

מאמרים

השגת הסכמות חברתיות על-ידי דחיית מועד ביצוען

מאת
עמרי ידלין ואריאל פורת *

תקציר

רפורמות חברתיות כרוכות פעמים רבות בהעברת עושר ממגזר אחד של האוכלוסייה למגזר אחר. אין פלא על-כן שהמגזר המתבקש לוותר על חלק מעושרו מתנגד לעיתים קרובות לרפורמה ומכשיל אותה.

מאמר זה מבקש להראות כי דרך טובה להשגת הסכמות חברתיות המיועדות להעברת עושר בין קבוצות שונות בחברה, או בין מדינות, היא דחיית המועד לביצוען. המאמר דן בשתי סיבות שבגינן דחיית הביצוע עשויה לאפשר השגת הסכמה שלא היתה מושגת בלעדי הדחייה.

סיבה אחת היא שהסכמה חברתית שביצועה נדחה יוצרת פוטנציאל לכך שיחידים הקבוצות המהוות צדדים להסכמה החברתית יחליפו צד לפני שיגיע מועד ביצועה. האפשרות להחלפת צד מקטינה את עלויות ההסכמה החברתית בעבור הקבוצה ה"עשירה", ועל-כן היא עשויה להיות כדאית לה.

סיבה אחרת לכך שדחיית ביצועה של הסכמה חברתית לחלוקת עושר עשויה להגדיל את התמיכה בה הינה שדחיית ביצוע גורמת לא-אחת להחצנת עלויות אל צדדים שלישיים, וכך מקטינה את עלויות ההסכמה לצדדים לה.

דחיית ביצוע של הסכמה חברתית, המאפשרת החלפת צדדים והחצנת עלויות, מוצדקת בראש ובראשונה בכך שהיא מגדילה את הסיכויים להשיג הסכמות חברתיות רצויות מבחינה חברתית שהיה קשה הרבה יותר להשיגן אילו היה ביצוען מיידי. ברם, קיימות גם הצדקות פנימיות ועצמאיות לדחיית ביצוע המאפשרת החלפת צדדים והחצנת עלויות. ראשית, יצירת האפשרות להחלפת צדדים על-ידי דחיית ביצוע מעמידה את היחידים המרכיבים את הצדדים להסכמה החברתית מעבר למסך בערות רולסיאני - או לפחות קרוב למצב זה - ומאפשרת להם להחליט אם ברצונם להצטרף להסכמה החברתית

* סגן דיקן ודיקן, בהתאמה, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. אנו מודים על שיחות והערות מועילות לדוד אנוך, דפנה ברק-ארוז, אורן גול, איל גרוס, אדריאן ורמיוול, דורון טייכמן, מאיר דן-כהן, עמוס ישראל, סול לבמור, נירה ליברמן, אריק פוזנר, צחי קרן-פז, ג'ניפר שקבטור, יורם שחר, חברי מערכת עיוני משפט, קרן איזאק, איסר בירגר, אורי פרוכטמן ואיילת עוז, ומשתתפי הסמינר המחלקתי בפקולטות למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ובאוניברסיטת ברא-אילן. עזרה מצוינת במחקר נתנה לנו ג'ניפר שקבטור.

כאשר האינטרסים האישיים או הקבוצתיים שלהם מוחלשים. שנית, אף-על-פי שהחצנות גורמות בדרך-כלל לאי-יעילות, החצנת עלויות של הסכמה חברתית אל הדורות הבאים או אל צדדים שלישיים אחרים הצפויים ליהנות מן ההסכמה החברתית עשויה לקדם יעילות ולתרום להגשמתו של צדק בינדורי, שעל-פיו כל אלה הזוכים בטובות-ההנאה שההסכמה החברתית יוצרת אף נושאים בעלויותיה.

המאמר אף מעלה את השאלה מדוע הסכמות חברתיות שביצוען נדחה הן כה נדירות. תשובה אפשרית שהמאמר מציע היא שהדחייה של ההסכמה החברתית נתפסת כבלתי-לגיטימית, משום שהיא מטילה על הדורות הבאים נטלים כבדים שבהם לא היה הדור שאימץ את ההסכמה מוכן לשאת. המאמר מציע דרכים להתגבר על בעיית הלגיטימיות, שאם יינקטו, יהפכו את הטכניקה של דחיית הביצוע לדרך אפקטיבית ומועילה להשגתן של הסכמות חברתיות.

מבוא

א. המצב הסימטרי

1. דחיית ביצוע – כללי
2. החצנת עלויות
3. החלפת צדדים

ב. המצב הלא-סימטרי

1. דחיית ביצוע – כללי
2. החצנת עלויות
3. החלפת צדדים

ג. הצדקות נורמטיביות לדחיית ביצוע

1. השגת חלוקה מחדש רצויה של עושר
 2. קבלת החלטות חברתיות מעבר ל"מסך הבערות"
 3. חלוקת נטל ההסכמה בין נהנים רבים
 4. הפן האנטי-דמוקרטי של דחיית ביצוע
- ד. סיכום ומסקנות

מבוא

הסכמות חברתיות¹ המעבירות עושר מקבוצה חברתית אחת לקבוצה חברתית אחרת קשות לעיתים להשגה, מכיוון שהקבוצה "הענייה" אינה מסוגלת לפצות את הקבוצה "העשירה" באופן שישכנע את זו האחרונה להסכים לחלוקה מחדש של העושר. טענתנו

1 הביטוי "הסכמות חברתיות" כולל במאמר זה הסכמות בין קבוצות שונות בתוך המדינה וכן הסכמות בין מדינות שונות.

היא שלמרות זאת, ייתכן שתושג ההסכמה החברתית אם הצדדים ידחו את מועד ביצועה לפרק-זמן.

מאמר זה דן בשתי סיבות, שלא זכו עד כה בתשומת-לב בספרות המשפטית, אשר בגינן דחיית ביצועה של הסכמה חברתית לחלוקה מחדש של עושר עשויה לשכנע את הקבוצות החברתיות להצטרף אליה.²

סיבה אחת היא שהסכמה חברתית שביצועה נדחה יוצרת פוטנציאל לכך שיחיד הקבוצות המהוות צדדים להסכמה החברתית יחליפו צד לפני שיגיע מועד ביצועה. האפשרות להחלפת צד מקטינה את עלויות ההסכמה החברתית בעבור הקבוצה ה"עשירה", ועל-כן היא עשויה להיות כדאית לה. כך, למשל, דרך לצמצום בעיית האבטלה היא שיוגבל מספר שעות העבודה בשבוע, דבר שיאפשר למובטלים רבים להיכנס למעגל העבודה. נניח שהסדר זה יתאפשר רק אם תושג הסכמה חברתית בין העובדים לבין המובטלים. ברם, אף אם פתרון זה ראוי מבחינה חברתית, יש להניח שייתקל בהתנגדות עזה של רבים מן העובדים שלא יאותו לוותר על שעות עבודה ועל השכר שמשולם בגינן. לעומת זאת, אם יידחה מועד ביצועה של ההסכמה החברתית על הגבלת שעות העבודה בעשר שנים, העובדים עשויים להסיר את התנגדותם ולהצטרף להסכמה החברתית. כך אולי יעשו אם יבינו כי במהלך עשר השנים הבאות הם עלולים "להחליף צד" וליהפך למובטלים. אם אכן ייהפכו למובטלים, הם ייהנו מן ההסכמה החברתית וייהפכו מ"נותנים" ל"מקבלים". אפשרות זו של החלפת צד, אף אם סיכויי התממשותה אינם גבוהים במיוחד, תקטין את עלות ההסכמה החברתית בעבור העובדים כפרטים, ועל-כן אף בעבור העובדים כקבוצה, והם ייטו להסכים להגבלת שעות העבודה ביתר קלות - או תמורת פיצוי קטן יותר - מאשר אם יהיה ביצוע ההסכמה מיידי. מובן שעל-מנת שההסכמה החברתית הנדחית תהיה אופציה אטרקטיבית בעבור הצדדים - בעיקר בעבור הקבוצה ה"ענייה" -

2 סיבות שונות עשויות לגרום לדחיית ביצועה של הסכמה חברתית. לעיתים אין אפשרות פיזית לבצע דבר-מה בהווה, או שהביצוע קשה מסיבות אובייקטיביות. במקרים אחרים, דחיית חלקים מן הביצוע לעתיד הופכת את הביצוע להדרגתי. ביצוע הדרגתי מאפשר לצדדים לבחון את משמעויותיה של ההסכמה שהשיגו ולדעת כיצד לכלכל את המשך צעדיהם. לעיתים, ביצוע הדרגתי בונה יחסי אמון בין הצדדים או מאפשר להם להתאים את עצמם לשינוי אשר ההסכמה החברתית ביקשה להביא. במקרים אחרים דחיית ביצוע נתפסת כוולה יותר לצדדים מביצוע מיידי מעצם היותו של הביצוע העתידי, מעצם הגדרתו, בלתי-ודאי, ומכל מקום ככזה הכורך עלויות שיוצאו רק בעוד זמן. בסיבות אלה לא נעסוק במאמר זה. כולן סיבות מוכרות וידועות, ואין בהצגתן כל חדש. הן אינן מיוחדות להסכמות חברתיות, ומוכרות היטב אף בתחום ההסכמות החוזיות שבין פרטים. קיימת ספרות בתחום הפסיכולוגיה העוסקת בהשפעתה של דחייה בזמן על תפישותיהם של הצדדים את הסיכונים והסיכויים שהם עומדים לפניהם. נושא זה אף הוא מחוץ לתחומו של מאמר זה. ראו, למשל: G. Loewenstein "Anticipation and Valuation of Delayed Consumption" 97 *The Economic J.* (1987) 666; Y. Trope & N. Liberman "Temporal Construal" 110 *Psychological Review* (2003) 403

יש לחסן אותה מפני שינוי עתידי על-ידי הרוב כאשר יגיע מועד ביצועה. דרך אפשרית לעשות זאת היא לעגן את ההסכמה חברתית בחוקה או בחוק-יסוד, ולהתנות כל שינוי בה בקיומו של רוב מיוחד התומך בשינוי.

סיבה אחרת לכך שדחיית ביצועה של הסכמה חברתית לחלוקת עושר עשויה להגדיל את כדאיות ההצטרפות אליה הינה שדחיית ביצוע גורמת לא-אחת להחצנת עלויות אל צדדים שלישיים, וכך מקטינה את עלויות ההסכמה לצדדים לה. כך, למשל, אם תחתום ישראל על הסכם שלום עם הרשות הפלשתינית ובו תוכר זכות שיבה מוגבלת לפלשתינים, אך תחילת מימושה יידחה בחמש-עשרה שנים, יוחצנו חלק מעלויותיה של ההסכמה אל צדדים שלישיים. צדדים שלישיים אלה הם הדורות הבאים של ישראלים וכן בני-אדם שיעלו לישראל במהלך השנים הבאות. החצנת העלויות תקטין את עלויות ההסכמה שבהן יישא הדור הנוכחי של הישראלים, ועל-כן תמתן את התנגדותם לחתימה על הסכם השלום עם הרשות הפלשתינית. ייתכן על-כן שאף-על-פי שישראל תסרב לחתום על הסכם שלום המקנה לפלשתינים זכות שיבה מוגבלת אך מיידית, היא תיאות לחתום על הסכם שלום שבו יידחה מימושה של זכות השיבה בחמש-עשרה שנים. אף כאן, בדומה לדוגמת האבטלה, תנאי לכך שדחיית הביצוע תהווה טכניקה אפקטיבית להשגת הסכמות חברתיות הינו שהדור הנוכחי יוכל לכבול את הדור הבא בהסכמה חברתית שאליה הגיע. הסכם שלום מחייב, עם ערובות מתאימות לקיומו, עשוי לשמש מנגנון כבילה הולם. דחיית ביצוע של הסכמה חברתית המאפשרת החלפת צדדים והחצנת עלויות מוצדקת בראש ובראשונה בכך שהיא מגדילה את הסיכויים להשיג הסכמות חברתיות רצויות מבחינה חברתית שהיה קשה הרבה יותר להשיגן אילו היה ביצוען מיידית. ברם, יצירת האפשרויות להחלפת צדדים ולהחצנת עלויות ניתנת אף להצדקות פנימיות ועצמאיות. ראשית, יצירת האפשרות להחלפת צדדים על-ידי דחיית ביצוע מעמידה את היחידים המרכיבים את הצדדים להסכמה חברתית מעבר למסך בערות רולסיאני – או לפחות קרוב למצב זה – ומאפשרת להם להחליט אם ברצונם להצטרף להסכמה חברתית כאשר האינטרסים האישיים או הקבוצתיים שלהם מוחלשים. שנית, אף-על-פי שהחצנת גורמות בדרך-כלל לאי-יעילות, החצנת עלויות של הסכמה חברתית אל הדורות הבאים או אל צדדים שלישיים אחרים הצפויים ליהנות מן ההסכמה חברתית עשויה לקדם יעילות ולתרום להגשמתו של צדק בינדורי, שעל-פיו כל אלה הזוכים בטובות-ההנאה שההסכמה החברתית יוצרת אף נושאים בעלויותיה.

שאלה מתבקשת היא מדוע הסכמות חברתיות שביצוען נדחה הן כה נדירות. נראה שהסיבה העיקרית לכך היא שהסכמות חברתיות הכובלות את הדורות הבאים עלולות להיתפס כבלתי-לגיטימיות בעיני הדורות הבאים, ועל-כן הם יעשו כל שלאל ידם על-מנת להשתחרר מהן. עקב כך הדורות הנוכחיים מטילים ספק באפקטיביות של מנגנוני הכבילה המיועדים לשריין את ההסכמות הנדחות מפני שינויים עתידיים. ברם, כפי שנראה, אם צדדים להסכמות חברתיות נדחות יגבילו את השימוש בטכניקה של דחיית הביצוע בהגבלות מסוימות, שאתן אנו מציעים, תתחזק הלגיטימיות של טכניקה זו, וממילא אף תגדל בעיניהם של המתקשרים-בכוח האטרקטיביות של הסכמות חברתיות שביצוען נדחה. הטכניקה של דחיית הביצוע תיעשה כך לנדירה פחות, ויהיה ניתן לעשות בה שימוש מועיל לעיתים קרובות.

הפרק הראשון של המאמר עוסק במצב שבו התצנת עלויות והחלפת צדדים על-ידי דחיית ביצועה של ההסכמה החברתית מקטינות במידה שווה את התמורה שהצד האחד נותן ושהצד האחר מקבל (להלן: המצב הסימטרי). הפרק השני עוסק במצב שבו התצנת העלויות והחלפת הצדדים על-ידי דחיית הביצוע פועלות על הצדדים באופן שונה (להלן: המצב הלא-סימטרי). מטרתם של פרקים אלה היא להצביע על מקרים טיפוסיים שניתן לעשות בהם שימוש בטכניקה של דחיית הביצוע על-מנת להגיע להסכמות חברתיות. הפרק השלישי עוסק בשאלה הנורמטיבית, והוא מבסס את הטעון שדחיית הביצוע במקרים הנידונים במאמר מניבה תוצאות רצויות מנקודת-מבט חברתית. סיכום ומסקנות חותמים את המאמר.

א. המצב הסימטרי

1. דחיית ביצוע – כללי

טול דוגמה של אדם החפץ למכור בית בן ארבע דירות ושל קונה אשר ידו משגת לרכוש רק דירה אחת. אם יתעקש המוכר על מכירת הבית כולו, כמקשה אחת, ייתכן שלא תתבצע כל עסקה בין המוכר לבין הקונה. לעומת זאת, אם ייאזר המוכר למכור לקונה דירה אחת בלבד, העסקה עשויה לצאת אל הפועל. נכונותו של המוכר למכור פחות מן השלם בעבור תמורה פחותה, ונכונותו של הקונה להסתפק בפחות מן השלם במחיר נמוך יותר, הן שעשויות לאפשר ביצועה של עסקה שלא היתה מתבצעת בדרך אחרת.

