

מתי ירצו צדדים לחוזה "הפרות יעילות"?

מאת

אריאל פורת*

מבוא

בשנת 1989 פרסם פרופ' דניאל פרידמן באחד מכתבי העת המשפטיים החשובים בארצות הברית מאמר הנקרא "The Efficient Breach Fallacy".¹ המאמר מבקר בחריפות את תורת ההפרה היעילה מבית מדרשו של הפרופסור והשופט ריצ'ארד פוזנר, ואף ניתן להבינו כתקיפה חזיתית של גישת הניתוח הכלכלי של המשפט. המאמר הפך עם השנים לנכס צאן ברזל של הכתיבה המשפטית התאורטית בתחום דיני החוזים. לראיה, הוא מצוטט לעתים תכופות הן בכתיבה העושה שימוש בניתוח הכלכלי של המשפט הן בכתיבה שאינה עושה שימוש כזה. קטעים נרחבים ממנו מצוטטים בכמה מספרי ה-cases and materials, המשמשים להוראת דיני החוזים בבתי הספר למשפטים בארצות הברית, ורבים הסטודנטים האמריקנים, כל שכן מוריהם, המכירים אותו היטב.

בבסיסה של תורת ההפרה היעילה עומד הרעיון שראוי שדיני החוזים יעודדו הפרות יעילות, כלומר הפרות אשר התועלת מהן רבה מן הנזק שהן גורמות. פיצוי המיועד להעמיד את הנפגע במצב שבו היה לו קיים החוזה מבטיח לכאורה שהפרות חוזה תהיינה יעילות² מכיוון שאם החליט המפר להפר את החוזה, תוך שהוא נושא במלוא נזקי הנפגע, אות וסימן

* פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למשפט פרטי ע"ש אלן פוהר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לעופר גרוסקופף, לרועי קרייטנר ולאריק רוזן על הערות מועילות לטייטת המאמר.

1 Daniel Friedmann, "The Efficient Breach Fallacy", 18 *J. Legal Stud.* 1 (1989)

2 פיצוי זה מבוסס על אינטרס הציפייה של הנפגע, אשר פרופסור פרידמן טען במאמר אחר שראוי לכנותו אינטרס הקיום. ראו Daniel Friedmann, "The Performance Interest in Contract Damages", 111 *L. Q. Rev.* 628 (1995).

הוא שרווחיו מן ההפרה היו גדולים מנזקיה, ומכאן שההפרה הביאה תועלת יותר מנזק.³ תורת ההפרה היעילה מבוססת למעשה על עקרון ההפנמה: אם המעוול, או מפר החוזה, נושא במלוא העלות החברתית של התנהגותו גורמת הנזקים, התנהגותו תהיה יעילה.⁴ על מנת שההפרה תהיה יעילה, נדרש שלמפר יהיה מידע על התועלת ועל הנזק של ההפרה, שהרי בלעדי מידע כזה לא יוכל לכלכל את צעדיו ביעילות. אך חשוב מכך, כדי שההפרה תהיה יעילה, הפיצוי בגין ההפרה צריך להיות מלא, כלומר עליו לכסות את כל נזקי הנפגע. אכן, מלומדים העוסקים בניתוח כלכלי של המשפט היו ערים לבעייתיות שתנאי זה עלול לעורר, וחלקם טענו שבמקרים רבים, בשל אי-התקיימותו של תנאי זה, דווקא תרופת האכיפה היא התרופה היעילה, ולא תרופת הפיצויים.⁵ פרופ' פרידמן תוקף את תורת ההפרה היעילה מכמה זוויות. אף שאין בכוונתי לסכם את כל טענותיו המרתקות, אעמוד בקצרה על עיקריהן.

ראשית, תורת ההפרה היעילה מתעלמת מזכותו של צד לחוזה לקבל את ביצוע החוזה, להבדיל מתחליף בדמות פיצוי כספי. אין זה ראוי שהזכות לביצוע החוזה תהיה ניתנת להפקעה על ידי הצד המבצע רק משום שהוא עשוי להרוויח מן ההפרה, או להימנע מהפסדים שיבואו לו בעקבותיה. פרופ' פרידמן טוען שממש כפי שאין זה ראוי שאדם יהיה רשאי ליטול נכס של אדם אחר בלי הסכמתו של האחרון, ולשלם לו את שווי, כך אף אין זה ראוי לפגוע בזכות לביצוע החוזה בלי הסכמת הנבטח, ולשאת בנזקיו. בין היתר מדגיש פרופ' פרידמן שאם ההפרה משמעה מכירת הנכס מושא החוזה על ידי המוכר לקונה שני במחיר גבוה מזה של אינטרס הציפייה של הקונה הראשון, אזי הקונה הראשון, ולא המוכר, הוא שראוי לגרוף את רווחי העסקה עם הקונה השני, שכן הוא, ולא המוכר, הנו בעל הזכות החוזית. פרופ' פרידמן אמנם מכיר בכך שיהיו מקרים שבהם התרופה בגין הפרה תהיה פיצויים ולא אכיפה, אך זאת לאו דווקא משום שההפרה נתפסת כדבר ראוי וטוב; אדרבה, יש להבחין בין הזכות לבין התרופה הניתנת בגין הפרתה. בדרך כלל אין לאדם זכות לפגוע בזכותו של אחר, אך לאחר הפגיעה, משיקולים של הגינות או יעילות, עשויה התרופה להיות פיצויים ולא אכיפה. את זווית תקיפה זו של תורת ההפרה היעילה אכנה "הזווית המוסרית", ותמציתה היא שתורת ההפרה היעילה אינה עולה בקנה אחד עם כיבוד אוטונומיית הרצון של הצדדים לחוזה.

- 3 על רעיון ההפרה היעילה ראו Richard Posner, *Economic Analysis of Law* 120-126 (6th ed., 2003).
- 4 Robert Cooter, "Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution", 73 *Cal. L. Rev.* 1, 1-16 (1985).
- 5 Anthony Kronman, "Specific Performance", 45 *U. Chi. L. Rev.* 351 (1978); Alan Schwartz, "The Case for Specific Performance", 89 *Yale L.J.* 271 (1979).

שנית, תורת ההפרה היעילה אינה מוצדקת בטעמים שלה עצמה, קרי טעמי יעילות. על מנת להבין את הרקע לטיעון זה של פרופ' פרידמן ראוי להוסיף מילים אחדות על תורת ההפרה היעילה. במקרה שבו תורת ההפרה היעילה מתירה למוכר נכס להפר את החוזה עם הקונה הראשון ולמכרו לקונה השני המוכן לשלם עליו יותר מאינטרס הציפיה של הקונה הראשון, עולה לכאורה השאלה מדוע לא לדרוש מן המוכר לקבל "שחרור" מן הקונה הראשון ורק לאחר מכן למכור את הנכס לקונה השני. תשובת מצדדיה של תורת ההפרה היעילה היא שההיתר למוכר להפר חוסך את עלויות המשא ומתן שבינו לבין הקונה הראשון. פרופ' פרידמן מעיר על כך שלעתים דווקא ההיתר להפר הוא שיוצר משא ומתן, ולכן אף הוצאות משא ומתן, שלא היו מוצאות אלמלא ניתן היתר כזה. המשא ומתן שנוצר הוא בין המוכר לבין הקונה הראשון סביב שאלת שיעור הפיצויים המגיעים לאחרון מן הראשון. שאלה זו עשויה ליצור מחלוקת בין הצדדים, והיא אף עשויה להביא להתדיינות משפטית. חשוב מכך, לעתים עלויות המשא ומתן שבין הקונה הראשון לבין הקונה השני נמוכות מאלו שבין המוכר לבין הקונה השני, שאז יעיל יותר שהמכירה לקונה השני תבוצע על ידי הקונה הראשון, ולא על ידי המוכר. לבסוף, נוכח קיומו של ההיתר להפר קטנה יכולתו של הנפגע בכוח להסתמך על החוזה, וקטנה התועלת שהוא מפיך מן השימוש בחוזה. הדבר עלול להביא לכך שהשימוש בחוזים במשטר משפטי שבו מותר להפר ולשלם פיצוי, יהיה מועט מהשימוש בחוזים במשטר משפטי שבו אין היתר כזה. לזווית זו של תקיפה אקרא "זווית היעילות".

שלישית, מן ההיבט הפוזיטיבי, דוקטרינות שונות של דיני החוזים אינן מתיישבות עם תורת ההפרה היעילה. בזווית תקיפה זו של תורת ההפרה היעילה, שניתן לכנות אותה "הזווית הפוזיטיבית", לא אעסוק במאמר זה, ועל כן לא אכנס לפרטיה. בחלק הראשון של המאמר אטען שזווית התקיפה המוסרית של תורת ההפרה היעילה אינה כה חד־משמעית כפי שפרופ' פרידמן מציג אותה. טענתי תהיה שבמקרים רבים שבהם ביצוע החוזה אינו יעיל, והפיצוי לנפגע הוא מלא, כוונתם המשוערת של הצדדים היא להתיר אי־ביצוע ותשלום פיצויים. כשכך הדבר אי־ביצועו של החוזה ותשלום פיצויים עולים בקנה אחד עם עקרון הצדק החוזי, שהוא כיבוד אוטונומיית הרצון של הצדדים לחוזה. בחלק השני של המאמר ארחיב את יריעת הדיון מן ההפרה היעילה לבעיית תמריצי התנהגותו של הנפגע. בחלק זה אציע דרכים שונות להתמודד עם בעיית תמריצי החסר של הנפגע להקטין את סיכויי ההפרה או את נזקיה, ואטען שאחד הפתרונות האפשריים לשפר תמריצים אלו הוא ליתן לנפגע פיצוי חלקי במקרה של אי־ביצוע. עוד אטען שלעתים פיצוי חלקי יהיה הפתרון היעיל בשים לב לתמריצי שני הצדדים לחוזה, ועל כן הוא יעלה בקנה אחד עם כוונתם המשוערת. מסקנתי אפוא תהיה שאי־ביצוע עשוי לעלות בקנה אחד עם רצון הצדדים לחוזה גם כאשר אין מובטחים לנפגע פיצויים מלאים בגין הפרת חוזה. בכך אין כדי ללמד שאי־ביצוע חוזה הוא תמיד, או בדרך כלל, מוסרי, במובן זה שהוא עולה בקנה אחד עם רצון הצדדים. טענתי מצומצמת הרבה יותר, והיא מורכבת משני

חלקים: ראשית, במצבים שונים אי-ביצוע החוזה ותשלום פיצויים מתיישבים עם רצון הצדדים. שנית, מתורת הניתוח הכלכלי של המשפט עשויה לסייע באיתור מצבים אלו.

