



שקלול ערכים ואיזון אינטרסים

ראם שגב

בהנחיית מרדכי קרמניצר

הספרייה
לדמוקרטיה

מבוא

לעתים קרובות שיקולים מוסריים מתנגשים, כלומר תומכים במסקנות סותרות, ואז יש להכריע בין השיקולים המנוגדים כדי להחליט איזו מסקנה לאמץ. הכרעה כזאת צריכה לשקף את המאפיינים – ובפרט את מידת חשיבותם – של השיקולים המתחרים. לפי מינוח מקובל, החלטה כזאת כרוכה באיזון של ערכים, שיקולים או אינטרסים. הכרעה מסוג זה נפוצה מאוד בתחומים שונים, לרבות פילוסופיה, כלכלה ומשפט, וכן בחיי היום יום.¹

חשוב להבחין בין הרעיון היסודי הזה, שלפיו דרך ההחלטה הראויה בשאלות נורמטיביות היא התחשבות בכל השיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים וגזירה של מסקנה מהם לאור חשיבותם (רעיון שנראה מבוסס ומוסכם), ובין סוגיות ספציפיות יותר העוסקות בתוכן שראוי ליצוק לרעיון זה – סוגיות שנויות במחלוקת.² בפרט ראוי להבחין בין הסוגיה המהותית – כיצד ראוי לענות על השאלות הנורמטיביות האמורות, כלומר אילו ערכים קיימים, אילו שיקולים ראוי לגזור מהם, מהי מידת חשיבותם ואילו עקרונות הכרעה בין סוגים שונים של שיקולים ראוי לקבוע – ובין הסוגיה המוסדית – איזה אדם או איזה גוף ראוי שיחליט בשאלות הנורמטיביות האמורות, ואם טיבה הנורמטיבי של ההכרעה צריך להיות גלוי או מוצנע.

המטרה המרכזית של ספר זה היא לנתח היבטים כלליים של הסוגיה המהותית, כלומר של דרך הגזירה של מסקנות משיקולים נורמטיביים נוגדים. מטרה זו מוגבלת מכמה בחינות. ראשית, היא אינה כוללת את שתי השאלות המהותיות הקודמות לה – זיהוי הערכים שיש להם תוקף נורמטיבי וקביעת השיקולים הנגזרים מהם. שנית, היא עוסקת רק בהיבטים כלליים

1 למשל הטענה שניתוח כלכלי יכול לתרום לחשיבה על אתיקה, בין היתר, בהקשר של איזון בין אינטרסים או שיקולים מתנגשים; והטענה ששקילה ואיזון הם מאפיינים שכוחים בחיינו. ראו John Broome, 'Introduction: Ethics out of Economics', in John Broome, *Ethics out of Economics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), pp. 1–16

2 להבחנה הכללית בין מושג יסודי (concept) ובין תפיסות מהותיות שונות של מושג זה (conception), ראו H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), pp. 155–156; John Rawls, *A Theory of Justice* (1971) (Revised ed., Cambridge: Harvard University Press, 1999), p. 5; Ronald Dworkin, 'Constitutional Cases', in Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), pp. 131–149, esp. 134–135

של השאלה המהותית בנוגע לגזירה של מסקנות משיקולים. הגבלה זו היא הגבלה משמעותית. הניתוח המהותי צריך להתבסס בעיקרו על ניתוח של שיקולים מהותיים ספציפיים. לכן, המטרה אינה להצביע על המסקנות שראוי לאמץ כפתרון להתנגשויות בין סוגים שונים של שיקולים (אם כי התמודדות עם היבטים כלליים של גזירת מסקנות משיקולים נוגדים עשויה לחייב לעתים הנחות מסוימות לגבי משמעותם הנורמטיבית ומשקלם של ערכים ושיקולים ספציפיים שונים). העקרונות הכלליים לגבי ההכרעה בין שיקולים מתנגשים, שאינם מבוססים על ניתוח מהותי של שיקולים ושל השלכותיהם במצבים שונים, מעטים יחסית.