נשנה עתה את הדוגמה ונניח כי למוכר דירה אחת בלבד, אך ידו של הקונה אינה משגת לשלם את המחיר שהמוכר דורש. עוד נניח שאין אפשרות ממשית למכור חלקי דירה. האם ייתכן שהעסקה תצא אל הפועל למרות זאת? בדומה לדוגמה הראשונה, הקטנת התמורה שיעביר המוכר לקונה והקטנת המחיר שישלם הקונה למוכר עקב כך עשויות לאפשר ביצועה של עסקה אף בדוגמה השנייה. דרך אפשרית להקטנת התמורה שיעביר המוכר היא לדחות את מועד העברת הדירה, בחמש שנים למשל. דחייה זו משמעה שהמוכר נותן פחות, ועל-כן יידרש הקונה לשלם פחות. ייתכן שפתרון זה יתאים לשני הצדדים, ועל-כן תתבצע עסקה ביניהם. דחיית הביצוע עשויה אם-כן להוות טכניקה אפשרית להקטנת התמורה שהצד האחד נותן לצד האחר, וממילא להקטנת התמורה הנגדית שהצד האחר נדרש לשלם.

הפתרון של דחיית ביצוע בדוגמת הדירה אינו הפתרון היחיד האפשרי. במדינות מפותחות, ששוק אשראי יעיל פועל בהן, יוכלו הצדדים לגשר על הפערים שביניהם באמצעות שוק האשראי: הקונה ייטול הלוואה בשוק, ירכוש את הדירה באופן מיידי ויממן את החזרת ההלוואה מדמי השכירות שיקבל במשך חמש השנים הראשונות בגין השכרת הדירה. אולם בדרך-כלל, שוק אשראי אינו יכול לשמש קבוצות פוליטיות וחברתיות לשם גישור על הפערים שביניהן. על-כן, ככל שמדובר בהסכמות חברתיות, דחיית הביצוע עשויה להוות דרך-המלך לשם השגתן.

הדוגמה הבאה ממחישה שימוש בטכניקה של דחיית הביצוע לשם הקטנת התמורה שצד אחד נותן לצד האחר באופן שיאפשר את השגתה של ההסכמה החברתית. דוגמת הסכם השלום בין ישראל לבין מצרים.³ ישראל ומצרים מנסות להגיע להסכם שלום. לשני הצדדים ברור כי חלק הכרחי בהסכם השלום הינו החזרת כל שטחי חצי-האי סיני למצרים. ישראל מוכנה להחזיר את כל השטחים, אך דורשת בתמורה יחסים נורמליים ותקינים, החלפת שגרירים, גבולות פתוחים, קשרי מסחר ותיירות ועוד (להלן: שלום חם). תמורה זו גבוהה מאוד מבחינתה של מצרים: אם תיתן אותה לישראל מיידית, היא עלולה לשלם מחיר כבד בזירה הבינלאומית ביחסיה עם מדינות ערב האחרות, כמו גם בזירה הפנים-מצרית. אם-כן, מצרים אינה מוכנה לתת את מלוא התמורה הנדרשת על-מנת לשכנע את ישראל להחזיר לה מיידית את כל שטחי חצי-האי סיני.

כיצד ניתן לגשר על הפער בין הצדדים? דרך אפשרית אחת היא שישראל תסכים להסתפק בפחות משלום חם, ומצרים תסכים להסתפק בפחות ממלוא חצי-האי סיני. אך כאמור, הנחת-המוצא בדוגמה הנידונה היא שמצרים אינה יכולה להסתפק בפחות מהחזרתם של כל שטחי חצי-האי סיני. הדרך המעשית שבה ניתן להפחית את המחיר שישראל משלמת מבלי לחלק את חצי-האי סיני עשויה להיות דחיית המועד שבו תעביר ישראל את חצי-האי לידי מצרים בחמש שנים. הנחתנו היא שדחייה בחמש שנים מקטינה את התמורה שישראל נותנת, ובאופן סימטרי היא מקטינה את התמורה שמצרים מקבלת.⁴ הקטנת התמורה שישראל נותנת ומצרים מקבלת תשכנע את ישראל להסתפק בקבלת תמורה קטנה יותר מזו שהיתה דורשת לו היתה מחזירה את כל השטחים מיידית. כך, ישראל עשויה להסתפק בטווח המידי בשלום קר, ובסך-הכל היא תציב פחות תנאים לחתימת ההסכם עם מצרים.

כך או אחרת, אם אחד הצדדים (או שניהם) אינו מוכן להיכנס לעסקה על מלוא התמורה, דחיית הביצוע עשויה לשמש טכניקה להקטנת התמורה שהצד המבצע נותן, ויש בה כדי לאפשר לצדדים להגיע להסכמה שלא היתה מושגת בלעדי הדחייה. בהמשך הפרק נראה כיצד דחיית ביצוע היוצרת החצנות והחלפת צדדים מהווה טכניקה אפקטיבית במיוחד להקטנת התמורה שהצד האחד נותן והצד האחר מקבל ולהשגת הסכמות חברתיות שלא היו מושגות בלעדיה.

3 הדוגמה מותאמת לצורכי המחשת הטיעון שלנו ואינה מתיימרת להיות מדויקת מבחינה היסטורית.

4 הנחתנו היא שהדחייה פועלת במידה שווה על שני הצדדים, קרי: שהתועלת שתפיק ישראל מהחזקת השטחים בחמש השנים הבאות שווה פחות או יותר לתועלת שהיתה מצרים מפיקה מהחזקת השטחים באותן חמש שנים. אלמלא היתה הדחייה פועלת באופן שווה על שני הצדדים, כך שמחיר אי-הדחייה לישראל היה גבוה יותר ממחיר הדחייה למצרים, היתה סיבה נוספת לדחייה, שתידון בפרק הבא.

2. החצנת עלויות

חוזים שבהם אחד הצדדים או שניהם מחצינים חלק מעלויות החוזה אל צדדים שלישיים עלולים להיות חוזים לא-יעילים. השכרת דירה על-ידי ראובן לשמעון, המתכוון להשתמש בה באופן שיגרום נזקים בלתי-מפוצים לצדדים שלישיים, עלולה להיות לא-יעילה מבחינה חברתית. אומנם, השכרה זו עשויה להיות כדאית מנקודת-מבטם הפרטית של ראובן ושמעון, אך היא עלולה להיות מזיקה מנקודת-מבט חברתית. כך, כאשר התועלת שראובן ושמעון מפיקים מן העסקה קטנה מן הנזק שנגרם לצדדים השלישיים. מכאן עולה המסקנה שהחצנה של עלויות החוזה או חלקן אל צדדים שלישיים מגדילה את כדאיות החוזה לצדדים לו, ועל-כן אף מגדילה את הסיכוי שחוזה אכן ייכרת.

המשפט הפרטי מתמודד עם בעיית ההחצנות בדרכים שונות. חוזים המחצינים עלויות אל צדדים שלישיים אינם תקפים לעיתים קרובות או אינם אכיפים.⁵ במקרים מסוימים, הצדדים השלישיים שהעלויות מוחצנות אליהם זכאים לתבוע פיצויים מן הצדדים לחוזה על-פי דיני הנזיקין. כך, אם בדוגמה של השכרת הדירה יהיה שמעון אחראי בנוזיקין כלפי הצדדים השלישיים בגין כל נזיקיהם, תיפתר בעיית ההחצנות, ועמה אי-היעילות הנגרמת עקב כך. שמעון לא יתקשר עם ראובן בחוזה אלא אם התועלת שלו מן השימוש בנכס עולה על המחיר שהוא משלם בגין שכירתו ובגין הנזקים שהוא גורם תוך כדי השימוש בו לצדדים שלישיים. במקרים קיצוניים, אף המשפט הפלילי פועל נגד החצנות בהטילו סנקציות על הצדדים. סנקציות אלה מרתיעות אותם מיצירת החצנות מלכתחילה.

הסכמות חברתיות עלולות אף הן ליצור החצנות אל צדדים שלישיים. דרך בדוקה ליצירת החצנות היא דחיית ביצועה של ההסכמה החברתית. ניתן אומנם ליצור החצנות אף כאשר ביצועה של ההסכמה החברתית הינו מיידית. אלא שאם הביצוע הינו מיידית, קיים סיכוי גבוה שהצדדים השלישיים הצפויים לשאת בהחצנות יתנגדו לכך ויבקשו לסכל את השגת ההסכמה החברתית. דחיית ביצוע, לעומת זאת, יוצרת בדרך-כלל החצנות אל הדורות הבאים, שאינם יכולים לסכל את ההסכמה. בהמשך המאמר נטען כי במקרים רבים קיימים צידוקים נורמטיביים ליצירת החצנות על-ידי דחיית ביצוע של הסכמה חברתית, וכי ההתנגדויות המובנות מאליהן להחצנות בחוזים שבין פרטים אינן תקפות במקרים אלה.

בפרק זה נדגים כיצד החצנות הנגרמות על-ידי דחיית ביצוע עשויות להקטין את התמורה באופן סימטרי, וכך להגדיל את הסיכוי להשיג הסכמה חברתית. בפרק הבא נדגים את השפעתן הלא-סימטרית של ההחצנות. בעוד ההשפעה הלא-סימטרית על

5 אי-תקפותם תנבע מסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 694, 118. אי-היותם ניתנים לאכיפה ינבע מסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 610, 16, העשוי למנוע אכיפת חוזה כאשר אכיפה זו הינה בלתי-צודקת כלפי צדדים שלישיים. ראו ע"א 3833/93 לוינ' נ' לוינ', פ"ד מח(2) 862, 877-879; א' פורת "השלכות אכיפת חוזה על צדדים שלישיים כנימוק לאי-אכיפתו משיקולי צדק" ספר לובנברג (ד' פרידמן וי' שילה עורכים, תשמ"ח) 138.

התמורה עשויה להצדיק דחיית ביצוע הן בתחום ההסכמות בין פרטים והן בתחום ההסכמות החברתיות, ההשפעה הסימטרית על התמורה תצדיק בדרך-כלל דחיית ביצוע בתחום ההסכמות החברתיות בלבד.⁶

טול את הדוגמה הבאה:

דוגמת איסור הסחר בעבדים. בשנת 1787 הסכימו המדינות המרכיבות את ארצות-הברית על תוכן החוקה האמריקאית, שבה נקבע, בין היתר, שעד שנת 1808 לא יאסור הקונגרס הפדרלי סחר בעבדים.⁷ פשרה זו בין מדינות הצפון לבין מדינות הדרום היתה הכרחית לשם גיבוש ההסכמה ביניהן, שהיתה חיונית למניעת פירוקן של האיחוד.⁸ לפשרה זו שני פנים: מצד אחד, מדינות הצפון מתחייבות לא לשנות את הסטטוס-קוו במשך עשרים שנה. מצד אחר, מדינות הדרום מסכימות שבעוד עשרים שנה יהיה הקונגרס הפדרלי מוסמך לאסור סחר בעבדים.

דרך אפשרית⁹ להסביר דחייה כזו בהקניית הסמכות לקונגרס היא זו המוצעת במאמר זה: הפסקה מיידית של הסחר בעבדים היתה גובה מחיר כבד מדי מן התושבים הלבנים של מדינות הדרום באותה עת, מחיר שהם לא היו מוכנים לשאת בו בעבור טובות-ההנאה

6 זאת מכיוון שאם צדדים פרטיים רוצים להקטין את התמורה באופן סימטרי, לא תהא להם בדרך-כלל סיבה מיוחדת לעשות כך דווקא בדרך של דחיית ביצוע. לעומת זאת, אם דחיית הביצוע מקטינה תמורה אחת אך מגדילה את התמורה הנגדית בשיעור גבוה מזה שבו הוקטנה התמורה הראשונה (דהיינו השפעה לא-סימטרית על התמורה), תוצדק דחיית ביצוע ללא תלות בשאלה אם מדובר בהסכמה חברתית או בהסכמה בין פרטים.

7 ראו: U.S. Const. Art. 1, §9, הקובע כדלקמן: "The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight, but a Tax or duty may be imposed on such Importation, not exceeding ten dollars for each Person"

8 ראו: H. Thomas *The Slave Trade – The Story of the Atlantic Slave Trade: 1440-1870* (New York, 1997) 500

9 קיימים הסברים חלופיים לדחיית המועד שבו יהיה הקונגרס מוסמך לאסור סחר בעבדים. ראו למשל: R.E. Barnett "The Original Meaning of the Commerce Clause" 68 *U. Ch. L. Rev.* (2001) 101; P. Finkelman "The Founders and Slavery: Little Ventured, Little Gained" 13 *Yale J. L. & Human.* (2001) 413; J. Oakes "Bondage, Freedom & the Constitution: The New Slavery Scholarship and Its Impact on Law and Legal Historiography" 17 *Cardozo L. Rev.* (1996) 2023; T. Tetlow "The Founders and Slavery: A Crisis of Conscience" 3 *Loy. J. Pub. Int. L.* (2001) 1. איננו טוענים שההסבר שאנו דנים בו הוא ההסבר הנכון היסטורית, ואף אין לנו הידע הנדרש לשם כך. אנחנו משתמשים בדוגמה של איסור הסחר בעבדים לשם המחשת הטעון שלנו, ומראים כיצד הוא עשוי, תיאורית, לספק הסבר אפשרי לדוגמה.

הנובעות להם מן האיחוד. מדינות הצפון היו מוכנות להסתפק בקבלת תמורה קטנה יותר. דרך אחת להקטנת התמורה שיינתנו מדינות הדרום היא על-ידי דחיית הביצוע בעשרים שנה.¹⁰ דחייה זו מקנה לתושביהן הלבנים של מדינות הדרום באותה עת עשרים שנה נוספות של "הנאה" מסחר בעבדים. במקביל, הדחייה מקטינה את טובת ההנאה שמדינות הצפון מפיקות מאיסור הסחר בעבדים, מכיוון שעקב הדחייה הן ייהנו מאיסור הסחר בעבדים עשרים שנה פחות.¹¹

הדחייה בהקניית הסמכות לקונגרס לאסור על הסחר בעבדים מחצינה עלויות אל צדדים שלישיים. הנושאים העיקריים בעלויות הדחייה הם העבדים, אשר עקב הדחייה ניתן לסחור בהם עוד עשרים שנה לפחות. נוסף על כך, גם התושבים הלבנים העתידיים של מדינות הדרום נושאים בעלויות הדחייה. הם לא נהנו אומנם מן הסחר בעבדים בעת אימוץ החוקה, אך היו צפויים ליהנות ממנו בעתיד. תושבים עתידיים אלה אינם זהים לתושבי מדינות הדרום באותה עת: חלקם יהיו הצאצאים של אותם תושבים קיימים וחלקם יהיו מהגרים שיהגרו למדינות הדרום במהלך השנים הבאות. יכולתן של מדינות הדרום ומדינות הצפון לאמץ את החוקה מבלי שיהיה צורך לקבל את הסכמתם של אלה שעלויות הדחייה הוחצנו אליהם היא שאפשרה השגת הסכמה באשר לאיסור הסחר בעבדים.

הדוגמה של איסור הסחר בעבדים מעוררת בעיה מיוחדת הנוגעת במהות ההחצנה שדחיית הביצוע יוצרת במקרה זה. לכאורה, כפי שאמרנו, הדחייה בעשרים שנה החצינה עלויות אל העבדים של הדור הקיים ואל הדור הבא של תושביהן הלבנים של מדינות הדרום. באשר לעבדים, אין כל קושי להגדיר את הנזק שגרמה להם הדחייה. באשר לדור הבא של התושבים הלבנים, לעומת זאת, אין הדברים כה ברורים: כך או אחרת, בין שהיה הביצוע מייד ובין שהוא נדחה בעשרים שנה, הם היו כפופים לאחר חתימת ההסכם לסמכות הקונגרס לאסור על הסחר בעבדים. לכן – כך ניתן לטעון – לא שינתה הדחייה לרעה את מצבו של הדור הבא של תושביהן הלבנים של מדינות הדרום, וממילא לא החצינה אליהם דבר.

בעיה מיוחדת זו מחייבת הבחנה בין הסכמה חברתית המתייחסת להעברה של תמורה סופית – בין בסכום נקוב ובין על פני תקופת זמן מוגדרת – לבין הסכמה המתייחסת להעברה של תמורה לא סופית. בשני סוגי המקרים, דחיית הביצוע משפרת את מצבם של

10 אין בכוונתנו לטעון כי בדוגמה של איסור הסחר בעבדים היתה דחיית הביצוע הדרך היחידה להגיע להסכמה. ייתכן שהיה ניתן להגיע לפשרה אחרת. למשל, היה ניתן להסכים על הגבלה מיידית של הסחר בעבדים מבלי לבטלו כליל. למעשה, מדינות הצפון ומדינות הדרום הסכימו גם על הטלת מס על סחר זה – הסכמה שנכנסה לתוקף מייד – מה שתרם, כך יש להניח, להקטנה מיידית בהיקפו. עם זאת, מדינות הצפון הפצו להקנות לממשל הפדרלי את הכוח לאסור כליל סחר בעבדים, ונראה שהסכמה על הסמכה כוללת כזו היתה ניתנת להשגה רק בדרך של דחיית ביצוע.

