



# שקלול ערכים ואיזון אינטרסים

**ראם שגב**

בהנחיית מרדכי קרמניצר

הספרייה  
לדמוקרטיה

## תקציר

אחת השאלות הנורמטיביות המרכזיות נוגעת להכרעה בין ערכים מוסריים מתנגשים. הכרעה כזו דרושה לעתים קרובות בתחומים כגון פילוסופיה, כלכלה ומשפט. לפי מינוח מקובל, הכרעה בין ערכים מתנגשים משקפת 'איזון' של ערכים, שיקולים או אינטרסים. בהקשר זה עולות שאלות מכמה סוגים. בסוג אחד נכללות שאלות מהותיות: אילו ערכים קיימים, אילו שיקולים ראוי לגזור מהם, מהי מידת חשיבותם של שיקולים אלו, וכן – אילו עקרונות הכרעה ראוי לקבוע בין סוגים שונים של שיקולים? בסוג אחר נכללות שאלות מוסדיות: איזה אדם או איזה גוף ראוי שיחליט בשאלות הנורמטיביות האמורות, וכן – האם טיבה הנורמטיבי של ההכרעה צריך להיות גלוי או מוצנע?

בנוגע לשאלות המהותיות חשוב להבחין בין המובן היסודי של איזון אינטרסים – הרעיון שהדרך הראויה להכרעה בשאלות נורמטיביות היא התחשבות בכל השיקולים הרלוונטיים; שיש להעניק משקל ראוי לכל שיקול; ושההכרעה בין שיקולים מתנגשים צריכה להיעשות לאור המאפיינים שלהם, ובפרט לאור מידת חשיבותם, ובין תפיסות מהותיות ומוסדיות של מושג זה. המובן היסודי של מושג האיזון הוא חסר תחליף סביר, אם כי בשל כלליותו הוא כמעט ריק מתוכן מהותי. לעומת זאת יש מחלוקות אשר לתפיסות המהותיות של מושג זה, בכללן המחלוקות הנוגעות לזיהוי השיקולים הרלוונטיים בכל מצב, לקביעת משקלם ולהכרעה בין שיקולים נוגדים. נוסף על אלו יש מחלוקות בנוגע לסוגיה המוסדית של זהות האדם או הגוף אשר ראוי שיחליט בשאלות המהותיות האמורות במישור המשפטי. תפיסות ספציפיות שונות של שקלול שיקולים או איזון אינטרסים יוצקות תוכן לרעיון היסודי האמור בשני המישורים הללו – המהותי והמוסדי. לעתים קרובות לא נעשית הבחנה ברורה בין המובן היסודי של מושג האיזון ובין התפיסות המהותיות והמוסדיות שלו. חוסר הבחנה כזה בולט בעיקר כאשר נמתחת ביקורת על המובן היסודי של האיזון בהתבסס על נימוקים הנוגעים רק לתפיסה מהותית או מוסדית מסוימת שלו.

במישור המוסדי עולות כמה שאלות: לפי אילו קריטריונים ראוי לקבוע כללים משפטיים – בכלל זה לפי אילו קריטריונים ראוי לנתח את ההצדקה לכללים משפטיים נוהגים, לתמוך בהם או לבקר אותם – ולפי אילו קריטריונים ראוי לפרש כללים משפטיים קיימים. ההבחנה המרכזית בהקשר זה היא בין קריטריונים נורמטיביים – המחייבים ניתוח של שיקולים מוסריים – לבין קריטריונים לא נורמטיביים – שאינם מחייבים ניתוח כזה. אחת התשובות

האפשרויות היא שאת התוכן של כללים משפטיים יש לקבוע לפי המוסר האידיאלי, כלומר בהתאם לעמדה המוסרית הראויה לדעת קובע הכללים. תשובה אפשרית שנייה היא שיש לקבוע את התוכן של כללים משפטיים לאור המוסר הנוהג המקובל בחברה הרלוונטית. תשובה שלישית היא שראוי לקבוע את התוכן של כללים משפטיים לאור המשפט הנוהג באותה שיטת משפט, כלומר יש לשמר את הכללים המשפטיים הקיימים בתחום הרלוונטי (אם יש כאלה) או להקיש מכללים משפטיים קיימים, העוסקים בנושאים דומים (בין שיש כללים משפטיים העוסקים בתחום הרלוונטי בין שאין), או מכללים משפטיים בשיטות משפט אחרות, העוסקים בתחום הרלוונטי או בנושאים דומים. בכל הנוגע לפרשנות עומדות על הפרק גם החלופות של פרשנות בהתאם למובן המקובל של נוסח הטקסט או בהתאם לעמדתו של מנסח הטקסט.