א. הזווית המוסרית של תורת ההפרה היעילה

1. יעילות, מוסריות ואי-ביצוע החוזה

רבות נכתב על החובה המוסרית לקיים הבטחות, על הקשר שבינה לבין החובה לקיים חוזים ועל ביסוסה של החובה לקיים חוזים על אוטונומיית הרצון של הצדדים לחוזה.⁶ עם זאת הודגש על ידי אחדים מן הכותבים כי עצם קיומה של חובה מוסרית לקיים הבטחות וחשיבותה של אוטונומיית הרצון של הצדדים אינם מלמדים דבר על הסעד המשפטי שראוי ליתן בגין הפרתה של הבטחה, בכלל, ושל הפרת חוזה, בפרט.⁷ לפיכך עצם העובדה שבשיטה משפטית מסוימת הסעד הרגיל הניתן בגין הפרת חוזה הוא סעד של פיצויים ולא סעד של אכיפה אינה מלמדת שבשיטה משפטית זו אין מכבדים כראוי את החובה המוסרית לקיים הבטחות או שאין מגנים על אוטונומיית הרצון של הצדדים לחוזה. אדרבה, לא אחת סעד הפיצויים (ודאי אם הוא כולל את רווחי המפר מן ההפרה) עשוי להיות סעד אפקטיבי ביותר, שיש בו כדי ליתן הגנה טובה לזכות החוזית, לא פחות מסעד האכיפה. דברים אחרונים אלו מתיישבים עם ביקורתו של פרופ' פרידמן על תורת ההפרה היעילה. אכן, פרופ' פרידמן מדגיש שלא אחת ראוי ששיטה משפטית תעניק סעד של פיצויים ולא סעד של אכיפה מטעמי הגינות ויעילות, ברם אין לבלבל בין עובדה זו, כך טוען פרופ' פרידמן, לבין האופן שבו המשפט משקיף, וצריך להשקיף, על הפרת החוזה. סעד הפיצויים יינתן כאשר הופרה זכות חוזית לא משום שההפרה הייתה מותרת (עקב היותה יעילה

6 Patrick S. Atiyah, *Promises, Morals, and Law* (1981); Charles Fried, *Contract as Promise* (1981); Randy E. Barnett, "A Consent Theory of Contract", 86 *Colum. L. Rev.* 269 (1986); Randy E. Barnett, "Some Problems with Contract as Promise", 77 *Cornell L. Rev.* 1022 (1992); Dori Kimel, *From Promise to Contract: Toward a Liberal Theory of Contract* (2003); Daniel Markovits, "Contract and Collaboration", 113 *Yale L.J.* 1417 (2004); Jody S. Kraus, "Philosophy of Contract Law", *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* 687 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002)

7 Richard Craswell, "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising", 88 *Mich. L. Rev.* 489 (1989). במאמר חדש מגן קרטול על טענה זו מפני כתיבה שבאה אחרי מאמרו דלעיל תוך שהוא מדגיש שטיעון אוטונומיית הרצון של הצדדים אינו מלמד דבר על התרופה שיש ליתן במקרה של הפרת חוזה. ראו Richard Craswell, "Expectation Damages and Contract Theory Revisited", Stanford Public Law Working Paper No. 925980, Aug. 16 2006 (<http://ssrn.com/abstract=925980>).

למשל), אלא דווקא משום שהייתה אסורה. ברוח זו פרופ' פרדימן אף מבקר את קלברוי ומלמד, אשר טענו במאמר מוניומנטלי שהתפרסם לפני למעלה משלושים שנה,⁸ כי לעתים זכותו של אדם מוגנת על ידי כלל אחריות – להבדיל מכלל קנייני – במובן זה שמוותר לאחר לפגוע בזכות כל עוד הוא מפצה את בעליה בכסף בגובה שווייה של הזכות. פרופ' פרידמן סבור, ובצדק, שקיום סעד של פיצויים אינו מלמד בהכרח כי הפגיעה בזכות הייתה מותרת מלכתחילה; בדרך כלל הפגיעה אינה מותרת (בכפוף לחריגים ידועים של צורך) אף שהסעד הוא פיצויים ולא אכיפה.

ברצוני לטעון כי המשפט בכלל והצדדים לחוזה בפרט אינם יוצרים תמיד זכויות שבצדן חובת ביצוע בעין. המשפט, והצדדים לחוזה, עשויים ליצור זכויות מתוך כוונה שלחייב תעמוד הבררה לקיימן בעין או בדרך של פיצוי כספי⁹ (ולעתים הבררה שלא לקיימן בכלל, או שלא לקיימן בהתקיים נסיבות כאלה או אחרות). המדרג שעשוי המשפט ליצור, וכך גם הצדדים לחוזה, עשוי להיות למשל כזה: זכות שניתן לקיימה בדרך של ביצוע בעין או בדרך של פיצוי כספי לפי בחירת הנושה; זכות שניתן לקיימה בדרך של ביצוע בעין בלבד; זכות שניתן לקיימה בדרך של ביצוע בעין או בדרך של פיצוי כספי לפי בחירת החייב.¹⁰ מובן שאפשר לחשוב על אפשרויות נוספות וכן על דרגות ביניים, כגון שזכות הפיצוי הכספי עצמה תוגדר בדרכים שונות: פיצוי בגין אינטרס הציפייה וההשבה לפי הגבוה שביניהם; פיצוי בגין אינטרס הציפייה; פיצוי בגין אינטרס ההסתמכות וכד'. יהיו נסיבות שבהן היגיון כלכלי או אחר יביא את המשפט, או את הצדדים לחוזה, לאמץ דרך מסוימת אחת ולא דרך אחרת, ונדמה שאין חולק שכל עוד בתחום דיני החוזים עסקינן, כוונת הצדדים, המפורשת והמשתמעת, היא תקבע לבדה את מערך הזכויות והחובות שנוצר מכוחו של החוזה. יש לשים לב לכך שאין כל סיבה להניח שהנושה תמיד ירצה שזכותו תזכה להגנה המרבית האפשרית, ואילו החייב ירצה שהגנה זו תהיה מינימלית, מכיוון שככל שהגנה על זכותו של הנושה תהיה רבה יותר, כך ה"מחיר" שיהיה עליו לשלם בעת כריתת החוזה יהיה גבוה

8 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972)

9 כאשר לחייב עומדת הזכות לשלם פיצוי כספי במקום ביצוע בעין, אין מדובר ב"פיצויים בגין הפרת חוזה", שכן בהגדרה הפיצוי אינו בגין הפרת חוזה; אדרבה, תשלום הפיצוי הוא קיום של החיוב. למרות זאת מטעמי נוחות מתודולוגית יתייחס הביטוי "פיצוי" או "פיצוי כספי", לאורך המאמר, הן לפיצוי במקרה של הפרת חוזה הן לתשלום כסף במקרה של אי-ביצוע שאינו מהווה הפרת חוזה.

10 בפסיקה אין דוגמאות רבות לחוזים שבהם נקבע במפורש שהחייב רשאי לבחור בין ביצוע לבין פיצוי. למקרה אחד כזה ראו ע"א 133/89 החברה לפיתוח חוף התכלת (תל-אביב – הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה, פ"ד מז(5) 689. כפי שאטען בהמשך, אין בנדירות זו של דוגמאות כדי לשלול הסקת כוונה משוערת של הצדדים ליתן לחייב במקרים מסוימים את אופציית הבחירה בין ביצוע לבין פיצוי. ראו הדיון להלן.

יותר. עניין זה יוסבר ביתר פירוט להלן. מכל מקום, חשוב להדגיש כי הגשמת כוונת הצדדים היא שמכבדת את אוטונומיית הרצון של הצדדים, והיא תמצית הצדק החוזי.¹¹ לפיכך אם הצדדים לחוזה היו קובעים במפורש בחוזה כי החייב רשאי לקיים את חיובו בעין או לשלם פיצוי כספי תחתיו, בחירת החייב בעינה הייתה עומדת, והנושה לא היה זכאי לתרופה כלשהי. השאלה הקשה יותר היא מה הדין אם הצדדים לא הביעו במפורש את כוונתם ואף כוונה משתמעת אין. האם שתיקתם של הצדדים מלמדת שכוונתם הייתה שהחייב יבצע בעין את חיובו, או שמא תעמוד לו בררת פיצוי? באין כוונה מפורשת או משתמעת, יש לנסות ולהתחקות על כוונתם המשוערת של הצדדים בהתחשב בתכלית העסקה שביניהם. ההגדרה שאמץ לכוונה משוערת היא "הכוונה שיש לה הסיכוי הרב ביותר להתאים לכוונה של צדדים לחוזה במצבם של הצדדים הספציפיים שעה שכוונה ממשית משותפת של הצדדים אינה ידועה".¹²

על פי התפיסה הכלכלית הרווחת, דיני התרופות בשל הפרת חוזה צריכים לתאום את כוונתם המשוערת של הצדדים לחוזה. דיני התרופות אינם אלא כללי מחדל, העולים בקנה אחד עם כוונת רוב הצדדים לחוזים והחלים על מערכות היחסים שלהם כל עוד לא התנו ביניהם אחרת. ההתניה על כללי המחדל אפשרית בדרך כלל, אך זאת בכפוף לחריגים אחדים שעניינם במניעת החצנות¹³ ובאיסור התנהגויות מסוימות של הצד האחד כלפי הצד השני לחוזה הפוגמות ברצונו (כגון כפייה ועושה).¹⁴ מכאן שמנקודת המבט של הגישה

- 11 על צדק חוזי, או "צדק הסכמי", ראו אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 652-653 (1999).
- 12 השו"ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 312-314. הנשיא ברק מבחין בפסק דין זה בין תכלית סובייקטיבית של החוזה לתכלית אובייקטיבית שלו. זו האחרונה עוסקת במה שאני מכנה "כוונה משוערת", ואילו הראשונה עוסקת ב"כוונה ממשית" (מפורשת או משתמעת). לדברי הנשיא, התכלית האובייקטיבית נבחנת על פי שיקולים של הגינות, יעילות, סבירות ותום לב.
- 13 כך אי-יכולתם של הצדדים לקבוע כי הסעד ביניהם יהיה אכיפה כאשר זו דורשת נטל כבד של פיקוח מצד בית המשפט ומערכת ההוצאה לפועל, עשויה להיות מוצדקת בשיקול של מניעת החצנות. ראו Schwartz, לעיל ה"ש 5, בעמ' 292-295.
- 14 לתפקידם של כללי המחדל בדיני החוזים על פי התפיסה הכלכלית ראו Posner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 96-98; Robert E. Scott, "A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts", 19 *J. Legal Stud.* 597 (1990); Jason S. Johnston, "Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules", 100 *Yale L.J.* 615 (1990); Alan Schwartz, "Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies", 21 *J. Legal Stud.* 271 (1992) and "א' פרוקצ'יה 'זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי-היסוד במשפט" משפטים יח 395 (1989). לביקורת על מאמרו של פרוקצ'יה ראו ג' טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו 5 (1990). לכך שכלל מחדל יהיה מוצדק כלכלית אם יאומץ על ידי הצדדים לחוזה

הכלכלית למשפט, המחלוקת לכאורה בין מצדדי תורת ההפרה היעילה, כגון פרופ' פוזנר, למתנגדים לה, כגון פרופ' פרידמן, היא אך סביב השאלה איזו תרופה היו רוצים צדדים לחוזה מלכתחילה במקרה של אי-ביצועו של החוזה: אכיפה או פיצוי כספי. אך למעשה תיאור זה של המחלוקת אינו מדויק. אכן, ברוח טענתו של פרופ' פרידמן, גם אם הצדדים היו חפצים, בעת כריתת החוזה, שבמקרה של הפרה הסעד יהיה פיצוי כספי ולא אכיפה, אין נובע מכך כי כוונתם הייתה שלמפר תעמוד מלכתחילה הבררה אם לקיים את החוזה בעין או לשלם פיצוי. ייתכן שכוונתם הייתה שהמבצע יהיה חייב לבצע, אך עם זאת אם לא יעשה כן, תעמוד כנגדו תרופת פיצויים בלבד.