11 יש מקום לטעון שהקטנת התמורה לא היתה סימטרית: תושבי מדינות הצפון הפיקו טובת-הנאה מעצם ההישג המדיני והאידיאולוגי, וייתכן שלדידם לא היתה הדחייה משמעותית כפי שהיתה אי-דחייה מבהינתם של תושבי מדינות הדרום.

בני הדור הקיים, שאמורים לשאת בעלותה של ההסכמה, ופוגעת בבני הדור הקיים, שאמורים ליהנות ממנה. אך במקרה הראשון הדחייה מטילה עלות על הדור הבא שהיתה נחסכת ממנו אילו היה הביצוע מייד, ואילו במקרה השני יספוג הדור הבא את העלות בין שהביצוע יהיה מייד ובין שיידחה. כך, למשל, הסכמה על הסמכת הקונגרס לאסור סחר בעבדים תחולתה עד עולמי-עד, ועל-כן התמורה המועברת על-פיה ממדינות הדרום למדינות הצפון אינה סופית לכאורה. לכן, בין שהיתה החוקה מקנה סמכות מיידית לקונגרס לאסור על הסחר בעבדים ובין שהיתה דוחה את הקניית הסמכות, היה הדור הבא של תושביהן הלבנים של מדינות הדרום משלם אותו מחיר. דחייה כזו גרמה אומנם לכך שהעבדים ישלמו מחיר, וכך אף מדינות הצפון שהיו מעוניינות באיסור מייד של הסחר בעבדים, אך לכאורה לא היו לה השלכות בינדוריות. לעומת זאת, אילו היתה החוקה, למשל, מחייבת את בעליהם של העבדים ליתן להם פיצויים חד-פעמיים, היתה לעיתוי הביצוע השלכה בינדורית. ביצוע מייד היה מטיל עלות אך ורק על הדור של בעלי העבדים שהחוקה אומצה בזמנו, ומשפר אך ורק את מצבם של העבדים שהחוקה אומצה בזמנם, ואילו דחיית הביצוע בעשרים שנה היתה מטילה עלות אך ורק על בעלי העבדים של הדור הבא ומשפרת אך ורק את מצבם של העבדים של הדור הבא.¹²

לנו נראה כי בסופו של דבר, הדוגמה של איסור הסחר בעבדים עניינה בהעברת תמורה שהתבצעה בפרק-זמן סופי, ועל-כן היא מתייחסת להעברת תמורה סופית. זאת מכיוון שבמקרה מעין זה יש להניח שאת המחיר העיקרי של איסור הסחר בעבדים שילמו בני הדור שבזמנו התבצעה ההסכמה החברתית ונאסר הסחר בעבדים.¹³ הדורות שבאו לאחר-מכן "הסתגלו" למצב החדש, וקשה לראות בהם באופן אמיתי כמי ששילמו מחיר על איסור הסחר בעבדים.¹⁴ מכאן שהדוגמה של איסור הסחר בעבדים עוסקת במצב שבו דחיית ביצועה של ההסכמה החברתית אכן החצינה עלויות אל הדורות הבאים, דהיינו, הדורות הבאים של תושביהן הלבנים של מדינות הדרום.

12 חשוב להדגיש כי הבחנה זו אינה מדויקת תמיד. למשל, חלק מבעלי העבדים בדור הקיים יהיו גם בעלי עבדים בדור הבא. נוסף על כך, חלק מבעלי העבדים בדור הקיים יבקשו למכור את עבדיהם (או את צאצאי עבדיהם) בעתיד, ומחירם של עבדים אלה יושפע מן העובדה שהרוכש יהא כפוף לחובה לשלם לעבדים אלה פיצוי. מכאן ברור שחלק מן הפיצוי ישולם גם על-ידי בעלי העבדים של הדור הקיים. עם זאת ברור שאילו היה ביצוע החוק מייד, היו נושאים בעלותו אך ורק הבעלים הקיימים.

13 בדומה לאמור בהערת-השוליים הקודמת, גם הדור שהחוקה אומצה בזמנו משלם מחיר, משום שערך העבדים שבבעלותו נפגע כתוצאה מן המגבלה העתידית על הסחר בעבדים. עם זאת, דור זה של בעלי עבדים יכול עדיין לקנות עבדים וליהנות משירותיהם, ועל-כן הפגיעה בו פחותה בהרבה מזו שנגרמת לדור הבא.

14 לנוכח "אפקט ההקניה" ניתן לטעון שאדם שה"נכס" (העבד במקרה זה) נלקח ממנו נושא בעלות כבדה יותר מאדם שנמנעה ממנו מראש האפשרות להיות הבעלים של נכס כלשהו. לדיון באפקט ההקניה ראו להלן טקסט להערה 30.

3. החלפת צדדים

הסכמות חברתיות מתאפיינות לעיתים קרובות בכך שהנושאים בעלויות ההסכמה, או ה"נותנים", עשויים ליהפך עם חלוף הזמן לנהנים מן ההסכמה החברתית, או ל"מקבלים". בדומה לכך, ה"מקבלים" עשויים ליהפך ל"נותנים". תופעה זו של החלפת צדדים אופיינית בעיקר להסכמות חברתיות, והיא נדירה בתחום ההסכמות שבין פרטים.¹⁵ בנסיבות שהחלפת צדדים בעתיד אפשרית בהן, דחייה של הסכמה חברתית מטשטשת את קורהגבול שבין הנותנים לבין המקבלים: הנותנים של היום עשויים להיות בסופו של דבר המקבלים של מחר. עקב כך תגבר נטייתם של הנותנים להסכים, שכן הסיכוי להחליף צד עקב דחיית הביצוע מקטין את התמורה הנדרשת מהם. במצב הסימטרי, דחיית הביצוע והגדלת הסיכויים להחלפת צדדים עקב כך מקטינות את התמורה הניתנת ואת התמורה המתקבלת באותה מידה. במצב זה הצדדים עשויים להעדיף דחיית ביצוע אם המקבלים של היום אינם יכולים להציע לנותנים של היום תמורה הולמת לביצוע מייד.

דוגמת האבטלה. נניח שניתן לצמצם את שיעור האבטלה באמצעות חוק שיכפה צמצום בשעות העבודה המותרות, כך שעובדים שיש להם מקומות עבודה (להלן: העובדים) יעבדו פחות, וכאלה שאין להם מקומות עבודה (להלן: המובטלים) ייכנסו למעגל העבודה. למשל, ניתן לקבוע בחוק שאין לעבוד יותר מארבעה ימים בשבוע וכדומה (להלן: הפתרון הצרפתי¹⁶). אם כך ייעשה, ישופר מצבם של המובטלים, אך יורע מצבם של העובדים. נניח שלשם חקיקה כזו, ברוח הפתרון הצרפתי, יש להגיע להסכמה חברתית בין העובדים לבין המובטלים. בלעדי הסכמה כזו לא תתאפשר חקיקה. עוד נניח כי העובדים דורשים מחיר גבוה בעד ויתור כזה, ואילו בידי המובטלים אין די משאבים לשלם את המחיר. כל שהם יכולים לתת לעובדים הוא "שקט תעשייתי", ותמורה זו אינה מספקת את ציבור העובדים. האם ניתן לגשר על הפער בין הצדדים? האם ניתן להגיע להסכמה חברתית שתאפשר חקיקה?

15 בתחום ההסכמות שבין פרטים, מצב שבו יחיד הצד האחד לחוזה נהפכים ליחיד הצד האחר לחוזה נדיר למדי. עם זאת, חוזים תאגידיים מעוצבים פעמים רבות באופן שמגדיל את ההסתברות להחלפת צדדים כזו. כך, למשל, לעיתים קרובות החברה מעניקה לעובדיה ולנושיה אופציות על מניותיה באופן שיוצר להם סיכוי ליהפך בעתיד לבעלי מניות.

16 הממשלה הסוציאליסטית בצרפת, שזכתה בבחירות של שנת 1997, שמה לה למטרה את צמצום שיעורה הגבוה של האבטלה באמצעות הגבלת שעות העבודה השבועיות לשלושים וחמש שעות. (קודם לכן עמדה מכסת שעות העבודה השבועית על שלושים ותשע שעות.) הממשלה העבירה שני חוקים (חוקי Aubry) – Law No. 98-461 of June 13, 1998 – ו- Law No. 2000-37 of January 19, 2000 – שקבעו כי החל ב-1.1.2000 יצומצמו שעות העבודה לשלושים וחמש שעות במקומות עבודה המעסיקים יותר מעשרים עובדים, והחל ב-1.1.2002 יחול כלל זה אף במקומות עבודה המעסיקים פחות מעשרים עובדים.

נניח שיוצע לעובדים ולמובטלים להגיע להסכמה חברתית ברוח הפתרון הצרפתי, אלא שביצוע החוק שיאמץ הסכמה זו יידחה בחמש-עשרה שנים. יש להניח שהעובדים יראו בכך פתרון "זול" יותר מבחינתם מאשר הפתרון החלופי, שלפיו יהיה ביצוע החוק מיידי. סיבה אחת לכך היא שהחוק יפגע בעובדים תקופה קצרה יותר מאשר חוק שביצעו מיידי: העובדים יוכלו ליהנות מן המצב הקיים עוד חמש-עשרה שנה ולא יאלצו לשלם את המחיר כבר מעתה. בעצם דחיית הביצוע יש אם-כן משום הקטנת התמורה שהעובדים נותנים והמובטלים מקבלים ועקב כך יגדל הסיכוי להשיג הסכמה חברתית.

אך קיימת סיבה נוספת לכך שהעובדים יראו בדחיית הביצוע פתרון זול יותר מבחינתם מאשר פתרון הביצוע המיידי. כל עובד יודע שללא חוק כזה, הוא עשוי למצוא עצמו מובטל בעוד חמש-עשרה שנה, וכל מובטל יודע שהוא עשוי לעבוד בעוד חמש-עשרה שנה. מכאן שדחיית הביצוע תגרום לכך שחלק משמעותי מן העלויות של החוק יוטל למעשה על המובטלים של היום וחלק מטובות-ההנאה יוענק לעובדים של היום.¹⁷

יש לשים-לב שהקטנת התמורה עקב החלפת הצדדים הנגרמת בשל דחיית הביצוע פועלת באופן סימטרי על העובדים ועל המובטלים כאחד. דחיית הביצוע בחמש-עשרה שנה תקטין לא רק את התמורה שהעובדים נותנים, אלא גם את התמורה שהמובטלים מקבלים. מכאן עולה לכאורה שהצדדים לא ירוויחו דבר מדחיית ביצוע ויעדיפו ביצוע מיידי. ברם, נקודת-המוצא של הדיון היא שהשגת הסכמה שביצועה מיידי אינה אפשרית, מכיוון שהמובטלים אינם מסוגלים לספק לעובדים תמורה נאותה שתשכנע את אלה האחרונים להסכים לביצוע מיידי. לפיכך, החלופות המעשיות העומדות לפני הצדדים הן: היעדר הסכמה כלשהי, דהיינו שמירת הסטטוס-קוו; או הסכמה שהחוק החדש ייכנס לתוקף בעוד חמש-עשרה שנה. דחיית הביצוע בחמש-עשרה שנה והאפשרות להחלפת צדדים עקב כך יקטינו את התמורה שידרשו העובדים של היום, ואף אם יקטינו במקביל¹⁸ את התמורה שיקבלו המובטלים של היום, הן עשויות לאפשר השגת הסכמה שלא היתה מושגת בלעדיהן.¹⁹

17 אומנם, גם אם יהיה ביצוע החוק מיידי, הוא עשוי להועיל לעובדים, שהרי כל עובד עלול ליהפך בעתיד למובטל. אך ברור שהסיכוי של עובד ליהפך למובטל היום או מחר נמוך מן הסיכוי שימצא עצמו מובטל בעוד שנים מספר. עקב כך תגדיל דחיית ביצוע את סיכויי ליהנות מן החוק.

18 ייתכן שהקטנת התמורה אינה סימטרית, אלא מקטינה את התמורה המתקבלת יותר מאשר את התמורה הניתנת. זו אי-סימטריה הפוכה לזו המתוארת בפרק הבא, ולכאורה היתה צריכה להביא לידי ביצוע מיידי. ברם, היעדר יכולתם של המובטלים לשלם את המחיר הנדרש בעד ביצוע מיידי עשוי בכל-זאת לגרום לאימוץ הפתרון של דחיית הביצוע, מכיוון שבלעדי דחיית ביצוע לא היתה מושגת הסכמה כלל.

19 גם במקרה זה ניתן לטעון שהצדדים היו יכולים להקטין את התמורה בדרך אחרת. למשל, במקום שהעובדים יוותרו על יום עבודה החל בעוד חמש-עשרה שנה, היו הצדדים יכולים להסכים על ויתור מיידי, מצד העובדים, על חצי יום עבודה. עם זאת, הנחה סמויה של הדוגמה הנ"ל היא שכפי שלא ניתן להסכים על מכירה של חלק מדירה, על החזרה של

אפשרות זו של החלפת צדדים מאפשרת לעובדים להשקיף על החוק במבט אובייקטיבי יותר, שאינו מושפע השפעה חזקה מדי מן האינטרס העכשווי שלהם בו. עמדתם לגביו תהיה קרובה יותר לעמדתו של מי שצריך להחליט, מעבר ל"מסך הבערות", כיצד צריך להקצות את העבודה בין בני-אדם: לחלקה בין כולם, או להותיר אחדים בלעדית. אולם כאן אנו באים להצדקה הנורמטיבית של דחיית הביצוע – הצדקה שנעסוק בה בהרחבה בשלב מאוחר יותר.

ב. המצב הלא-סימטרי

1. דחיית ביצוע – כללי

מתקשרים חוזיים עשויים להסכים על דחיית ביצועו של חוזה מכיוון שהתועלת שהצד האחד מפיק מן הדחייה עולה על הנזק שהדחייה גורמת לצד האחר. כך, אם נשוב לדוגמת מוכר וקונה של דירה, ייתכן שלמוכר יש שימוש מיוחד בדירה במשך חמש השנים הבאות השווה לו יותר משווי השימוש של הקונה. בנסיבות אלה יש לצפות שהצדדים, אם אכן יכרתו חוזה, ידחו את הביצוע בחמש שנים.

דברים אלה נכונים אף ביחס להסכמות חברתיות. הדוגמה של הסכם השלום בין ישראל לבין מצרים, שעל-פיה הצדדים בוחרים לדחות את החזרת השטחים בשנים מספר, ניתנת בין היתר להסבר בכך שהתועלת של ישראל בהחזקת השטחים חמש שנים נוספות רבה יותר מן התועלת של מצרים בקבלה מיידית של השטחים. דחיית הביצוע במקרה מעין זה מגדילה את סך הרווחים של הצדדים מן החוזה. הגדלה זו של סך הרווחים עשויה להוות במקרים מסוימים תנאי להשגת הסכמה כלשהי. כך, למשל, כאשר בלעדי דחייה לא היה הצד האחד מרוויח דבר מן ההסכמה, ואילו הדחייה מאפשרת לו רווח תוך שהיא מותירה רווח אף בידי הצד האחר. במקרים אחרים, אף-על-פי שהסכמה היתה מושגת בלעדי הדחייה, הצדדים עשויים לדחות את הביצוע מכיוון שהדבר יגדיל את סך רווחיהם מן ההסכמה.

שתי סיבות עיקריות יכולות לגרום לכך שהתועלת של נותן הביצוע בדחייה רבה יותר מן התועלת של מקבל הביצוע באי-דחייה.

הסיבה האחת, שהומחשה לעיל, נוגעת בתועלות אובייקטיביות שנותן הביצוע ומקבל הביצוע מפיקים מדחיית ביצוע ומאי-דחיית ביצוע, בהתאמה. בדוגמת הדירה, השימושים השונים של הצדדים בנכס והתועלות השונות שיפיקו מכך עשויים להצדיק את דחיית

חלק מחצי-האי סיני או על ביטול חלקי של העבדות, כך גם לא ניתן, או מאוד לא יעיל, לחלק יום עבודה לשניים. ניתן כמובן לחלוק על הנחה זו. כך, למשל, גם אם לא ניתן לפצל את יום העבודה לשניים, ניתן להעסיק עובד בשבוע אחד חמישה ימים ובשבוע שאחריו ארבעה ימים, כך שבממוצע החודשי הוא יעבוד ארבעה ימים וחצי בשבוע, או להגביל את מספר שעות העבודה בשבוע (כפי שנעשה בפועל בצרפת).

