

## אמון, יושר ותרבות עסקית: תרומתה הדסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי-היסוד במשפט

### הערה בעקבות מאמרה של תמר פרנקל

#### עמיר ליכט\*

לפני שנים מספר פרסם אוריאל פרוקצ'יה מאמר שכותרתו "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק? תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי-היסוד במשפט".<sup>1</sup> בפתח מאמרו עומד פרוקצ'יה על הכבוד והחיבה היתרה שמשפטנים רוחשים לקטגוריות ולסיווגים, עד כדי חרדת-קודש ממש.<sup>2</sup> ההקפדה על סיווג נכון – או לכל-הפחות עקבי – אינה בבחינת פטישיזם גרידא או התייחסות פשטנית, מנוונת ומנוונת למשפט. סיווג עקבי של תופעות משפטיות מגדיל את ההסתברות שכאשר יישנו תופעות אלה במציאות, ינבעו מהן בדרך-כלל אותן השלכות. אלמלא כן יקשה על המשפט לשמש מוסד מרכזי להסדרה חברתית. במאמרו התייחס פרוקצ'יה לשלוש קטגוריות-יסוד בתורת המשפט – החוזה, החפץ והחוק – וטען כי "הגישה הכלכלית למשפט מרמזת לעתים על טשטוש הגבולין שבין מושגי-היסוד האלה."<sup>3</sup> מכאן ואילך הראה המחבר כיצד כלי הניתוח הבסיסיים ביותר של הכלכלה הניאו-קלאסית, כגון עקרון התועלת השולית הפוחתת, היעילות שבמועור עלויות עסקה והמושג "כשל שוק",<sup>4</sup> מביאים לידי ערפול ההבחנות בין מושגי-יסוד משפטיים. דוגמות רבות מבין אלה המובאות במסגרת זו לקוחות מתחום דיני התאגידים. לערפול זה, טען פרוקצ'יה, יש ערך מדעי רב, ומכאן תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה למשפט. הקורא חדה-העין כבר עמד מן הסתם הן על הדמיון בין כותרת מאמרו של פרוקצ'יה לכותרתה של הערה זו והן על ההבדל ביניהן. אכן, אילו נדרשתי לתת כותרת למאמרה

\* פרופסור למשפטים, דיקן בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; פרופסור נספה, בית-הספר למשפטים Boalt Hall, אוניברסיטת קליפורניה, ברקלי; עמית-מחקר, המוסד האירופי למשפט חברות (ECGI).

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

2 ראו, למשל, שם, בעמ' 395-397.

3 שם, בעמ' 396.

4 שם, בעמ' 404, 405 ו-409, בהתאמה.

של תמר פרנקל, שהוא מושא ההערה הנוכחית,<sup>5</sup> הייתי מתקשה לעמוד בפיתוי לתת לו את כותרת הערה זו ממש. המאמר, שהוא חלק מספר בשם אמון ויושר: התרבות העסקית של אמריקה על פרשת-דרכים,<sup>6</sup> מעלה טיעון מרכזי שניתן להציגו בתמצית כך: הגישה הכלכלית למשפט ערפלה את ההבחנה בין יחסי אמון ליחסים חוזיים, ובכך השפיעה בצורה הרסנית (דסטרוקטיבית) על המשפט ועל התרבות העסקית של ארצות-הברית. לכאורה, קשה לחשוב על ניגוד חריף ועמוק יותר בין עמדה זו לבין עמדתו של פרוקצ'יה. בשורות הבאות אנסה ליישב את הסתירה הלכאורית הזו.

בטרם ניגש לעיקר הדברים, מן ההכרח להצביע על מוקש מינוחי שטמון בעובדה שהן המונח trust והן המונח fiduciary מתורגמים בעברית ל"אמון". מוקש זה עומד לרועץ למשפטנים ישראלים מכיוון ש-trust הוא מונח משפטי רב-פנים שאינו חופף במידה מלאה את מוסד ה-fiduciary. רק כדי לסבר את האוזן: ביחסי fiduciary חייב להיות אמון במובן של trust, אולם אמון במובן זה יכול להיות גם בין צדדים שאין ביניהם יחסי fiduciary, כגון צדדים לחוזה; במקביל, יחסי נאמנות – דהיינו, trust – הופכים את הנאמן (trustee) ל-fiduciary; וכדי להוסיף ערפול, בדיני התאגידים האמריקאיים אנשים שהם במעמד של fiduciary – למשל, דירקטורים – חבים חובות משפטיות, המכונות fiduciary duties, אשר כוללות חובות אמון (loyalty) וזהירות (care). טיעונה המרכזי של פרנקל – כי הגישה הכלכלית למשפט עיקרה את המושג "אמון" בכך שראתה בו מוסד חוזי – מחייב היוקקות להבחנות מינוחיות. המשפטן הישראלי נדרש להקפיד על עקביות בהחילו הבחנות אלה.