הגישה הראשונה – הגישה הקובעת שיש לאמץ את הפרשנות הראויה לדעת הפרשן – מחייבת ניתוח נורמטיבי, לרבות הכרעה בין שיקולים מתנגשים. לעומת זאת הגישות האחרות אינן מחייבות ניתוח נורמטיבי אלא תיאורי (עובדתי, אמפירי): בחינה של המוסר הנוהג המקובל בחברה הרלוונטית או של המשפט הנוהג בשיטת המשפט הרלוונטית או בשיטות משפט אחרות. כמובן, החלופות הלא נורמטיביות – הן בעניין קביעת הדין בהתאם למוסר הנוהג או למשפט הנוהג הן בעניין פרשנות הדין בהתאם לנוסח הטקסט או למטרת מנסח הטקסט – מחייבות הכרעה נורמטיבית מוקדמת, אם כי לא של קובע הדין או מפרש הדין אלא של אדם אחר או אנשים אחרים, כגון רוב הציבור (אם מדובר בקביעת הדין בהתאם למוסר הנוהג) או מנסח הטקסט (אם מדובר בפרשנות לאור עמדת המנסח). לכן המשמעות של הגישות הלא נורמטיביות היא החלטה (בעלת משמעות נורמטיבית כמובן) של קובע הדין או של הפרשן להעביר את ההכרעה הנורמטיבית בעניין תוכן הדין לאדם אחר או לאנשים אחרים. השיקולים הנורמטיביים בעד ונגד החלופות השונות אינם מוליכים למסקנה גורפת לאמץ תמיד חלופה מסוימת, אלא למסקנה שלעתים יש לאמץ חלופה אחת ולעתים חלופה אחרת. לכן הפנייה לשיקולים הנורמטיביים האמורים אינה צריכה להיות פנייה חד־פעמית, אלא עליה להיבחן מחדש בכל הקשר. לפעמים המסקנה שיש לקבוע את הדין או לפרש את הדין ישירות לאור שיקולים נורמטיביים עשויה להיות הגישה הישימה היחידה או הגישה הראויה ביותר. אין פירוש הדבר, כמובן, שניתוח נורמטיבי של שופטים הוא תמיד ניתוח מושלם, אלא שאפשר שלעתים ההסתמכות על שיקולים נורמטיביים עדיפה מהחלופות האחרות. ניתוח שיקולים

נורמטיביים צריך אפוא להיות בעל תפקיד מרכזי הן במסגרת המשפט הראוי הן במסגרת המשפט הנוהג.

דוקטרינת איזון האינטרסים במשפט הישראלי – הממלאת תפקיד מרכזי בכל תחומי המשפט – מעוררת כמה קשיים. הקושי הבסיסי ביותר נוגע לרמת הכלליות שבה מוגדרים השיקולים העומדים על הפרק. רמת הכלליות שבה ראוי לנתח שיקולים מתנגשים נגזרת מטיבם של השיקולים הרלוונטיים, שכן תוכן השיקולים קובע את המאפיינים העובדתיים שיש להם משמעות נורמטיבית. למשל, אם השיקולים בזכות חופש הביטוי תומכים במידה שווה בכל סוגי הביטויים, יש להתייחס לערך או לשיקול או לאינטרס הכללי של חופש הביטוי; אבל אם חלק מהשיקולים חלים (במידה שונה) על חלק מסוגי הביטויים, יש להבחין בין היבטים שונים של השיקול בעד חופש הביטוי. יש להיזהר אפוא, מצד אחד, מפני ניתוח ברמת כלליות גבוהה מדי, שכן ניתוח כזה אינו משקף את כל הנתונים בעלי המשמעות הנורמטיבית. מצד שני יש להיזהר גם מפני ניתוח ברמת כלליות נמוכה מדי, שכן ניתוח כזה עלול להוליך לייחוס חשיבות נורמטיבית לנתונים שאין להם חשיבות כזו. דוקטרינת איזון האינטרסים במשפט הישראלי לוקה בעיקר בפגם הראשון – רמת כלליות גבוהה מדי, שאינה משקפת את דרגות החשיבות של ההיבטים השונים. בתי המשפט בישראל נוהגים להגדיר את האינטרסים המתחרים ברמת כלליות גבוהה מכדי שיהיה מכנה משותף חזק דיו בין ההיבטים השונים מבחינת מידת חשיבותם. דוגמאות בולטות הן האינטרסים של 'שלום הציבור' ושל 'הסדר הציבורי'. שני האינטרסים העמומים והרחבים הללו פורשו על ידי בתי המשפט ככוללים כמעט כל אינטרס לגיטימי שאפשר להעלות על הדעת. אינטרסים אחרים שהוגדרו בצורה רחבה מדי על ידי הפסיקה הם 'ביטחון המדינה' ו'חופש הביטוי'.

