

שוויון ודברים אחרים

ראם שגב*

המונח "שוויון" הוא מונח בולט בשיח המוסרי והמשפטי, אך הוא גם מעורפל ושנוי במחלוקת. יש הרואים בשוויון את הערך המוסרי או המשפטי היסודי ביותר (כעניין של דין רצוי או של דין מצוי), בעוד אחרים טוענים כי זהו מושג לא-קוהרנטי, ריק מתוכן מהותי, שניתן לרדוקציה לערך אחר או שהינו חסר ערך כליל. חלק מהמחלוקת היא נורמטיבית, אך נראה כי חלק אחר נובע מאי-בהירות עמוקה לגבי המונח "שוויון". מטרת המאמר היא לתרום להבהרת המונח "שוויון" באמצעות הצבעה על אי-בהירות ובחינת המשמעות של כמה רעיונות בולטים שנהוג לקשר אליו. המטרה הישירה של המאמר היא אם כן מושגית, אך הניתוח המושגי עשוי לתרום גם מבחינה נורמטיבית, שכן עמידה על תוכנם של רעיונות שונים ועל ההבדלים ביניהם עשויה לתרום למסקנה איזה מהם משקף אידיאל מוסרי נכון ואיזה מהם ראוי לעגן במסגרת המשפט.

מבוא. א. אי-בהירות לגבי אי-הבהירות. ב. אי-בהירות עקב רב-משמעיות. ג. אי-בהירות עקב אי-דיוק. ד. סיכום.

מבוא

המונח "שוויון" הוא מונח מוסרי ומשפטי בולט, אך הוא גם מונח מעורפל ושנוי במחלוקת. יש הרואים בשוויון את הערך המוסרי או המשפטי היסודי ביותר (כעניין של דין רצוי או של דין מצוי),¹ בעוד אחרים טוענים כי זהו מושג לא-קוהרנטי, ריק מתוכן מהותי, שניתן לרדוקציה

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לנעמה גולדברג ולעמיחי וסרטיל על עזרה מצוינת במחקר, ולזיו בורר, לאריאל בנדור, לחאלד גנאים, למיכל טמיר, לברק מדינה, לאילן סבן ולשני קוראים אנונימיים על הערות מועילות. המחקר נתמך על-ידי הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 1148/13).

1 ראו, למשל, את הטענה שלפיה שוויון הוא הערך המעוגן ביותר בתרבות המערבית: Erwin Chemerinsky, *In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen*, 81 MICH. L. REV. 575, 575 (1983), available at http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/804 ("No

לערך אחר או שהינו חסר ערך כליל.² חלק מהמחלוקת היא נורמטיבית, כלומר, נובעת מאי-הסכמה לגבי השאלה אם עיקרון מסוים הוא בעל ערך (אינטרינזי או אינסטרומנטלי), אך נראה כי חלק אחר נובע מאי-בהירות עמוקה לגבי המונח "שוויון". אי-הבהירות לגבי המונח "שוויון" עמוקה בשלושה מובנים. ראשית, זהו מונח רב-משמעי, דהיינו, בהקשרים שונים הכותרת "שוויון" משקפת רעיונות בעלי תוכן שונה, שיש הבדלים משמעותיים ביניהם. לעיתים המונח "שוויון" מתאר עיקרון של צדק חלוקתי, כגון מתן עדיפות לאדם שמצבו רע יותר בעת חלוקת טובין, ולעיתים (בעיקר בהקשרים משפטיים) הוא מציין איסור הפליה (כלומר, איסור חלוקה לפי משתנים כגון גזע, דת ומין) או איסור התחשבות במשתנים חסרי חשיבות נורמטיבית ("שיקולים זרים").³ שנית, לעיתים השימוש במונח "שוויון" אינו מבהיר את תוכן הרעיון המסתתר מאחוריו (ככל שקיים רעיון מובחן כזה). לבסוף, יש אי-בהירות ומחלוקת (מסדר שני) לגבי אופי אי-הבהירות של המונח "שוויון": מצד אחד, לעיתים מגזימים באופי הבעיה, כאשר שוללים את האפשרות של תפיסה קוהרנטית של שוויון, לפחות כזאת שאינה מופרכת בעליל; מצד אחר, לעיתים ממעיטים בעומקה של אי-הבהירות, כאשר מניחים כי השיח המשפטי משקף מובן יסודי אחד של "שוויון", אשר כולל אמנם כמה גרסאות אך כאלה שמפתחות אותו מושג בסיסי (כלומר, מתעלמים מהרב-משמעיות של המונח).

מטרת המאמר היא לתרום להבהרת המונח "שוויון" באמצעות הצבעה על אי-הבהירות בכל הרמות הללו ועל-ידי בחינת המשמעות של כמה רעיונות בולטים שנהוג לקשר אליו. המטרה הישירה של המאמר היא אם כן מושגית, ולא נורמטיבית. המאמר אינו כולל המלצות נורמטיביות ישירות בכל הנוגע בשאלות איזה רעיון תקף מבחינה מוסרית,⁴ איזה רעיון ראוי לעיגון משפטי, וכיצד ראוי להשתמש במונח "שוויון". עם זאת, לניחוח המושגי יש חשיבות

value is more thoroughly entrenched in Western culture than is the notion of equality") להצהרות על חשיבותו של עקרון ה"שוויון" במשפט הישראלי ראו, למשל, בג"ץ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332-331 (1988); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 26 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) ("בית המשפט העליון ראה בה [בזכות לשוויון] מהחשובה שבזכויות האדם... השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל"); בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 29 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה 2006); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, פס' 35 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2000) (להלן: דנג"ץ רקנט) ("בהיותו חלק מערכיה של מדינת ישראל, משמש השוויון ערך מרכזי גם בתחומי המשפט הפרטי").

2 ראו להלן פרקים א ו-ב.

3 לעיתים אף מתארים עיקרון כ"שוויוני" עקב העובדה שהוא מוליך למסקנה זהה כאשר המדד שהוא קובע חל במידה זהה לגבי כמה אנשים – למשל, עקב העובדה שכאשר גודל ההטבה נקבע לפי הכישורים, ההשקעה, התוצר או התועלת שאדם מפיך מטובין, אכן תינתן אותה הטבה לאנשים עם כישורים, השקעה, תוצר או תועלת זהים, בהתאמה. דבר זה נכון כמובן לגבי כל עיקרון.

4 אני דן בשאלה זו במקומות אחרים: Re'em Segev, *Well-Being and Fairness*, 131 PHIL. STUD. (2006); Re'em Segev, *Second-Order Equality and Levelling Down*, 87 AUST. J. PHIL. 425 (2009); Re'em Segev, *Hierarchical Consequentialism*, 22 UTILITAS 309 (2010); Re'em Segev, *Making Sense of Discrimination*, 27 RATIO JURIS 47 (2014).

נורמטיבית, שכן מסקנותיו רלוונטיות לשאלות הנורמטיביות האמורות. ניתוח מושגי המצביע על תוכנם של רעיונות שונים ועל ההבדלים ביניהם עשוי לתרום למסקנה איזה מהם משקף אידיאל מוסרי נכון ואיזה מהם ראוי לעגן במסגרת המשפט. השלכה סבירה של עמדה מחזקת את הביטחון בנכונותה של עמדה זו, ולהפך. מבחינה זו קיים קשר הדוק בין ניתוח מושגי לניתוח נורמטיבי, שכן עמידה על השלכותיהן של עמדות שונות ועל ההבדלים ביניהן היא חלק מרכזי בטיעון נורמטיבי בעדן או נגדן.⁵

עמידה על תוכנם של רעיונות שונים עשויה לתרום, למשל, למתן מענה לשאלה אם פגיעה בעיקרון של "שוויון" עשויה להיות מוצדקת (כלומר, אם העיקרון הוא מוחלט אם לא) וכן לשאלות מוכרות לגבי איסור הפליה, כגון: האם הוא צריך לכלול רק התייחסות למשתנים כגון גזע, דת ומין או שמא גם משתנים אחרים, דוגמת מוגבלות, הורות, נטייה מינית, משקל, צבע עיניים ומצב כלכלי? האם רק הפליה המבוססת על דעה קדומה חסרת בסיס היא פסולה מבחינה מוסרית או שמא גם הפליה רציונלית המבוססת על שיקול תקף – כגון מקסום הרווח באמצעות העדפת המועמד בעל הכישורים הטובים ביותר למילוי תפקיד מסוים (או צמצום עלות ההעסקה באמצעות העדפת המועמד שעלות העסקתו היא הנמוכה ביותר) – היא פסולה (לפעמים) מבחינה מוסרית? האם פעולה על-פי עיקרון של "נפרד אבל שווה" ("הפרדה שווה") היא פסולה (לפעמים) מבחינה מוסרית? בחינת המשמעות של מובנים שונים של "שוויון" עשויה להסביר גם את היחס ביניהם. למשל, לפי עמדה אחת, הפסול היסודי בהפליה (כאשר היא פסולה) הוא שהיא יוצרת אי-צדק חלוקתי,⁶ אך לפי עמדה אחרת, הפסול היסודי הוא אחר.⁷

לעומת זאת, אי-הבחנה בין מובנים שונים של שוויון עלולה להוליך לטיעון חסר תוקף. כך, למשל, נטען כי כוח המשיכה של הדרישה לייצוג הולם נובע מבלבול בין מובן ("שילילי") של "שוויון" אשר יש לגביו הסכמה רחבה מאוד אבל אינו מנביע את הדרישה האמורה (המובן הלא-לגמרי-כרוור של התחשבות שווה באינטרסים של כל אדם) לבין מובן ("חיובי") אשר מנביע אותה אבל שנוי במחלוקת (מובן מסוים של צדק חלוקתי).⁸

5 הדוגמה המוכרת ביותר בכל הנוגע במונח "שוויון" היא ההצבעה על כך שתפיסה של שוויון השווואתי מוליכה לשיקול בעד השוויה כלפי מטה (leveling down), בניגוד לתפיסה של מתן קדימות לאדם שמצבו רע יותר. ראו להלן פרק ב.

6 ראו Shlomi Segall, *What's so Bad about Discrimination*, 24 UTILITAS 82 (2012); Richard Arneson, *Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF DISCRIMINATION LAW 87 (Deborah Hellman & Sophia Moreau eds., 2013). ראו גם Segev, *Making Sense of Discrimination*, לעיל ה"ש 4.

7 ראו, למשל, Sophia Moreau, *When Is Discrimination Wrong?* 34–58 (2009); Deborah Hellman, *When Is Discrimination Wrong?*, 38 PHIL. & PUB. AFF. 143 (2010).

8 Janet Radcliffe-Richards, *Only X%: The Problem of Sex Equality*, 2 J. PRACTICAL ETHICS 44, 59 (2014) ("My suspicion is that what underlies the prevalence and power of the 'only x%' rhetoric may be a similar conflation of these quite different kinds of equality. Negative equality ideals have immense moral power, and also are directly relevant to the traditional aim of ending discrimination against women. Their problem is that they have, on their own, no direct practical implications. Positive equality ideals, on the other hand, while highly

בכל הנוגע בשאלה כיצד ראוי להשתמש במונח "שוויון", המאמר מבוסס על ההנחה שהבחנה בין רעיונות שונים בדרך של ייחוד מונח נפרד לכל רעיון תורמת בדרך-כלל לבהירות. הנחה זו מוליכה למסקנה שראוי להבחין בין מובנים שונים של "שוויון" כאשר הבהירות רצויה (קיים שיקול בעדה הגובר על שיקול נגדה, ככל שקיים שיקול כזה). זהו המצב לפעמים, אבל לא תמיד, שכן לאי-בהירות עשויים להיות יתרונות. הכוח הרטורי של המונח "שוויון" עשוי לתרום לתוצאות טובות – למשל, לשכנע אנשים לפעול בדרך ראויה – ובפרט לתמוך בעיקרון תקף, גם (ולפעמים אולי במיוחד) כאשר נעשה שימוש מעורפל במונח זה. הבהרת המונח "שוויון", ובפרט ייחודו למובן אחד, עלולים לפגוע ביעילותו של האמצעי הרטורי האמור. לכן המאמר כולל רק המלצה נורמטיבית מותנית: כאשר הבהירות רצויה בחשבון הכולל, כדאי להבחין בין רעיונות שונים, בפרט באמצעות ייחוד מונח שונה לכל מובן. באופן ספציפי יותר, נדמה לי כי הבהירות רצויה לרוב בכל הנוגע במחקר אקדמי. המסקנה עשויה להיות שונה בכל הנוגע בפעילותם של נושאי-משרה שיש להם כוח לקבוע את הדין או ליישם אותו (מחוקקים, שופטים וממלאי תפקידים ברשות המבצעת). ייתכן שההחלטה הראויה מצד נושאי-המשרות האלה היא לעשות לעיתים שימוש מעורפל במונח "שוויון". עם זאת, גם במצב זה פיקו נושאי-משרות אלה תועלת מהבנה מדויקת יותר של הרעיונות שמונח זה מסתיר, כדי שיוכלו לעשות בו שימוש יעיל יותר לקידום או לדחייה של רעיונות אלה.

היקף המאמר צנוע משלוש בחינות: ראשית, המאמר אינו מיועד למצות את כל השימושים במונח "שוויון" בהקשר המשפטי, אלא רק לנתח כמה מובנים מרכזיים; שנית, המאמר מתמקד במשפט הישראלי (אף שחלק משמעותי של הדיון נכון גם לגבי שיטות משפט אחרות, כפי שאני מזכיר לעיתים בשולי הדברים); שלישית, אני בוחן כללים משפטיים (חקוקים ועוד יותר מכך כאלה המעוגנים בפסקי-דין) מבלי לבחון את השאלה כמה כללים אלה אכן באים לידי ביטוי בפועל בהחלטות משפטיות (מנהליות או שיפוטיות) ספציפיות.⁹

המאמר כולל את החלקים הבאים. פרק א מסביר ביתר פירוט את אופי אי-הבהירות של המונח "שוויון": את אי-הדיוק השכיח לגבי ואת שני סוגי אי-הבהירות של מונח זה. לאחר-מכן, בפרק ב, אני דן בסוג הראשון של אי-הבהירות באמצעות הבחנה בין כמה מובנים בולטים של המונח "שוויון". במהלך ההבחנות הללו אני מבהיר כמה שימושים במונח זה בהקשר המשפטי, אשר נראה כי לכל אחד מהם יש מובן אחד ברור (אם כי שונה), ומצביע על המחיר של העדר הבחנה ברורה בין מובנים שונים. בפרק ג אני ממחיש את הסוג השני של אי-הבהירות

controversial, do support positive practical requirements that can be applied directly to states of affairs. If the two are conflated, the power and sex-applicability of the first may merge seamlessly with the specificity of the second, and give the appearance of providing a justification of inequality complaints. But they are distinct, and neither can justify the 'only .x%' complaint")

9 כידוע, יש מחלוקת לגבי מידת הקשר בין כללים משפטיים להחלטות ספציפיות. אין ספק שלעיתים עשוי להיות פער ביניהם, אבל נראה כי כללים אינם חסרי חשיבות, בפרט במשפט הישראלי. בפרט סביר להניח כי לפחות לפעמים שופטים מתייחסים ברצינות לדברים שהם כותבים בפסקי-דין, באופן המשפיע על החלטותיהם.

