



שקלול ערכים ואיזון אינטרסים

ראם שגב

בהנחיית מרדכי קרמניצר

הספרייה
לדמוקרטיה

פרק שני

סוגיות מקדמיות באיזון אינטרסים

המושג 'איזון אינטרסים' הוא אחד הביטויים הבולטים של הרעיון היסודי שיש להכריע בהתנגשות של שיקולים לאור אופיים או חשיבותם של השיקולים המתנגשים.¹ בפרק זה אדון בשני היבטים מקדמיים הנוגעים למושג האיזון: השאלה אם איזון הוא מעצם טיבו סובייקטיבי (ואם כן – באיזה מובן הוא כזה) וההבחנה בין המובן היסודי של המושג 'איזון אינטרסים' ובין תפיסות מהותיות ומוסדיות של מושג זה.²

א. האם איזון הוא מעצם טיבו סובייקטיבי?

לעתים קרובות נטען כי איזון בין שיקולים נורמטיביים הוא סובייקטיבי בהכרח. בהתבסס על טענה זו נטען עוד כי דוקטרינה משפטית של איזון פירושה הכרעה סובייקטיבית, ולכן היא הופכת את המשפט

1 שימוש אחר במושג 'איזון' הוא כשיטת הכרעה בין תאוריות מוסריות. ראו Aleksander Peczenik, *On Law and Reason* (Dordrecht, Boston & London: Kluwer, 1989), p. 62

2 אני משאיר ללא תשובה שתי שאלות: השאלה הראשונה היא אם יש לקבוע לערכים או לשיקולים משקל מופשט שאינו מתייחס למערכת עובדתית מסוימת, או רק משקל קונקרטי במסגרת מערכת עובדתית כזאת. ייתכן כי מה שנהוג לראותו כמשקל מופשט של ערך או שיקול הוא למעשה המשקל של הערך או השיקול ביחס למערכת עובדתית טיפוסית, הרלוונטית לגביו. מכל מקום, גם אם יש היגיון בקביעת משקל מופשט של ערכים או שיקולים, ברור שבסופו של דבר יש לקבוע את המשקל הקונקרטי שלהם. לתפיסה שיש מקום להתחשב במשקל המופשט של אינטרסים (בצד המשקל הקונקרטי שלהם) ראו Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Trans. from German by Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 50–54, 405–406. לתפיסה שונה, ולפיה יש לערכים רק משקל קונקרטי, ראו Ruth Chang, 'Putting Together Morality and Well-Being', in Peter Baumann & Monika Betzler (eds.), *Practical Conflict: New Philosophical Essays* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), pp. 118–158, 129–132. השאלה השנייה היא אם יש מקום לקבוע את המשקל של ערכים או שיקולים כשהם עומדים לבדם או רק את משקלם יחסית לערכים או שיקולים אחרים.

לסובייקטיביות³ (לעתים קרובות משולב טיעון זה עם הטיעון שהכרעה בין שיקולים מתנגשים מסווה הכרעות סובייקטיביות כהכרעות אובייקטיביות).⁴

ניתוח הטיעון האמור מחייב, ראשית, הבחנה בין מובנים שונים של 'אובייקטיביות' ו'סובייקטיביות', ובפרט בין מובן מהותי למובן אפיסטמי של אובייקטיביות. הגרסה המהותית של הטענה ששיקולים נורמטיביים הם שיקולים סובייקטיביים מבוססת על הנחה ששיקולים נורמטיביים – ובפרט שיקולים מוסריים – הם מעצם טיבם שיקולים סובייקטיביים, כלומר שאין סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף אובייקטיבי. בהתאם, הטענה היא שהמשפט, ככל שהוא מבוסס על המוסר, הוא בהכרח סובייקטיבי. הגרסה האפיסטמית של הטענה שהמוסר סובייקטיבי מבוססת על הנחה שאף אם המוסר אובייקטיבי מבחינה מהותית – כלומר, אף אם יש סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף אובייקטיבי – מורכבות המוסר, ובהתאם שכיחות הטעויות לגבי תוכנו, הופכים הכרעות מוסריות – ולכן גם הכרעות משפטיות המבוססות על המוסר – לסובייקטיביות בפועל, במובן של חוסר ודאות לגבי תוכנו של המשפט. דיון מקיף בגרסאות אלה של טיעון הסובייקטיביות של המוסר והמשפט חורג כמובן מתחומו של ספר זה, אך ראוי לציין כמה נקודות מקדמיות לגבי כל אחת משתי הגרסאות.

- 3 הנחה זו הובלטה בעיקר על ידי תומכי הראליזם המשפטי. נראה כי הנחה כזאת עולה במשתמע מהטענה שעקרונות משפטיים עמומים אינם עניין של מומחיות. לטענה זו ראו יואב דותן, 'האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?', **משפט וממשל** ה(1) (התש"ס–1999): 117–163, עמ' 137: 'טקסטים חוקתיים הם מטבעם רחבים ועמומים. הם מנוסחים בדרך כלל מתוך הנחה כי למי שיוסמך לפרש אותם יוותר מרחב רב של פעולה, שבתוכו יש לקבל הכרעות בעלות אופי ערכי ואידיאולוגי. ובקצרה: הטענה כי הכרעות לגבי פרשנות החוקה הן עניין "מקצועי" שלגביו קיימים "פתרונות משפטיים" מוסכמים, שאת גיבושם יש להפקיד בידי "מומחים" לדבר, היא כה חסרת בסיס, עד שמי שמעלה אותה מסתכן בהטלת ספקות של ממש בטוהר כוונותיו'. החלק השני של הציטוט, השולל את האופי המשפטי של הכרעות ערכיות, מניח כי באופן כללי הכרעות משפטיות אינן בעלות ממד ערכי. כאמור, הכרעות משפטיות רבות צריכות להיות בעלות ממד ערכי, ולרוב כך הן בפועל.
- 4 ראו למשל מיכאל דן בירנהק, 'הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות חוקתיות', **מחקרי משפט** יט (התשס"ג–2003): 591–631, עמ' 604: 'השימוש בשפה הנייטרלית לכאורה מאפשר [...] להציג את ההכרעות הערכיות כתוצר של השיטה, ולא כתוצר סובייקטיבי של שופטת פלונית'.

בכל הנוגע למובן המהותי, כלומר לטענה בדבר היעדרם של סטנדרטים מוסריים אובייקטיביים, יש לציין את הנקודות הבאות. ראשית, האינטואיציות המקובלות והמנוגדות בשאלה אם יש סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף אובייקטיבי מוליכות לעתים לעמדות המתיימרות להיות עמדות ביניים. דוגמה אחת היא העמדה שאין אמנם סטנדרטים אובייקטיביים חד-משמעיים בשאלות מוסריות, אך יש מקום להבחנה מתונה יותר בין טיעונים סבירים, מבוססים או משכנעים יותר או פחות. דוגמה אחרת היא ההוספה המקובלת של מירכאות למושגים דוגמת נכונות או אמת (אובייקטיבית). לאמתו של דבר, העמדות האמורות אינן מציעות חלופה ממשית, המאפשרת להיחלץ מהשאלה ומהמחלוקת לגבי תקפותן האובייקטיביות של אמיתות מוסריות. בסופו של דבר השאלה היא אם יש או אם אין סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף אובייקטיבי לבחינה של טיעונים מוסריים. אם קיימים סטנדרטים כאלה, אפשר לבחון לאורם – בתחום שבו הם חלים – את הנכונות של טענות מוסריות, ואין לחשוש ממושגים חד-משמעיים כגון נכונות או אמת, ולכן גם אין מקום לניסיון (הכושל ממילא) לריכוך המושגים האמורים באמצעות החלפתם במונחים כגון סבירות או הכנסתם בין מירכאות. לעומת זאת אם לא קיימים סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף אובייקטיבי, או בתחום שבו אין סטנדרטים כאלה, אין אפשרות לביקורת של טענות, גם לא באמצעות המושגים המרוככים לכאורה כגון סבירות או 'אמת' (במירכאות).

אין כל פסול כמובן בשימוש במונחים כגון (חוסר) סבירות לתיאור טיעונים נורמטיביים. אולם צריך להיות ברור כי הפנייה למונחים כאלה אינה מאפשרת עקיפה של השאלה המהותית: האם קיימים סטנדרטים מוסריים בעלי תוקף אובייקטיבי? דומה כי העמדות האמורות – המתיימרות להיות עמדות ביניים – זוכות לתמיכה בעיקר בשל הקושי האפיסטמולוגי לברר את נכונות הטענות המוסריות. קושי זה נובע בעיקר מהמחלוקת על הדרך שבה יש לבסס טענות כאלה. אולם יש להבחין בין השאלה אם קיימים סטנדרטים בעלי תוקף אובייקטיבי במישור הנורמטיבי ובין השאלות איך אפשר לברר אותם ומהי מידת הביטחון לגביהם.