ניתוח של אינטרסים מתחרים ברמת כלליות כה גבוהה אינו סביר כשהוא משולב עם דירוגים גורפים של אינטרסים וקביעת נוסחאות איזון גורפות, כפי שעשו בתי המשפט בישראל. כאשר אינטרסים מוגדרים ברמת כלליות גבוהה מאוד, אין היגיון בקביעה גורפת שאינטרס אחד חשוב מאינטרס אחר, שכן היבטים מסוימים של אינטרס אחד חשובים מהיבטים מסוימים של אינטרס שני ולעומתם היבטים אחרים של האינטרס השני חשובים מהיבטים אחרים של האינטרס הראשון. לדוגמה, הנוסחה שלפיה יש להגביל ביטויים היוצרים סכנה לסדר הציבורי שהסתברות התממשותה גבוהה היא נוסחה בלתי סבירה, שכן היא אינה מבחינה בין הסתברות נמוכה שתיווצר סכנה להיבטים חשובים של הסדר הציבורי – למשל לחיי אדם – לבין הסתברות

גבוהה יותר שתיווצר סכנה להיבטים חשובים פחות של הסדר הציבורי – למשל להגבלה קלה על חופש התנועה.

ההבחנות שעשו בתי המשפט בין היבטים שונים של האינטרסים העומדים על הפרק אינן מספקות. נוסחת האיזון המקובלת קובעת שיש להעדיף שיקול אחד המוגדר ברמת הפשטה גבוהה על פני שיקול אחר, המוגדר גם הוא ברמת הפשטה גבוהה, בתנאי שמתן עדיפות לשיקול הראשון אינו כרוך ביצירת סכנה שהסתברות התממשותה גבוהה לפגיעה חמורה בשיקול האחרון. לדוגמה, נפסק כי בהכרעה בין חופש הביטוי לבין הסדר הציבורי יש להעדיף את חופש הביטוי, אלא אם קיימת סכנה בהסתברות גבוהה לפגיעה חמורה בסדר הציבורי. נוסחאות כאלה מבחינות אפוא בין פגיעות שונות לפי חומרתן ובין סכנות שונות לפי סיכויי התממשותן. אולם הבחנה זו אינה מספיקה. ראשית, היא מוגבלת להבחנה בין פגיעות קונקרטיות ואינה כוללת הבחנה בין היבטים שונים של אינטרסים ברמות הביניים. לדוגמה, ראוי להבחין בין היבטים שונים של הסדר הציבורי לפי עצמת הפגיעה והסתברות התממשותה. שנית, ההבחנות שעושים בתי המשפט בישראל מתמקדות לרוב באחד האינטרסים המתחרים בלבד. כאמור, נוסחת האיזון המקובלת בפסיקה קובעת שיש להעדיף שיקול אחד כל עוד מתן העדיפות אינו כרוך ביצירת סכנה (שהסתברותה גבוהה) של פגיעה חמורה בשיקול האחר. אין בנוסחה זו התייחסות לחומרת הפגיעה הצפויה בשיקול הראשון ולהסתברות התממשותה. למשל, במסגרת נוסחאות האיזון המקובלות בפסיקה לא נעשית לרוב הבחנה בין היבטים שונים של השיקול בזכות חופש ביטוי – לא ברמת הביניים של סוגים שונים של ביטויים ואף לא ברמה הקונקרטית של ביטויים ספציפיים שונים. ברוח זו נכתב כי התשובה על השאלה מתי יש להגביל את חופש הביטוי תלויה **רק** בעצמת האינטרסים העלולים להיפגע עקב התרת הביטוי העומד על הפרק. לאמתו של דבר, התשובה על השאלה אם יש להתיר או להגביל ביטוי מסוים צריכה להיקבע **גם** לאור משקלם של השיקולים בזכות חופש הביטוי (ביחס לביטוי העומד על הפרק), ולא רק לאור משקלם של השיקולים הנוגדים בזכות הגבלת ביטוי זה.