העמוקה של המונח "שוויון" במשפט באמצעות הצבעה על כללים משפטיים המתייחסים למונח זה אשר משמעותם אינה ברורה גם לנוכח ההבחנה בין המובנים שנסקרו בפרק הקודם, כגון "שוויון פורמלי", "שוויון מהותי", "שוויון הזדמנויות" וכמה היבטים של איסור ההפליה. כמו-כן אני בוחן באיזו מידה אפשר בכל-זאת להתקדם במשימה של הבהרת מונחים אלה, ולו באופן חלקי (לפעמים על-דרך השלילה). המאמר מסתיים בסיכום.

א. אי-בהירות לגבי אי-הבהירות

אי-הבהירות סביב המונח "שוויון" בשיח המשפטי מוזכרת לעיתים מזומנות, אך לעיתים קרובות אין הכרה מדויקת באופייה. בסעיף זה אני רוצה להבהיר את אופי הבעיה, ולהצביע על שני סוגים של אי-בהירות של מונח זה.

עמדה אחת מגזימה באופי הבעיה לגבי השימוש במונח "שוויון". עמדה זו שוללת את האפשרות של תפיסה קוהרנטית (שאינה כרוכה בסתירה פנימית) כלשהי של שוויון, לפחות כזאת שאינה מופרכת בעליל. עמדה זו כוללת כמה גרסאות קשורות. גרסה אחת מביעה ספק לגבי עצם האפשרות של תפיסה קוהרנטית של שוויון. גרסה זו באה לידי ביטוי, למשל, בתמיהה הבאה: "אם בני-האדם שונים הם, כיצד זה ניתן לקיים ביניהם שוויון?"¹⁰ גרסה אחרת באה לידי ביטוי בטענה כי הרעיון של שוויון הוא פורמלי בלבד, ואין לו תוכן מהותי עצמאי,¹¹ כך שהוא מתיישב עם כל תפיסה מהותית.¹² לפי גרסה שלישית, הרעיון של שוויון הוא אמנם

10 בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אוריר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, פס' 7 לפסק-דין של הנשיא ברק (1998). ראו גם עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק-דין של הנשיא ברק.

11 ראו, למשל, Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537, 550-551 (1982); Peter Westen, *The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply*, 81 MICH. L. REV. 604 (1983); בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, פס' 4 לפסק-דין של השופט נתניהו (1983) ("השוויון אין לו תוכן מהותי משל עצמו ואינו מטרה בפני עצמו. השוויון הינו אמצעי להשגת צדק... באמרנו, כי חובה על הרשות לפעול תוך שוויון, טרם אמרנו מאומה. עקרון השוויון פירושו מתן יחס שווה לשווים. אך מי הם שווים ומי אינם שווים? בין בני אדם אין לעולם שוויון מוחלט"); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, פס' 6 לפסק-דין של השופט דורנר (1995) ("על-פי] ההגדרה הקלאסית של שוויון... שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם... לדעתי, הגדרה זו – שנקלטה בפסקתנו... גובלת בטאוטולוגיה").

12 ראו, למשל, Joshua D. Sarnoff, *Equality as Uncertainty*, 84 IOWA L. REV. 377 (1999) ("שוויון" הוא קוהרנטי או בעל ערך (כאמצעי למניעת שרירותיות) רק תחת אי-ודאות בנוגע לפעולה הנכונה); עניין אליצור, לעיל ה"ש 11, פס' 4 לפסק-דין של השופט נתניהו ("החובה לנהוג... תוך כללי שוויון נובעת... מחובתה הכללית והיסודית של כל רשות לנהוג בהגינות ובישר, שממנה נגזר האיסור לפעול מתוך שרירות, הפליה, משוא פנים, ניגוד אינטרסים, חוסר תום-לב או חוסר סבירות"); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז 141, 149 (1983), שם כתב השופט לוין כי "עקרון השוויון הוא בעיקרו דריווטיבי, ולעיתים קרובות ניתן לעשות שימוש במקומו גם במונחים אחרים: כגון זכויות, סבירות, צדק והיגיון".

בעל תוכן מהותי קוהרנטי, אבל תוכן זה מופרך בעליל מבחינה נורמטיבית – למשל, מפני שהוא תומך (רק) בחזרה על יישום שגוי של עיקרון מהותי אחר.¹³ לעומת זאת, עמדה אחרת ממעיטה מאי-הבהירות של המונח "שוויון". לפי הנחה מקובלת, אם כי לא תמיד מפורשת, השיח המשפטי מתייחס (ברובו לפחות) למושג יסודי אחד של שוויון. עמדה זו מניחה אמנם שיש תפיסות שונות של שוויון, אך רואה בתפיסות אלה גרסאות שונות של אותו רעיון – גרסאות שיש להן מכנה משותף משמעותי, הבא לידי ביטוי בכך שכולן מפתחות אותו רעיון יסודי (של שוויון). גם עמדה זו באה לידי ביטוי בכמה דרכים. דרך אחת, נפוצה מאוד, היא עצם ההתייחסות לכמה תפיסות שונות כאל תפיסות של "שוויון". עצם השימוש במונח יחיד לתיאור כמה תפיסות מרמז על הנחה שלכל אותן תפיסות יש מכנה משותף משמעותי מספיק המצדיק את הכללתן תחת כותרת אחת.¹⁴ לפעמים ההנחה שלתפיסות המתוארות כתפיסות של "שוויון" יש מכנה משותף באה לידי ביטוי מפורש. כך, למשל, נכתב:

לא הרי עקרון השוויון בדין הבחירות כהרי עקרון השוויון בדין המכרזים, ולא הרי עקרון השוויון בדין המכרזים לשכירת שירותים או טובין כהרי עקרון השוויון במכרזים לקבלת משרה בתחום הציבורי. עקרון השוויון מהווה, למעשה, אגד של עקרונות, והשוויון במובנו המופשט הוא המכנה המשותף של כל אותם עקרונות.¹⁵

ההנחה שיש רעיון יסודי העומד בבסיס השימוש במונח "שוויון" באה לידי ביטוי אף כאשר מודגשת הרב-משמעות של המונח, וזאת באמירה כי אפשר להתייחס למונח "שוויון" באופן כללי, מבלי להבחין בין המובנים השונים שלו. כך, למשל, נכתב:

אין הגדרה יחידה לדיבור שוויון. אנו עושים שימוש בדיבור זה בתחומי המתמטיקה, המוסר, הפילוסופיה והחוק, וגם בכל אחד מתחומים אלה משמעותו אינה אחידה... בגדר עתירה זו אין לנו עניין אלא בפירוש הדיבור "בחירות שוות" בחוק-יסוד: הכנסת, ברם לא נוכל להימנע מכמה הערות מקדימות לגבי משמעותה המשפטית בדרך כלל של התפיסה, שיש להפעיל כלל משפטי או מערכת כללים שנקבעו בחוק על דרך של שוויון.¹⁶

13 ראו Christopher J. Westin, *The Empty Idea of Equality*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 545–546; Peters, *Equality Revisited*, 110 HARV. L. REV. 1210 (1997).

14 ראו, למשל, עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק-דין של הנשיא ברק ("לצרכים שונים יש מקום להיזקק לתפיסות שונות של שוויון").

15 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, פס' 31 לפסק-דין של השופט חשין (1998).

16 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, פס' 5 לפסק-דין של השופט לוי. ייתכן שההנחה שיש רעיון יסודי העומד בבסיס השימוש במונח "שוויון" באה לידי ביטוי גם כאשר מודגש כי קשה לזהות את תוכן העיקרון המשפטי של "שוויון" (וזאת אם הכוונה היא שאכן מדובר בעיקרון יחיד). ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 174 (1999) ("השילוב של הקושי העיוני בהגדרת השוויון והקושי המעשי ביישום השוויון מכביד על השימוש בשוויון בתור

ההנחה שיש מובן יסודי אחד המשותף לשימושים הרבים במונח "שוויון" באה לידי ביטוי גם כאשר נעשה שימוש במונחים שונים הקשורים למונח זה מבלי להבחין ביניהם. כך נעשה לעיתים, למשל, לגבי המונחים "שוויון", "יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים", "שוויון הזדמנויות", "שוויון לפני החוק", "הפליה", "העדפה מתקנת", "שרירות", "צדק" ("מחלק" ו"מתקן") ו"סבירות" (או "מידתיות").¹⁷ העדר ההבחנה בין המונחים הללו מרמז על הנחה שהמשמעות של כולם זהה.

לבסוף, נראה כי ההנחה שרעיון יסודי אחד עומד בבסיס כל השימושים במונח "שוויון" בהקשר המשפטי באה לידי ביטוי גם בטענה כי העיקרון המשפטי של "שוויון" הוא "מורכב".¹⁸ מטענה זו משתמעת ההנחה שעיקרון זה משקף רעיון אחד עם משמעות מובחנת, אף אם כזאת שלא קל תמיד לזהות.

זכות עצמאית. לא ברור אם השוויון הוא זכות, במובן המקובל של המושג, ובאילו עניינים יש לו מעמד של זכות; אם יש לו, ומתי יש לו, מעמד משפטי אחר; על מי הוא חל; מה נפקות התחולה שלו ועוד. התשובה לשאלות אלה תלויה במידה רבה, יותר מאשר בזכויות אחרות, בנסיבות ובשיקולים המיוחדים לכל מקרה".

17 ראו, למשל, בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד (5) מח(749, 763 (1994), שם כתב המשנה לנשיא ברק: "על רקע חופש זה בא עקרון השוויון. משמעותו הינה שוויון בפני החוק וניטרליות של החוק ביחס לשונות שבין בני האדם. זהו השוויון בהפעלת החופש. זהו השוויון בהזדמנויות. שוויון זה מניח הסדר נורמטיבי המופעל בצורה אחידה על כל הפרטים, חרף השוני העובדתי שביניהם... הפליה – שהינה ניגודו של השוויון – קיימת אפוא באותם מצבים שבהם דין שונה לאנשים השונים זה מזה [מבחינה עובדתית] מבוסס על טעמים שאין בהם כדי להצדיק בחברה חופשית ודמוקרטית הבחנה ביניהם... ביסוד ההפליה מונחים אפוא גורם השרירות, חוסר הצדק וחוסר הסבירות". ראו גם בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד (6) 25 (2002), שם כתב השופט אור, בפס' 38 לפסק-דינו, כי "על המינהל לפעול בהגינות על-פי שיקולים ענייניים ובשוויון תוך מתן הזדמנויות שוות לכלל הציבור... השאלה המתעוררת לא אחת היא אם מדובר בהפליה או בהבחנה מותרת", ובפס' 39 הוא כתב כי "החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי... קיבלה ביטוי... בסוגיות ההפליה, חופש העיסוק ושוויון בהזדמנויות... קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על-ידי המדינה... באופן הוגן, צודק וסביר... בבית-משפט זה נקבעה נורמה, ולפיה מקרקעי הציבור יחולקו בדרך של מנגנון שוויוני, ולא בדרך של העדפה סקטוריאלית, כזו או אחרת... במסגרת זו של צדק חלוקתי ייתכנו גם מקרים שבהם יהיו מעורבים שיקולים של צדק מתקן בצד צדק מחלק". כן ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 27.2.2006) ("יעד מרכזי ביישום עקרון השוויון בחינוך הוא יצירת שוויון הזדמנויות וזהות בנקודות פתיחה בין קבוצות אוכלוסיה שונות. לשם הגשמת ערך השוויון המהותי יש צורך, לעיתים, בהתייחסות שונה ומאבחת בין מגזרים שונים של האוכלוסיה, תוך מתן העדפה מתקנת... כדי להשיג שוויון הזדמנויות אמיתי... נדרשת אבחנה בהקצאת המשאבים החומריים באופן שינתן חזק-יתר לנזקק ותמיכה פחותה לחזק"); בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 14.6.2010) (להלן: עניין יקותיאלי (2010) ("החובה לנהוג בשוויון משמעה מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים... אכן, לא כל הבחנה מהווה הפליה... טענת הפליה תתעורר רק מקום בו ניתן יחס שונה ובלתי הוגן לשווים"). ראו, למשל, עניין ק.א.ל., לעיל ה"ש 10, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("השוויון הוא ערך סבוך. השוויון הוא זכות מורכבת"); עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק-

שתי העמדות האמורות – הן העמדה שלפיה אין שום מובן קוהרנטי מתקבל על הדעת העומד בבסיס המונח "שוויון" והן העמדה שלפיה קיים מובן יחיד כזה – הינן שגויות. מצד אחד, קיימים כמה מובנים קוהרנטיים וסבירים שבאים לידי ביטוי במונח "שוויון", אשר לכמה מהם אתייחס בהמשך.¹⁹ מצד אחר, אף שהמונח "שוויון" אינו ריק מתוכן, יש לו בעיה אחרת – הפוכה: יש לו יותר מדי תוכן, כלומר, הוא משקף כמה מובנים שונים. במילים אחרות, קיימת אי־בהירות עמוקה לגבי המונח "שוויון", בפרט בהקשר המשפטי. אי־בהירות היא משני סוגים. ראשית, כאשר מפזרים את הערפל, מתברר כי המונח "שוויון" הוא רב־משמעי: נעשה בו שימוש לתיאור מובנים שונים שאין להם מכנה משותף משמעותי (ולכן מובנים אלה אינם משקפים רק גרסאות של מושג בסיסי אחד). שנית, לעיתים קשה מאוד להצביע על מובן ברור שהמונח "שוויון" מכוון אליו, אף לאחר מתן תשומת־לב לחלופות האפשריות של פרשנות המונח עקב הרב־משמעיות שלו. אי־בהירות זו עמוקה אפוא יותר מזו הראשונה. אי־בהירות הראשונה היא אמנם מקור לבלבול, עקב השימוש במונח אחד לתיאור רעיונות שונים, אולם בחינה זהירה של אופן השימוש במונח "שוויון" יכולה להסיר את אי־בהירות כאשר אפשר לזהות את המובן הרלוונטי וכאשר מובן זה הוא ברור בפני עצמו. לעומת זאת, את אי־בהירות מהסוג השני אי־אפשר להסיר. לעיתים יש אפשרות של הבהרה חלקית, אם בדרך של שלילת מובנים מסוימים, המותרת התלבטות רק לגבי מספר קטן יותר של מובנים, ואם בדרך של הצבעה על ראיות המעלות את ההסתברות שמובן אחד – ולא אחר – הוא שנמצא בבסיס השימוש במונח. אבל בשלב מסוים אין עוד אפשרות להבהיר את המונח מעבר לציון אי־בהירות.

