאת החוץ (בהתקיים דרישות המינימום של הודאת החוץ והתוספת ראייתית מינימלית, כמובן). אולם יש להניח כי הסתברות ההרשעה על סמך הודאת חוץ תפחת לעומת המצב כיום. תוחלת העונש תיפגע אפוא פעמיים מהגשת הודאת החוץ – ראשית, ברובד הענישה בשל ההפחתה המנדטורית בחומרת העונש; שנית, בהפחתה בהסתברות ההרשעה.⁸⁷ בכך יתחזק עוד יותר תמריץ גופי החקירה לחפש ראיות עצמאיות, וחוזר חלילה.

יוער כי השכלול במנגנון הסינון יתאפשר הודות לכבילת ידי בית המשפט והודות לאופייה המנדטורי של ההפחתה בשיעור הענישה בעקבות הגשת הודאת חוץ:⁸⁸ הפיכת ה-*confessional penalty* למנדטורית נותנת מענה לבעיית הפעולה המשותפת (collective action) שהייתה עלולה להתעורר במשטר שמקנה שיקול דעת לבית המשפט בעניין ההפחתה הענישתית. שופט יחיד אינו יכול לשנות, באופן אינדיווידואלי, את המבנה התמריצי של התביעה. התמורה בתמריצי התביעה, שמהווה פְּתורה תנאי לשכלול כוח הסינון של ציבור השופטים, מותנית בקיומה של מאסה קריטית של שופטים שגובים מחיר ענישתי על השימוש בהודאת החוץ. הדרך היחידה להבטיח את התבססותה של מאסה קריטית מעין זו היא על ידי נטילת שיקול הדעת מידי השופט האינדיווידואלי.⁸⁹ כך או כך, מודל ה-*confessional penalty* המוצע נועד לטפל בבעיה של מהילתן יחד של הרשעות שווא ושל הרשעות אמת. במשטר הקיים הודאות שווא נמהלות עם הודאות אמת יחד משום שאין לבית המשפט יכולת להבחין בין היעדר תמריץ מצד רשויות החקירה לחיפוש אחר ראיות חיצוניות תומכות לבין היעדר יכולת למצוא ראיות חיצוניות מעין אלה. הפחתה מנדטורית בחומרת העונש במצבים שבהם הוגשה הודאת החוץ תאפשר היווצרות של הפרדה (separation equilibrium) בין המקרים הללו.⁹⁰

87 ממילא גם בהנחה שלא כל התובעים מתעניינים במקסום שיעור העונש, וכי חלקם מתעניינים במקסום ההרשעות (בלא התעניינות ממשית בעונש הנלווה), כל עוד קיימים די תובעים שכוללים בפונקציית התועלת שלהם את חומרת העונש, יתמרצו כל התובעים לדאוג לראיות חיצוניות. שכן לאורך הזמן הודאות החוץ עלולות לאבד מכוח ההרשעה שלהן. שם, בעמ' 129.

88 שם.

89 שם, בעמ' 133.

90 בה בעת מודל ה-*confessional penalty* עלול לעורר בעיית *pooling* הפוכה לזו שמתעוררת במשטר הקיים. לפי מודל ה-*confessional penalty* היעדר כדאיות כלכלית בחיפוש אחר ראיות

ב. תפקיד דיני הראיות בהכוונת התנהגות ראשית

הדיון עד כה התמקד בתפקיד שממלאים דיני הראיות בהבטחת ה־cost efficiency של הליך בירור האמת. בכך עקבנו אחר הזרם הראשון שהתפתח במחקר הכלכלי של דיני הראיות, זרם אשר המשיך בסופו של דבר את הגישה המסורתית שהדגישה את תפקידם של דיני הראיות בבירור האמת בבית המשפט (אך העשיר את התמונה על ידי הוספת שיקולי העלות). עם זאת ברי כי להתחקות על האמת אין ערך אינטרנוי. ההתחקות על האמת היא כלי להגשמת היעדים החברתיים שניצבים בבסיס ההליך השיפוטי – הרתעה ופיצוי בהליך האזרחי; הרתעה, שיקום או גמול בהליך הפלילי. הסיבה שמודל מזעור העלויות והכתיבה שהתפתחה סביבו הדגישו את ההתחקות על האמת, להבדיל מהיעדים הסופיים הללו, נעוצה בהנחת היסוד שההתחקות על האמת היא ערובה מוצלחת למימושם. קרי, שהרשעת האשם וזיכוי החף חיוניים לקידום הרתעה (או כל יעד אחר של ההליך הפלילי).

הגישה השנייה שהתבססה בניתוח הכלכלי של דיני הראיות – גישת ההתנהגות הראשית (behavior approach primary) – מדגישה את תפקידם של הכללים הראייתיים בקידום היעדים הסופיים הללו וביצירת תמריצים להתנהגות רצויה מחוץ לכותלי בית המשפט. הנחת היסוד המתודולוגית של זרם חדש זה היא כי אפשר להבין את הכללים שחלים בתוך כותלי בית המשפט רק על רקע הסדרת ההתנהגות מחוץ לבית המשפט ורק על רקע הניסיון לספק תמריצים להתנהגות רצויה בשוק, ברחוב ובכבישים.⁹¹ מודל ההתנהגות הראשית, אשר מדגיש את הקשר שבין כללים ראייתיים להסדרת התנהגות מחוץ לבית המשפט, נבחן בקווי דמיון גבוהים יותר לניתוח הכלכלי שהתפתח בתחומי המשפט המהותי (דוגמת הניתוח הכלכלי של דיני חוזים או נזיקין) מאשר מודל מזעור העלויות. נקודת המוצא של גישת ההתנהגות הראשית היא כי בלא תמריצים להפנמת העלויות החברתיות הכרוכות בפעילויות מסוימות פרטים עלולים שלא להביא בחשבון שיקוליהם את ההשלכות של התנהגותם על הרווחה החברתית. הדרך להפנמת העלויות הללו לתוך פונקציית התועלת של הפרטים בחברה – באמצעות הטלת אחריות משפטית המלווה בסנקציה – עוברת דרך בית

נוספות עלול להתפרש כהיעדר יכולת למצוא די ראיות נוספות. צפוי Pooling של מצבים שבהם המשטרה חיפשה – אך לא מצאה – ראיות חיצוניות עם מצבים שבהם המשטרה לא חיפשה ראיות חיצוניות כי העלות שכרוכה בהבאת די ראיות חיצוניות להרשעה גבוהה מהתועלת השולית שבהשתת העונש המלא. המאמר מתמודד עם בעיה זו בהציעו הפחתה דיפרנציאלית בחומרת העונש כפועל יוצא של הקושי לאתר ראיות חיצוניות בחתך קטגוריות עברות שונות. להרחבה ראו Fisher & Rosen-Zvi, לעיל הערה 72, בעמ' 132.

91 Chris W. Sanchirico, *Character Evidence and the Object of Trial*, 101 COLUM. L. REV. 1227, 1229 (2001).

המשפט.⁹² כפי שנאמר לעיל, יצירת קשר סיבתי בין התנהגות הפרטים לבין התוצאות המשפטיות קשורה קשר הדוק לדיוק בבירור העובדתי. הרתעה תושג רק אם הסנקציה המשפטית תוטל על מי שעוול או פשע ולהפך. אולם כדרכו של כל סימן המיועד לאותת על המסומן, לא בכל המקרים יעד ההתחקות על האמת עולה בקנה אחד עם השגת התכליות הסופיות, ובראשן יעד ההרתעה. קיימים מקרים של התנגשות בין ההתחקות על האמת לבין השגת הרתעה. מכאן חשיבות ההבחנה שבין שני הזרמים הללו. להדגמת הדברים נסתייע במאמר: Character Evidence and the Object of Trial מפרי עטו של Sanchirico, מי שמזוהה מאוד עם גישת ההתנהגות הראשית לדיני הראיות.

1. עדות אופי למטרות הרשעה

בכל שיטות המשפט המקובל מנועה התביעה מלהביא בשלב ההוכחות ראיות בדבר עברו הפלילי של הנאשם או כל ראיה הנוגעת להתנהגותו בהזדמנויות קודמות, ושממנה אפשר ללמוד על נטייתו לבצע את העברה מושא כתב האישום.⁹³ לטענת Sanchirico, הכלל הפוסל שימוש בעדות אופי למטרות הרשעה אינו מתיישב באופן קוהרנטי עם גישה התופסת את דיני הראיות כמכוונים להתחקות על האמת. לאופיו של הנאשם ולהרשעותיו הקודמות יש ערך פרובטיבי. לפיכך מנקודת מבט של בירור שאלת ביצוע העבירה אקס פוסט אין הסבר לכלל הפוסל שימוש במידע על אופיו של הנאשם ועל מעשיו הקודמים. תחת זאת, טוען Sanchirico, הגיונו של הכלל נעוץ באופן שבו הוא משפיע על עצם הנטייה לבצע את מעשה העברה אקס אנטה. כלל זה הוא אחת הזירות שבהן התכלית של התחקות על האמת אינה מתיישבת עם תכלית ההרתעה ונסוגה מפניה, באשר הכלל עולה בקנה אחד רק עם הגישה האחרונה.

תמצית טיעונו של Sanchirico היא כי עדות האופי והמעשים הקודמים ניחנה בכוח ראייתי בשל קיומה של נטייה לרצידיביזם. אך על אף ערכה הפרובטיבי אין לראיה זו ערך תמריצי – היעדרה או קיומה אינם תורמים להימנעות מביצוע העברה אקס אנטה. כך, יצירת תמריצים מותנית בשינוי מאזן העלות-תועלת (payoff) של הפרט עקב ביצוע העברה.⁹⁴ האינפורמציה המנבאת קיימת בלא כל תלות בשאלת ביצוע העברה. למשל, ראיה בדבר

92 ש.ם.

93 במשפט הישראלי – ע"פ 265/64 שויביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט 421 (1965) ועיגון סטטוטורי בסעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982: "נאשם שבחר להעיד, לא יישאל בחקירה שכנגד שאלות בענין הנוגע להרשעותיו הקודמות, מלבד אם העיד על אופיו הטוב או הביא ראיה אחרת לכך, בין בראיותיו ובין בחקירה שכנגד של עדי התביעה".

94 ש.ם.

מסוכנותו של אדם או אופיו הרע מתקיימת בלא תלות בשאלת ביצוע העברה המיוחסת לו. הוא הדין במידע על אודות הרשעות קודמות: משעה שבאמתחתו של הנאשם הרשעה קודמת, ראייה זו מתקיימת בעולם בלא קשר לשאלת מעורבותו של המורשע בדין בעברה עוקבת. הכנסת המידע בדבר מסוכנותו של הנאשם או בדבר הרשעותיו הקודמות לבית המשפט בשלב ההוכחות תגדיל את תוחלת ההרשעה לא רק במצבים שבהם הנאשם אשם בביצוע מעשה העברה המיוחס לו, אלא גם במצבים שבהם הוא אינו מעורב בכל עברה עוקבת המיוחסת לו. ראייה בדבר הרשעות קודמות תגדיל את הסתברות ההרשעה העתידית של הנאשם – בין זה האשם ובין זה החף. בשל הגדלת הסתברות ההרשעה של הנאשם אקס פוסט, לרבות במצבים שבהם הנאשם אינו מעורב בעברה המיוחסת לו, פוחתת העלות השולית של בחירתו בפעילות העבריינית אקס אנטה. עקב הפגיעה בעלות השולית של הבחירה בפעילות העבריינית ייפגע התמריץ של העברייין הפוטנציאלי להימנע מלבצע את מעשה העברה הנוסף. בשל ההשפעה השלילית במונחי הרתעה שכרוכה בהבאת המידע בפני בית המשפט בשלב ההוכחות, חל הכלל שפוסל הבאת אינפורמציה זו עובר לשלב ההרשעה.⁹⁵

יודגש, ההשפעה ההרתעתית המצננת איננה מתרחשת אם עדות האופי או המידע על אודות ההרשעות הקודמות מובאים בשלב הטיעונים לעונש. בשונה משלב ההוכחות, הצגת מידע זה בשלב גזירת הדין צפויה לקדם הרתעה. נבאר: להטלת עונשי מאסר קיימת עלות חברתית, שהיא פועל יוצא של חומרת העונש.⁹⁶ הטלת עונש אחיד חמור דיו כדי להרתיע את המספר המרבי של הפרטים בחברה אינה יעילה מבחינה כלכלית, וכרוכה בכובד משאבי ענישה.⁹⁷ בשביל חלק מהפרטים בחברה אפשר להסתפק בענישה מופחתת כדי להבטיח הרתעה אפקטיבית (לעומת אחרים הדורשים שיעור ענישה גבוה יותר). כדי למקסם את שיעור ההרתעה בשביל הוצאה חברתית נתונה על ענישה, יש להתאים את חומרת העונש ל"נטייה להרתעה" של הפרטים השונים. אפשר לראות בהחרפת הענישה משיקולים

95 אחת הביקורות המרכזיות שאפשר להעביר על טיעון זה של Sanchirico היא כי במשטר משפטי שבו תותר הבאת המידע על אודות ההרשעות הקודמות יתמרץ הנאשם לנקוט אמצעים מיוחדים כדי שלא להיות מואשם בעברה מלכתחילה. דרך המלך להימנע מלהיות מואשם בביצוע העברה היא לא להיות מעורב בביצועה. האפקט התמריצי המתואר עשוי לגבור על זה ששרטט Sanchirico. אנו מודים לאוריאל פרוקצ'יה על הערה זו.

96 Henrik Lando, *The Size of the Sanction Should Depend on the Weight of the Evidence*, 1REV. L. & ECON. 277, 286 (2005). See also: Murat C. Mungan, *Optimal Warning Strategies in Law Enforcement* (2010). FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 505; FSU College of Law, Law, Business & Economics Paper No. 11-8. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1803275>.

97 שם.

הנוגעים באופיו של הנאשם ומידת מסוכנותו משום proxy ל"נטייה להרתעה" של הנאשם. הכללת מידע זה בקביעת שיעור העונש מגדילה את תוחלת העונש בגין ביצוע עברות בשביל מי שנוטים שלא להיות מורתעים בקלות. הוא הדין בהקשר של "פרמיית הרצידיביזם"⁹⁸. מי שהורשע בעבר מצריך עונש חמור יותר כדי להיות מורתע באופן אופטימלי, שהרי בעצם מעשה העברה שכבר עבר הוא חשף את העדפתו החזקה לפעילות עבריינית.⁹⁹ יתר על כן, בשל עצם החשיפה של אותו אדם להרשעה וענישה קודמות נשחקת מידת ההרתעה שבכל ענישה עתידית, משום ההוצאות האלטרנטיביות (costs opportunity) הנמוכות יותר של מי שמחזיקים בתיק פלילי, משום העלות השולית הפוחתת של שנות מאסר, ומשום שהפגיעה במוניטין בגין התיג הפלילי החוזר אינה חמורה כמו הפגיעה בגין התיג הראשוני.¹⁰⁰ על רקע שחיקה זו מוצדק שענישתו של העבריין החוזר תהיה גבוהה מזו של העבריין החד-פעמי.¹⁰¹ מפרספקטיבה שיקומית הרשעות קודמות נחשבות מנבא טוב

98 התופעה של החמרת הענישה של נאשמים בעלי הרשעות קודמות ("פרמיית רצידיביזם") היא חובקת-עולם. תופעה זו מעוגנת הן בהוראות החוק היבשות והן בפרקטיקה המשפטית הנוהגת בפועל. במשפט הישראלי קובעת הוראת סעיף 187 לחוק סדר הדין הפלילי, כי בשלב גזירת הדין על התביעה להגיש לבית המשפט ראיות הנוגעות בהרשעותיו הקודמות של הנאשם (גיליון הרשעות קודמות). הוראה זו נמנית עם הוראות חוק רבות, לרבות אלה המעוגנות במסגרת ה-Sentencing Guidelines בארצות הברית, אשר מתייחסות אל הרצידיביזם כאל שיקול להחמרת העונש, ואשר קובעות כי על מידת העונש להיקבע בין היתר על פי ההיסטוריה העבריינית של הנאשם. Federal Sentencing Commission, Guidelines Manual § 4A1.1. גם באנגליה נקבע, בסעיף 143(2) ל-2003 Criminal Justice Act in England and Wales, כי רצידיביזם הוא שיקול להחמרת העונש. כן ראו: David A. Dana, *Rethinking the Puzzle of Escalating Penalties for Repeat Offenders*, 110 YALE L.J. 733, 735 (2000). החוק הנוודע ביותר בהקשר זה הוא ה-Three Strikes Law שחל במדינת קליפורניה: Cal. Penal Code 667, 1170.12 (West 1999 & Supp. 2000). לפי חוק זה, נאשם שהורשע בעבירה מסוג felony, ואשר באמתחתו שתי הרשעות קודמות בגין עבירות felony חמורות, חשוף לעונש של מאסר עולם בגין מעשה העבירה השלישי, בלא תלות בעונש המקורי הנגזר ממעשה העבירה. להרחבה על דוקטרינת ה-Three Strikes Law ראו: James A. Ardaiz, *California's Three Strikes Law: History, Expectations, Consequences*, 32 McGEORGE L. REV. 1 (2000). לצד הדוקטרינה המשפטית הפורמלית גם הפרקטיקה הרווחת בבתי המשפט מבוססת על החרפת הענישה בשל רצידיביזם. קיימות אינדיקציות חד-משמעיות לענישה בחומרה פחותה של מורשעים שזו להם ההרשעה הראשונה לעומת מי שזו להם הרשעה חוזרת, וכן שמורשעים שההיסטוריה הפלילית שלהם עשירה וכוללת הרשעות קודמות מרובות, נעשים בחומרה רבה מזו שבה מורשעים שבאמתחתם הרשעות קודמות מעטות.

99 Katherine J. Strandburg, *Deterrence and the Conviction of Innocents*, 35 CONN. L. REV. 1321, 1338 (2003).

100 Strandburg, Id., at p. 1338 ("the additional stigma due to additional convictions for similar offenses surely decreases rapidly as the number of convictions rises")

101 ש.ס.

לפוטנציאל שיקומי נמוך.¹⁰² טעמים תוצאתניים אחרים שהועלו להצדקת הדוקטרינות הרצידיביסטיות כוללים את הפגיעה באמון הציבור בשל תופעת "הדלתות המסתובבות", שבמסגרתה עבריינים יוצאים מבין חומות הכלא ונכנסים שוב למאסר כעבור פרקי זמן קצרים ובאורח חוזר ונשנה.¹⁰³

כללו של דבר, מאמרו של Sanchirico משקף את ההתפתחויות העדכניות ביותר בתחום הניתוח הכלכלי של דיני הראיות. הכלל בדבר עדות אופי ומעשים קודמים הוא רק זירה אחת שבה מתנגשת גישת ההתחקות על האמת עם התכלית ההרתעתית של דיני הראיות. בכתיבה עוקבת מדגים Sanchirico את גישת ההתנהגות הראשית לדיני הראיות באמצעות חשיפת כמה וכמה כללים ראייתיים שניתנים להסבר על רקע עיצוב התמריצים הרצויים מחוץ לזירת בית המשפט, ובהם כללי השכנוע ונטלי הבאת ראיה.¹⁰⁴ לשיטתו, הכללים הללו הם חלק מתפיסה רחבה, שלפיה הליכים משפטיים קשורים קשר הדוק יותר בעיצוב העתיד מאשר בהתחקות על העבר.¹⁰⁵ תפיסה זו סוטה הן מההסתכלות המסורתית על דיני הראיות והן, במידה מסוימת, מראשית דרכה של אסכולת הניתוח הכלכלי של דיני הראיות (על מודל מזעור העלויות ששימש לה יסוד).

2. ההשפעה המעוותת של דיני הראיות על הכוונת התנהגות ראשית

גישת ההתנהגות הראשית, שהוצגה עד כה, אינה מבחינה בין היעדים שדיני הראיות חותרים לקדם לבין היעדים המוצבים בפני הדין המהותי: כפי שהודגם לעיל, על פי Sanchirico, כללי הראיה – כמו כללי הדין המהותי – מכוונים להשגת הרתעה, ומחקריו מכוונים כולם להדגמת האופן שבו כללים ראייתיים תורמים לעיצוב תמריצים להתנהגות ראשית אופטימלית. מאמר חדש מפרי עטם של Parchomovsky & Stein מקדם את גישת ההתנהגות הראשית כברת דרך נוספת: המאמר מכיר בקיומם של יעדים טלאולוגיים נבדלים לדיני הראיות ולדין המהותי, ומדגים כיצד באינטראקציה שנוצרת שיקולים ראייתיים עלולים

JULIAN V. ROBERTS, PUNISHING PERSISTENT OFFENDERS: EXPLORING COMMUNITY AND OFFENDER PERSPECTIVES 35 (2008)

Markus D. Dubber, *The "revolving door justice": A Critique of California's Habitual Unprincipled Punishment of Repeat Offenders*, 43 STAN. L. REV. 193, 194 (1994).

Chris W. Sanchirico, *A Primary Activity Approach to Proof Burdens*, J. LEGAL STUD. 273 (2008).

Roger C. Park, Michael J. Saks, *Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn*, 47B.C. L. REV. 46, 70 (2006).

לעוות את התמריצים להתנהגות ראשית אופטימלית.¹⁰⁶ המאמר מראה כי מוטיבציות ראייתיות עלולות לתמרץ משיאים רציונליים של תועלותיהם לנהוג באופן תת־אופטימלי כדי להגדיל את סיכויי הזכייה שלהם בבית המשפט.¹⁰⁷

להדגמת הטיעון נציין שתיים מהדוגמאות שבהן ממוקד המאמר: א-ר־ב נוהגים זה מול זה בכביש צר נטול שוליים. דעתו של ב מוסחת והוא חוצה את קו ההפרדה הרציף שמפריד בין שני המסלולים. בשלב זה ניצב א בפני שתי אפשרויות בחירה: האחת, לפנות בחדות ימינה ולהיכנס לתוך מהמורה בצד הדרך, דבר שיסב לרכבו נזק בסך 1,000 דולר; השנייה, להתנגש ברכבו של ב במהירות של 45 קמ"ש תוך גרימת נזק בעלות 3,000 דולר לרכבו שלו ולנזק בעלות 4,000 דולר לרכבו של ב. בשל מהירות הנסיעה הנמוכה לא צפויה סכנה של פגיעה בנפש. ברי כי התוצאה הרצויה מבחינה חברתית היא הבחירה באפשרות הראשונה. הנזק המצרפי שנגרם בעטייה עומד של 1,000 דולר בלבד, והיא חוסכת נזק מצרפי של 7,000 דולר. אולם בהנחה ש־א הוא משיא רציונלי של תועלתו, הוא יבחר את האפשרות השנייה, באשר זו הדרך הממשית היחידה שלו להוכיח בבית המשפט את אחריותו של ב לתאונה.¹⁰⁸

הדברים תקפים גם בהליך הפלילי: נוהג שבשגרה הוא שבמעקבים סמויים אחר מבצעי עברות, דוגמת סוחרי סמים או פורצים, ממתינים השוטרים עד להשלמת העסקה או עד לרגע ביצוע הפריצה בטרם הזינוק על החשודים. להמתנה זו עשויה להיות עלות חברתית – הנזק שמוסב לבית העסק בשל הפריצה – אולם המשטרה בוחרת להמתין עד להשלמת העברה משיקולים ראייתיים.¹⁰⁹ קיימות דוגמאות רבות נוספות. לשיטתם של Parchomovsky & Stein, מצבים אלו שבהם ההתנהגות הרציונלית ברמת הפרט מובילה לתוצאה תת־אופטימלית ברמה החברתית הם שיטתיים ויסודיים. לפי Parchomovsky & Stein, שורש הבעיה נעוץ בתאוריות השונות שבבסיס דיני הראיות והדין המהותי. כללי התנהגות מכוונים לשימור הרווחה החברתית ושיפורה ומסדירים התנהגות של פרטים לפי אמות מידה אלה. לעומת זאת כללים ראייתיים ממלאים תפקיד שונה בתכלית: הם קובעים את האמצעים להוכחת העובדות שבית המשפט צריך לקבוע כדי להגיע לכלל הכרעה בשאלת הזכאויות והחבויות של בעלי הדין. בעקבות זאת כללים ראייתיים יוצרים תמריץ לאיסוף ראיות, ותמריץ זה פועל את פעולתו בד בבד עם התמריצים שיוצרו הדין המהותי.¹¹⁰

Gideon Parchomovsky, Alex Stein, *The Distortionary Effect of Evidence on Primary* 106
Behavior, 124 HARV. L. REV. 518, 521 (2010)

שם, 107

שם, בעמ' 519. 108

שם, בעמ' 520. 109

שם, בעמ' 521. 110

שני הנהגים בדוגמה שהובאה לעיל היו בוחרים אקס אנטה להתקשר ביניהם בהסכם המחייב את נהג א לפנות ימינה לתוך הבור במקרה של תאונה מהסוג המתואר. אלא שמטבע הדברים, אין באפשרותם לנהל משא ומתן מעין זה. הם יכולים להתחיל ולנהל משא ומתן רק במועד התרחשות התאונה, ובשלב אקס פוסט זה נהג א כבר נקט את קו הפעולה היעיל פחות משיקולים הוכחתיים. בכך נסתם הגולל על האפשרות לנקוט את קו הפעולה שהיה עדיף אקס אנטה מבחינת שני הצדדים.¹¹¹

המאמר מפנה את הזרקור לעבר נקודה חשובה ביותר, שנעלמה עד כה מעיניהם של אנשי הניתוח הכלכלי של דיני הראיות בפרט ושל אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט בכלל: פרטים רציונליים לעולם יביטו על הכללים המהותיים דרך המשקפת הראייתית, ופעמים רבות המוטיבציות הראייתיות עלולות לעוות את התמריצים שיוצר הדין המהותי. שאלת קיומה של ראייה המזהה את מבצע העברה או העוולה היא שאלה אמפירית. עובדות אמפיריות אינן עולות בהכרח בקנה אחד עם תמריצים להתנהגות אופטימלית מבחינה חברתית. המישור התמריצי נבדל מהמישור האפיסטמי, ולכן אין די בהתמקדות בראשון כדי להבין ולעצב תמריצים להתנהגות יעילה.¹¹²

סיכום ומסקנות

הניתוח הכלכלי אינו הכלי האינטלקטואלי הבלעדי שבאמצעותו אפשר לנתח את דיני הראיות ושלאורו אפשר לערוך רפורמות דוקטרינריות. עם זאת זהו כלי רב חשיבות. התעלמות מההיבטים הכלכליים שבבסיס דיני הראיות תיצור עיוותים בהבנת האופן שבו פועלים הכללים הללו ובעיצובם הראוי. אי אפשר להבין את דיני הראיות מבלי להביא בחשבון את עלויות הטעות בהכרעות השיפוטיות ואת היחס שבין העלויות הללו לעלויותיהן של פרוצדורות ושל הכרעות למזעור טעויות בבירור המסד העובדתי. בדומה לכך אי אפשר לגבש הבנה ראויה של דיני הראיות מבלי להתחשב בא-סימטריות במידע שמנחות את האינטראקציות האסטרטגיות שבין תובעים לנתבעים (או נאשמים) ושבינם לבין בית המשפט. לבסוף, שרטוט תמונה מלאה באשר לאופן שבו פועלים כללים ראייתיים מותנה במתן דין וחשבון למאמצי בית המשפט בחילוץ מידע אמין מבעלי דין אשר מבקשים – בתורם – להסתיר מידע בעייתי מבחינתם מפני הערכאה השיפוטית. אנו תקווה כי הסקירה שערכנו, שבה פרשנו את מגוון המושגים, התאוריות והספרות הרלוונטיים, תסייע בקידום הבנת דיני הראיות וההשפעות הנדונות. בנוסף, אנו מקווים כי פרק זה ישמש כלי בידי מעצבי המדיניות וישכלל את הבנתם באשר לתוצאות הצפויות מעריכת רפורמות שונות בדוקטרינה הראייתית.