שנית, יש להזהיר מפני הנטייה לדחות את אפשרות קיומם של סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף אובייקטיבי לאור נימוקים שגויים על פניהם. לעתים דוחים את אפשרות קיומן של אמיתות נורמטיביות בשל עצם העובדה שקיימות דעות (ובהתאם מחלוקות) רבות לגבי סוגיות נורמטיביות. אולם העמדות השונות והמחלוקות בנושא מסוים אינן הוכחה שאין אמיתות אובייקטיביות בנושא זה, שכן אפשר שחלק מן המשתתפים בדיונים אלה

(או כולם) טועים. כידוע, יש לעתים מחלוקות גם בשאלות עובדתיות שלגביהן מקובלת ההנחה שקיימות אמיתות אובייקטיביות.

שלישית, נראה כי הנטייה להתנגד לאפשרות קיומם של עקרונות נורמטיביים אובייקטיביים נובעת לעתים מההנחה השגויה שאפשרות זו כרוכה בהכרח בקיומן של 'עובדות מוסריות' הדומות לעובדות פיזיות – וקשה להעלות על הדעת את קיומן.⁵ אולם יש להיזהר מפני אימוץ מהיר מדי של התנגדות זו, המבוססת על תפיסה מופרכת של ההנחה בדבר קיומו של מוסר אובייקטיבי. ההנחה שקיימים עקרונות נורמטיביים אובייקטיביים אין פירושה שעקרונות אלו דומים לעובדות פיזיות; האנלוגיה בין 'עובדות מוסריות' לעובדות פיזיות אינה אמורה להצביע על זהות בכל המובנים של המונחים הללו אלא רק על דמיון בנוגע למאפיין אחד: האופי האובייקטיבי של שני התחומים. במילים אחרות, המושג 'עובדות מוסריות' הוא רק ביטוי ציורי לרעיון של נורמות אובייקטיביות. כאשר מבינים את העמדה האובייקטיבית באופן סביר – ובפרט כמניחה הבחנה בין מסקנות נורמטיביות הגיוניות (סבירות, משכנעות) יותר או פחות⁶ – היא אינה נראית כה מוזרה.

יש לציין גם כמה השלכות של ההנחה שאין סטנדרטים נורמטיביים אובייקטיביים שנראה כי לא תמיד מפנימים אותן. ההנחה גוררת אחריה את המסקנות הבאות: היעדר אפשרות להבחין בין עמדה נורמטיבית נכונה לשגויה (בין עמדה סבירה יותר או סבירה פחות), לרבות בשאלה מה צריך להיות תוכן המשפט; היעדר אפשרות של טעות מוסרית (בכל נושא); היעדר אפשרות של ביקורת מוסרית על עמדות והתנהגויות של אנשים (גם לגבי העמדות וההתנהגויות הנתעבות ביותר); והיעדר אפשרות של ויכוח אמתי בענייני מוסר (גם בנושאים החשובים ביותר).

ההשלכה האחרונה נוגעת גם לנקודה הקודמת ולכן ראוי להדגישה: מחלוקת או ויכוח משקפים הנחה הפוכה, של אובייקטיביות, שכן הם בעלי משמעות רק בתחומים שבהם קיימים סטנדרטים אובייקטיביים.⁷ לפיכך

5 לטיעון מסוג זה ראו John L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong* (London: Penguin, 1977), pp. 38–42: 'The Argument from Queerness'

6 השוו למשל Aleksander Peczenik, 'A Theory of Legal Doctrine', *Ratio Juris* 14:1 (2001): 75–105, p. 89: 'The real existence of this ought-component must have something to do with the human mind. Perhaps it must have something to do with regularities as to the moral sensitivity and reason of all people'

7 קיומם של סטנדרטים בסיסיים משותפים יכול להיות בסיס למחלוקת משמעותית בשאלה אילו מסקנות נגזרות מהם, ללא תלות בשאלה אם הם אובייקטיביים.

נראה כי הדיונים הרבים בשאלות מוסריות מצביעים על הנחה המשותפת לרבים – אם כי נראה שלא תמיד מודעים לה ומפנימים אותה – שקיימים סטנדרטים מוסריים אובייקטיביים, כלומר שיש משמעות למושג הנכונות במישור המוסרי.

יש כמובן טיעונים נוספים בשאלת האובייקטיביות של המוסר, שחלקם אינם כרוכים בטעויות האמורות. כאן אציין רק נקודה אחת לגבי טענה מורכבת יותר, שהמוסר הוא סובייקטיבי. טענה זו מבוססת על ההנחה העובדתית שהיקף המחלוקות בנושאים נורמטיביים נרחב ביותר (בפרט בהשוואה להיקפן של מחלוקות בנושאים אמפיריים), ועל המסקנה שההסבר הסביר ביותר לתופעה זו הוא היעדרן של אמיתות נורמטיביות.⁸ אולם גם אם נניח שקיימות מחלוקות רבות יותר בשאלות נורמטיביות בהשוואה לשאלות אמפיריות (ודומה שיש נטייה להגזים בהצגת הפער הזה), יש למחלוקות הרבות במישור הנורמטיבי הסברים משכנעים, שמתיישבים עם ההנחה שישנן אמתות נורמטיביות: אנשים רבים נוטים לחשוב באופן לא רציונלי ולאמץ מוסכמות חברתיות ללא בחינה ביקורתית; קיימות הטיות שונות, ולאנשים שונים יש לעתים קרובות מידע חלקי או מוטעה לגבי נתונים המשפיעים על תוכנן של נורמות (ויש לזכור כי גם בהנחה שיש אמיתות נורמטיביות אובייקטיביות, עשויים הבדלים עובדתיים בתנאי החיים במקומות שונים להצדיק כללים נורמטיביים שונים).

לכן אין למהר ולהסיק מהקשיים הכרוכים בגיבושה של תאוריה נורמטיבית ומהקושי לשכנע אנשים בנכונותה שאין סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף אובייקטיבי. הנטייה לוותר מהר מדי על האפשרות של גיבושם של סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף אובייקטיבי באה לידי ביטוי בין היתר בטענה שהמשימה של זיהוי שיקולים נורמטיביים והכרעה ביניהם

אולם אם הסטנדרטים הבסיסיים אינם אובייקטיביים, כך שההסכמה לגביהם היא מקרית, לא ברורה חשיבותו של הדיון הזה. לטענה שקיומם של סטנדרטים משותפים – המעוגנים בחוקה – הוא בסיס לדיון רציונלי ראו Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison', *Ratio Juris* 16:4 (2003): 433–449, p. 442

8 לביטוי בולט של הטעון האמור ראו Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, James Rachels, 'The Challenge למשל James Rachels, *The Elements of Moral Philosophy of Cultural Relativism*', in James Rachels, *The Elements of Moral Philosophy* (Philadelphia: Temple University Press, 1986), pp. 12–38

כאשר הם מתנגשים מחייבת פעולה הדומה ליצירה אמנותית.⁹ טענה זו משקפת לרוב עמדה אוהדת כלפי המשימה, אך גם מניחה שאין סטנדרטים נורמטיביים אובייקטיביים ועל כן שהמשימה האמורה היא בעלת אופי סובייקטיבי.

המובן האפיסטמי של הטיעון שהמוסר הוא סובייקטיבי – כלומר שהוא (אולי) אובייקטיבי אך הקושי לזהותו יוצר חוסר ודאות לגביו – הוא ללא ספק נכון במידה מסוימת. עם זאת יש לזכור כמה נקודות: ראשית, ההנחה שהמוסר אינו סובייקטיבי מעצם טיבו מאפשרת עקרונית לחתור לזיהוי או לגיבוש סטנדרטים אובייקטיביים. מובן שאין זה אומר שהמשימה קלה. אין ספק שקיים קושי רב בביסוס חשיבותם של שיקולים שונים ובהכרעה ביניהם. במישור המשפטי נראה כי אכן אין תאוריה מגובשת בפסיקה של בתי המשפט במדינות שונות לגבי הדרך לקביעת המשקל ולגבי ההכרעה בין שיקולים מתנגשים, ולכן נראה לעתים קרובות שההכרעה אינה מנומקת דייה. ברוח זאת נטען כי בתי המשפט לא פיתחו קריטריונים אחידים להערכת משקלם של ערכים מתנגשים במסגרת דוקטרינת איזון האינטרסים, כלומר לא פיתחו תאוריה מוצלחת של איזון אינטרסים.¹⁰ עם זאת הקושי בגיבוש תאוריה אינו מלמד שזו משימה חסרת סיכוי. שנית, נראה כאמור שיש נטייה להגזים בהיקף המחלוקות לגבי תוכן המוסר. שלישית, אפשר לגבש כללים משפטיים ברורים לפחות לגבי היבטים מסוימים של דוקטרינת האיזון. כללים כאלה יכולים להתבסס (בין היתר) על ההסכמה הרחבה שקיימת לגבי אותם היבטים של מושג האיזון, ובפרט על החשיבות היחסית של שיקולים שונים.¹¹ ולבסוף, אף על פי שיש לעתים קרובות חשיבות לוודאות המשפט, יש גם חשיבות למוסריות המשפט. לכן השאלה היא אם יש חלופה

9 לטענה כזאת בהקשר ספציפי יותר של זיהוי עקרונות משפטיים בעלי מעמד חוקתי ויישומם ראו Walter F. Murphy, 'An Ordering of Constitutional Values', *California Law Review* 53 (1980): 703–760, p. 759: 'The tasks of translating past and currently evolving values into the present tense, and then phrasing those values in general terms while applying them to specific cases, will always require the perception and imagination of the artist as well as the technical knowledge of the scientist'

10 ראו את הטיעונים שהובאו לעיל במבוא.