הביצוע. בדוגמה של הסכם השלום בין ישראל לבין מצרים, האינטרסים השונים של הצדדים באשר למועד ביצועו של ההסכם והתועלות השונות שיפיקו ממימוש אינטרסים אלה עשויים גם הם להצדיק את דחיית הביצוע.

הסיבה האחרת העשויה להניע את הצדדים לדחות ביצוע של הסכמה שביניהם נוגעת בהערכה שונה של הצדדים את שצופן העתיד בחובו. כאן אין מדובר בתועלות אובייקטיביות שונות, אלא בהערכות שונות של התועלת שתצמח לכל אחד מן הצדדים מדחייה או מאי-דחייה של הביצוע. נביח, למשל, שבדוגמת המוכר והקונה של הדירה, הקונה מעריך שבמשך חמש השנים הבאות יוטל מס על השכרת דירות, ואילו המוכר אינו מאמין שיטל מס כזה. אף שהתועלת האובייקטיבית של המוכר והקונה בהחזקת הנכס בחמש השנים הבאות הינה זהה, ההערכה השונה שלהם באשר למה שצופן העתיד בחובו שונה, והיא שתצדיק דחייה בהעברת הבעלות על הדירה.²⁰

סיבה זו עשויה גם להצדיק במקרים מסוימים דחיית ביצוע של הסכמה חברתית. הדוגמה הבאה ממחישה מקרה אפשרי כזה.

דוגמת חלוקת ירושלים. הפלשתינים מוכנים לחתום על הסכם שלום עם ישראל בתנאי שזמן קצר לאחר חתימת ההסכם תיהפך ירושלים המזרחית לבירת פלשתיין. לשם חתימת ישראל על הסכם השלום נדרשת הסכמה של הימין ושל השמאל. הימין מתנגד לחתימה על הסכם השלום מכיוון שהוא מתנגד בתוקף לכך שיירושלים המזרחית תהיה בירת פלשתיין, ואילו השמאל תומך בכך. התועלת של הימין באי-חתימה על ההסכם זהה לתועלת של השמאל בחתימה עליו.

כיצד ניתן לגשר על הפער בין הימין לבין השמאל? דרך אפשרית היא להציע לפלשתינים שביצוע ההתחייבות שיירושלים המזרחית תיהפך לבירת פלשתיין ידחה בחמש שנים. לימין ולשמאל ברור שאם לא יקיימו הפלשתינים את חלקם בהסכם, לא תימסר להם ירושלים המזרחית. השמאל מאמין שהפלשתינים לא יפרו את ההסכם במהלך חמש השנים הבאות, ואילו הימין מאמין שההסכם יופר. בנסיבות אלה קיימת אפשרות להגיע להסכמה בין הימין לבין השמאל שעל-פיה תיהפך ירושלים המזרחית לבירת פלשתיין בעוד חמש שנים, זאת אם יקיימו הפלשתינים את חלקם בהסכם השלום שייחתם עד למועד זה. ההערכה השונה של הימין, של השמאל (ושל הפלשתינים) את שצופנות חמש השנים הבאות בחובן היא שעושה את הדוגמה של חלוקת ירושלים למקרה לא-סימטרי של דחיית ביצוע, והיא שעשויה לאפשר להם להגיע להסכמה שלא היתה מושגת אולי ללא דחיית הביצוע.²¹

20 לחלופין, הצדדים יכולים להעביר את הבעלות מיידית ולהסכים שאם יוטל מס, יישא בו המוכר.

21 סיבה שלישית שעשויה להניע את הצדדים להסכים לדחיית ביצועה של ההסכמה היא יחסם השונה לסיכונים. גם אם למקבל הביצוע ולנותן הביצוע תועלות זהות בביצוע מיידית או בדחיית הביצוע, בהתאמה, וגם אם לשניהם הערכה זהה באשר למה שצופן העתיד בחובו, יחסם השונה לסיכון עשוי להצדיק מבחינתם את דחיית ביצועה של

בשורות הבאות נעסוק בשתי סיבות נוספות העשויות לגרום לכך שהתועלת של נותן הביצוע בדחיית ביצועה של ההסכמה החברתית תהיה רבה יותר מן התועלת של מקבל הביצוע בביצוע מיידי שלה. הסיבה הראשונה היא החצנת עלויות והסיבה השנייה היא החלפת צדדים.

2. החצנת עלויות

לעיתים, צד אחד להסכמה החברתית מצפה להחצין חלק ניכר מעלויות הביצוע שלו אם הביצוע יידחה, ואילו הצד האחר מצפה לזכות ברוב טובת-ההנאה אפילו אם הביצוע יידחה. במקרים אלה דחיית הביצוע מגדילה את הסיכויים להגיע להסכמה החברתית. *דוגמת הפנסיה*. על סדר-היום החברתי מונחת השאלה אם יש לאמץ הסדר של ביטוח פנסיה ממלכתית, שעל-פיו יהיה כל אדם מגיל שישים וחמש ומעלה זכאי לפנסיה, וכל אדם מגיל שמונה-עשרה ועד שישים וחמש ישלם מס שממנו ימומנו תשלומי הפנסיה. ככל שאדם מבוגר יותר, כן הסדר הפנסיה הממלכתית כדאי לו יותר. הפנסיונר, למשל, ייהנה מן הפנסיה הממלכתית מבלי שישא בעלותה כלל. אדם בן שישים וארבע, הצפוי לפרוש לפנסיה בעוד שנה, יישא במשך שנה אחת במס, ולאחר-מכן ייהנה מן הפנסיה בשארית ימיו. הנאתו מן ההסדר החדש תהיה פחותה במידת-מה מזו של הפנסיונר. אדם בן חמישים וחמש, לעומת זאת, ייהנה מן ההסדר החדש עוד פחות. ראשית, יהיה עליו לשאת בעלות ההסדר במשך עשר שנים בטרם ייהנה מן הפנסיה; שנית, קיימת הסתברות מסוימת, הגבוהה מזו המתייחסת לפנסיונר ולאדם בן שישים וארבע, שהוא לא יזכה להגיע לגיל הפנסיה ולא ייהנה עקב כך מן ההסדר המוצע. ברור אם-כן שקיים גיל מסוים שבו עלות המס משתווה לתועלת מן הפנסיה. נניח שגיל זה הוא שלושים, ועל-כן הצעירים מגיל שלושים (להלן: הצעירים) יפסידו מן ההסדר והמבוגרים מגיל זה (להלן: המבוגרים) ירוויחו ממנו.

נניח שלשם אימוץ הסדר הפנסיה הממלכתית בחוק נדרשת הסכמה בין קבוצת הצעירים לבין קבוצת המבוגרים. על-מנת להגיע להסכמה חברתית, יש לאמץ הסדר שיגדיל את נכונותה של קבוצת הצעירים ליתן את הסכמתה לו. ביצוע מיידי של ההסדר ירע את מצבם של הצעירים, ועל-כן ייתקל בהתנגדותם. לעומת זאת, דחייה של שתיים-

ההסכמה שביניהם. נניח שבדוגמת המוכר והקונה של הדירה שני הצדדים מעריכים באופן שווה את הסיכויים שיוטל מס על ההכנסות מן הדירה. שניהם סבורים שקיימת הסתברות של 50% שלא יוטל מס כלל, שאז ההכנסות מן הדירה יהיו 100, והסתברות של 50% שיוטל מס אשר יפחית את ההכנסות ב-50. תוחלת ההכנסות מן הדירה בחמש השנים הבאות היא על-כן, מנקודת-הראות של שניהם, 75. נניח עתה שהמוכר הינו ניטרלי לסיכון ואילו הקונה הוא שונא סיכון. אם אלה הם פני הדברים, יעדיפו שני הצדדים לדחות את ביצועו של החוזה בחמש שנים, כך שהמוכר הניטרלי לסיכון הוא שישא בו.

עשרה שנים בביצוע ההסדר תקטין במידה ניכרת את המחיר שישלמו הצעירים של היום: בעוד שתים-עשרה שנה יהיו הצעירים מבוגרים, וההסדר ישפר את מצבם. הנושאים בעלות הדחייה הם הילדים, בני אפס עד שמונה-עשרה, שחלקם יהיו צעירים בעוד שתים-עשרה שנה וחלקם האחר יהיו צעירים שנים ספורות לאחר-מכן, וישאו בעלות שתהיה גבוהה יותר מן התועלת שיפיקו מן ההסדר. דחיית הביצוע תגרום אם-כן לכך שחלק מן העלות שבה היו הצעירים נושאים אילו היה ביצוע ההסדר מייד יוחצן אל הילדים ויוטל על שכמם.

בדוגמת הפנסיה, ההחצנה של העלויות פועלת באופן לא-סימטרי על גילאים שונים. הצעירים, ולמעשה חלק מן המבוגרים (בעיקר בני חמישים ושלוש ומטה²²), מרוויחים מן הדחייה. מי שגילו קרוב לגיל הפנסיה מפסיד מן הדחייה, ולכן יעדיף שהסדר הפנסיה הממלכתית יבוצע מיידית. הסיבה שהאחרונים מסכימים לדחייה נובעת מכך שללא דחייה זו, לא יאומץ הסדר פנסיה כלשהו.

מכל מקום, העובדה שהילדים, שלא היו שותפים להסכמה על הסדר הפנסיה, מממנים חלק ניכר מן ההסדר היא הנותנת שהרווח של הצעירים מן הדחייה עולה על ההפסד של המבוגרים ממנה, ומכאן היעדר הסימטריה שדחיית ההסדר יוצרת.

בדוגמה הבאה, דחיית ביצועה של ההסכמה החברתית מחצינה עלויות ואף מחצינה תועלות באופן סימטרי לכאורה, אלא שעקב הערך השונה שהצדדים מייחסים לערכים המוחצנים נוצר מצב לא-סימטרי והסיכויים להשגת הסכמה גדלים.

דוגמת ערביי ישראל. ערביי ישראל טוענים כי ראוי להקצות חלק משמעותי מתקציב המדינה, גדול בהרבה מזה המוקצה כיום, לשיפור מצבו של המגזר הערבי. לטענתם, הקצאה זו צריכה להימשך כמה עשרות שנים. הממשלה המכהנת, המייצגת בעיקר את המגזר היהודי, מעוניינת לרצות את המגזר הערבי ולזכות בשיתוף-פעולה מצידו, אך בה-בעת אינה מעוניינת לשלם מחיר גבוה על-מנת להשיג את שיתוף-הפעולה. המחיר שערביי ישראל דורשים נראה לממשלה מחיר גבוה, שאין היא יכולה או מעוניינת לשאת בו. האם למרות זאת ניתן להגיע להסכמה בין הממשלה לבין המגזר הערבי?²³

22 אך לא רק הם. בני החמישים ושלוש עד שישים וחמש חוסכים עלויות של מס, אך גם מפסידים תקבולי פנסיה. בתוך תת-קבוצה זו, ככל שאדם יהיה קרוב יותר לגיל הפנסיה, כן יקטנו רווחיו מן הדחייה, ובשלב מסוים הדחייה אף תזיק לו.

23 הדיון מניח כי הממשלה נותנת כסף בעתיד ומקבלת שיתוף-פעולה בהווה. אך למעשה, שיתוף-הפעולה מועיל לא רק בהווה, אלא אף בעתיד, ולא רק ליהודים, אלא גם לערבים. אנחנו מתעלמים מבעיות נציג ומניחים שאין הן קיימות או שהן סימטריות. בפועל יכולה להיות להן השפעה מכרעת. כך, למשל, ייתכן שהממשלה מעוניינת בשיתוף-פעולה מיידית עם המגזר הערבי, כי כך תבטיח את שלטונה, והיא יכולה להשיג שיתוף-פעולה זה על-ידי הקרבת אינטרסים ארוכי-טווח של המגזר היהודי. גם אם "עסקה" זו אינה כדאית למגזר היהודי, ייתכן שמגזר זה לא יבוא חשבון על כך עם הממשלה הנוכחית, אלא עם ממשלות עתידיות שייאלצו לקיים את התחייבויותיה של הממשלה הנוכחית. עובדה זו עשויה לשמש תמריץ לממשלה הנוכחית להסכים ל"עסקה".

טענתנו היא שהסיכויים להגיע להסכמה שביצועה יידחה – למשל בחמש-עשרה שנים – רבים יותר מאשר להגיע להסכמה שביצועה מיידית. זאת מכיוון שיהודי ישראל לא רק שהיו דוחים את המועד שממנו ואילך יוקצו כספים רבים יותר למגזר הערבי, אלא אף היו מחצינים חלק מעלויותיה של ההסכמה אל הדורות הבאים. בשל כך הם היו דורשים מערביי ישראל תמורה מיידית נמוכה יותר בעד הסכמתם. שיתוף-פעולה של ערביי ישראל עם יהודי ישראל בהווה היה עשוי להוות אם-כן תמורה מספקת להקצאה תקציבית משמעותית החל בעוד חמש-עשרה שנה, אך לא להקצאה מיידית כו.²⁴

לכאורה, דוגמת ערביי ישראל היא דוגמה להחצנות סימטריות: היהודים נותנים פחות עקב דחיית הביצוע, אך גם ערביי ישראל מקבלים פחות עקב כך. ממש כשם שהדורות הבאים של יהודי ישראל יישאו בחלק מן ההוצאות במקום היהודים החיים כיום, כך הדורות הבאים של ערביי ישראל יקבלו חלק מן התמורה במקום הערבים החיים כיום. אולם, האופי הבלתי-סימטרי של הדוגמה עשוי לנבוע מכך, למשל, שציבור ערביי ישראל, המגבש את זהותו הלאומית, רואה בהסכמה החברתית "רגע חוקתי". ברגעים חוקתיים הציבור מתעלה על האינטרסים העכשוויים שלו ומייחס חשיבות רבה להשפעת החלטתו על הדורות הבאים.²⁵ לפיכך, הדחייה בביצוע אינה גורמת לציבור ערביי ישראל – על-פי תפיסתו הסובייקטיבית – להחצין חלק מתועלות ההסכמה החברתית. הציבור היהודי, לעומת זאת, עשוי לא לראות בהסכמה החברתית "רגע חוקתי", ועל-כן, מנקודת-מבטו, חלק מעלויותיה יוחצנו אל הדורות הבאים.²⁶ דחיית ביצועה של ההסכמה החברתית עשויה אם-כן להקטין את התמורה שהציבור היהודי גותן על-פי הערכתו, אך זאת מבלי להקטין, לפחות לא באותה מידה, את התמורה שהציבור של ערביי ישראל מקבל על-פי הערכתו שלו. השפעה א-סימטרית זו של דחיית הביצוע עשויה לאפשר השגת הסכמה שלא היתה מושגת ללא דחיית ביצוע.

בדומה לדיון בדחיית הביצוע של איסור הסחר בעבדים, גם בדוגמה זו ניתן לטעון שדחיית הביצוע אינה מחצינה כלל עלויות אל הדורות הבאים. בין שהסדר של הקצאת אחוז מסוים מן התקציב לערביי ישראל יבוצע מיידית ובין שיידחה בחמש-עשרה שנים, התושבים היהודיים שיחיו במדינה בעוד חמש-עשרה שנים ייאלצו לשאת בו. לכן, כמו

24 הקטנת התמורה שיהודי ישראל נותנים לערביי ישראל היתה יכולה להיעשות אף בדרכים חלופיות, כגון על-ידי הקצאה מיידית, אך מתונה יחסית, של תקציב נוסף למגזר הערבי. דחיית ביצוע נראית אם-כן דרך אחת, אך לא יחידה, להקטנת התמורה שהיהודים נותנים. ברם, ייתכן שהקצאה מתונה, אפילו אם היא מיידית, אינה אפקטיבית באותה מידה כמו הקצאה משמעותית, אפילו אם היא דחוייה.

25 הביטוי "רגע חוקתי" שאול מ: B. Ackerman *We The People* (Vol. I, Cambridge & London, 1991). על מאפייניו של "רגע חוקתי", ראו: Ackerman, *ibid*, at p. 170. הרגע החוקתי בהיסטוריה האמריקאית שאקמן עוסק בו מתואר ב: J. Madison "No. 10" *The Federalist Papers* (New York & Toronto, C. Rossiter ed., 1961) 78.

26 אם כי קיימת אפשרות שגם הציבור היהודי ייחס משמעות מיוחדת להסכמה זו, ואז תחזור הדוגמה להיות סימטרית או קרובה לכך.