111 שם, בעמ' 522.

112 שם.

פרק כב: בתי משפט

מאת

משה בר ניב*

א. מבוא – מערכת השפיטה השלטונית. ב. בתי משפט וכשל שוק. ג. בתי משפט ומוצרים ציבוריים והחצנה. ד. התקדים. ה. תקדים מחייב ומלאי התקדימים – מודל פוזנר לנדס. ו. דיוק הפסיקה. ז. הערעור והתפתחות דין. ח. הנמקת הפסיקה. ט. השופטים.

א. מבוא – מערכת השפיטה השלטונית

מערכת בתי המשפט היא אחת משלוש רשויות השלטון המרכזיות, ולכן היא נתפסת כמרכיב הכרחי במערך הפרדת הרשויות ויצירת איזונים ובלמים ביניהן. למרות היות מערכת השפיטה חלק מן המערך השלטוני הריבוני, הרי תפקידה, בהקשר השלטוני, הוא לבקר את פעולות הרשויות האחרות ולתחום את פעולותיהן למסגרת הדין. תפקידה ומעמדה של מערכת בתי המשפט מחייבים יצירת מנגנונים המיועדים לשמר את אמינות מערכת השפיטה בעיני הציבור. משכך נוצר צורך באיפוק מרבי מפני התערבות בלתי ראויה של זרועות הריבון האחרות בחופש פעולתה. מודל הפרדת הרשויות מספק הסבר תאורטי לקיומה של מערכת בתי משפט באשר לפעולות הגופים השלטוניים בינם לבין עצמם ובינם לבין הפרט. הוא הדין בעניין התחומים המשולבים מהותית במבנה הריבון או בהפעלת סמכויות מונופוליסטיות של הריבון כגון השימוש במנגנוני הענשה. עם זאת התשתית התאורטית המוסברת על ידי תורת הפרדת הרשויות אינה מספקת הסבר מובן מאליו לבעלות המדינה במערכות שפיטה בהקשרים אחרים, במיוחד בתחום האזרחי, ובאשר להכרעות שאין בהן השלכות על המבנה השלטוני או הפעלת סמכויות שלטוניות. ראוי אפוא לבחון את ההצדקה לקיומה של מערכת שפיטה שלטונית גם בהקשרים המנותקים מן הדין הציבורי.

* בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה.

מדוע על המערכות השיפוטיות להיות זרוע של הריבון ומדוע על הציבור – המדינה – לממן – לסבסד – מערכות שיפוט שתכליתן לסייע לפרטים ולפירמות להקצות זכויות ונכסים אלה לאלה? האם קיים כשל שוק המונע מהשוק לספק מנגנוני שפיטה או יישוב מחלוקות יעילים יותר, ובכך להעלות את רמת העושר החברתי? מנגנונים כאלה אכן קיימים ופועלים במסגרת דיני הבוררות ובשיטות חלופיות לפתרון סכסוכים. לא זו אף זו, בשל העומס הרובץ על בתי המשפט, ואפשר גם בשל יעילות המנגנונים החלופיים, מגלים בתי המשפט ואף המחוקק העדפה להפניית סכסוכים לבוררות המערכות החלופיות. המחוקק מכיר בתוקפם של הליכי בוררות ומסייע באכיפת פסקיהם כאילו היו הכרעה של בית משפט רגיל. לאחרונה אף הציעה הממשלה הצעת חוק שעל פיה יהיה אפשר להעביר מקצת התביעות לבוררות חובה.¹ מלבד זאת מתמרץ המחוקק את הצדדים להסיר את עניינם מעל סדר היום של בתי המשפט על ידי החזר אגרת המשפט למי שהסכימו להעברת עניינם להליכים חלופיים. מדיניות זו מלמדת כי אין כל רע אינהרנטי בהליכים החלופיים, ואולי אף יש בהם תועלת חברתית (מלבד התועלת הפרטית של הצדדים הבודדים בהם). בהינתן מדיניות זו וזמינות מנגנונים חלופיים מתחדדת השאלה: מהו ההסבר הכלכלי הכללי להעדפה של אספקת שירותי השפיטה בידי הסקטור הציבורי. קיימות כמה הצדקות לקיומן של מערכות שפיטה בתחומים שאינם שלטוניים במהותם. מבין ההסברים הכלכליים אתיחס כאן למצבי כשל שוק ולמושג המוצר הציבורי. בצד הסברים מוסריים (כגון, יש לאפשר למי שידו אינה משגת כלכלית להגן על זכויותיו) ומשפטיים (לדוגמא, יש לקיים חוקים) עומדים גם הסברים כלכליים. להלן נסקור שלושה הסברים כלכליים לקיומה של מערכת שיפוטית בבעלות השלטון: כשלי שוק שונים, ובעיקר כשלים מן הזן של החצנה, ומוצר ציבורי.

ב. בתי משפט וכשל שוק

כשל שוק מתקיים כאשר מוצר או שירות אינו יכול להיות מסופק ביעילות על ידי השוק. דהיינו מנגון המחירים אינו מביא להקצאה יעילה של מוצרים או שירותים. בחלק מהעניינים המצריכים הכרעה במחלוקות משפטיות אין מנגון השוק יכול להקצות לו מכריע סביר לסכסוך. לדוגמה, סוגי עניינים שמעצם מהותם ערכם הכלכלי נמוך מכדי לאפשר בירור בפני מנגנונים פרטיים. בהקשר זה הדוגמה הבולטת היא תחום הצרכנות שבו מרבית העסקות (וכך אף המחלוקות) אינן בסכומים גבוהים. לפיכך במרבית המקרים לא יימצא מנגון בירור

1 הצעת חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה), התשע"א-2011.

פרטי לסכסוכים, שכן עלות המנגנון הזה תהיה גבוהה מערך המחלוקת. אם המדינה לא תספק מערכת שפיטה, תיווצר אפוא תת-אכיפה של הדין בתחומי הצרכנות. הספקים בתחום האמור מודעים לכך מראש, ולכן יספקו מוצרים ושירותים באיכות נחותה. בפועל בשל הערך הנמוך יחסית של העסקאות גם אין לצרכנים יכולת לבדוק את המוצרים והשירותים, ויתקבל מצב שבו יהיו השווקים הללו "שוקי לימונים" שעיקר המוצרים והשירותים בהם יהיו נחותים.²

אפשר להתמודד עם מצבים כאלה בכמה דרכים, החל ברגולציה שלטונית ולעתים קרובות גם פלילית, ועבור לתובענות ייצוגיות. דרך פתרון נוספת היא במתן אפשרות יעילה לצרכן, יחיד, למצות את זכויותיו בפני מערכת שפיטה מסובסדת על ידי המדינה. אופציה תביעה כזו, מבטיחה לצרכן את כדאיות העסקה הצרכנית, בשל היכולת להגיש תביעה לבית משפט בעלות הליך נמוכה מאוד. אכן הליך כזה יכול שיתנהל בבית משפט רגיל או בבית משפט לתביעות קטנות שבו עלות הבירור ודרכי הבירור זולות ופשוטות. במקרים כאלה המעורבות השלטונית באספקת שירותי שפיטה עשויה לתקן את כשל השוק³ או מקצת מהשלכותיו. בדוגמת "שוק הלימונים", קיומם של בתי משפט שיטילו קנסות או שיחייבו בפצויים פירמות המנצלות את הא-סימטרייה באינפורמציה בינן לבין צרכנים אפשר שיהיה בעל גורם הרתעתי. הקיום עצמו של בית משפט היכול להטיל סנקציה עתידית על ניצול צרכנים יצמצם מלכתחילה את הרווח הצפוי מניצול הא-סימטרייה, וכן יכול להביא לידי התנהגות הוגנת יותר ולהגדיל את הרווחה החברתית.

אם אכן אלה הם פני הדברים, יש בכך כדי לערער את ההשערה כי ניהול הליך שעלותו גבוהה משוויו הוא "בזבוז" חברתי, וזאת בשל ההשפעות החיצוניות של ניהול הליך כזה. קיומם של בתי משפט בכלל וכאלה הבאים לפתור כשל שוק בפרט הוא גורם המרתיע ספקים מהתנהגות בלתי תקינה. ה"בזבוז" המתייחס להליך נתון אמור להתקזז על ידי התועלת המצרפית הנובעת מקיום מערכת השפיטה. בלשון אחרת, ללא תלות בסכסוך זה או

2 ראו George Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, J. OF LAW & ECON. 488-500 (1970).

3 בהקשר של כשל השוק מתעוררת שאלה דומה המצריכה בחינה של כשל השוק הנובע מקיומם של בתי המשפט בתחומים שבהם קיים מנגנון שוק היכול להכריע ביעילות בסכסוך. המונופול של מערכת בתי המשפט השלטונית – ואכן בפועל יש מונופול כזה, שכן הפנייה לחלופות הכרעה מצריכה הסכמה של כל המעורבים, שאם לא כן יישאר הסכסוך בניהול בתי המשפט – גורר פגיעה בהקצאת המקורות. חמור מכך, קיומו של המונופולין של בתי המשפט יכול ליצור תופעה של "ברירה הפוכה" adverse selection, שתוצאתה תהיה ניצול לרעה של ההליך המשפטי. נושאים אלה חורגים ממסגרת סקירה זו. שאלת המונופולין של בתי המשפט משליכה אף על שאלות הכרוכות בבעיות מרכזיות של מערכת השפיטה בעולם המערבי, ובכללן שאלות של עומס ושל איכות השירות השיפוטי.

אחר, עצם קיום מנגנון שיפוטי המאפשר תביעה נגד מפר חוק, שלולא כן לא הייתה מוגשת, משנה את התנהגות השחקנים ומעלה את רמת הציות לחוקים. יתרה מכך, ככל שמערכת בתי המשפט יעילה יותר, כך יפנימו הצדדים תכונה זו ויקפידו יותר על שמירת החוק. בדומה לכך, בתי משפט יעילים ינמיכו גם את רמת הליטיגציה ובעקבות זאת את העלות החברתית הקשורה בה.

בתי המשפט ואופן ניהולם אמורים לייצר החצנות חיוביות.⁴ לכן עצם קיומו של הליך שיפוטי אמין ויעיל משפיע על השחקנים המשפטיים בתכנון פעולותיהם, בין בציות לחוקים ובין בהסתמכות על אכיפת חוקים יעילה היכולה לייתר, או להפחית, עלויות עסקה בהתקשרויות חוזיות. מנגנון בתי המשפט של המדינה מתאפיין ברמת אמון גבוהה של הציבור בהגינוחו, ולכן קיום מערכת כזו מבטיח לשחקנים המשפטיים הכרעה הוגנת ובלתי מוטה בעניינם, ולכך השפעה על אופן התנהגותם של כלל הפרטים אף ללא תלות בשאלה אם בסופו של דבר יחליטו להביא את ריבם לבית המשפט.

בעצם קיומם וגם בפעולתם מספקים בתי המשפט גם שירותים ציבוריים. בתי משפט המייצרים פרשנות מייצרים למעשה השלמה לחקיקה שניתנה על ידי הרשות המחוקקת. כפי שהחקיקה היא מוצר ציבורי, ולכן היא מסופקת על ידי הרשות השלטונית המחוקקת, כך אף מי שמייצר פרשנות משפטית בדרך של פסיקה. אספקת מוצרים ציבוריים על ידי בתי המשפט יכולה להתבצע בכמה אופנים.

ג. בתי משפט ומוצרים ציבוריים והחצנה

אחת ההצדקות העיקריות לתכלית קיומם של גופים שלטוניים היא בהיותם אמונים על אספקת מוצרים ציבוריים (public goods). בדומה לכך נראה כי ההסבר הכלכלי המרכזי לקיום שירותי שפיטה ציבוריים שאינם מתמחים בבקרה על כוחות שלטוניים מושתת גם הוא על כך שלשירותי השפיטה היבטים מובהקים של מוצר או שירות ציבורי.⁵ כפי שכבר הובהר בפרק א לעיל (וגם בפרקים אחרים), מבחינה כלכלית מוצר ציבורי מתאפיין בשניים:

4 מתכונת ניהול ההליך השיפוטי יכולה לייצר גם החצנה שלילית, כגון מקום שמשך הברור בבתי המשפט הוא ממושך ביותר יפנימו זאת שחקנים משפטיים, ורמת הציות שלהם לחוק תרד.

5 "Civil justice is a public good just as are public health", JAMES R. MAXEINER, GYOOH LEE, ARMIN WEBER, FAILURE OF AMERICAN CIVIL JUSTICE IN INTERNATIONAL PERSPECTIVE 255 (2011).

- (1) אין השימוש על ידי האחד גורע, מעשית, מיכולתו של האחר ליהנות מהמוצר
; non-rivalry
- (2) אי אפשר למנוע מאחרים את השימוש החופשי במוצר הציבורי non-
(excludability).

מוצרים ציבוריים מתאפיינים בכך שמרגע שיוצרו על ידי אחד, אין ליצרן יכולת להדיר אחרים מההנאה מהמוצר, ואף אין ביכולת היצרן לשלוט על רמת ההנאה שאחרים מפיקים או יכולים להפיק מהמוצר הציבורי. באין יכולת הדרה משימוש לא יוכל מנגנון השוק לתפקד ביעילות לשם הקצאת המוצר הציבורי למשתמשים לפי רמת התועלת למשתמש (והשתקפותה במחיר). משתמש רציונלי לא יסכים לשלם עבור מוצר או שירות כאשר הוא יכול ליהנות ממנו בלא שישלם תמורה. לדוגמה, המציב פנס תאורה מעל המדרכה בכניסה לביתו אמנם מפיק הנאה פרטית מהתאורה, אך אינו יכול למנוע מעוברי אורח ליהנות אף הם מהתאורה. אין באפשרותו לגבות מעוברי האורח, או מהשכנים, המפיקים תועלת מהתאורה, מחיר בעבור ההנאה שהם מפיקים ממנה בעת עברם ברחוב בסמוך לבית המואר. בנסיבות כאלה ייצור מוצרים ציבוריים, על ידי השוק הפרטי, יהיה ברמה נמוכה מהרמה האופטימלית מבחינה חברתית.

חברה המסתמכת על מנגנון שוק או על אספקה פרטית של מוצרים ציבוריים תסבול מתת-ייצור של המוצרים הציבוריים. מרבית השחקנים הפרטיים יתפקדו כמשיאי תועלת פרטית-אנוכית ויעדיפו "לתפוס טרמפ" (free ride) על יצרן המוצר הציבורי ולהימנע מהשתתפות בעלות ההפקה או הייצור של המוצר הציבורי.⁶ גורם פרטי המייצר מוצר ציבורי לא יעסוק בסבסוד משתמשים אחרים אלא ייצר את המוצר הציבורי ברמת המינימום ההכרחי מבחינת תועלתו הפרטית, וגם אז באיכות או בהיקף הנמוכים מהאופטימום החברתי.⁷

באין מנגנון שוק להקצאה יעילה של מוצרים ציבוריים נדרשת מעורבות של גורם שלישי שייצר את המוצרים הציבוריים. המדינה, כמי שאמונה על טובת הכלל וכמי שאמורה לפעול להשאת התועלת החברתית, יכולה לספק כמות גדולה יותר, המתקרבת לאופטימום החברתי, של מוצרים ציבוריים. המדינה יכולה לממן את עלות הפקת המוצרים הציבוריים מתוך תשלומי המסים ומהכנסות המדינה. כמתכנתת חברתית תוכל המדינה להקצות את המשאבים באופן שתמוקסם הרווחה החברתית ותהיה אספקה נאותה של מוצרים ציבוריים.

6 יצוין כי קיים תנאי נוסף, או מוקדם, להגדרת מוצר ציבורי והוא כי המוצר אינו במחסור, ועלות הפקתו אינה טריוויאלית. ללא הוספת תנאי זה יהיו מוצרים כגון אור השמש או האוויר לנשימה בגדר מוצר ציבורי.

7 מהות המוצר הציבורי גורמת שגם ברמת הייצור הנמוכה מהאופטימום ימשיך היצרן הפרטי לסבסד אחרים.

בהתקיים תכלית מרכזית זו, מתמחות הרשויות המבצעות באספקת מגוון רחב של מוצרים ציבוריים כגון ביטחון, דרכים, שירותי בריאות הציבור, שירותי אכיפת חוק, כליאת העבריינים ועוד רבים. בד בבד הרשות המחוקקת מספקת שירותים ציבוריים במגוון פעולותיה, החל בבקרה על הגופים המנהליים וכלה בשירותי חקיקה.

כללית, יש לראות ביצירת מסגרת של כללי משחק משפטיים לחברה נתונה, ובכלל זה את המסגרת לאכיפתם, מוצר ציבורי. קיומה של מערכת כללים כזו הוא תנאי מוקדם לאפשרות קיומו של שוק, במובן הכלכלי, שמנגנוניו יבצעו את ההקצאה היעילה הן מהבחינה החברתית והן הפרטנית. ללא הגדרה של זכויות (כגון זכויות קניין) או מכשירים משפטיים לסחר בזכויות (דיני חוזים) לא ייתכן כלל קיומו של שוק, וממילא לא תתאפשר ההקצאה היעילה של המקורות. ברור אפוא שמתווה בסיסי של השיטה המשפטית הוא הכרחי כדי לאפשר לחברה לקיים שווקים, ובוודאי לצורך קיום כלכלת שוק. מכאן שהמוצר הציבורי הקרוי "משפט", לפחות ביסודו, צריך להיות מסופק על ידי המדינה.

ללא קיומה של מדינה יוצרת דין תהיה תת-אספקה של דינים ושל אכיפתם. עלויות עסקה ותת-התמריץ לפרטים לייצר דין כללי יביאו ליצירת דין "רוזה" ובלתי יעיל. מקבל החלטות רציונלי לא יחפוץ לשאת בעלויות הבירור והאכיפה של הדין (מערכת שיפוטית כללית) באשר לעניינים שאינם נוגעים לו ישירות (כגון עתירות חוקתיות או הליך פלילי), ואף לא יהיה נכון להשקיע במערכת שיפוטית בעניינים שאינם משפיעים מהותית על רווחתו.

לאחר שכל הדברים האלה נאמרו יש להדגיש כי למטבע יש גם צד שני: לא כל שירות היוצר דין או מפרש דין ולא כל אספקה של שירותי הכרעה שיפוטיים הם בגדר מוצר ציבורי. כאמור קיום מערכת בתי משפט אמינה, כשלעצמו, מייצר הטבה חופשית לכלל השחקנים במשק. אולם עצם העובדה כי שירותי השפיטה יוצרים הטבה, חופשית מתשלום, לצדדים שלישיים אינה מגדירה את השירותים הללו בהכרח – מוצר ציבורי. היכולת החופשית של צד שלישי ליהנות ממוצר או שירות ללא תשלום תמורה הוא אכן מאפיין מובהק של מוצר ציבורי, אולם אפשר שתקיים גם מערכת חלופית המייצרת השפעות חיצוניות חיוביות. אכן, לא כל פעילות המייצרת השפעות חיצוניות חיוביות היא בגדר מוצר ציבורי – אף כי כל מוצר ציבורי מייצר השפעות חיצוניות חיוביות.

התפיסה הממשיגה את מערכת השפיטה כמערכת המספקת מוצרים ציבוריים היא תפיסה דומיננטית⁸ במדינות רבות, והייתה עוד יותר כזו בימים עברו. לפי תפיסה זו, אם

8 "the mainstream model considers justice as a public good" BEYOND COMMON KNOWLEDGE: EMPIRICAL APPROACHES TO THE RULE OF LAW 14 (Jensen & Heller ed., 2003).

השירותים הניתנים על ידי בתי המשפט הם בגדר מוצר ציבורי, יש לכך השלכה על הבנת תפקיד המדינה כיצרנית של הלכות משפטיות ועל המונופולין שהוענק מכוח הדין למערכות השיפוט של המדינה. הסמכות השלטונית לקיים שירותי שפיטה אף נתפסה, בעבר הלא רחוק, כמאפיין שלטוני-ריבוני יחידאי ושררה תפיסה מעין אקסיומטית של ייחוד כוח השפיטה לריבון. לפיכך אין תמה שבחלק משיטות המשפט הוגדרה התנאה על סמכות בתי המשפט בדרך של הוצאת עניין להכרעה חיצונית להם, כפעולה הפוגעת בעצם סמכות הריבון ולכן חסרת תוקף משפטי. לדוגמה, בחלק ממדינות המשפט המקובל, כגון ארצות הברית, התפתחה דוקטרינה הקובעת כי חוזים המפנים מחלוקות ממערכת בתי המשפט המקומית לשיפוט זר הם התרסה על כוח הריבון (jurisdiction ouster of). מתפיסה זו נגזרו, כמעט בהכרח, הלכות משפטיות אשר פסלו את התוקף המשפטי של הסכמות בין פרטים להעברת ההכרעה במחלוקת למערכת השפיטה של הריבון לגורמים חלופיים. גישה משפטית זו, שבעיקרה עברה מן העולם (לפחות בכל הקשור להתדיינות שאינן פוגעות בטובת הכלל), מדמה את אספקת שירותי השפיטה למשפחת המוצרים הציבוריים שאין אפשרות משפטית להפקיעם מידי הריבון ולהפקידם בידי השוק הפרטי, כגון שירותי משטרה, כליאה או ביטחון.

בשונה מגישות אלה לניתוח ההצדקה לקיום מונופול המדינה על שירותי שפיטה, תיבחן להלן השאלה אם אמנם בתי המשפט מייצרים רק מוצרים ציבוריים. כפי שיתברר, מסתמנים בעניין זה לא מעט סימני שאלה, ומכאן נגזרים גם כמה ספקות באשר למונופול המדינה על שירותי השפיטה.