11 לניסיון לפתח תאוריית איזון המבוססת על קביעה של דרגות חשיבות של עקרונות נורמטיביים ודרגות של פגיעה בעקרונות אלו ראו Alexy, 'On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison', pp. 436–448

שעדיפה על פני ההסתמכות על המוסר. בפרק הבא אטען כי לעתים קרובות החלופות האחרות גרועות יותר.

ב. ההבחנה בין מובן יסודי ותפיסות מהותיות של המושג 'איזון אינטרסים'

חשוב להדגיש את ההבחנה בין המובן היסודי של המושג 'איזון אינטרסים' ובין תפיסות מהותיות ומוסדיות של מושג זה. המובן היסודי של המושג משקף את הרעיון הבא: דרך ההכרעה הראויה בשאלות נורמטיביות היא התחשבות בכל השיקולים הרלוונטיים, הענקת המשקל הראוי לכל שיקול והכרעה בין שיקולים מתנגשים לאור אופיים או חשיבותם (משקלם). נראה כי רעיון בסיסי זה מבוסס וכי אין חלופה מתקבלת על הדעת להכרעה בין שיקולים מתנגשים. ואכן דומה כי מובן זה אינו שנוי במחלוקת של ממש. אולם ההנחה שהמובן היסודי של המושג הוא הדרך הרציונלית היחידה להכרעה בין שיקולים מתנגשים היא במובן מסוים משכנעת יתר על המידה, שכן היא נובעת מכך שמובן יסודי זה כמעט ריק מתוכן.

כנגד ההנחה שהמובן היסודי של 'איזון' הוא מובן חסר תחליף, נטען כי לעתים קרובות אנשים מחליטים החלטות חשובות לא בדרך של הכרעה בין שיקולים מתנגשים.¹² אולם טענה זו אינה מפריכה את ההנחה האמורה, אף אם מקבלים את ההנחה העובדתית העומדת בבסיסה, שכן העובדה שאנשים מחליטים כיצד לפעול ללא שקילת השיקולים הרלוונטיים אינה אומרת שדרך החלטתם **רציונלית**. ואכן, החלופות המוצעות למובן היסודי של המושג 'איזון' הן 'קפיצות אמונה' (leaps of faith) או קבלת עקרונות כהנחות לא בדוקות.¹³

נוסף על כך יש לציין שתי נקודות נוספות: ראשית, לעתים נראה כי הטענה האמורה מניחה שמושג האיזון משקף בהכרח תפיסה מסוימת, מהותית או מוסדית, של איזון. במישור המהותי נראה לעתים כי הטענה האמורה מניחה שמושג האיזון משקף בהכרח תפיסה תוצאתנית, ובפרט תועלתנית. הנחה

12 ראו Alexander Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', *Yale Law Journal* 96 (1987): 943–1005, pp. 997–998

13 ראו את הטענה שבבסיס רוב ההחלטות והאמונות החשובות שלנו עומדים שיפוטים בנוגע לעקרונות שאינם ניתנים לאיזון, אלא משקפים 'קפיצות אמונה' או קבלת עקרונות כהנחות לא בדוקות: **שם**, עמ' 998.

כזאת עולה מתיאור האיזון במונחים של 'יעילות',¹⁴ ומהתיאור של 'עיקרון של הגונות'¹⁵ ושל תפיסה דאונטולוגית¹⁶ כחלופות לאיזון. הנחה זו שגויה, משום שמושג האיזון עצמו – כלומר, המובן היסודי האמור של מושג זה – מתיישב עם כל תפיסה נורמטיבית מהותית. במישור המוסדי מתייחסת לעתים הטענה האמורה לאיזון במסגרת מוסדית מסוימת, למשל לאיזון על ידי בית משפט העוסק ביישום של חוקה. כך עולה מהטענה שדיון חוקתי שונה מהכרעה רציונלית בכך שהוא מוגבל לניתוח של שיקולים מסוימים – 'שיקולים חוקתיים' (constitutional reasons)¹⁷ – ומהטענה שחלופה לאיזון היא ניתוח מושגי של לשון החוקה ומבנה החוקה¹⁸ (בהמשך אסביר מדוע פנייה לשיקולים נורמטיביים – גם במסגרת פרשנות כללים משפטיים, בייחוד כללים חוקתיים – היא לעתים קרובות החלופה הישימה היחידה או החלופה הראויה ביותר.¹⁹ הטענה האמורה, שחלופה לאיזון היא ניתוח מושגי של לשון החוקה ומבנה החוקה, אינה מלווה בטענה שחלופה זו עדיפה מאיזון).²⁰

שנית, נראה כי ההנחה האמפירית העומדת בבסיס הטענה שאנשים מחליטים לעתים קרובות החלטות חשובות ללא בחינה של השיקולים העומדים על הפרק, היא הנחה מוגזמת. לעתים מה שנראה כהחלטה שאינה מבוססת על שקילת שיקולים היא למעשה שקילת שיקולים בדרך בסיסית, בעיקר כאשר השיקולים מוכרים היטב והיישום שלהם פשוט. רוב האנשים מחליטים למשל שלא להרוג אנשים אחרים (לפחות רוב הזמן...) לא על בסיס ניתוח מודע של השיקולים הרלוונטיים, אלא לאור הנחת רקע שהשיקול החזק נגד הריגה של אדם יכול להידחות רק מפני שיקול נוגד חזק מאוד ושזה אינו קיים במצבים רגילים. הנחת רקע זו משקפת איזון במובן היסודי

14 ראו למשל את הטענה שאף אחד לא יתנגד לאפליה גזעית בשל היותה לא יעילה, או מכיוון שמחירה עולה על התועלת הגלומה באפשרות לבחור לקוחות או דיירים: **שם**, עמ' 997-998.

15 ראו את הטענה שבמקרה מסוים בית המשפט לא התיימר לאזן אינטרסים, אלא התבסס על תפיסה של הגינות: **שם**, עמ' 998.

16 **שם**, עמ' 999, הערה 311, בהתייחסות למאמר הזה: Judith Jarvis Thomson, 'The Trolley Problem', *Yale Law Journal* 94 (1985): 1395-1415

17 ראו **שם**, עמ' 1002.

18 ראו את ציון האפשרות של חקירה תאורטית רצינית של המשמעות של טקסט חוקתי לאור נוסחו ומבנהו: **שם**, עמ' 1003.

19 ראו להלן פרק שלישי.

20 Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', p. 1003

אין זה אומר שההחלטה לא להרוג מבוססת רק על ניתוח נורמטיבי כזה; היא עשויה להיות מבוססת גם על עיקרון לא מנומק נגד הריגה, על דעה קדומה או על עכבה פסיכולוגית). ניתוח דומה תקף לגבי הטענה שההחלטה של אדם להפר הבטחה לאסוף אדם אחר מתחנת הרכבת בזמן המיועד – כאשר הדבר מתנגש עם השיקול בזכות הסעת חבר ששבר את רגלו לבית החולים – מבוססת בדרך כלל על איזון השיקולים הרלוונטיים, אבל ההחלטה שלא להפר הבטחה זו כדי להיענות להזמנה לארוחת צהריים אינה מבוססת על איזון.²¹ בדרך כלל סביר לתאר גם את ההחלטה האחרונה כמבוססת על איזון שאינו מצריך ניתוח מדוקדק או אף מפורש אלא נשען על הנחה כללית שרק שיקול משמעותי יכול להצדיק הפרת הבטחה, ועל הנחה שהיענות להצעה שגרתית לארוחת צהריים משותפת אינה בסיס לשיקול כזה.

עם זאת מושג האיזון מעלה כמה סוגיות מהותיות ומוסדיות, וסוגיות אלו שנויות במחלוקת. מבחינה מהותית עולות שאלות לגבי זיהוי השיקולים הרלוונטיים בכל מצב, קביעת משקלם של השיקולים וההכרעה בין שיקולים נוגדים; מבחינה מוסדית עולות שאלות לגבי זהות האדם או הגוף שראוי שיחליט בשאלות המהותיות במישור המשפטי. תפיסות ספציפיות שונות של שקלול שיקולים ואיזון אינטרסים יוצקות תכנים שונים לרעיון היסודי בשני מישורים אלה – המהותי והמוסדי – וקיימת מחלוקת בין התפיסות השונות לגבי הסוגיות האמורות.