מכאן שעל מנת לבסס את הטענה כי במקרה נתון אי-ביצוע החוזה ותשלום פיצוי תחתיו עולים בקנה אחד עם רצון הצדדים, יש להראות שכוונתם של הצדדים, הממשית או המשוערת, אכן הייתה שבנסיבות שנוצרו יהיה המבצע רשאי שלא לבצע ולשלם פיצוי. הדין המהותי והדין התרופתי – כך על פי הגישה הכלכלית למשפט – צריכים להיגזר מכוונתם המשוערת של הצדדים אם כוונה ממשית או משתמעת אינה ניתנת לאיתור. אם אכן איתור הכוונה המשוערת היא מטרתנו, תעלה השאלה כיצד מאתרים כוונה זו. לאחר שנדע כיצד עושים זאת, נוכל לענות על השאלה שבמרכזו של חלק זה: האם יש מקרים שבהם אי-ביצועו של החוזה בשל היותו לא יעיל ותשלום פיצוי תחת ביצוע עשויים לעלות בקנה אחד עם כוונתם המשוערת של הצדדים, ואם כן, אימתי ובאילו תנאים. אך לפני שאדון בשאלות אלו, ראוי לומר מילים אחדות על מעמדה הנורמטיבי של הכוונה המשוערת של הצדדים לחוזה, ובייחוד לנמק מדוע כוונה זו ראויה לשמש מקור לחובות ולזכויות חוזיות.

בדרך כלל, אף אם לא תמיד, ראו Ian Ayres & Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", 99 *Yale L.J.* 87, 91-92 (1989). לכך שכללי מחדל הם לעתים "כללי מחדל עונשיים", הנותנים יתרון לצד הנחות מבחינת המידע כדי שהצד שיש לו עדיפות במידע יעבירו לראשון (ולעתים אף לבית המשפט), ראו שם; Ian Ayres & Robert Gertner, "Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules", 101 *Yale L.J.* 729 (1992). לטענה כי לכללי המחדל, ולדיני התרופות בכלל זה, יש לעתים גם תפקיד של הכוונת התנהגויות ראו ברק מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בגין הפרת חוזה" עיוני משפט כב 685 (1999). לתאוריות של כללי מחדל המקדמים שיתוף פעולה בין הצדדים לשם הפחתת סיכונים ראו Scott, לטענה שאין למעשה תאוריה אחידה לכללי מחדל, וכי לעתים הם מקדמים שיתוף פעולה ולעתים אינם עושים כן, ראו Clayton P. Gillette, "Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks", 19 *J. Legal Stud.* 535 (1990). לביקורת על התאוריות הכלכליות על אודות כללי המחדל ולהצעת חלופה ראו Todd D. Rakoff, "The Implied Terms of Contracts: Of 'Default Rules' and 'Situation-Sense'", *Good Faith and Fault in Contract Law* 191 (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995).

2. כוחה הנורמטיבי של כוונה משוערת

מוסכם על תאורטיקנים רבים – ובכללם כאלו המשתיתים את דיני החוזים על כיבוד אוטונומיית הרצון של הצדדים – שכוונה משוערת היא אמת המידה הטובה ביותר לקביעת כללי מחדל בדיני חוזים.¹⁵ ראשית, בחירת כללי מחדל לפי כוונה משוערת מגדילה את הסיכויים שבמקרה הקונקרטי הסכסוך בין הצדדים יוכרע לפי כוונתם האמיתית. שנית, בחירת כללי מחדל לפי כוונה משוערת מבטיחה שבמקרים רבים יותר מבכל דרך אחרת לבחירת כללי מחדל, הסכסוך בין הצדדים יוכרע לפי כוונתם האמיתית. שלישית, כוונה משוערת שתואמת את ציפיותיהם של צדדים סבירים במצבם של הצדדים לחוזה מביאה למעין אחריות נזיקית של הצד לחוזה אשר כוונתו האמיתית אינה עולה בקנה אחד עם הכוונה המשוערת ואשר נכשל מלהביע את כוונתו כראוי. לפי תפיסה זו, הצד שכוונתו אינה זו המשוערת, "אחראי" כלפי הצד השני, מטעמים דומים לאלו שבגינם אחראי הרשולן הנזיקי לשאת בנזקי רשלנותו.¹⁶ רביעית – וכאן אני עובר לטיעון האופייני לגישה הכלכלית – כללי מחדל התואמים את כוונתם המשוערת של הצדדים לחוזה מביאים לחיסכון בהוצאות משא ומתן מכיוון שמרבית הצדדים היו נוטים לאמץ לתוך החוזים שלהם הוראות העולות בקנה אחד עם כוונתם המשוערת. מכאן שאם כללי המחדל יתאמו את הכוונה המשוערת, יוכלו מרבית הצדדים להגיע לאותו המצב שאליו היו מגיעים אילו ניסחו את החוזה לפרטיו ולחסוך בהוצאות הניסוח. זאת ועוד, צדדים רבים ימצאו את ההתקשרות החוזית פשוטה וקלה אם יוכלו להניח שמה שלא הוסכם בחוזה במפורש או במשתמע, יושלם לפי מבחן אובייקטיבי של כוונה משוערת, יותר מאשר אם דרך ההשלמה תהיה קלה פחות להמחשה, להמשגה ולהבנה.

15 לעתים קרובות נעשה שימוש במושג כוונה היפותטית ולא במושג כוונה משוערת. לכך שהצדקה להיזקק לכוונה היפותטית של הצדדים לחוזה היא רציונליות, ולא הסכמות, מכיוון שחקירת הכוונה ההיפותטית מניחה היעדר הסכמה בפועל, ראו Jules L. Coleman, Douglas D. Heckathorn & Steven M. Maser, "A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law", 12 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 639 (1989). לתפיסות נוספות הרואות בכוונה היפותטית הגשמת צדק חוזי ראו אצל David Charny, "Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation", 89 *Mich. L. Rev.* 1815 (1991); Randy E. Barnett, "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", 78 *Va. L. Rev.* 821 (1992); Richard Craswell, "Efficiency and Rational Bargaining in Contractual Settings", 15 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 805 (1992). לביקורת על ביסוסם של דיני החוזים על כוונה היפותטית ראו Jean Braucher, "Contract Versus Contractarianism: The Regulatory Role of Contract Law", 47 *Wash. & Lee L. Rev.* 697 (1990).

16 השוו לרציונל דומה לכלל הפרשנות נגד המנסח: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 280-281 (2003); גבריאלה שלו דיני חוזים 313 (מהדורה שנייה, התשנ"ה).

3. איתור הכוונה המשוערת

לאחר שראינו שכוונה משוערת עשויה להיות מקור לקביעתן של חובות וזכויות חוזיות, עולה השאלה כיצד מאתרים כוונה זו. גישה אחת היא גישת ההגינות.¹⁷ על פיה, כוונה משוערת של הצדדים היא להגיע לפתרונות הוגנים. קשה שלא להסכים לכך. אך למעשה, שאלת ההגינות ככלי לאיתור הכוונה המשוערת היא מעגלית. ההגינות החוזית מושגת על ידי הגשמת כוונת הצדדים (בחריגים ידועים) – המפורשת, המשתמעת או המשוערת – ועל כן היא אינה מספקת אמת מידה לקביעה מהי הכוונה המשוערת. כך למשל היעדר פיצוי לנפגע יכול להיחשב בעיני רבים לאי-הגינות. אך אם ברור לכול שזה מה שהצדדים לחוזה רצו, הרי שהיעדר הפיצוי לא ילקה עוד באי-הגינות. בדומה, היעדר פיצוי לא ילקה באי-הגינות אם לא ניתן לדעת מה הצדדים רצו במקרה הקונקרטי, אך ניתן לשער שרוב הצדדים לחוזה היו מאמצים בנסיבות דומות כלל של היעדר פיצוי. בקצרה, גישת ההגינות אינה שגויה ככל שהיא באה לחתור להשלמת חסרים בחוזה בדרך הוגנת. חסרונה הוא אחר: היא אינה מספקת כלי עזר אמיתי שיש בו ליתן מענה לשאלה מה הוגן ומה לא הוגן, ולמעשה היא אך מציגה בלשון שונה את השאלה שעליה יש להשיב: כיצד יש לאתר כוונה משוערת? בשורות הבאות אתמקד בגישה הכלכלית של המשפט ובדרך שהיא מציעה לאיתור כוונה משוערת. איני רואה סתירה כלשהי בין גישה זו לגישה החותרת להגינות. אדרבה, הגישה הכלכלית ממלאת את מושג ההגינות החוזית בתוכן.

הנחת הגישה הכלכלית היא, לפחות ככל שמדובר בחוזים מסחריים, או בעלי אופי מסחרי, שמטרתם של הצדדים לחוזה היא למקסם את רווחיהם. מקסום רווחים יתאפשר ככל שהחוזה יהיה יעיל יותר. החוזה יהיה יעיל יותר אם לצדדים יהיו תמריצי התנהגות יעילים, וכך יהיה אם הסיכונים שהם חשופים להם יוקצו לנושא הנזק הזול יותר שבהם (לעתים מונע נזק זול יותר, ולעתים מבטח או מפזר סיכונים זול יותר). אין זה משנה כלל ועיקר אם במקרה נתון מי שיישא בכל הסיכונים או ברובם הוא צד אחד לחוזה ולא הצד האחר. גם אין סיבה לחשוב שהצדדים יירתעו מלהקצות סיכונים בצורה כזו כאשר כך יעיל, ואף אין מקום לדאגה שמי שאליו הוקצו הסיכונים יראה בכך אי-הגינות; אדרבה, לשני הצדדים לחוזה יש אינטרס להקצות את הסיכונים בצורה היעילה ביותר, שכן כך יגדילו את סך התועלת שיפיקו שניהם יחדיו מן החוזה, ויהיה להם רווח גדול יותר לחלק ביניהם. השאלה של חלוקת הרווח תיעשה בנפרד מהקצאת הסיכונים, למשל בעת קביעת המחיר. המחשה פשוטה עשויה להועיל: אם קיים סיכון שעלות הנשיאה בו לצד אחד היא 5, ואילו לצד האחר היא 10, שני הצדדים יחפצו שהסיכון יוקצה לצד הראשון: כך רווחי החוזה המשותפים יגדלו ב-

17 השוו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א ס' 8.13 (1991), הרואים בעקרונות של הגינות וסבירות בסיס להשלמת חללים בחוזה. כן ראו עניין אפרופים, לעיל ה"ש 12, בעמ' 312-314.

5, והצדדים יוכלו לחלק ביניהם את הרווח הנוסף (כמו גם את עלות הנשיאה בסיכון) על ידי התאמת המחיר.¹⁸

מכאן אף נגזרת אמת המידה על פי הגישה הכלכלית לאיתור הכוונה המשוערת הנדרשת להשלמת חללים בחוזה: יעילות. מטרתם של הצדדים לחוזה היא להשיא את רווחיהם, ומטרה זו תוגשם ככל שהחוזה יהיה יעיל יותר.

4. כוונה משוערת ואי-ביצוע יעיל

האם הצדדים לחוזה ירצו לעתים לפטור איש את רעהו מחובת ביצוע עקב אי-יעילותו של הביצוע? זו השאלה שבמרכזו של פרק זה, והגישה הכלכלית, כפי שהוצגה בקצרה למעלה, עשויה לסייע ליתן לה תשובה.

נדמה שאיש לא יחלוק שצדדים לחוזה רשאים לפטור איש את רעהו מחובת ביצוע ככל שיחפצו. לפיכך חוזה הקובע כי בנסיבות מסוימות צד לחוזה פטור מן הביצוע הוא תקף, ואי-הביצוע אינו מהווה הפרת חוזה. אין מניעה שהצדדים יקבעו סטנדרט, להבדיל מכלל, הקובע מתי המבצע פטור מחובת ביצוע. למשל, יכול שעל פי החוזה חובת הקבלן בביצוע העבודה תהיה לנקוט מאמצים סבירים או שקידה ראויה, להבדיל ממאמצים מוגברים. סטנדרט זה ניתן לפרש על נקלה כמתייחס גם (ואולי רק) לקשיי הביצוע ולעלותו. כך קבלן שלא יבצע את החוזה מכיוון שבשלב מסוים הוצאות הביצוע עלו על תועלתו, יוכל כנראה לטעון שאין חלה עליו עוד חובת ביצוע מכיוון שביצוע ידרוש ממנו מאמצים מוגברים.¹⁹

18 לצורך פשטות הדיון אני מניח כאן מידע סימטרי והיעדר פגמים ברצון. הדיון מורכב יותר אם הנחות אלו מרוככות. ראו פורת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 667-677.