כאמור, הבעיה המרכזית בעניין כמות השירותים הציבוריים היא אי-התאמה של מנגנוני שוק כמנגנון הקצאה המביא לייצור כמות אופטימלית של המוצר הציבורי. משכך, בהשלכה למערכות שיפוטיות הטיעון הוא כי מנגנון השוק לא יביא ליצירה מספקת של מנגנוני הכרעה שיפוטיים ושל תפוקות שיפוטיות. מכאן הטיעון שחברה שתפקיד את הבעלות והניהול של מערכות ההכרעה השיפוטיות בידי השוק הפרטי תימצא במצב של תת-ייצור של מכריעים משפטיים והכרעות שיפוטיות, ומשכך, גם ברמת ליטיגציה פחותה מהרצוי חברתית.

מעצם מהותה יש בהכרעה השיפוטית שני מרכיבים: האחד, עניין האינטרס הפרטי של כל אחד מהצדדים למחלוקת, ובראש ובראשונה שתינתן הכרעה שיפוטית לטובתו. מרכיב זה מתקיים כמעט ללא יוצא מן הכלל בכל הליך הכרעה במחלוקת, ובכלל זה בהליך שיפוטי (ובמידה רבה גם במקרים שצד מייצג מכוח תפקידו את האינטרס הציבורי כפי הבנתו את האינטרס הציבורי); המרכיב השני בהכרעה שיפוטית הוא החלק הפרשני של ההכרעה השיפוטית; קביעת משמעותו של החוק על ידי בית משפט שהכרעותיו, להלכה או למעשה, יכולות להתפרש כבעלות ערך "מנבא" תקדימי, ולכן כבעלת מאפיינים של מוצר ציבורי.

המידע המשפטי, המחייב או המנחה, ואף המידע המשפטי שאינו בעל ערך פורמלי של תקדים, זמין לרבים וללא עלות, ולכן הכול יכולים להסתייע בו לתכנון פעולותיהם. לדוגמה, כאשר ההכרעה במחלוקת נתונה מצריכה את בית המשפט, המוסמך לקבוע את המשמעות המשפטית של המושג "תום לב", תשמש הקביעה בסיס להקצאת הזכויות בין הצדדים. אולם מלבד זאת אם מדובר בפרשנות בעלת ערך תקדימי, מחייב או מנחה, ישפיע פסק הדין על משמעות המושג תום לב בעניינם של מספר לא מוגבל של שחקנים הפועלים בתחום המשפט הפרטי, או יקבע את משמעותו. על סמך האינפורמציה באשר מהות הדין, כפי שנקבעה בפסיקה האמורה, יוכלו כלל השחקנים המשפטיים לכלכל את צעדיהם העתידיים תוך הפנמת המשמעות המשפטית של מושג תום הלב כפי שהוגדרה בהליך שהוכרע. כלומר, בלא השקעה מצד צדדים שלישיים להליך מועמדת לרשותם הפרשנות שבפסיקה שבה השקיעו המתדיינים עלויות כדי להביא פרשנות זו הדרושה להכרעה בעניינם. ככל שהפסיקה חדשנית ובעלת חשיבות רבה יותר כך היא תהיה מדריך רב ערך באשר למשמעות הדין. את עיקר הערך מהפסיקה החדשנית יפיקו דווקא בני אדם אחרים, שלא השקיעו ביצירת הדין, או הפרשנות החדשה. במובן זה קיימים בפסיקה כזו מאפיינים של מוצר ציבורי. כאמור, כל אדם יכול ליהנות ממנה ואין ביכולת אלה שהשקיעו ביצירתה להדיר מי מהם מהשימוש בה. גם אין מנגנון שיאפשר למשקיעים ביצירת הפסיקה לגבות מהמשתמשים מחיר כלשהו בשל השימוש במידע.

בני האדם שאינם צד להליך זוכים כאן בהטבת חנם (free ride) המאפשרת להם לתכנן את פעולותיהם ברמת ודאות משפטית גבוהה יותר ולתכנן מראש את צעדיהם, וכך עולה תועלתם ללא השקעה מצדם. אם ההשקעה בייצור הפסיקה נמוכה מתוספת התועלת לכלל השחקנים המשפטיים, הרי שהמוצר הציבורי – פסיקה – מעלה את סך התועלת החברתית. מערכות שפיטה, על פי דין, מתפקדות כספקיות הן של מוצר פרטי והן של ציבורי.⁹ בתי המשפט מספקים שירותי הכרעה למחלוקות ספציפיות שבין צדדים. במובן זה השירות השיפוטי הוא בראש ובראשונה עניין לצדדים. כאשר בית משפט מכריע כיצד תחולק הירושה, הריהו מקצה עושר קיים בין הצדדים מבלי שתהיה לכך כל השלכה על רמת הרווחה החברתית הכללית. כל הקצאה שהיא מעוגת ירושה בין פרטים דומים אינה משנה במישורין את רמת העושר החברתית הכוללת. רק הצדדים המעורבים ישירות בהליך השיפוטי נהנים (או מפסידים) מההכרעה, ורק עושרם הפרטי מושפע ישירות מההכרעה השיפוטית. בסוג כזה של הכרעות שיפוטיות פועלת המדינה, באמצעות בתי המשפט, כספק

William M. Landes, Richard A. Posner, *Adjudication as a Private Good*, 8 J. LEGAL STUD. 235 (1979).

שירותים פרטיים למתדיינים מבלי שהדבר יכול בהכרח להיתפס כמתן שירות ציבורי.¹⁰ למעשה בעניינים כאלה ייתכן מאוד שקיים מנגנון שוק שיכול להיות יעיל יותר באספקת גורמי הכרעה. אם שירות שעפוטי כזה מסובסד על ידי המדינה, הרי שבסבסוד הוא בגדר הסטת משאבים חברתיים משימושים המגדילים את רמת הרווחה החברתית הכוללת לשימושים העוסקים בחלוקת עושר קיים.¹¹

פעולות מערכת השפיטה עשויות לייצר מוצר ציבורי אף שאין בפסיקתם ערך פרשני או תקדימי, והיא מתמקדת בעניין הנוגע אך למתדיינים עצמם. כך הדבר במקום שבתי המשפט מקצים נכסים בין מתדיינים או קובעים את תוקף הזכויות המשפטיות של המתדיינים, והכול כאשר לקביעה זו יש השלכות על צדדים שלישיים. כדוגמה נבחן שתי מחלוקות בדבר בעלות בפטנט. באחת נחלקים צדדים באשר לשיעור הבעלות של כל אחד מהם בפטנט שנרשם על שםם. ההקצאה השיפוטית למי שייך הפטנט היא בראש ובראשונה עניינם של המתדיינים, ולציבור אין עניין בכך אלא בצורה מוגבלת ביותר. בין שהפטנט שייך לאחד או לאחר, ככל מקרה הציבור חייב בכיבוד הפטנט ובנשיאה בעלות המונופוליסטית הנובעת מכך. לעומת זאת נבחן מקרה אחר שבו קיימת מחלוקת בין הטוען לבעלות בפטנט, לבין מי שמתגונן בטענה בדבר חוסר תקפות הפטנט. הכרעה כזו משלבת הן יסוד פרטי והן מוצר ציבורי. במחלוקת הספציפית יש עניין אך לתובע ולנתבע, אולם להכרעה בדבר תוקפו של הפטנט חשיבות בעיקר בשביל כלל הציבור. אם אין תוקף לפטנט, הרי שמבטל מונופולין שהציבור כפוף לו – ובכך מיוצר מוצר ציבורי.

בדומה לכך בתי המשפט יכולים להיחשב ספקי שירות ציבורי גם כאשר ההכרעה המשפטית אינה תקדים משפטי, וגם כאשר לכאורה העניין המרכזי בהליך המשפטי הוא אך בין הצדדים לו. לדוגמה, כאשר בית משפט דן בעניינו של עבריין ומרשיעו (או מזכו) וגוזר עליו עונש. לכאורה יש בהכרעה זו כדי להשפיע רק על העבריין. אולם לתפקודם של בתי המשפט וליעילותם באכיפה הפלילית גם השלכות מרחיקות לכת מלבד ההכרעה בעניין הנדון. מידת ההרתעה של דיני העונשין מושפעת ישירות מרמת הדיוק בהרשעות ומחומרת הענישה. לפיכך ככל שההכרעות הפליליות הן נכונות יותר, כך תעלה רמת ההרתעה הכוללת

10 דברים אלה נכונים אם המדובר הוא בסכסוך ירושה שההכרעה בו אינה מחדשת דבר בדיני הירושה. באותו הקשר אפשר להביא דוגמאות רבות אחרות, כגון אכיפת חוזה כאשר לנתבע אין כל טענת הגנה, וממילא אין מתחדשת כאן כל הלכה משפטית. הבעיה היא שקשה לסווג סכסוך, לפני הבאתו לערכאות, ככזה שתצמח ממנו איזו הלכה משפטית או כזה שלא תצמח ממנו אלא אפליקציה מכנית של דין קיים.

11 יש להבדיל בין ההכרעה באשר לחלוקת הרכוש שבעיזבון לבין השלכות נוספות של קיום מנגנון חלוקה כזה. למשל, קיום מנגנון הקצאה אמין ויעיל מבטיח למוריש כי רכושו יועבר לאלה שיש להם בהם חפץ. לפיכך ייתכן שהמוריש ייצר יותר עושר כדי להורישו, ובכך תגדל הרווחה החברתית.

מפני ביצוע עברות בחברה נתונה. עבריינים פוטנציאליים המודעים לאפשרות שבתי המשפט ירשיעו אותם אם יעברו עברה ויגזרו עליהם עונש שייטול מהם את ההתעשרות הצפויה מהעברה, ייטו יותר להימנע מביצוע העברות. מובן שאם בתי המשפט אינם מדויקים, עלולה להתקבל תוצאה שונה.¹² במובן זה מדובר במוצר ציבורי שההנאה ממנו שמורה לכלל הישועות המשפטיות האמורות להיות מוגנות מפני עברות פליליות. כלומר, בתי המשפט הפועלים כהלכה מספקים במתכונת פעולתם מוצר ציבורי נוסף והוא אפקטיביות אכיפת החוק.¹³

ההחלטות באשר לכמות הייצור של המוצר הציבורי ואילו מוצרים ציבוריים ייוצרו נתונות בידי היצרן. לפיכך אם מערכות שפיטה על פי דין הן מוצר ציבורי, על המדינה לקבוע מה יהיו ההיקף של מערכות השפיטה ואיכותן. אם המדינה נוהגת כמתכנן ראוי, הרי שההשקעה בייצור מוצרים ציבוריים תהיה ברמה שבה הערך השולי של המוצר הציבורי לחברה יהיה זהה לעלות השולית שביצירת היחידה הנוספת של המוצר הציבורי (מגבלות תקציב ונטיות פוליטיות יכולות כמובן להביא להקצאה אחרת). אולם מכיוון שהשליטה על ייזום הליכים משפטיים נתונה בידי התובעים, אין המתכנן החברתי ככלל יכול להקצות את המשאבים המוגבלים שבידו באופן שבתי המשפט ידונו בעניינים שיש בהם חשיבות רבה מבחינת תרומתם לגידול בעושר החברתי.

אם אכן תפקיד בתי המשפט הוא לייצר מוצרים ציבוריים, הרי שמנהלי המערכת צריכים להקצות את משאבי השפיטה בין תיקים שעיקרם באינטרס הפרטי של הצדדים (מוצר פרטי) לבין כאלה שההכרעה בהם תייצר מוצר ציבורי. מבחינה כלכלית היה צריך לפתח מנגנון מיון, שידרג את התיקים על פי התועלת לציבור ולקבוע להם סדר דיון בהתאם. מדיניות כזו הייתה מביאה להקדמת הדיון בנושאים חשובים מבחינה ציבורית ולדחייה בעניינים שעיקרם מחלוקת פרטית.¹⁴

התפקיד לייצר מוצרים ציבוריים עומד לכאורה בסתירה למדיניות הנוהגת בבתי המשפט לעודד באופן יזום, גורף ונמרץ פשרות ולהפנות ההליך לחלופת פתרון סכסוכים. הרוב המכריע של התיקים שבהם מתחיל דיון מסתיימים בפשרה. רק מספר נמוך ביותר של תיקים מגיע להכרעה בפסק דין. בתי המשפט, כעניין של מדיניות, מעודדים את המתדיינים לסיים

12 ראו להלן בתת הפרק – הדיוק בפסיקה.

13 זאת כמובן בהנחה שמדובר בשונאי-סיכון. אם העדפות הסיכון שונות, כגון שחלק מהעבריינים שונאי-סיכון וחלקם אוהבי-סיכון, תתקבל תוצאה שונה מבחינת היקף העבריינות. אולם גם כן וגם כך לאיכות בתי המשפט תהיה השפעה.

14 מובן שדחייה ממושכת מדי של עניינים ממוקדי-אינטרס פרטי הייתה מתבטאת בהפנמה בהתנהגות הפרטים מראש ופוגעת בתמריץ לקיים את החוק, ושיקול זה צריך להיכלל בין מרכיבי החלטת הדירוג.

את ההליך בפשרה או בהפניה להליכים חלופיים. גם המחוקק מתמרץ את הצדדים לסיים את המחלוקות בלא שיידרש פסק דין, בין בפשרה ובין בהפניה להליכים חלופיים (כגון באמצעות החזר תשלומי אגרה). במקרים שכאלה המוצר הציבורי הגלום בהכרעה המשפטית (לדוגמה, מידע משפטי בנושא חשוב שטרם הוכרע) לא ייוצר כלל.

מבחינה כלכלית בשל העלות, הזמן שיפוטי והיותו במחסור היה צריך לפתח מדיניות המתמרת (חיובית או שלילית בהתאמה) את ההכרעה בהליכים על פי ערך המוצר הציבורי המופק מהם. בפועל לא רק שבתי המשפט מתנהלים בלא מנגנון מובנה של דירוג התיקים (למעט מקרים חריגים), אלא שהם מפעילים מנגנון לסילוק תיקים ללא תלות בערך החברתי הנובע מבירורם.

בתי המשפט, המבקשים להשיא את הערך החברתי של פעילותם, היו אמורים לפתח מדיניות עידוד פשרות או הפניה לחלופות פתרון סכסוכים לפי דירוג תרומת ההליך כמוצר ציבורי. במובן זה היו בתי המשפט מייצרים, מכוח מדיניותם, תחליף למנגנון הברירה של תיקים לדיון (בדומה למנגנון אישור בקשת רשות ערעור). הכלל היה אמור להתוות שיקול דעת המקדם פשרות והליכים חלופיים, ובכך היה בית המשפט משווה את עלויות בירור התיקים לערך החברתי הנובע מהם. תפקיד בית המשפט אינו למקסם את מספר ההחלטות המהוות מוצר ציבורי אלא את סך כל הערך החברתי של פעילותו.

כאמור, רוב התיקים המובאים בפני מערכות בתי המשפט אינם מייצרים מוצרים ציבוריים ישירות. אם כך, מה הטעם שהמדינה תספק בעניינים כאלה מערכת משפטית ותישא בעלויותיה?¹⁵ אין הסבר כלכלי מניח את הדעת למעורבות המדינה בהתדיינות אזרחית שכזו, למעט הטענות כי מערכות הכרעה אלטרנטיביות אינן יעילות. אין הוכחה לכך, ודומני כי נהפוך הוא: מנגנוני הכרעה ושפיטה פרטיים התקיימו ומתקיימים לאורך דורות, ואין כל הוכחה שאינם יעילים.

כאשר בוחנים את השאלה מנקודת הראות של מערכת המשפט הישראלית, כדאי להתייחס לנתונים מתוך סקר עמדות של עורכי הדין בישראל.¹⁶ נתונים אלה מלמדים כי כשהצדדים כורתים חוזה, בכמצצית מכלל החוזים נכללים סעיפי בורות. כלומר, טרם

15 למעשה, במקרים כאלה יש בסבסוד מערכת בתי המשפט העברת עושר לפרטים, הנהנים ממנגנון בעל אופי של חלופת פתרון סכסוך (ADR) על חשבון משלמי המסים. המדינה אינה מקבלת מוצר ציבורי מהסדרה בפשרה של הסכסוך, למעט פינוי זמן שיפוטי, אשר מתחילה לא היה צריך להיות מוקצה לפתרון סכסוך פרטי כזה.

16 בר ניב משה, לחמן רן "ישימות מנגנון הבוררות כמנגנון בהקלה בעומס על בתי המשפט בישראל" הפרקליט מ' 269 (תשנ"ב); משה בר ניב, רן לחמן "חלופות לפתרון סכסוכים – הנטיה וגורמיה" עיוני משפט יח 591 (תשנ"ד).

פריצת המחלוקת בהסכמה, הממקסמת את עושרם של הצדדים, הם בוחרים שלא להגיע אל המערכת השיפוטית.

לעומת זאת כאשר פורץ סכסוך בין הצדדים והוגשה תביעה, הנטייה לבוררות נמוכה ביותר. לשון אחרת, הנטייה לבחור בהליך פרטי לפני פרוץ הסכסוך הרבה יותר גדולה מאשר בשלב המאוחר יותר שבו התביעה כבר תלויה ועומדת בפני בית המשפט. אין זאת אלא שבעיני אחד הצדדים (כנראה הנתבע) הדיון בבית המשפט מקנה לו יתרונות טקטיים. יתרון טקטי כזה מחזק את ההשערה כי יש במתכונת שבה מתנהלים בתי המשפט כדי לאפשר ניצול לרעה של הליכי בית המשפט.

ככל שניהול ההליכים יעיל פחות, עולה המוטיבציה להתנהגות טקטית אופורטוניסטית, שתכליתה למקסם את אי-יעילותה של המערכת. סביר להניח כי לנתבע בנסיבות כאלה אינטרס "לסחוב" את ההליכים על פני תקופת זמן ממושכת ובכך להעמיס עלויות על התובע. מצב דברים מתמשך כזה מאפשר לנתבע לסחוט פשרות שמיטיבות אתו יותר ממה שהיה מקבל אילו הייתה המערכת יעילה. סביר אפוא להניח שהנטייה השונה לבוררות היא אינדיקציה למתכונת התנהלות לא יעילה בהליכים השיפוטיים, המייצרת החצנה שלילית – "מוצר ציבורי שלילי".

ד. התקדים

תקדים הוא החלטה שיפוטית המנחה – או כובלת – מכוח קדימותה בתי משפט אחרים בבואם להכריע בעתיד בסוגיה משפטית דומה. יש להבחין בין תקדים המחייב בתי משפט להסתמך עליו לבין מצב שבו בתי משפט משתכנעים מהחלטות קודמות ומאמצים אותן מבלי שהם חייבים לעשות כן, שאזי אין מדובר בשיטת תקדים. עולה השאלה מדוע שיטות משפט (כגון המשפט המקובל), כובלות עצמן לשיטת תקדים ואילו שיטות אחרות (כגון השיטה הקונטיננטלית) אינן, לפחות פורמלית, נוהגות כך? המענה נעוץ במידה רבה במתכונת ההתפתחות ההיסטורית של שיטת המשפט ושל היחס בין פסיקת בתי המשפט לדין החקוק.

בסעיף זה תיבחן שאלה זו מנקודת ראות כלכלית, ותיבחן יעילותה של שיטת התקדים. במערכת בתי המשפט הישראלית, בעקבות גישת המשפט המקובל, נוהגת שיטת התקדים. הכרעות בית המשפט העליון מחייבות את בתי המשפט הנמוכים ממנו אך אינן מחייבות את בית המשפט העליון עצמו. החלטות בתי המשפט המחוזיים מנחות את בתי המשפט שמתחתיהם אך אינן מחייבות את בתי המשפט המחוזיים עצמם.

שיטת התקדים חוסכת בהקצאת משאבים שהיו נדרשים לולא השיטה לשם דיון מחדש, בכל פעם, בשאלה משפטית שכבר הוכרעה בעבר באורח תקדימי. בכך נחסכות הוצאות

עסקה לצדדים המתדיינים שאינם צריכים לחקור מחדש את הנושא המשפטי שהוכרע בתקדים. בדומה לכך, מושג חיסכון ניכר בהוצאות ניהול המערכת השיפוטית שבה נמנעים בתי המשפט מהצורך לבחון ולהכריע מחדש בסוגיה שכבר הוכרעה. כלומר, מבחינה כלכלית שיטת התקדים מפחיתה את אי-הוודאות לגבי משמעות הדין וחוסכת בהוצאות עסקה, ולכן לכאורה תורמת ליעילות הכלכלית. מנגד קיומו של התקדים המחייב מגביל את התאמת המשפט לתנאים משתנים, ובכך יוצר עליות חברתיות שאינן קיימות בשיטה שאינה כבולת-תקדים. בדומה לכך, במקרים שבהם התקדים מוטעה יגרמו הוצאות חברתיות מיותרות עד לתיקונו של התקדים.

מוסד התקדים מצריך בניית ערכאות שפיטה איכותיות יותר – שבידיהן יופקד ייצור התקדימים המחייבים. ההשקעה של המדינה בבתי המשפט, יוצרי התקדים, מתבטאת בעלויות גבוהות יותר של המערכת השיפוטית. בתי משפט, יוצרי התקדים המחייב, יושבים לדין בחלק ניכר ביותר של התיקים, בהרכבים של כמה שופטים. כך יושב בית-המשפט העליון בהרכב של שלושה בכל דיוניו, ולעתים אף בהרכב גדול יותר. ערעורים בבית המשפט המחוזי נשמעים בהרכב של שלושה, וכך אף מקצת העניינים הפליליים שעניינם בעברות חמורות. השופטים המתמנים לערכאות הגבוהות יוצרות התקדים המחייב, או אף המנחה, הם לכאורה איכותיים יותר. יהיו אלה שופטים מנוסים שהוכיחו את עצמם, לאורך תקופה, בערכאות נמוכות, או עורכי דין בכירים בעלי מוניטין רב. שופטים כאלה הם משאב מוגבל יותר, עלותם למערכת הכוללת את שכרם ואת השירותים הנלווים הניתנים להם לצורך ביצוע תפקידם גבוהה מזו הכרוכה בניהול הליך בערכאה שאינה יוצרת תקדים. במיוחד מייקר את ההליך הצורך לקיים דיונים בהרכב של כמה שופטים. מכאן שהעלות הישירה למדינה של שעת דיון בתיק בבית המשפט העליון היא גבוהה בהרבה מעלות הדיון, המקבילה, בערכאת בית משפט השלום שלפסקיה אין כל ערך תקדימי פורמלי. ההשקעה הגבוהה יותר בבתי המשפט יוצרי התקדים מוצדקת מהטעם שבייצור תקדימים נדרשת איכות פסיקה גבוהה יותר עקב ההחצנות של ההחלטה התקדימית עלצדדים שלישיים ועל מערכת בתי המשפט.

שיטת התקדים עלולה להיות בעייתית בתקופות של שינויים חברתיים וטכנולוגיים מואצים. תהליך התאמת הפסיקה לנסיבות המשתנות הוא אטי יחסית. לכן בתקופת הביניים עד להצטברות מערכת תקדימים מקיפה התואמת שינויים שקרו, חלים התקדימים שנפסקו בעבר ומחייבים אף שנדרשים תקדימים חדשים מתאימים יותר. בתקופת הביניים, שיכולה להיות ארוכה יחסית, אין דין הפסיקה התקדימי נותן פתרונות מיטביים לחברה. זאת ועוד, תהליך יצירת התקדימים יזום על ידי הצדדים למחלוקות ונסיבות אקראיות. משכך, עד אשר מתגבש דין תקדימי מקיף יכולה לחלוף תקופה ארוכה. בתקופת הביניים הזו, שבה אין מספיק תקדימים חדשים, מצטרפת לאי-התאמת הדין התקדימי הנוהג גם אי-הוודאות באשר למשמעות הדין כפי שייקבע בתקדימים החדשים. אי-הוודאות הנוספת מעלה את מחיר

הפעילות החברתית והעסקית, ובכך גורר המבנה התקדימי בתקופות של שינויים מהותיים ומהירים למחיר כלכלי כפול. לכאורה היה אפשר לצפות בתקופות של שינויים כאלה להיווצרות מערכת ברירה של תיקים שתיתן עדיפות בהקצאת משאבי זמן ואיכות ליצירת תקדים דווקא בתחום הנדרש. ייתכן אף שהיה מקום לייצר מערכת שלטונית שתיוזם יצירה עצמאית של תקדימים כדי לספק את המידע המשפטי לציבור. בפועל אין מערכת מובנית כזו המקצה את הזמן השיפוטי להתאמה מחייבת של הדין התקדימי.