לעתים קרובות לא נערכת הבחנה ברורה בין המובן היסודי של מושג האיזון ובין תפיסות מהותיות ומוסדיות שלו. חוסר הבחנה כזאת בולט בעיקר כאשר נמתחת ביקורת כלפי המובן היסודי של איזון בהתבסס על נימוקים הנוגעים רק לתפיסה מהותית או מוסדית מסוימת שלו. בפרק הנוכחי ובפרק הבא אצביע על מספר דוגמאות בולטות לחוסר הבחנה זה. כאן אדון בהבחנה בין המובן היסודי של איזון ובין תפיסות מהותיות שלו, ובפרק הבא אדון בהבחנה בין המובן היסודי של איזון ובין תפיסות מוסדיות שלו, תוך התמקדות בשאלת מקומם של שיקולים נורמטיביים במישור המשפטי. לאחר מכן אנתח מספר היבטים מהותיים של דוקטרינת איזון האינטרסים במשפט הישראלי.²² הקשיים הכרוכים בדוקטרינה זו אינם נוגעים למובן היסודי של מושג האיזון.

21 שם, עמ' 1000, הערה 317.

22 המושג 'איזון' (בין שיקולים מתנגשים) מוזכר לעתים בישראל ובמדינות אחרות במובן הבסיסי של הכרעה בין שיקולים נוגדים, ולא בהכרח במובן שניתן למושג זה במסגרת דוקטרינת איזון האינטרסים במשפט הישראלי או בדן של שיטות

ג. איזון ותפיסה ערכית פלורליסטית

לפי תפיסה ערכית פלורליסטית, ישנם כמה ערכים בעלי חשיבות עצמאית.²³ לעומת זאת לפי תפיסה ערכית מוניסטית, יש רק ערך עצמאי אחד. לעתים נטען כי מושג האיזון מניח תפיסה ערכית מוניסטית, משום שרק היא מאפשרת להכריע בהתנגשות בין ערכים (כלומר, בהתנגשות בין היבטים או ביטויים שונים של הערך הבסיסי היחיד) באמצעות רדוקציה שלהם לערך הבסיסי. מושג האיזון, ממשיכה טענה זו, אינו מתיישב עם תפיסה ערכית פלורליסטית המניחה יותר מערך בסיסי אחד.

אם טענה זו נכונה, השלכתה מרחיקת לכת בכל הנוגע למושג האיזון. אולם טענה זו שגויה. הכרעה בין ערכים מתנגשים אינה מחייבת רדוקציה שלהם לערך יסודי אחד אלא רק הערכה של מידת חשיבותם המוסרית (או במילים אחרות, רדוקציה שלהם ליחידות מוסריות). אפשר להכריע בין ערכים שאין ביניהם מכנה משותף לאור הערכה שהאחד חשוב יותר מהאחר או גובר עליו מטעם אחר.²⁴ במילים אחרות, טענה זו – בדומה לטענה שמושג

משפט אחרות. לשימוש במושג 'איזון' בישראל, שאינו משקף בהכרח את דוקטרינת איזון האינטרסים, ראו למשל אביעזר הביצקי, 'האם תיתכן פשרה בענייני אמונה וערכים?', אורי דרומי (עורך), **שבת אחים – יחסי חילונים-דתיים: עמדות, הצעות, אמנות** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005), עמ' 5-6: 'קונפליקט בין ערכים ניתן בדרך כלל לאיזון הדדי ולדירוג היררכי; רות גביון, 'על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות', בתוך יורם רבין ויובל שני (עורכים), **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (תל אביב: רמות – אוניברסיטת תל אביב, התשס"ה-2004), עמ' 25-67, 40: 'האיזון בין חופש הדת לבין הזכות לחופש מדת נתון בדרך כלל להכרעה הפוליטית של החברות הרלוונטיות'; עמ' 52: 'השאלות בדבר הדרך שיש ליצור בה איזון נאות בין חירות לבין סולידריות, בין האוטונומיה של הפרט לבין אחריות חברתית הדדית, הינן השאלות הפוליטיות המרכזיות בעידן הנוכחי'; עמ' 63: 'הדמוקרטיזציה אינה יכולה, כשלעצמה, להבטיח צדק חברתי, אך ניתן לסמוך עליה שתבטא איזון קביל בין זכויות הפרט לבין סולידריות חברתית'.

23 לטיעונים בזכות תפיסה ערכית פלורליסטית ראו למשל Elizabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics* (Cambridge: Harvard University Press, 1993), pp. 8-9; Cass R. Sunstein, 'Incommensurability and Valuation in Law', *Michigan Law Review* 92 (1994): 779-861, pp. 782-785

24 ראו דניאל סטטמן, **זילמות מוסריות** (ירושלים: מאגנס – האוניברסיטה העברית, התשנ"א-1991), עמ' 80-95, 110-115; Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', pp. 972-973; Sunstein, 'Incommensurability and Valuation in Law', p. 793

האיזון אינו מתיישב עם האפשרות של ערכים מוחלטים – אינה מבחינה בין המושג היסודי של איזון, המתיישב הן עם תפיסות ערכיות מוניסטיות הן עם תפיסות ערכיות פלורליסטיות, ובין תפיסות מהותיות של מושג האיזון, העשויות להיות מוניסטיות או פלורליסטיות.

ד. איזון וערכים בלתי ניתנים להשוואה

טענה שונה היא שמושג האיזון מחייב השוואה בין ערכים אשר אינם ניתנים להשוואה. אם אמנם יש התנגשויות בין ערכים אשר אינם ניתנים להשוואה מבחינת חשיבותם המוסרית, אין אכן אפשרות להכריע בקונפליקט ביניהם במישור זה. אולם, כאמור, ההנחה שיש התנגשויות כאלה רחוקה מלהיות מובנת מאליה ויש להיזהר מהנטייה להניח חוסר אפשרות להשוואה מהר מדי בשל הקושי בבחירה.²⁵ לבסוף יש לציין כי אף בהנחה שיש התנגשויות בין ערכים או שיקולים שאינם ניתנים להשוואה, סביר להניח שמספרן מועט יחסית. לכן נראה כי התחום שבו אין מקום להכרעה לפי מידת החשיבות של שיקולים הוא מצומצם.

ה. איזון וניתוח של עלות מול תועלת

שיטה ידועה להכרעה בין שיקולים מתנגשים מבוססת על בחינה של 'עלות מול תועלת' (Cost-Benefit Analysis). שיטה זו משמשת מסגרת לכמה דרכים מקובלות של הכרעה בין שיקולים מתנגשים. במובן הרחב ביותר, שיטה זו משקפת תפיסה תוצאתנית. במובן צר יותר, שיטה זו משקפת השוואה של העלות והתועלת של חלופות שונות (לרוב במונחים כספיים) לאור העיקרון של מקסום העושר.²⁶ רוב ההתנגדויות לניתוח של עלות מול תועלת אינן חלות על הרעיון הבסיסי של הכרעה בין שיקולים מתנגשים לאור אופיים או משקלם, אלא מכוונות כלפי גרסאות מהותיות שונות של רעיון זה. דוגמאות להתנגדויות כאלה הן הטענות שכסף אינו מדד טוב של רווחה אישית; שבחינה במונחים של כסף מטשטשת את השאלות העומדות

25 ראו לעיל, פרק ראשון, סעיף יא.

26 ראו Richard A. Posner, 'Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers', in Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives* (Chicago & London: University of Chicago Press, 2001), pp. 317–341

על הפרק ואינה מאפשרת השוואה 'איכותית' (אלא רק כמותית);²⁷ ושניתוח של עלות מול תועלת מתעלם משיקולים חלוקתיים.

1. איזון ו'זכויות מוחלטות'

לפי תפיסה מקובלת, יש קשר הפוך בין מושג האיזון ובין הרעיון של ערכים או שיקולים מוחלטים. תפיסה זו כוללת שני היבטים משלימים. ההיבט הפוזיטיבי בא לידי ביטוי בעמדה הגורסת שערכים או שיקולים (לעולם) אינם מוחלטים וגוזרת מכך את רעיון האיזון. ההיבט השלילי בא לידי ביטוי בעמדה הגורסת להפך, שערכים או שיקולים מסוימים הם מוחלטים ולכן יש לדחות את מושג האיזון לגביהם (גרסאות מתונות יותר של שני ההיבטים הללו מתייחסות לערכים או לשיקולים כמעט מוחלטים).