19 השוו ל- *Peevyhouse v. Garland Coal Mining Co.*, 382 P. 2d. 109 (Okl. 1962). במקרה זה חויב החוכר בחוזה החכירה להשיב את מצבו של הנכס לקדמותו בתום תקופת החכירה. השבת מצבו של הנכס לקדמותו הייתה עולה לו ממון רב והייתה מעלה את שווי של הנכס אך במעט. בית המשפט חייב את החוכר בפיצויים בגובה ההפרש שבין שווי של הנכס במצבו הנוכחי לבין השווי שהיה לו אילו הושב מצבו לקדמותו. ניתן לפרש פסק דין זה כמשחרר את החוכר מחובת ביצוע מהותית, ולא כפועל רק במישור התרופתי. לתוצאה דומה, עם רציונל דומה, ראו גם את *Eastern S.S. Lines Ins. v. U.S.*, 112 F. Supp. 167 (1953). במקרה זה חכרה ממשלת ארצות הברית ספינה לפני מלחמת העולם השנייה והתחייבה להשיבה לקדמותה עם תום השימוש. הוצאות התיקון היו ארבעה מיליון דולר, ואילו הוצאו היה עולה ערכה של הספינה בשני מיליון דולר בלבד. בית המשפט פסק פיצויים בגובה של שני מיליון דולר. אף פסק דין זה ניתן לפרש כמשחרר צד לחוזה מחובת ביצוע מהותית, ולא רק ככזה הפועל במישור התרופתי. לדיון ראו *Friedmann*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10-11.

לסיטואציה נזיקית שבה שיעור הוצאות התיקון עולה במידה ניכרת על השווי שיתווסף לנכס בעקבות התיקון, ראו ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, (טרם פורסם, 23.02.2005). בית המשפט העליון החזיר את התיק לבית המשפט המחוזי להמשך דיון בקבעו כי "על הניזוק לבחור בין שתי דרכי [ה]פיצוי... בתום לב. משמעות הדבר היא, בין

עד כאן נדמה שהדברים אינם יכולים להיות שנויים במחלוקת עקרונית (אם כי יכולה להיות מחלוקת בפרטים באשר לפרשנות החוזה ולהחלטה על נסיבות המקרה). נניח עתה שהחוזה אינו אומר דבר באשר לחובת הביצוע בנסיבות שאליהן נקלעו הצדדים, ואף נניח שהביצוע הוא מכביד במיוחד, דהיינו כרוך בהוצאות העולות במידה ניכרת על שוויו למקבל הביצוע. האם על המבצע חלה חובת ביצוע? בהנחה שלא ניתן ללמוד כוונה מפורשת או משתמעת של הצדדים, יש לתור אחר כוונתם המשוערת. קיימת אפשרות שצדדים סבירים, המעוניינים בהשאת רווחים מן החוזה, היו פוטרים במצב שנוצר את המבצע מחובת הביצוע, ולפי השערה זו יפורש החוזה. אף על כך נדמה שלא יכולה להיות מחלוקת עקרונית: אם הצדדים היו רשאים לקבוע כך במפורש, מדוע שלא יהיה ניתן לפרש במקרים מסוימים שזו הייתה כוונתם המשוערת? אך המחלוקת בפרטים שעשויה להתגלע כאן חשובה מאוד: יהיו כאלה שיאמרו כי בכל מקרה שבו שווי הביצוע קטן מעלותו, כוונתם המשוערת של הצדדים היא שהמבצע יהיה פטור מחובת הביצוע, ואילו אחרים – ובהם כנראה פרופ' פרידמן – יאמרו שאין די בכך כדי להסיק פטור כזה.

ומה הפתרון למחלוקת? נדמה שצדדים לחוזה המעוניינים בהשאת רווחיהם לא היו מסכימים על נקלה בחוזה כי בכל מקרה שבו המבצע יטען שעלויות הביצוע גבוהות משוויו, הוא יהיה פטור מחובת ביצוע. הצדדים היו עשויים להסכים לכך רק אם הייתה להם דרך אמינה לוודא אימתי הוצאות הביצוע גבוהות משוויו. באין דרך כזו עשויים הצדדים להעדיף שחובת הביצוע תעמוד בעינה. אולם קיימת אפשרות שלישית, הנמצאת בתווך שבין ביצוע ויהי מה לבין הענקת פטור "קל" מביצוע, ולעתים היא דווקא שתתאם את כוונתם המשוערת של הצדדים. האפשרות האמצעית היא התרת אי-ביצוע ופיצוי בצדו. שתי סיבות עשויות להצדיק פתרון זה, מנקודת מבטם של הצדדים לחוזה: ראשית, פיצוי כספי יבטיח שהחוזה לא יבוצע רק כאשר עלויות הביצוע גבוהות משוויו. על מנת שהפיצוי הכספי ישיג מטרה זו, עליו לכסות את מלוא נזקיו של מקבל הביצוע, שאם לא כן עלול המבצע להימנע מביצוע אף כאשר עלויות הביצוע נמוכות משוויו. בהמשך אעסוק בתנאי זה ביתר פירוט ואתן שלעתים הצדדים יעדיפו שהפיצוי לא יהיה מלא, וזאת על מנת לשפר את תמריצו של הנפגע.²⁰ אך בשלב זה נניח שהצורך לשפר את תמריצי הנפגע אינו קיים.²¹ שנית, גם אם

השאר, שכאשר הפיצוי בגין ההוצאות גבוה במידה משמעותית מאובדן הערך, על הניזוק להצביע על שיקולים מיוחדים על מנת להצדיק את בחירתו בפיצוי הגבוה יותר".
להלן חלק ב.

20

ראו לפיתוח טיעון דומה Steven Shavell, "Is Breach of Contract Immoral?", 56 *Emory L.J.* 439 (2006). פרופ' שאבל טוען, בין היתר, בהתבסס על מחקר אמפירי, כי בני אדם נוטים לחשוב שהפרת חוזה אינה מוסרית כאשר האירוע שהביא להפרה נדון במפורש בחוזה, אך דעתם שונה כאשר האירוע לא נדון בחוזה, וכאשר יש להניח שלו היו הצדדים נדרשים לעניין, היו פוטרים את המבצע מחובת ביצוע.

21

הצדדים אינם זקוקים לפיצוי הכספי על מנת להבטיח שאי-הביצוע יהיה יעיל, למשל מכיוון שיש להם דרכים אחרות לוודא זאת, הם עשויים להטיל על המבצע לפצות את מקבל הביצוע מכיוון שהם סבורים שזה הראשון הוא נושא הנזק הזול יותר מביניהם. הדברים שאמרתי עד כה אינם אלא יישום של כלל האחריות של קלברזי ומלמד במקרה של הפרת חוזה. קלברזי ומלמד לימדונו שכאשר הוצאות העסקה גבוהות, לעתים טוב שהמשפט יאפשר למזיק, למשל ליוצר הזיהום, לגרום לנזק אך לשאת בו במלואו.²² כך גם בדיני החוזים: לעתים הצדדים החפצים שהחוזה ישיא את רווחיהם ויהיה יעיל, יחפצו לאפשר למבצע אי-ביצוע ותשלום פיצוי תחתיו. שני הצדדים עשויים להבין שהוצאות העסקה הכרוכות בהשגת הסכמתו של מקבל הביצוע, עובר לביצוע, שהחוזה לא יבוצע, עלולות להיות גבוהות מאוד. הוצאות עסקה אלו נובעות באופן טיפוסי מקיומו של מונופול דו-צדדי בין הצדדים לחוזה, והן מקנות למקבל הביצוע כוח סחיטה העלול למנוע מן הצדדים להגיע לכדי הסכמה. היות ששני הצדדים מודעים לסיכון זה, הם עשויים לאמץ כלל של אי-ביצוע ותשלום פיצויים, וכך להשיא את רווחיהם. בכל זאת אין כדי להפתיע: אם צדדים לחוזה מעוניינים במקרים מסוימים ליצור חובת ביצוע בעין, ובמקרים אחרים ליתן פטור מוחלט מביצוע, אך טבעי הוא שלעתים יאמצו את דרך האמצע – אי-ביצוע ותשלום פיצוי. לא אחת יש לדרך זו יתרון ברור על פני שתי דרכי הקצה.

פרופ' פרידמן מבקר כזכור את קלברזי ומלמד, שכן לדבריו הם מתעלמים מכך שחובת פיצוי לאחר מעשה אינה מלמדת שהמשפט הרשה פגיעה בזכות מלכתחילה. לדבריו, חובת הפיצוי באה בעקבות פגיעה אסורה, ואין היא הופכת את שהיה אסור למותר. אך טיעון זה של פרופ' פרידמן, הנכון במקרים מסוימים, חושף אותו לביקורת דומה. כמו שקיומו של פיצוי אינו ראייה לכך שהפגיעה הייתה מותרת, כך קיומו של פיצוי אינו ראייה לכך שהפגיעה הייתה אסורה. כך בדיני הנזיקין, וכך אף בדיני החוזים. הן פרופ' פרידמן לא היה אוסר על צדדים לחוזה לקבוע פטור מביצוע המלווה בתשלום פיצוי. אם כך, אין כל סיבה שלא להכיר באפשרות שלעתים זו בדיוק תהיה כוונתם המשוערת של הצדדים, אף אם לא אמרו על כך דבר בחוזה.

5. התנגדויות

בשורות הבאות אציג כמה התנגדויות אפשריות לטיעון שהוצג בפסקאות הקודמות ואנסה להראות מדוע אין בהן ממש.

**התנגדות א: הפרה יעילה של חוזה אינה שונה מנטילת רכוש הזולת,
וכמו שהאחרונה אסורה כך גם הראשונה:**

בסיסה של התנגדות זו באנלוגיה שעורך פרופ' פרידמן בין נטילה עוולתית של רכוש הזולת, מצד אחד, לבין הפרת חוזה, מן הצד האחר. כזכור, פרופ' פרידמן טוען שכמו שבדרך כלל אין אדם רשאי ליטול את רכוש הזולת ולשלם לו את שוויו, כך אף אין אדם רשאי ליטול את הזכות החוזית ולשלם לנושה את שווייה. אלא שמדובר במקרים שונים, המעוררים בעיות שונות. ראשית, במקרה של נטילת רכוש הזולת אין סיבה להניח שהבעלים הסכים שרכושו יילקח ממנו. אדרבה, בדרך כלל ההפך הוא הנכון. לעומת זאת במקרה של הפרת חוזה, כפי שניסיתי להראות, קיימים מקרים שבהם אי-ביצוע החוזה ותשלום פיצוי תחתיו עולה בקנה אחד עם כוונת הצדדים לחוזה, הממשית או המשוערת.