החלטה של ערכאה שפסקי הדין שלה מהווים תקדים מחייב עשויה להיות מורכבת מהחלק האופרטיבי של הפסיקה, שעיקרו העובדות המהותיות המהוות בסיס להכרעה, ומההכרעה המשפטית בעניינן (*ratio-decidenti*). לעתים תכופות מרחיבים פסקי הדין וקובעים הלכות בעניינים משפטיים שאינם הכרחיים להכרעה. הרחבות אלה – אמרות אגב אורחא (*obiter-dictum*) – אינן מחייבות כתקדים מחייב, אך אם ניתנו על ידי בית משפט גבוה, יש בהן הדרכה לבתי משפט ולשחקנים המשפטיים באשר לפרשנות הדין. מבנה פסיקה זה מעלה את השאלה מדוע בכלל משקיע בית המשפט את זמנו בהתוויה של פרשנות משפטית לעניין שאינו דרוש לצורך ההכרעה, ומדוע אין לפסיקת אגב אורחא משמעות תקדימית.

מההיבט הכלכלי ההכרעות אגב אורחא הן בגדר מנגנון יזום של בתי המשפט לייצור ואספקה של אינפורמציה משפטית, וזאת מבלי שיונעו על ידי המתדיינים להכריע בעניין, ואף מבלי שלצדדים הישירים יש עניין בהחלטות אלה. השקעתם של בתי המשפט בייצור מידע זה יכולה להיות מוסברת בצורך להפחית את אי-הוודאות באשר לדין הכללי, הנובעת מהיעדר מצבור מספיק של תקדימים בנושא שנפסק אגב אורחא.¹⁷ במובן זה מייצרים בתי המשפט מוצר ציבורי טהור, שכל התועלת שבו היא לציבור הרחב. מכיוון שלא כדאי למתדיינים להשקיע הרבה בהכנת טיעונים משפטיים באשר לשאלות אגב אורחא, יעמוד לרשות בית המשפט אך מידע חלקי, ולכן רמת הדיוק והיציבות של ההלכות האגב אורחא פחותות מאלה של הלכות התקדים המחייב. במובן זה, הערך החברתי של הלכות אלה נמוך יותר. אולם אם בתי המשפט יונחו על ידי שיקולים של מקסום רווחה חברתית, ועל פיהם ייבחרו הנושאים להכרעה האגב אורחא, הרי יש במידע המשפטי הגלום בהחלטת אוביטר כדי לכוון את פעולות השחקנים המשפטיים באשר לדין הצפוי. בד בבד יש בכך כדי להדריך את הרשויות לעצב דין בכיוון הנראה לבתי המשפט ככיוון הנכון לפיתוח הדין או לתיקונו. זאת מבלי להמתין להתפתחות אקראית שתזמן בעוד תקופה לא ידועה וארוכה לעתים את הנושא להכרעה לגופו.

17 קיימים הסברים נוספים, ובהם רצון השופטים לנתב את התפתחות הדין העתידי בכיוון הנראה להם נכון, על פי ערכיהם והעדפותיהם.

הסבר כלכלי נוסף להיעדר משקל תקדימי מחייב לאמרות אגב אורחא נעוץ בשיקולי יעילות של ניהול ההתדיינות ובמתח שבין אינטרס הפרט לאינטרס הציבורי. הנושאים מוקד המחלוקת ידועים מראש לצדדים, המשקיעים בלימודם ובחקירתם משאבים מתאימים, ובעקבות זאת מעמידים לרשות בתי המשפט את האינפורמציה המשפטית הנחוצה להכרעה בהם. בכך מתאפשר לבתי המשפט – ובמיוחד כאלה המושתתים על מסורת אדוורסרית – לקבל רמת מידע הדרושה להכרעה ברמת הוצאות נמוכה יחסית למערכת השיפוטית. עיקר העלות של ייצור המידע המשפטי מוטל על הצדדים, האוספים ועורכים את המידע המשפטי הדרוש להכרעה. לצדדים אין כל תמריץ כלכלי להביא בפני בית המשפט מידע משפטי הנוגע לעניינים שאינם דרושים ישירות להכרעה במחלוקת שביניהם. מכיוון שעלות ייצור האינפורמציה היא חיובית, ובאין לצדדים תמריץ לאספקת אינפורמציה שאינה דרושה לעניין לא יספק צד – מקבל החלטות רציונלי – לבתי המשפט מידע נאות הנוגע לשאלות אגב אורחא. משכך, העלות של מערכת בתי המשפט בייצור נורמות, אגב אורחא, אמורה להיות גבוהה בהרבה מזו הנדרשת לפרשנות אותה נורמה הנעשית על סמך מידע מפורט המסופק על ידי הצדדים (המאירים את הנושא כל אחד מנקודת ראות נוגדת). על בית המשפט לאסוף את החומר המשפטי הנוגע לסוגית אגב אורחא ולבחון את השלכותיו השונות בהיבטים חברתיים די מורכבים. תהליך זה יקר וממושך, ולעתים קרובות חסרים בתי המשפט כלים וידע (כגון כלי איסוף לבחינת המצב העובדתי) המאפשרים ליבון הנושא. בהיעדר אינפורמציה מספיקה ומגבלות קשות של זמן שיפוטי שבמחסור, אין בתי המשפט יכולים להקצות את הזמן השיפוטי שבמחסור לליבון נאות של סוגיות אגב אורחא. מכאן שהלכות הנוצרות בתנאים תת-אופטימליים כאלה אינן צריכות או יכולות לשמש תקדים מחייב, מחמת ההנחה שהדיון בהן אינו מקיף ומעמיק דיו כדי ליצור תקדים מחייב המשקף את הדין המיטבי.¹⁸

להפקדת יצירת דין באמצעות תקדימים בידי מערכת בתי המשפט שני יתרונות כלכליים ניכרים: האחד, מתאפשר תהליך מתמיד והדרגתי של התאמת הדין לנסיבות החדשות; השני, חיסכון בעלויות עסקה הכרוכות בחקיקה מורכבת ומקיפה. יצירה מתמשכת של

18 כתיבת הלכת אגב אורחא נתונה לשיקול דעת מוחלט של השופטים, ואין כל בקרה על ההחלטה אם לכתוב הלכת אגב אורחא או לא. במובן זה, שופט המקצה זמן לכתובת הלכת אגב אורחא יכול שיעשה כן מטעמים של טובת הכלל, כאמור בגוף הדברים, או משום שקידום הנושא חשוב לו אישית. בשני המקרים יש יסוד לצפות שהשופט ישקיע בהכנת ההלכה, שכן הוא עושה זאת מרצונו ונושא אישית בעלות ההכנה. הרי השופט יכול להקצות את הזמן הזה למשימות אחרות שיקצרו את תור התיקים שעליו להשלים או למטרות פנאי. נכונות כזו יש בה אינדיקציה להשקעה סבירה בנושא ההלכה, ולכן היא מעלה את רמת דיוקה. אולם עדיין השופט יחסר את מלוא היקף יריעת הדין והנסיבות שיכולים הצדדים לספק לו.

תקדימים מאפשרת התאמת הדין לשינויים (גם אם באיחור מה) בצעדים הדרגתיים. בעקבות זאת יכולים השחקנים המשפטיים להתאים את עצמם באופן שוטף ובעלויות מדורגות (להבדיל מביצוע שינויים קיצוניים שעלותם, כעלות חד-פעמית, יכולה להיות גבוהה יותר). הטיעון הוא כי התפתחות הדרגתית של דין המבוסס על תקדימים, כדוגמת תהליך יצירת הדין במשפט המקובל, עשויה להביא ליצירת דין יעיל.¹⁹ במובן זה הטיעון אינו כי כללל בדין יציר פסיקה הוא יעיל, אלא כי הדרך הטובה ביותר להסביר את המשפט המקובל היא כדין הממקסם עושר חברתי.²⁰ הטענה מתוחמת אך לאותם הקשרים שבהם הדין אכן פותח הדרגתית בשיטת התקדים המחייב, כגון דין החוזים והנזיקין במשפט המקובל. גם התומכים הנמרצים ביותר של הסבר זה אינם מחילים אותו על דין חקוק המפורש על ידי הפסיקה,²¹ אשר התפתחותם אינה מבטיחה כי הדין יהיה יעיל.

ההסבר האינטואיטיבי שדין יציר פסיקה תקדימית אכן מעלה את רמת העושר החברתי נובע מהמהות המחייבת של התקדים. מכיוון שכך, השופט מפנים להחלטתו במקרה שלפניו גם את השלכות הפסיקה על התנהגות השחקנים המשפטיים בעתיד. הפנמה זו מכוונת את ההחלטה (והדין) באופן שינחה בעתיד להתנהגות מיטבית של פרטים. תהליך הדרגתי כזה בורר בסופו של דבר כללי הקצאה יעילים חברתיים.

המקור המרכזי של המשפט בישראל הוא החקיקה. לכן עצמתה של שיטת התקדים המחייב כמבנה המוסבר בהשאת עושר חברתי פחותה מאשר במבנה המשפט המקובל. עם זאת סביר להניח כי בתי המשפט, המשוחררים מהשפעה פוליטיות,²² יכולים לפתח דין המשפר את רמת העושר החברתי.

19 אין מדובר כמובן ביעילות-פרטו אלא ביעילות קלדור-היקס, שעניינה בכלל המעדיף הקצאה הגורמת לגידול בעושר של פרטים מסוימים אם גידול זה עולה על הירידה בעושר של פרטים אחרים.

20 RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 32 (8th ed., 2011) לדיון אקדמי בשאלת יעילות המשפט המקובל, ובכלל זה להשגות על השקפה זו, ראו לדוגמה: Paul Rubin, *Why is the Common Law Efficient*, 6 J. LEGAL STUD. 51-63 (1977); George Priest *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 J. LEGAL STUD. 65-82 (1977). יצוין כי מתכונת התפתחות דין יציר פסיקה היא המובילה למסקנת יעילות המשפט המקובל, וזאת אף אם אין השופטים מכוונים לכך במודע.

21 דין חקוק מונע לא אחת משיקולים המעוותים הקצאה יעילה של מקורות כגון שיקולים פוליטיים או משאיפה לרנטה (rent seeking) שעניינה בחלוקת העוגה תחת הגדלת העוגה (יעילות).

22 מובן שגם השופטים עצמם אינם נקיים מהטיות ערכיות ומקידום פסיקה על פי סולם הערכים שלהם. ראו לדוגמה: FRANCISCO CABRILLO, SEÁN FITZPATRICK, *THE ECONOMICS OF COURTS AND LITIGATION* 98-9 (2008).

פיתוח דין תקדימי יעיל דורש הקצאת משאבים שיפוטיים איכותיים להכרעה בנושאים המצריכים שינוי, על פי הקריטריונים של חשיבותם החברתית. אולם בשונה מהמתכונת במדינות רבות, יצרן התקדים המחייב – בית המשפט העליון – אינו, יכול, בדרך כלל, לבחור את הנושאים שבהם ידון. הוא מוצף באלפי תיקים ונדרש לדון בעניינים רבים החסרים ערך תקדימי ממשי. המודל השונה – בחירת נושאי הדיון – בא לידי ביטוי בדוגמה של בית המשפט העליון שבארצות הברית. בית משפט זה בורר את העניינים שבהם ידון, ובכך יכול לנתב את משאביו המוגבלים, באופן מיטבי, לפיתוח הדין התקדימי על פי חשיבות הנושא וערך ההכרעה כמוצר ציבורי. בית המשפט העליון של ארצות הברית בורר מדי שנה סדר גודל של כמאה תיקים מתוך אלפי העתירות המוגשות לו לשמיעה כערעור. לפיכך יכולים כל שופטיו להעמיק ולבחון בכל אחד מהתיקים הללו ולפתח הלכה מחייבת, לאחר עיון ולימוד מקיפים בנושא.

לצדדים אין בדרך כלל עניין ביצירת התקדים, וכל עניינם לזכות בהליך על פי שיקולי כדאיות אנוכיים. תהליך כזה יכול להוביל להיווצרות והצטברות תת־אופטימליים של תקדימים.²³ חמור מכך, דוקא כאשר למי מהצדדים עניין מיוחד ביצירת תקדים מחייב עלולה שליטת הצדדים על ייזום ההליכים לגרום להיווצרות מוטה של תקדימים, וזאת הן כאשר לתזרים התקדימים והן כאשר לתוכנם. לדוגמה, צדדים בעלי מומן שעניינם בהליך חורג מגדר ההכרעה בסכסוך הספציפי יכולים לרכז משאבי־יתר בניהול התיק כדי להשיג הכרעה מהירה יותר בנושאים החשובים להם. בדומה לכך יוגשו ערעורים לבית המשפט העליון גם כאשר אין עניין חברתי בערעור – והכול כדי להשפיע על ייצור הלכה ותקדים מחייב שיקדם את ענייניהם.

בדומה לכך, יכולים בעלי אינטרסים חוזרים לבחור מבין ההתדייניות שבפניהם את הצד החלש יותר או את הצד שמצבו המשפטי טוב פחות מכלל הצדדים הפוטנציאליים שמולם. מול צד חלש כזה ירכזו השחקן החוזר את הליטיגציה שתביא לידי יצירת תקדים מחייב. לדוגמה, חברת ביטוח המנהלת הליך רואה לפניה את עלות התקדים על כלל פעולותיה, ואילו המבוטח או הנפגע, התובע אותה, רואה רק את תוחלת הרווח הפרטית שלו. התוצאה תהיה התנהגות טקטית של חברת הביטוח. היא תתפשר בתיקים שבהם מצבה המשפטי פחות טוב ובכך תמנע היווצרות תקדים שלילי מבחינתה. מנגד היא תבחר לנהל את

Thomas J. Miceli, *Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent*, 38 J. LEGAL STUD. 157-168 (2009)

ההליכים תוך השקעת-יתר בליטיגציה מול הצד החלש (עניינית או כלכלית), ובכך יעלה הסיכוי ליצירת תקדים הרצוי לה.²⁴

העולה מכאן הוא שבמצב המשפטי בישראל, שבו כבולים בתי המשפט לזמנת הצדדים בקידום הליך, תהליך יצירת מלאי התקדימים אינו יעיל ואף עלול להיות מוטה. זאת ועוד, בעלי אינטרסים וממון יכולים להשפיע, לפחות בטווח הקצר והבינוני, על זרם יצירת התקדימים ואף על כיוון התפתחותם.

גם פער האינטרסים בין עניינים של המתדיינים לאינטרס הציבור מעוות את תהליך יצירת התקדים. בהיות יצירת התקדים גם מוצר ציבורי, בדרך כלל התמריץ של הצדדים הישירים לייצרו נמוך מהאופטימום החברתי. לעומת זאת, כאמור, יכולים צדדים שלהם עניין מיוחד בפסיקת התקדים לפעול באופן טקטי ולזרז, ואף להטות, את קצב יצירת התקדימים ואת כיוון פסיקתם.²⁵

לבית המשפט העליון כמה כלים היכולים, במידת מה, להקחות את הבעייתיות האמורה. כערכאת ערעור יכול בית משפט לפטור את עצמו מהצורך לדון בעניינים חסרי ערך תקדימי ולדחות את הערעור מטעמי בית משפט קמא.²⁶ בעקבות זאת נוצרים שני יתרונות כלכליים: האחד חיסכון בזמן שיפוטי, המתפנה לעיסוק בנושאים אחרים ובכללם ליצירת תקדימים בעלי חשיבות; האחר, מתן הגושפנקה להחלטת הערכאה מטה, מנימוקיה המקוריים. מתכונת חסכונית מאפשרת יצירה של תקדים (אף אם פחות בעצמתו) בלא השקעה רבה נוספת.

הליך בקשת רשות הערעור יכול גם הוא לשמש מנגנון לניתוב הכרעות בתחומים שבהם יש חשיבות ליצירת תקדימים. השימוש במנגנון הברירה הגלום בשיקול הדעת באשר לרשות ערעור מאפשר לבית המשפט העליון לדון בעניין שהחל בבית משפט השלום, ושערעור עליו הוכרע בבית המשפט המחוזי. במקרה שכזה אין זכות ערעור נוספת. אולם אם ראה בית המשפט העליון כי נושא הדיון שהוכרע הוא בעל חשיבות משפטית, יכול בית המשפט העליון להתיר את בקשת הערעור ולדון בה כבערעור. בדרך כלל תינתן רשות ערעור כזו

24 קיימים כלים משפטיים שונים המקהים את עצמתה של תופעה זו – כגון התובענה הייצוגית. ראו אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לניטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387 (תשס"ד-תשס"ה).

25 יצוין כי כיוון התפתחות התקדים עלול להיות מושפע מהעדפות של השופטים, בין העדפות "אידאולוגיות" ובין העדפות אנוכיות, כגון הימנעות מהחלטות "קשות". ראו לדוגמה RICHARD A. POSNER, OVERCOMING LAW 123ff (1995).

26 תקנה 460 ב לתקנות סדר הדין האזרחי מאפשרת לבית המשפט לדחות את הערעור אם לדעתו הכרעת בית המשפט הראשון נכונה, ואין לגלות טעות שבחוק בהחלטה.

כאשר האינטרס הציבורי מחייב יצירת הלכה חדשה – תקדים.²⁷ לפיכך יכול בית המשפט לאשר את רשות הערעור כולה או רק להתיר את הדיון בה בעניין שלגביו יש חשיבות כללית מיוחדת.²⁸

מוסד משפטי בעל חשיבות מיוחדת לעניין יצירת התקדים המחייב הוא מוסד הדיון הנוסף.²⁹ במקרים שבהם תקדים חדש נתפס על ידי בית המשפט העליון כהלכה שיש ספק באשר ליציבותה, מוסמך בית המשפט להורות על קיום דיון נוסף בהלכה. מקרים כאלה הם כאשר חדשנותה של ההלכה רבה מאוד, וייתכן שהרכב אחר של בית המשפט העליון היה פוסק בה פסיקה שונה, או כאשר הלכה של בית המשפט העליון סותרת הלכה אחרת שלו. אפשר גם כי ההלכה החדשה התקבלה בהרכב שלושה שופטים, אשר בינם לבין עצמם התגלו מחלוקות באשר להלכה. בית המשפט העליון מבצע במקרה כזה הליך של "בחינה עצמית" של ההלכה כדי לוודא כי ההלכה החדשה היא תקדים ראוי וטוב. יתרונו הכלכלי של מוסד הדיון הנוסף הוא באפשרות לוודא במהירות ובהוצאות עסקה נמוכות את איכות התקדים החדש או לתקנו.³⁰

ההסתברות שבית המשפט העליון ישנה הלכה שהוכרעה בדיון נוסף נמוכה בהרבה מההסתברות לסטייה מהלכה רגילה. ההשקעה במספר השופטים הגדול העוסק בדיון הנוסף מחזקת את תוקפה של ההלכה ומפחיתה את ההסתברות לטעות בה או לשינויה על ידי הרכב אחר של בית המשפט. דיון נוסף מתקיים בהרכב של לפחות חמישה שופטים (ולעתים יותר). לעומת זאת הלכה פסוקה חדשה, נפסקת על פי רוב בהרכב של שלושה שופטים. לפיכך, מעצם טבעה אפשר שתהיה נתונה לשינוי על ידי הרכב אחר של בית המשפט העליון, מעצם השינוי בהלכה קודמת נגזרות שאלות לא פשוטות, ובמיוחד אם מדובר בהלכה שנתבססה וזכתה לחיזוק במשך שנים בפסיקה. ייתכן שטיעון נוסף שלא הועלה על ידי הצדדים ושיועלה בדיון אחר כך ישנה את הפסיקה וכו'. יש שההלכה החדשה אינה מתקבלת פה אחד על ידי שלושת שופטי ערכאת הערעור, אזי יציבותה של ההלכה נתונה בספק, במיוחד במקרים שבהם הייתה דעת מיעוט משכנעת. תקדים כזה מעמיד בפני השחקנים

27 ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123, 128 (1982): "מקרים בהם החשיבות המשפטית חורגת מן העניין שיש לצדדים הישירים בהכרעה במחלוקת".

28 זהו למעשה המודל המרכזי להבאת ערעור בפני בית המשפט העליון של ארצות הברית. לניתוח יתרונות מודל זה ראו: Steven Shavell, *On the Design of the Appeals Process: The Optimal Use of Discretionary Review Versus Direct Appeal*, 39 J. LEGAL STUD. 63 (2010).

29 סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמד-1984.

30 לכללים באשר למקרים שבהם יורה בית המשפט על דיון נוסף ראו דנ"א 4011/04 עירית ירושלים נ' עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל, בסעיף 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.12.2004).

המשפטיים אי-ודאות באשר ליציבותו ולכן מייצר עלות נוספת הנובעת מהסיכון כי פסק הדין ישונה בידי הרכב אחר. אפשר למזער מחיר חברתי זה הודות לקיומו של מוסד הדיון הנוסף.

עלויות העסקה הישירות, הכרוכות בביסוס ההלכה החדשה (או ביטולה) בדיון הנוסף, נמוכות מבמתכונת של בחינה חדשה של ההלכה על ידי הרכב אחר שהובא בפניו עניין דומה. נחסכות עלויות לימוד והכנה של התיק לצדדים, ולחלק משופטי הדיון הנוסף, שכבר השקיעו בלימוד הנושא בדיון המקורי. נחסכות עלויות הזמן הקשורות בחלוף הזמן עד למועד שהעניין שוב יגיע לבית המשפט העליון להכרעה. מכל נקודת היבט כלכלית מוסד הדיון הנוסף משפר את היעילות הכלכלית, ולכן הוא מוסד רצוי כלכלית וחברתית.

ה. תקדים מחייב ומלאי התקדימים – מודל פוזנר לנדס

ייצור התקדימים על ידי בתי המשפט יכול להתפס גם כיצירה של מלאי מוצרים בני קיימא בעלי ערך כלכלי הצופה פני עתיד. התמריץ לייצור מוצרים כאלה נובע מהערך העתידי של המוצרים הללו לציבור. לנדס ופוזנר³¹ אכן רואים בייצור התקדימים נכס כזה שערכו נמדד בתועלת העתידית שאפשר להפיק מהם. תועלת זו נמדדת במונחי המידע, המאפשר תכנון פעולות שהתקדימים מספקים לציבור הרלוונטי ומהחיסכון בזמן שיפוטי.

כדומה למוצרים רבים אחרים, גם בתקדימים מתקיים תהליך אירוזיה המפחית מערכם. תהליך השחיקה הוא פונקצייה לשינויים בפסיקה, בחקיקה ובנסיבות החברתיות והטכנולוגיות, המצריכים התאמת הדין לנסיבות החדשות. ירידת הערך של מוצרים ושירותים, עקב שחיקת ערכם, באה על תיקונה בייצור מוצרים אחרים כפי שמכוון מנגנון שוק; אפילו בייצור של מוצרים ושירותים על ידי הסקטור הציבורי קיים מנגנון המאפשר תכנון וייצור של מוצרים אחרים חלף אלה שנשחקו לפי ההעדפות המקצות מקורות לשימושים בעלי תועלת חברתית העולה על עלות ייצורם. לא כך הדבר באשר לתקדימים – אלה שערכם נשחק אכן יגיעו בסופו של דבר להכרעה שיפוטית שתחדש את מלאי התקדימים. אולם פרק הזמן שיחלוף עד לחידוש המלאי עלול להיות רב ביותר. לפיכך גם אם שיעור השחיקה של תקדימים אינו גבוה, הרי שבשיטת משפט כמו בישראל, הנעדרת מנגנון המבטיח תיקון מהיר של השחיקה, עלול הנזק החברתי הנובע משחיקת תקדימים להיות גבוה ביותר.