קושי אחר הכרוך בדוקטרינת איזון האינטרסים במשפט הישראלי טמון בהיעדר קריטריון אחיד לדירוג שיקולים. מפסקי הדין בנושא עולים קריטריונים שונים, לרבות חשיבותם היחסית של השיקולים המתחרים, סיווגם כ'אינטרסים' או כ'זכויות' ומעמדם החוקתי.

קשיים נוספים נוגעים להבחנה הנוהגת בפסיקה של בתי המשפט בישראל בין 'איזון אופקי' – הנערך בין אינטרסים בעלי מעמד שווה ובמסגרתו יש לחתור לפשרה או לויתור הדדי בין האינטרסים, בלי לתת עדיפות לאחד

מהם – לבין 'איזון אנכי' – הנערך בין אינטרס בעל מעמד רם יותר לאינטרס בעל מעמד רם פחות ובמסגרתו יש להעניק עדיפות לאינטרס הבכיר יותר, בפרט באמצעות 'נוסחה הסתברותית' שלפיה יש להעדיף אינטרס אחד אלא אם כן הדבר כרוך בסכנה מעל דרגת חומרה מסוימת לאינטרס המתחרה. הקושי העיקרי כאן נוגע להבחנה החדה בין שני סוגי האיזונים. לפי הפסיקה יש לכלול במסגרת הקטגוריה של איזון אופקי רק קונפליקטים בין שיקולים או אינטרסים בעלי חשיבות שווה או מעמד שווה, ובמסגרת הקטגוריה של איזון אנכי יש לכלול את כל הקונפליקטים בין שיקולים או אינטרסים בעלי חשיבות שונה או מעמד שונה – בלי תלות במידת הפער בחשיבות או במעמד, ובפרט אם הפער האמור קטן. גישה זו אינה משקפת כראוי את העובדה שההבדלים בחשיבותם של שיקולים או של אינטרסים – ובהתאם, הדירוג שלהם על פי חשיבותם היחסית – הם עניין של מידה. ההבדל בחשיבותם של שני שיקולים (אינטרסים) עשוי להיות גדול מאוד או קטן מאוד, ומכאן שהשיקול בזכות העדפת האינטרס החשוב יותר יכול להיות חזק מאוד (כאשר הפער בחשיבות גדול מאוד) או חלש מאוד (כאשר הפער בחשיבות שולי).

קושי אחרון נוגע למשמעותו של כל אחד משני האיזונים האמורים. ההבחנה שעושים בתי המשפט בישראל בין מתן הכרעה המשקפת פשרה במסגרת איזון אופקי לבין הכרעה המשקפת מתן עדיפות לאינטרס אחד במסגרת איזון אנכי, היא הבחנה מטעה. למעשה אין הבדל מהותי בין שני סוגי האיזונים בכל הנוגע לשאלה אם מדובר בעדיפות של אינטרס אחד על פני האחר או בויתור הדדי של כל אחד מהאינטרסים המתחרים. מצד אחד, נוסחת האיזון הכללית שבת המשפט נוקטים – הן לגבי איזון אנכי הן לגבי איזון אופקי – משקפת תמיד הכרעה שלפיה אינטרס אחד גובר במצבים מסוימים ואינטרס אחר במצבים אחרים. מסקנה זו תקפה לא רק לגבי איזון אופקי – המתואר במפורש כהכרעה שיש בה פשרה או שהיא מחייבת ויתור הדדי – אלא גם לגבי איזון אנכי – במובן הכללי של הצבת דרישות מסוימות כתנאי לפגיעה בערך מסוים. מובן כללי זה בא לידי ביטוי בפרט בקביעת נוסחה המשקללת את חומרת הפגיעה בכל אינטרס ואת הסתברותה של הפגיעה וקובעת כי יש להעדיף אינטרס אחד על פני האחר אלא אם קיימת הסתברות גבוהה (מוגדרת) לפגיעה בדרגת חומרה גבוהה (מוגדרת) באינטרס האחר. קביעה של נוסחה כזאת פירושה חלוקה של הפגיעה בין שני האינטרסים, אם כי לא בהכרח במידה שווה, שכן על פי נוסחה זו גם האינטרס הנחות יותר צריך להיות מועדף במקרים מסוימים. במילים אחרות, העיקרון שיש להעדיף אינטרס אחד אלא אם קיימת הסתברות גבוהה לפגיעה חמורה באינטרס אחר אינו מעניק עדיפות מוחלטת אף לא לאחד מן האינטרסים, שכן לפי עיקרון זה