שנית, בדרך כלל אין היגיון כלכלי בנטילה של רכוש הזולת בלא הסכמתו, שכן ברגיל הדרך העדיפה להעברת בעלויות ברכוש היא על ידי עסקאות מרצון בין מוכר לבין קונה. סיבה מרכזית (כלכלית) לכך הוא החשש שהבעלים שניטל רכושו בלא הסכמתו יקבל פיצוי שלא ישקף כראוי את השווי האמיתי של הנכס בעיניו, ועל כן הנטילה עלולה להתבצע גם אם נזקיה רבים מתועלתה. לעומת זאת כאשר מדובר בהפרת חוזה, סיכון פיצוי החסר, על אף שקיים, הוא כנראה קטן יותר,²³ והמונופול הדו-צדדי הנוצר באופן טיפוסי בין הצדדים עובר לביצוע יוצר הוצאות עסקה מיוחדות, המקנות היגיון כלכלי בהתרת הפרתו היעילה של החוזה.²⁴

23 ניתן לטעון שבעיית פיצוי החסר חמורה במקרים שבהם ניטל נכס מבעליו יותר מאשר במקרים שבהם לא ניתן לאדם דבר שהובטח לו. במקרה הראשון נוצר לעתים אצל הבעלים קשר סנטימנטלי לנכס, שלא כמו במקרה הראשון. השו"ר Menachem Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Towards a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties", 90 *Mich. L. Rev.* 95 (1991). הסבר אפשרי להבדל שבין שני סוגי המקרים נעוץ אף ב־endowment effect, שלפיו בעלים של נכס מייחס לו ערך רב יותר מאשר אחרים. ראו Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, "The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias", *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life* 63 (Richard H. Thaler ed., 1992); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem", *Behavioral Law & Economics* 211 (Cass R. Sunstein ed., 2000); Russel B. Korobkin & Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", 88 *Cal. L. Rev.* 1051 (2000).

24 Posner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 121-120.

**התנגדות ב: אפילו אם תורת ההפרה היעילה מקדמת יעילות,
המרוויח ממנה הוא המפר לבד, ותוצאה זו אינה צודקת:**

לכאורה, אי-ביצוע ותשלום פיצוי מביא לאי-צדק כלפי מקבל הביצוע, אשר אמנם מפוצה בגין נזקיו, אך אינו זוכה בפרמיה כלשהי בגין רווחיו של המבצע מאי-קיום החוזה. עניין זה מטריד לכאורה בייחוד באותם המקרים שבהם סיבת ההפרה אינה התייקרות גרדא של הביצוע, אלא הופעתו של קונה שני המשלם למוכר סכום גבוה דיו, שיש בו כדי לאפשר פיצוי מלא של הקונה הראשון תוך הותרת רווח נאה למוכר. באשר למקרים אחרונים אלו טוען פרוץ פרידמן שדווקא הקונה הראשון, בעל הזכות החוזית, הוא שראוי לגרוף את רווחי המכירה לקונה השני, ולא המוכר. אלא שטענה זו מתעלמת מעניין התמחור, החיוני כל כך להבנתה של תורת ההפרה היעילה. הענקת יתרון לצד אחד לחוזה להפר הפרה יעילה ולהפיק ממנה רווח מניבה תועלת אף לצד השני לחוזה, הגובה מחיר בגין היתרון המוקנה לצד הראשון. מכאן שכאשר הצדדים יודעים, אם ידיעה ממשית ואם ידיעה משוערת, שצד אחד לחוזה עשוי להפיק רווחים מן ההפרה, אין כל סיבה להניח שרק צד זה יזכה בהם. הרווח הצפוי מן ההפרה, כמו רווחים אחרים שמפיקים הצדדים מן החוזה, יחולק ביניהם בעת כריתת החוזה בהתאם לכוח המיקוח שלהם.

**התנגדות ג: הטענה שכוונתם המשוערת של הצדדים היא להשיא
רווחים ולקדם יעילות אינה נכונה, שכן היא מבוססת על הנחות
לא ריאליות על אופיים ועל תכונותיהם של הצדדים לחוזה:**

התנגדות זו עשויה להיות נכונה במקרים מסוימים, ומשוללת יסוד במקרים אחרים. די כאן לומר שקיימים מקרים רבים שבהם קשה לחלוק שהצדדים לחוזה שואפים להשאת רווחים, ועל כן אף לקידום יעילותו של החוזה שביניהם. חוזים רבים במשק נכרתים בין חברות אשר השאת רווחים היא מטרתן המוצהרת, ואף לחוזים מסחריים רבים בין פרטים מטרת דומות. עם זאת אין חולק שקיימים גם חוזים אחרים, אשר השאת רווחים אינה עומדת במרכזם. תורת ההפרה היעילה, כפשוטה, משכנעת פחות בעניינם של אלו האחרונים. ברם, בכך אין כדי לגרוע מן הטעון הכללי, על פיו צדדים רבים לחוזים מעוניינים בהשאת רווחים, ומטרה זו תקודם ככל שהחוזה יהיה יעיל יותר.

**התנגדות ד: נדיר למצוא מקרים שבהם צדדים לחוזה קובעים במפורש
כי המבצע רשאי לא לבצע ולשלם פיצוי. מכאן שצדדים לחוזה בדרך כלל
אינם מעוניינים בהסדר כזה, ואין זו כוונתם המשוערת:**

אכן, נדירים הם המקרים שבהם הצדדים מקנים במפורש למבצע אופציה שלא לבצע את

החוזה ולשלם פיצוי.²⁵ אך האם נדירותם של הסדרים מפורשים מצביעה על כך שצדדים לחוזה אינם מעוניינים בהם? לדעתי התשובה לשאלה זו היא שלילית. במקרים רבים צדדים לחוזה יודעים כי אי-קיומו של החוזה יניב פיצוי ולא אכיפת חוזה, ואף מעוניינים בכך. בחלק מן המקרים הם מעוניינים בכך בהניחם שאי-הביצוע אסור ובלתי מוסרי, ובמקרים אחרים הם מעוניינים בכך בהניחם שאי-הביצוע מותר. מאחר שבשני סוגי המקרים התוצאה לדידם היא אותה תוצאה, אין מתעורר אצלם הצורך לקבוע אם המקרה שלהם הוא מן הסוג הראשון או מן הסוג השני. מטעם זה אין לצפות למצוא בחוזה – לפחות כל עוד הסעד הצפוי הוא פיצוי – סעיף מפורש המאפשר למבצע החוזה שלא לבצע ולשלם פיצוי.

6. סיכום ביניים

הפרה יעילה מגדילה את רווחיהם של הצדדים מן החוזה. צדדים לחוזה השואפים להשאת רווחים יעדיפו התרתן של הפרות יעילות. הדרך להבטיח שההפרה תהיה יעילה היא שהמפר יישא במלוא נזקי הנפגע. גם אם כוונת הצדדים הממשית אינה ידועה, ניתן לעתים לאתר כוונה משוערת שלהם שעל פיה הפרתו של החוזה מותרת כל עוד המפר נושא במלוא נזקי הנפגע. ככל שהסיכוי לפיצוי מלא רב יותר, כך סביר יותר להסיק כוונה משוערת כזו של הצדדים. וכשכך רצונם המשוער של הצדדים, ההפרה היעילה אינה בלתי מוסרית. ובכך אין כדי לומר אם מקרים אלו רבים או מעטים.

ב: תמריצי הנפגע להפחתת סיכויי ההפרה והקטנת נזקיה

הדיון בחלקו הראשון של המאמר התעלם מכך שלעתים חוזה יעיל, הממקסם את רווחי הצדדים, הוא חוזה המספק גם לנפגע, ולא רק למפר, תמריצי התנהגות יעילים אם בשלבי ביצוע החוזה ואם בשלב שלאחר הפרתו. בשלב שלאחר ההפרה חלה דוקטרינת הקטנת הנזק, ואילו דוקטרינת האשם התורם חלה בשלבי ביצועו של החוזה. אולם בדוקטרינות אלה לבד אין די, ולעתים הדרך האפקטיבית ביותר לספק לנפגע תמריצי התנהגות יעילים היא להפחית את שיעור פיצוייו. עניין זה הוא חשוב במיוחד, שכן יש בו כדי ללמד שתמריצים יעילים לצדדים אינם מותנים תמיד, או בדרך כלל, בכך שהמפר יפצה את הנפגע באופן מלא על כל נזקיו. אדרבה, לעתים דווקא פיצוי חלקי ישרת טוב יותר את מטרתם של שני הצדדים לחוזה למקסם את רווחיהם. במקרים אלו ניתן להסיק כוונה משוערת של הצדדים לפיצוי חלקי גם אם לא ניתן לעמוד על כוונה מפורשת או משתמעת שלהם. פיצוי

25 ראו לעיל ה"ש 10.

חלקי במקרים אלו אינו רק יעיל אלא אף הוגן וצודק, שהרי כוונה משוערת, הגינות וצדק חוזי מתיישבים זה עם זה.

1. בעיית תמריצי הנפגע כאשר הפיצוי מלא

קיימים מצבים שונים שבהם הנפגע יכול לפעול בדרכים שונות להקטנת הסתברות הפרת החוזה, כמו גם את חומרת תוצאותיה. הנפגע יכול לעשות זאת החל מעת תחילת ביצועו של החוזה (במקרים מיוחדים אף לפני כן) וכלה בשלב שבו ההפרה היא עובדה מוגמרת.²⁶ נניח שהפיצוי של הנפגע היה מלא בלי תלות בשאלה אם פעל להקטנת הסתברות ההפרה ותוצאותיה. במצב עולם כזה היה נוצר "סיכון מוסרי", או במינוח הלועזי המוכר יותר – *moral hazard*: אפילו היה הנפגע יכול, בהשקעה קלה ביותר או בויתור על טובת הנאה קטנה, להפחית את הסתברות ההפרה או את פוטנציאל נזקיו, הוא היה נמנע מלעשות זאת עקב אדישותו להפרת החוזה ולתוצאותיה. התנהגותו זו של הנפגע הייתה דומה להתנהגותו של מבוטח היודע שיזכה בשיפוי מלא מחברת הביטוח בגין נזקיו בלא תלות בהתנהגותו. אף זה האחרון לא יטרח להשקיע משאבים במניעת נזקים, שכן מלכתחילה יהיה אדיש להתרחשותם.²⁷

כיצד מטפלים דיני החוזים בבעיית "הסיכון המוסרי" הנוגע לתמריצי התנהגותו של הנפגע? בשלב שלאחר הפרת החוזה וכשזו ידועה למפר²⁸ (וכנראה אף במצב של הפרה צפויה²⁹), חלה הגנת הקטנת הנזק המספקת תמריץ לנפגע להפחית את פוטנציאל נזקיו. אך לעתים יכול הנפגע להפחית את הסתברות ההפרה ואף למנעה כליל על ידי שיתוף פעולה, על ידי גילוי עובדות חיוניות לביצוע החוזה, על ידי הימנעות מיצירת חששות אצל הצד האחר שלא יקיים את חלקו שלו בחוזה, על ידי סיוע בהבהרת המצב המשפטי ועל ידי גילוי פוטנציאל הנזק הגבוה שלו. במקרים אחרים יכול הנפגע לפעול להקטנת פוטנציאל נזקיו, וזאת לא רק בשלב שבו הפרה החוזה ידועה (או צפויה) אלא אף לפני כן, כגון כאשר קיים חשש שהחוזה יופר (אך טרם התגבש מצב של הפרה צפויה), כאשר מוצדק להגן על האינטרס המוגן בחוזה בדרכים נוספות אפילו בלעדי חשש קונקרטי להפרה, או כאשר

26 אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 127-132 (1997).

27 לחשש שהנפגע יסתמך הסתמכות-יתר על החוזה בשל הפיצוי המלא שהוא צפוי לזכות בו במקרה של הפרה ראו 4th Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* 261-264 (ed. 2003). לחשש שהנפגע אף לא ישתף פעולה ולא יפעל להקטנת נזקי ההפרה ראו פורת, שם; Robert Cooter & Ariel Porat, "Anti Insurance", 31 *J. Legal Stud.* 203 (2002).

28 ראו למשל ע"א 4606/90 מוברמן נ' תל מר בע"מ, פ"ד מו(5) 353.

29 ראו ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סוראקי, פ"ד מב(4) 811. אך ראו פורת, לעיל ה"ש 26, בעמ' 202-203, לדעה שטוב יותר שבמקרה של הפרה צפויה תחול הגנת האשם התורם, ולא הגנת הקטנת הנזק.