כחלק מהתופעה הכללית יותר של אי־זיהוי המדויק של אופי הערפל האופף את המושג "שוויון", אין גם הכרה חדה מספיק בשני הסוגים הללו של אי־בהירות. בפרט, חשוב להבחין בין סוגים אלה של אי־בהירות לבין תופעות אחרות, שאינן קשורות לאי־בהירות. דוגמה אחת היא התופעה של עיקרון נורמטיבי ברור (כולל כזה המתייחס למונח "שוויון") עם השלכות שונות במצבים עובדתיים שונים. תופעה זו קיימת לגבי כל רעיון נורמטיבי, גם כזה שהוא ברור לחלוטין. תופעה אחרת שיש להבחין בינה לבין אי־בהירות עמוקה היא התופעה של רעיון יסודי אחד עם כמה וריאציות השומרות על המכנה המשותף הבא לידי ביטוי ברעיון היסודי. כפי שאסביר בהמשך, לא זה המצב לגבי השימוש במונח "שוויון" בהקשר המשפטי, לנוכח ההבדלים המשמעותיים בין המובנים השונים שלו.

שתי העמדות האמורות – זאת הממעיטה בקושי המושגי הקיים לגבי המונח "שוויון" בהקשר המשפטי וזאת המגזימה בקושי זה – עשויות להיות הגורם להעדר ניתוח שיטתי מספיק של מונח זה בהקשר האמור, שהרי אם אין אי־בהירות עמוקה, אין בעיה שיש לפתור, ואם הרעיון של שוויון הוא ריק מיסודו, אזי אין פתרון לבעיה (גם אם היא קיימת). בהמשך המאמר אסביר מדוע שתי העמדות האמורות הן שגויות, כדי להניח את הבסיס לניתוח שיטתי של

דינו של הנשיא ברק ("חרף מרכזיותה של הזכות לשוויון אין הסכמה על תוכנה... הטעם לכך נעוץ, בין השאר, במורכבותה של הזכות לשוויון").
19 ראו להלן פרק ב.

משמעות המונח "שוויון" בשיח המשפטי, וכך להתמודד עם אי-הבהירות העמוקה של מונח זה.

ב. אי-בהירות עקב רב-משמעיות

הסוג הראשון של אי-בהירות של המונח "שוויון" הוא כאמור הרב-משמעיות שלו, כלומר, העובדה שהוא משמש במובנים שונים שאין להם מכנה משותף של ממש.²⁰ מכיוון שתכניהם של הרעיונות שמונח זה מתאר הם שונים, הכותרת האחידה ("שוויון") מטעה, שכן משתמע ממנה כי מדובר ברעיון אחד. ההבחנה בין הרעיונות השונים הללו חשובה, בין היתר, מפני שחלק מהמובנים של המונח "שוויון" משקפים רעיונות מוסכמים פחות או יותר בעוד אחרים משקפים רעיונות שנויים במחלוקת. כדי להמחיש סוג זה של אי-בהירות, וכדי להניח את התשתית להתמודדות עימו, אצביע בחלק זה על כמה מובנים בולטים של המונח "שוויון". הדיון בחלק זה נועד לבסס, ראשית, את הטענה כי המונח "שוויון" הוא רב-משמעי בהקשר המשפטי, ושנית, את הטענה כי בין המובנים (השונים) שהוא משקף יש כאלה שהם קוהרנטיים, בעלי תוכן מהותי ובלתי-מופרכים על פניהם. במהלך הדברים אסביר כיצד חוסר הבחנה בין מובנים שונים של המונח "שוויון" הולך לכמה טיעונים שכיחים שגויים לגבי משמעותו של מונח זה. אפתח במובנים הכוללים תוכן מהותי, ואחר כך אדון במובנים פורמליים, שאינם כוללים תוכן כזה.

שוויון השוואתי (Comparative Equality) – רעיון זה תומך בהשוויית מצבים, בפרט בהשוויית מצבם של אנשים מבחינה מסוימת, ומתנגד לאי-שוויון מהבחינה האמורה (עוצמת ההתנגדות תלויה במידת אי-השוויון). זהו אפוא מובן יחסי: הוא בוחן את מצבו של אדם אחד יחסית (בהשוואה) לאחר, ואינו דורש רמה מוחלטת מסוימת שבה יש להשוות את מצבם של אנשים; כל השוויה – בכל רמה – עונה על הדרישה לשוויון השוואתי. אפיון זה הוא כמובן כללי מאוד ומחייב השלמה. ברור כי אין ערך לשוויון לגבי כל דבר (למשל, במספר הפרחים הכחולים והאדומים בעולם). עיקרון של שוויון השוואתי מחייב לכן פירוט המגדיר את תוכן העיקרון בכמה מישורים. עיקרון כזה מתיישב אפוא עם כמה גרסאות, הנבדלות זו מזו בכל הנוגע באופן שבו יש להשלים את הרעיון האמור. שאלה אחת היא אם ראוי להשוות את מצבם של אנשים מבחינת הרווחה (איכות חיים, well-being) שלהם, מבחינת כמות המשאבים שיש להם או מבחינה אחרת כלשהי.²¹ שאלה אחרת היא אם ראוי להשוות (מהבחינה הרלוונטית) את מצבם של כל בני-האדם או רק של אנשים החיים במסגרת קהילה מסוימת (למשל, במסגרת

20 תופעה זו באה לידי ביטוי גם בטענה כי עיקרון של "שוויון" נגזר מעקרונות אחרים, כגון ניטרליות של המדינה, אינדיווידואליזם ואוטונומיה. ראו Sandra Fredman, *Equality: A New Generation?*, 30 INDUS. L.J. 145, 154 (2001).

21 נראה כי מדד של רווחה מתאים יותר לגבי עיקרון מוסרי יסודי של שוויון, בעוד מדד של משאבים עשוי להיות סביר כעיקרון מעשי, לרבות משפטי, לנוכח העלות של בירור איכות חיים, לפחות במצבים שבהם משאבים הם קרוב סביר של רווחה.

אותה מדינה).²² ההשלכה הנורמטיבית של עיקרון של שוויון השוואתי כזה היא אפוא תמיכה בחלוקה שווה של הטבה בין אנשים שמצבם שווה מהבחינה האמורה (כדי לשמר את השוויון ביניהם) ובמתן הטבה גדולה יותר לאדם שמצבו רע יותר יחסית לאחרים (כדי לצמצם את מידת אי-השוויון).

מובן זה הוא המובן המתאים ביותר למונח "שוויון" מכמה בחינות: ראשית, הוא תואם את המשמעות המילולית של המונח "שוויון" בשל היותו השוואתי, כלומר יחסי, בניגוד למוכנים אחרים של שוויון, אשר אינם כוללים היבט השוואתי. שנית, אין מונח (מקובל) אחר המתאר את המובן הזה – שוב בניגוד למוכנים אחרים, אשר יש מונחים שגורים אחרים המתארים אותם (אותם מונחים שבהם אשתמש בהמשך לתיאורם של מוכנים אלה). לבסוף, בהקשרים שבהם עורכים הבחנות חדות בין רעיונות שונים המקושרים למונח "שוויון", זהו המובן שנהוג לייחס למונח זה.

קיימת מחלוקת לגבי הערך של שוויון השוואתי, כלומר, של השווייט מצבם של אנשים – למשל, מבחינת רווחתם. לפי עמדה אחת, שוויון כאמור הוא בעל ערך אינטרינזי, כלומר, חשוב בפני עצמו.²³ הביקורת המוכרת ביותר על העמדה האמורה היא שייחוס ערך אינטרינזי לשוויון השוואתי מוליך למסקנה הבלתי-סבירה שלפיה הרעת מצבו של אדם שמצבו טוב משל אחר היא בעלת ערך אף אם היא אינה משפרת את מצבו של איש (בפרט של אדם שמצבו רע יותר). אף שתפיסה של שוויון השוואתי אינה מוליכה בהכרח למסקנה כי ראוי לעשות כן בחשבון כולל, שכן ייתכן ששיקול נגד פגיעה באדם גובר על השיקול בעד שוויון, היא רואה את הפגיעה כטובה מבחינת השוויון. רבים חושבים כי עמדה כזאת אינה סבירה.²⁴ אכן, בין היתר בשל כך, יש המייחסים לשוויון השוואתי ערך אינסטרומנטלי בלבד, כלומר, רואים אותו כבעל ערך רק

22 אפשרות רדיקלית יותר היא להרחיב את דרישת השוויון גם לבעלי-חיים אחרים. ייתכן שהתשובה לשאלה מהי התכונה היסודית המעניקה מעמד חלוקתי אינה השתייכות למין האנושי, אלא, למשל, יכולת לחוש הנאה וכאב או לחלופין רציונליות. בהתאם, ייתכן שהשתייכות למין האנושי אינה תנאי הכרחי, כלומר, שגם בעלי-חיים אחרים זכאים למעמד חלוקתי, וייתכן שהיא אינה תנאי מספיק – למשל, כי ילדים, אנשים חסרי הכרה או אנשים בעלי רקורד מוסרי רע אינם זכאים למעמד חלוקתי.

23 לעמדה שלפיה שוויון הוא בעל ערך אינטרינזי ראו, למשל, Larry Temkin, *Equality, Priority, and the Levelling Down Objection*, in *THE IDEAL OF EQUALITY* 126 (Matthew Clayton & Andrew Williams eds., 2002); Larry S. Temkin, *Egalitarianism Defended*, 113 *ETHICS* 764 (2003).

24 לדיון שהניע את עיקר המחלוקת לגבי הערך האינטרינזי של שוויון, ולתחילת הסיבוב האחרון, ראו Derek Parfit, *Equality or Priority*, in *THE IDEAL OF EQUALITY* 81 (Matthew Clayton & Andrew Williams eds., 2002); Michael Otsuka & Alex Voorhoeve, *Why It Matters That Some Are Worse Off Than Others: An Argument against the Priority View*, 37 *PHIL. & PUB. AFF.* 171 (2009); Derek Parfit, *Another Defence of the Priority View*, 24 *UTILITAS* 399 (2012).

כאשר הוא מקדם ערך (אינטרינזי) אחר – למשל, כאשר הוא משפר את רווחתם של אנשים בכך שהוא מונע קנאה של אלה שיש להם פחות באלה שיש להם יותר.²⁵ מחלוקת אחרת נוגעת בשאלה אם שוויון הוא בעל ערך תוצאתי או דאונטולוגי. העמדה הראשונה מקשרת את הערך של שוויון למצבי עניינים, ובפרט לתוצאות של פעולות, בעוד השנייה מתמקדת באופי הפעולה – למשל, חלוקה של טובין. תפיסה תוצאתית נוטה להיות כללית יותר, כלומר, לבחון את מצבם הכולל של האנשים הרלוונטיים ולראות אי-שוויון כבעייתי בלי קשר לדרך שבה הוא נוצר, בעוד תפיסה דאונטולוגית נוטה להיות צרה וספציפית יותר, כלומר, להתמקד רק בהשפעה של הפעולה העומדת על הפרק (לדרוש חלוקה שוויונית של הטובין העומד לחלוקה כרגע, מבלי לבחון את נקודת המוצא) ולראות אי-שוויון כבעייתי רק אם הוא נגרם בדרך מסוימת – למשל, על-ידי פעולה מכוונת. הבדל זה נתפס לעיתים כיתרון של תפיסה תוצאתית.²⁶ מחלוקת שונה היא אם שוויון הוא ערך יסודי או שמא הוא נגזר מערך אחר. לפי טענה אחת, למשל, שוויון הוא בעל ערך רק כאשר הוא נגזר משיקול של גמול, כלומר, כאשר לכל האנשים מגיעה רמת רווחה שווה.²⁷ אף אם מייחסים לשוויון השוואתי ערך (אינטרינזי או אינסטרומנטלי, תוצאתי או דאונטולוגי, יסודי או נגזר), סביר לייחס ערך (אינטרינזי) גם לדברים אחרים – למשל, לקידום רווחתם של אנשים במידה המרבית. מכיוון ששיקול בעד שוויון כאמור עשוי להתנגש בערך אחר, הוא לא בהכרח מכריע.

המובן של שוויון השוואתי הוא מובן מובהק של שוויון שיש לו תוכן מהותי. לכן הטענה כי עיקרון של שוויון הוא חסר תוכן מהותי²⁸ היא שגויה, אם היא מתייחסת למובן הזה של שוויון,²⁹ או מטעה, אם היא מכוונת למובן אחר ומתעלמת ממובן זה. טענה זו מבוססת לעיתים על נימוקים שגויים. דוגמה אחת היא הטענה כי עיקרון של שוויון מוליך לדרישה בלתי-סבירה להעניק הטבה נתונה לכולם או לא להעניקה לאיש, כך שבהינתן משאבים מוגבלים עדיף לא לחלקם כלל אם אין אפשרות לחלק אותם במידה שווה לכולם.³⁰ טענה זו שגויה: אף שלא תמיד יחס שווה הוא ראוי, לא נגזרת מכך המסקנה שאין כל שיקול בעד יחס שווה, אלא רק

-
- 25 לערך האינסטרומנטלי של שוויון ראוי, למשל, Thomas M. Scanlon, *The Diversity of Objections to Inequality*, in THE IDEAL OF EQUALITY 41 (Matthew Clayton & Andrew Williams eds., 2002); Martin O'Neill, *What Should Egalitarians Believe*, 36 PHIL. & PUB. AFF. 119 (2008).
- 26 ראוי, למשל, Kasper Lippert-Rasmussen, *Egalitarianism, Option Luck, and Responsibility*, 111 ETHICS 548, 577–578 (2001).
- 27 ראוי Shelly Kagan, *Equality and Desert*, in WHAT DO WE DESERVE? A READER ON JUSTICE AND DESERT 298 (Owen McLeod & Louis P. Pojman eds., 1998); Larry Temkin, *Justice, Equality, Fairness, Desert, Rights, Free Will, Responsibility, and Luck*, in RESPONSIBILITY AND DISTRIBUTIVE JUSTICE 51, 64 (Carl Knight & Zofia Stemplowska eds., 2011).
- 28 לטענה זו ראוי לעיל פרק א.
- 29 לטענה זו ראוי Westin, *The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals*, לעיל ה"ש 11.
- 30 ראוי Westin, *The Empty Idea of Equality*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 545–546.