חיבורה של פרנקל מופנה בראש ובראשונה לאנשים שאינם משפטנים. להללו, נבכי הדוקטרינה המשפטית נראים משמימים ולא-רלוונטיים לשאלות מדיניות שברומו של עולם. לא כי, גורסת פרנקל, לתמורה בדוקטרינה המשפטית, שבעקבותיה ניתן לסווג יחסי אמון כיהסים חוזיים ואת דין האמון כדין חוזי, יש השפעה שלילית רחבת-היקף על התרבות העסקית האמריקאית.<sup>7</sup> משהתקבעה התפיסה הרואה בהפרת חובת אמון משום הפרה של הבטחה חוזית, נמחה מן ההפרה אות-הקלון המוסרי הדבק במעשי מעילה, וההפרה נעשית ראויה פחות לגינוי חברתי. העברת הנאמן (trustee) לקטגוריה של יריב חוזי מטשטשת את מעמדם של הנכסים שהלה מקבל לחוקתו. הדבר עלול להטעות נאמנים מסוימים למחשבה שהנכסים שבנאמנותם שייכים להם.<sup>8</sup> בין ההשלכות המיידיות של ההבחנה בין דין האמון לדין החוזה מונה פרנקל את התרופות השונות העומדות לנפגע ואת מידת ההגנה שהדין ובתי-המשפט מקנים. ביחסי אמון הנהנה (beneficiary) נהנה מהגנה מרבית, ואילו ביחסים חוזיים תרופותיו של הנפגע מהפרה מוגבלות, ועליו מוטל הנטל העיקרי להבטיח את

5 תמר פרנקל "נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל: השינויים הנסותרים בדוקטרינה המשפטית ובפרשנות המשפטית" משפט ועסקים ה (תשס"ו) 113.

6 Tamar Frankel *Trust and Honesty – America's Business Culture at a Crossroad* (Oxford, 2005).

7 פרנקל, לעיל הערה 5, בעמ' 118–119.

8 שם, בעמ' 120–122.

ענייניו.<sup>9</sup> התוצאה היא לא יעילה מבחינה כלכלית-חברתית, מכיוון שאף-על-פי שבטווח הקצר ההתייחסות המחמירה לגבי יחסי אמון שוללת מן הצדדים חופש ניכר לעצב את יחסיהם כרצונם, בטווח הארוך "ההגבלות החלות על הנאמנים והפסדי הרווחים שלהם מחווירים" בהשוואה ל"נוק הנגלה לעינינו למן תחילתה של המאה העשרים ואחת [כתוצאה מן השינוי בדוקטרינה המשפטית]"<sup>10</sup>.

במי האשם? אליבא דפרנקל, החטא רובץ לפתחם של מלומדים כ-Daniel Fischel ושופטים דוגמת Frank Easterbrook ו-Richard Posner. אישים אלה, מן האבות המייסדים של הגישה הכלכלית למשפט, הנהיגו תנועה חזקה של עורכי-דין, מלומדים ושופטים, טוענת פרנקל. נקודתית, היא מצביעה על מאמרם המפורסם של Easterbrook ו-Fischel משנת 1993 על החוזה וחובת האמון,<sup>11</sup> ועל פסק-דין לא-מפורסם בעניין *Wsol v. Fiduciary*, פרי-עטו של השופט Posner.<sup>12</sup> גם בדיני החברות פרנקל מאתרת תווה דומה משימת דגש בחובות אמון לשימת דגש בחוזה. את הסיבה לכך פרנקל תולה בדימוי החברה כ"פקעת של חוזים" (nexus of contracts), השאול מן הספרות הכלכלית.<sup>13</sup> לדעתה:<sup>14</sup>

"הספרות הכלכלית לא נתנה דעתה להבדלים המשפטיים בין חוזים לבין נאמנות... אבל בהיותם חוקרים מתחום המשפט והכלכלה, ומאחר שהקדישו מידה פחותה של תשומת-לב למילים, לא היתה הגלישה מנאמנות לחוזים כה בולטת. אולם שינוי זה שינה את תדמיתם של היחסים במסגרת החברה, ועמם גם את הדעה הרווחת לגבי חובותיה של הנהלת החברה."

התייחסות מלאה לכל ההיבטים העולים מן הניתוח שפרנקל מציגה במאמרה עלולה להשתרע על-פני מספר עמודים רב מזה של המאמר עצמו. בראש ובראשונה, ניתן להקשות מה מידת חומרתן של ההשלכות שעלולות לנבוע מטשטוש ההבחנה בין דין האמון לדין החוזה, ואם עלולות לצמוח מטשטוש זה התוצאות החברתיות שפרנקל טוענת להן. שנית, מתעוררות שאלות פוזיטיביות – האומנם טענתה של פרנקל לגבי טשטוש ההבחנה בין יחסי אמון ליחסים חוזיים מתארת אל-נכון את המצב המשפטי בדין הפוזיטיבי, בין

9 שם, בעמ' 125-126.