ביכולתו של הנפגע לנקוט אמצעים על מנת לבחון אם החוזה הופר – זאת כדי לדעת כיצד לכלכל את צעדיו לשם הקטנת נזקיו.³⁰ על התנהגויות אלו כולן לא חלה דוקטרינת הקטנת הנזק. הצדדים אמנם יכולים, באופן עקרוני, להטיל בחוזה חובות ונטלים על הנפגע כתנאי לקבלת פיצוי, מלא או חלקי, בהתאם למצבים שתוארו לעיל, אולם לא אחת קשה להם לצפות את כל המצבים לפרטיהם, או שמסיבות אחרות אין הם מעוניינים להסדיר אותם באופן מפורש בחוזה. במקום אחר הצעתי לראות בהתנהגויות אלו, במקרים המתאימים, התנהגויות בנות אשם תורם המצדיקות את הפחתת פיצוייו של הנפגע, לעתים עד כדי אי-פסיקת פיצוי כלל.³¹ בתי משפט נוקטים לעתים דרך זו או דומות לה, ואף עושים שימוש תדיר במקרים אלו בעקרון תום הלב.³²

אולם להגנת הקטנת הנזק, להגנת האשם התורם, לעקרונות הדומים האחרים המוחלים על ידי בתי המשפט, ואף להסדרה מפורשת של המצבים השונים בחוזה, יש מגבלה אחת משמעותית. על מנת שעקרונות והסדרים אלו יהיו אפקטיביים, התנהגויותיו של הנפגע צריכות להיות ניתנות לוודוא (verifiable), כלומר ניתנות לאיתור על ידי המפר ולהוכחה בבית משפט. כאשר התנהגויות הנפגע הנדרשות לשם הקטנת הסתברות ההפרה או להפחתת פוטנציאל הנזק אינן ניתנות לוודוא, אף לא אחד מן העקרונות או מן ההסדרים האמורים יביא לתוצאות הרצויות של מתן תמריצי התנהגות יעילים לנפגע. מצבים אלו הם שכחים למדי. שתי הדוגמאות דלהלן תמחשנה אותם.

דוגמה 1: מכירת רכב.³³ ראובן הוא סוחר מכוניות משומשות העוסק אף במתן שירותי תיקון לרכבים שהוא מוכר. שמעון הוא קונה החפץ לרכוש רכב שטח, ואף מעוניין באחריות למשך שנה אחת על כל חלקי הרכב. ראובן מוכן למכור את הרכב לשמעון ואף לספק אחריות למשך שנה תמורת מחיר הולם, אך הוא אינו מוכן שהאחריות תכלול את הילוכי הרכב (אלא במחיר גבוה במיוחד הקרוב לשווי ההילוכים, מחיר ששמעון אינו מוכן לשלם). הסברו של ראובן לכך הוא שאחריות להילוכי הרכב תגרום לסיכון מוסרי: שמעון לא ינקוט אמצעי זהירות נאותים לשמירת תקינותם של ההילוכים, לא יהסס לנהוג ברכב במקומות קשים במיוחד שבהם ההילוכים חשופים לסיכון בלאי גבוה, ואף לא יתחזק אותם כראוי. תניה בחוזה המחייבת את שמעון לשימוש זהיר בהילוכים ולתחזוקה הולמת שלהם, היא חסרת תכלית לדידו של ראובן, שכן לעולם לא יהיה ניתן להוכיח שהקלקול בהילוכים נגרם עקב חוסר זהירותו של שמעון.

30 לדיון בקטגוריות אלו של מקרים ראו שם, בעמ' 165-218.

31 שם.

32 שם; מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17 (2005).

33 דוגמה זו היא וריאציה של הדוגמה המובאת אצל Cooter & Porat, *Anti-Insurance*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 204.

אחריות על הילוכי הרכב חשובה מאוד לשמעון. זאת לאו דווקא בשל אלמנט הביטוח הגלום בה, אלא בעיקר בשל רצונו לספק לראובן תמריצים הולמים למסור לו את הרכב לאחר שטיפל כראוי בהילוכים. בדומה לראובן, שאינו יכול לוודא ששמעון ינהג בהילוכים בזהירות הראויה, כך אף שמעון אינו יכול לוודא שראובן ישקיע די עבודה וחומרים בשיפור הילוכי הרכב.

דוגמה 2: פיתוח תכנה.³⁴ לוי מתחייב לפתח תכנת מחשב מורכבת ויקרה במיוחד לצרכיו המיוחדים של יהודה. פיתוח התכנה דורש עבודה של שנה, והוא כרוך בהשקעה רבה של משאבים מצדו של לוי. הצלחת הפיתוח דורשת שיתוף פעולה יום-יומי של יהודה. בין היתר נדרש יהודה לערוך ניסויים שונים בשלבים שונים של הפיתוח ולהעביר מסקנות ללוי – בייחוד בדבר פגמים שגילה – מהר ככל האפשר. לוי חושש לקחת אחריות מוחלטת להצלחת הפיתוח, בין היתר בשל מודעותו לבעיית הסיכון המוסרי: הוא חושש שיהודה לא ינקוט את כל המאמצים הסבירים הנדרשים לשיתוף הפעולה, המתבטאים בעבודה רבה ובהשקעת משאבים רבים מצדו. לוי אף יודע שאין לו דרך אפקטיבית לבדוק אם יהודה נוקט את המאמצים הנדרשים, ולפיכך הכללת חובת שיתוף פעולה מפורטת בחוזה לא תבטיח אותו כראוי. על כן לוי היה מעדיף ששכרו ישולם על פי המאמצים שישקיע ולא על פי התוצאה. לעומת זאת יהודה חושש שבלעדי חובת תוצאה השקעתו של לוי בפרויקט לא תהיה יעילה, ומאחר שאין בידיו כל דרך אפקטיבית לפקח על עבודתו של לוי, הוא עומד על כך שאחריותו של לוי תהיה אחריות לתוצאה. משמעות הדבר לדידו היא שאם לא תושג התוצאה, לוי לא יהיה זכאי לשכרו ואף יהיה חייב לפצות את יהודה בגין הנזקים השונים שייגרמו לו עקב אי הביצוע.

כיצד ניתן לפתור את בעיית הסיכון המוסרי בשתי הדוגמאות דלעיל? לכאורה, בשתי הדוגמאות היה היעדר פיצוי כלשהו לנפגע מתמרץ אותו לפעולה ופותר את בעיית הסיכון המוסרי. אלא שאז לא היו למפר די תמריצים לביצוע, והיה נוצר סיכון מוסרי עקב כך.³⁵ הפתרון התאורטי האידיאלי למצב שבו הן התנהגותו של המפר הן התנהגותו של הנפגע אינה ניתנת לוודוא, הוא האנטי-ביטוח. פתרון זה עשוי להתאים לדוגמה 1. בכך עוסק פרק 2. בהיעדר אנטי-ביטוח תיפתר בעיית תמריצי הנפגע במצבים מסוימים אם אחריות המפר תרד ככל שביצוע החוזה מתקדם, והנפגע יחשף לסיכון של פיצוי חלקי במקרה של הפרה. פתרון זה עשוי להתאים לדוגמה 2. בכך עוסק פרק 3. בפרק 4 אטען כי היעדר פיצוי מלא

34 דוגמה זו היא וריאציה של הדוגמה המובאת אצל Robert Cooter & Ariel Porat, "Decreasing Liability Contracts", 33 *J. Leg. Stud.* 157, 182 (2004).

35 בשתי הדוגמאות, אך בייחוד בזו הראשונה, השימוש בכינויים "מפר" ו"נפגע" עשוי להיות שנוי במחלוקת. כך אם ההילוכים בדוגמה הראשונה התקלקלו, ספק אם ניתן לכנות את ראובן "מפר" למרות האחריות שנתן לשמעון על תקינותם. עניין זה הוא טכני, ואין בו כדי להפריע בהבנת הבעייתיות הקיימת כאשר התנהגויות הצדדים אינן ניתנות לוודוא.

לנפגע משפר את תמריציו, ועל כן עשוי להיות מועדף על ידי הצדדים לחוזה על פני פיצוי מלא. כשכך הדבר, כוונתם המשווערת של הצדדים תעלה בקנה אחד עם אי-ביצוע יעיל של חוזה בצד תשלום פיצוי לא מלא לנפגע.

2. אנטי-ביטוח³⁶

נניח שהצדדים לחוזה צופים בהסתברות של 20% כי החוזה יופר, וכי ייגרם לנפגע נזק של 100 עקב ההפרה. לעומת זאת אם הנפגע ישתף פעולה וישקיע 5, הסתברות ההפרה תרד לכדי 10% והנזק ייותר 100. בנתונים אלו שני הצדדים ירצו שהנפגע ישתף פעולה, שכן תוחלת נזקי ההפרה תרד ב-10 על ידי השקעה של 5 בלבד. בהנחה שהתנהגות הנפגע אינה ניתנת לווידוא, הסדרה חוזית של התנהגות הנפגע אינה אפקטיבית. מטעם זה אף הגנת האשם התורם אינה ניתנת ליישום. כיצד יתגברו הצדדים על בעיית הסיכון המוסרי ויגיעו לפתרון היעיל? היעדר פיצוי כלשהו לנפגע יבטיח שהוא יהיה נכון לעשות רבות למניעת ההפרה ותוצאותיה, אך היעדר פיצוי יותיר את המפר נטול תמריצים הולמים לבצע את החוזה.

כלכלנים עמדו על כך שכאשר שני הצדדים לחוזה יכולים לפעול לשם הקטנת תוחלת הנזק (מצב של bilateral precaution), תמריצי ההתנהגות שלהם יהיו יעילים אם כל אחד מהם יישא במלוא נזקי ההפרה, דהיינו אם יתקיים מצב של "אחריות כפולה".³⁷ כך אם הן המפר הן הנפגע יישאו בדוגמה דלעיל בעלות של 100 במקרה של הפרת חוזה, יהיו לשניהם תמריצי התנהגות יעילים. הטעם לכך הוא שבמצב כזה כל אחד מן הצדדים ישקיע מאמצים בהקטנת תוחלת נזקי ההפרה עד לנקודה שבה השקל הבא שישקיע יפחית תוחלת זו בפחות משקל. אם, להבדיל, כל אחד מן הצדדים יישא למשל רק ב-50% מנזקי ההפרה, איש מן הצדדים לא ייאות להשקיע יותר מ-50 אגורות לשם הפחתת תוחלת נזקי ההפרה בשקל, שכן הרווח שלו מכך יהיה 50 אגורות בלבד.

אם אחריות כפולה, של 200% בסך הכול (אחריות של 100% על כל צד לחוזה), מספקת לצדדים תמריצי פעולה יעילים, עולה השאלה מדוע אין הם יוצרים אחריות כפולה בדרך חוזית, על ידי הקניית הזכות לגבות את הפיצויים במקרה של הפרה לצד שלישי. התשובה לשאלה זו היא כנראה שאפילו הקניית זכות זו לצד שלישי תשפר את תמריצי הצדדים, בדרך כלל היא לא תהיה כדאית בעבורם מכיוון שהמחיר שייאלצו לשלם בגינה יהיה כבד מדי. כך בדוגמה דלעיל, תוחלת נזקי ההפרה בלעדי שיתוף פעולה היא 20. שיתוף פעולה בעלות של 5 יוריד את תוחלת נזקי ההפרה ב-10 כך ששיתוף הפעולה יותיר לצדדים רווח של 5. אלא

36 Cooter & Porat, לעיל ה"ש 27.

37 Cooter, לעיל ה"ש 4.

שבשל הקניית הזכות לפיצויים לצד השלישי תוכפל תוחלת נזקי ההפרה לצדדים ותעלה מ-10 ל-20. התוצאה תהיה שעל הצדדים יהיה לשאת בעלות נוספת של 10 בתמורה לרווח של 5, ועקב כך הם יימנעו מיצירתה של אחריות כפולה מלכתחילה.