שלא תמיד שיקול כזה הוא מכריע. כאמור, כל תפיסה סבירה וכל תפיסה מוכרת של שוויון השוואתי רואה שוויון כזה כשיקול שאינו מכריע בהכרח.³¹

דוגמה נוספת היא הטענה כי לשוויון השוואתי יש השלכה מעשית רק – או בעיקר – כשיקול בעד חזרה על טעות שאירעה ביישומו של עיקרון מהותי אחר. למשל, אם הטבת מס ניתנה בטעות לאדם אחד (למשל, הטבה המגיעה להורה ניתנה למי שאינו הורה), עקב יישום שגוי של כלל המיסוי הרלוונטי, אזי שוויון השוואתי יחייב לתתה גם לאנשים אחרים שאינם זכאים להטבה על-פי הכלל האמור (וזאת כדי להשוות את מצבם מבחינה זו).³² טענה זו מבוססת על הנחה שגויה לגבי תוכנו של עיקרון של שוויון השוואתי, ובהתאם לכך לגבי היקף תחולתו. בניגוד להנחה זו, עיקרון כזה חל גם כאשר אין כל פעולה קודמת – למשל, כאשר מה שעומד על הפרק הוא שאלת היחס כלפי אדם אחד לנוכח מצבו של אדם אחר או החלטה בו-זמנית על היחס כלפי כמה אנשים, כגון אופן חלוקתו של משאב. לכן תחולתו של שיקול של שוויון השוואתי אינה מותנית בטעות קודמת – למשל, בהקשר של חלוקת משאב. כמו-כן, שיקול של שוויון השוואתי חל על סיטואציה, דוגמת חלוקת משאב, גם אם לא חל עליה עיקרון מהותי אחר (כגון עקרון המיסוי האמור). בפרט, שיקול כזה תומך בחלוקה המולכיה למצב שווה גם אם אין הבדל אחר בין המועמדים הרלוונטיים שיש לו משמעות לאור שיקול אחר. יתר על כן, המסקנה שקיים שיקול של שוויון השוואתי בעד חזרה על טעות ביישומו של עיקרון אחר אינה מופרכת. אמנם, קיים תמיד שיקול נגד טעות (כולל נגד טעות נוספת) ביישומו של עיקרון ראוי. אולם שיקול כזה מתיישב עם קיומו של שיקול נוגד של שוויון השוואתי התומך בחזרה על הטעות אם היא תוליד לשוויון בעל חשיבות נורמטיבית. פעולה כזאת, של חזרה על טעות לגבי עיקרון אחר, אינה שגויה מבחינת שיקול של שוויון השוואתי. כמו-כן, שיקול של שוויון השוואתי מתיישב לא רק עם חזרה על הטעות, אלא גם (ובאותה מידה) עם ביטול הטעות, שכן אם חזרה על הטעות תוליד לשוויון מהבחינה הרלוונטית, אזי כך יעשה גם ביטול הטעות. עם זאת, ביטול הטעות עלול להיות כרוך במחיר מבחינה אחרת (למשל, כאשר יש הסתמכות על הטעות). כאשר השיקולים הללו בעד ונגד חזרה על הטעות מתנגשים, יש להכריע ביניהם על-פי משקלם היחסי. ההכרעה יכולה להיות נגד חזרה על הטעות – למשל, כאשר העיקרון שלגביו נעשתה הטעות גובר על שיקול השוויון בעד חזרה על הטעות. אולם כאשר ההכרעה היא בעד חזרה על הטעות, כי השיקול של שוויון מכריע, המשמעות היא שחזרה על הטעות היא ראויה לא רק מבחינת שיקול השוויון, אלא גם בחשבון הכולל, אף שהיא כרוכה במחיר.

דוגמה אחרונה לנימוק שגוי בעד הטענה כי שוויון הוא רעיון ריק מתוכן באה לידי ביטוי בתמיהה, שכבר הזכרתי, המרמזת על קושי בסיסי ברעיון של שוויון לנוכח קיומם של הבדלים

31 השוו לדיון של Chemerinsky, לעיל ה"ש 1, בעמ' 577–579, אשר כולל גם הוא, בתשובה לטיעון האמור, את האפשרות ששוויון הוא שיקול שאינו מכריע בהכרח, אך עובר לדיון בעיקרון של "יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים", אשר נראה כמשקף מסקנה כוללת, ולא שיקול, כפי שאסביר בהמשך.

32 לטענה זו ראו Peters, לעיל ה"ש 13.

(עובדתיים) בין אנשים ("אם בני-האדם שונים הם, כיצד זה ניתן לקיים ביניהם שוויון?").³³ טענה זו אינה ברורה בכמה מישורים. ראשית, לא ברור לאיזה מובן של שוויון היא מכוונת. שנית, לא ברור אם היא מעלה ספק לגבי הקוהרנטיות של המובן הרלוונטי של שוויון, לגבי תחולתו בעולמנו או לגבי סבירותו הנורמטיבית. מכל מקום, טענה זו אינה מבססת ספק לגבי המובן של שוויון השוואתי: תמיכה בהשוויית מצבם של אנשים מבחינה מסוימת, כגון איכות חייהם, מתיישבת עם קיומם של הבדלים (עובדתיים) בין אנשים מכל בחינה שהיא. הבדלים כאלה אינם שוללים את המסקנה (הנורמטיבית) שיש שיקול בעד יחס שווה אליהם, ואף את המסקנה שיחס כזה ראוי בחשבון הכולל. יחס כזה עשוי להיות סביר למרות ההבדלים האמורים, מפני שהבדלים אלה אינם נוגעים בערך של עקרון השוויון ההשוואתי. ייתכן שראוי, למשל, שלאנשים תהיה אותה איכות חיים בין שהם גבוהים או נמוכים, מוכשרים יותר או פחות (מבחינה כלשהי) וכדומה.

אף שהמובן האמור של שוויון השוואתי הוא קוהרנטי ומשקף רעיון נורמטיבי סביר (אם כי חלק מהגרסאות שלו שנויות במחלוקת), מובן זה קיבל תשומת-לב מעטה למדי בשיח המשפטי העוסק במונח "שוויון". לעיתים מובן זה אינו מוזכר כלל, אפילו במסגרת סקירות שיטתיות של מובנים שונים של המונח "שוויון" בהקשר המשפטי.³⁴ נראה גם כי מובן זה אינו המובן המקובל של עקרונות משפטיים חוקתיים או מנהליים מקובלים המתוארים כעקרונות של "שוויון".³⁵

שיקול חלוקתי לא-השוואתי – שוויון השוואתי הוא עיקרון חלוקתי המעניק עדיפות לאדם שמצבו רע יותר במטרה להשוות את מצבו לזה של אדם המצוי במצב טוב יותר. יש עקרונות חלוקתיים אחרים אשר מעניקים גם הם עדיפות לאדם שמצבו רע יותר, לעומת אדם שמצבו טוב יותר, אך אינם השוואתיים. שני העקרונות הבולטים ביותר מסוג זה הם העיקרון של קדימות לאדם שמצבו רע יותר (Priority for the Worse-Off), שלפיו הערך המוסרי של קידום רווחתו של אדם גדל ככל שמצבו המוחלט של האדם האמור – במונחי רווחה – רע יותר, כך שיש שיקול חזק יותר לקדם את רווחתו של אדם שמצבו רע יותר לעומת אדם שמצבו טוב יותר;³⁶ והעיקרון של מספיקות (Sufficiency), המייחס חשיבות מיוחדת לשיפור מצבו של אדם שמצבו רע יותר מרף (לא-השוואתי) מסוים.³⁷

שני העקרונות הללו משקפים את הרעיון החלוקתי – המשותף גם לעיקרון של שוויון השוואתי – של מתן עדיפות לאדם לנוכח מצבו הרע. לכן הם קרובים לעיקרון של שוויון השוואתי הן בכל הנוגע בנימוק העומד בבסיסם והן בכל הנוגע בהשלכות החלוקתיות שלהם.

33 ראו לעיל ליד ה"ש 10.

34 ראו, למשל, זמיר וסובל, לעיל ה"ש 16; אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" ספר שמגר – מאמרים חלק א 287 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2003).

35 ראו להלן פרק ג.

36 הדיון המשפיע ביותר ברעיון זה הוא Parfit, *Equality or Priority*, לעיל ה"ש 24.

37 הדיון המשפיע ביותר ברעיון זה הוא Harry Frankfurt, *Equality as a Moral Ideal*, 98 ETHICS (1987) 21.

בשל כך מתייחסים אליהם לעיתים קרובות כאל עקרונות של "שוויון" (במובן רחב).³⁸ עם זאת, עקרונות אלה שונים מעיקרון של שוויון השוואתי בכך שהם אינם השוואתיים, אלא מבוססים על אמות-מידה לא-יחסיות. בשל כך הם גם מנביעים מסקנות שונות לעיתים. בפרט, עקרונות אלה, במיוחד העיקרון של הענקת קדימות לאדם שמצבו רע יותר, הם פופולריים בקרב אנשים התומכים בצדק חלוקתי, מפני שהם מעניקים עדיפות לאנשים שמצבם רע מבלי שהם חשופים לביקורת – הנמתחת כאמור על תפיסה של שוויון השוואתי – שלפיה תפיסה כזאת מייחסת ערך חיובי להרעת מצבו של אדם גם כאשר הדבר אינו תורם לשיפור מצבו של אחר.

דוגמה להמחשת ההבדל האמור בין עיקרון של שוויון השוואתי לעיקרון חלוקתי של קדימות לאדם שמצבו רע יותר היא המחלוקת לגבי גיוס החרדים לצבא בישראל, אשר היבט מרכזי שלה כולל דיון במונחים של "שוויון".³⁹ עיקרון של שוויון השוואתי יתמוך בגיוס חרדים גם אם (או אפילו במידה שבה) הדבר לא יפחית את נטל השירות בצבא של אחרים, בעוד שעיקרון של קדימות לאדם שמצבו רע יותר יתמוך בגיוס חרדים רק אם הדבר יפחית את נטל השירות של אחרים, שכן הוא אינו מייחס ערך למצב שווה, אלא לקידום (מדורג) של רווחה (לפחות בהינתן שתי הנחות: שהמצב הכללי של החרדים, מבחינת המדד החלוקתי הרלוונטי (למשל, רווחה), אינו שונה מזה של המשרתים בצבא; ושהשירות הצבאי מהווה נטל).

העמדה הסבירה והשכיחה היא שגם העקרונות החלוקתיים שאינם השוואתיים, בדיוק כמו העיקרון של שוויון השוואתי, משקפים שיקולים אשר לא בהכרח (ולכן לא תמיד) מכריעים, שכן הם עשויים להתנגש בשיקולים אחרים. דוגמה לשיקול אחר היא שיקול התומך בהענקת הטבה לאדם שיפיק ממנה את התועלת הגדולה ביותר. כך, למשל, אם החלופות הן חלוקה שתוביל שני אנשים למצב X או חלוקה שתוביל אחד מהם למצב טוב קצת פחות מ-X אך את האחר למצב טוב בהרבה מ-X, אזי נראה סביר להעדיף את האפשרות השנייה, גם אם מניחים כי יש ערך לשיקול חלוקתי המעניק עדיפות לאדם שמצבו רע יותר (כגון שוויון השוואתי, קדימות לאדם שמצבו רע יותר או מספיקות).

באופן כללי נראה כי העקרונות החלוקתיים האמורים, ממש כמו העיקרון של שוויון השוואתי, אינם המובנים השכיחים ביותר של המונח "שוויון" בהקשר המשפטי. עם זאת, נראה כי עקרונות חלוקתיים כאלה באים לידי ביטוי בהקשרים משפטיים בכמה מישורים, אשר חלקם, אם כי לא כולם, מתוארים תוך התייחסות למונח "שוויון". כך, למשל, לעיתים יש התייחסות לעיקרון של "צדק חלוקתי" כבעל מעמד משפטי:

הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים...

38 ראו, למשל, את תיאור העיקרון של קדימות לאדם שמצבו רע יותר כעיקרון של "שוויון מהותי" אצל RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977).

39 לפסיקה שהחילה עיקרון חוקתי של "שוויון" בהקשר זה ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1.

החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית...⁴⁰

עקרון הפיצוי מתבסס גם על עיקרון של צדק חלוקתי. שיקולים חלוקתיים הם שיקולים המתייחסים לרציונל שעל פיו מחולקים הנטלים או היתרונות של פעולות הרשות, ועקרון הצדק החלוקתי מכוון לבצע חלוקה צודקת ושוויונית של נטלים ויתרונות אלה... קיימת גישה שלפיה יש ליישם את עקרון הצדק החלוקתי באופן שונה, אשר לא יחלק בשוויוניות פורמאלית את הנטלים והיתרונות בחברה באופן שישמר את חלוקת העושר הקיים בחברה, אלא שיש להשתמש בשיקול החלוקתי ככלי לחלוקה מחדש של העושר בחברה תוך צמצום הפערים בין עניים לעשירים.⁴¹

החוק ביקש... להשיג תכלית של צדק חלוקתי ביחס למשאבי הטבע של המדינה. תכלית זו היא תכלית ראויה... העיקרון של צדק חלוקתי קנה לו אחיזה איתנה בעשור האחרון... קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך, שמשאבים מסוג זה יחולקו על ידי המדינה, או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר... אכן, התכלית של צדק חלוקתי היא תכלית רחבה... היא קשורה בעלייה בחשיבותן של הזכויות החברתיות, ובראשן הזכות לקיום מינימאלי בכבוד.⁴²

נראה כי אמירות אלה משקפות תפיסה של "צדק חלוקתי" המעניקה עדיפות לאדם שמצבו רע (יחסית) אם כי יש גם אמירות המצביעות על עמדה מסויגת יותר כלפי מעמדם המשפטי של שיקולי צדק חלוקתי⁴³). אולם מעבר לכך קשה לזהות את המשמעות המדויקת של העיקרון

- 40 עניין עמותת שיח חדש, לעיל ה"ש 17, פס' 39 לפסק-דינו של השופט אור.
 41 עע"ם 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "שרונים", פ"ד ס(2) 230, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2005).
 42 בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פס' 33 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012).
 43 ראו, למשל, עת"ם (מחוזי י-ם) 1888/09 אדרי נ' שר הבינוי והשיכון, פס' 19 לפסק-דינו של השופט סובל (פורסם בנבו, 27.12.2009) (ערעור לעליון תלוי ועומד) ("הטענה היחידה... הנה... בדבר העדפה מתקנת הסוגרת פערים ומקדמת קבוצות חלשות... טענה כזאת לא הוכרה עד כה כעילה להתערבות שיפוטית בהחלטתה של רשות מינהלית מוסמכת, וככל הנראה גם לא תוכר אלא במקרים מיוחדים השונים מהמקרה שבפנינו. אך גם אם יימצא מי שיראה בהימנעות מהעדפה מתקנת טעם מספיק להפעלת הביקורת השיפוטית במקרה הנוכחי, עדיין ההיחלצות של בית המשפט לטובת ההעדפה המתקנת לא תהיה בשמו של שלטון החוק, שהנו עקרון התשתית המבטא את שורש ההסכמה החברתית ואת הערכים הבסיסיים ביותר של שיטת המשפט, אלא בשמם של ערכים אחרים, שמיקומם בהיררכיית הנורמות שונה"); עע"ם 1245/12 התנועה לחופש המידע נ' משרד החינוך, פס' 13 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין (פורסם בנבו, 23.8.2012) ("גם אם סבורים המשיבים כי פרסום המידע יוביל לתהליך חברתי שלילי של הגדלת פערים בחברה, כתוצאה מבחירות אוטונומיות של הורים מסוימים שיחשפו למידע, וחשש

המתואר כעיקרון של "צדק חלוקתי" – למשל, אם הכוונה היא לשוויון השוואתי, לקדימות לאדם שמצבו רע יותר או למספיקות.

יש דוגמאות נוספות של כללים משפטיים אשר סביר שהם מבוססים (רק או גם) על שיקולים חלוקתיים כאלה. דוגמה אחת היא עקרונות משפטיים של "שוויון" המוסברים כמבוססים על דאגה לאנשים המתוארים כ"חלשים".⁴⁴ דוגמה אחרת היא "זכויות חברתיות", שתומכות בהענקת מינימום מסוים בכל הנוגע, למשל, בטיפול רפואי, בתזונה, בדיוור ובחינוך.⁴⁵ בשל ההתייחסות לרף מינימלי בלבד, זכויות כאלה נראות דומות לתפיסה של מספיקות, אך סביר להניח שהן משקפות התחשבות בכמה שיקולים, ולא רק בשיקולים חלוקתיים, ולכן ייתכן שההסתפקות במינימום מהווה פשרה בין שיקול חלוקתי תובעני יותר, כגון שוויון השוואתי או קדימות לאדם שמצבו רע יותר, לבין שיקול לא-חלוקתי נוגד. דוגמה נוספת היא הכללים המשפטיים הנוגעים במיסוי פרוגרסיבי (אחוז מס גבוה יותר במקרה של הכנסה גבוהה יותר),⁴⁶ אשר עשויים גם הם לשקף, בין היתר, שיקולים של צדק חלוקתי.

זה אין בו לדעתי ממש – הרי שאין עילה בחוק המאפשרת להם למנוע את חשיפת המידע בשל טעם זה ("...").

44 ראו, למשל, בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, פס' 3 לפסק-דין של השופט אור (1989) ("עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת... לעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו"); בג"ץ 3457/95 רונס נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(5) 441, פס' 5 לפסק-דין של השופט גולדברג (1997) ("ענייניו של ההסכם הוא במתן הטבות סוציאליות לנכה, דבר המאפיין מדיניות סעד ורווחה. מגמה זו מן הראוי לחזק, לבל תותיר הקידמה את החלשים שבחברה מאחור. חשיבותה החברתית מזדקרת נוכח התעצמותן של זכויות הפרט לחירות ולשוויון הזדמנויות"); בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פ"ד סא(3) 496, פס' 42 לפסק-דין של הנשיא (בדימ') ברק (2006) ("חזקת שיתוף הנכסים – ככל שהיא חלה בנישואין כדת משה וישראל – תחול, כמוכן, בהתאם לתנאיה, גם על מי שנישאו בנישואין אזרחיים ויהא בה... כדי לתרום להגנת הצד החלש בחיי המשפחה, לקדם את השוויון בין בני הזוג ולהבטיח עצמאות כלכלית לאחר הגירושין"); ע"א 1952/11 אבו אלהוא נ' עיריית ירושלים, פסק-דין של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 6.11.2012) ("רשות הרבים אמורה להיות בטוחה וכשירה לקראת בואם של כל בני החברה – הבריאים והחסונים שבהם, אך גם מי שבריאותם וחסונם הגופני נגרעו. אף אנשים בעלי מוגבלויות אמורים לצאת את ביתם ללא חשש, וללכת בדרכים שאינן רצופות מהמורות, בורות ושאר סכנות לנפש. אכן, כל ההולך בדרך צריך להביא בחשבון את חולשותיו, להיערך בהתאם ולהיזהר. אולם, בלא הוכחה ספציפית באשר לדרך חלופית שיכול היה המערער לבחור בה, אין כל ממש בטענה המשלימה שנדרשה למוגבלויות שונות שסבל מהן לכאורה. הרשות המקומית אינה יכולה להניח שתושבים שאינם בריאים לחלוטין יהיו כלואים בביתם. הכרה בסיסית זו נובעת מזכותם לשוויון חברתי ומשפטי").

45 לדוגמאות לדיון בזכויות כאלה בפסקי-דין ראו, למשל, רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001); בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005); בג"ץ 4613/03 שחם נ' שר הבריאות, פ"ד נח(6) 385 (2004); בג"ץ 8313/02 איזון נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(6) 607 (2004); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012).

46 ראו, למשל, עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, פס' 5 לפסק-דין של השופט לוין ("כאשר קבע החוק, שיש להטיל מס הכנסה על דרך של שוויון, האם ייתכן לומר בחברה מודרנית, שהטלת מס

שיקול מהותי לא-חלוקתי – הבחנה משמעותית עוד יותר, הן במישור ההנמקה והן במישור התוכן (ובפרט בהיבט של ההשלכות החלוקתיות), היא בין שיקולים חלוקתיים המעניקים עדיפות לאדם שמצבו רע (כגון שוויון השוואתי, קדימות לאדם שמצבו רע יותר או מספיקות) לבין שיקולים מהותיים אחרים, בפרט כאלה הכוללים אמת-מידה לגבי חלוקה של הטבות. דוגמאות הן עיקרון המעניק הטבה לאדם המפיק ממנה את התועלת הרבה ביותר; עיקרון המעניק משרה או פרס למועמד עם הכישורים הטובים ביותר – למשל, בהקשר של תעסוקה, לימודים או ספורט (לדוגמה, הענקת פרס למתחרה החזק או המהיר ביותר) – שעשוי להיות אמצעי המשרת את העיקרון הקודם של מקסום התועלת המופקת מהטבה; עיקרון המחלק הטבה, כגון תשלום כספי, לפי מידת ההשקעה או היקף התוצר של עובד; ועיקרון (דמוקרטי) המחלק הטבה, כגון משרה, למועמד הפופולרי ביותר במסגרת בחירות.

עקרונות כאלה מקושרים לעיתים למונח "שוויון" או למונחים קרובים, כגון "יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים", "איסור הפליה", "שוויון הזדמנויות", "שוויון פרופורציונלי", "שוויון מהותי"⁴⁷ ו"החובה לשיקול שיקולים ענייניים"⁴⁸. כך, לדוגמה, הנחה מקובלת היא ש"איסור הפליה", המזוהה לעיתים קרובות עם המונח "שוויון" בהקשר המשפטי, אינו שולל – ואולי אף מחייב – העדפה של מועמד לתפקיד או לקבלת הטבה (כגון לימודים גבוהים או רישיון) על-פי כישוריו.⁴⁹ ברוח זו נכתב, למשל, כי "בית-המשפט... יעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד"⁵⁰. באופן דומה, המונחים "שוויון הזדמנויות" ו"סיכוי שווה" מקושרים לעיתים קרובות לאמת-מידה של מתן עדיפות לפי כישורים (למועמד המוכשר יותר),⁵¹ וגם המונח הספציפי יותר "סיכוי שווה להיבחר" כולל אמת-מידה חלוקתית שמתייחסת למידת התמיכה במועמדים.⁵²

חשוב לשים לב שעקרונות אלה שונים מאוד מהשיקולים החלוקתיים המתמקדים בהעדפת אנשים שמצבם רע, ולכן קישורם של כל השיקולים הללו למונח "שוויון" הוא מטעה.⁵³ חלק מהעקרונות הללו, כגון "שוויון מהותי" ו"יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים", מתיישבים עם כל עיקרון מהותי, כולל עיקרון לא-שוויוני בעליל (בשום מובן), כגון כלל המעניק עדיפות לגברים על נשים או ללבנים על שחורים מתוך הנחה שלגברים או ללבנים יש ערך אינטרינזי רב יותר. העקרונות הללו עשויים אף להתנגש בשיקולים חלוקתיים כאמור – למשל, במקרה שבו האדם עם הכישורים הטובים ביותר מצוי במצב טוב יותר גם מבחינת רווחה או משאבים (מצב

גולגולת על הציבור, מבלי להתחשב בהכנסתו של הנישום, מחייבת את האזרח בתשלום מס על דרך השוויון?).

47 המונחים הללו יידונו ביתר פירוט להלן בפרק ג.

48 ראו בהמשך הפרק.

49 ראו להלן פרק ג.

50 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז" (1) 451, 419 (2002).

51 ראו להלן פרק ג.

52 ש.ס.

53 השוו לביקורת על הקישור של המונח "שוויון פרופורציונלי" לרעיון של שוויון: Thomas Nagel, *Justice and Nature*, OXFORD J. LEGAL STUD. 17, 301, 316 (1997).

סביר כאשר הטבות אחרות מחולקות לפי כישורים). מבחינה זו, האמירות הנפוצות כי "שוויון" אינו מחייב יחס שווה,⁵⁴ וכי "שוויון פרופורציונלי"⁵⁵ או "שוויון מהותי"⁵⁶ אף מחייבים לעיתים יחס לא-שווה,⁵⁷ הן מטעות, שכן הן מטשטשות את ההבחנה בין שיקולים בעלי אופי שונה מאוד – למשל, בין שיקול של שוויון השוואתי לשיקול בעד מקסום התועלת המופקת מהטבה.

54 ראו, למשל, בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, פס' 7 לפסק-דינו של השופט זמיר (1996) ("בכל הקשר והקשר ברור כי שוויון אינו זהות. לא כל הבדל פוגע בשוויון. יש הבדלים מוצדקים שאינם פוגעים בשוויון, ויש אף הבדלים מחויבים, שבלעדיהם יפגע השוויון"); עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, פס' 5 לפסק-דינו של השופט לוין ("נכונות התיזה [שוויון צריך להיות מהותי, ולא פורמלי]... בולטת עוד יותר באותם מקרים, שבהם מחייב הדין חלוקת משאבי הציבור על דרך של שוויון, אך משאבים אלה מוגבלים המה: שני ילדים חלו במחלה, האחד מחלתו אנושה והאחר מחלתו קלה, ובין משאבי הציבור מצויה תרופה רק לאחד מהם; האם מחייב עקרון השוויון מניעת תרופה משניהם או הקצאתה מחצית לזה ומחצית לזה או נתינתה לאחד מהם על דרך הטלת גורל או על דרך אחרת? האם יש חשיבות לשאלה, אם הילד שמחלתו אנושה ממילא עתיד למות? האם השיקול, שאחד מהילדים הוא גאון, הוא רלוואנטי?... כל הדוגמאות הללו, וכיוצא באלו, מלמדות, שאי אתה יכול לשיקול שיקולים של שוויון מבלי להביא בחשבון הערכות ערכיות") וכן בציטוט שהשופט לוין מביא באותו מקום (שם, פס' 5) מדבריו של השופט זוסמן בפרשה אחרת ("כאשר מסיבותיהם של שני מקרים הן שונות, רשאי, ולפעמים אף חייב, המחוקק להתייחס אליהם בצורה שונה... האבחנה בין מסיבות שונות... אין בה משום הפליה"); בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 502 (1996); עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("שוויון אינו מחייב, איפוא, זהות... עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני").

55 ראו, למשל, Nagel, לעיל ה"ש 53, בעמ' 316; Stefan Gosepath, *Equality* (sec. 2.2), in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2007), <http://plato.stanford.edu/entries/equality/>.

56 ראו, למשל, עניין אליצור, לעיל ה"ש 11, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת נתניהו ("השוויון המספרי... אינו מוביל דווקא לתוצאה צודקת, אותה ניתן להשיג על-ידי השוויון המהותי... לעתים יש לנהוג בחוסר שוויון כדי להשיג צדק... כשנקודת המוצא ההתחלתית של האחד נחותה משל רעהו, יש צורך להעניק לו יותר כדי להביא את השניים לידי שוויון... הצדק שבתוצאה הוא הקובע ולא קדושת העיקרון של השוויון, שבא רק לשרת את מטרת הצדק. סיכומו של דבר, חייבים תחילה להיקבע קריטריונים בדבר הנתונים הרלוואנטיים לשוויון, וקריטריונים אלה צריכים להיקבע באופן סביר, תוך זיקה ותוך התחשבות במטרה של השוויון, שאותו מבקשים להשיג... קריטריונים הקובעים נתונים בלתי רלוואנטיים או בלתי סבירים למטרה, שלשמה מבוקש השוויון המהותי, או הנתונים משקל בלתי סביר לאיזה מנתונים אלה בתוך מכלול הנתונים הינם שרירותיים ויביאו לתוצאה של הפרת השוויון"); בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, פס' 18 לפסק-דינו של השופט חשין (1998) (להלן: עניין עדאלה 1998) ("ענייננו בשוויון מהותי ולא בשוויון פורמאלי... אין די בטענה כי האוכלוסיה הערבית אינה מקבלת ממשד הדתות תקציב לסיפוק צרכי דת בשיעור השווה לשיעורה באוכלוסיה הכללית. גם אם כך הוא, אין בדבר כדי ללמד בהכרח על חוסר שוויון מהותי. לקביעתו של אי-שוויון מהותי יש לבדוק את צורכי הדת של כל קבוצה דתית לגופם"); בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, פס' 37 לפסק-דינו של השופט חשין (2001) (להלן: עניין יקותיאל 2001).