10 שם, בעמ' 119.

11 Daniel R. Fischel & Frank H. Easterbrook "Contract and Fiduciary Duty" 36 *J. L. & Economics* (1993) 425.

12 *Wsol v. Fiduciary Mgmt. Assocs.*, 266 F.3d 654 (7th Cir. 2001) (להלן: עניין *Wsol*).

13 פרנקל, לעיל הערה 5, בעמ' 129. מקורו של דימוי הפקעת החוזה בשני מאמרי-יסוד בתורת הפירמה. ראוי: Michael C. Jensen & William H. Meckling "Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure" 3 *J. Fin. Econ.* (1976) 305; Armen A. Alchian & Harold Demsetz "Production, Information Costs, and Economic Organization" 62 *Am. Econ. Rev.* (1972) 777.

14 פרנקל, לעיל הערה 5, בעמ' 129.

בארצות־הברית ובין בישראל? שלישית, ניתן להקשות אם הניתוח הסיבתי של פרנקל אכן עומד על הגורמים אשר הובילו לתמורה המתוארת. בפרט, האומנם האשם הוא בגישה הכלכלית למשפט? להלן אתייחס לנקודות אלה בקצרה.

באשר לנקודה הראשונה, אין ספק שההבחנה בין יחסי אמון ליחסים חוזיים – ובהתאמה, בין דין האמון לדין החוזה – היא מן העמוקות ביותר במערכות המשפט המקובל, ובכלל זה במערכת המשפט הישראלית.<sup>15</sup> השוני בין מערכות יחסים אלה נוגע בנסיבות שבהן הן צומחות, בתוכנן של החובות החלות על הצדדים להן ובזכויות העומדות לצדדים אלה. כמו־כן, כפי שמציינת פרנקל, לשוני זה יש נפקות בתחום התרופות העומדות לנפגע. אולם בשורש ההבחנה מצוי הבדל יסודי באופיין של מערכות היחסים. מערכת היחסים החוזית מבוססת על יריבות בעלת אופי אדוורסרי. מקופלת בה ההנחה כי כל אדם רשאי לדאוג לענייניו כמיטב יכולתו – הן כעניין תיאורי (כך הבריות מתנהגות) והן כעניין נורמטיבי (כך ראוי שהבריות יתנהגו). מערכת יחסים חוזית, בגרסתה הרגילה, מטילה על כל צד חובה וזה לעמוד באמות־מידה מינימליות של חיים בחברה, בחזקת "אדם לאדם – אדם".<sup>16</sup> לעומתה, מערכת יחסי אמון מבוססת על הבדלי כוח בין הצדדים.<sup>17</sup> בגרסתה הצרופה היא

15 אני מעדיף את המונח "מערכת משפט" על המונח המיושן "שיטת משפט". מערכת משפט כוללת את הדין החרות והפסוק, את המוסדות הפועלים לאכיפת הדין ואת מערכת הנורמות והקונוונציות הלא־פורמליות ביחס אליהם.

16 ראו דברי השופט אהרן ברק: "לא נשאף לכך, כי היחסים בין המשתתפים במכרו יהיו כיחסי מלאכים זה לזה. רמת התנהגות של Homo Homini Deus אינה בת השגה. אך נשלול, כי ביחסים שבין המשתתפים במכרו תשרור הגישה של אדם לאדם – זאב Homo Homini Lupus. נשאף לכך, כי ביחסים שבין בני האדם המשתתפים במכרו ישרור העיקרון, כי אדם לאדם – אדם." ע"א 207/79 רביב משה בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 558. כן ראו בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר־שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828. בישראל תקן ההתנהגות המינימלי נקבע על־ידי חובת תום־הלב. בארצות־הברית חלה חובת תום־לב (שאינה חופפת בהכרח את רעותה הישראלית) ביחסים מסחריים בגדר ה־Uniform Commercial Code.

17 "חובת האמון היא חובה כללית המוטלת על בעל הכח", קבע השופט אהרן ברק בע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 279–280. קביעה זו יונקת את תוקפה מדבריו המפורסמים של השופט Cardozo בפרשת *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545, (N.Y. 1928) (להלן: הלכת *Salmon*): "Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate. Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by the 'disintegrating erosion' of particular exceptions... Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd"

על דברים אלה של השופט Cardozo אמר השופט אהרן ברק, שם, בעמ' 280, כי "עקרונות יסוד אלה

מטילה על בעל הכוח החב אמון – ה־fiduciary – לפעול אך ורק לטובת הנהגה, בחוקת "אדם לאדם – מלאך".