William M. Landes, Richard A. Posner, *Legal Precedent: A theoretical and Empirical Analysis*, 19 J. LAW & ECON. 249-307 (1976) 31

ככל שהעולם הופך להיות מורכב יותר והשינויים הטכנולוגיים והחברתיים מהירים וחדשים יותר, נדרשת התאמה מהירה ונרחבת יותר של הנורמות המשפטיות. בנסיבות כאלה אין מלאי התקדימים הקיים מספק מענה נאות להיקף הבעיות החדשות. המצב של אי-ההלימה של מלאי התקדימים מוגבר גם בשל פחת מואץ בערכם של תקדימים שנוצרו והתאימו לנסיבות קודמות. לדוגמה, עם התפתחות עולם המחשוב והתקשוב נוצרו בעיות חדשות למכביר, והתקדימים שהצטברו משך דורות לא התאימו לפתרונן. לכן התעורר צורך בייצור מלאי תקדימים חדש. צורך חברתי-טכנולוגי זה הביא לגל גדול של יצירת תקדימים חדשים ושונים. דוגמה לתהליך מואץ כזה היא ההתאמה של דיני הקניין הרוחני, ובמיוחד דיני זכויות היוצרים, לנסיבות החדשות של עולם המחשוב והאינטרנט. לנדס ופוזנר בדקו אמפירית את שיעור הפחת של התקדימים בארצות הברית. תוצאותיהם מלמדות על שיעור פחת של כ-4%-5%. שיעור פחת נמוך כזה מלמד על יציבות רבה של הדין התקדימי. אולם השנים ששימשו לצורך בדיקתם לא היו שנים של חדשנות טכנולוגית ניכרת, לעומת זאת קצב השינויים הטכנולוגיים-חברתיים בעשורים שלאחר המחקר היה מהיר ביותר. משכך, השחיקה בערך התקדימים אמורה להיות גבוהה יותר. במבנה התחדשות התקדימים בישראל, שאינו מכוון על ידי ממקסם תועלת חברתית, התחדשות הדין התקדימי עלולה להיות בקצב אטי מדי.³²

כדי להתגבר על הבעיות הטבועות של התאמת התקדימים לקצב ההשתנות הטכנולוגי והחברתי יש לאפשר למתכנן חברתי או לסוכן חברתי להשפיע על קצב יצירת התקדימים ועל בחירת הנושאים שיתבררו לקראת שינוי או יצירה של תקדים חדש. למשל, מתן שיקול דעת לערכאה יוצרת התקדים המחייב לקדם דיונים בנושאים שבם מתבקש הדבר חברתית, כגון מתן שיקול דעת לבית המשפט העליון לבחור באילו נושאים לדון, עשוי לשפר את קצב התאמת התקדימים.³³

1. דיוק הפסיקה

דיוק ההכרעות השיפוטיות עניינו שיעור הטעויות בהחלטות השיפוטיות ומידת חומרתן. בהקשר זה למושג הדיוק שתי משמעויות עיקריות: האחת, בהינתן החומר שבפני בית

32 מחקרם מבוסס על מדגמי פסיקה של בתי המשפט הפדרליים על פני תקופה של 18 חודשים, וכן על כל פסיקת בית המשפט העליון בשנת פסיקה אחת. הפסיקה מנותחת, ושיעור השחיקה של פסקי דין שבמדגם מבוסס על "פרוקסי" – שיעור האזכורים. יש מקום לביקורת על שיטה זו, אך בעיקרון היא יכולה לשמש אינדיקציה לאבדן ערך התקדימים.

33 ראו להלן – הדיון בנושא בחירת התיקים לערעור.

המשפט עד כמה הפסיקה מדויקת (נקייה משגיאות) מבחינת זיהוי המציאות (עובדות), המשמשת בסיס להכרעה המשפטית; האחרת, בהינתן המערכת העובדתית עד כמה דייק בית המשפט בהחלת הדין.

רמת הדיוק של בתי המשפט היא משתנה התלוי בכמה גורמים, כגון איכות השופטים, העומס על בתי המשפט, כללי הראיות, תמריצים חיוביים ושלייליים לצדדים להצגת ראיות אמת וכו'. המאפיין את מרבית הגורמים המשפיעים על רמת הדיוק של בתי המשפט הוא כי בהשקעה של משאבים נוספים אפשר להעלות את רמת הדיוק של בתי המשפט. כדי לשפר את רמת הדיוק אפשר למנות שופטים מוכשרים יותר; אפשר להוסיף שופטים למערכת בתי המשפט ובכך להפחית עומס ולאפשר הקצאת זמן רב יותר לביורור תיקים. אפשר גם להשית על הצדדים דרישות נוספות להמצאת מידע וכו'. נוסף על ההשקעה בדיוק הפסיקה בערכאה הראשונה נושאת החברה בעלות דיוק נוספת בקיימה ערכאת ערעור שתפקידה לאתר שגיאות בהחלטות הערכאה הדיונית ולתקן. קיום ערכאת ערעור כזו שכיח כמעט בכל שיטות המשפט הידועות.³⁴

המוניטין של מערכת שפיטה והאמון בה תלויים במידה רבה במידת הדיוק של החלטותיה. ככל שהחלטות אלה לוקות בשגיאות, כך ירד קרנה של המערכת השיפוטית. אז יאלצו מתדיינים לפנות למוסדות אלטרנטיביים כדי לפתור את המחלוקות המשפטיות. מובן שכדי שלדיוק יהיה ערך על השחקנים המשפטיים להיות בעלי יכולת להבחין בין החלטות מדויקות ובין שגויות.³⁵

לו היה אפשר להשיג רמת דיוק גבוהה יותר בלא עלות נוספת, הרי שבמקרים רבים הייתה נגזרת מכך עלייה ברמת העושר החברתי.³⁶ אולם כידוע העלאת רמת הדיוקנות בפסיקה כרוכה בעלויות (בין בהשקעת משאבים ובין בעלויות אלטרנטיביות). משכך, מנקודת הראות של הניתוח הכלכלי של המשפט ההשקעה בהשגת דיוקנות צריכה להיבחן אל מול התועלת החברתית המופקת ממנה. בדומה לכל שאלה של תכנון בעולם של משאבים מוגבלים עומד המתכנן החברתי (ובמסגרתו גם מנהלי מערכת בתי המשפט), בפני שאלה מרכזית והיא עד כמה כדאי לחברה להשקיע בשיפור הדיוק בפסיקה.³⁷

34 להרחבה באשר לתפקיד ערכאת הערעור ראו להלן בתת-הפרק הערעור ופיתוח הדין.
 35 גם אם הפרטים חסרים יכולות כאלה, הרי שקיימים סוכנים חברתיים העושים זאת ומפיקים אינפורמציה כזאת, כגון מאמרי מלומדים המצביעים על שגיאות וכו'.
 36 אי אפשר לומר כי הדבר נכון בכל מקרה, שכן השפעת הדיוק על התנהגות הפרטים ועל רמת העושר החברתי תלויה בגורמים שונים, כגון העדפות הסיכון של הפרטים, שליטתם על הפעולות המשפטיות או תוצאותיהן או מידת האינפורמציה שבידם.
 37 לדיון במושג הדיוק בפסיקה בתי משפט באשר לעלויות כלכליות ובאשר להוגנות (במשמעותה הכלכלית) ראו: Louis Kaplow, Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare*.

המענה הכלכלי לשאלה זו הוא כי יש להשקיע בהעלאת רמת הדיוק של הפסיקה עד לשיעור שבו תוספת הערך החברתית, הנובעת מהשיפור ברמת הדיוק, תשתווה לתוספת ההוצאות החברתיות הנדרשת לשם השגת השיפור הנוסף בנכונות הפסיקה. כדי ליישם כלל הכרעה זה יש לבחון את המצבים שבהם אפשר להעלות את שיעור הדיוק ואת ההוצאות הנדרשות לשם כך. תוספת הערך וההוצאות הקשורות בהעלאת רמת הדיוק אינן בהכרח ישירות או כספיות אלא גם תועלות ועלויות חברתיות, נגזרות או עקיפות. לדוגמה, השקעה נוספת בדייקנות באשר פסיקה במקרה נתון מצריכה זמן שיפוטי נוסף. אם זמן זה יוקצה לתיק אחד, תידחה שמיעת תיקים אחרים, ועלות הדיוק תוחצן ויישאו בה צדדים שלישיים שעניינם יתברר באיחור. ייתכן גם שהעלות תופנם לעלות הפעולות המשפטיות העתידיות. משך הזמן הנוסף הנדרש לצורך שיפור רמת הדיוק מופנם על ידי המתדיינים. לפיכך יעלו את מחיר החוזה מראש כדי לפצות עצמם בשל העלות הנוספת, הנגזרת ממשך הזמן הנוסף לצורך הטיפול בתיק. מול עלות זו תעמוד תוספת הערך החברתית לכלל עקב יצירת נורמות משפטיות מדויקות יותר בפסיקה. לכאורה ההיבט של הדיוק העובדתי בהחלטה נוגע לצדדים המתדיינים בלבד, ועניינו בחלוקת העושר ביניהם ולא ביצירתו. לפיכך חשיבותו החברתית של הדיוק בקביעת העובדות נמוכה מזו של הדיוק בקביעת ההלכה המשפטית, המספקת מידע תכנוני לחברה בכללותה.³⁸ לדוגמה, הניחו כי שניים רכשו נכס ועתה יש ביניהם מחלוקת מה הסכום שהשקיע כל שותף. בהנחה שהסכום המושקע הוא הפרמטר לקביעת חלקו של כל אחד מהמתדיינים בנכס, הרי שההכרעה העובדתית – כמה השקיע כל אחד מהם – תקבע את הבעלות היחסית בנכס. קביעה זו היא בעלת חשיבות רבה למתדיינים, והשלכותיה – הישירות כמוצר ציבורי – על הרווחה החברתית, לכאורה, אפסיות. הקביעה מה חלקו של כל אחד מהשותפים בנכס שנרכש היא חלוקתית גרידא ואינה מגדילה את העושר החברתי על ידי יצירת תמריצים חיוביים לעסקה פרטו-אופטימלית. למרות זאת, וכפי שיוסבר בהמשך, גם לדיוק העובדתי בפסיקה חשיבות לגבי תכנון מראש של פעולות, החורגת מעניינם של הצדדים למחלוקת שבפני בית המשפט. להבדיל משאלת הדיוק בקביעת העובדות, הרי לדיוק בקביעה המשפטית (פרשנות ויישום הדין) יש משמעות ישירה החורגת מעניינם של הצדדים הישירים – במיוחד במדינות

114 HARV. L. REV. 961, 1187ff (2001); Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 J. LEGAL STUD. 307 (1994)

38 אכן תיקון הטעות באמצעות ערכאת הערעור מתייחס לטעות המשפטית ולא לטעות העובדתית. המתכנן החברתי אינו מוכן להקצות משאבים נוספים לשם בחינת הטעות העובדתית. אמנם לערכאת הערעור כלים מוגבלים לבדיקת העובדות, אולם לא זו הסיבה היחידה לאי-התערבות בטעות עובדתית.

שבהן נוהגת שיטת התקדים. הדברים תקפים במידה רבה יותר בתקופה הנוכחית, שבה טכנולוגיית האינטרנט והמחשוב הופכת את כל החלטות לנגישות, והחיפוש יכול להתבצע בעלות נמוכה מאוד. הזמינות המידית של המידע המשפטי יציר הפסיקה, לכלל החברה, מעלה דווקא בתקופה זו את החשיבות שבפסיקה נכונה. נגישותה של הפסיקה ליועצים המשפטיים היא כמעט מידית, ובמידה רבה נגישות זו היא אף לציבור הרחב, היכול לעתים להסתמך על הפסיקה אף ללא צורך במתווכים מקצועיים. קביעה משפטית מדויקת יש בה כדי לספק אינפורמציה אמינה לשחקנים משפטיים באשר למשמעותו של הדין. ככל שהפסיקה מדויקת יותר, יוכלו הן הצדדים והן שחקנים משפטיים אחרים להסתמך עליה יותר ולתכנן את פעילותם העתידית ברמה גבוהה יותר של ודאות ובחיסכון בהוצאות עסקה. ככל שהפסיקה שגויה יותר, כך גם ההסתברות שתשונה גבוהה יותר, ולכן רמת ההסתמכות עליה ככלי תכנוני עתידי תרד.

לדיוק ההחלטות השיפוטיות יש גם משמעות רבה באשר לתפקודם של בתי המשפט. החלטות מדויקות, ובמיוחד כאלה שהן בעלות ערך תקדימי, מיעילות את פעולת מערכת בתי המשפט. האינפורמציה המשפטית הגלומה בהחלטות משמשת לבתי המשפט משען להחלטותיהם. לפיכך בתי המשפט אינם צריכים לחזור ולהעמיק בדיון על הפרשנות המשפטית של החוק כאשר בעיה דומה, שהוכרעה בעבר, מתעוררת בפניהם. בכך נחסך זמן שיפוטי יקר בדיונים עתידיים. שיטת התקדים המחייב ביסודה מושתתת על ההנחה כי בתי המשפט יוצרי התקדים המחייב מדייקים בהחלטותיהם, ולכן יכולים הן בתי משפט אחרים והן פרטים להסתמך עליהן. בנוסף, הדיוק בתקדים המחייב מוריד את אי-הוודאות באשר לתקפותו המתמשכת. מופחת החשש כי בית המשפט ימצא לאחר מכן שהתקדים אינו מדויק ולכן יש לשנותו. בדומה לכך, ככל שבתי המשפט מדויקים יותר, כך יוכלו הם להסתמך יותר על החלטות שיפוטיות, קודמות, גם אם אינן בגדר תקדים מחייב. כך יוכלו החלטות של ערכאות מנחות (ואף כאלה שאינן מנחות) לשמש כלי תכנון עתידי, וגם בכך יש משום חיסכון בעלויות ניהול מערכת בתי המשפט ובעלויות הפרטים בחברה.

כיוון שהשחקנים המשפטיים אף הם מסתמכים על האינפורמציה המשפטית הגלומה בפסיקה, הרי ככל שזו מדויקת יותר, כן יפחת מספר התביעות שיוגשו לבתי משפט. המידע המשפטי המדויק יבהיר לצדדים מהו הדין ומהם סיכוייהם לזכות בהליך. בעקבות זאת יוכלו להעריך טוב יותר את סיכוייהם בהליך המשפטי. מכיוון שבתנאי הטכנולוגיה הקיימים הפסיקה ידועה, בזמן אמת, לשני הצדדים, הרי שמתחם אי-הוודאות באשר לדין יצטמצם, מה שיאפשר מתחם פשרה ברור יותר, ולכן יקל על צדדים (למעט אוהבי-סיכון) להגיע להסדר חוץ-שיפוטי. בשל העומס הכבד על מערכות השפיטה נודעת חשיבות חברתית להקטנת זרם התביעות לבית המשפט ולחיסכון בזמן שיפוטי עקב ההסתמכות על פסיקה קודמת. תועלת חברתית זו תעלה ככל שהדיוק של המערכת גבוה יותר.

כאמור, מבחינה כלכלית חשיבותה של פסיקה מדויקת היא בראש ובראשונה בשמשה, מראש, כלי תכנוני לשחקנים משפטיים באשר לפעולות משפטיות שיתבצעו על ידיהם. מכאן נובע שעל החברה להשקיע יותר בדיוקנות הפסיקה ככל שחשיבותה ככלי תכנוני גבוהה יותר. בקונטקסט זה ההשפעות החיצוניות של הפסיקה על צדדים שלישיים גבוהות מאשר השלכתה על עניינם של הצדדים המתדיינים (שהוא, כאמור, בעיקרו חלוקתי). אין תמה אפוא שבבתי משפט יוצרי התקדים המחייב מכהנים שופטים מנוסים ומוכשרים יותר, ועלות הפעלתם גבוהה יותר. גם הגישה לבתי משפט גבוהים, הקובעים תקדימים מחייבים, היא בדרך כלל במתכונת של ערעור, ולכן הליך הבירור המשפטי הכולל יקר יותר הן לחברה והן לצדדים.

כיצד משפיעה דיוקנות הפסיקה על התנהגות מראש של השחקנים המשפטיים? ככלל רמת דיוק גבוהה יותר תביא לרמת ציות גבוהה יותר לחוק, והיפוכו ברמת דיוק נמוכה.³⁹ הניחו עולם שבו הפסיקה אינה מדויקת מספיק. בעולם כזה רמת הטעויות של בתי משפט גבוהה יותר, ולכן עולה ההסתברות כי בתי משפט יקבעו, בטעות, שהתנהגות חוקית אינה מותרת, ואילו התנהגות המפרה את החוק מותרת. התוצאה של מצב כזה תהיה כפולה: יהיו שחקנים משפטיים רבים יותר החפצים לשמור על החוק שלא יעשו כן מהטעם שקיימת הסתברות גבוהה יותר שיימצאו כמפרי חוק הגם שפעלו במסגרתו. לכן תיתכנה שתי תופעות לא רצויות: האחת, שחקנים משפטיים יימנעו מביצוע פעולות חוקיות המגדילות את העושר החברתי מחשש שיימצאו, בטעות, כמי שפעלו בניגוד לחוק, ולכן יישאו בעלות הנגזרת מכך, בין בענישה ובין בתשלום פיצוי. האפקט ההפוך הוא ביצירת תמריץ חיובי למפרי חוק פוטנציאליים לעבור על החוק. שחקנים אלה יישאו יותר למעורבות בפעילות בלתי חוקית מהטעם שבשל הטעויות הצפויות בפסיקה ההסתברות שפעולתם שהייתה בניגוד לחוק תוכר בכל זאת כחוקית גבוהה יותר.

יש לציין שהגישה הכללית האמורה להשלכות הדיוק בפסיקה אינה נכונה בכל המקרים. יהיו נסיבות שבהן ההשקעה בדיוק אינה מקדמת את התכנון האופטימלי של פעולות הצדדים. כך נטען כי ההשקעה בדיוק מועילה חברתית רק בנסיבות שבהן יודע המפר מראש (או יכול לדעת מראש) את גובה הנזק שיגרם מעשהו לנפגע.⁴⁰ מידע זה מאפשר לפוגע להשקיע באופן מושכל באמצעי זהירות למניעת הפגיעה. מקום שאין המפר יכול להעריך הערכה נאותה את הנזק לנפגע, ממילא לא יוכל להפנים זאת בחישוביו ולהשקיע, אופטימלית, במניעת הפגיעות. במקרים כאלה אין אפוא חשיבות כלכלית בקביעה מדויקת,

Mitchell Polinsky, Steven Shavell, *Legal Error, and the Incentive to Obey the Law*, 5 J. L. ECON. & ORG. 99 (1989)

Louis Kaplow, Steven Shavell, *Accuracy in The Assessment of Damages*, 39 J. LAW AND ECON. 191-209

בדיעבד, של אחריותו של המפר, וכל עניינם חלוקתי. כלומר, כאשר הנזק שייגרם הוא במידה רבה מקרי, ולכן אי אפשר להעריך הערכה מיטבית, הרי שלא יהיה בידי הפוגע מידע טוב מספיק כדי לכוון את השקעתו באמצעי הזהירות. בנסיבות כאלה קביעת שיעורי פיצוי קבועים מראש (כגון הפיצוי בגובה הנזק הממוצע) יחסכו את הצורך בהשקעה בדייקנות בהליך המשפטי ויספקו רמת הרתעה נאותה. תפיסה זו מתיישבת יפה עם תחומי משפט שבהם מוטל נזק אף ללא אשם – כגון בפיצוי נפגעי תאונות עבודה או בפיצוי נפגעי תאונות דרכים.

כפי שצוין לעיל, לכאורה טעות שיפוטית באשר לעובדות נוגעת במישרין להיבט החלוקתי של עושר בין הצדדים להתדיינות. אולם הניתוח לעיל מלמד שלטעויות בקביעת העובדות יש אף השלכות חברתיות. טעות בקביעת העובדות לאשורן אמנם משפיעה על חיוב או זיכוי ספציפי, אולם ככל שטעויות כאלה שכיחות יותר, כך ייגזרו תוצאות דומות לניתוח לעיל: דהיינו תיווצר הרתעה מפעולות ממקסמות עושר, ומנגד – תמריץ לפעולות המפחיתות עושר חברתי. לפיכך הדייקנות גם בקביעת העובדות חשובה לאפקטיביות המשפטית והשיפוטית. חשיבותה ביצירת תמריץ (חיובי או שלילי – לפי רמת הדיוק) להתנהגות עתידית.⁴¹

השגת רמת הדיוק העובדתי בכל מערכת שפיטה תלויה במידה רבה מאוד בשיתוף הפעולה של הצדדים. ככל שבית המשפט תלוי בצדדים להשגת המידע, וקיימת אי-סימטריה באינפורמציה הנגישה בין הצדדים, כך עולה ההסתברות שהמידע שיובא בפני בית המשפט יהיה מוטא.⁴² בדרך כלל לצדדים המתדיינים מידע פרטי על המחלוקת, ואותו הם מציגים לבית המשפט, לפי מערך תמריצים כלכלי. כמקבלי החלטה רציונליים יהיה לכל צד תמריץ להציג בפני בית המשפט רק מידע המשרת את האינטרסים הפרטיים של הצד המציג ולהסתיר מידע שהשלכתו הפוכה. התנהגות אופורטוניסטית כזו,⁴³ מטבעה, מרחיקה את בית המשפט מהאמת ומחלישה את יכולת המערכת השיפוטית לפסוק פסיקה המשקפת נכונה את העובדות לאשורן.

41 ראו RICHARD A. POSNER, FRONTIERS OF LEGAL THEORY 341 (2001). פוזנר מוסיף כי מלבד היתרונות הכלכליים של הדיוק העובדתי יש בדיוק גם חשיבות מוסרית.

42 אמנם בהנחה (לא ראלית) של אינפורמציה מלאה, הזמינה ללא עלות – או בעלות שווה – לכל הצדדים, בעיה כזו לא תהייה קיימת, אולם אלו מקרים נדירים ביותר.

43 פוזנר מכנה את השיטה האדוורסרית: "Contest of Liars", POSNER, לעיל הערה 25, בעמ' 503. ראו עוד: Paul Milgrom, John Roberts, *Relying on the Information of Interested Parties*, 17 RAND J. ECON. 18, 30 (1986) המציגים מודל שעל פיו יציגו הצדדים רק עדויות התומכות בעמדתם ויסתירו אחרות.

כדי להקהות הטיה זו פותחו דיני הפרוצדורה והראיות, שחלק ניכר מהוראותיהם עניינו בכללים שתכליתם להגביר את רמת הדיוק של הפסיקה.⁴⁴ למשל, דיני הראיות מסננים הוכחות שאינן אמינות ומאפשרים הבאת מידע אמיץ בפני בית המשפט. בדומה לכך, דיני הפרוצדורה כוללים הוראות רבות שתכליתן למנוע הסתרת מידע מצד, וממילא מבית המשפט, באמצעות כללי גילוי מסמכים וכו'. להליכים אלה עלות הן לצדדים והן למערכת בתי המשפט המפקחת עליהם. כללים כאלה, דוגמת גילוי מסמכים, מאפשרים גם גישה לאינפורמציה הפרטית, של הצד האחר, והבאתה בפני בית המשפט ובכך לאפשר החלטה שיפוטית מדויקת יותר. הדייקנות בהחלטה השיפוטית משתפרת בשל שתי סיבות: האחת, בשל המידע המלא יותר המובא בפני בית המשפט; האחרת, בשל הגילוי המוקדם החושף גם מידע שבידי הצד ואשר בכוונתו להביאו במפתיע בלא שהצד האחר יהיה ערוך לכך. הגילוי המוקדם מנטרל במידה רבה את יסוד ההפתעה ומאפשר לצד האחר להיערך לחשיפת העובדות ולחקירה עליהן וכן להביא עובדות סותרות, ובכך שוב לאפשר דיוק רב יותר בהחלטה השיפוטית.

למרות הכללים שנקבעו כדי להפחית את ההסתברות לטעויות עובדתיות עדיין ההסתברות לקיומה של טעות כזו טבועה במבנה הליטיגציה. במובן זה בשל הסתמכות בית המשפט על הצדדים כמקור למידע עובדתי, קביעה עובדתית מוטעית היא אקראית פחות מטעות שבדין. לצדדים, לפחות בחלק מהמקרים, יכולת להפחית את ההסתברות לטעות העובדתית הצפויה. זאת למשל על ידי הסכמים המקבעים עובדות או על ידי תיעוד ומסמוך מהימנים של העובדות. בפעולות כאלה אפשר להשפיע על ההסתברות לטעות שיפוטית בקביעת העובדות. אם הצדדים יעשו כן, תגדל רמת הדיוק, ואם הצדדים יבחרו שלא לעשות כן, אות הוא כי העלות הפרטית של אי-קביעה החומר העובדתי עולה על התועלת הפרטית הצפויה מקיבועו ולכן מופנמת בהערכות הצדדים.

בניתוח הערך החברתי של הדייקנות השיפוטית בהקשר של העדפות סיכון שונות עשויות להתקבל תוצאות אחרות מאשר בניתוח בדבר אדיש-סיכון. לדוגמה, פרט שונא-סיכון יהיה נכון לשלם פרמיה כדי להמיר תוצאה ששונותה גבוהה בתוצאה ששונותה נמוכה. כלומר, פרטים כאלה (ויחידים רבים הם שונאי-סיכון) יעדיפו שיטה משפטית המשקיעה משאבים רבים יותר בהחלטות מדויקות. לעומתם, פרטים אוהבי-סיכון יעדיפו שיטת משפט מדויקת פחות. אשר לפרטים בעלי העדפות סיכון שונות יהיה אפשר להראות כי שינוי ברמת הדיוק של הפסיקה יכול לשנות את רמת ההתדיינות ואת רמת הפשרות שיושגו. כדוגמה אינטואיטיבית הניחו כי המחוקק מוריד את רמת הדיוק (למשל על ידי

44 ראו למשל הדיון באלון קלמנט, רועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז' 75, 82-83 (תשס"ז).