57 המונח "שוויון מהותי" יידון ביתר פירוט להלן בפרק ג.

דוגמה להבדל בין שני סוגי השיקולים היא השאלה אם לאפשר לתלמידי תיכון מצטיינים להיבחן בבחינת הבגרות במתמטיקה כבר בכיתה י.⁵⁸ ככל שהדבר מועיל לתלמידים המצטיינים (למשל, כי זה מאפשר להם להתמקד בקורסים אחרים או להתחיל ללמוד באוניברסיטה מוקדם יותר), סביר ששיקול של שוויון השוואתי יתנגד לכך, ואם הדבר גם פוגע בתלמידים אחרים – למשל, עקב עמדה נחותה יותר בעתיד בתחרות על משרות – אזי התנגדות דומה תירשם גם מכיוון השיקול של קדימות לאדם שמצבו רע יותר. לעומת זאת, שיקולים של מקסום תועלת אישית או של חלוקת הטבות לפי כישורים עשויים לתמוך בכך.

הערך של אדם עקב היותו אדם – רעיון נוסף, שכיח פחות, אשר מתואר לעיתים תוך שימוש במונחים "שוויון" או "הערך השווה של כל אדם" או "יחס שווה לכל אדם",⁵⁹ הוא הרעיון שלאדם יש ערך, או שראוי להתייחס אליו בדרך מסוימת (למשל, להתחשב באינטרסים שלו) או לכבד אותו (בדרך אחרת), בשל עצם היותו אדם.⁶⁰ גם רעיון זה שונה מהרעיונות הקודמים. בפרט, הוא אינו משקף בהכרח עיקרון של שוויון השוואתי: הרעיון אינו שלאדם אחד יש ערך מפני שלאדם אחר יש ערך, או שיש להעניק יחס מסוים לאדם כי יחס כזה ניתן לאדם אחר, אלא שראוי להתייחס בדרך מסוימת כלפי יצור עם תכונה מסוימת (כגון השתייכות למין האנושי או רציונליות), והיה ראוי להתייחס אליו כך גם אילו הוא היה האדם היחיד בעולם. הרעיון שלאדם יש ערך בשל היותו אדם מוליך אמנם למסקנה שערכו של כל מי שהוא אדם הוא זהה, ושגם היחס לכל אדם צריך להיות זהה (בהנחה שהתכונה שבזכותה מישוהו הוא אדם אינה עניין של מידה), אבל מסקנה זו היא רק תוצר-לוואי של התפיסה (שאינה השוואתית) שלפיה הערך של אדם נובע מכך שהוא אדם, ורק מכך.⁶¹ רעיון זה גם אינו משקף בהכרח הענקת עדיפות לאדם שמצבו רע יותר, אם ערך האדם או היחס הראוי לאדם נובע מעצם היותו אדם, ולא ממצבו. כמו-כן, אם היחס לאדם עשוי להיות מושפע גם ממשתנים אחרים, כגון התנהגות האדם או המידה שבה הוא מפיק תועלת מהטבה, אזי רעיון זה מתיישב, למשל, עם העדפה של אדם שיפיק מההטבה תועלת רבה יותר, גם אם הוא במצב טוב יותר.

מסקנה כוללת – לעיתים מזהים את המונח "שוויון" לא עם שיקול ספציפי, אלא עם מסקנה כוללת ("שורה תחתונה") המשקפת התחשבות בכמה שיקולים אשר עשויים להתנגש זה בזה, ולפעמים אף עם כל השיקולים החלים במקרה העומד על הפרק, והכרעה ביניהם (למשל, לפי

58 לתוכנית של משרד החינוך לא לאפשר זאת ראו ירון סקופ "התלמידים המצטיינים במתמטיקה לא יוכלו לגשת לבגרות 5 יחידות בכיתה י" *הארץ* 24.6.2014 www.haaretz.co.il/news/education/. premium-1.2357254

59 לניסוח ברוח זו ראו, למשל, John C. Howell, *Competing Visions of Equality*, 32 S. U. L. REV. 197, 197 (2005) ("Equality, the concept that all people are of equal worth, is now an almost universally accepted concept in America")

60 רעיון זה מחייב השלמה בכל הנוגע בשאלה מהי התכונה שבגללה יצור מסוים הוא "אדם" ולכן בעל ערך של "אדם" (למשל, השתייכות למין הביולוגי האנושי או רציונליות במובן מסוים), ולכן יש גרסאות שונות שלו.

61 להצבעה על הקושי בקישור בין הרעיון שלאדם יש ערך עקב היותו אדם לבין רעיון השוויון ולניסיון להתמודד עם קושי זה ראו Bernard Williams, *The Idea of Equality*, in Bernard Williams, *PROBLEMS OF THE SELF* 230 (1973).

מידת חשיבותם). נראה כי זה המובן של המונח "שוויון" בפרט כאשר מדברים על "שוויון מהותי", ובמיוחד כאשר מזהים "שוויון" (או "שוויון מהותי") עם מונחים מוסריים רחבים, כגון "צדק" או "הגינות" (או המונחים השכיחים עוד יותר בהקשר המשפטי – "סבירות" או "מידתיות"). נראה כי כך ראוי להבין, למשל, את האמירות הבאות:

שוויון "מהותי" אינו "שוויון" לאמיתם של דברים, אלא הגינות וצדק, אם תרצה: שוויון צודק.⁶²

כללי השוויון ואיסור הפליה אין הם אלא כללי צדק והגינות.⁶³

לרוב אין הבהרה של תחום ה"צדק" או ה"הגינות" בהקשר המשפטי. בפרט אין הבהרה אם הם משקפים את כל השיקולים או רק את חלקם, ואם רק את חלקם – איזה חלק. באופן כללי, כאשר מונחים אלה משמשים במובן צר יותר (לתיאור קבוצה של שיקולים, ולא כל השיקולים), הם כוללים לעיתים, בין היתר, שיקולים חלוקתיים המעניקים עדיפות לאדם שמצבו רע יותר (לרבות שוויון השוואתי) ולפעמים גם שיקולי גמול, אך אינם כוללים לרוב מובנים שכיחים של שיקולי "יעילות", כגון מקסום גודלה של ההטבה האישית או מקסום הרווחה המצרפית. הנקודה החשובה לענייננו היא שהן המובן הרחב יותר (כל השיקולים) והן המובן הצר יותר (קבוצה חלקית של שיקולים) כוללים כמה שיקולים שונים.

העקרונות שבהם דנתי עד כה כוללים תוכן מהותי: הם משקפים שיקולים מהותיים ספציפיים או מסקנה כללית המשקללת כמה שיקולים כאלה. מובנים אחרים של המונח "שוויון" הם פורמליים, כלומר, אינם כוללים תוכן מהותי. בפרט ראוי להזכיר בהקשר זה שני רעיונות בולטים: העיקרון של חשיבות נורמטיבית והעיקרון של עקביות.

חשיבות נורמטיבית ("שיקול ענייני" לעומת "שיקול פסול" או "שיקול זר") – הבחנה בולטת בשיח המשפטי העוסק במונח "שוויון" היא בין עובדות בעלות חשיבות נורמטיבית (מוסרית או משפטית) לבין עובדות שאין להן חשיבות כזאת. הבחנה זו היא הבסיס לדרישה להתחשב בעובדה בעלת חשיבות נורמטיבית מהבחינה הרלוונטית (מונח שכיח הוא "שיקול ענייני" או "שוני רלוונטי") ולאיסור ההתחשבות בעובדה חסרת חשיבות כזאת ("שיקול פסול" או "שיקול זר"). היבטים ספציפיים של איסור זה אוסרים התחשבות בעובדות מסוימות שהן חסרות חשיבות נורמטיבית – למשל, בעובדה שאחד המועמדים הוא קרוב-משפחה או חבר של מחלק ההטבה. הן הדרישה להתחשב בעובדות בעלות חשיבות נורמטיבית והן איסור ההתחשבות בעובדות חסרות חשיבות כזאת מתוארים לעיתים קרובות בהקשר המשפטי באמצעות המונח "שוויון" ומונחים קרובים.⁶⁴ זיהוי כזה עולה, למשל, מהאמירות הבאות:

62 עניין ק.א.ל., לעיל ה"ש 10, פס' 22 לפסק-דינו של השופט חשין.
 63 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 31 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.
 64 ראו באופן כללי זמיר וסובל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 206, 225.

משמעותו של שוויון הינה אפוא "יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה".⁶⁵

עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח, אפוא, קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני.⁶⁶

מתן דחיית שירות גורפת... אך מטעמים של לימוד בישיבה מהווה פגיעה בשוויון של כל אחד מקבוצת הרוב, המחוייב בשירות צבאי. יש בה הפליה ללא שוני רלבנטי המצדיק אותה.⁶⁷

יש מצבים בהם עקרון השוויון מכיר בשוני רלוונטי המצדיק התייחסות נפרדת לפרטים או קבוצות.⁶⁸

חוק שכר שווה וחוק שוויון הזדמנויות נועדו שניהם להגשים ולקדם את עקרון השוויון בשוק העבודה על ידי הטלת איסור על המעביד להפלות בין עובדים על בסיס שיקולים שאינם ענייניים או לגיטימיים.⁶⁹

הדרישה להתחשב בעובדות בעלות חשיבות נורמטיבית ואיסור ההתחשבות בעובדות חסרות חשיבות כזאת מזוהים לעיתים קרובות, באופן ספציפי יותר, גם עם המונחים "שוויון מהותי",⁷⁰ "שוויון מנהלי"⁷¹ ו"איסור הפליה" (אשר מזוהה כאמור, לעיתים קרובות, עם המונח "שוויון").⁷² אולם העקרונות הללו בדבר חשיבות נורמטיבית אינם משקפים (בהכרח או דווקא) עיקרון מהותי כלשהו, כל עוד לא מתלווה אליהם פירוט לגבי השאלה אילו עובדות הן בעלות חשיבות נורמטיבית (בהקשר הרלוונטי) ואילו אינן בעלות חשיבות כזו. עקרונות אלה מתיישבים עם כל עיקרון מהותי העונה על שאלה זו, כלומר, עם כל תפיסה מהותית לגבי השאלה אילו עובדות הן בעלות חשיבות נורמטיבית ואילו אינן כאלה. כך, למשל, תפיסה שלפיה יש חשיבות נורמטיבית לאזרחות, ללאום או לדת בהקשר מסוים תצדיק הבחנה מטעם זה. אמנם, גם עיקרון של שוויון השוואתי או עיקרון חלוקתי אחר המעניק עדיפות לאדם שמצבו רע יותר עשויים להיחשב עקרונות בעלי חשיבות נורמטיבית, אבל כך גם כל עיקרון מהותי אחר. לכן מטעה להתייחס לעקרונות אלה בדבר חשיבות נורמטיבית כאל עקרונות של "שוויון".

65 עניין פורז, לעיל ה"ש 1, פס' 28 לפסק-דינו של השופט ברק.
 66 עניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 17, פס' 14 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק.
 67 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 28 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
 68 עניין יקותיאל 2010, לעיל ה"ש 17, פס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.
 69 בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פס' 13 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (פורסם בנבו, 17.5.2012).
 70 ראו, למשל, עניין אביטן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 299.
 71 ראו, למשל, מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 193 (2008).
 72 ראו להלן פרק ג.

בפרט ראוי להדגיש שתי נקודות לגבי ההבדל בין עקרונות החשיבות הנורמטיבית לשיקולים חלוקתיים המעניקים עדיפות לאדם שמצבו רע יותר. ראשית, עקרונות אלה מתיירים התחשבות בעובדות עם חשיבות נורמטיבית, כגון כישורים למילוי תפקיד שמילוי בצורה טובה יותר עשוי לתרום לרווחתם של אנשים בדרך כלשהי, אף כאשר הדבר כרוך במחיר מבחינת השיקולים החלוקתיים האמורים – למשל, כאשר עלול להיגרם אי־שוויון מבחינת רווחה או משאבים. מחיר כזה קיים (לפחות) כאשר האדם עם הכישורים הפחותים מצוי במצב רע יותר מבחינת רווחה או משאבים, במיוחד אם הוא אינו אחראי לעובדה שכישוריו אינם טובים יותר. ככל שכישורים (כלליים יותר או ספציפיים יותר) הם תנאי לקבלת הטבות, אדם עם כישורים מוגבלים יהיה במצב רע יחסית במונחים של רווחה או משאבים. זוהי נקודה חשובה, מכיוון שבהקשרים רבים כישורים הם כאמור המפתח לקבלת הטבות, בעיקר בצורה של משרות. לכן במצבים רבים העדפת מועמד מוכשר יותר מתיישבת עם שיקול בעל חשיבות מוסרית, כגון מקסום תועלת, ואף נתמכת על־ידיו, אבל מנוגדת לשיקולים חלוקתיים המעניקים עדיפות לאנשים שמצבם רע. ההתנגשות בין השיקולים הללו ממחישה את קיומו ואת חשיבותו של ההבדל ביניהם.⁷³

שנית, מכיוון שעקרונות אלה לגבי חשיבות מוסרית אינם כוללים (בהכרח) היבט השוואתי (הם כוללים היבט כזה רק במקרה המיוחד שבו העובדה החשובה מוסרית היא עצמה השוואתית), אפשר להחילם על מקרה יחיד בלי השוואה למקרה אחר. כך, למשל, המסקנה כי צבע העיניים או צבע העור של אדם אינם רלוונטיים לעניין העסקתו בתפקיד מסוים אינה מחייבת השוואה כלשהי – למשל, לאדם עם צבע עור או צבע עיניים אחרים – או אף קיום של אדם כזה או של יחס שונה כלפיו, אלא היא אפשרית גם אם זה המקרה היחיד שבוחנים. עם זאת, אף שעקרונות של חשיבות מוסרית אינם בעלי היבט השוואתי יסודי או הכרחי, השוואה עשויה להיות בעלת חשיבות מתודולוגית או אפיסטמית במסגרת בחינה של השאלה אם פעולה מסוימת מהווה הפרה של עקרונות כאלה. השוואה יכולה, למשל, לעזור להתמקד בשאלה העומדת על הפרק באמצעות חשיבה על מקרה היפותטי של מועמד זהה מכל הבחינות למועמד שבוחנים למעט צבע עורו, לדוגמה. השוואה עשויה גם לסייע לאשר או להפריך את החשד שהחלטה מסוימת התקבלה על בסיס עובדה חסרת חשיבות נורמטיבית. לדוגמה, כאשר לא ברור אם החלטה להעניק הטבה מסוימת לאדם מסוים התקבלה על בסיס עובדה מסוימת שאין לה חשיבות מוסרית, כגון העובדה שהוא חברו של מחלק ההטבה, אפשר לבחון אם הטבה כזאת הוענקה לאנשים שמצבם זהה מכל בחינה בעלת חשיבות נורמטיבית למעט העובדה שהם אינם חברים של המחלק. אם התשובה שלילית, זוהי ראיה לכך שההחלטה הראשונה התקבלה על בסיס הקרבה של המחלק למקבל ההטבה.