יש להעדיף את האינטרס הראשון במצבים מסוימים (כאשר אין הסתברות גבוהה כאמור) ואת האחר במצבים אחרים (כאשר ההסתברות לפגיעה בו היא מעבר לרף מסוים). לדוגמה, הנוסחה הגורסת שיש להעדיף את השיקול בזכות חופש הביטוי על פני השיקול בזכות מניעת פגיעה בביטחון המדינה – אלא אם התרת ביטוי מסוים תיצור סכנה (שהסתברות התממשותה קרובה לוודאות) לפגיעה חמורה בביטחון המדינה – פירושה שכאשר ביטוי מסוים אינו יוצר סכנה כזאת, השיקול של חופש הביטוי גובר, אבל כאשר הוא יוצר סכנה כאמור, השיקול בזכות ההגנה על ביטחון המדינה גובר.

לעומת זאת היישום של כל נוסחת איזון במצב ספציפי פירושו בהכרח – ולכן תמיד – העדפה מוחלטת של (היבט מסוים של) אינטרס אחד ודחייה מוחלטת של (היבט מסוים של) אינטרס אחר. מסקנה זו תקפה לא רק לגבי איזון אנכי, המשקף במפורש מעמד עדיף של אינטרס אחד, אלא גם לגבי איזון אופקי, המשקף פתרון של פשרה או של ויתור הדדי. המשמעות של 'ויתור הדדי' היא, כאמור, העדפה של היבט אחד של אינטרס מסוים על פני היבט אחר של אינטרס מתחרה והעדפת היבט שונה של האינטרס האחרון על פני היבט אחר של האינטרס הראשון. לדוגמה, החלטה להתיר הפגנה אך להגבילה לזמן ולמקום מסוימים כדי להגן על אינטרס מסוים, פירושה שלגבי אפשרות עריכתה של ההפגנה בזמן ובמקום האמורים הועדף לחלוטין היבט אחד של אינטרס חופש ההפגנה על פני האינטרס המתחרה, ואילו לגבי האפשרות של עריכתה בזמן ומקום אחרים הועדף לחלוטין היבט אחר של האינטרס המתחרה על פני אינטרס חופש ההפגנה.

המסקנה העולה מהספר היא שאין תחליף למונח הבסיסי של איזון אינטרסים: הכרעה בין שיקולים מתנגשים צריכה להיעשות לאור חשיבותם, שכן כל חלופה אחרת היא שרירותית. הכרה באמת זו צריכה להוליך לזניחת הוויכוח העקר בשאלה אם יש מקום לאיזון אינטרסים לטובת הדיון החשוב בשאלות הנוגעות לתוכנו של הרעיון הבסיסי: שאלות מהותיות הנוגעות לזיהוי השיקולים (האינטרסים) המתחרים, עמידה על טיבם, ובהתאם – על מידת חשיבותם ועקרונות ההכרעה ביניהם; ושאלות הנוגעות לזהות האנשים אשר בידיהם תופקדנה ההכרעות המהותיות ולמידה שבה הפן הנורמטיבי של ההכרעה צריך להיות גלוי. המונח היסודי של המושג 'איזון אינטרסים' הוא החלופה הסבירה היחידה לקביעת תוכן המשפט. גם במסגרת המשפט הנוהג אין תחליף סביר לתפיסה כלשהי של איזון אינטרסים.

הכרעה בין שיקולים מתנגשים כרוכה בסכנה של טעות, לרבות טעות בגלל הטיות אישיות. אולם מכיוון שאין תחליף סביר להכרעה כזאת, הדרך להתמודד עם הסכנה היא באמצעות פיתוח עקרונות הכרעה קונקרטיים

ברורים ככל האפשר בין שיקולים נוגדים. כמובן, משימה זו מורכבת; משמעותה היא פיתוח של (לפחות חלק מרכזי של) תאוריה מוסרית כללית. ובכל זאת תאוריה מסוג זה היא הכרחית, גם במישור המשפטי. תאוריה על דרך ההכרעה בין שיקולים מתנגשים צריכה לכלול היבט כללי והיבטים ספציפיים הנוגעים להתנגשויות ספציפיות. הספר אינו מציע תאוריה כזאת, אלא מתמקד בהיבטים כלליים של דוקטרינת איזון האינטרסים במשפט הישראלי המחייבים חשיבה נוספת, כשלב ראשוני לקראת פיתוחה של תאוריה ראויה של איזון אינטרסים.