אולם למעשה ניתן לחשוב על מנגנון שיוזיל לצדדים במידה ניכרת את המחיר שבו יהיה עליהם לשאת על מנת ליצור אחריות כפולה. מנגנון זה הוא האנטי-ביטוח. האנטי-ביטוח יפעל בדרך הזאת: הצדדים יקבעו בחוזה שביניהם שבמקרה של הפרה הזכות לפיצויים תהיה לצד שלישי, הוא האנטי-מבטח. האנטי-מבטח שאליו תומחה הזכות לגבות פיצויים במקרה של הפרה,³⁸ ישלם לצדדים בעת כריתת החוזה מחיר שישקף את שווי הזכות שהומחאה לו. שווי זה יהיה זהה לתוחלת הנזק מהפרת החוזה. כך, בדוגמה הנדונה ישלם האנטי-מבטח לצדדים 10, ובתמורה תומחה לו הזכות לפיצויים במקרה של הפרה. שווייה של הזכות יהיה 10, שכן עקב האחריות הכפולה הנוצרת באמצעות מנגנון האנטי-ביטוח ישתף הנפגע פעולה ויפחית את תוחלת נזקי ההפרה מ-20 ל-10. בדרך זו ייצרו הצדדים תמריצי פעולה יעילים בלא כל עלות. השימוש באנטי-ביטוח בדוגמה הנדונה יהיה נטול עלות מכיוון שהצדדים יקבלו מהאנטי-מבטח תשלום בגובה 10 עם כריתת החוזה וייטלו כלפיו בתמורה סיכון של אחריות שתוחלתה 10.

יש לשער שבעולם המציאות ישלם האנטי-מבטח לצדדים בעבור המחאת הזכות לגבות פיצויים סכום נמוך מ-10, שכן מנגנון האנטי-ביטוח אינו נטול עלויות, ואף אין להניח שהאנטי-מבטח יפעל בשוק משוכלל שבו לא יגרוף רווחים כלל. אך גם אם הצדדים יקבלו מהאנטי-מבטח סכום של 8 למשל, ולא של 10, הם יעשו בו שימוש. קבלת תשלום בגובה 8 ונשיאה בסיכון אחריות שתוחלתה 10 ישפרו את תמריצי הצדדים. שיפור תמריצי הצדדים יניב להם על פי הדוגמה הנדונה תועלת של 5. מכאן שסך הרווח של הצדדים משימוש במנגנון האנטי-ביטוח יעמוד במקרה זה על 3.

אחת הבעיות העיקריות בשימוש במנגנון האנטי-ביטוח היא העלות הכרוכה בהערכת תוחלת נזקי ההפרה על ידי האנטי-מבטח. עלות זו גבוהה במיוחד לאור האינטרס הברור של הצדדים לחוזה להפריז בהערכת תוחלת הנזק על מנת לגבות מהאנטי-מבטח סכום גדול ככל האפשר. אכן, עקב כך, בעבור חוזים רבים מנגנון האנטי-ביטוח אינו ישים. לעומת זאת דוגמה 1 ממחישה מקרה שבו מנגנון האנטי-ביטוח עשוי להיות ישים. יש להניח שבעולם שבו פועלות חברות אנטי-ביטוח רבות, ושבן סוחרי רכב ורוכשי רכב נזקקים לאנטי-ביטוח לעתים קרובות, יצטבר מידע על הסיכון שההילוכים ברכב השטח מהסוג ששמעון מעוניין לרכוש יתקלקלו. ממש כשם שחברות ביטוח מעריכות סיכונים על מנת לקבוע את גובה הפרמיות שיגבו מן המבוטחים, כך בעולם שבו נפוץ אנטי-ביטוח יעריכו האנטי-מבטחים

38 מובן שאין הכרח בהמחאה דווקא לשם יצירת האנטי-ביטוח. שימוש בחוזה לטובת אדם שלישי או הוספתו של האנטי-מבטח כצד "רגיל" לחוזה אפשריים באותה מידה.

את הסיכונים על מנת לקבוע את גובה המחיר שישלמו לאנטי-מבוטחים. ההוצאות המינהליות לא תהיינה רבות פר עסקה בודדת נוכח המספר הרב של עסקאות האנטי-ביטוח הדומות זו לזו שיבצעו האנטי-מבוטחים.

לפיכך בעולם שבו קיים שוק של אנטי-ביטוח, יציע ראובן לשמעון, בדוגמה 1, לרכוש אנטי-ביטוח אצל אנטי-מבוטח במקום האחריות שבה חפץ מלכתחילה. אמנם, במקרה של קלקול בהילוכים יהיה על שמעון לשאת במלוא נזקיו; מבחינה זו, אם שמעון חפץ ברכישת האחריות בעיקר עקב יסוד הביטוח הגלום בה, צפויה לו אכזבה. אולם הנחתנו הייתה כי לא זו הסיבה העיקרית להתעקשותו של שמעון לרכישת אחריות: תמריצי ההתנהגות של ראובן הם שהיו בעיניו היתרון העיקרי ברכישת האחריות. הנחה זו היא ריאלית, שכן קלקול בהילוכים אינו כרוך בנזק כה רב שעלול לאיים על חוסנו הכלכלי של שמעון או לגרום לו לשינוי ניכר באורח חייו. רכישת האנטי-ביטוח, אף שלא תניב לו פיצוי, תבטיח לו שראובן ישקיע באופן יעיל בהילוכים טרם מסירת המכונית לחזקתו. ראובן יעשה זאת, שכן יבין שאם ההילוכים יתקלקלו יהא עליו לשאת במלוא עלות התיקון. איום האחריות כלפי האנטי-מבוטח יספק לראובן בדיוק אותו תמריץ לפעולה שהיה נוצר אצלו אם אחריותו הייתה כלפי שמעון. לפיכך ראובן ישקיע בהילוכים עד שהשקל הבא שישקיע יוריד את תוחלת הנזק בפחות משקל אחד. על כן תמריציו יהיו יעילים. אשר לשמעון, אף הוא ידע שבמקרה של קלקול בהילוכים יהיה עליו לשאת במלוא עלות התיקון, ולפיכך הוא ינהג ברכבו בזהירות ראויה. לשני הצדדים יהיו אפוא תמריצי התנהגות יעילים, אשר מצד אחד יבטיחו לשמעון שיימסר לו רכב טוב מזה שהיה נמסר לו אלמלא האנטי-ביטוח (ובלעדי אחריות), ומצד אחר יבטיחו לראובן ששמעון לא יהיה חשוף לסיכון המוסרי עקב קיומה של אחריות מלאה לנזקיו. מחירו של האנטי-ביטוח לא יהיה רב, כך יש לשער, שכן הנחתנו היא שהאנטי-מבוטח שאליו יפנו ראובן ושמעון עובד עם סוחר רכב ועם רוכשי רכב רבים, ושנפח עסקאותיו גדול.

האנטי-ביטוח אינו פתרון ישים במקרים רבים, ובכל מקרה כדאיות השימוש בו מותנית בדרך כלל בקיומו של שוק אנטי-ביטוח. לפיכך בהווה אין בו כדי לתרום באופן מעשי לפתרון בעיית תמריצי הקרבן, אלא במקרים נדירים בלבד. עם זאת האנטי-ביטוח הוא מודל אידאלי העשוי להתוות דרכי פתרון אפשריים לבעיה זו בעולם המציאות. מסקנת הביניים היא אפוא שבמצבים שבהם יש לנפגע יכולת להשפיע על פוטנציאל נזקי ההפרה, תמריציו ישתפרו ככל שירד סך הפיצויים שלהם יהיה זכאי. עם זאת כל עוד אין בנמצא מנגנון של אנטי-ביטוח או דומה לו, הפחתה כזו תבוא בדרך כלל על חשבון תמריצי המפר. נוסף על כך הפחתת הפיצויים תפגע לעתים במטרה הביטוחית של האחריות החוזית, דהיינו באינטרס של הנפגע להגן על עצמו מפני נזקי ההפרה.

3. עקרון האחריות היורדת³⁹

פתרון מעשי, שצדדים לחוזה יכולים לעשות בו שימוש בעולם המציאות, הוא אימוץ עקרון האחריות היורדת. לעתים אין צורך באחריות מלאה על מנת שתמריצי הצד המבצע יהיו יעילים, ודי באחריות חלקית, היורדת בשיעורה ככל שמתקדם הביצוע החוזי. ירדת האחריות משפרת את תמריציו של מקבל הביצוע, שכן היא חושפת אותו לסיכון של היעדר פיצוי מלא.

דוגמה מספרית פשוטה תמחיש את דרך פעולתו של עקרון האחריות היורדת: נניח שהצדדים לחוזה צופים שבמקרה של הפרת חוזה ייגרם למקבל הביצוע נזק של 100, המשקף את אינטרס הציפייה המלא⁴⁰ שלו. עוד הם צופים שהוצאות הביצוע יהיו 80. לצורך פשוטות הדוגמה נניח שהמחיר עבור הביצוע שולם מראש. לבסוף נניח שהחוזה הוא כזה אשר ביצוע מלא שלו יוצר טובת הנאה למקבל הביצוע, ואילו ביצוע חלקי אינו יוצר אצלו טובת הנאה כלשהי. נקל לראות שככל שהמבצע מתקדם בביצוע החוזה, די באחריות נמוכה יותר על מנת לספק לו תמריצים להשלמת הביצוע. כך, אם הוציא 40 מתוך ה-80, ונותר לו להוציא 40 נוספים לשם השלמת הביצוע, די באחריות בשיעור של 41 על מנת שיהיה לו תמריץ להוציא את ה-40 הנותרים. למעשה, מלכתחילה, עוד לפני שהחל ביצוע החוזה, די בכך שאחריותו המרבית של המבצע תעמוד על 81 על מנת שיהיו לו תמריצים לביצוע, ואין לכאורה צורך באחריות של 100 בגין כל נזקי ההפרה. על פי עקרון האחריות היורדת, אחריותו של מקבל הביצוע תעמוד במצבים מעין אלו על ההפרש שבין נזקי ההפרה לבין ההוצאות שהוצאו על ידיו בפועל עד למועד ההפרה. כך, בדוגמה דלעיל אחריותו של מקבל הביצוע תעמוד על 60, ולא על 41 או על 100. אחריות בגובה של 60 תספק לו די תמריצים להשלמת הביצוע, ואף תשפר את תמריצי מקבל הביצוע נוכח היותו חשוף לסיכון של נשיאה בנזקים בלתי מפורצים בשיעור של 40. על פי המשפט הנוהג, כאשר ההוצאות שהוצאו בפועל על ידי המבצע יצרו טובת הנאה אצל מקבל הביצוע, יחושבו נזקיו של האחרון וטובת הנאה זו תובא בחשבון ותביא להפחתת הפיצויים. לעומת זאת על פי עקרון האחריות היורדת, ניכוי הוצאות הביצוע ייעשה אף בהיעדר טובת הנאה כלשהי למקבל הביצוע, או כאשר טובת הנאה זו פחותה בגודלה מהוצאות הביצוע.

החיסרון העיקרי בעקרון האחריות היורדת הוא בכך שכאשר מתרחש שינוי נסיבות משמעותי המביא לכך שהוצאות הביצוע עולות במידה ניכרת על אלו שנצפו בעת כריתת

39 Cooter & Porat, לעיל ה"ש 34.

40 לעתים הוא מכונה אינטרס הציפייה ברוטו, להבדיל מאינטרס הציפייה נטו. ראו Lon L. Fuller & William R. Perdue, Jr., "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale L.J.* 52, 76 (1936); David W. Barnes, "The Net Expectation Interest in Contract Damages", 48 *Emory L.J.* 1137 (1999).