מינוי שופטים טובים פחות או הגבלת זמן ההשקעה של שופט בהליך), שונאי-הסיכון יעדיפו במשטר שכזה לקנות את הערך הוודאי (certainty equivalent), ואילו אוהבי-הסיכון יסכימו לשלם פרמיה גבוהה יותר עבור מערכת שפיטה כזו. בנסיבות כאלה תיתכנה עסקאות בין בעלי העדפות סיכון שונות שתבאנה לרמה גבוהה יותר של פשרות ברמת עושר גבוהה יותר של שני הצדדים.⁴⁵

ז. הערעור והתפתחות דין⁴⁶

יצירת דין על ידי בתי המשפט היא כמעט בלתי נמנעת בשל מגבלות על יכולת החקיקה (בין היתר גם בשל אילוצים פוליטיים) ובשל הוצאות עסקה גבוהות מאוד המקשות והופכות כמעט לבלתי אפשרית חקיקה שתהיה רחבה ומדויקת מספיק ושלא תצריך פרשנות או השלמה. הדינמיות של הנסיבות החברתיות, הכלכליות והטכנולוגיות מצריכה קיומו של סוכן שיפעל באופן שוטף להתאמת הדין לשינויים הללו ונסיבות שהחוק לא סיפק להן מענה נאות מראש. משכך, טבעי הוא שבתי המשפט נבחרו להיות מופקדים על יצירת הדין, ובמסגרת זו מיוחד לערכאת הערעור העליונה תפקיד מרכזי, המתעצם בשיטת משפט שבה נוהג עקרון התקדים המחייב.

הזמן השיפוטי של ערכאות הערעור ובמיוחד של בית המשפט העליון הוא משאב שבמחסור, ולכן שאלת הקצאת הזמן הערעורי לבירור עניינים צריך שתתאם את האינטרס הציבורי המגולם בתפקיד ערכאות הערעור ביצירת דין. מבחינת התועלת החברתית מנגנון הקצאה יעיל של נושאים לטיפול של ערכאת הערעור צריך להביא לדיון קודם כול את הנושאים שהכרעה בהם תעלה את רמת העושר החברתי, נטו, באופן מרבי. משכך, ערכאת ערעור יעילה צריכה קודם כול מנגנון סינון שיבטיח זרימה במועד של נושאים המצריכים הכרעה לפי דירוגם מבחינת הערך החברתי.

כאמור, בשיטת המשפט הישראלית העניינים המובאים להכרעת בית המשפט העליון מגיעים להכרעה ביזמת מתדיינים המונעים על ידי האינטרס הפרטי-אנוכי שלהם. מרבית התיקים המוגשים לבית המשפט העליון הם בדרך של ערעור (נוסף על העניינים המגיעים לבית המשפט בדרך של עתירות בג"ץ שבהן מכריע בית המשפט העליון כערכאה ראשונה). עולה השאלה: האם מתכונת כזו של הבאת עניינים בפני ערכאת הערעור מבטיחה פיתוח

45 לערעור תפקידים נוספים שלא יידונו כאן, והבולט שבהם תיקון טעויות של ערכאה נמוכה. לעניין זה ראו: Steven Shavell, *The Appeals Process as a Means of Error Correction*, 24 J. LEGAL STUD. 379 (1995).

46

אופטימלי של הדין? שאלה זו צריכה להיבחן בשני צירים מרכזיים: ציר הזמן וציר ברירת התיקים המגיעים להכרעת ערכאת הערעור.

העלות הגבוהה הכרוכה בקיום מערכת ערעור והמחסור בשופטים מעולים הדרושים כדי לאייש מערכת כזו מבטלים את האפשרות שתתנהל בקרה על כל החלטות של הערכאה הראשונה. לפיכך נדרש מנגנון ברירה שיסנן, או ידרג, את התיקים שיובאו לבחינה בפני ערכאת הערעור, ובמיוחד בפני זו היוצרת את התקדים המחייב על פי התרומה נטו לרווחה החברתית.

ערעור מובא לפני ערכאת ערעור (ובכלל זה בית המשפט העליון) בשני מצבים עיקריים: האחד, ערעור בזכות והאחר ערעור ברשות. ככלל, מקנה הדין לצד שהפסיד במשפט בערכאה ראשונה זכות ערעור אוטומטית לערכאה גבוהה יותר במדרג. משכך, קיימת זכות ערעור לבית המשפט העליון לכל מי שהפסיד בערכאה המצויה במדרג שמתחתיו, יהיה זה בית המשפט המחוזי או ערכאה שיפוטית אחרת שהערעור עליה מופנה לבית המשפט העליון. ערעור ברשות מובא לבית המשפט של הערעור על פסקי דין של בית המשפט המחוזי בישובו כערכאת ערעור על בית משפט השלום, וכן על החלטות ביניים של בית המשפט דלמטה. ההחלטה אם לאפשר שמיעת הערעור מתבססת בעיקר על שיקולי האינטרס הציבורי (במיוחד כך בבקשה המוגשת על פסק דין של בית המחוזי בישובו כערכאת ערעור).

ההחלטה אם להגיש ערעור היא בידי המתדיינים, ובהליך אזרחי – בידי מי שלא זכה במלוא הסעד שביקש מבית המשפט. בערכאה הראשונה פונקציית המטרה של מתדיין כזה, הנוהג כממקסם תועלת פרטית, אינה קשורה לפונקציית הרווחה החברתית. לפיכך בהיעדר מערך המריצים – המכוון את התנהגות המתדיין שהפסיד באופן שתתאם את פונקציית הרווחה החברתית – אין לצפות שסינון ההליכים שיגיעו לערעור יתאם את האינטרס החברתי.

כלל ההחלטה, הכלכלי, של מערער פוטנציאלי (רציונלי) הוא זה: ערעור יוגש רק אם תוחלת העלות הכרוכה בערעור נמוכה מתוחלת ההתעשרות הצפויה בקשר לערעור. לכאורה כלל החלטה כזה עשוי להיות מיטבי מבחינה כלכלית, שכן הוא מבטיח כי רק ערעורים שתוחלת הרווח שלהם חיובית יוגשו ויתבררו. לכאורה הכלל משרת את מבחן היעילות הכלכלית במנעו הגשת ערעורים בכל מקרה ובסננו לערעור רק עניינים בעלי תוחלת ערך חיובית למערער. בכך נמנע בזבוז משאבים חברתיים, נוספים, אשר היו מוקצים לביזור הדין כאשר אין לכך הצדקה כלכלית מנקודת מבטו של הצד המערער.

הבעיה המרכזית של מבנה ההחלטה אם להגיש ערעור היא שלא כל מכלול התועלת החברתית הרלוונטית ועלויותיה מופנמות בה. כך, המערער אינו מפנים במלואן את הוצאות הערעור של מערכת בתי המשפט עצמה ואת עלויות הצד האחר (אף כי חלקית אפשר להפנימן בתוחלת ההוצאות שיטיל בית המשפט במקרה של דחיית הערעור). מלבד זאת אין

המערער הפוטנציאלי מפנים כלל את העלות החברתית (הנגזרת מאי-שינוי ההלכה) במקרים שבהם החליט שלא לערער. מבחינת המערער הפוטנציאלי אי-הפנמה של הוצאות אינה אלא החצנה של עלויות הערער. החצנה כזו ראויה מבחינה כלכלית רק אם יש בה כדי לשרת באופן ראוי אינטרס חברתי.

בדומה לכך, אך בהיפוך כיוון בפונקציית ההחלטה של המערער, גם התועלת החברתית עצמה, הנובעת מייצור דין תקדימי חדש עקב הערער ושיפור הדיוק בהחלטות, אינה מופנמת בשיקולי של המערער הפוטנציאלי. אין המערער, היוזם הליך ייצור דין חדש (מוצר ציבורי), זוכה לתגמול בשל כך, ולכן עניינו בייצור המוצר הציבורי אפסי. מנגנון התמריצים למערער מעורר חשש לתת-ייצור של החלטות בערער. מבנה התמריצים הקיים מבטיח אפוא שערעורים, המוצדקים מנקודת ראות כלכלית פרטית של המערער, יוגשו, ולכך עשויה להתלוות תועלת חברתית המושגת בחלקה על חשבון המערער. אולם מבנה תמריצים זה אינו מבטיח הגשת ערעור מקום שהתועלת החברתית מצדיקה זאת אך התועלת הפרטית לא. העלות החברתית הקשורה באי-הגשת ערעורים מקום שהיה ראוי להגישם היא הבעייתית, ובמובן זה מדובר בנזק חברתי ניכר. אם הדין מצריך שינוי, והוחמצה ההזדמנות לתקנו בשל מבנה העלויות להגשת הערער, לא ברור מתי, ואם בכלל, יובא העניין שוב. במיוחד בעייתיים הדברים בסביבה המשתנה במהירות כגון בטיפול בנושאים הקשורים בשינויים טכנולוגיים שבהם תוך מספר לא רב של שנים מתחלפת הטכנולוגיה.

עצם העמסת העלות לתיקון טעות בערכאה קודמת על צד פרטי היא בגדר תמריץ שלילי לתיקון הטעות. מנקודת ראות חברתית היה ראוי לתמרץ הגשת ערעורים מוצדקים בשל השלכותיהם החברתיות החיוביות. אי-העמסת חלק מההוצאות על המערער משמעה תמריץ חיובי להגשת הערער, וזאת כדי להעלות את שיעור הערעורים. מבחינה כלכלית היה מוטב שעלויות הערער המוצדק תוטלנה על החברה – ביחס ישר לתרומת הערער להעלאת העושר החברתי.

פתרון חלקי לבעיה זו אפשר למצוא במבנה אגרות-הערער שאינן מעמיסות על המערער אלא מקצת עלויות הערער, ובכך ניתן תמריץ חיובי להגשת ערעורים. אולם תמריץ חלקי זה אינו מבחין בין ערעורים שהאינטרס הציבורי בהם גבוה לבין כאלה שנעדרים כל אינטרס ציבורי. דומה שיש מקום לסבסוד ערעורים באותם מקרים שבהם הרווחה החברתית עולה עליה גדולה. מערכת בתי המשפט אמונה על ברירה של מקרים אלה מכוח הכללים שפיתחה באשר למתן רשות ערער, ואין מניעה שתורה על תשלום מקופת המדינה לטובת המערער לפי מדרגות שייקבעו.⁴⁷ מדיניות כזו הייתה מותרת את מבנה הערער בזכות כפי שהוא כיום, ובד בבד הייתה מביאה לדיון גם עניינים שהכרעה

47 אפשר לאמץ מנגנונים כגון גמול לתובע הייצוגי על פי סעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות.

בהם משפרת את רמת הרווחה החברתית, אך לפי מבנה התמריצים כיום אינם מובאים לערעור.

במידה מסוימת מסבסדת המדינה הגשה של ערעורים ובכך מתמרצת את הצד המפסיד להגישם. סבסוד זה נעשה בויתור, כמעט מלא, על גבייה אגרה בגין הגשת ערעורים. לדוגמה, בגין תובענה על סכום קצוב של עשרה מיליון ש"ח תגבה המדינה אגרה בסך 250,000 ש"ח. האגרה על ערעור לבית המשפט העליון בתיק כזה⁴⁸ תעמוד על סכום של 2,894 ש"ח. למעשה זהו סכום האגרה הקבועה בגין כל ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי, ללא תלות בשווי של מושא ההליך. סכום אגרה זה אינו מכסה אלא חלק קטן מעלות הטיפול הממוצעת בערעור המצריך שלושה שופטים של בית המשפט העליון. אם כן, אפשר לומר שהסכום הנגבה כאגרה קבועה על ערעור אינו אלא סכום סמלי שמטרתו, אולי, לאפשר הגשת ערעורים מוצדקים ולהרתיע, חלקית, הגשתם של ערעורי סרק.

אפשר לתקן את ההטיה הנובעת מהפער שבין התועלת הפרטית לתועלת הציבורית על ידי מנגנון סובסידיה למערער. סובסידיה או תמריץ כלכלי לאדם הנוקט הליך משפטי המשרת מטרה חברתית או אינטרס קבוצתי אינם בגדר תופעה בלתי ידועה במשפט. אכן, קיימים מקרים שבהם כאשר קיים תת-תמריץ לאכיפה פרטית של הדין, יש שהרשויות השלטוניות מספקות תמריץ חיובי לפתיחה בהליכים בסבסודן במישרין את העלויות הצד היוזם את ההליך.⁴⁹ ערעורים המובילים לשינויים ניכרים של הדין תורמים אף הם לחברה, ולכן ראוי שימומנו אף הם בין מראש ובין בדיעבד. מדיניות כזו תוכל להביא לייעילות כלכלית הן במיזמי יעיל יותר של משאבי ערכאת הערעור והן בסינון נכון של הנושאים המובאים להכרעה.

במצב הנוכחי אין למעשה כל זיקה בין חשיבות הנושא, בערעור פוטנציאלי, לחברה לבין חשיבותו למערער הפוטנציאלי. הדוגמה הבאה תמחיש את הבעייתיות של הדין הנוהג. נניח שאדם שנפגע הפסיד תביעת נזיקין בשל נזק המסתכם להבנתו במאתיים יחידות כסף. נניח שהוצאות הערעור הן 40 וסיכויי הזכייה הוא 30%. במקרה כזה יוגש הערעור, שכן תוחלת הזכייה, העומדת על 60, עולה על הוצאות הערעור. לעומת זאת לו היה ערך מושא הערעור 100, עלויות הערעור (40) עולות על תוחלת ההכנסה מהערעור (30), ולכן יימנע הפרט מהגשת הערעור. אולם הערך החברתי של הדיון בערעור, הגלום בהכרעה בשאלה

48 תקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007. האגרה בגין ערעור לבית המשפט המחוזי היא 1,353 ש"ח בלבד. אגרות בגין בקשת רשות ערעור נמוכות הן אף מאוד, למשל בקשה כזו לבית המשפט העליון מחויבת באגרה בסך 971 ש"ח בלבד.

49 כך לדוגמה על פי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, זכאי תובע מייצג לגמול מיוחד, התלוי גם בתרומת התובענה לתועלת הציבורית. בדומה לכך הוקמה קרן ציבורית שמטרתה לממן הגשת תובענות ייצוגיות.

עקרונית, אינו תלוי בגודל התביעה. לפיכך בפועל קיום הליך ערעורי הוא במידה רבה מקרי ואינו תלוי בחשיבותה של ההלכה שהייתה יכולה להתלבן בערעור. אם המקריות היא הקובעת במקרים רבים איזה הליך יגיע לבירור בערעור, הרי שמבחינה כלכלית מדיניות משפטית המתירה זאת היא בעייתית. מדיניות כזו אולי פותרת, חלקית, את בעיית היעילות הפרטנית של ערעור נתון באשר לפרט מסוים, אך אינה יעילה מבחינת התועלת החברתית הכוללת.

כל עוד מדובר במערכת משפט שאינה מושתתת על תקדים, הבעיה העיקרית הנובעת ממבנה כזה של סינון התיקים לערעור ניכרת פחות. לא כן במערכת מבוססת-תקדים. אם הערכאה המחוזית טועה בפירוש החוק, הרי מידע הגלום בפסק הדין באשר למשמעות החוק מכונן את פעולותיהם של פרטים שמתאימים את התנהגותם למידע זה. קיים ערך חברתי בהבאת השאלה לבירור והכרעה בפני בית המשפט העליון. רק סובסידיה לצד המפסיד תתמרץ אותו להגיש ערעור. בדוגמה שלפנינו סובסידיה של 10 יחידות כסף תגרום להגשת הערעור, ואם התועלת החברתית עולה על כך, ראוי לסבסד את המערער הפוטנציאלי.

הסוג האחר של הערעור הוא ערעור ברשות. השאלה החשובה יותר נוגעת למקרים שבהם מתן רשות הערעור ניתנת בדבר החלטות של בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור. כאשר לבית המשפט שיקול דעת להתיר הגשת ערעור, אפשר להתאים את הנושאים המובאים לערעור לפונקציית התועלת החברתית. לכן אם נניח, בדוגמה לעיל, כי מדובר בעניין שהכרעה בו היא בעלת חשיבות חברתית נמוכה, הרי גם אם נגרם נזק של 200 לא תתאפשר הגשת הערעור, שכן בית המשפט ישקול בראש ובראשונה את התועלת החברתית⁵⁰ הנובעת מהכרעה בשאלה, ואילו תוחלת הרווח של הצד המפסיד תקבל, אם בכלל, משקל מועט. במתכונת זו יכול בית המשפט העליון בערעור בדרגה שלישית לבור את העניינים החשובים מבחינת הערך החברתי.

סביר להניח שעלות ההכנה וההגשה של בקשת רשות הערעור נמוכה מזו של הגשת הערעור עצמו. משכך, אשר למקרים דומים הנטייה להגיש בקשת רשות ערעור תהיה גדולה מהנטייה להגיש ערעור. בדוגמה לעיל במקרה שהנזק הנתבע הוא 100 ועלות הגשת הבקשה נמוכה מ-30, תוגש הבקשה אף שבנסיבות אלה ערעור (שעלותו – 40) לא היה מוגש. מתן רשות הערעור הוא אינדיקציה טובה לסיכויי ההצלחה, ולכן הפרט ימשיך בבירור הערעור ברמת סיכון נמוכה יותר. גם מנגנון זה אינו מבטיח כי כל העניינים שבהם שגו בתי המשפט הנמוכים יגיעו להכרעה במועד בבית המשפט העליון, שכן עדיין ייוותרו עניינים שבהם

50 בקשת רשות ערעור "לא תינתן אלא באותם מקרים חריגים בהם מתעוררת שאלה משפטית, ציבורית או חוקתית חשובה החורגת מעניינים של הצדדים הישירים לסכסוך או במקום בו ישנן הכרעות סותרות של ערכאות נמוכות יותר וטרם נפסקה בהם הלכה", ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ, לעיל הערה 27.

התועלת הצפויה לפרט נמוכה מהוצאות בירור בקשת הערעור. מקרים כאלה ניתנים לפתרון כאמור על ידי סבסוד.

ח. הנמקת הפסיקה

בשיטת המשפט הישראלי נדרש בית משפט לנמק את פסקי דינו.⁵¹ לדרישת ההנמקה הסברים שונים, כגון שבכך מתחזקת הלגיטימיות של בית המשפט בעיני הציבור, וכן שהצגת ההנמקה מונעת התנהגות בלתי ראויה של בתי המשפט. מבחינה כלכלית חובת ההנמקה מעלה כמה שאלות, במיוחד משום שכתובת ההנמקות מצריכה עלות ניכרת מבחינת משאבי הזמן של בתי המשפט והשופט.⁵² כמעט אין כל מחקר אמפירי המלמד על היקף הזמן השיפוטי המוקצה לכתובת ההנמקות, אולם במחקר אחד, המתייחס למערכת השפיטה הישראלית,⁵³ דווח כי מדובר בזמן רב ביותר. למשל, כמחצית השופטים שהשתתפו במחקר, דיווחו כי הם משקיעים בין 30% ל-40% מזמנם לכתובת ההנמקות. כדי להצדיק עלות זמן כה ניכרת וכה יקרה יש צורך בהסברים כבדי משקל.

זמן השופטים הוא צוואר הבקבוק של מערכת בתי המשפט. לפיכך מטלה הצורכת זמן שיפוטי רב משמעה העמסת יתר על צוואר הבקבוק, ולכך השלכה כפולה: ההשלכה הישירה היא בעלות הזמן למתדיינים בתיק הספציפי אשר מתן פסק הדין בעניינם נדחה לצורך הכנת ההנמקות לפסק הדין. העלות הנוספת מתבטאת בהחצנה שלילית על משך הזמן של בירור תביעות אחרות שבירורן מתעכב.

עלות הזמן המוקדש להנמקה היא במידה מסוימת בשליטת הצדדים הישירים היכולים לקצרו על ידי מערך של הסכמות בנושאים המקובלים עליהם. לצדדים הישירים יכולה לצמוח גם תועלת פרטית מההנמקה, בין במקטע העובדתי של הסכסוך או בפרשנות

51 תקנה 192 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 מחייבת בית משפט בדרגה ראשונה לכתוב הנמקות הכוללות הרצאה תמציתית של העניין, ממצאים עובדתיים, השאלות שעמדו להכרעה וכן את ההחלטה ונימוקה. תקנה 460(א) מפרטת את חובת ההנמקה של בית המשפט לערעורים. קיימים כמה חריגים לדרישת ההנמקה העוסקים בנסיבות שבהן אין כל תועלת לצדדים או תועלת חברתית בכתובת הנמקה. למשל יכול בית המשפט של הערעור לדחות ערעור בהסתמך על ההנמקות של בית המשפט הדיוני. ראו תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.

52 יש להבחין בין משאבי הזמן של מערכת בתי המשפט לבין זמנו של השופט. הזמן העומד לרשות מערכת בתי המשפט הוא הזמן המקובל ששופט אמור להשקיע בעבודתו. שאר הזמן של השופט מוקדש לפנאי או לעיסוקים אחרים המותרים לשופט. השופט יכול להמיר זמן כתיבת הנמקות לפעילות אחרת בין במערכת בתי המשפט ובין לזמן פנוי.

53 משה בר ניב, רן לחמן "הנוהגים שופטים בניגוד לשיפוטם" הפרקליט נ 71, 80 (תשס"ח).

הנכללת בחלק המשפטי של פסק הדין. לעומת זאת אין למשתמשים אחרים הנזקקים למערכת השפיטה כל השפעה על עלות זמן ההמתנה הנוסף עקב הזמן הניכר המוקדש לכתיבת הנמקות. בפועל נוצר עקב זאת עומס נוסף על מערכת השפיטה, המתבטא בין היתר בשיהוי במתן החלטות ובתורים ממושכים לבירור מחלוקות. עלות העומס מוטלת גם על צדדים אחרים שעניינם אינו מחייב הנמקה הגוזלת זמן ניכר.

להקצאת זמין שיפוטי ניכר להכנת הנמקות עלות חברתית נוספת, חבויה, המתבטאת במחלוקות שאינן מגיעות לבית המשפט. בני אדם היודעים מראש כי במקרה של מחלוקת ההליך יתארך, יפנימו נתון זה מראש בהתנהגותם. לכן הם עלולים, לדוגמה, להעלות את מחיר הפעולות העסקיות שלהם באופן שישקף את עלות הזמן הנוסף הכרוך בהתמשכות ההליכים. לחלופין כדי להימנע מהיקלעות להתדיינות ארוכה מדי ישלבו הצדדים מנגנונים פרטיים בהתקשרויות שימנעו את הצורך בליטיגציה או יפחיתו ממנו. כך למשל יכללו בתקשרויות ערביות או הסכמה על מנגנוני הכרעה חלופיים. לכל מנגנון כזה יש עלות המתבטאת במחיר העסקה. אם מחיר המנגנונים הללו או מחיר התמשכות ההליכים גבוה מדי, עלול הדבר להביא אף לידי מניעתן כליל של פעולות בעלות ערך חברתי חיובי בשל השיהוי הצפוי.⁵⁴

בהינתן העלות הישירה למערכת בתי המשפט, למתדיינים הישירים והפוטנציאליים והמחיר החברתי של הקצאת הזמן להכנת הנמקות, יש לבחון את הסיבות הכלכליות היכולות להסביר את העלות הגבוהה הזו:

דיוק – ההסבר הראשון הוא שההנמקה מקדמת את דיוק ההחלטות. הסיבה היא ששופט המחויב לנמק את החלטותיו נזהר יותר ממי שאין מוטלת עליו חובה דומה – לשפוט "כהלכה". אם לחברה עניין בדיוק ההחלטות, הרי אינטרס זה עשוי להיות מקודם על ידי כתיבת הנמקות. כפי שפרק זה מסביר בנסיבות שונות דיוק בהחלטות הוא בעל ערך. לכן פותחו למערכת בתי המשפט כללים וכלים שנועדו להבטיח דיוק. ובדומה לכך הוקמה מערכת ערעור יקרה, שתפקידה בין היתר לתקן שגיאות של ערכאות נמוכות. אולם ההשקעה בערך הדיוק ראוייה כל עוד התועלת החברתית הגלומה בדיוק ההחלטות גבוהה מהעלות החברתית שבהשגת הדיוק.

הטיעון כי הכנת הנמקות משפרת את רמת הדיוק מעמיד שאלה הנוגעת במבנה שיטות משפט. קיימות שיטות משפט, בעיקר אלה המבוססות על המשפט המקובל, אשר התפתחותן נשענה על פסיקה מנומקת. לעומת זאת בשיטה הקונטיננטלית להנמקות משקל

54 השלכות שליליות אלה אופייניות לכל בעיות העומס והשיהוי במערכת בתי המשפט.

לא רב. חלק מההחלטות תמציתיות מאוד, ולעתים אף אינן חורגות ממשפט ארוך או שניים המגבשים את הדין.⁵⁵

בשיטת המשפט המקובל היה צורך בהנמקות ובדיון המשפטי הנערך בהן כדי שבתו משפט אחרים יקבלו את הפסיקה הקודמת וישתכנעו מנכונותה. ההנמקות יכלו גם להבהיר לשחקנים המשפטיים את כיווני החשיבה וההתפתחות של הפסיקה, ובכך לאפשר להם לצפות את התפתחות הדין ולתאם פעולותיהם כמתבקש. השאלה היא אם כיום כאשר עיקר הדין – גם בשיטת המשפט המקובל – הפך להיות דין חקוק אם ההצדקה ההיסטורית להנמקות עומדת במלוא תוקפה.