כבר הצבעתי על הצורך להבהיר טענות מקובלות בנוגע ל'מוחלטות' של ערכים או שיקולים ועל האופי מרחיק הלכת של הטענה שקיימים ערכים או שיקולים מוחלטים במובן משמעותי.²⁸ נוסף על כך, התפיסה האמורה שגויה על שני היבטיה. בכל הנוגע להיבט החיובי, ההנחה שערכים או שיקולים אינם מוחלטים אינה מכתובה כיצד יש להכריע ביניהם. בכל הנוגע להיבט השלילי, הטעות נובעת שוב מחוסר הבחנה בין המובן היסודי של איזון ובין תפיסות שונות של איזון. המובן היסודי – הכרעה בשאלות נורמטיביות לאור התחשבות ראויה בכל השיקולים הרלוונטיים, וגזירת מסקנה מהם לאור אופיים או חשיבותם – אינו מנוגד לרעיון שיש ערכים או שיקולים מוחלטים ואינו שולל התחשבות בערכים או שיקולים כאלה – אם הם קיימים ובמידה שהם קיימים. כאמור, ערך או שיקול מוחלט הוא ערך או שיקול שגובר תמיד על כל ערך או שיקול אחר. לפיכך הטענה שקיימים ערכים או שיקולים מוחלטים משקפת מסקנה הנגזרת משקלול ערכים או שיקולים, כלומר היא מסקנה של איזון במובן היסודי. במילים אחרות, הטענה שקיימים ערכים או שיקולים מוחלטים או כמעט מוחלטים שוללת רק תפיסה מהותית מסוימת של איזון – התפיסה שלפיה אין ערכים או שיקולים מוחלטים (ייתכן כמובן שתפיסה מהותית של איזון אכן תשלול את האפשרות של שיקולים

27 להתנגדות זו ראו Sunstein, 'Incommensurability and Valuation in Law', pp. 841–842

28 ראו לעיל פרק ראשון.

מוחלטים, אך תפיסה כזאת אינה נובעת ממושג האיזון עצמו).²⁹ להלן אצביע על ביטויים אחדים של שני ההיבטים של התפיסה השגויה שלפיה יש קשר הפוך בין מושג ה'איזון' ובין ערכים או שיקולים מוחלטים.

1. ההנחה של שיקולים מוחלטים

נקודת מבט אחת, שלפיה מושג האיזון אינו מתיישב עם שיקולים (כמעט) מוחלטים, מבוססת אפוא על הנחה שקיימים שיקולים מוחלטים (או כמעט מוחלטים) ושוללת את מושג האיזון ככל שהוא מתייחס לערכים או שיקולים אלו.³⁰ נקודת המבט האמורה באה לידי ביטוי באמירה הכללית הבאה:

המושג 'איזון' אינו מילת-קסם שאפשר להשתמש בה בכל הקשר והקשר ולפתור כל בעיה ובעיה [...] ישנן זכויות שאינן מועמדות לאיזון. הן אמורות לעמוד בכל תנאי ובכל מצב. על אינטרסים חברתיים יש להגן מבלי לפגוע בזכויות אלה.³¹

ברוח דומה נמתחה באנגליה ביקורת על ההצעה לשקול שינוי של האיזון בין זכויות של פרטים ובין שיקולי ביטחון, לנוכח סכנת הטרור, ונטען כי בעוד שרוב ההחלטות הפוליטיות מחייבות איזון, ישנן כמה פגיעות בפרטים שהן

29 ביקורת אחרת על התפיסה שהנחה של שיקולים לא מוחלטים מחייבת איזון, טוענת שבמישור המשפטי לפחות אפשר לקבוע חריגים לעקרונות לא רק על פי מושג האיזון – כלומר, על פי שיקולים נורמטיביים – אלא גם על פי שיקולים פרשניים-היסטוריים. ראו Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', pp. 995–996. אני מתעלם מביקורת זו לאור המסקנה שלעתים ראוי להתבסס על שיקולים נורמטיביים גם במישור המשפטי. למסקנה זו ראו להלן פרק שלישי.

30 להצגת עמדה זו ולתמיכה בה לגבי שיקולים מסדר ראשון ראו Iddo Porat, 'The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law', *Cardozo Law Review* 27:3 (2006): 1393–1448, pp. 1400–1402, 1416. לעמדה זו לגבי שיקולים כמעט מוחלטים, ראו למשל אריאל בנדור, 'בגנות היחסיות של זכויות-היסוד', **משפט וממשל** 2(2) (התשנ"ח-1998): 343–344, עמ' 343; 'סימן ההיכר של זכויות-היסוד של האדם אינו יחסיותן ואף לא איזונן כנגד אינטרסים המתנגשים בהן, אלא עליונותן. כלומר: בדרך כלל יועדפו זכויות-היסוד על-פני שיקולים מתחרים ופגיעה בהן תותר רק במקרים יוצאים-מן-הכלל'; עמ' 344: 'את זכויות-היסוד של האדם יש לקיים. פגיעה בהן, ככל שהיא מותרת, צריכה להיות חריגה, וכזאת – אף נדירה'.

31 דוד קרצ'מר, 'חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון – זכויות אדם', **משפט וממשל** 1(1) (התש"ס-1999): 297–337, עמ' 312.

כה חמורות עד שאין לאזן.³² עמדה דומה עולה לכאורה מההערה הבאה בפסק דין של בית המשפט העליון בישראל:

ראשית, חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש 'באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים' במהלך החקירה [...] כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה [...] מסקנה זו עולה בקנה אחד

32 ביתר פירוט, הטענה היא שמטפורת האיזון מסוכנת, מכיוון שהיא אינה כוללת בסיס עקרוני להחלטה באיזון מידה של עינויים יש להשתמש או לכמה שנים יש לאסור אנשים ללא משפט. כמו כן היא מטעה בכך שהיא מרמזת שיש להחליט באילו זכויות להכיר באמצעות ניתוח של עלות מול תועלת. ראו: Ronald Dworkin, 'It Is Absurd to Calculate Human Rights According to Cost-Benefit Analysis', *Guardian*, May 24, 2006: 'The balancing metaphor is dangerous because it suggests no principled basis for deciding how much torture we should facilitate, or for how many years we should jail people without trial. It leaves that decision up to politicians who are anxious to pander to the tabloids. The metaphor is deeply misleading because it assumes that we should decide which human rights to recognise through a kind of cost-benefit analysis, the way we might decide what speed limits to adopt. It suggests that the test should be the benefit to the British public, as Blair declared in his "Let's talk" speech, when he said that "the demands of the majority of the law-abiding community have to take precedence". This amazing statement undermines the whole point of recognising human rights; it is tantamount to declaring that there are no such things. Most political decisions require a cost-benefit balancing in which disadvantages to some are outweighed by the overall benefit to the community [...] However, some injuries to individuals are so grave that they cannot be justified by declaring that that is what the public wants. A civilised society recognises rights precisely to protect individuals from these grave harms. It might well be in the public interest to lock up people who the police think dangerous even though they have committed no crime, or to censor people whose opinions are offensive or unwelcome, or to torture people who we believe have information about impending crimes. But we do not do that, at least in ordinary legal practice, because we insist that people have a right to a fair trial and free speech and not to be tortured. We insist on these rights even though the majority would be safer and more comfortable if we ignored them. Of course it is terrible when deluded terrorists or criminals on probation kill innocent people. But the increased risk that each of us runs is marginal when we insist on enforcing human rights rather than abandoning them just because they have proved inconvenient'

עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב'יחס אכזרי ולא אנושי' (cruel, inhuman treatment) וב'יחס משפיל' (degrading treatment) [...] איסורים אלה הם 'מוחלטים'. אין להם 'חריגים', ואין בהם איזונים.³³

יש לציין כי הערה זו מטעה בשני מובנים. ראשית, משום שבניגוד להצהרה שבסופה היא משקפת הכרעה בין שיקולים מתנגשים. בית המשפט עצמו רואה את הכללים שהוא קובע כמסקנה של 'איזון בין ערכים מתנגשים': מצד אחד 'שמירת צלם האדם של הנחקר' ו'שמירת "טוהר נשק החקירה"', ומצד שני ה'צורך להילחם באופן אפקטיבי בתופעה העבריינית בכלל, ובפיגועים חבלניים בפרט.³⁴ במילים אחרות, האיסור הוא על פגיעה בנחקר שהיא מעבר לדרגת חומרה מסוימת, בהנחה שאין הצדקה לפגיעה כזאת לאור השיקולים הנוגדים. כאמור, מסקנה המשקפת הכרעה בין שיקולים מנוגדים היא תמיד מסקנה 'מוחלטת' אך רק במובן הטריטוריאלי.³⁵ עם זאת, בהקשר הנדון, מסקנה השוללת אמצעי חקירה היא מסקנה משמעותית מבחינה מעשית. אולם הספק המשמעותי יותר לגבי ההערה שלעיל הוא במישור השני: שלילת אמצעי החקירה החמורים מטעה בכל הנוגע למצב המשפטי בישראל, שכן שלילתם היא שלילה חד־משמעית לגבי חקירות 'רגילות' אך אינה חד־משמעית לגבי חקירות המיועדות לגילוי מידע על מעשי טרור מתוכננים. מסקנת פסק הדין שממנו לקוח הציטוט לגבי חקירות מהסוג האחרון אינה ברורה; בית המשפט פסק אמנם כי אין סמכות מנהלית לשימוש ב'אמצעי חקירה מיוחדים' (גם) בחקירות כאלו, אך הגנת הצורך במשפט הפלילי – השוללת בתנאים מסוימים את אחריותו של אדם למעשה שבוצע לשם מניעת סכנה – עשויה לחול לגבי שימוש באמצעי חקירה מיוחדים בחקירות מהסוג האחרון, כך שבחשבון הכולל נותר חוסר בהירות לגבי חוקיות השימוש ב'אמצעי חקירה מיוחדים' בחקירות כאלה.³⁶

33 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817-851 (1999) (להלן: **עניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל**), פסק הדין של השופט ברק, סעיף 23.