במקרה של האיסור על סחר בעבדים, נשאלת השאלה אם דוגמת ערביי ישראל היא מקרה של העברת תמורה קצובה, שאז דחיית הביצוע יוצרת החצנה אל הדורות הבאים של היהודים, או מקרה של תורים העברות בלתי-פוסק, שאז דחיית הביצוע אינה מגדילה את הסכום שבו יחוייבו הדורות הבאים של יהודי ישראל.²⁷

מצד אחד ניתן לטעון שמדובר בסכום קצוב שיועבר לאורך תקופה קצובה, עד שייזוחר שוויון בין היהודים לבין הערבים. עם השגת השוויון, תשלם האוכלוסייה הערבית מיסים בשיעור דומה לזה שבו האוכלוסייה היהודית נושאת, ההקצאה למגזר הערבי מתקציב המדינה תקטן, ובסך-הכל יקטן העומס שיוטל על האוכלוסייה היהודית מכוחה של ההסכמה החברתית. על-פי דרך הבנה זו תקטין דחיית הביצוע את עלויותיו של הדור הנוכחי של היהודים ותחצין עלויות אל הדור העתידי שאחריו יוגשם השוויון בין יהודים לבין ערבים.²⁸ מצד אחר, ייתכן שההקצאה המיוחדת מתקציב המדינה לא תקדם את השוויון בין יהודים לבין הערבים, ועל-כן תגרום ההקצאה מתקציב המדינה לתורים בלתי-פוסק של העברות מיהודים לערבים בסכום בלתי-קצוב. על-פי דרך הבנה זו, דחיית הביצוע תפגע אך ורק בדור הנוכחי של המגזר הערבי, תועיל לדור הנוכחי של היהודים בישראל, אך לא תחצין עלויות אל הדורות הבאים של יהודים בישראל.

3. החלפת צדדים

לכאורה, דחייה היוצרת אפשרות להחלפת צדדים פועלת תמיד על שני הצדדים באופן סימטרי: הדחייה מפחיתה את התמורה שהצד האחד נותן באותו שיעור בדיוק שבו היא מפחיתה את התמורה שהצד האחר מקבל. עם זאת, האפשרות להחלפת צדדים ממשית יותר לעיתים אצל ה"נותנים" מאשר אצל ה"מקבלים", ועל-כן היא מגדילה את סך הרווחים שיפיקו שני הצדדים מן הדחייה. ממילא, הדחייה מגדילה במקרים א-סימטריים אלה – עוד יותר מאשר במקרים הסימטריים – את הסיכויים שהצדדים יגיעו להסכמה. דוגמה לדחייה בעלת השפעה לא-סימטרית על הצדדים היא דוגמת חוק הסיוע לנכים. *דוגמת חוק הסיוע לנכים*. במדינה מסוימת שוקלים לאמץ בחוק הסדר שעל-פיו יועבר עושר מן האוכלוסייה הבריאה לאוכלוסייה הנכה. על-פי ההסדר הנשקל יוטל מס על האוכלוסייה הבריאה ויינתנו סובסידיות לאוכלוסייה הנכה. כדי לאמץ את ההסדר בחוק יש צורך בהסכמה של שתי האוכלוסיות. מכיוון שהאוכלוסייה הבריאה חשה שהיא מרעה את מצבה כתוצאה מן החוק, היא מסרבת לתמוך בו אם לא תקבל תמורה הולמת מן האוכלוסייה הנכה. בהנחה שלאוכלוסייה הנכה אין דרך לשלם לאוכלוסייה הבריאה תמורה משמעותית דיה,²⁹ שתשכנע את זו האחרונה להסכים לחוק, אין הצדדים מגיעים לכלל הסכמה.

27 לעיל הטקסט הנלווה להערות 12-14.

28 דור זה יהיה הדור האחרון שיישא עדיין בנטל ההסכמה החברתית הנידונה, ואילו היה הביצוע מייד, הוא לא היה נושא בנטל זה.

29 להוציא "שקט תעשייתי", למשל.

דחייה בביצוע החוק המוצע עשויה להגדיל את נכונותה של האוכלוסייה הבריאה לתמוך בחוק, זאת מן הטעם שכל אדם בריא יודע שהוא עשוי ליהפך בעתיד לנכה. מכאן שכל אדם בריא יודע שבעת ביצועו העתידי של החוק הוא עשוי להיות בצד המקבל, ולא בצד הנותן. האוכלוסייה הנכה מעדיפה אומנם ביצוע מידי של החוק, אך מכיוון שלא ניתן להשיג הסכמה לכך, הבררה שהיא ניצבת לפניה היא לאמץ חוק שביצועו דחוי או לא לאמץ חוק כלשהו. בנסיבות אלה תעדיף האוכלוסייה הנכה חוק שביצועו דחוי. האוכלוסייה הבריאה, לעומת זאת, תיאות לתמוך בחוק שביצועו דחוי לא רק משום שהיא לא תירדש לשלם דבר בתקופת הדחייה, אלא גם מכיוון שכאשר יגיע מועד ביצועו של החוק, חלק מן הפרטים המרכיבים אוכלוסייה זו עשויים ליהנות מן החוק, שכן יחליפו צד ויהיו נכים. דוגמה זו היא מקרה לא-סימטרי של החלפת צדדים. הגורם המניע מאחורי ההסכמה הוא האפשרות להחלפת צדדים, אך אפשרות החלפה היא חד-צדדית: הבריאים עשויים ליהפך לנכים, אך הנכים לא ייהפכו כנראה לבריאים.

במקרים אחרים, אפשרות החלפת הצדדים קיימת אצל שני הצדדים במידה שווה לכאורה, אלא שהיא עשויה להיות מוערכת יותר אצל ה"נותנים" מאשר אצל ה"מקבלים". אף מקרים אלה נמנים עם המקרים הלא-סימטריים, ודחיית הביצוע תגדיל בהם את סך הרווחים שיפיקו שני הצדדים מן ההסכמה החברתית. דוגמת האבטלה שנידונה לעיל עשויה להמחיש סוג זה של מקרים.

כזכור, בדוגמת האבטלה לא היו המובטלים מסוגלים לשלם בעד הוויתור של העובדים על יום עבודה, ולכן היה צורך בהקטנת התמורה שיעבירו העובדים למובטלים אפילו אם תקטן במקביל התמורה שיקבלו המובטלים. כפי שהראינו, דרך אחת להקטנת התמורה היא דחיית הביצוע: כל עובד יודע שבעוד חמש-עשרה שנה הוא עלול להיות מובטל וליהנות מן ההסדר, ובאופן דומה כל מובטל יודע שבעוד חמש-עשרה שנה הוא עשוי להיות עובד ולוותר על יום עבודה. על-כן, העובד המסכים להסדר דחוי נותן פחות, שכן הוא עשוי להיות "מקבל", ואילו המובטל המסכים להסדר מקבל פחות, שכן הוא עלול להיות "נותן". אף-על-פי שהתמורה שקבוצת העובדים מעבירה תקטן כתוצאה מהדחייה באותו שיעור שבו תקטן התמורה שקבוצת המובטלים תקבל, ייתכן ששתי הקבוצות יעריכו את הדחייה, ואת האפשרות להחלפת הצדדים הנוצרת על-ידיה, באופן לא-סימטרי. הערכה שונה זו של הצדדים ניתנת להסבר באמצעות אפקט ההקניה (the endowment effect). אפקט ההקניה משמעו שהבעלים של נכס נוטה לייחס לו ערך גדול יותר מאחרים.³⁰ כיצד אם-כן ישקיפו העובדים והמובטלים על ההסדר הדחוי לאור אפקט ההקניה?

30 ראו למשל: D. Kahneman, J.L. Knetsch & R.H. Thaler "The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias" *The Winner's Curse – Paradoxes and Anomalies of Economic Life* (Princeton, 1992) 63; D. Kahneman, J.L. Knetsch & R.H. Thaler "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem" *Behavioral Law & Economics* (Cambridge, C.R. Sunstein ed., 2000) 211; R.B. Korobkin & T.S. Ulen "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics" 88 *Calif. L. Rev.* (2000) 1051, 1107.

ביצוע מידי של ההסדר יגרום לכך שהעובדים ייאלצו להיפרד מנכס הנמצא בבעלותם, דהיינו מחלק מעבודתם. עלותה של היפרדות זו מן הנכס גבוהה מבחינתם, ולכן הם צפויים להתנגד לה. עם זאת, העובדים יודעים שככל שיחלוף הזמן, כן תגדל ההסתברות שהם "יחליפו צד", ייהפכו למובטלים ויאבדו את כל עבודתם. לכן, מנקודת מבטם, הסדר דחוי משמר את הנכס שבידם, ולא רק מסכן אותו. מכאן שהדחייה מקטינה באופן משמעותי, ואולי אף מאיינת, את התמורה שהעובדים נותנים למובטלים בהסכימם להסדר.

ניתן לטעון לכאורה שדחיית הביצוע מגדילה את סיכוייהם של המובטלים "להחליף צד" ולהיות בין אלה שייאלצו לוותר על חלק מעבודתם לטובת המובטלים של העתיד. עקב אפקט ההקניה – כך הטיעון נמשך – יישאו המובטלים של היום שיהפכו בעתיד לעובדים בדיוק באותה עלות כבדה שבה יישאו העובדים של היום אם יבוצע ההסדר מייד. ברם, התשובה לטענה זו היא שמכיוון שהמובטלים אינם עובדים כיום, הסכמתם בהווה להסדר דחוי המסכן אותם באובדן חלק מהעבודה שאין להם עדיין אינה מושפעת מאפקט ההקניה. אפקט זה חל על מי שיש לו נכס, ולא על מי שאין לו נכס! לעובדים יש בהווה נכס עבודה, ולמובטלים אין לפי שעה נכס כזה.

מהן המסקנות שניתן להסיק מכך? ראשית, ביצוע מידי של ההסדר משמעו שהעובדים נפרדים, החל ברגע זה, מחמישית משכרם וממשרתם מבלי להפיק מן ההסדר טובת-הנאה מיידית, שכן הסיכוי שיהפכו בטווח הזמן הקרוב למובטלים קטן בדרך-כלל. ויתור זה מכאיב למדי מבחינתם. שנית, דחיית ביצוע משמעה שהעובדים עלולים אומנם להיפרד מחמישית משכרם בעוד חמש-עשרה שנים, אך עקב האפשרות הממשית של החלפת צדדים הם אף מקבלים טובת-הנאה משמעותית ביותר: "ביטוח" מפני אבטלה, החל בעוד חמש-עשרה שנים, שהם יודעים היטב להעריכו. מחיר ההסדר קטן אם-כן מבחינתם באופן משמעותי. שלישית, הקטנה זו בתמורה שהעובדים נותנים אינה מביאה לידי הקטנה מקבילה בתמורה שהמובטלים מקבלים. הקטנת התמורה שהמובטלים מקבלים נובעת כזכור מכך שקיימת אפשרות שהמובטל ייהפך בעוד חמש-עשרה שנים לעובד וייאלץ לוותר על חמישית משכרו וממשרתו. אך כפי שהוסבר, ויתור זה משמעותי פחות משום שמנקודת-מבטו של המובטל של היום, הוא מוותר על משהו שאינו שלו עדיין, ולכן אין הוא חשוף להשפעה של אפקט ההקניה.

ג. הצדקות נורמטיביות לדחיית ביצוע

בפרקים הקודמים ביקשנו להראות כי יש לצפות שצדדים להסכמה חברתית ינסו לעיתים לגשר על הפער שביניהם על-ידי דחיית ביצוע, במיוחד במצבים שבהם דחייה כזו גורמת להחצנות או מאפשרת החלפת צדדים. האם ניתן להצדיק תופעה זו מן הבחינה הנורמטיבית? האם המשפט צריך למנוע או אולי לעודד תופעה זו? בפרק זה נציע שלושה צידוקים התומכים בשימוש בטכניקה של דחיית ביצוע של הסכמות חברתיות, ונאפיין את המצבים שבהם צידוקים אלה רלוונטיים במיוחד. לאחר-

מכן נבחן טיעון נגדי, שעל-פיו דחיית ביצוע של הסכמה חברתית הינה אנטי-דמוקרטית, ונציע לדחות אותו, ככל שהוא מתיימר להיות טיעון כללי נגד דחיית ביצוע.

1. השגת חלוקה מחדש רצויה של עושר

קל יחסית להשיג הסכמה חברתית לשינוי חברתי המשפר את מצבם של כל הצדדים להסכמה (כלומר, שינוי המביא לידי שיפור פרטו). לעומת זאת, שינוי חברתי שמטרתו לחלק את העווגה מחדש, דהיינו לבצע חלוקה מחדש של עושר (redistribution), אינו משפר את מצב כולם, ועל-כן יהיו תמיד כאלה שיתנגדו לו. המקרים שבהם דחיית ביצוע מהווה טכניקה אפקטיבית להשגת הסכמה חברתית הם המקרים שבהם נדרשת חלוקה מחדש של עושר, וכאשר אין ביכולתה של הקבוצה הצפויה לשפר את מצבה בעקבות חלוקה מחדש זו להציע, לקבוצה שמצבה צפוי להשתנות לרעה עקב כך, תמורה שתשכנע את זו האחרונה להסכים לחלוקה מחדש.

היעדר היכולת של הקבוצה נטולת האמצעים לשלם לקבוצה בעלת האמצעים אינו מלמד שהחלוקה מחדש אינה רצויה. אדרבה, היעדר יכולת כזו אופייני לעיתים קרובות לחלוקה מחדש רצויה מהבחינה החברתית. לעיתים, במקרים מעין אלה, המדינה עשויה להתערב ולשנות את חלוקת העושר בחברה מבלי להיזקק להסכמת הקבוצה בעלת האמצעים. אולם יש מקרים שבלעדי הסכמתה של הקבוצה בעלת האמצעים לא תתאפשר התערבותה של המדינה. כך, למשל, כאשר התערבות המדינה מחייבת חקיקת חוק או ביצוע שינוי חוקתי, ובלעדי הקבוצה בעלת האמצעים לא יימצא הרוב הדרוש לכך. במקרים אלה, השגת הסכמתה של הקבוצה בעלת האמצעים מהווה תנאי הכרחי לביצועה של החלוקה מחדש. אך גם במקרים אחרים, שבהם יש בכוחה של המדינה לבצע את החלוקה מחדש אף בלעדי הסכמה, יהיו יתרונות רבים לביצועה של החלוקה מחדש לאחר שתושג הסכמת הקבוצה הצפויה לשאת בנטל. חלוקה מחדש מוסכמת תיצור פחות תסיסה חברתית, וקיים סיכוי רב יותר שתצלח.

דוגמת האבטלה ממחישה את הדברים. נניח שמסיבות המנותקות מהעדפותיהם של הצדדים, חלוקה מחדש של שעות העבודה במשק מועילה וצודקת מנקודת-מבט חברתית. דחיית ביצוע עשויה לתרום להשגת המטרה של חלוקה מחדש, מכיוון שבלעדי השגת הסכמה בין הצדדים יהיה קשה להשיגה הלכה למעשה. באותו אופן ייתכן שקיימות הצדקות שונות לשיפור מצבם של הנכים (ראו הדוגמה של חוק הסיוע לנכים) שאף הן עומדות בזכות עצמן, כגון הצדקה מוסרית של הגנת החלשים בחברה. גם אם מוסכם על הכל ששיפור מצבם של הנכים הוא מטרה חברתית חשובה, עלול להיווצר קושי משמעותי להגיע להסכמה חברתית לביצוען של פעולות הדרושות להשגת מטרה זו. דחיית הביצוע עשויה להקל על השגת ההסכמה אף במקרה זה, וכך לסייע בהשגת מטרות חברתיות רצויות וצודקות.

אולם דחיית ביצוע אינה מוצדקת רק כאמצעי מכשירני (אינסטרומנטלי), דהיינו כאמצעי להשגת הסכמות חברתיות צודקות ומועילות. כפי שנראה בשני התת-פרקים

הבאים, קיימות הצדקות בלתי-אמצעיות לדחיית ביצוע לפחות לגבי חלק מן המקרים שנידונו בפרקים הקודמים.