האם תרומתה של ההנמקה לדיוק ההחלטות היא אכן כה רבה?⁵⁶ בעניין זה יש להבדיל בין החלטות על פי הרכב המותב הדין בעניין, בין מותב של דן יחיד לבין מותב של שופטים אחדים. אם נניח שתהליך בחירת השופטים מבטיח רמה סבירה של שופטים (וודאי שברמה העולה על הכרעה אקראית), ושאינן הנמקה משפרת באופן ניכר את רמת הדיוק של הפסיקה, והרי ההנמקה תביא לירידה של ממש בשיעור הטעויות של דן יחיד, כאשר מדובר במותב של כמה שופטים, ההסתברות שרוב השופטים (קל וחומר כל השופטים) יטעו נמוכה מזו שמותב של שופט אחד יטעה. ממילא תוספת הדיוק שתתקבל עקב ההנמקה בהרכב של כמה שופטים אינה רבה במיוחד, ועולה השאלה מה התועלת הנגזרת מעלויות הכנת ההנמקה. לו הייתה מטרת ההנמקה השגת דיוק רב יותר, הרי הייתה צריכה להיות מדיניות שונה להנמקות בבית המשפט של ערכאה ראשונה לעומת בית המשפט לערעורים. בהנחה הסבירה ששופטי בית המשפט העליון איכותיים משופטי הערכאה שעליה הם יושבים בערעור, ההסתברות לטעות בישבם בהרכב נמוכה יותר. לכאורה הצורך בהנמקה – כמנגנון מבטיח דיוק – פוחת, ולכאורה יסוד הדיוק אינו מצריך כתיבת הנמקה בהרכב ערעורים. מכיוון שפסקי הדין של ערכאת הערעור הם בעלי ערך תקדימי גבוה יותר, היבט זה הוא הדומיננטי ומסביר את הצורך בהנמקה, שבמקרה כזה היא מוצר ציבורי.

אולם גם בערכאה ראשונה קיימים מותבים המורכבים מכמה שופטים, ועולה השאלה מדוע יש לחייב במקרה כזה בהנמקה כאשר תרומתה לדיוק ההחלטות אינה גבוהה. האם יש הסבר כלכלי להשקעת המשאבים הנוספת – של שופטים אחדים – כאשר אין בכך כדי לתרום תרומה נכבדה לרמת הדיוק? ייתכן שההסבר לכך הוא כי בעניינים שבהם מחייב הדין

55 כך לדוגמה לבית המשפט העליון לערעורים בצרפת *Cour de cassation* מסורת של כתיבה תמציתית מאוד, המביאה אך את ההלכה בלא דיון מקיף כנהוג בבתי משפט לערעורים בשיטת המשפט המקובל.

56 נושא זה מצריך בדיקה אמפירית. אכן ליבון וניתוח בכתב יכולים לשפר דיוק. אולם במקרים רבים מתקבלת החלטת שופט טרם כתיבת ההנמקה – ובמקרים כאלה ערך ההנמקה כתורמת לדיוק נמוך עד זניח.

שלושה שופטים במושב הערכאה הראשונה הם כבדי משקל (בדרך כלל אלה הם מקרי עברות חמורות בדין הפלילי), ומחיר הטעות מבחינה חברתית גבוה יותר, ולכן קיימת הצדקה כלכלית להשקעה הנוספת בדיוק.

ההנמקה במוסבים של יותר משלושה שופטים יכול שתיכתב על ידי אחד משופטי המושב ובהסכמת האחרים, ויכול שתיכתב על ידי כל אחד בנפרד. יכולה זאת להיות החלטת רוב או החלטה פה אחד. ההסתברות לטעות כאשר כל השופטים הם בדעה אחת נמוכה מבמקרה שמדובר בהכרעה שבמחלוקת. בנסיבות שכאלה יש שגם כאשר כל השופטים מאוחדים לעניין התוצאה, עדיין ינמקו השופטים בנפרד את נימוקיהם. הנמקות כאלה אינן משפרות את דיוק התוצאה המשפטית, שכן ההכרעה היא אותה הכרעה. מכאן שההסבר של דיוק ההכרעה אינו תורם להבנת דרישת ההנמקה בהקשר שכזה. בדומה לכך, כאשר חברי ההרכב נחלקים באשר להכרעה, הרי השקעה בהנמקה מפורטת של עמדת הרוב עשויה – לפי ההנחה של תרומת ההנמקה לדיוק – להיות מובנת. אולם אין היא מסבירה מדוע על המיעוט שבהרכב להשקיע בכתיבת הנמקה מפורטת לעמדתו. די בהצבעת המיעוט, שהרי הדין מוכרע על פי עמדת הרוב.⁵⁷

האם ועד כמה עולה דיוק הפסיקה כפונקצייה למידת ההשקעה בכתיבת הנמקות? נושא זה מצריך כמובן בחינה אמפירית על פי הנסיבות של סוגי המקרים הבאים בפני בתי המשפט. לו הייתה ההנמקה גורם המשפר מאוד את הדיוק של החלטות, היה אפשר לצפות לקיום הנמקות גם בארגונים אחרים – ציבוריים ועסקיים. בפועל קשה למצוא שכחות גבוהה של הנמקות מפורטות וכתובות המלוות החלטות בסקטורים אחרים. לפיכך סביר להניח שתוספת התועלת הקשורה בהנמקות ובהעלאת רמת הדיוק בהן אינה מצדיקה את ההשקעה בהנמקות בסקטורים אלה.

בקרת איכות יכולה לשמש הסבר נוסף לצורך בהנמקה. מההיבט הכלכלי, בנסיבות שבהן רמת דיוק גבוהה יותר של הפסיקה עומדת ביחס ישר לרמת העושר החברתי, קיום מכשיר אמין של בקרת איכות יכול לתרום לרמת דיוק גבוהה יותר. ההנמקה מאפשרת בקרת איכות יעילה וזולה יחסית לגבי תיקים שבהם מתבקש ערעור. לולא ההנמקה תהיינה עלויות הצדדים גבוהות יותר בערעור, שכן אי-הוודאות באשר למקור השגיאה של הערכאה הקודמת תהיה גדולה יותר. על כן יהיה על הצדדים לחזור ולפרוס מערך טיעונים נרחב בפני בית המשפט של הערעור. בדומה לכך יהיה על בית המשפט של הערעור לבצע הליך המתקרב לבחינה מחדש של החלטות הקודמות על כל צדדיהן כדי להגיע למסקנה כי

57 בהקשר זה מתעוררות שאלות של בעיית נציג ושל יציבות ההחלטה. כך שופט המקדיש זמן להנמקה שאינה משנה את ההכרעה עלול לעשות זאת מטעמים של קידום מעמדו או עמדותיו ועקרונותיו. פריסת עמדה נוגדת בדעת מיעוט תעורר השגה עתידית על ההכרעה, ומשכך – תפחית מיציבותה.

מדובר בטעות. כיוון שבהנמקה פורס בית המשפט את מלוא היריעה, אפשר להצביע בעלות נמוכה יותר על הטעות, ובית המשפט של הערעור יכול להתמקד אך ורק בשאלות בעניינן נטענת הטעות. האם זו שיטת הבקרה הטובה ביותר? לטענתו של פרופ' שאוול,⁵⁸ שיטת הערעור היא הדרך הטובה ביותר לתיקון טעויות. לולא כתיבתן של ההנמקות לא הייתה שיטה יעילה של ערעור, במתכונת המקובלת כיום, יכולה להתקיים.

החובה לכתוב הנמקות עצמה משמשת מכשיר בקרה. קיום חובת ההנמקה חושף את דרכי עבודתו של בית המשפט בפני הצדדים, בפני ערכאת ערעור ואף בפני הציבור. חשיפה זו משמשת מכשיר הרתעתי מפני ביצוע לא תקין של התפקיד השיפוטי. חשיפתו של השופט לבקרה ימנע שימוש לרעה בכוח השיפוטי ויניע אותו לקיים את תפקידו ביתר שקדנות. שופטים פועלים, במידה רבה, כמשיאי תועלת. לכן "איום" הבקרה והביקורת על איכות עבודתם הוא בעל משקל כתמריץ חיובי, המכוון את פעולותיהם בהתאמה לפונקציית המטרה של מערכת בתי המשפט.

הסבר זה אינו נקי מקשיים. הנמקה יכולה להיות קצרה או ארוכה. עלותה של הנמקה ארוכה גבוהה יותר, ולכן ספק אם הנמקות ארוכות, בעיקר אלה הנכתבות על ידי בתי משפט נמוכים, מצדיקות את עלותן. בהקשר זה עולה בהכרח השאלה: כלום אין שופטים המאריכים הארכת יתר בהנמקתם עושים כן כדי להעצים את תועלתם האישית, ולמעשה מדובר בבעיית נציג?⁵⁹ עם זאת בשל רמתם האישית הגבוהה של רוב השופטים ייתכן כי בעיית נציג זו אינה חריפה.

הצדקת ההנמקה בענייני בקרת איכות אינה כה מובנת מאליה כאשר המותב מורכב מכמה שופטים. במקרה כזה יקשה על שופט להתחמק מקיום מחויבותו או לנצל את מעמדו לרעה מבלי שהעניין יחשף על ידי חברי ההרכב האחרים. גם הכרעה מטעמים הקשורים בהעדפות אישיות או פוליטיות יהיו נתונים בהרכב של כמה חברים לבקרה מידית ויעילה של חברי ההרכב, אשר במקרים של מחלוקת מנהלים ביניהם דיון בנושא העומד בפני בית המשפט. בדומה לכך, בהרכב של כמה שופטים עומדת התרומה של ההנמקה לדיון בהחלטה בסימן שאלה גדול. אם כל חברי ההרכב תומכים בתוצאה, הרי כאמור ההסתברות לטעות נמוכה בהרבה מבמקרה של דן יחיד. מהיבט זה בקרת איכות ההחלטה – לפחות במובן של דיוק משפטי – נחוצה פחות. מלבד זאת תהליך ההיוועצות בין שופטי ההרכב מבטיח רמה גבוהה יותר של איכות שפיטה, ולכן פוחת הצורך בהשקעה במנגנון נוסף של הגברת איכות המתבטא בהנמקה.

Steven Shavell, *The Appeal Process as a Means for Error Correction*, 24 J. LEGAL 58
STUD. 379-426 (1995).

59 ראו ממצאים ודיונים להלן, בתת הפרק – השופטים להלן.

הנמקה ותקדים – שיטת התקדים מחייבת קיום הנמקה. אי אפשר להבין היטב הלכות משפטיות שפותחו על ידי בית המשפט ולהמשיך ולפתחן אלא אם יבהירו בתי המשפט את ההנמקות העומדות בבסיס הפסיקה. ההנמקה מאפשרת למי שמבקש להסתמך על פסק הדין הבנה מעמיקה יותר של התקדים ובכך מורידה את עלותן של פעולות עתידיות הנסמכות על התקדים.⁶⁰ אם יצירת תקדים עומדת ביסוד דרישת ההנמקה, הרי שמתבקש כי ככל שהערך התקדימי של פסק דין גבוה יותר, כך מוצדק להשקיע זמן שיפוטי רב יותר בהכנתו. הערך התקדימי של פסק הדין הוא קירוב טוב לשיפור ברמת העושר החברתי הנלווה לתקדים החדש. לכן השקעה של זמן שיפוטי נוסף בפירוט והעמקת ההנמקות מוצדקות כל עוד עלות ההשקעה השולית בהנמקה אינה עולה על תוספת העושר החברתי הנובעת ממנה.⁶¹ מכיוון שלחלק ניכר מפסקי הדין אין כל ערך תקדימי, בין מחמת הדרגה הנמוכה של הערכאה ובין בשל היעדר חידוש בפסק הדין, אין ההסבר התקדימי מספק הצדקה להנמקות מפורטות, הצורכות זמן ניכר במקרים כאלה. העלות שבכתיבת הנמקות מפורטות במקרים כאלה היא במידה רבה בזבוז משאבים. שאלה דומה מתעוררת באשר להיקף הזמן השיפוטי המוקצה לכתיבת הנמקות כאשר אלה ארוכות מהדרוש. עולה השאלה אם מוקדשים משאבים רבים מהדרוש בכתיבת הנמקות. ומדוע יקדישו שופטים זמן לעיסוק בכך שבא על חשבון משימות אחרות או פנאי.

ט. השופטים

השופטים הם בעלי התפקיד המרכזי במערכת השפיטה. כישוריהם, נכונותם וישרתם הם הקובעים, במידה מכרעת, את איכות מערכת בתי המשפט. חשיבות השופטים במערכת בתי המשפט מקבלת משנה חשיבות לאור אופייה המונופוליסטי של מערכת בתי המשפט. בתחומים לא מעטים מדובר במונופול מוחלט – כגון בהליכי השפיטה הפליליים או החוקתיים. לעתים מדובר במונופול מותנה כמו למשל בהליך אזרחי רגיל. בהקשר זה רק הסכמה הדדית של הצדדים למחלוקת יכולה להוציא עניין מגדר טיפולו של בית המשפט ולהעבירו להכרעה במוסד חלופי כגון בוררות (מערכת שיפוט פרטית). האופי

60 להרחבה ראה לעיל בתת-פרק: התקדים לעיל.

61 אף כי לא נבחנו כאן היבטים נוספים של כתיבת הנמקות, הרי קיים ספק רב ביותר בהצדקת כתיבת הנמקות מבחינת ראותם של הצדדים להליך עצמו – המעוניינים בעיקר בהכרעה בנושא. ספק זה גדל כשמדובר בפרטים בעלי העדפות סיכון שונות; לעניין זה ראו *The Undesirability of Detailed Judicial Reasoning*, EUROPEAN J. L. OF ECON. 161-175 (1999).

המונופוליסטי של בתי המשפט כופה על צדדים למחלוקת להישפט בפני בתי המשפט. בהיעדר בחירה ובהיעדר תחרות של ממש מצד מוסדות אחרים, אין מנגנון שוק הכופה על מערכת בתי המשפט לבחור בשופטים שיהיו בעלי תכונות ראויות אשר יגרמו לצדדים לבחור להתדיין בפניהם. בנוסף, מערכת השפיטה היא זרוע של המדינה, ולכן מינוי השופטים למערכת מופקד בידי המדינה, ולכן יש צורך לעקר חשש שמא שופטים יפעלו באופן מוטא ולהבטיח את איתנות השופטים.⁶²

בתנאי מונופולין על כשרותם המקצועית של השופטים ועל הגינותם להיות כאלה שלצדדים לסכסוך, קיים או עתידי, יהיה אמון בשופטים. אם לא כן, יאבד האמון במערכת בתי המשפט, שהוא בסיס מרכזי לכוחה המשכנע של המערכת. מלבד זאת בני אדם שלא יאמינו במערכת בגלל אי-היותה מקצועית דייה (אינה מדייקת בהחלטות) או מוטא, ינהגו באורח שונה משהיו נוהגים בתנאי מערכת שיפוטית מקצועית ובלתי מוטא. היעדר המקצועיות יכול להביא להחלטות מוטעות והיעדר איתנות להחלטות מוטות. כפי שהוצג לעיל, אי-הדיוק יכול להביא להתנהגות תת-אופטימלית של בני אדם ולירידה ברמת הרווחה החברתית.⁶³ פגיעה בעושר החברתי בשל הטיה שיפוטית צפויה, עשויה להיות אף חמורה יותר. אי-הדיוק יכול לעתים לפעול באותה מידה לשני הכיוונים, ובכך לאזן במידת מה את השלכות השגיאות על התנהגות הצדדים.⁶⁴ ההטיה השיפוטית תביא לידי התנהגות תת-מיטבית של הנזקקים לשירותי שפיטה.

כדי למתן – או אף למנוע – השלכות שליליות אלה ננקטו כמה צעדים בישראל. נקבעה מערכת לבחירת שופטים הבנויה באופן האמור למתן את החשש לאיתנות השופטים. נקבעה מערכת תמריצים לשופטים שנועדה להבטיח איתנות אישית של השופט, ונקבעה בחוק מסגרת מוסדית ומשפטית שנועדה להבטיח את איתנות העניינית של כל שופט ואת חסינותו מפני כפיפות לכל גורם, זולת הדין.⁶⁵

עיגון איתנות האישית של השופטים נועד להרחיקם מכל תמריץ הפוגע בעיסוקם השיפוטי. השופטים אינם מורשים לעסוק בכל עיסוק אחר (למעט בהוראה בהיקף מוגבל או בכתיבת ספרים). לפיכך גם אין כל גורם היכול "לפתותם" באמצעות שכר גבוה להיות תלויים בו. תנאי העסקת השופטים אינם נתונים למשא ומתן בין כל שופט לבין המערכת או המדינה והם אחידים ונקבעים מראש. בכך מבוטל התמריץ הכלכלי הפרטני שיכול היה להשפיע על שופט לפעול באופן המרצה את הממונים עליו. אי אפשר לפטר שופט (למעט

62 "לא תכירו פנים במשפט, כקטן כגדל תשמעון, לא תגורו מפני איש" (דברים א : טז-יז).

63 ראו לעיל בתת-פרק הדיוק בפסיקה.

64 שוו בנפשכם אדם אדיש-סיכון מול רמות שונות של שונות בהחלטות שיפוטיות.

65 כך קובע החוק, סעיף 2 לחוק-יסוד : השפיטה : "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".

במקרים חריגים מאוד), וגם אז קיים מנגנון בקרה המונע פיטורים שרירותיים. שופט מובטח אפוא בכהונתו עד לגיל הפרישה, ולכן אין יכולת להשפיע על אופן פעולת השופט באיום או בחשש לפיטורין. שכר השופטים הוא הגבוה שבסולמות השכר של עובדי הסקטור הציבורי, וזאת כדי להעניק להם ביטחון כלכלי ואי-תלות כלכלית. עם זאת עדיין קיימים נושאים העלולים להשפיע על התנהגות השופט.

נטרול מערך התמריצים מעורר את השאלה כיצד יובטח כי השופטים ינהגו במקצועיות ובשקדנות אם אינם מונעים על ידי תמריץ חיובי או שלילי, המקובל אצל מועסקים אחרים, המכוונים לכך? במילים אחרות השאלה היא מהי פונקציית התועלת של השופט שאותה הוא ממקסם באופן שמתאים את פעולתו ככל האפשר למטרות מערכת בתי המשפט. כך לדוגמה שכרו של השופט הוא פונקצייה לערכאה ולוותק ולא לתפוקה או לאיכות תפוקה. מה יביא שופט להשקיע זמן ומאמץ לשפיטה טובה יותר כאשר אין הוא נפגע אם לא יעשה כן?

האם נאמר כי השופטים הם אנשים חדורי אמונה המנותקים מתמריצים חיצוניים ושואפים אך להיטיב עם מערכת בתי המשפט ותפקידיה? התנהגות כזו אפשרית, אך קשה להניח כי היא התנהגות המייחדת שופטים דווקא. מכל מקום, אין מחקר אמפירי המראה זאת. השאלה האמורה מתחדדת כאשר על שופט להשוות את התועלת מהשקעת זמן שולי במילוי התפקיד השיפוטי להקצאת הזמן למקסום תועלות אחרות, כגון מיצוי הנאות מזמן חופשי (שהות עם משפחה, טיול וכו').

הסבר כלכלי לאופן התנהגות השופטים במילוי תפקידם עדיין לא ברור די הצורך, ונחשב אחד הנושאים המורכבים להבנה.⁶⁶ לו נהגו השופטים על פי שיקולים כלכליים בלבד, הרי שרובם לא היו מתאמצים במיוחד במילוי תפקידם. בהיותם מנותקים ממרבית התמריצים הכלכליים אין לכאורה מה שיניע שופט לכתוב הנמקות ארוכות או להתעמת בוויכוחים עם חבריו במחלוקות באשר לקביעת הדין או תוצאת ההליך. את הזמן שנחסך היה השופט יכול לנצל לתועלות פרטיות שהיו מעלות את רווחתו. העובדה היא שאין השופטים ככלל נוהגים כך.

לפני כשני עשורים הציע השופט פוזנר הסבר תאורטי להתנהגותם של השופטים. מאמרו,⁶⁷ הנושא בכותרתו את השאלה מה ממקסמים שופטים, משיב על כך באותה כותרת: "The same thing everybody else dose". לפי גישה זו, השופט מתנהג ככל אדם רציונלי

66 "one of the most intractable problems facing law and economics scholars", Hugo Mialon, Paul Rubin & Joel Schrag, *Judicial Hierarchies and the Rule-Individual Tradeoff*, 15 SUPREME COURT ECON. REV. 3 (2007)

67 Richard A. Posner, *What do judges and justices maximize? The same thing everybody else dose*, 3 SUPREME COURT ECON. REV. 1-19 (1993)

וממקסם את תועלתו הפרטית. לגישתו, השופט מתנהג לעניין הקצאת זמנו ומאמציו ככל אדם אחר, ויש לצפות שגיב לתמריצים כלכליים ולא כלכליים שישפיעו על ביצועיו. למעשה לשופט פונקציית תועלת דומה לזו של אדם רגיל, אלא שהמשקלות של מרכיביה שונים.

פוזנר מציע יסודות לפונקציית תועלתם הפרטית של שופטים, הכוללת גם מרכיבי תועלת שאינם כספיים במישרין. כך תועלתו של שופט כוללת יוקרה (prestige) בקרב חבריו ובציבור, מוניטין, העדפות השקפת עולם, החשש להיפוך החלטות, קידום, הנאה מזמן חופשי, שכר וכו'. מכיוון שחלק מרכיבי התועלת קבועים מעצם תנאי העסקתו של השופט, הרי שרכיבים אלה באו לידי ביטוי בעצם בחירתו בקריירה של שופט. לעומת זאת רכיבים אחרים, כמו פנאי או יוקרה או קידום, משפיעים השפעה שוטפת על ההתנהגות השיפוטית. זיהוי מרכיבי פונקציית התועלת של שופט יכול לאפשר לרגולטור נבון לכוון את פעולת השופט באופן שתתאם את מטרות מערכת השפיטה.

האם שופטים הפועלים על פי פונקציית התועלת האמורה אכן פועלים כסוכנים הגונים וישרים למען הארגון? או שמא גם בעניינם מתעוררת שאלה של בעיית נציג? כך עולה השאלה אם שופט מקדם את מערכת הערכים ואת דעותיו האישיות בשעה שהוא פוסק. שאלה זו נבחנה במיוחד בארצות הברית, שם המינוי, במיוחד לבית המשפט העליון, קשור להשקפת העולם הפוליטית של הגופים המשתתפים בתהליך המינוי. שאלה דומה נוגעת לאופן מילוי התפקיד השיפוטי היכול לערב גם שיקולים פרטיים – כלומר התפקיד השיפוטי מבוצע במתכונת המושפעת מבעיית הנציג.

נושא זה נבחן בישראל חלקית.⁶⁸ בסקר בין שופטים נתבקשו השופטים לחוות דעה על אורך פסקי הדין בערכאות השונות. מתחורר כי הערכת השופטים היא – כמעט ללא יוצא מן הכלל – כי פסקי הדין של בית משפט השלום ארוכים מהדרוש (כמחצית מהשופטים העריכה כי הם ארוכים במידה רבה או רבה מאוד מהדרוש). גם פסקי הדין של בית המשפט המחוזי נתפסו על ידי השופטים כארוכים מהדרוש (37% העריכו כי הם ארוכים במידה רבה או מידה רבה מאוד מהדרוש) ומיעוט של 7% העריך כי פסקי הדין הם באורך ראוי.⁶⁹ ייתכן כי אף על פי שהנמקות ארוכות מהדרוש להכרעה, הן עדיין רצויות מבחינות אחרות, כגון ליבון טוב יותר של הדין וכו'. אולם הרוב המכריע של השופטים (67%) חושבים כי הנמקות ארוכות אינן רצויות. יצוין כי בקרב שופטי השלום 73% מהם חשבו שהנמקות ארוכות אינן רצויות, וכך גם כמחצית משופטי המחוזי. אם כך, התמונה

68 ראו בר ניב ולחמן, לעיל הערה 53.

69 הערכה השופטים לגבי בית המשפט העליון הייתה אף היא כי רוב פסקיו ארוכים מהדרוש.

המצטיירת היא כי לפחות בעיני הנשאלים ההנמקות ארוכות מהדרוש, ותופעה זו אינה רצויה.