34 **שם**, פסק הדין של השופט ברק, סעיף 22.

35 ראו לעיל פרק ראשון, סעיף ו.

36 לתיאור וניתוח פסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, ראו Mordechai Kremnitzer & Re'em Segev, 'The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?', *Israel Law Review* 34:2 (2000): 509–559

דוגמה נוספת לחוסר הבחנה בין המובן היסודי של איזון אינטרסים ובין תפיסה מהותית שלו, השוללת פגיעה בשיקולים מסוימים וכך מעניקה להם מעמד מוחלט, היא האמירה שהתאוריה של איזון האינטרסים מקובלת במשפט הישראלי ברוב ההקשרים אך לא בהכרח בכולם, או ליתר דיוק לא במקרה אחד מסוים שבו עמדה על הפרק הגנה על 'עצם קיומה של המדינה' (להבדיל מההגנה על 'אופייה הדמוקרטי של המדינה').³⁷ נראה כי הניתוח הסביר יותר של העמדה האמורה אינו דחיית עצם הרעיון של שקלול שיקולים או איזון אינטרסים ביחס לשיקול ההגנה על 'עצם קיומה של המדינה', אלא אימוץ תפיסה מהותית מסוימת של שקלול שיקולים אשר במסגרתה מקבל השיקול האמור משקל מכריע וגובר על כל שיקול אחר.³⁸

37 ראו בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 185-1 (1997) (להלן: **עניין חורב**), עמ' 37 (השופט ברק): 'תורת האיזון (balancing) נוהגת במשפט הציבורי שלנו [...] מקום שקיימת סמכות שלטונית, אשר הפעלתה מעניקה שיקול דעת, אשר צריך להתחשב בערכים ובאינטרסים מתנגשים. כך נוהג בית משפט זה במרבית הסוגיות, בהן הפעלת שיקול דעת שלטוני פוגעת בפרט או באינטרס של הכלל. במרבית הסוגיות אך לא בכלן. כאשר על כפות המאזניים הונח עצם קיומה של המדינה, סירב בית משפט זה לאזן בין אינטרס זה לבין אינטרסים מתחרים [...] הוא ראה בקיום המדינה "נתון קונסטטוציוני" שאין מקום לאזנו כנגד הזכות לבחור ולהיבחר. זהו ללא ספק מקרה חריג ויוצא דופן, שגם עליו קמו עוררים [...] כאשר בית המשפט העליון נתבקש להרחיב חריג זה לעבר אופייה הדמוקרטי של המדינה, הוא סירב להצעה [...] מוכן אני להניח, בלא לפסוק בדבר, כי קיימים ערכים או אינטרסים נוספים שתורת האיזון אינה תופסת בהם'; בג"ץ 6024/97 **שביט נ' חברה קדישא גשח"א ראשון לציון**, פ"ד נג(3) 300 (1999) (להלן: **עניין שביט**), פסק הדין של השופט ברק, סעיף 7: 'למיטב ידיעתי, רק במקרה אחד סירב בית משפט זה (בדעת רוב) להיזקק לתורת האיזונים. היה זה כאשר על כפות המאזניים הונח עצם קיומה של המדינה [...] כאשר נתבקשנו להחיל גישה זו על דבר אופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית, סירבנו לכך'. פסק הדין שבו סירב בית המשפט 'לאזן' בין הגנה על 'עצם קיומה של המדינה' ובין שיקולים אחרים הוא ע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט(1965) 365 (3). פסק הדין שבו דחה בית המשפט את הרחבת החריג הוא ע"ב 1/84 **ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225-334 (1985) (להלן: **עניין ניימן 1985**).

38 ייתכן כי עמדה המניחה עיקרון מוחלט עולה גם מקטע בפסק הדין שעסק בחוקיות ההריגה המונית של חשודים בתכנון מעשי טרור. ראו בג"ץ 769/02 **הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** (2006) (להלן: **עניין ההריגה המונית**), פסק הדין של השופט ריבלין, סעיף 5: 'עקרון המידתיות, שהוא בגדר עיקרון כללי המעוגן בהוראות שונות של המשפט הבינלאומי, בא להגשים את החובה הזו. עיקרון זה שולל פגיעה נלווית בלתי-מידתית באזרחים תמימים. כך הוא לגבי הדרישה כי

2. ההנחה של שיקולים לא מוחלטים

נקודת מבט הפוכה, המשקפת גם היא את ההנחה שמושג האיזון אינו מתיישב עם שיקולים מוחלטים, מבוססת על הנחה שאין שיקולים מוחלטים ומסתמכת על מושג האיזון כדי לשלול את אפשרות קיומם או כחלופה לאפשרות זו.³⁹ עמדה כזאת הובעה גם בישראל במספר רב של פסקי דין ולעתים גם במאמרים אקדמיים. בתי המשפט בישראל הצהירו פעמים רבות כי במסגרת המשפט הישראלי – ערכים, אינטרסים או זכויות אינם מוחלטים.⁴⁰ לעתים נדמה כי ההנחה המקובלת של בתי המשפט ושל כותבים

התועלת שתצמח מהשגת המטרה הצבאית הראויה תהא שקולה כנגד הנזק שנגרם לאזרחים תמימים. כך הוא לגבי הדרישה כי הנזק הנלווה לא יהא מופרז בנסיבות העניין. יש הרואים בהעמדת התועלת מול הנזק כקונקרטיזציה של ההוראה בדבר הימנעות מפגיעה מופרזת באזרחים. אף כי הקשר בין השתיים ברור, נראה כי יתכנו נזקים נלווים לאוכלוסייה האזרחית שהם כה קשים עד כי גם מטרה צבאית בעלת תועלת של ממש לא תצדיק את גרימתם!

39 ראו את הטענה שעמדה כזאת מקובלת בפסיקה ובספרות המשפטית בארצות

הברית: Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', p. 995

40 ראו למשל בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 488–441

(1994) (להלן: **עניין כלל**), עמ' 466 (השופט דב לוין): הצהרה כללית; בש"פ 537/95

גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995) (להלן: **עניין גנימאת**), עמ' 413

(השופט ברק): הצהרה כללית; **עניין חורב**, עמ' 39 (השופט ברק): הצהרה כללית;

בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998), פסק הדין של

השופט ברק, סעיף 23: הצהרה כללית; בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי**

לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (2006) (להלן: **עניין עדאלה 2006**),

פסק הדין של השופט ברק, סעיף 26: הצהרה כללית; בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר**

הפנים (2006) (להלן: **עניין איחוד המשפחות**), פסק הדין של השופט ברק, סעיף 20:

הצהרה כללית; פסק הדין של השופט לוי, סעיף 7; בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שרות**

בתי הסוהר (2006) (להלן: **עניין דוברין**), פסק הדין של השופטת פרוקצ'יה, סעיפים

11–12: הצהרה כללית; ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**,

פ"ד מט(4) 588–221 (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**), עמ' 414 (השופט ברק): כבוד

האדם, החירות, הקניין, התנועה, הפרטיות וחופש העיסוק; **עניין ניימן 1985**, עמ'

315 (השופט ברק): זכות ההצבעה, חופש הביטוי, חופש התהלוכה, חופש המידע,

חופש האסיפה ושאר 'הזכויות הפוליטיות'; בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם נ'**

המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 727–661 (1997) (להלן: **עניין סטיישן פילם**),

עמ' 675 (השופט ברק): חופש הביטוי; רע"א 2687/92 **גבע נ' חברת וולט דיסני**, פ"ד

מח(1) 285–251 (1993), עמ' 266–265: חופש הביטוי; בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה**

לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 288–249 (2003) (להלן: **עניין בכרי**), עמ' 260 (השופטת

דורנר), עמ' 277 (השופטת פרוקצ'יה): חופש הביטוי; בג"ץ 5432/03 **ש.י.ן** –

אחרים היא שיש קשר הכרחי בין התפיסה שראוי לאזן בין שיקולים נוגדים ובין העמדה השוללת את קיומם של ערכים או שיקולים מוחלטים. עמדה כזאת עשויה להסביר את האמירות הבאות בפסקי דין ובספרות משפטית:

כחוט השני עוברת בכל התורה הדמוקרטית ההכרה כי זכויות האדם אינן מוחלטות; כי הן יחסיות; כי יש לאזן אותן פנימה ביחסיהן ההדדיים; כי יש לאזן אותן על-פי שיקולים של טובת הכלל.⁴¹

כחוט השני עוברת בתפיסתנו החוקתית והיוריספרודנטלית התפיסה, כי: 'בחיייה המאורגנים של החברה אין "הכל או לא כלום". יש "תן וקח", ואיזון בין האינטרסים השונים' [...] ביסוד תפיסה זו עומדת ההכרה כי הערכים והעקרונות – והחירויות הנגזרות מהם –