שאלה נפרדת היא אם הפרת אמון ביחסים כאלה אכן נתקלת בגינוי חברתי נרחב יותר מאשר הפרת התחייבות חוזית, כטענתה של פרנקל. אין מדובר רק בתגובתם של בתי־המשפט בהיתקלם בהפרות אלה, אלא בהתייחסותם של הציבור הרחב ואמצעי התקשורת להפרות אלה. בסופו של דבר התשובה נחתכת על־פי התרשמות אישית. התרשמותי היא כי אכן כך הדבר. הציבור סולד מבעל שררה המועל בכספים או נוטל שוחד, או מאפוטרופוס השולח יד בנכסיו של בן־חסותו או מבעל עניין בחברה ציבורית אשר "חולב" את החברה, יותר מאשר מבעל חוזה המפר את חוזהו. גם בתי־המשפט מתייחסים בעוינות גדולה יותר אל מפרי חובות אמון מאשר אל מפרי חובות חוזיות, והיריעה תקצר מלפרט.

מבחינת עוצמתה ומרכזיותה במערכת המשפט, ניתן להשוות את ההבחנה בין דין האמון לדין החוזה להבחנה בין דין הקניין לדין האשם.<sup>18</sup> אולם בעוד שההבחנה האחרונה זכתה בהכרה ובפיתוח נרחבים בספרות של הגישה הכלכלית למשפט,<sup>19</sup> יש יסוד לטענתה של פרנקל כי ההבחנה הראשונה לא זכתה במעמד דומה. יתר על־כן, פרנקל צודקת בקביעתה כי דוברים בולטים של הזרם המרכזי בגישה הכלכלית למשפט, כגון Easterbrook ו־Fischel, נוטים לסווג את כלל התייחסויות־הגומלין הרצוניות בין אנשים בחברה (society) כהתייחסויות־גומלין בעלות אופי חוזי. מסיווג זה גם נגזרת הנכונות העקרונית להכיר באפשרות להתנות על חובות אמון כחלק מחופש החוזים, כפי שטענו Easterbrook ו־Fischel.<sup>20</sup>

בעיני יש כשל מחשבתי יסודי באמונה – המובעת על־ידי הדוברים הנזכרים ועל־ידי ההולכים בעקבותיהם – כי ניתן להתייחס לחובות האמון המשפטיות כאל מושא להתניה חוזית. צדדים הנכנסים באופן רצוני למערכת של יחסי אמון מסוג fiduciary (ולא רק יחסי אמון מסוג trust) יכולים להסכים במפורש על תחולתן של חובות האמון הטיפוסיות, או שהדין יכול לייחס להם הסכמה זו מכללא. עניין זה אינו מעלה ואינו מוריד, שכן נקודת־המפתח בדין האמון היא שחובת האמון (loyalty) היא קוגנטית ואינה ניתנת להתניה. אם הצדדים פוטרם את חב־האמון<sup>21</sup> מחובת האמון שלו כלפי הנהגה, הם נהפכים מניה וביה

מקובלים גם על שיטתנו המשפטית... אכן, בית המשפט קלט את עקרון היסוד בשחר הפסיקה, ומאז הריהו מפתח אותו על פי צרכינו שלנו, כחלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל".

18 ראו דניאל פרידמן "דין הקניין ודין האשם" ספר זוסמן (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן ואח' עורכים, תשמ"ד) 241.

19 מאמר־היסוד המפורסם הוא, כמוכן: Guido Calabresi & Douglas A. Melamed "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

20 Fischel & Easterbrook, *supra* note 11

21 למושג זה ראו הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד, כרך א) 99–100, סעיפים 512–513, נגיש באתר כתב־העת – [www.idclawreview.org](http://www.idclawreview.org).

ליריבים. הצדדים יכולים לכנות את יחסיהם יחסי "שליחות", יחסי "שותפות" או יחסים של "בעל מניות ונושא משרה", אך כינויים אלה יהיו מוטעים ומטעים. בהיעדר חובת אמון על שני איבריה היסודיים – האיסור לפעול בניגוד עניינים וחובת הגילוי המלא – הנהנה ביחסים אלה אינו זכאי עוד לדבר מעבר לציפייה להתנהגות כלפיו בתקן מינימלי, וטוב יעשה אם ידאג לשמור על ענייניו גם מפני "חב־האמון".