החוזה, עלול המבצע להפסיק את ביצוע החוזה גם כאשר הביצוע יעיל. כך נניח שהוצאות הביצוע גדלו בדוגמה דלעיל מעבר לצפוי בעת כריתת החוזה, באופן שלאחר השקעתם של 40 נדרשים להשלמתו של הביצוע 70 נוספים, ולא רק 40 כפי שצפה המבצע מלכתחילה. במקרה זה עלול המבצע להפר את החוזה, שכן על פי עקרון האחריות היורדת, הוא צפוי לשאת בפיצוי בשיעור של 60 בלבד. המבצע יעדיף לשאת בפיצוי זה, ולא להוציא 70 נוספים להשלמת ביצועו של החוזה. הפרת החוזה על ידיו אינה יעילה: השקעה של 70 תיצור טובת הנאה של 100, ועל כן היא רצויה. אמת, לו ידעו הצדדים מראש שביצוע החוזה יעלה בסך הכול 110, ולא 80, הם לא היו נכנסים אליו מלכתחילה. אך מאחר שהחוזה נכרת ואף בוצע בחלקו, טוב היה לו היה המבצע משלים את הביצוע ולא מפסיקו באמצע. התוצאה היעילה הייתה מושגת אם הפיצוי היה בגין נזקי הציפייה המלאים. במקרה אחרון זה המבצע היה משקיע 70, שאם לא היה עושה כן היה נושא באחריות בגובה של 100.⁴¹ עתה אף ניתן להבין מדוע עקרון האחריות היורדת מביא לכך שהפיצוי בדוגמה דלעיל יהיה 60, ולא למשל 41. הסיבה העיקרית לכך היא שפיצוי של 41 היה מגדיל במידה ניכרת את הסיכון שלאחר השקעה חלקית יתפתה המבצע להפסיק את ביצועו של החוזה אפילו כאשר השינוי בהוצאות הביצוע היה קטן. בנוסף, המידע הדרוש להחיל את עקרון האחריות היורדת – הוצאות שהוצאו בעבר – הוא קל להוכחה בבית המשפט יותר מהמידע הדרוש להחיל עיקרון אשר לפיו הפיצוי נקבע בהתאם להוצאות עתידיות להשלמת הביצוע.

למרות הסיכון הגלום בעקרון האחריות היורדת רצוי לאמץ אותו במצבים שבהם סיכון זה הוא קטן יחסית, וכאשר יש חשיבות רבה לשפר את תמריצו של מקבל הביצוע. אף יש לשים לב לכך שהאחריות עשויה לרדת בקצב איטי מזה המתואר לעיל, אם כך ירצו הצדדים. כך אם הסיכון שהוצאות הביצוע יגדלו במהלך הביצוע הוא סיכון משמעותי, ניתן לקבוע בחוזה למשל שרק מחצית מהוצאות הביצוע החלקי ינוכו מנזקי הנפגע.

דוגמה 2 היא מקרה טיפוסי שבו אימוץ עקרון האחריות היורדת עשוי להיות יעיל, ועל כן אף להיות מועדף על ידי הצדדים לחוזה. על פי הדוגמה, הצלחת פיתוחה של התכנה דורשת שיתוף פעולה רב מצד יהודה, מקבל הביצוע. את שיתוף הפעולה קשה להסדיר חוזית, ואף הגנת האשם התורם או עקרונות דומים לה לא יסייעו, שכן התנהגותו של יהודה קשה לווידוא. אם הסיכון שהוצאות הביצוע יגדלו באופן ניכר בתקופת ביצועו של החוזה הוא קטן יחסית, מומלץ לצדדים לקבוע כי במקרה שבו לא תושג התוצאה שלה התחייב לוי, ופיתוח התכנה לא יושלם, תעמוד אחריותו של לוי על נזקיו של יהודה (שניתן להגדירם

41 יש לשים לב לכך שאם לאחר הוצאתם של 40 השלמת הביצוע דורשת למשל 110 ולא 70, מבצע החוזה יפסיק את הביצוע ויעדיף לשלם פיצוי בין שהכלל הוא של פיצוי מלא, ובין שיחול עקרון האחריות היורדת. הפרת החוזה בנסיבות אלו תהיה יעילה, שכן ביצוע שעלותו 110 ואשר יוצר טובת הנאה של 100 בלבד, אינו יעיל.

בחווה) בניכוי הוצאותיו של לוי עד לאותו השלב. כך אם נזקיו של יהודה הם 100, ולוי הוציא 40, אחריותו כלפי יהודה תעמוד על 60, ולא על 100. לעומת זאת אם הסיכון שהוצאות הביצוע יגדלו הוא משמעותי, פתרון אפשרי הוא לקבוע קצב איטי יותר של ירידת האחריות. לעומת זאת הותרת עקרון הפיצוי המלא יותר את הסיכון המוסרי של יהודה על כנו, ותמריציו לשתף פעולה יהיו חסרים.

בשונה מהאנטי-ביטוח, אשר ניתן לעשות בו שימוש רק בהתקיים שוק מתאים של אנטי-ביטוח, עקרון האחריות היורדת ניתן לאימוץ כבר עתה. למעשה, ניתן למצוא דוגמאות בעולם המציאות שבו צדדים לחוזה עושים שימוש בעקרונות דומים.⁴² בדומה לאנטי-ביטוח, אף עקרון האחריות היורדת מתווה דרך לשיפור תמריצי הנפגע על ידי הפחתת הפיצויים שלהם יהיה זכאי במקרה של הפרת חוזה.

4. פיצוי חסר על פי הדין הנוהג ויתרונותיו

הדיון באנטי-ביטוח ובעקרון האחריות היורדת לימדנו שפיצוי חלקי משפר את תמריצי הנפגע, עם זאת פיצוי חלקי עלול לפגוע בתמריצי המפר. לו היו תמריצי המפר חזות הכול, כלל של פיצוי מלא היה הכלל היעיל, אך מאחר שגם לתמריצי הנפגע נודעת חשיבות, פיצוי חלקי בשיעור כזה או אחר עשוי במקרים רבים להיות נקודת האופטימום, מעין פשרה יעילה שאותה ירצו הצדדים לחוזה לאמץ.⁴³

במקרים רבים דיני התרופות בגין הפרת חוזה אינם מספקים לנפגע פיצוי מלא גם כאשר הוא לא נכשל באי-הקטנת נזק ולא היה בעל האשם התורם. נוסף על כך הנפגע לא אחת נושא בהוצאות התדיינות שגם בגינן אין הוא מפוצה באופן מלא. בעיני רבים פיצוי חסר נתפס כחיסרון הנובע מן המגבלות שבאכיפת המשפט. אכן, לעתים כך הדבר, אך במקרים אחרים חיסרון זה עשוי להפוך ליתרון. נפגע היודע שפיצוייו לא יהיו מלאים ינהג באופן יעיל יותר מנפגע היודע שפיצוייו יהיו מלאים. הפיצוי החלקי מפחית את ממדיו של הסיכון המוסרי. אמנם, כאשר הפיצוי החלקי נובע מהוצאות התדיינות בפני ערכאות, מתייקר החוזה בעבור הצדדים, על כל המשמעויות השליליות שעלולות לנבוע מכך, אך כאשר הפיצוי החלקי נובע מכך שהמפר משלם לנפגע פיצוי שאינו מכסה את מלוא נזקיו, אין מדובר בייקור החוזה, אלא בשיפור תמריצי הנפגע המועיל מלכתחילה לשני הצדדים לחוזה.

42 Cooter & Porat, לעיל ה"ש 34.

43 לפיצוי חסר יש יתרונות נוספים, ולא אכנס כאן לפרטיהם. בין היתר הגבלת שיעור הפיצויים מפחיתה את תופעת ה-adverse selection. הדבר בולט בעיקר בחוזים צרכניים. ראו Richard A. Epstein, "Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract", 18 J. Legal Stud. 105 (1989).

מעניין לציין שבמקרים רבים צדדים לחוזה אינם מנסים לפתור את "בעיית" פיצוי החסר אף שיש בידם דרכים לעשות זאת. פיצוי מוסכם הוא דרך בדוקה להגדיל את שיעור הפיצויים באופן שיובטח לנפגע פיצוי מלא, או כמעט מלא.⁴⁴ למרות זאת לא אחת מותרים הצדדים את סיכון פיצוי החסר על כנו. ניתן לסבור שהם עושים זאת מכיוון שהם מבינים שכך דווקא ישופרו תמריצי הפעולה של הנפגע, אפילו אם ייפגעו במשהו תמריציו של המפר.

מכאן שפיצוי מלא אינו תנאי הכרחי להסקת כוונה משוערת של הצדדים, שעל פיה המבצע רשאי שלא לבצע את החוזה ולשלם פיצויים תחת ביצוע, כפי שעולה לכאורה מן החלק הראשון של המאמר. למעשה, במקרים רבים פיצוי חלקי יהיה עדיף בעיני הצדדים, שכן הוא שיבטיח להם חוזה יעיל ורווחי יותר.

סיכום ומסקנות

אחת התרומות החשובות של הגישה הכלכלית למשפט היא הדגשת חשיבותה של נקודת המבט *ex ante*. כך מתן אפשרות למבצע להפר הפרה יעילה נותן לו הזדמנות לרווחים *ex post*, אך יתרון זה מתורגם *ex ante* גם כרווח למקבל הביצוע, הוא הנפגע בכוח. כמעט כל נפגע יסכים לכלל של הפרה יעילה אם יינתן לו פיצוי *ex ante* הולם על כך. בהינתן הסכמה כזו הפרה יעילה לא תעורר שאלה של הגינות, מוסר או צדק. טענתי היא שדי בהסכמה משוערת כדי להגיע למסקנה דומה. מתודת הניתוח הכלכלי של המשפט מאפשרת לאתר הסכמה כזו.

טיעונו של פרופ' פרידמן שההפרה היעילה אינה מוסרית, לפחות כטיעון גורף, אינו משכנע בעיניי. עם זאת הוא מציב אתגר רציני בפני אלו העוסקים בניתוח הכלכלי של המשפט. יש בו כוח שלעתיים נדמה שאין לעמוד בפניו: הכיצד אפשר לטעון שהפרת הבטחה היא מוסרית? אלא שלא זו השאלה הרלוונטית. השאלה שיש לשאול היא מה תוכן ההבטחה החוזית: ביצוע בכל (או כמעט בכל) תנאי או ביצוע שיש לו חריגים מסוימים המתקיימים כאשר הביצוע הופך לבלתי יעיל? תורת ההפרה היעילה מאמצת את התשובה השנייה לשאלה זו. תורת ההפרה היעילה מבוססת על ההנחה שצדדים רבים כורתים חוזה על מנת למקסם את רווחיהם. צדדים אלו יחפצו בחוזה יעיל. חוזה יעיל יאפשר לעתים אי-ביצוע תוך תשלום פיצויים, מלאים או חלקיים. מכאן שהפרה יעילה אינה בהכרח בלתי מוסרית, לא הוגנת או לא צודקת.

44 פיצוי מוסכם אפילו הוא מלא, עשוי להותיר תמריצים יעילים לנפגע להפחית את פוטנציאל נזקיו, אם הוא יודע שהפיצוי שיקבל לא יהיה תלוי בנזקיו בפועל. עם זאת, פיצוי מוסכם מלא אינו מספק לנפגע תמריצים יעילים להפחית את סיכויי ההפרה, שכן הוא יודע שאם תבצע הפרה יזכה ממילא בפיצוי מלא בגין נזקיו.