לשוויון ייצוג לנשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004) (להלן: עניין המועצה לשידורי כבלים ולוויין), עמ' 82 (השופטת דורנר); חופש הביטוי; ע"ע (ארצי) 1185/04 אוניברסיטת בר-אילן נ' קיסר (2005) (להלן: עניין קיסר [בית הדין הארצי לעבודה]), פסק הדין של השופטת ארד, סעיף 21: הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית; עע"מ 7024/03 גבע נ' גרמן (2006) (להלן: עניין גרמן), פסק הדין של השופטת ארבל, סעיף 14, ופסק הדין של השופט פרוקצ'יה: הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית; בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169–181 (1980), עמ' 172 (השופט ברק): חירות האסיפה וחירות התהלוכה; בג"ץ 6897/95 כהנא נ' תת-ניצב קרויזר, פ"ד מט(4) 853 (1995) (להלן: עניין כהנא 1995), עמ' 856 (השופט זמיר): חירות האסיפה; בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נ(2) 822–836 (1996) (להלן: עניין מרצ), עמ' 828 (השופט אור), עמ' 833 (השופטת דורנר): חירות ההפגנה והתהלוכה; בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267–288 (2001) (להלן: עניין גור אריה), עמ' 283 (השופטת דורנר): חופש הדת; עניין חורב, עמ' 37 (השופט ברק): רגשות הדת; ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309–354 (1995) (להלן: עניין נחמיאס), עמ' 353 (השופט ברק): הזכות לפרטיות; עניין איחוד המשפחות, פסק הדין של השופטת בייניש, סעיף 8: הזכות לקיום חיי משפחה; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) (להלן: עניין רוקר), עמ' 278 (השופט ברק): זכות הקניין; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22, שארק זלוקס רהיטים נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, משרד העבודה והרווחה (2005), פסק הדין של השופט ברק, סעיף 6: חופש העיסוק; בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529 (2003) (להלן: עניין פלונית), פסק הדין של השופט ברק, סעיף 7, ופסק הדין של השופטת דורנר: פומביות הדיון השיפוטי. רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45–80 (1996), עמ' 64 (השופט ברק).

אינם בעלי אופי מוחלט. לערכים, לעקרונות ולחירויות אין משקל 'מוחלט'. משקלם הוא תמיד יחסי. מעמדם נקבע ביחס לערכים, לעקרונות ולחירויות אחרים שעמם הם עשויים להתנגש.⁴²

כלל גדול בידינו, שכל זכות יסוד אינה אבסולוטית אלא יחסית וקיומה ושמירתה הם על ידי מציאת האיזון המתאים בין האינטרסים הלגיטימיים השונים של שני יחידים או של היחיד והציבור, אינטרסים שכולם מעוגנים ומוגנים בדין.⁴³

זכויות אינן מוחלטות. הן בנויות על מציאת איזון בין הזכויות לבין הצרכים של כל הפרטים המרכיבים את החברה ועל זכות קיומה של המדינה והחברה בכללותן.⁴⁴

איזון זה משקף את יחסיותן של זכויות האדם.⁴⁵

מבחן זה [שקובעת פסקת ההגבלה] משקף איזון בין זכויות יסוד לבין ערכים חשובים אחרים. הוא צומח ממציאות שבה אין אמתות מוחלטות ואין ערכים מוחלטים. הוא בנוי על ראיית היחסיות הן של זכויות אדם והן של אינטרסים חברתיים.⁴⁶

איזון מחייב יחסיות. הוא אינו יכול להיות מושג בערכים מוחלטים.⁴⁷

שעה שקיימת התנגשות בין התכליות השונות [...] יש לאזן בין התכליות המנוגדות. איזון זה משקף את ההכרה כי התכליות השונות אינן מוחלטות.⁴⁸

42 עניין **שביט**, פסק הדין של השופט ברק, סעיף 7.

43 בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב (2) 221, עמ' 242 (השופט אלון).

44 עניין **בנק המזרחי**, עמ' 335 (השופט שמגר).

45 עניין **ההריגה המונעת**, פסק הדין של השופט ברק, סעיף 22.

46 עניין **איחוד המשפחות**, פסק הדין של השופטת פרוקצ'יה, סעיף 3.

47 **שם**, פסק הדין של השופטת פרוקצ'יה, סעיף 5.

48 בג"ץ 4112/99 **עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו5 (393-480) (2002) (להלן:

עניין עדאלה 2002), עמ' 415, פסק הדין של השופט ברק, סעיף 22.

האינטרס הציבורי מחייב גישה, שלפיה כשם שאין זכויות מוחלטות כך אין תרופות אבסולוטיות. דיני התרופות צריכים לשקף אינטרסים פרטיים ומערכתיים כאחד. הם פרי איזון בין אינטרסים.⁴⁹

השוויון הוא ערך מן המדרגה הראשונה, אך אין הוא ערך מוחלט, אלא ערך יחסי, כמוהו ככל ערך אחר. כאשר השוויון מתנגש בערך אחר, או אף בכלל אחר או באינטרס ציבורי, יש לאזן ביניהם.⁵⁰

ככל זכות, גם חופש הדת אינו זכות מוחלטת, ויש לאזן בינו ובין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים.⁵¹

חופש התנועה איזו זכות מוחלטת ויש לאזנו לעומת זכויות, ערכים ואינטרסים אחרים.⁵²

זכות ההפגנה והתהלוכה היא זכות יסוד, אך אין היא זכות מוחלטת. היא זכות יחסית [...] יחסיות הזכות מחייבת יצירת איזון בינה לבין הזכויות האחרות.⁵³

ככל זכות יסוד, גם חירות ההפגנה והתהלוכה היא חירות יחסית. היא אינה מוחלטת. יש לאזנה מול ערכים אחרים.⁵⁴

אין מדובר בזכויות מוחלטות. כשם שאין להטיל חסיון מלא וגמור על מסמכי הרשות, כך אין זכות העיון עומדת לעצמה כערך בלעדי. מלאכת האיזון בין האינטרסים המתנגשים צריכה להיעשות נכוחה ובשים לב לנסיבות העניין.⁵⁵

- 49 עמנואל גרוס, 'תרופות חוקתיות', **משפט וממשל** ד (התשנ"ח-1998): 433-488, עמ' 483.
- 50 בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337 (1999), פסק הדין של השופט זמיר, סעיף 22.
- 51 **עניין גור אריה**, עמ' 283 (השופטת דורנר).
- 52 **עניין חורב**, עמ' 37 (השופט ברק).
- 53 בג"ץ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח(2) 393-413 (1984) (להלן: **עניין לוי**), עמ' 399 (השופט ברק).
- 54 **עניין מרצ**, עמ' 828 (השופט אור).
- 55 **עניין קיסר** (בית הדין הארצי לעבודה), פסק הדין של השופטת ארד, סעיף 21.

חופש העיסוק – כזכויות אדם אחרות – אינו זכות מוחלטת. הוא מעניק לאדם זכות יחסית [...] יש לאזן בינה ובין זכויות האדם האחרות; יש לאזן בינה ובין שיקולים ראויים של טובת הציבור.⁵⁶

הזכות לחופש עיסוק הינה זכות יחסית, ולא זכות מוחלטת, ויש לאזן בינה לבין אינטרסים אחרים באופן שבנסיבות מסוימות עליה לסגת מפני אותם אינטרסים.⁵⁷

הפומביות אינה עיקרון מוחלט, וניתן לאזנה כנגד שיקולים המתנגשים בה.⁵⁸

ז. איזון ושיקולים מסדר שני

לפי טענה אחת, ראוי להגביל את מושג האיזון לתחום ההתנגשויות בין שיקולים מסדר ראשון ולתחום ההתנגשויות בין שיקולים מסדר שני, אך אין מקום למושג האיזון בתחום ההתנגשויות בין שיקולים מסדר ראשון (המסווגים כ'אינטרסים') לבין שיקולים (מוציאים) מסדר שני (המסווגים כ'זכויות').⁵⁹ שכן מעצם טיבם שיקולים מסדר שני גוברים על שיקולים מסדר ראשון.⁶⁰ בדומה לטענות אחרות, טענה זו אינה נוגעת למושג האיזון במובן היסודי אלא מציעה תפיסה מהותית של איזון שלפיה קיימים סוגים שונים של שיקולים (מוציאים) מסדר שני, ושיקולים אלו גוברים תמיד על שיקולים מסדר ראשון. יתר על כן, טענה זו כרוכה בקשיים לגבי שני חלקיה. כבר הזכרתי את הספקות לגבי טיעונים מקובלים בזכות סוגים שונים של שיקולים מסדר שני. אולם גם בהנחה שקיימים סוגים מסוימים של שיקולים מסדר שני, ספק אם נכונה ההנחה ששיקולים אלו גוברים תמיד על שיקולים מסדר ראשון. סביר יותר להניח כי שיקול מסדר שני עשוי לסגת לעתים מפני

56 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997) (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות), פסק הדין של השופט ברק, סעיף 15.

57 בג"ץ 2740/06 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4), 481 (1997) (להלן: עניין שנסי), פסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן, סעיף 20.