וכאן אנו מגיעים ללוו טענתה של פרנקל, לאמור: הפיכת דין האמון לדין של חוזה מובילה לתוצאות הרסניות מבחינה חברתית. באורח אירוני, דווקא הניתוח הכלכלי של המשפט הוא המבהיר מדוע יש בסיס לטענה זו. במקרים רבים מאוד יהיה זה יעיל שראובן יסתייע בשמעון לביצוע מיום מסוים. אלא שראובן עשוי לחשוש כי שמעון יפעל במידה כזו או אחרת לטובתו שלו, ולא לטובתו של ראובן. זו, בתמצית, בעיית הנציג המוכרת. דא עקא, בעיית הנציג אינה ניתנת לפתרון מלא, בפרט לא באמצעים חוזיים.<sup>22</sup> מערכות המשפט המקובל גותנות מענה מסוים לבעיה על-ידי הגדרת מערכות מסוימות של יחסי נציגות כיחסי fiduciary, על מערך החובות והזכויות הנובע מכך. המרת יחסי אמון בחזרה ליחסים חוזיים תגרום לכשל שוק, במובן זה שלא ייקשרו חוזי נציגות מחמת החשש (המוצדק) מפני התנהגות אופורטוניסטית של הנציגים. זאת, בשל הבעיות המוכרות של סיכון מוסרי (moral hazard) ובחירה שלילית (adverse selection). קביעת חובת אמון קוגנטית על-ידי הריבון מתגברת על כשל השוק בכך שהיא מאפשרת לצד להתחייב באופן מהימן לפעול לטובתו של הצד האחר. לעומת זאת, בחברה שבה מערכת המשפט והנורמות הלא-משפטיות אינן מכירות בקטגוריה נפרדת ומחמירה יותר של תקן התנהגות החל על נציגים ניתן לצפות להתרופפות האמון ההדדי (הפעם במובן של trust) בין הפרטים.<sup>23</sup> לכך צפויות להיות השלכות שליליות על מספר ההתקשרויות והיקפן.

אף-על-פי-כן, ובכך אנו מגיעים לנקודה השנייה, איני משוכנע כי מבחינת המצב המשפטי הפוזיטיבי טושטשה ההבחנה בין דין האמון לדין החוזה במידה שפרנקל טוענת לה, בין בארצות-הברית ובין בישראל. כראיה לטשטוש ההבחנה האמורה פרנקל מפנה לפסק-דינו של השופט Posner בעניין *Wsol*,<sup>24</sup> וטוענת כי בית-המשפט היה צריך להתמקד בנטילת רכוש התובע, ולא בשאלה של התקיימות נזק. עובדות פסק-הדין מורכבות מעט, והאמת ניתנת להיאמר, לא ברור לחלוטין מה הבסיס לטענה של הפרת חובת אמון בנסיבות הפרשה. המחדל שיוחס לנתבעת, אשר פעלה כשלוח, נגע באי-בדיקה ראויה של סוכן בורסה. מחדל זה עשוי לעורר בעיקר שאלה של הפרת חובת זהירות, ולכן גם שאלה של התקיימות נזק. יתר על-כן, פסק-הדין בעניין *Wsol* אינו מן האסמכתות המרכזיות. בפרשה

22 לפירוט מלא יותר ראו עמיר ליכט "סמכות רשות ניירות ערך להסדיר ענייני משטר חברות" תאגידים ב(6) (תשס"ו) 46.

23 בטענה לעיל גלומה הנחה כי הפרטים רציונליים במובן זה שהם פועלים בדרך-כלל להשאת תועלתם האישית.

24 עניין *Wsol*, לעיל הערה 12.

אחרת, בעניין *Singer*,<sup>25</sup> נקבע באופן ברור כי חב"אמון המפר את חובת האמון שלו, בפועלו בניגוד עניינים ומבלי למסור מידע מלא לנהגה, חייב במתן חשבונות ובהשבה. בישראל נקבע בהקשר סמוך – של מנהל תיקים ויועץ השקעות הפועל לטובתו האישית תוך מעילה באמון לקוחו – כי התרופות העומדות לנפגע רחבות במיוחד, ועשויות לכלול כל צורה של השבה והטבת נזקים, לרבות נזקים שאין הוא קשור אליהם בקשר סיבתי אמיץ.<sup>26</sup> גם בהקשר ממוקד יותר של דירקטורים בחברה קשה לקבוע כי קיימת מגמה גורפת של התרופפות דין האמון במשפט האמריקאי. מחד גיסא, ניתן בהחלט להצביע על נכונות גוברת בקרב בתי-המשפט של דלוור לאפשר לנושאי משרה מרחב תמרון גדול יחסית להיטיב עם עצמם גם בנסיבות שבהן חובת האמון שלהם חלה במלוא עוצמתה. דוגמה לכך ניתנה בפסק-הדין בעניין *Broz*,<sup>27</sup> שם הקל בית-המשפט מאוד עם דירקטור אשר נטל הזדמנות עסקית שלחברה היה עניין בה לכאורה. מאידך גיסא, הלכת *Broz* אינה מייצגת בהכרח את הדין בסוגיה זו ביתר מדינות ארצות-הברית או את עמדת המלומדים לגבי הדין הרצוי. כך, בפרשת *Harris*<sup>28</sup> דחה בית-המשפט במרילנד את המבחנים המקילים של מדינת דלוור, ואימץ את הגישה הכללית הנוקשה והבלתי-מתפשרת של הלכת *Salmon*.<sup>29</sup> בדבר היחס ל-*fiduciaries*. לגופו של עניין החיל בית-המשפט את המסגרת המחמירה להתרת נטילת הזדמנות עסקית של החברה, כפי שהיא מעוגנת בעקרונות משטר החברות של ה-*American Law Institute*, אשר במרכזה חובת הגילוי המלא לחברה של כל מידע מהותי לפני נטילת ההזדמנות.<sup>30</sup>