2. קבלת החלטות חברתיות מעבר ל"מסך הבערות"

במקרים שבהם דחיית הביצוע מאפשרת החלפת צדדים, היא מקרבת את יחיד הקבוצות המנסות להגיע להסכמה החברתית למצב שרולס מכנה "מסך הבערות", ומגדילה את הסיכויים שההסכמה החברתית תהיה צודקת והוגנת על-פי אמות-המידה הרולסיאניות.³¹

אדם המצוי מעבר למסך הבערות אינו יודע אם עשיר הוא או עני, חזק או חלש, בעל מעמד חברתי גבוה או נטול מעמד. לפיכך, אדם המצוי מעבר למסך הבערות יבחר בכללים ובעקרונות שיחולו על החברה שהוא חי בה בלא משוא-פנים, מתוך ניטרליות וללא אינטרס עצמי. בהשראתה של תיאוריית הצדק של רולס, ניתן לטעון שכללים ועקרונות אלה יהיו צודקים והוגנים.³² במציאות, בני-אדם הנדרשים לקבוע כללים ועקרונות שיחולו על החברה שהם חיים בה אינם נטולי אינטרסים, ועל-כן יש לצפות שתהיה להם הטיה טבעית להעדיף את האינטרסים שלהם או של הקבוצה שהם משתייכים אליה על אינטרסים אחרים. מסך הבערות אינו אלא מטפורה להיעדר משוא-פנים ולניטרליות, שאליהם יש לחתור.

אנחנו מבקשים לטעון שניתן ליצור מסך בערות רולסיאני ליחיד הקבוצות להסכמה החברתית, או לפחות לקרב אותם אליו, על-ידי דחיית ביצוע המאפשרת החלפת צדדים. במקרה האידיאלי, דחיית ביצוע יוצרת מצב שבו לכל אחד מיחיד הקבוצות יש סיכוי זהה להשתייך במועד ביצועה של ההסכמה החברתית לקבוצה הנותנת וסיכוי זהה להשתייך לקבוצה המקבלת, והם אף יודעים זאת. כך, בדוגמת האבטלה, אילו היתה דחיית הביצוע יוצרת מצב שבו כל אחד מיחיד הקבוצות, קבוצת העובדים וקבוצת המובטלים של היום, מעריך באופן זהה את ההסתברות שיהיה עובד או מובטל במועד ביצוע ההסכמה (למשל 80% עובד ו-20% מובטל), היתה החלטתו אם להסכים לחלוקת עבודה ברוח הפתרון הצרפתי שקולה להחלטה נטולת אינטרסים, כאילו הוא מצוי מעבר למסך הבערות. אין הכרח כמובן שיסכים לפתרון הצרפתי, שכן ייתכן שימצא בו חסרונות, כגון הפחתת

31 השימוש שאנו עושים בתיאוריית הצדק של רולס הוא בדרך של אנלוגיה או השראה, ואינו מהווה החלטה ישירה שלה. רולס אינו מציע לבחון את צדקתה של כל חלוקת עושר מעבר למסך הבערות, אלא מתמקד באופן שבו צודק לקבוע את המוסדות הבסיסיים של החברה שיעסקו בחלוקת העושר. ראו: J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971). 60–108. לדיון בדרכים שונות (ובכללן דחיית ביצוע) שניתן לעשות בהן שימוש על-מנת לקרב מחוקקים למסך בערות רולסיאני, וכך למתן ניגודי אינטרסים שהם מצויים בהם, ראו: A. Vermeule "Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law" 111 *Yale L. J.* (2001) 399.

32 Rawls, *ibid.*, at p. 136.

תמריצים להשקיע בעבודה, על כל הרע (ואולי אף הטוב) שיש בכך. אך מכל מקום, החלטתו של כל אחד מיחיד הקבוצות לא תושפע מכך שהוא עובד או מובטל כיום, שכן, כאמור, אין באפשרותו לדעת לאיזו קבוצה ישתייך במועד ביצועה של ההסכמה החברתית. במציאות, העובדים והמובטלים אינם מעריכים באופן זה את ההסתברות שיהיו עובדים (או מובטלים) בעת ביצוע ההסכמה החברתית, וכנראה שהם אף צודקים בהערכותיהם השונות. יש להניח שההסתברות שעובד של היום יהיה עובד בעוד חמש עשרה שנים גדולה יותר מן ההסתברות שמובטל של היום יהיה עובד בעוד חמש עשרה שנים. לפיכך, העובדים לא יתייחסו לפתרון הצרפתי באותו אופן שהיו מתייחסים אליו אילו היו מעבר למסך הבערות, אך האינטרס העצמי העכשווי שלהם להתנגד לו יתמתן, והם עשויים להסכים לו ביתר קלות. ההסכמה שתושג תהא אס-כן קרובה, גם אם לא זהה, להסכמה שהיו מגיעים אליה בני-אדם הפועלים מעבר למסך הבערות. מכאן אף עולה שסיכוייה של ההסכמה החברתית להיות צודקת והוגנת על-פי אמות-המידה הרולסיאניות גדלים ככל שגדל משך הזמן שבו ביצועה של ההסכמה החברתית נדחה.

טענת ביקורת אפשרית כלפי השימוש שאנחנו עושים ב"מסך הבערות" הרולסיאני הינה שעל-פי שיטתנו, ככל שלאדם יש פחות מידע על מצבו בעולם, כן החלטותיו הוגנות וצודקות יותר. ברם – כך הביקורת נמשכת – לא כל העלמת מידע הנוגעת במצבו של הפרט בעולם מגדילה את הסיכויים שהחלטתו תהיה הוגנת וצודקת יותר. אדרבה, יש מידע הנוגע בפרט שהינו רלוונטי מבחינה מוסרית, וטוב שיהיה לנגד עיניו שעה שהוא מחליט על כללים או עקרונות שיחולו עליו ועל אחרים.³³ כך, למשל, בדוגמת האבטלה, ייתכן שרבים מן העובדים חרוצים יותר מרבים מן המובטלים. עקב כך עלה בידיהם להשיג עבודה, שעה שחבריהם המובטלים לא הצליחו לעשות כן. חריצות הינה שיקול שיש לו נפקות מוסרית, וייתכן שמידע שיש לאדם באשר לחריצותו רצוי שיעמוד לנגד עיניו שעה שהוא מחליט מהם העקרונות של חלוקת העבודה בין הפרטים השונים בחברה. המצב שונה בדוגמה של חוק הסיוע לנכים. באופן טיפוסי, נכות אינה נגרמת לאדם מסיבות המצדיקות, מוסרית, את מצבו הנחות מבחינה כלכלית (או אחרת), ועל-כן רצוי מבחינה מוסרית שלא יהיה לנגד עיניו של אדם המחליט על חלוקת העושר בחברה מידע אם הוא נכה או בריא.

מבלי להיכנס למידת השכנוע בטיעון נגדי זה, אנחנו סבורים כי אין הוא גורע מחוזקו של טיעון "מסך הבערות" במקרים שאנו דנים בהם. דחיית ביצוע בדוגמת האבטלה אינה שוללת מן הפרטים מידע באשר לאופיים כחרוצים או עצלים, והחלטתם אם להסכים לדחיית הביצוע תושפע מכך. מכאן שהעובדים הסבורים שהם חרוצים, וכי עקב כך השיגו מקום עבודה, יניחו שעקב היותם חרוצים, סיכוייהם להיות עובדים אף בעת ביצועה של ההסכמה החברתית הדחוייה גבוהים. נטייתם להסכים להסדר הדחוי תתקיים למרות זאת עקב חששם המוצדק כי מסיבות שאינן תלויות בהם, ובכלל זה אינן תלויות בחריצותם, הם עלולים לאבד את מקום עבודתם, לא להשיג עבודה אחרת, ועל-כן "להחליף צד". בעיה מסוימת עלולה להיווצר עם אותם מובטלים הסבורים שהם מתקשים להשיג עבודה

33 טיעון זה העלה דוד אנוך. אנו מודים לו על כך.

עקב עצלותם. נטייתם להסכים לחלוקה מחדש של מקומות העבודה, אף אם זו תיעשה בפועל בעוד שנים, עלולה לנבוע ממודעותם לכך שהם עצלים, ועל-כן אין להם סיכוי משמעותי "להחליף צד" וליהפך לעובדים. המידע באשר להיותם עצלים פוגע על-כן בכשירותם להחליט החלטה צודקת והוגנת באשר לאופן חלוקת העבודה במשק. ברם, אין כל דרך ליטול מהם מידע זה באשר להיותם עצלים. מכאן שדחיית הביצוע אינה עושה אותם שופטים "מוסריים" מושלמים, שכן כאמור, הם נגועים בשיקול שהיה ראוי, מוסרית, שלא ישקלוהו. עם זאת, הם שופטים "מוסריים" טובים יותר משהיו אילו היה עליהם להחליט על חלוקה מחדש מיידית של מקומות העבודה במשק.

3. חלוקת נטל ההסכמה בין נהנים רבים

האם ניתן להצדיק את הטכניקה של דחיית הביצוע שעה שדחייה כזו יוצרת החצנות ומאפשרת בכך את השגתה של ההסכמה החברתית? ממבט ראשון נראה כי קיימת בעייתיות מיוחדת בשימוש בטכניקה של דחיית הביצוע במקרים שבהם דחיית הביצוע יוצרת החצנות, שהרי דחייה מאפשרת לשתי קבוצות להגיע לידי הסכמה חברתית במחיר של פגיעה בצדדים שלישיים, כגון בדורות הבאים. כפי שהסברנו, המשפט מתייחס בדרך-כלל בעוינות ליצירת החצנות, ולעיתים קרובות אף אוסר אותן במפורש.

ההסכמות החברתיות הטיפוסיות, כפי שכבר הבהרנו, מבקשות להביא לידי חלוקה מחדש של עושר בחברה. המכשול המונע הסכמות כאלה הינו שהקבוצה נטולת האמצעים אינה מסוגלת לשלם מחיר שישכנע את הקבוצה בעלת האמצעים להסכים לוותר. דרך אפשרית להחליש את התנגדותה של הקבוצה בעלת האמצעים היא להפחית את מה שהיא נדרשת לתת. אם הפחתה זו תיעשה על-חשבון הקבוצה נטולת האמצעים, המטרה של החלוקה מחדש עלולה להיות מסוכלת, שהרי נקודת-המוצא היא שרצוי להעביר עושר מן הקבוצה בעלת האמצעים לקבוצה נטולת האמצעים. דרך חלופית להפחית את מה שהקבוצה בעלת האמצעים נדרשת לתת היא לאפשר לה לחלוק בנטל עם אחרים. החצנה של חלק מן העלויות של ההסכמה החברתית אל הדורות הבאים, למשל, מחלקת את נטל החלוקה מחדש על פני זמן, כך שלא רק מי שמשתייך בהווה לקבוצה בעלת האמצעים נושא בו, אלא גם מי שישתייך אליה בעתיד.

החצנה כזו עשויה להיות מוצדקת אם ההסכמה החברתית רצויה מבחינה חברתית. בכך עוסק הצידוק הראשון שבו דנו בראשית פרק זה. ברם, ההצדקה להחצנות על-ידי דחיית ביצוע תהא חזקה עוד יותר אם נוסף לכך שהחצנות אלה מאפשרות השגת הסכמה חברתית רצויה, מתקיימים במצטבר שלושת התנאים הבאים:

(א) ההחצנות מאפשרות חלוקה של נטל ההסכמה החברתית בין קבוצה גדולה יותר של בני-אדם מאשר הקבוצה שהנטל היה מוטל עליה אילו היה ביצוע ההסכמה החברתית מיידית;

(ב) הקבוצה הגדולה יותר כוללת בתוכה אף את יחיד הקבוצה הקטנה, המהווה את הצד להסכמה החברתית;

(ג) יחיד הקבוצה הגדולה יותר הם אלה הנהנים מן ההסכמה החברתית.

בהתקיים שלושת התנאים, דחיית ביצועה של ההסכמה החברתית מאפשרת השגת הסכמה צודקת יותר מאשר הסכמה שביצועה מיידית, מכיוון שעלויותיה מחולקות בצורה צודקת יותר בין נהניה. אכן, הסכמה חברתית שביצועה מיידית מחייבת במקרים מסוימים קבוצה אחת לשאת בנטל כולו, שעה שקבוצה אחרת, שאף היא יכולה וראויה לשאת בנטל, זוכה בטובת-ההנאה מבלי לשלם את המחיר. ניתן לומר אם-כן שדחיית ביצוע יוצרת אומנם החצנות שליליות אל הדורות הבאים, אך ביצוע מיידית של ההסכמה החברתית היה מרעף לעיתים קרובות על הדורות הבאים טובות-ההנאה (החצנות חיוביות) מבלי לגבות מהם מחיר כלשהו. דחיית הביצוע עשויה אם-כן להביא לידי "פיזור" מאוזן יותר של החצנותיה השליליות של ההסכמה ושל החצנות החיוביות, וליצור בכך "צדק בינדורי".³⁴ מכאן אף עולה המסקנה כי במקרים רבים, דחיית ביצועה של הסכמה חברתית המיועדת לחלוקה מחדש של עושר עשויה לאפשר שיפור במצבו של כל מי שההסכמה החברתית משפיעה עליו, שעה שאילו היה ביצועה של ההסכמה מיידית, היה שיפור המצב חל רק על חלק מאלה שההסכמה החברתית משפיעה עליהם. במקרים אלה, ההסכמה החברתית שביצועה נדחה עשויה לאפשר השגת שיפור מצב פרטו, שהיה נמנע אילו היה הביצוע מיידית.

ניתן להדגים טענה זאת באמצעות הדוגמה של ערביי ישראל. כפי שאמרנו, אם ההסכמה החברתית שבדוגמה זו רצויה מבחינה חברתית, ואם לא ניתן להשיגה אלא בדרך של דחיית ביצוע, דחיית ביצוע עשויה להיות מוצדקת בשל כך בלבד. אך דחיית הביצוע בדוגמה של ערביי ישראל מוצדקת ביתר שאת משום שהיא מחלקת את נטל ההסכמה החברתית בין היהודים באופן שוויוני וצודק יותר מאשר אילו היה הביצוע מיידית. נראה ששלושת התנאים שהצבנו להצדקה החוקה של הדחייה מתקיימים בדוגמה של ערביי ישראל. רבים מן היהודים שהיו נושאים בנטל ההסכמה החברתית אילו היה ביצועה מיידית יישאו בנטל אף אם ביצועה של ההסכמה יידחה. אין הם נפטרים מן הנטל כליל על-ידי דחיית הביצוע (תנאי ב), אלא מתחלקים בו עם צדדים שלישיים (תנאי א): עם האוכלוסייה היהודית שתתגורר בארץ בשנים הבאות, אשר תכלול את צאצאיה של האוכלוסייה היהודית הנוכחית ואת היהודים שיעלו לארץ בעתיד. קבוצת הנושאים בנטל תגדל אם-כן עקב דחיית הביצוע ותכלול בתוכה גם את פרטי הקבוצה שהיא צד להסכמה החברתית. אולם חשוב מכך – וכאן אנו מגיעים לתנאי ג – הדורות הבאים וכן יהודים שיעלו לארץ ברבות השנים צפויים ליהנות מן ההסכמה החברתית, אם תושג. שיתוף-פעולה בין המגזר היהודי לבין המגזר הערבי הוא לדעת רבים תנאי להמשך קיומה של מדינת-ישראל, וצפוי לשפר באופן משמעותי את תנאי חייהם לא רק של אלה המרכיבים את קבוצת "היהודים" כיום, אלא גם את אלה שירכיבו אותה בעתיד (וכך אף את תנאי חייהם של ערביי ישראל). על-כן צודק והוגן שגם ציבור היהודים העתידי יישא בנטל, שאם לא כן, יוטל מלוא הנטל של ההסכמה החברתית על הדור של היום, שעה שבטובות-ההנאה יזכו גם רבים אחרים. ייתכן שדחיית ביצועה של ההסכמה החברתית בדוגמת ערביי ישראל לא רק תאפשר חלוקה צודקת יותר של הנטל בין היהודים, אלא אף שיפור מצב פרטו, דהיינו שיפור

34 על צדק בינדורי ומשמעויותיו, ראו: 35 "Symposium: Intergenerational Equity" *Loy. L.A. L. Rev.* (2001) 163.

מצבם של כל אלה שההסכמה החברתית משפיעה עליהם, בעוד שאילו היה הביצוע מיידית, היה משתפר רק מצבם של חלק מאלה שההסכמה החברתית משפיעה עליהם (שיפור קלדור היקס). כך, למשל, אילו היה הביצוע של ההסכמה החברתית מיידית, היו רבים מן היהודים של היום נושאים בנטל כבד יותר מן התועלת שלהם מן ההסכמה החברתית, ועל-כן לא היה מצבם משתפר. לעומת זאת, אילו נדחה ביצועה של ההסכמה, היה הנטל הרובץ עליהם קטן, אולי עד כדי כך שהתועלת שלהם מן ההסכמה היתה גדולה מן הנטל שהיה עליהם לשאת בו.