מטרה משנית של ספר זה היא לבחון היבטים מרכזיים של השאלה המוסדית, הנוגעת לקביעת האדם או הגוף שראוי שיחליט בשאלות המהותיות. כלומר, אם ראוי שאנשים הקובעים את הדין ואנשים המפרשים את הדין – בעיקר נושאי משרות ציבוריות – ובמיוחד שופטים שהם לרוב בעלי הסמכות הפרשנית המכריעה – יעסקו בשקלול של שיקולים נורמטיביים (נהוג להדגיש את תפקידם של שופטים כפרשנים של כללים משפטיים, מפני שהם לרוב בעלי סמכות הכרעה לגבי הפרשנות של כללים כאלה, אך השאלה האמורה רלוונטית גם לאנשים אחרים המפרשים כללים משפטיים).

השאלות האמורות – המהותית והמוסדית – קשורות זו בזו. ניתוח הדרך שבה נגזרות מסקנות משיקולים מנוגדים אינו רק בעל חשיבות תאורטית אלא גם בעל חשיבות מעשית מיוחדת, משני טעמים. ראשית, גזירה של מסקנות משיקולים מוסריים דרושה לעתים קרובות – לא רק כאשר בוחנים שאלות מוסריות או את השאלה מה צריך להיות הדין, אלא גם כדי לענות על השאלה מהו הדין במסגרת שיטת משפט נתונה. שנית, גזירה של מסקנות משיקולים נורמטיביים, בייחוד במישור המשפטי, נעשית לעתים קרובות ללא תאוריה כללית או הנמקה משכנעת, ולפעמים אף לא בצורה עקבית.³

3 ראו למשל את הטענות הבאות (שרובן מתמקדות בפסיקה של בתי המשפט בארצות הברית) הקובעות שדוקטרינות של איזון אינטרסים אינן כוללות קריטריונים עקביים בנוגע ליהוי של שיקולים מתנגשים, בנוגע לקביעת המשקל שלהם ולהשוואה ביניהם; הן משקפות הכרעה אד-הוק, מספקות תחליף לנימוקים ענייניים ומותרות שאלות רבות ללא מענה: Louis Henkin, 'Privacy and Autonomy', *Columbia Law Review* 74 (1974): 1410–1433, p. 1431: 'The jurisprudence of judicial balancing remains essentially *ad hoc* and subjective'; Walter F. Murphy, 'An Ordering of Constitutional Values', *California Law Review* 53 (1980): 703–760, pp. 711–712: 'As typically used in American constitutional

מהלך הדיון יהיה כזה: תחילה אציג הבהרות מושגיות מקדמיות לגבי שיקולים נורמטיביים ודרכים אפשריות של גזירת מסקנות מהם (פרק ראשון); אחר כך אדון בסוגיות מקדמיות הנוגעות לרעיון ההכרעה בין (או האיזון של) שיקולים נורמטיביים לאור אופיים או חשיבותם (פרק שני); אבחן בתמציתיות את השאלה המוסדית בכל הנוגע להסתמכות על מושג איזון האינטרסים במסגרת המשפט (פרק שלישי); ולבסוף אנתח את השאלה המהותית באמצעות בחינה של דוקטרינת איזון האינטרסים במשפט הישראלי (פרק רביעי).

adjudication, balancing has been shorthand for, “I can’t think of or secure majority agreement on any basic principle, but if the choice were mine alone, I’d come down like so””; Alexander Aleinikoff, ‘Constitutional Law in the Age of Balancing’, *Yale Law Journal* 96 (1987): 943–1005, pp. 973–976: ‘There are no consistent criteria regarding the weight of clashing legal principles’; p. 982: ‘What is so surprising is how rudimentary the [balancing] process appears. No system of identification, evaluation, and comparison of interests has been developed’; Frank M. Coffin, ‘Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice’, *New York University Law Review* 16 (1988): 16–42, p. 22; Robert Alexy, ‘On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison’, *Ratio Juris* 16:4 (2003): 433–449, p. 449: ‘Where balancing is concerned there are still more questions than answers’