פסק-דין אחר התומך בטענתה של פרנקל בדבר התוצאות הקשות שעשויות לנבוע מהתניה על חובת האמון, בעקבות השתלטות דין החוזה על דין האמון, ניתן בארצות-הברית בפרשת *McConnell*.<sup>31</sup> במסגרת גל הליברליזציה בחקיקת התאגידים בארצות-הברית נקבעו מסגרות משפטיות חדשות לתאגידים, כגון חברה באחריות מוגבלת (*LLC – limited liability corporation*) אשר זכאית על-פי החוק להתנות באופן חלקי על חובת האמון, לפחות בנסיבות מוגדרות.<sup>32</sup> באותה פרשה הסכימו המתאגדים, במסגרת הסכם התפעול של החברה, כי החברים רשאים להתחרות בעסקי החברה. לא במפתיע, כך אכן נהג אחד המתאגדים, תוך שהוא מנצל מידע של החברה. בית-המשפט באוהיו קבע כי הלה פעל בגדר המותר על-פי הסכם התפעול. התוצאה המתקבלת – שהיא עגומה או מגוחכת, לפי ראות עיניו של המתבונן – היא בכל מקרה כישלון מוחלט של המסגרת התאגידית. אכן, בעשרים השנה האחרונות חלה התפתחות בדיני החברות, וכיום החוק מאפשר

<sup>25</sup> *General Automotive Mfg. Co. v. Singer*, 120 N.W.2d 659 (Wis. 1963)

<sup>26</sup> ראו ע"א 3654/97 קרטיין נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ, פ"ד נג(3) 385. לדיון מפורט ראו

דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט א (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 531.

<sup>27</sup> *Broz v. Cellular Information Systems, Inc.*, 673 A.2d 148 (Del. 1996)

<sup>28</sup> *Northeast Harbor Golf Club, Inc. v. Harris*, 661 A.2d 1146 (Me. 1995)

<sup>29</sup> לעיל הערה 17.

<sup>30</sup> American Law Institute, Principles of Corporate Governance sec. 5.05 (1992)

<sup>31</sup> *McConnell v. Hunt Sports Enterprises*, 725 N.E. 2d 1193 (Ohio 1999)

<sup>32</sup> Uniform Limited Liability Corporation Act, sec. 103(b)(2)(i)

ביתר קלות להתנות על חובותיהם של נושאי המשרה בחברה באופן שמנטרל את החשיפה הכלכלית של נושא המשרה לתוצאות ההפרה, וזאת באמצעות מתן פטור, התחייבות לשיפוי או רכישת ביטוח.<sup>33</sup> אך כאן יש לדייק: החובות שניתן להתנות עליהן במסגרת דיני החברות הכלליים הן אך ורק אלה אשר הפרתן אינה חשופה עקרונית לבעיית הסיכון המוסרי. בישראל נכללות במסגרת זו הפרת חובת הזהירות ובמידה חלקית (באמצעות ביטוח בלבד) גם הפרת חובת האמון בתום-לב. בארצות-הברית, חוק החברות של מדינת דלוור קובע כי סמכות החברה להתנות על חבות של דירקטור כלפיה אינה חלה על הפרת חובת האמון (loyalty) או על מעשים או מחדלים בחוסר תום-לב.<sup>34</sup>

נמצא כי לפחות מן הבחינה הפוזיטיבית, מוקדם עדיין לדבר על בליעת דין האמון בדין החוזה, בין בארצות-הברית ובין בישראל. טענתם-קריאתם של Easterbrook ו-Fischel נותרה לעת-עתה בגדר משאלת-לב.

הגענו, אם כן, לנקודה השלישית – כיצד ניתן להעריך את תרומתה של הכלכלה להתייחסותו של המשפט לדין האמון ולדין החוזה? ובפרט, מהי הסיבה ומהי התוצאה ביחסים שבין עליית הגישה הכלכלית למשפט לבין הטשטוש הנטען בין דין האמון לדין החוזה? עיקר טענתה של פרנקל הוא שעצם השימוש במונח "חוזה" בספרות הכלכלית, והעובדה שכלכלנים אינם דקים פורטא בהבחנות משפטיות, הובילו לשינוי של השיח המשפטי, ובעקבותיו – לתמורות בחברה בכללותה. אין חולק כי בשיח הכלכלי רווח עדיין הדימוי של החברה (ליתר דיוק, הפירמה) כפקעת של חוים. אולם בעקבות השתכללות התובנות בדבר מגבלות היכולת לכתוב חוים מושלמים, צמחו למסגרת ניתוח זו פיתוחים וחלופות המסתמכים על מושג-יסוד משפטי אחר – זכויות קניין.<sup>35</sup> במסגרת זו מודגש ביתר שאת יסוד הכוח הטמון בשליטה שיש לבעל הקניין. במסגרת זו אין עדיין למיטב ידיעתי ניתוח כלכלי של המושג "אמון" (במובן של fiduciary). טיעונה של פרנקל מתייחס אם כן למצב הידע בכלכלה בשנות השמונים, וליתר דיוק, לידע שהיה למלומדים מתחום הגישה הכלכלית למשפט על-אודות מצב הידע בכלכלה באותה תקופה.