דוגמת הפנסיה הממלכתית בעייתית הרבה יותר. דחיית ביצוע במקרה זה בשנים עשרה שנים מעתיקה את נטל הנשיאה בעלותו של הסדר הפנסיה מקבוצה אחת, בני שמונה-עשרה עד שלושים, לקבוצה אחרת: בני שש עד שמונה-עשרה (ולמעשה אף לבני האפס עד שש) אשר ירכיבו בעוד שנים-עשרה שנים את קבוצת בני השמונה-עשרה עד שלושים. הדחייה מחצינה אם-כן עלויות ומאפשרת השגת הסכמה חברתית שלא היה ניתן להשיגה בלעדי דחיית ביצוע. מסיבה זו דחיית הביצוע עשויה להיות מוצדקת. ברם, להבדיל מהדוגמה של ערביי ישראל, ההצדקה החוקה לדחיית הביצוע אינה תקפה בעניין זה: דחיית הביצוע תגרום לכך שנטל ההסכמה החברתית ייפול על קבוצת בני-אדם הוזה בגודלה לזו שהנטל היה נופל עליה אלמלא דחיית הביצוע, בעוד שהנאתם של הנושאים החדשים בנטל – אלה שייתוספו לקבוצה בעקבות דחיית הביצוע – לא תהיה שקולה כנגד הנטל שההסכמה החברתית מטילה עליהם.³⁵

המצב היה שונה אילו היה אפשר לעצב את הסדר הפנסיה כך שהנטל היה מתחלק בצורה שוויונית יותר בין נהניה, ואף תוך התחשבות במידת הנאתם-בכוח מן ההסדר. כך, למשל, אילו היה שיעור המס שהיה מוטל על כל אדם רגיש לגילו, ועל-כן אף לסיכויי ליהנות בעתיד מהסדר הפנסיה (לבד מגורמים אחרים, כגון יכולת כלכלית, מצב בריאותי וכולי), ייתכן שההצדקה להסדר היתה חזקה יותר מאשר ההסדר שביצעו נדחה, שעליו דיברנו. ברם, אם השגת הסכמה כזו אינה אפשרית, כך שבלעדי החצנות אל בני שש עד שמונה-עשרה של היום (ואף אל בני אפס עד שש) לא תושג הסכמה כלשהי, דחיית ביצוע והשגת הסכמה עשויות להיות עדיפות על אי-השגתה של הסכמה כלשהי.

4. הפן האנטי-דמוקרטי של דחיית ביצוע

על-מנת שיהיה ניתן להשיג הסכמה חברתית שביצועה נדחה, יש למצוא דרך אפקטיבית לשריין את ההסכמה החברתית מפני שינוי עתידי. היכולת לשנות את ההסכמה החברתית הנדחית בהגיע המועד לביצועה עלולה לסכל את ההסכמה ולייתר את השגתה מלכתחילה. בעיה זו קיימת במקרים שבהם דחיית הביצוע מאפשרת החלפת צדדים, וכאשר לאחר החלפת הצדדים, במועד הביצוע הדחוי, תהיה הקבוצה הנותנת גדולה יותר מן הקבוצה המקבלת. בדומה לכך, דחיית ביצוע היוצרת החצנות אל הדורות הבאים

35 אם תגדל האוכלוסייה בעתיד, תביא הדחייה לידי חלוקת הנטל בין בני-אדם רבים יותר.

עלולה להיתקל בסירוב הדורות הבאים לשאת בעלויות, סירוב העלול להביא לידי ביטולה של ההסכמה הדחוייה. כוחו של הרוב הנוכחי למנוע מן הרוב העתידי את אפשרות ביטולה או שינויה של ההסכמה הדחוייה בהגיע מועד ביצועה הוא תנאי מקדמי לאפקטיביות הטכניקה של דחיית הביצוע.

הדרך לשריין את ההסכמה החברתית הנדחית היא כבילת שיקול-דעתו של הרוב העתידי כך שלא יוכל לבטל או לשנות את ההסכמה החברתית, לפחות לא ברוב רגיל. בלעדי כבילה כזו, לא יהיה ניתן להשיג הסכמות חברתיות שביצוען נדחה.³⁶ אך כאן בדיוק טמון הקושי: במדינות דמוקרטיות רבות נתפסת כבילת ידיו של הרוב העתידי כמעשה בלתי-לגיטימי החותר תחת אושיות המשטר הדמוקרטי, ועל-כן היא אסורה. כך, בבריטניה למשל, אין הפרלמנט רשאי לשריין את חוקיו מפני שינוי עתידי על-ידי רוב החברים בפרלמנט.³⁷ במדינות אחרות המשפט מכיר בכוחו של הרוב הנוכחי לשריין חוק מפני שינוי עתידי וכך לכבול את הדורות הבאים, אך כוח זה מוגבל. ראשית, כוח זה מוקנה לעיתים קרובות לגוף המכונן, ולא לגוף המחוקק "הרגיל", וניתן על-כן לעשות בו שימוש בחוקה, אך לא בחוק (ומכל מקום לא בחוק "רגיל").³⁸ שנית, כוח זה מתייחס

36 עם זאת ניתן לטעון שגם אם ההסכמה החברתית שביצועה נדחה אינה משוריינת מפני שינוי עתידי, יקשה לעיתים לשנותה בעת שיגיע מועד ביצועה אפילו אם הצדדים להסכמה לא היו מצליחים להגיע אליה במועד זה אלמלא היתה קיימת. טיעון זה מבוסס על כך ששינויו של הסטטוס-קוו קשה יותר בדרך-כלל מאשר שמירתו. כך, אם בדוגמה של ערביי ישראל ינסו היהודים לבטל את ההסכמה החברתית בעת שיגיע מועד ביצועה, הם עלולים להיתקל בהתנגדות קשה במיוחד מצד ערביי ישראל, ואף מצד רבים מן היהודים שביטול ההסכמה הקיימת ייראה להם, בצדק, בעל השלכות מרחיקות-לכת וחמור הרבה יותר מאשר אי השגתה של הסכמה מלכתחילה.

37 S. De Smith & R. Braizer *Constitutional and Administrative Law* (London, 7th ed., 1994) 79; A.W. Bradley & K.D. Ewing *Constitutional and Administrative Law* (London & New York, 12th ed., 1997) 63

38 לשם מניעת סרבול בניסוח, נכנה "חוקה" הן חוקה ממש והן חוקים בעלי מעמד מקביל לשל חוקה, כגון חוקי-יסוד. ראו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך א) 428. פרופסור רובינשטיין טוען כי הכלל המשוריין היחיד הוא הכלל שלפיו "חוק מאוחר מבטל קודמו". "יש בקביעה זו [המשורינת חוק רגיל - ע' י', א' פ'] משום פגיעה בעקרון הרוב, פגיעה אשר איננה מוצדקת כאשר אין המדובר בהוראות בעלות אופי חוקתי, הן מבחינה פורמלית - היינו, מעוגנות בחוק יסוד - והן מבחינה מהותית" (שם, בע' 431). ראו גם דברי הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 410, כי שריון הוראות חוק רגילות הינו אנטי-דמוקרטי: "הכרה בכבילה עצמית של סמכות החקיקה הרגילה, מונעת מהרוב של היום מלשנות מהסדרים של יום יום שנקבעו בעבר. הכרה בה מחייבת תשובה לשאלה, מהו הצידיק להעניק לדור אחד את הכוח להכתיב את דרכי ההתנהגות היומיומית של הדור האחר?" הנשיא שמגר קבע בעניין בנק המזרחי

בדרך-כלל לנורמות כלליות מאוד, בעלות "רקמה פתוחה", כגון "שוויון, חירות וצדק" או "כבוד האדם וחירותו", המתפרשות על-ידי בתי-המשפט בכל דור ודור באופן העולה בקנה אחד עם התפיסות הרווחות בחברה באותה עת.³⁹ לפיכך ניתן לסבור כי למעשה, גם אם לא להלכה, אין החוקה יוצרת כבילה "אמיתית", אלא כבילה "מדומה" בלבד, מכיוון שהדרך שבה הנורמות הכלליות של החוקה מתפרשות מזמן לזמן מנתקת אותן אט-אט מן הכוונות המקוריות של מכונני החוקה, ומתאימה אותן למציאות המשתנה. מכאן שגם במדינות שבהן הגוף המחוקק מוגבל על-ידי חוקה, כבילה "אמיתית" לא תיתפס בדרך-כלל כלגיטימית. היות שדחיות הביצוע שמאמר זה עוסק בהן כורכות עמן כבילות "אמיתיות", ניתן לשער שהן עלולות להיחשב בלתי-לגיטימיות אף במדינה שקיימת בה חוקה המתיימרת לכבול את הדורות הבאים.

למרות כל זאת, יש מדינות שהוקותיהן מכילות כבילות "אמיתיות", המונעות מחוקקים עתידיים מלסטות מהן. כבילות אלה נעשות לעיתים ברמה החוקתית ולעיתים הן נעשות בחוק (שרוב מיוחד נדרש בדרך-כלל לקבלתו). זאת ועוד, גם כאשר הכבילה מתייחסת לנורמות כלליות, כגון "שוויון, חירות וצדק" או "כבוד האדם וחירותו", יש שיאמרו, בניגוד לנטען בפסקה הקודמת, שהכבילה אינה כה מדומה, מכיוון שאף לנורמות הכלליות יש משמעויות אובייקטיביות בעלות תוקף אונטורסלי, בלתי-תלוי בזמן, ועל-כן הן מגבילות באופן "אמיתי" את כוחו של הרוב העתידי לחוקק את חוקיו כרצונו.

המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (שם, בע' 289) כי סמכות הכבילה של הרשות המחוקקת היא ביחס "לערכי יסוד של מדינת ישראל" שהינם "ערכים אשר מתאפיינים בקונצנזוס חברתי רחב". בארץ קיימים חוקי-יסוד משוריינים אחדים שאינם מייצגים אומנם קונסנזוס חברתי, אך שבית-המשפט העליון נתן תוקף לכבילה שהם יוצרים, וקבע כי חוק של הכנסת שעומד בסתירה להוראה המשוריינת של חוק-היסוד הינו בטל. חוקי-היסוד המשוריינים הם: חוק יסוד: הכנסת, ס"ח 244, 69 - סעיפים 4, 9, א, 44 ו-45; חוק יסוד: הממשלה, ס"ח 178, 158 - סעיף 44; חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח 1454, 90 - סעיפים 7 ו-8. כן ראו סעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, התשמ"ד-1984, ס"ח 1121, 178, המתנה את שינוי החוק ברוב של חברי-הכנסת. מקרה אחרון זה אינו מקרה טיפוסי שבו חוק משוריין מפני שינוי, שכן אין הוא עוסק בזכויות-יסוד חוקתיות. סעיפי חוקה משוריינים קיימים גם בדין הזר: פרק 5 לחוקה האמריקאית משוריין מפני שינוי את הוראת החוקה שלכל מדינה יהיה מספר שווה של סנטורים בסנט של ארצות-הברית. ראו: U.S. Const. Art. 5. סעיף 139 לחוקה האיטלקית משוריין מפני כל שינוי את האופי הרפובליקאי של המשטר. ראו: Title VI, Sec. II, art. 139 It. Cost. סעיף 79(3) לחוק-היסוד הגרמני (Grundgesetz) משוריין מפני כל שינוי את חלוקת הפדרציה הגרמנית למדינות, את השתתפותן של המדינות בהליכי החקיקה ואת עקרונות הבסיס של חוק-היסוד. ראו: §79 Nr. 3 GG.

39 לדעה כי נורמה שאומצה באופן פורמלי כשינוי חוקתי לא תיחשב לנורמה חוקתית אם אינה מאפשרת חופש פרשני כזה ראו א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד, כרך ג) 566-567.

אחת ההצדקות החזקות ביותר להכרה בכוחו של הרוב הנוכחי להגביל את כוחו של הרוב – הנוכחי והעתידי כאחד – הינה שכבילה כזו משרתת את האינטרס של הרוב (ושל המיעוט) ליטול על עצמו התחייבויות אמינות כלפי המיעוט, וכך לזכות בשיתוף-פעולה מצידו.⁴⁰ מכיוון שכוח החקיקה מצוי בידי הרוב, מקנן בליבו של המיעוט חשש שהרוב יעשה בעתיד שימוש בכוחו החקיקתי ויטול ממנו את התמורה שהובטחה לו בעבור שיתוף-הפעולה. על-מנת להפיג חשש מוצדק זה, שבלעדיו לא תושג הסכמה מלכתחילה, נדרשת דרך אפקטיבית שבאמצעותה יוכל הרוב לשריין את זכויותיו של המיעוט מפני פגיעה עתידית בו על-ידי הרוב. האינטרס המובהק של הרוב הוא אם-כן לשלול מעצמו – ומרוב עתידי כלשהו – את הכוח לשנות את החוק שזה עתה נחקק וליטול מן המיעוט את אשר הובטח לו.

האם הצדקה זו לכוחו של הרוב לכבול את ידי הרוב העתידי יכולה להצדיק דחיית ביצוע של הסכמה חברתית במצבים הנידונים במאמר זה? נראה שלא, בדרך-כלל. כזכור, דחיית הביצוע של ההסכמה החברתית מאפשרת החלפת צדדים והחצנת עלויות. במקרה של החלפת צדדים, אחת הסיבות העיקריות לכך שהרוב ניאות לאמץ את ההסכמה החברתית הנדחית, המיטיבה עם המיעוט, הינה שהיחידים המרכיבים את הרוב יודעים כי קיימת אפשרות ממשית שהם ירכיבו בעתיד את המיעוט, ועל-כן ייהנו מן ההסכמה, ולא רק יישאו בעלויותיה. בדומה לכך, במקרים הכרוכים בהחצנת עלויות, הרוב והמיעוט מסכימים לדחיית הביצוע משום שהם יודעים כי צדדים שלישיים, העשויים להוות בעתיד את הרוב, יישאו בעלויות ההסכמה החברתית, בעוד שהם ייהנו ממנה בעיקר. בקצרה, ברוב המקרים שנידונו במאמר, שריון ההסכמה החברתית הנדחית מפני שינוי לא הונעה – מנקודת-מבטו של הרוב – על-ידי רצונו להגן באופן אפקטיבי על המיעוט, אלא על-ידי רצונו להגן על היחידים המרכיבים את הרוב הנוכחי אם וכאשר ירכיבו את המיעוט בעתיד.⁴¹

40 אחת הדוגמות השכיחות להסכמתו של הרוב ליטול על עצמו התחייבויות לטובת המיעוט היא בעריכת הסכמים קואליציוניים לפני הבחירות לכנסת או אחריהן. מאחר ששיטת הממשל הישראלית בנויה על ריבוי סיעות והיעדר רוב מכריע בשלטון לסיעה אחת, שיתוף-פעולה של סיעות מיעוט עם סיעת הרוב חיוני ביותר לזו האחרונה. ראו לעניין זה נ' כהן "ההסכם הפוליטי" המשפט א (תשנ"ג) 59; ג' שלו "הסכמים פוליטיים" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 215. כן ראו בג"צ 1635/90 זרזיבסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749; בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73.