73 בעניין זה אין חשיבות לשאלה כיצד ראוי להכריע בין השיקולים המתנגשים הללו – למשל, אם ההכרעה צריכה להיעשות על־פי מידת חשיבותם בכל מצב או שמא יש לתת עדיפות לשיקולי "צדק", בפרט צדק חלוקתי, על שיקולי "יעילות", וזאת בלי תלות, מלאה או בכלל, במידת חשיבותם.

עקביות – רעיון פורמלי נוסף אשר מקבל לעיתים קרובות ביטוי באמצעות המונח "שוויון" הוא הרעיון של עקביות (או כפי שהוא מכונה לפעמים – "רציונליות"). עקביות במובן הרלוונטי מחייבת החלה של כלל באופן התואם את תוכנו, כלומר, פעולה בהתאם לכלל כאשר הוא חל והימנעות מפעולה על-פיו כאשר הוא אינו חל (בלי קשר לשאלה אם הכלל נכון או שגוי, כלומר, בין שהוא מעניק חשיבות נורמטיבית לעובדות שאכן יש להן – או אכן ראוי להעניק להן – חשיבות כזאת ובין אם לאו). כך, למשל, אם לפי כלל מסוים ראוי להעניק רישיון לכל אדם שעבר בהצלחה מבחן מסוים, אזי עקביות מחייבת לתת את הרישיון לכל אדם שעבר את המבחן ולא לתת את הרישיון למי שלא עבר את המבחן.⁷⁴ במילים אחרות, עקביות במובן זה היא פשוט פעולה בהתאם לכלל נתון. נראה כי זו לעיתים הכוונה כאשר מדברים על "שוויון",⁷⁵ בפרט במשפט. מובן זה עולה, למשל, מהאמירות הבאות:

עקרון השוויון... מניח הסדר נורמאטיבי המופעל בצורה אחידה על כל הפרטים, חרף השוני העובדתי שביניהם.⁷⁶

המשיבים... לא יישמעו עוד בטענה שמנעו את הוצאת הרישיון לעותרת על יסוד קריטריונים שהם עצמם אינם מקפידים על שמירתם. אילו היה בית משפט זה משלים עם חוסר עקביות שכזה, היה נותן את הגושפנקא שלו להפליה חמורה כלפי העותרת, וזאת אין להרשות מטעמי צדק ושוויון בין אזרחים.⁷⁷

על השוויון להתבטא, אם כן, בהכפפתם של כל בני החברה להסדר זהה. הסדר זה... עשוי להציע תנאים רחבים דיים כדי לאפשר התייחסות פרטנית להבדלים שבין אנשים... אולם, העיקר הוא, כי עצם החלתו על בני החברה כולם תיעשה באורח שוויוני.⁷⁸

74 לפי טענה אחת, "אין שני מקרים שהם זהים לחלוטין, ולכן עקבות מוחלטת אינה אפשרית". ראו בנדור, לעיל ה"ש 34, בעמ' 303. נראה כי המונח "עקביות" משמש בציטוט זה במובן דומה אבל לא זהה למובן שאני מייחס לו כאן. מכל מקום, ההנחה כי "אין שני מקרים שהם זהים" אינה ברורה לגמרי, בפרט אם הכוונה היא לזהות עובדתית או לזהות נורמטיבית. בכל מקרה, היא אינה מנביעה את המסקנה כי עקביות (לפחות במובן שלי) אינה אפשרית תמיד. אם מדובר בזהות עובדתית, לא נובע מכך דבר, כמובן, לגבי הרעיון הנורמטיבי שלפיו ראוי לפעול בדרך עקבית בהתאם לכלל נורמטיבי מסוים (כשם שאין להסיק מסקנות נורמטיביות מעובדות לא-נורמטיביות באופן כללי יותר). אם הכוונה היא להעדר זהות נורמטיבית, ובפרט להעדר זהות במובן של הכלל האמור, אזי יישום הכלל באופן עקבי מחייב להבחין בין המקרים.

75 להצבעה על כך שזהו מובן שכיח של המונח "שוויון", תוך הבחנה בינו לבין המובן הדווקני של שוויון, ראו Larry S. Temkin, *Inequality: A Complex, Individualistic, and Comparative Notion*, in *PHILOSOPHICAL ISSUES* 11 – SOCIAL, POLITICAL & LEGAL PHILOSOPHY 328, 329–330 (Ernest Sosa & Enrique Villanueva eds., 2001).

76 עניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 17, פס' 14 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק.

77 בג"ץ 10/79 הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לג(3) 60, 65 (1979).

78 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק-דינו של השופט לוי.

נראה כי רעיון כזה בא לידי ביטוי גם במקרים אחרים.⁷⁹ זו גם לעיתים הכוונה כאשר מדברים על מונחים ספציפיים יותר הקרובים למונח "שוויון", כגון "שרירות", "יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים", "שוויון לפני החוק" ו"שלטון החוק".⁸⁰ ככל שמונחים אלה משקפים עקרונות פורמליים שאין להם תוכן מהותי – תוכן אשר דרוש לשם קביעה מה שרירותי ומה לא, מהי אמת-המידה לקביעת "דמיון" או "שוני" רלוונטי ("מידת השוני") או מהי המשמעות של החוק הרלוונטי – נראה שהמובן היחיד שאפשר לחלץ מהנוסחים האמורים הוא דרישה לעקביות בהחלת כלל כלשהו, יהא תוכנו אשר יהא.

מכיוון שהמובן האמור של עקביות הוא פורמלי בלבד – כלומר, הוא מתיישב עם כלל מהותי ואינו כולל דרישה כלשהי לגבי תוכנו המהותי של הכלל – הרעיון של עקביות אינו זהה לשיקול מהותי כלשהו, כגון שוויון השוואתי, שיקול חלוקתי אחר המעניק עדיפות לאדם שמצבו רע יותר, או שיקול מהותי שאינו חלוקתי במובן זה. (כמובן, עקביות בהחלה של כלל מהותי ספציפי עשויה להתנגש בעקביות בהחלה של כלל מהותי אחר. כך, למשל, עקביות בהחלה של כלל המחייב הענקת הטבה לאדם המוכשר ביותר עלולה להתנגש בכלל המחייב הענקת הטבה לאדם העני ביותר.) יתר על כן, ראוי לציין כי החלה עקבית של כלל בהתאם לתוכנו אפשרית לגבי כלל, לרבות כלל עם תוכן שאינו שוויוני או אף מנוגד לשוויון בכל מובן שהוא, כגון כלל שלפיו ראוי לתת הטבה לאדם שמצבו טוב יותר, בשל מצבו הטוב יותר, או כלל גזעני.

כאמור, חוסר הבחנה בין כלל בעל תוכן חלוקתי, לרבות שוויון השוואתי, לבין עקביות, בפרט כפי שהיא באה לידי ביטוי בדרישה של "יחס שווה לשווים", הוליך לטענה כי הרעיון של שוויון הוא ריק מתוכן. טענה זו מתעלמת מכך שאף-על-פי שעיקרון של עקביות הוא ריק מתוכן מהותי, שוויון השוואתי (כמו מובנים שכיחים אחרים של המונח "שוויון") כולל תוכן מהותי.⁸¹

לסיכום, המונח "שוויון", בפרט בהקשר המשפטי, משמש לתיאור כמה רעיונות נורמטיביים שיש הבדלים ביניהם, לעיתים הבדלים משמעותיים מאוד. חלק מהרעיונות הללו הם פורמליים בלבד, בלי תוכן מהותי כלשהו, כגון הדרישה לעקביות ולהתחשבות בעובדות בעלת חשיבות נורמטיבית ואיסור ההתחשבות בעובדות חסרות חשיבות כזאת. רעיונות אחרים הם בעלי תוכן מהותי, המשתנה מעיקרון אחד לאחר. עקרונות מהותיים כאלה, בעלי תוכן שונה, עשויים אף להתנגש זה בזה. כך, למשל, העיקרון של שוויון השוואתי והעיקרון של חלוקת הטבות לאדם מוכשר יותר עשויים להתנגש כאשר האדם המוכשר יותר הוא גם במצב טוב יותר מבחינת מדד השוויון (לדוגמה, רווחה או משאבים). תיאורם של כל הרעיונות השונים הללו תחת כותרת אחת – "שוויון" – הוא אפוא מטעה מאוד.

79 ראו, למשל, בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 202, 204 (1991). להתייחסות לרעיון דומה, אם כי לא זהה כנראה, תחת הכותרת "עקביות" או "שוויון מנהלי", ראו בנדור, לעיל ה"ש 34, בעמ' 302.

80 לכל המונחים הללו ראו להלן פרק ג.

81 ראו את הדיון לעיל בפרק א ובתחילת פרק זה.

המפתח לפענוח המונח "שוויון" הוא לכן הבחנה ברורה בין הרעיונות הללו. נדרש זיהוי מדויק של המובן העומד על הפרק כדי לקבוע את המשמעות ובהתאם את ההשלכות של העיקרון הנבחר. בהתאם, זיהוי כזה מסביר מדוע כמה עמדות שכיחות הן שגויות או לפחות מטעות. דוגמה אחת, שכבר הזכרתי, היא הטיעון אשר מזהה "שוויון" עם עקביות ומסיק מכך שהרעיון של "שוויון" הוא ריק מתוכן מהותי, וזאת תוך התעלמות ממובנים מרכזיים אחרים של המונח "שוויון", לרבות שוויון השוואתי, שאינם ריקים מתוכן מהותי.⁸² דוגמה נוספת היא הטענה כי כל תפיסה מוסרית (או לפחות כל תפיסה מוסרית שאינה בלתי-סבירה לחלוטין) היא גרסה או פרשנות של "שוויון". ברוח זו נכתב, למשל:

[A] common characteristic of virtually all the approaches to the ethics of social arrangements that have stood the test of time is to want equality of something.⁸³

I believe that we are now united in accepting the abstract egalitarian principle: government must act to make the lives of those it governs better lives, and it must show equal concern for the life of each. Anyone who accepts that abstract principle accepts equality as a political ideal, and though equality, as I said, admits of different conceptions, these different conceptions are competing interpretations of that principle.⁸⁴

We *are* all egalitarians; we believe in basic equality... We are just not quite clear about what exactly it is we have committed ourselves to.⁸⁵

הטענה שכל תפיסה שאינה מופרכת בעליל מקבלת את העיקרון של "שוויון" היא שגויה, ככל שהכוונה היא לכל תוכן מהותי שנהוג לקשר עם המונח "שוויון", לרבות שוויון השוואתי. טענה זו מטעה ככל שהיא מכוונת לכל תפיסה המשתמשת במונח "שוויון" בלי תלות במשמעות המיוחסת לו, שכן אין כאמור מכנה משותף משמעותי בין התפיסות הנכללות בקטגוריה האמורה.

ניתוח זהיר של עיקרון המפנה למונח "שוויון" הוא שלב הכרחי, אם כי לא מספיק, לשם בחינת שאלות ספציפיות יותר לגבי השלכותיו של העיקרון. בפרט, ניתוח כזה נדרש לשם בחינת השאלה הנורמטיבית עד כמה עיקרון מסוים הוא משכנע או מוטל בספק, ועד כמה הוא מוסכם או שנוי במחלוקת. כך, לדוגמה, עקרונות פורמליים כגון אלה העוסקים בחשיבות המוסרית של עובדות ובעקביות בהחלת כללים אינם מוטלים בספק של ממש, ויש לגביהם

82 ש.ם.

83 (1992) ix AMARTYA SEN, INEQUALITY REEXAMINED.

84 Ronald Dworkin, *What is Equality? Part 3: The Place of Liberty*, 73 IOWA L. REV. 1, 7 (1987).

85 Jeremy Waldron, *Basic Equality*, sec. 37 (2008), available at http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/107/

הסכמה רחבה מאוד, בעוד עקרונות מהותיים, בפרט עיקרון של שוויון השוואתי, הם מובנים פחות מאלהם ושנויים יותר במחלוקת: יש עמדות הדוחות כל שיקול חלוקתי המייחס ערך אינטרנזי להעדפת אדם שמצבו רע יותר (למשל, תועלתנות); ויש עמדות הדוחות שיקולים חלוקתיים ספציפיים כאלה, כגון שוויון השוואתי, לטובת שיקולים אחרים (בפרט קדימות לאדם שמצבו רע יותר או מספיקות).

קביעת המשמעות של עיקרון היא גם המפתח לתשובה על שאלה חשובה אחרת, והיא אם עיקרון זה הוא מוחלט – כלומר, מכריע תמיד, בכל סוג של מצב – או שמא הוא עשוי להידחות מפני עיקרון אחר במקרה של התנגשות ביניהם. דרך מקובלת אחרת לשאול אותה שאלה היא אם כל פגיעה בעיקרון היא בהכרח גם הפרה שלו, או במישור המשפטי – אם כל פגיעה בעיקרון היא בהכרח בלתי-חוקית.⁸⁶ כאשר מבחינים בין מובנים שונים של המונח "שוויון", התשובה לשאלה זו ברורה: מובנים מסוימים של "שוויון" משקפים רעיונות שהם מוחלטים, או שלפחות סביר לראות גרסאות מרכזיות שלהם כמוחלטות (אם כי לרוב רק במובן טריוויאלי), בעוד מובנים אחרים של "שוויון" משקפים רעיונות אשר לא סביר לראותם כבעלי מעמד מוחלט.