בהיסטוריה של הרעיונות מוכרות דוגמות של רעיונות אשר הופיעו בנקודת-זמן מוגדרת יחסית ושינו את פני החברה. כך היה ברפורמציה של Martin Luther בראשית המאה השש-עשרה. בהקשר קרוב יותר טען Morton J. Horwitz כי ניסוח "עקרון אי-הוודאות" על-ידי Werner Heisenberg הוביל בסופו של דבר לשינויים בדוקטרינות משפטיות של סיבתיות, וכי נודעו לכך השלכות כלכליות-חברתיות בארצות-הברית של ראשית המאה

33 סעיפים 258 ו-261 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189.

34 Delaware General Corporation Law, sec. 102(b)(7). אעיר בשולי הדברים כי מהותה של דרישת תום-הלב בדיני החברות של דלוור אינה מחוורת עדיין כל צרכה. ראו: Melvin A.

Eisenberg "The Duty of Good Faith in Corporate Law" 31 *Del. J. Corp. L.* (2006).

35 ראו, למשל: Oliver Hart & John Moore "Property Rights and the Nature of the Firm" 98 *J. Pol. Econ.* (1990) 1119; Oliver Hart *Firms, Contracts and Financial Structure* (Oxford, 1995).



העשרים.<sup>36</sup> אף-על-פי-כן, ולמרות מרכזיותם של רעיונות אלה, אי-אפשר, לדעתי, לייחס להם ולשכמותם השפעה חברתית מכרעת מבלי להתייחס בהרחבה לנסיבות החברתיות שבמסגרתן הופיעו אותם רעיונות. בהיעדר ניתוח מסוג זה קשה להלום כיצד אי-דיוק בהבחנה משפטית יכול לחולל את התמורות שפרנקל מצביעה עליהן.

ודוק: באמור לעיל אין משום כפירה בקיומה של אי-ההבחנה המשפטית או בקיומן של התמורות החברתיות. טיעוניה של פרנקל על-אודות מגמות בחברה האמריקאית מעוררים הד מוכר גם בקרב מי שאינו מעורה באופן מלא בחברה זו. יתר על-כן, טיעונים אלה לא יישמעו זרים או צורמים גם אם נייחס אותם לחברה הישראלית. בין הכא ובין התם, יש יסוד לטענה שבעלי הכוח – כוח השררה או כוח הממון – נהנים ממרחב תמרון ניכר להיטיב עם עצמם, לעיתים מזומנות על-חשבונם של חסרי הכוח. אף אם הטענה אינה נתמכת על-ידי ניתוח פוזיטיבי של המוסדות החברתיים הפורמליים – לאמור, החוק – עשויה עדיין לנקר התחושה שבאופן לא-פורמלי זה אכן המצב החברתי הקושי, כמובן, הוא להצביע באופן משכנע על מנגנון חברתי אשר מחולל מציאות מעין זו ותומך בה, מעבר להסתמכות על שכנוע פנימי. לשם כך יש לאתר ולהוכיח קיומן של נורמות חברתיות, אמונות וערכים הרווחים בחברה, ובתמצית – תרבות. טענתה של פרנקל תלבש אז את הצורה הבאה: בתרבות האמריקאית חלה בשלושת העשורים האחרונים תמורה אשר הגדילה את ההכשר שניתן לבעלי כוח להיטיב עם עצמם גם בנסיבות שמוכרות באופן מסורתי כיחסי אמון.

למרבה הצער, אי-אפשר לאמת או להפריך טענה מן הסוג הנזכר בכלים הקיימים כיום במדעי החברה. ניתוח ריגורוזי של תרבויות יכול להיעשות בצורה טובה למדי באופן השוואתי בלבד; כלומר, ניתן להשוות, למשל, את התרבות של ארצות-הברית לזו של ישראל או לאלה המצויות במערב אירופה.<sup>37</sup> במסגרת ניתוחית זו התרבות האמריקאית אכן מדגישה ונותנת הכשר רב יותר להבדלי מדרג – כנגזר משררה, מעושר וכיוצא באלה – מאשר התרבויות במערב אירופה. התרבות הישראלית דומה במובן זה לתרבות האמריקאית.<sup>38</sup> לעומת זאת, אין בידינו כיום כלים משיעיר-רצון לבחון טענות בדבר שינויים מובהקים בתרבות לאומית. הדעה הרווחת גורסת כי תרבויות הן מוסד חברתי יציב ביותר בקנה-מידה של עשורים ומאות שנים. ממצאים אמפיריים ראשוניים בנוגע ליציבותן של עמדות תרבותיות לגבי נורמות של שימוש בכוח – ובפרט, לגבי ציות לחוק