41 לכאורה, ניתן לטעון שאין כל רע בכך שהמניע של הרוב בהגנה על המיעוט הוא החשש שהרוב ייהפך בעתיד למיעוט. כך, למשל, אין כל רע בכך שהרוב הלבן ישריין את זכויותיו של המיעוט השחור אך ורק בגלל החשש שהלבנים ייהפכו בעתיד למיעוט. אך מקור הלגיטימציה של שריון כזה הינו בעובדה שהדור המשריין נשא בעול בדיוק כמו הדור שהשריון נכפה עליו. כלומר, הרוב הלבן המגן על זכויות המיעוט מן הטעם שבעתיד יהיה הוא במיעוט יוכל לקבל בעתיד לגיטימציה מן הרוב השחור העתידי להגנה כזו רק אם בעבר, כאשר הלבנים היו רוב (והשחורים היו במיעוט), הגנו הלבנים על זכויות

מניע זה של הרוב העתידי להגן על יחידי הרוב, ולא על המיעוט, אינו מאפשר אם-כן להצדיק את כבילת שיקול-דעתו של הדור העתידי בהגנת המיעוט. זאת ועוד, המניע של הרוב הנוכחי להגן על פרטיו, ועליהם בלבד, יוצר טיעון מיוחד של אי-לגיטימיות העלול לעורר את רוגזם של הדורות הבאים: הרוב של הדור הנוכחי הטיל על הדור העתידי נטל שהדור הנוכחי לא היה מוכן לשאתו בתורו. דוגמת הפנסיה ממחישה את הדברים. על-פי דוגמה זו, האוכלוסייה הבוגרת לא היתה יכולה להגיע להסכמה על ביצוע מידי של הסדר הפנסיה משום שה"צעירים" לא היו מוכנים לשאת בנטל הפנסיה של ה"מבוגרים". הדרך היחידה להגיע להסכמה כזו היתה דחיית ביצוע, והטלת עיקר הנטל על שכמם של ה"ילדים", שיהיו בעת שיחל ביצועו של הסדר הפנסיה את קבוצת ה"צעירים". ניתן בהחלט לשער שבמועד הביצוע יכפרו ה"צעירים" של אותה עת בלגיטימיות של ההסדר, ויתריסו כנגד ה"מבוגרים" של אותה עת כי אינם מעוניינים לשאת בנטל לטובתם של ה"מבוגרים", שלא היו מוכנים לשאת בעבר בנטל דומה לטובת המבוגרים מהם.⁴²

בדומה לכך, בדוגמת האבטלה, לא היו העובדים מוכנים לתמוך בביצוע מידי של הפתרון הצרפתי משום שאילו עשו כן, הם היו נאלצים לוותר באופן מידי על חלק משכרם. נכונותם לתמוך בהסכמה שביצועה נדחה נובעת מכך שקיימת הסתברות מסוימת שהם ייהנו מן ההסדר בעתיד, והיו "המקבלים", ולא דווקא "הנותנים". עם זאת, בעוד חמש-עשרה שנים, כאשר יבוצע ההסדר, יש לשער כי אלה שהינם מובטלים בהווה ואשר יהיו עובדים בעוד חמש-עשרה שנים יתרעמו על שעליהם לוותר על חלק משכרם לטובת המובטלים, שהיו בחלקם עובדים חמש-עשרה שנים קודם-לכן ולא היו מוכנים או לוותר על חלק משכרם לטובת המובטלים של אז. לפיכך, העובדים של עוד חמש-עשרה שנים, ובעיקר אלה מביניהם שהיו מובטלים בעבר, עלולים לכפור בלגיטימיות של ההסכמה הנדחית.

ניתן אם-כן לסכם שהסכמות נדחות נחזות על פניהן כבלתי-לגיטימיות במשטר דמוקרטי מכיוון שהכבילה הנלווית אליהן, והחיונית להצלחתן, מטילה על הדורות הבאים נטל שהדור הנוכחי לא היה מוכן לשאתו בתורו, ומכל מקום, הכבילה נעשית לא לשם הגנת המיעוט. אלא שדעתנו היא שאין להסיק מכך כי הסכמות נדחות שכבילה נלווית להן הינן בלתי-לגיטימיות תמיד. לדעתנו, לפחות כאשר הסכמות אלה יוצרות "צדק

המיעוט. אם יאמצו הלבנים כלל המגן על זכויות המיעוט רק בעוד שנים, כאשר יהיו הם במיעוט, סביר להניח שהרוב השחור העתידי, אם יסבור שבעת שהיה מיעוט לא הגנו עליו כראוי, לא יכיר בלגיטימיות של עיקרון חוקתי זה.

42 לכאורה, הדחייה של הסדר הפנסיה יוצרת בעיה דומה לדחיית האיסור על הסחר בעבדים. בשני המקרים פגעה הדחייה בציבור שלא היה שותף להסכמה החברתית: במקרה הראשון נפגעו הילדים של הדור הנוכחי ובמקרה השני נפגעו העבדים של הדור שבזמנו אומצה החוקה. אכן, הן הילדים והן העבדים היו צפויים להתנגד לדחייה שהוסכם עליה. אך קיים הבדל עקרוני בין שני המקרים. במקרה הראשון, כאשר יגדלו הילדים, הם יהיו מעוניינים לבטל את ההסדר ולהשתחרר מן הנטל שהטיל עליהם הדור הקודם. העבדים, לעומת זאת, יתמכו באיסור הסחר בעבדים כאשר יגיע המועד הדחוי לכך בין שהיו עבדים בעת שאומצה החוקה ובין אם נולדו לאחר-מכן.

בינדורי", מוצדק לדרוש מהדור העתידי לכבד את הכבילה שהשית עליו הרוב של הדור הקודם.

ראשית, ניתן לבסס את הלגיטימיות של ההסכמה הנדחית והכבילה הנלווית אליה על כשל במנגנון הדמוקרטי, הגורם לכך שדור המעוניין להיטיב עם הדור הבא אינו יכול להבטיח לעצמו שהדור הבא ישיב לדור הקודם כגמולו ויטיב עמו. כשל זה היה נמנע אילו היו נציגיהם של כל הדורות חברים בגוף המחוקק והיו מקבלים החלטות מעבר למסך בערות דורי, דהיינו מבלי לדעת לאיזה דור הם משתייכים. ההסדר הנדחה והכבילה הנלווית לו מוצדקים על-פי טענה זו בקיומו של אינטרס לכלל דור ודור להבטיח לדור הקודם לו שאם דור קודם זה יאמץ בתורו הסכמה המקיימת "צדק בינדורי", הוא, הדור הבא, יכבד אותה. יתר על-כן, העובדה שהדור הבא מכבד את ההסכמות הנדחות שאומצו על-ידי הדור הקודם מקנה לו לגיטימיות לכבול את הדור שיבוא אחריו. מכאן שההכרה החוקתית בלגיטימיות של הכבילה ההכרחית לקיומן של הסכמות נדחות – לפחות הסכמות נדחות היוצרות צדק בינדורי – מקדמת את האינטרס החברתי לדורותיו.

שנית, כמו בכל כבילה חוקתית, הלגיטימיות שלה נובעת לא רק מן הפרוצדורה שבה התקבלה, אלא גם מתוכנה, ולעניין זה אין כל הבדל בין כבילה חוקתית של הסכמה חברתית נדחית לבין כבילה חוקתית אחרת. כך, אם הסדר הפנסיה שבו דנו יאומץ כך שכל הנטל יועתק מכתפי ה"צעירים" של הדור הנוכחי לכתפי ה"צעירים" של הדור הבא, תוטל הלגיטימיות שלו בספק. לעומת זאת, אם יחולק הנטל של הסדר הפנסיה בין הדורות באופן הוגן, תגדל הלגיטימיות שלו. אף סביר להניח שהדור הבא יכיר בלגיטימיות זו גם אם הוא עצמו (בדומה לדור שקדם לו) לא היה מוכן לאמץ את ההסדר אילו היה מוצע לו לאמצו במצב של היעדר הסכמה קודמת. בדומה לכך, יש להניח, בדוגמת האבטלה, שאילו היו כל העובדים יודעים שהם ייהפכו בוודאות למובטלים בעוד חמש-עשרה שנים, היתה דחיית הביצוע בלתי-לגיטימית. יש אף להניח שהעובדים של עוד חמש-עשרה שנים היו כופרים בלגיטימיות של ההסכמה החברתית הנדחית ומסרבים לקיים אותה. לעומת זאת, אם ההסתברות להחלפת צדדים כזו אינה גבוהה (למשל, 0.2 בלבד), וברור לכל שהעובדים של היום, בשעת השגתה של ההסכמה החברתית, נטלו על עצמם נטל משמעותי, יש להניח שהלגיטימיות של ההסכמה החברתית תגדל ואף תוכר על-ידי אלה שיהיו עובדים בעוד חמש-עשרה שנים וישיאו בנטל ההסכמה החברתית הנדחית.

ברם, מעבר לטיעון הכללי הנוגע ללגיטימיות של הרוב הנוכחי לכבול את כוחו של הרוב העתידי, קיימות הצדקות מיוחדות התומכות באימוצן של הסכמות חברתיות נדחות. הצדקות מיוחדות אלה והתנאים לתחולתן נידונו בתת-פרקים הקודמים. אם תנאים אלה מתקיימים, ההסכמות הנדחות ייהפכו ללגיטימיות.

ההצדקות המיוחדות להסכמות החברתיות הנדחות מלמדות כי דחיית ביצועה של הסכמה חברתית עשויה להיות טכניקה אפקטיבית המביאה לידי השגת הסכמות חברתיות רצויות וצודקות. הסברנו כי בלעדי מתן כוח לצדדים להסכמה החברתית לכבול את ידי הרוב העתידי מלשנותה, בעת שיגיע מועד ביצועה, לא יהיה ניתן לעשות שימוש בטכניקה של דחיית הביצוע. ההצדקות לשימוש בטכניקה של דחיית הביצוע נעשות אם-כן אף הצדקות לכוחו של הדור הנוכחי לכבול את ידי הרוב העתידי, ולמנוע אותו מלבטל במחי יד את ההסכמה החברתית הנדחית.

ד. סיכום ומסקנות

מאמר זה ביקש להראות כי דחיית ביצוע של הסכמה חברתית מאפשרת לעיתים קרובות "החלפת צדדים" והחצנת עלויות אל צדדים שלישיים, וכך מגדילה את הסיכויים להשיג הסכמות חברתיות רצויות מבחינה חברתית. ההסכמה החברתית הנדחית צודקת והוגנת יותר במקרים רבים מאשר הסכמה שביצועה מייד, מכיוון שהיא יוצרת לעיתים צדק בינדורי, בהטילה את נטלי ההסכמה החברתית על כל הנהנים ממנה, ולא רק על הדור הנוכחי. במקרים אחרים, דחיית ההסכמה החברתית מאפשרת לפרטים המרכיבים את הצדדים להסכמה החברתית לקבל החלטות ניטרליות יותר, נגועות פחות באינטרסים אישיים, כאילו השקיפו על נשוא ההסכמה מעבר למסך בערות רולסיאני. הסכמה חברתית נדחית הינה לגיטימית במשטר דמוקרטי אף-על-פי שהיא מלווה בכבילת שיקול-דעתם של הדורות הבאים ושל מחוקקים עתידיים, בתנאי שאינה מטילה את כל נטלי ההסכמה או את עיקרם על הדורות הבאים ופוטרת מהם את הדור הנוכחי.

האם ניתן למצוא הסכמות חברתיות נדחות בעולם המציאות? חוקים רבים והסדרים משפטיים שונים מתחילים להתבצע זמן-מה, ולעיתים זמן רב, לאחר שנחקקו. לחוקים ולהסדרים אלה יש השלכות חלוקתיות, וניתן לשער שבחלק מן המקרים, שיקולים דומים לאלה שנידונו במאמר זה עמדו אף לנגד עיני המחוקקים או לנגד עיני נציגיגיהן של הקבוצות החברתיות שהיו צד להסדר בעת שהסכימו על דחיית הביצוע. עם זאת יש לזכור כי הסיבות לדחיית הסכמות חברתיות רבות ומגוונות, ורובן לא נידונו במאמר זה. דחיית ביצועו של חוק או הסדר משפטי אחר נובעת בדרך-כלל מן הרצון לאפשר לכפופים לו ולמושפעים ממנו להכין עצמם לקראתו בעוד מועד. במקרים אחרים, דחיית ביצוע מלווה באי-ודאות אם מועד ביצועו הדחוי של החוק או ההסדר המשפטי אכן בוא יבוא. אי-ודאות זו עשויה לעיתים לאפשר את השגת ההסכמה הדרושה לחקיקת החוק או קביעת ההסדר, שלא היתה מושגת בלעדי מרכיב אי-הוודאות. סיבות אלה הן מחוץ לגדרו של המאמר. קשה למצוא מקרים שבהם ניתן לקבוע בוודאות שהחלפת צדדים או החצנת עלויות היא שהניעה את דחיית ביצועה של ההסכמה החברתית כפי שהתגבשה בחוק או בהסדר משפטי אחר.⁴³ נדמה לנו שמיעוט המקרים שבהם הונעה דחיית הביצוע על-ידי השיקולים שנידונו

43 להלן דוגמות אחדות למקרים שבהם נדחה ביצועו של חוק או הסדר משפטי. בהצעת דירקטיבה המבקשת להוציא אל מחוץ לחוק את השימוש ב"גוללות רעל" למניעת השתלטויות עויינות נקבע כי כניסת האיסור לתוקף תידחה לשנת 2010 (כלומר, כשמונה שנים ממועד הדיונים). אולם הפרלמנט של האיחוד האירופי סירב לאשר, מטעמים אחרים, את הצעת הדירקטיבה, והיא לא נכנסה מעולם לתוקף. ראו: Amended Proposal for a European Parliament and Council Directive on Company Law Concerning Takeover Bids (unpublished draft, 1999). ההצעה על העברתה של הונג-קונג לשלטונה של סין, שנחתמה בשנת 1984, קבעה כי ההעברה תבצע בשנת 1997 (דחייה של שלוש-עשרה שנים). באחד מנספחי ההצעה נקבע כי ניתן להאריך את זכויות השכירות והחכירה בקרקעות של הונג-קונג, שהיו בשליטת בריטניה, בחמישים

במאמר זה נובע מן החשש של הצדדים להסכמות החברתיות שדחיית ביצוע משיקולים של החלפת צדדים או החצנת עלויות אינה לגיטימית, אינה חוקית, וכי אין דרך לשריין אותה מפני ביטול או שינוי בעתיד.

מטרתו של מאמר זה היא להראות שבמקרים רבים אין לחשש זה, אם הוא קיים, מקום או בסיס, וכי דחיית ביצועה של הסכמה חברתית הינה לא רק טכניקה בעלת פוטנציאל המאפשרת השגת הסכמות כאלה, אלא אף דרך לגיטימית, רצויה וצודקת.

שנים נוספות מיום ההעברה לסין, כלומר עד לשנת 2047. ראו: Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong. סעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח 1454, 90, המביא לידי ביטולם של חוקים הנוגדים אותו, מנע מלכתחילה את ביטול החוקים שנתיים לאחר שנחקק, תקופה שהוארכה פעמים מספר. סעיף 107 לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תש"ל-1970, ס"ח 593, 65, שנוסף בחוק ההסדרים במשק מדינת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), תשס"ב-2002, ס"ח 1831, 146, קובע כי הוראות החוק לא יחולו על עובדים שהחלו את עבודתם לאחר היום הקובע שנקבע בחוק. חוק גמלאות לנושאי-מישרה ברשויות השלטון, תשכ"ט-1969, ס"ח 555, 98, קובע כי נושאי משרה שהחלו את כהונתם לאחר היום הקובע שנקבע בחוק לא יזכו בפנסיה צוברת לפי החוק. חוק הגנת הדייר (בנינים חדשים), תשט"ו-1955, ס"ח 175, 46, קובע שעל בניינים חדשים שהושכרו ושבנייתם הסתיימה לאחר תחילתו של החוק לא יחולו הגבלות שונות של דמי שכירות במשך עשר השנים הראשונות להשכרתם. בכמה מקרים נקבע כי תוקפו של חוק או הסדר משפטי אחר יפוג כעבור שנים מספר. אף שאין זהות בין דחיית ביצוע לבין ביצוע לתקופה מוגבלת, יש דמיון מסוים בין שתי הטכניקות, ואף המטרות של השימוש בהן עשויות להיות דומות. באמנה לייסוד הקהילייה האירופית לפחם ולפלדה, 1951 (The European Coal and Steel Community Treaty) נקבע כי תוקפה של האמנה יפוג כעבור חמישים שנים מיום תחילתה. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, ס"ח 1658, 152, מטיל על מעבידים חובה לדאוג לייצוגם ההולם של אנשים עם מוגבלויות במקומות ההעסקה. אולם תוקפה של חובה זו פג כעבור שבע שנים מיום תחילתו של החוק. תוקפו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ב-2002, ס"ח 8162, 521, המסדיר את התנאים שבהתקיימם יידחה גיוסם של תלמידי ישיבות, פג כעבור חמש שנים מיום פרסומו. חוק איסור התערבות גנטית (שיבוט אדם ושינוי גנטי בתאי רבייה), תשנ"ט-1999, ס"ח 1697, 47, חוקק לתקופה קצובה של חמש שנים, שבה לא תתבצע התערבות גנטית בבני-אדם, וזאת לשם בחינת ההיבטים המוסריים, המשפטיים, החברתיים והמדעיים של התערבות זו והשלכותיהם על כבוד האדם. חוק משק החשמל, תשנ"ו-1996, ס"ח 1579, 208, המסדיר את פעולתו של משק החשמל בישראל, מחייב לא לפגוע ברשיונותיה של חברת החשמל לתקופה של עשר שנים מיום תחילתו.