58 עניין פלונית, פסק הדין של השופטת דורנר.

59 לשיקולים כאלה ראו לעיל פרק ראשון, סעיף 31.

60 ראו Richard H. Pildes, 'Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law', *Hastings Law Journal* 45 (1994): 711–751; Porat, 'The Dual Model of Balancing', pp. 1395, 1402–1417

שיקול מסדר ראשון, כאשר השיקול האחרון חזק דיו (למשל, כאשר המחיר המוסרי של ציות לפקודה או של קיום הבטחה גבוה במונחים של פגיעה באדם שלישי).

עידו פורת מציע שלוש תשובות לביקורת זו, וכל תשובותיו מכירות באפשרות של העדפת שיקולים מסדר ראשון על פני שיקולים מסדר שני. התשובה הראשונה היא ששיקולים מסדר שני כוללים את החריגים להם, והחריגים נגזרים מהשיקול הרלוונטי. לדוגמה, החריגים לשיקול בזכות קיום הבטחות נגזרים ממוסד ההבטחה.⁶¹ הקושי בתשובה זו הוא שהחריגים – המוצדקים והמקובלים – לשיקול בזכות קיום הבטחות הם משני סוגים: סוג אחד אכן נגזר מהשיקול בזכות קיום הבטחות (למשל, כאשר מקבל ההבטחה אינו מעוניין יותר בקיום ההבטחה), אולם סוג אחר נגזר משיקולים מנוגדים (למשל, כאשר קיום הבטחה כרוך בפגיעה חמורה באדם שלישי).⁶²

התשובה השנייה של פורת היא שיש מקום לאזן שיקולים מסדר ראשון עם שיקולים מסדר שני – ובפרט להעדיף שיקולים מסדר ראשון – אך יש לעשות כן רק במקרים נדירים ולא במצבים הרגילים. אין מקום לאזן את השיקול בזכות קיום הבטחה עם כל טעם, אבל מוצדק לאזנו – ואף להפר הבטחה – במצבי חירום. מוצדק להפר הבטחה לאסוף אדם מתחנת רכבת אם האיסוף בזמן המיועד מתנגש עם הסעתו לבית החולים של אדם ששבר את רגלו; אבל אין מקום לאזן את השיקול בזכות קיום הבטחה עם השיקול בזכות היענות להזמנה לארוחת צהריים.⁶³ אולם תשובה זו אינה מסבירה את משמעותו של קריטריון 'מצבי החירום', האמור לזהות את המצבים שבהם מוצדק לאזן את השיקולים בזכות קיום הבטחות עם שיקולים נוגדים. נראה כי הפרשנות הסבירה ביותר, המתיישבת עם הדוגמאות האמורות, מבוססת על חשיבותם (חוזקם) של השיקולים: מוצדק לאזן את השיקול לקיים הבטחה עם שיקולים נוגדים, כאשר השיקולים הנוגדים חזקים דיים. אולם אם כך, אזי תמיד יש לאזן שיקולים מסדר שני (דוגמת השיקול לקיים הבטחה) עם שיקולים נוגדים מסדר ראשון. התשובה השנייה עשויה

61 שם, 1413.

62 ראו לעיל פרק ראשון, סעיף 4. פורת מזכיר את שני הסוגים האמורים של שיקולים בלי להבחין ביניהם. ראו, Porat, 'The Dual Model of Balancing', pp. 1413–1414, note 63.

63 ראו סעיף ב לעיל, וכן שם, 1414–1413.

להיראות סבירה במבט ראשון רק משום שלעתים ברור כי השיקול לקיים הבטחות חזק יותר משיקולים נוגדים.

התשובה השלישית של פורת היא שאיזון של שיקול מסדר ראשון עם שיקול מסדר שני הוא אמנם סביר, אבל משמעותו היא שינוי כובעו של הפועל – מאדם שפועל בהנחה שקיים שיקול מסוים מסדר שני לאדם שמעצב או משנה שיקול מסדר שני.⁶⁴ אולם נראה כי תשובה זו אינה לעניין. השאלה היא אם יש או אין מקום לאזן שיקולים מסדר ראשון עם שיקולים מסדר שני ולא באיזה כובע יש לעשות זאת.

ה. איזון ושיקולים פסולים

לפי טענה אחרת, אין לאזן בין שיקולים תקפים לבין שיקולים פסולים. נטען למשל כי אין מקום לאיזון טענה נגד אפליה עם רצונו של המעסיק להפלות מועמד לעבודה בשל היותו שחור, שכן רצון זה מבוסס על תפיסה פסולה; אך יש מקום לאזן טענה נגד אפליה עם רצונו של המעסיק להפלות מועמד לעבודה עקב העובדה שנכותו של האחרון מחייבת השקעת משאבים והתאמת מקום העבודה, מפני שרצון זה מבוסס על שיקול לגיטימי.⁶⁵

הטענה שיש לאזן רק בין שיקולים תקפים היא כמובן נכונה. היא אינה מגבילה את מושג האיזון אלא מגדירה את נקודת המוצא של מושג האיזון: שיקול הוא תקף בהכרח; אם אינו תקף הוא אינו שיקול (אלא רק טענה שגויה לקיומו של שיקול). לכן איזון בין שיקולים הוא איזון בין שיקולים תקפים. השלב הראשון במסגרת האיזון הוא אפוא זיהוי השיקולים הרלוונטיים (התקפים). בדוגמה שלעיל, של הפליה מטעם פסול, אין כל התנגשות של שיקולים, שכן שלילת שיקול פסול של הפליה אינה משקפת שיקול חיובי בזכות שוויון אלא טיעון שלילי בלבד, ולפיו טענה מסוימת אינה מבססת שיקול נורמטיבי תקף.⁶⁶ לעומת זאת דחייה של שיקול לגיטימי בזכות הפליה מחייבת שיקול חיובי בזכות שוויון.

64 שם, 1414.

65 ראו שם, עמ' 1406–1409; Mark Kelman, 'Market Discrimination and Groups', *Stanford Law Review* 53 (2001): 833–896, pp. 834–845.

66 נקודה זו מחייבת שתי הבהרות: ראשית, יש להבחין בין השאלה אם רצון המבוסס על עמדה מוסרית מסוימת הוא משום בסיס לשיקול תקף בזכות התחשבות בו לאור תוקפה של התפיסה, ובין השאלה אם רצון כאמור הוא משום בסיס לשיקול תקף

ט. איזון ושיקולים מוסדיים

יש להבחין בין הרעיון היסודי של שקלול שיקולים או איזון אינטרסים ובין תפיסות מוסדיות של רעיון זה. דוגמה לחוסר הבחנה מסוג זה היא הטענה, שהרעיון של שקלול שיקולים או איזון אינטרסים אינו ראוי מכיוון שהוא מעניק כוח רב מדי לרשות השופטת על חשבון הרשות המחוקקת. טענה זו אינה מנוגדת למובן היסודי של מושג האיזון, שכאמור אינו עוסק בסוגיה המוסדית של חלוקת סמכויות האיזון, אלא רק לתפיסה מוסדית מסוימת שלו, המפקידה את מלאכת האיזון רק (או בעיקר) בידי בתי המשפט.

בשל עצם קיומו ללא תלות במקורו. גם רצון המבוסס על עמדה פסולה עשוי, לפי תפיסות מסוימות, להיות משום בסיס לשיקול תקף בזכות התחשבות בו, למשל, שיקול של רווחה אישית לאור מדד של העדפות או שיקול של אוטונומיה אישית. לכן הטענה שדחייה של הפליה המבוססת על רצון פסול אינה כרוכה במחיר, אינה בהכרח נכונה. לטענה זו ראו Porat, 'The Dual Model of Balancing', p. 1409. שנית, יש להבחין בין השאלה אם יש מקום להתחשב בעובדה כגון צבע עור בשל חשיבותה העצמאית ובין השאלה אם יש להתחשב בעובדה זו בשל טעמים אינסטרומנטליים, למשל הטעם שהעסקת עובד שחור עלולה לפגוע בהיקף המכירות. גם אם עובדה מסוימת אינה בעלת חשיבות מוסרית עצמאית היא עשויה להיות בעלת חשיבות מוסרית אינסטרומנטלית. אני מתייחס בטקסט לחשיבות העצמאית בלבד. קלמן, ובעקבותיו פורת, כוללים תחת הכותרת 'הפליה מטעם פסול' גם הפליה המבוססת על עובדה שאינה בעלת חשיבות נורמטיבית עצמאית אך עשויה להיות בעלת חשיבות אינסטרומנטלית (למשל, החשש שהעסקת שחור תפגע במכירות). זהו שימוש מטעה, שכן במצב כזה מדובר בטעם לגיטימי (כך הם מניחים). בשל כך הם גם נאלצים לסייג את הטיעון שלהם, שאין לאזן טענת הפליה מסוג זה עם שיקולים נוגדים. ראו Porat, 'The Dual Model of Balancing', p. 1410. לכן פורת מסווג את הטעם האמור כטעם מוציא ולא כטעם פסול, שם, עמ' 1411.