Morton J. Horwitz *The Transformation of American Law 1870–1960: The Crisis of* 36  
*Legal Orthodoxy* (Oxford, 1992) 62–66

37 ראו: Shalom H. Schwartz "Cultural Value Differences: Some Implications for Work" 48  
*Appl'd Psychol. Int'l Rev.* (1999) 23; להחלת מסגרת תיאורטית זו לגבי משטר חברות ראו:  
Amir N. Licht "The Mother of All Path Dependencies: Toward a Cross-Cultural Theory  
of Corporate Governance Systems" 26 *Del. J. Corp. L.* (2001) 147

38 ראו: Shalom H. Schwartz "Mapping and Interpreting Cultural Differences around the  
World" in *Comparing Cultures: Dimensions of Culture in a Comparative Perspective*  
(Boston, Henk Vincken, Joseph Soeters & Peter Ester eds., 2004) 43

ושחיתות – אכן מעידים על יציבות ניכרת בעניין זה, לפחות בשלושים השנים האחרונות.<sup>39</sup> ממצאים אלה אינם מפריכים את הטענה שהציגה פרנקל, אך גם אינם תומכים בה. אף אם הדבר אינו ניתן להוכחה אמפירית, דומה שיש רגליים לסברה כי בחברה האמריקאית התגברה התמיכה באידיאולוגיות שמרניות במהלך העשורים האחרונים. הביטויים לכך רבים מספור. אם נחזור להקשר המשפטי מושא הדיון – את הדוברים הבולטים של הזרם המרכזי בגישה הכלכלית למשפט, ובפרט את אלה שפרנקל מצביעה עליהם, ניתן בהחלט לסווג כמייצגי הזרם השמרני של אסכולת שיקגו. והנה, בין המאפיינים המובהקים של האידיאולוגיה השמרנית מצוי גם היסוד של תמיכה באי־שיוויון חברתי.<sup>40</sup> הגישה השמרנית אכן מדגישה את החוזה כמסגרת להתייחסויות גומלין חברתיות, ונותנת הכשר לתוצאות הנובעות מהתייחסויות גומלין כאלה גם כאשר הן מובילות לאי־שיוויון בין בעל הכוח לבין הכפופים לו.<sup>41</sup> לפי הלך־המחשבה המסתמן, ניתן לראות בעליית קרנו של דין החוזה ובירידתו (הנטענת) של דין האמון משום השתקפות של תמורות חברתיות רחבות יותר. תמורות אלה מתאפיינות בהתגברות יחסית של השמרנות ובנסיגה מסוימת של הליברליזם בחברה האמריקאית. בעיני, פרופוזיציה זו מתארת בצורה טובה למדי את המגמות בדיני החברות בארצות־הברית, וזאת מבלי לגרוע מן ההשפעה של גישת הניתוח הכלכלי למשפט. מכל מקום, מדובר במסקנה התרשמותית בלבד, שאי־אפשר לקבוע מסמרות לגביה. לסיכום, אצביע על סוגיה חשובה שפרנקל אינה מתייחסת אליה, ואשר יש בה כדי להתוות כיוון למחקר נוסף. סוגיה זו נוגעת בסוד הצלחתה של הגישה הכלכלית למשפט ועלייתה למעמד כה דומיננטי בשיח המשפטי בארצות־הברית. שינוי זה מרתק שבעתים בזוכרנו כי אבני־היסוד של הניתוח הכלכלי הקלסי של המשפט עורערו כולן על־ידי הכלכלנים עצמם, החל במודל הבחירה הרציונלית וכלה באמונה האדוקה ביעילותם של שווקים. ייתכן שבכך מצוי הסבר חלקי לקשר בין הגישה הכלכלית לבין התמורות הנטענות במשפט, אך הדיון בסוגיה יידחה למועד אחר.<sup>42</sup>

39 Amir N. Licht, Chanan Goldschmidt & Shalom H. Schwartz "Culture Rules: The Foundations of the Rule of Law and Other Norms of Governance" (working paper, 2005) .available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=314559](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=314559) (8.5.2006)

40 John T. Jost, Jack Glaser, Arie W. Kruglansky & Frank J. Sulloway "Political Conservatism as Motivated Social Cognition" 129 *Psychol. Bull.* (2003) 339

41 Michael Bradley, Cindy A. Schipani, Anant K. Sundaram & James P. Walsh "The Purposes and Accountability of the Corporation in Contemporary Society: Corporate Governance at a Crossroads" 62 *Law & Contemp. Probs.* (1999) 9

42 ראו, למשל: Anita Bernstein "Whatever Happened to Law and Economics?" 64 *Md. L. Rev.* (2005) 303