בשל הזמן הניכר המושקע בכתיבת ההנמקות ובשל העומס הרב המוטל על בתי המשפט עולה השאלה מדוע השופטים משקיעים יותר מהנדרש לצורך הפסיקה בכתיבת פסקי הדין. לכאורה מדובר בהתנהגות לא רציונלית. הרי השופט יכול להמיר את הזמן המוקצה לכתיבת-יתר למטרות אחרות. אלה יכולות להיות מטרות המשרתות את מערכת המשפט, כגון טיפול בתיקים ממתונים או מטרות המייצרות תועלת אישית, כגון הנאה מזמן חופשי. מה אפוא יכול להסביר התנהגות שיפוטית? האם המוניטין של כתיבה מלומדת בעיני חבריו השופטים? האם סיכוי הקידום הקשור גם בכתיבה של פסקי דין מנומקים? האם היוקרה בקרב עורכי הדין? הסברים אלה, אם יש בהם ממש, מלמדים על בעיית נציג אפשרית במילוי התפקיד השיפוטי. קורלציות המתייחסות לנתוני הסקר אכן מגלות מתאם בין ההערכה הנוגעת לאורך פסק הדין ובין שיקולי היוקרה של השופטים.⁷⁰

70 משה בר ניב, רן לחמן (נייר עמדה) *Self-interest in Judges' Time Allocation to Writing Judgments*

מפתח מושגים

מפתח מושגים

(המפתח הוא בשפה העברית. עם זאת בחרנו להציב בראשו מספר מצומצם של מונחים באנגלית לנוחיות הקוראים המכירים את המינוח האנגלי ואפשר שיתקשו למצוא את המקבילה העברית.)

A

Adverse Selection – ר' סלקצייה שלילית –
Agency Costs – ר' עלויות נציג –
Agency Problem – ר' בעיית נציג –
Anchoring – ר' הטיית העיגון –
Arrow – ר' משפט אי-האפשרות של ארו –

B

Bias Default – ר' הטיית ברירת המחדל –
Business Judgment Rule – ר' כלל שיקול הדעת העסקי –

C

Chilling effect – ר' אפקט הצינון –
Collective Action Problem – ר' בעיית הפעולה המשותפת –
Condorcet – ר' משפט קונדורסה –
Coordinated Effects – ר' השפעות מתואמות –
Creeping Determinism – ר' הטיית החכמה לאחר מעשה –

D

Decision Utility – ר' תועלת החלטה –
Due Diligence – ר' בדיקת נאותות –

E

Exclusionary Effects – ר' השפעות ממדרות –
Experience Goods – ר' מוצרי חוויה –
Experienced Utility – ר' תועלת נחויית –

F

Fiscal Illusion – ר' אשליה פיסקלית –
Framing – ר' אפקט הניסוח –

G

Gibbard-Satterthwaite – ר' תאורמת גיברד וסתרטווייט –

H

Habit Formation – ר' היווצרות הרגלים

Hindsight Bias – ר' הטיית החכמה לאחור מעשה

Holdout – ר' בעיית הסחטן

I

Illusion of Control – ר' פנטזיית השליטה

Information Overload – ר' היצף מידע

L

leverage – ר' מנוף פיננסי

Lump Sum Taxes – ר' מסים קבועים

M

Market for “Lemons” – ר' שוק הלימונים

Maximin – ר' עקרון המקסימין

Moral Hazard – ר' סיכון מוסרי

Myopia – ר' הטיית קוצר הראייה

N

Network Externality – ר' החצנת רשת

P

Pooling Equilibrium – ר' שיווי משקל מאגד

Propitious Selection – ר' ברירה חיובית

Public Choice Theory – ר' בחירה חברתית, תאוריה של

R

Race to the Bottom – ר' מירוץ לתחתית

Race to the Top – ר' מירוץ לצמרת

Rational Apathy – ר' אדישות רציונלית

Relationship Specific Investments – ר' השקעות יחס

Risk Diversification – ר' גיוון סיכונים

Risk Pooling – ר' קיבוץ סיכונים

S

- ר' שיווי משקל מפריד – Separating Equilibrium
- ר' העדפות חד-שיאיות – Single-Peaked Preferences
- ר' הטיית הסטטוס קוו – Status Quo Bias
- ר' אפקט התחלופה – Substitution Effect
- ר' עלויות מעבר – Switching Costs

T

- ר' גדול מכדי ליפול – Too Big to Fail
- ר' עלויות עסקה – Transaction Costs
- ר' השפעות חד-צדדיות – Unilateral Effects

W

- ר' נכונות לקבל – Willingness to Accept
- ר' נכונות לשלם – Willingness to Pay

הגישה הכלכלית למשפט

			א
,337,86	אפקט הנכונות לשלם	,189,172,158	א-סימטרייה במידע
581,479,437,338		,698,507,472,466,368,199,198	
412	אפקט הסנוב	,926,921,918,909,890,777,728	
632,309	אפקט הצינון	,972,940,938,935,934,928,927	
		1158,1135,1132,1116,1107,1034	
108,86	אפקט הראשוניות	,207,178,28	אדישות לסיכון
428,413,67	אפקט הרשת	,659,656,651,656,277	
		1171,931,930,785,688	
,822,821	אפקט התחלופה	,751,190	אדישות רציונלית
966,965,964,952,831		811,809,790	
412	אפקט ובלן	,83,79,77,76	אהבת סיכון
72	אקסיומות של עקיבות	,659,658,656,294,207	
369	אשליה פיסקלית	,785,688,687,685,684,681	
		1160,1159,1156,1142	
	ב	,858,857,400	אוליגופול
164	בדיקת נאותות	885,877,866,864,863,862,859	
	בחירה חברתית, תאוריה של		אינפורמציה א-סימטרית – ר' א-סימטרייה במידע
746,369,246			
	בחירה נוגדת – ר' סלקצייה שלילית		אסדרה – ר' רגולציה
945,948,475	בחירה שלילית	622	אסדרה עצמית
69	ביטוח אוניברסאלי	704	אסטרטגיה שולטת
	ביטחון יתר בהערכת הסתברויות	,89,87,86,71	אפקט הבעלות
100,99,97-94,71		479,259,93-91	
,293,292,285,66	בעיות מידע	966-964,952,831,821	אפקט ההכנסה
972,909,907,891,890,736,706,303		109,86	אפקט המילה האחרונה
758,149	בעיה בין-דורית	,84,82,81,71	אפקט הניסוח
		890,690,681,86	

מפתח מושגים

דטרמניזם זוחל – ר' הטיית החכמה שלאחר מעשה	ר' נוסע חופשי
דילמת האסיר	בעיית הסחטן
דיספוזיטיבי	בעיית הפעולה המשותפת
ה	בעיית השפעת האסימטית
האדם הכלכלי	בעיית נציג
הארדין – טרגדיית המאגרים המשותפים	ברטרנד – מודל תחרותי
הדוניזם	ברירה הפוכה – ר' סלקצייה שלילית
ההרתעה הכללית – ר' הרתעת שוק	ברירה חיובית
הוצאות עסקה – ר' עלויות עסקה	ברירה שלילית – ר' סלקצייה שלילית
החצנות – ר' השפעות חיצוניות	ברירה שלילית הפוכה
החצנת רשת	ג
הטיות בהערכת ראיות	גדול מכדי ליפול
הטיית Value Attribution	גיוון סיכונים
הטיית אופטימיות-יתר	ד
הטיית בררת המחדל	דאונטולוגיה
הטיית האישוש	דאימונד – הפרדוקס של דאימונד
הטיית הבעלות – ר' אפקט הבעלות	דואופול
הטיית ההוצאה השקועה	

הגישה הכלכלית למשפט

113, 118-122, 584, 586	הערפות חדר-שיאיות	682, 487	הטיית הזמינות
			הטיית החכמה בדיעבד – ר' הטיית החכמה שלאחר מעשה
177, 179, 211, 213, 277, 304, 331, 349, 350, 369, 380, 431, 432, 467, 469, 531, 532, 561, 625, 650-654, 955, 974, 1004, 1012, 1062, 1100, 1107, 1113, 1121, 1124, 1126, 1136, 1140, 1142, 1148, 1155, 1157, 1159, 1161, 1162, 1166	הפנמה	105, 103, 102, 71 438, 87 108-106, 71	הטיית החכמה שלאחר מעשה הטיית הסטטוס קוו הטיית העיגון
201-203, 206, 207, 210, 214	הפרה יעילה	493, 488, 487	הטיית קוצר הראייה
			היד הנעלמה
624, 625	הפרטה	569, 568, 46, 43-41, 39	
		53	היווצרות הרגלים
126, 127	הרסני – משפט התועלת של		
		67, 257, 281, 293,	היעדר מידע
271, 293, 294, 299, 300, 302, 308, 312, 313, 321, 323-325, 1024	הרתעת-חסר	1147, 936, 553, 320, 295	
		111, 87	היפוך העדפות
80, 80, 271, 273, 299-302, 307, 309, 311, 312, 319-321, 326, 327, 783, 1005	הרתעת-יתר	249, 239, 234, 230	היצף מידע
			הליכה על הסף – ר' משחק Chicken
			הלר – הטרגדיה של נחלת הכלל
276, 271, 277	הרתעת שוק	417, 352	
			הנד – נוסחת הנד
853, 862-864, 872, 873, 882, 885	השפעות חדר-צדדיות	282, 271, 104, 296-299, 305	
		306, 310, 315, 334	
39, 49-51, 56, 56, 69, 158, 163, 174, 180, 198, 213, 225, 252, 277, 278, 303, 304, 309-311, 342, 347, 349, 350, 355, 418, 442, 449, 450, 467, 483, 485, 486, 492, 493, 503, 506, 513, 521, 525, 530-532, 535-537, 541, 543, 550-552, 559, 561, 625, 643-645, 672-674, 683, 684, 698, 699, 702, 706, 712, 714, 738, 751,	השפעות חיצוניות	437, 338, 337, 86, 479, 571, 581	הנכונות לשלם
			הסתמכות-חסר
		160, 161, 164, 167, 171, 172	
		204, 207	הסתמכות-יתר

מפתח מושגים

	ט	,785 ,778 ,777 ,775 ,770 ,769 ,763
,436 ,413 ,410 ,382	טובין ציבוריים	,851 ,848 ,840 ,839 ,825 ,817 ,795
,716 ,708-706 ,698 ,594 ,577 ,453		,949 ,948 ,934 ,928 ,925 ,893 ,892
,790 ,775-772 ,760 ,759 ,738 ,737 ,736		,1004 ,993 ,983 ,980 ,976-974 ,963
,1144-1136 ,1134 ,1133 ,823 ,819-816		,1124 ,1121 ,1119 ,1118 ,1017
1167 ,1162 ,1150 ,1149 ,1146		,1145 ,1144 ,1138 ,1136-1133
	טרמפיסט – ר' נוסע חופשי	1165 ,1162 ,1157 ,1155
	י	
	יעילות דינמית	,873 ,872 ,862 ,853
423 ,415 ,414 ,382 ,380		885 ,883 ,878
	יעילות סטטית	156
423 ,415 ,381 ,380		השפעות ממדרות
,235 ,67-65 ,39	יתרונות לגודל	,869 ,867 ,862 ,853
761 ,739		882 ,878 ,873
	כ	
	כוח מיקוח	,346 ,211 ,210 ,173
993 ,483 ,208 ,181 ,170 ,157		910 ,907 ,472
	כלל שיקול הדעת העסקי	,211-209 ,204 ,200 ,171
105		,663 ,498 ,472 ,341 ,277 ,273
	כשל שוק	1150 ,1011 ,1009 ,1008 ,911 ,909
,198 ,158 ,70 ,67-65 ,63		
,269 ,246 ,245 ,242 ,236 ,225-223		ז
,410 ,408 ,393 ,390 ,387 ,385 ,384		זהירות-יתר
,478 ,477 ,469 ,461 ,456 ,452-447		199 ,187
,514 ,503 ,502 ,492 ,487 ,486 ,484-482		
,702 ,700 ,697 ,634 ,531 ,525 ,518		ח
,826 ,825 ,821 ,818-815 ,807 ,775 ,710		חובת גילוי
1135 ,1134 ,1133 ,957 ,905 ,851 ,847		,174-172 ,166
		,257 ,250-247 ,245 ,230 ,228 ,224 ,176
		,943 ,942 ,937-934 ,538 ,269 ,265-262
		968 ,967 ,964
993 ,972 ,934 ,925	כשלי מידע	
	ל	
	לאפר – עקומות לאפר	,931 ,928
55 ,39		978 ,977
	ליברליזם	193 ,156 ,153
,70 ,67 ,47 ,46 ,32		חלוקת סיכונים
124 ,123 ,113		948
		חסמי מידע

הגישה הכלכלית למשפט

מירון לתחית	מ
,532 ,530-526 ,237	
948 ,728 ,548 ,543 ,541 ,540 ,536-534	1043 ,1042 Leubdorf-Posner מבחן
מלחמת מחירים – ר' ברטרנד – מודל תחרותי	875 ,874 מבחן המונופול ההיפותטי
757 מנוף פיננסי	241 ,240 מודל הצרכנים המתוחכמים
מס פיגוביאני – ר' מסי פיגו	504 מודל התגמול הדחוי
92 ,81 ,55 מס פרוגרסיבי	1152 ,1133 מודל פוזנר לנדס
81 ,55 מס רגרסיבי	מונופול
292 ,291 ,51-49 ,39 מסי פיגו	,188 ,69 ,67-63 ,60-57 ,25
818 ,56 מסים קבועים	,422-420 ,392 ,377 ,376 ,236 ,192
732 משחק Chicken	,456 ,445 ,441 ,434 ,430 ,429 ,427
110 משחק האולטימאטום	,483 ,473 ,471 ,470 ,468 ,465-463 ,457
משחק הפחדן – ר' משחק Chicken	,543 ,529 ,522 ,512 ,508-506 ,489 ,486
200 ,45 ,39 משחק סכום אפס	,875 ,875-873 ,868 ,862 ,854 ,853 ,726
,115 ,113 משפט אי-האפשרות של ארו	,992 ,952 ,885 ,883 ,881 ,880 ,877
585 ,547 ,125 ,119 ,118 ,116	1171 ,1170 ,1141 ,1139 ,1135 ,1133
,546 ,122 ,121 משפט הבוחר החיצוני	443 מונופול דו צדדי
586 ,582	66 ,39 מונופול טבעי
,46 ,39 משפט הרווחה הראשון	511 ,507 ,506 מונופסון
57 ,56 ,47	מוצר ציבורי – ר' טובין ציבוריים
,56 ,55 ,47 ,46 ,39 משפט הרווחה השני	68 מוצרי חוויה
69 ,62 ,57	,857 ,856 ,855 מחיר קרטליסטי
583 ,582 ,574 משפט קונדורסה	871 ,870 ,868 ,867 ,862 ,858
	מידע א-סימטרי – ר' א-סימטריה במידע
	מידע חסר
	,235 ,228 ,226 ,224 ,223 ,199
	,484 ,265 ,264 ,254 ,246 ,245 ,236
	592 ,485
	מירון לצמרת
	,540 ,535 ,530-527 ,237
	553 ,552 ,543

מפתח מושגים

	נ
,958-947,942,935,925,890,789,786	
,985,983,980,975,972,967-962,960	נאש – שיווי משקל נאש ,54,39
993,990,986	722,721
,963,955,935,925	נוסע חופשי ,461,242,239,238
993,972,970,968-966	,817,816,810,772,759,706,510-508
	1140,1137,915,914,884,882
154	נטל עודף ,399,398,345,56,55,39
	856,475-473,470,439,419,400
,485,244,70-68,39	ניגוד אינטרסים ,624,623,545,48
,950,948-945,943-935,925,503,493	914,791,762,710,708
,989,988,983,980,972,965,964	
1135,993,990	
	ע
עלויות אדמניסטרטיביות – ר' עלויות	ניטרליות לסיכון – ר' אדישות לסיכון
מנהליות	482,100,29,28
עלויות דיון – ר' עלויות ההתדיינות	29,28
,358,312,292,217	ניתוח כלכלי פוזיטיבי
,1003-1001,822,630,522,486,442	479,259,86
1079,1046,1033,1030	נכונות לקבל
	144,140,139
483,57	נש – פונקציית נש
	ס
,62-60,39	סבסוד ,471-465,390,375,345,163,62
,399,384,383,382	,839,825,823,817,778,699,491
441,430,429,422,414,400	851,845,841,840
	סבסוד צולב ,469,259,219
356,355	981,949,938,937
,312,297-294	סובסידיה – ר' סבסוד
,406,403,402,369,322,315,313	
,817,555,475,470,467,415,407	סובסידיה צולבת – ר' סבסוד צולב
993,985,983,851,828,822	109
	סטיות בהתנהגות
429,265,264	356,355
	סטנדרדיזציה אופטימלית
עלויות משפט – ר' עלויות ההתדיינות	
762,757-754	סיכון מוסרי ,342,341,70,69,68,39
	,784,777,504,493,486,482,371

הגישה הכלכלית למשפט

פיזור נזק	271, 272, 294, 295, 315, 560, 777, 776	עלויות עסקה	31, 90, 93, 161, 162, 165, 174, 186, 190, 193-195, 202, 203, 208, 219, 220, 253, 279-281, 333, 341, 343, 345, 360, 367, 368, 383, 402, 418, 442, 444, 448, 451, 452, 454, 461, 461, 481, 503, 504, 553, 559, 589, 615, 700, 719, 736, 739, 753, 755, 756, 776-779, 782, 839, 925, 928, 932, 934, 973, 980, 1136, 1144-1145, 1147, 1151, 1152, 1156, 1160
פיזור סיכון	147, 777, 931, 978, 992	עלות ניהול ההליך – ר' עלויות ההתדיינות	
פנטזיית השליטה	689	עלות שקועה	61, 155, 160, 504, 876, 877, 878, 956, 1008
פערי כוחות	236, 266, 483, 723, 926	עקומת הביקוש – ר' פונקציית ביקוש	
פערי מידע	244, 245, 248, 254, 256, 281, 287, 290, 315, 483, 484, 485, 486, 493, 503, 518, 532, 700, 714, 729, 736, 746, 1019, 1020, 935, 948	עקומת ההיצע – ר' פונקציית ההיצע	
פרדוקס הבחירה – ר' קונדורסה – הפרדוקס של קונדורסה		עקרון המקסימין	567, 588
פרטו – ערך יעילות פרטו	39, 44-46, 124, 227, 479, 723, 897, 1148, 1155	פ	
פרטו – שיפור פרטו	44-46, 50, 218, 550, 771	פונקציית הערך	75-78, 81
פרטו אופטימלי – ר' פרטו – ערך יעילות פרטו		פונקציית "סכום השורשים"	144, 146
צדק חלוקתי	122, 125, 139, 187, 195, 197, 272, 288, 289, 612, 641, 815, 816, 817, 818, 821, 823, 825, 826, 828, 829, 832-833, 837, 843, 851, 938, 941, 942	פונקציית ביקוש	39, 60-65, 69, 422, 473
צדק מתקן	155, 272, 324, 329, 1106, 1107	פונקציית היצע	39, 60-65
ק		פונקציית הרווחה הרולסיאנית – ר' רולס – פונקציית רולס	
קואס – התאורמה של קואס – ר' קואס משפט קואס		פונקציית תועלת	52, 53, 55, 74, 76, 77, 126, 128, 129, 131, 132, 1106, 1107, 1125, 1126

מפתח מושגים

	קואס – משפט קואס	,53-51 ,39
		,279 ,271 ,220 ,202 ,90
		360 ,345 ,343 ,330 ,281
	קוגנטי	,162 ,158 ,157 ,153 ,93
		,187 ,185 ,175 ,168 ,167 ,163
		,359 ,260 ,258 ,254 ,252 ,216 ,200-197
		,529 ,527 ,521 ,500 ,492 ,478 ,361
		789 ,751 ,552-550 ,540 ,538 ,537 ,533
	קומודיפיקציה	571
	קונדורסה – הפרדוקס של קונדורסה	
		585 ,584 ,119 ,116
	קורנו – מודל תחרותי	400
	קיבוץ סיכונים	929 ,928
	קלברזי – נוסחת קלברזי למונע הנזק הזול ביותר	
		279 ,274
	קלברזי והירשוף – מבחן השוקל הטוב	
		313 ,295 ,293 ,290 ,289 ,288 ,271
	קלברזי ומלמד – חלוקה לכללים	,330
		650 ,358 ,346
	קלדור-היקס – ערך יעילות	,46 ,39
		1148 ,479 ,50 ,49
	קלדור-היקס – שיפור קלדור-היקס	218
	קניין כלכלי	347 ,346
	קניין משפטי	347 ,346
	קרטל	,70 ,67 ,65-63 ,60 ,58
		,860 ,858 ,856 ,855 ,853 ,158
		884 ,878 ,873-867 ,864 ,863 ,862
ר		
רגולציה		,157 ,66 ,64 ,63 ,58 ,42 ,26
		,248-245 ,236 ,224 ,223 ,166 ,158
		,351 ,269 ,265 ,264 ,255 ,251 ,250
		,458 ,456 ,453 ,393 ,382 ,372 ,363-361
		,492 ,491 ,486 ,482 ,467 ,462 ,460
		,552 ,540 ,539 ,537 ,535 ,525 ,517
		,791 ,789 ,759 ,660 ,621 ,618 ,553
		,894 ,839 ,825 ,817 ,809-807 ,805 ,794
		,1078 ,1076 ,1071 ,979 ,967 ,948 ,902
		1173 ,1135 ,1100 ,1085 ,1084 ,1083
	רווח מצרפי	184
	רולס – מסך הבערות	,580 ,566
		626 ,608-603 ,596 ,589-587
	רולס – פונקציית רולס	144 ,140
	ריקרדו – שקילות ריקרדו	53
	רפינדייל – מדד ריכוזיות השוק	48 ,39
	רציונליות	,76 ,75 ,73-71 ,54-52 ,34 ,28
		,162 ,143 ,111-109 ,107 ,100 ,86 ,83
		,227 ,225 ,223 ,195 ,188 ,183 ,163
		,257 ,252 ,247 ,244 ,242 ,238 ,237
		,349 ,299 ,296 ,293 ,292 ,290 ,269
		,577 ,576 ,566 ,551 ,538 ,493 ,492
		,643-640 ,637 ,634 ,625 ,604 ,586 ,585
		,701 ,700 ,698 ,696 ,695 ,681 ,679-675
		,810 ,807 ,758 ,755 ,748 ,746 ,712
		,1131 ,1124 ,1086 ,1079 ,1062 ,934
		,1172 ,1161 ,1158 ,1147 ,1138 ,1137
		1174
	רציונליות חסומה	,231 ,230 ,224 ,223
		,245 ,244 ,242 ,239 ,237-234
		265 ,264 ,251

הגישה הכלכלית למשפט

581	תאורמת גיברד וסטרטוויט	רציונליות מוגבלת – ר' רציונליות חסומה
691	תועלת החלטה	ש
691	תועלת החוויה	שוויון בין-דורי – ר' בעייה בין-דורית
129	תועלת שולית עולה	שווקים מפורשים 28
,205 ,130-128 ,74	תועלת שולית פוחתת	שווקים מרומזים 29 ,28
,560 ,501 ,418 ,294		שוחר סיכון – ר' אהבת סיכון
1111 ,829 ,822 ,818		שוק הלימונים 484 ,475 ,243 ,142 ,69
,139 ,136-130 ,128-124 ,113	תועלתנות	1135 ,948
,569 ,481 ,480 ,147 ,144 ,143 ,140		שיווי משקל מאגד 937
,692 ,670 ,641-639 ,633 ,604 ,588 ,583		שיווי משקל 67-65 ,62 ,52 ,46 ,26 ,25
822 ,820 ,818 ,745 ,696		400 ,376 ,238 ,224 ,167 ,166 ,113
131	תועלתנות מנורמלת	715 ,514 ,489 ,442 ,440 ,430 ,428
,576 ,281 ,110 ,54	תורת המשחקים	871-869 ,867 ,864 ,800 ,746
721 ,702 ,698 ,675 ,630		884 ,878 ,873
,81-77 ,75 ,71 ,74	תורת הערך	שיווי משקל מפריד 220 ,219
688 ,684 ,682 ,640		1116 ,937
81 ,79-76 ,74	תורת התועלות	שימוש-חסר 353
48 ,39	תחרות מונופוליסטית	שימוש-יתר 369 ,353 ,351 ,344
,62 ,60 ,48 ,47 ,39	תחרות משוכללת	413-411 ,382 ,381
533 ,471 ,413 ,225		שנאת הפסד 432 ,205 ,80 ,77 ,76
544	תקנת שוק	שנאת סיכון 204 ,180 ,178 ,83 ,77 ,76
	תרומה שולית פוחתת – ר' תועלת שולית פוחתת	587 ,554 ,342 ,307 ,294 ,207 ,205
		684 ,681 ,678 ,663 ,659 ,656 ,588
		931 ,930 785 ,761 ,718 ,688 ,687 ,685
		991 ,977 ,958 ,947 ,946 ,944 ,939
		1160 ,1159 ,1142 ,1013 ,1006 ,1001