המובנים המוחלטים של "שוויון" הם המובן של "שוויון" כמסקנה כוללת והמובנים הפורמליים של "שוויון". נקודה זו ברורה לגבי הזיהוי של "שוויון" עם מסקנה כוללת. מובן זה הוא מוחלט (במובן טריוויאלי) פשוט מפני שמסקנה כוללת כבר משקפת את כל השיקולים העומדים על הפרק. פעולה בהתאם למסקנה הכוללת היא לכן בהכרח פעולה ראויה, ופעולה בניגוד למסקנה הכוללת אינה ראויה. גם עיקרון של עקביות סביר לראות כעיקרון מוחלט, שכן הוא מחייב רק פעולה בהתאם לכלל כלשהו שנבחר. בהקשר זה יש לשים לב לכך שכאשר יש הצדקה לחריגה מכלל נתון, מדובר למעשה בקביעת כלל חדש, מורכב יותר (אשר העקביות מחייבת כעת פעולה לפיו), ולא חריגה מעיקרון של עקביות בהחלת הכלל הנתון. לבסוף, גרסה סבירה של העיקרון הדורש להתחשב רק בעובדות בעלות חשיבות נורמטיבית היא מוחלטת, שכן משמעות מרכזית של עובדה בעלת חשיבות מוסרית לצורך פעולה מסוימת היא פשוט עובדה שיש להתחשב בה במסגרת החלטה על פעולה כזאת. רק התחשבות בעובדה חסרת חשיבות מוסרית מנוגדת לעיקרון זה, וברור כי התחשבות כזאת אינה ראויה.

לעומת זאת, כפי שכבר הזכרתי, מובנים של "שוויון" המשקפים שיקולים מהותיים – לרבות שוויון השוואתי, שיקול חלוקתי לא-שוואתי דומה (כגון קדימות לאדם שמצבו רע יותר) ושיקול מהותי אחר (כגון מקסום תועלת) – סביר פחות לראותם כמוחלטים. באופן כללי, התשובה לשאלה אם סביר, או עד כמה סביר, שעיקרון מהותי יהיה מוחלט תלויה בחשיבותו ובהיקפו. היקפו של העיקרון חשוב מבחינה זו כי ככל שעיקרון חל במספר רב יותר של סוגי מצבים כן הוא עלול להתנגש במספר רב יותר של שיקולים נוגדים, ובהתאם לכך הסיכוי שהוא יגבר על כולם הוא נמוך יותר, ולהפך. בפרט ראוי לציין כי כאשר עיקרון הוא צר מפני שהוא כולל וחריגים אשר מצמצמים את היקפו, וחריגים אלה משקפים היטב את סוגי המצבים

86 להסבר מפורט יותר של משמעות השאלה האמורה, ולדיון בשאלה הקשורה של הכרעה בין עקרונות מתנגשים, ראו ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 25–28 (2008).

שבהם יש שיקול נוגד חזק יותר, סביר יותר שעיקרון זה הוא מוחלט. לכן לא סביר לראות עיקרון של שוויון השוואתי – במיוחד עיקרון רחב יחסית (למשל, שוויון ברווחה של כל בני-האדם או אף עיקרון צר יותר, כגון שוויון במשאבים של כל האזרחים במדינה מסוימת) שאינו כולל חריגים – כעיקרון מוחלט. כאמור, עיקרון סביר כזה משקף (לכל-היותר) שיקול אחד, שעשוי להתנגש בשיקול נוגד, כגון שיקול בעד מתן הטבה לאדם שיפיק ממנה את התועלת הרבה ביותר (להבדיל מהאדם שמצבו רע יותר מהבחינה הרלוונטית).

הניתוח האמור לגבי הסבירות של ייחוס מעמד מוחלט למובנים השונים של עיקרון מוסרי של "שוויון" תקף ביסודו גם לגבי השאלה (המוסרית) בדבר המעמד המשפטי שראוי להעניק למובנים אלה של "שוויון" (ככל שראוי להעניק להם מעמד כזה, אם בכלל). כך, למשל, ככל שהאיסור המשפטי החל על התחשבות ב"שיקול זר" יוגדר פשוט כאיסור התחשבות בעובדה שהיא חסרת חשיבות משפטית בהקשר הרלוונטי, הפרה של איסור זה היא תמיד בלתי-חוקית. המסקנה היא, אם כן, שהתשובה לשאלה אם עיקרון מוסרי – לרבות עיקרון מוסרי לגבי הדין הראוי – הוא מוחלט תלויה במשמעותו. כאשר בוחנים את השאלה המקבילה במשפט הנוהג, כלומר אם עיקרון של "שוויון" במשפט הנוהג הוא מוחלט אם לאו, נראה שהתשובה אינה ברורה עקב אי-הבחנה חדה בין מובנים שונים של "שוויון". העמדה המקובלת היא שעיקרון משפטי של "שוויון" אינו מוחלט, כלומר, שפגיעה בו עשויה להיות חוקית. לעיתים קרובות נכתב על-ידי שופטים כי עקרון ה"שוויון" הוא "יחסי", וכי פגיעה בו היא חוקית אם היא עומדת בתנאים מסוימים, בפרט אלה המנויים בפסקת ההגבלה של חוקי-היסוד המהותיים.⁸⁷ אולם קיימת גם עמדה הפוכה, שמשמעותה היא כי כל פגיעה בעיקרון של

87 ראו, למשל, בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ברק (1988) (איוון עם עקרון השוויון הוא אמצעי, גם אם אחרון, ולא ראשון); עניין פרוז, לעיל ה"ש 1, פס' 34 לפסק-דינו של השופט ברק ("השוויון הינו... עיקרון יחסי"); עניין מילר, לעיל ה"ש 11, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (ערך הביטחון גובר על ערך השוויון); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 48 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012) ("הפגיעה החוקתית בזכות לשוויון... אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, ובפרט בתנאי המידתיות"); עניין ק.א.ל., לעיל ה"ש 10, פס' 15 לפסק-דינו של השופט חשין (אינטרס אחר יכול לגבור על עקרון השוויון); שם, פס' 2 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פגיעה בשוויון חוקית אם היא עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה); בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, פס' 10 לפסק-דינו של השופט זמיר (1997) (להלן: בג"ץ רקנט) (פגיעה ב"שוויון" חוקית אם היא נעשית מפאת שיקול ענייני); עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 17, פס' 22 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פגיעה ב"שוויון" חוקית אם היא עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה); עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 43–44 לפסק-דינו של הנשיא ברק (בחנית חוקיותה של פגיעה בשוויון ובכבוד לאור פסקת ההגבלה); בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406, פס' 30 לפסק-דינה של השופטת חיות (2008) (פגיעה ב"שוויון" היא חוקית אם היא נעשית בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה); רב"ע 3969/97 מדינת ישראל נ' אבו רביע, פ"ד נא(5) 470, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1997) ("הזכות לשוויון אינה מוחלטת. זוהי זכות יחסית"); בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פס' 45 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 3.3.2009) ("הזכות לשוויון אינה זכות מוחלטת, היא בעלת אופי יחסי" המאפשר פגיעה בה כדין אם מתקיימים התנאים של פסקת ההגבלה").

"שוויון מהותי" מהווה בהכרח גם הפרה שלו.⁸⁸ נוסף על כך, העמדה המקובלת אינה מתיישבת עם המובנים השכיחים ביותר של המונח "שוויון" במשפט, המשקפים עקרונות פורמליים של התחשבות רק בעובדות בעלות חשיבות מוסרית ושל עקביות בהחלת הדין, אשר סביר לראותם כמוחלטים.

קיימת אם כן סתירה בין האמירה השכיחה שלפיה עיקרון של "שוויון" אינו מוחלט לבין המשמעות של המובנים השכיחים של "שוויון" בהקשר המשפטי, אשר נראים כאמור כמשקפים רעיונות מוחלטים. הסבר אפשרי לסתירה זו הוא אי-הבהירות, ובפרט הרב-משמעות, של עקרון ה"שוויון" במשפט. נראה כי זהו ההסבר למחלוקת הקיימת במשפט הנוהג בין עמדות הרוב והמיעוט האמורות לגבי השאלה אם עקרון ה"שוויון" הוא מוחלט: נראה כי המחלוקת האמורה היא מדומה. כל אחד מהצדדים מניח עיקרון אחר תחת המונח "שוויון", ולכן מגיע למסקנה שונה בשאלה זו. העמדה שלפיה עיקרון כזה הוא מוחלט מניחה מובן של "שוויון" אשר משמעותו היא מסקנה כוללת (אף שהדבר לא נאמר במפורש). עמדה זו בוחנת במסגרת עיקרון של "שוויון" את ההצדקה הכוללת של הפעולה לאור כל שיקול רלוונטי.⁸⁹ לכן ברור שמובן זה של "שוויון" הוא מוחלט. לעומת זאת, העמדה שלפיה עיקרון של "שוויון" אינו מוחלט מניחה מובן אחר. מובן זה אינו מוגדר בצורה ברורה,⁹⁰ אך ברור כי הכוונה אינה למובן של מסקנה כוללת, שכן לפי עמדה זו יש לאזן בין עיקרון של "שוויון" לבין עקרונות אחרים.⁹¹

נראה אפוא שההסבר למחלוקת לגבי השאלה אם פגיעה בעיקרון משפטי של "שוויון" יכולה להיות חוקית הוא מושגי, ולא נורמטיבי. במילים אחרות, המחלוקת אינה על החשיבות שיש לייחס לעיקרון של "שוויון" יחסית לעקרונות אחרים, והיא אינה נובעת מכך שעמדה אחת רואה עיקרון של "שוויון" כגובר על כל עיקרון אחר בעוד עמדה אחרת מייחסת לו מעמד צנוע יותר, אלא משימוש לא-מובחן במובנים שונים של "שוויון".

המובנים שהמונח "שוויון" משמש בהם שונים אם כן באופן משמעותי זה מזה, ולעיתים הם אף מושכים לכיוונים מנוגדים. מסקנה זו אינה סותרת, כמובן, את האפשרות של קיום קשרים ביניהם, לרבות קשרים חשובים, מכל מיני בחינות. קשרים כאלה אפשריים, למשל, בין שוויון השוואתי למובנים אחרים של "שוויון", ובפרט לכללים משפטיים המשקפים אותם. כך, למשל, ייתכן (וסביר להניח שאכן יש לעיתים קרובות) קשר סיבתי בין התחשבות בעובדות חסרות חשיבות מוסרית לבין אי-שוויון השוואתי, או בין אי-עקביות לבין אי-שוויון השוואתי, או בין הפליה לבין אי-שוויון השוואתי. בשל כך ייתכן גם שההצדקה של כללים משפטיים

88 ראו עניין הופנונג, לעיל ה"ש 54, פס' 12 לפסק-דינו של השופט זמיר.

89 ש.ס.

90 בפרט קשה לזהות אפילו אמת-מידה עמומה לגבי השאלה מתי עיקרון של שוויון גובר על עיקרון אחר ומתי לא, ובהתאם לכך לגבי השאלה מתי פגיעה בשוויון היא חוקית. נקודה זו מעניינת פחות שכן היא ייחודית פחות לעיקרון המשפטי של "שוויון". התשובה לשאלה כיצד יש להכריע בין עקרונות מתנגשים במקרה של התנגשות היא מעורפלת מאוד באופן כללי, במיוחד במשפט הישראלי. אני דן בכמה היבטים של השאלה האמורה במקום אחר. ראו שגב, לעיל ה"ש 86.

91 ראו עניין הופנונג, לעיל ה"ש 54, פסק-הדין של הנשיא ברק.

המשקפים מובנים שכיחים של "שוויון" – כגון עקביות, התחשבות בנתונים בעלי חשיבות נורמטיבית בלבד או איסור הפליה – מבוססת על שיקול של שוויון השוואתי (או על שיקול חלוקתי דומה המעניק עדיפות לאדם שמצבו רע יותר). אולם קשרים (חשובים) אלה אינם נוגעים במשמעותם של הרעיונות האמורים. (אכן, קשרים חשובים עשויים להתקיים גם בין רעיונות אחרים, שאינם מקושרים בדרך-כלל למונח "שוויון", לבין שיקול של שוויון השוואתי, למשל.)

ג. אי-בהירות עקב אי-דיוק

בפרק הקודם ראינו כי הרב-משמעיות של המונח "שוויון" היא גורם מרכזי אחד לחוסר הבהירות של מונח זה. בהתאם, ההבחנה בין המובנים השונים של המונח "שוויון" היא הצעד הראשון לקראת הבהרתו. אולם לעיתים צעד זה אינו מספיק. לפעמים קשה לזהות את המובן של רעיון המתואר כרעיון של "שוויון", בפרט בהקשר המשפטי, אף כאשר שמים לב לרב-משמעיות של מונח זה, ואף בהתחשב בניסוחו, בהקשרו ובדרך שבה הוא מיושם. בסעיף זה אצביע על כמה שימושים בולטים במונח "שוויון" במשפט הישראלי אשר משמעותם המדויקת אינה ברורה, במטרה להמחיש סוג זה של אי-בהירות של המונח "שוויון" בהקשר המשפטי, ולהתקדם במידת-מה, עד כמה שניתן, בהבהרתם של העקרונות הללו.

"שוויון פורמלי" לעומת "שוויון מהותי" – הבחנה שכיחה, בפרט בהקשרים משפטיים, היא בין "שוויון פורמלי" (או "שוויון טכני" או "שוויון מכני") לבין "שוויון מהותי". העמדה המקובלת היא שהעיקרון המשפטי הראוי, ובדרך-כלל גם המצוי, משקף תפיסה של "שוויון מהותי".⁹² לעיתים אף מובע ספק לגבי עצם הקוהרנטיות של "שוויון פורמלי".⁹³ רק לעיתים

92 זה המצב גם במדינות אחרות. להסכמה על כך שהעיקרון הראוי הוא של "שוויון מהותי" ולדין באי-הבהירות ובמחלוקת על תוכנו ראו, למשל, Jennifer Koshan & Jonnette Watson Hamilton, *Meaningless Mantra: Substantive Equality after Withler*, 16 REV. CONST. STUD. 31 (2011) בישראל ראו, למשל, בג"ץ 246/81 דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1, 7 (1981); עניין אליצור, לעיל ה"ש 11, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת נתניהו ("השוויון המספרי... [שהוא] שוויון 'מכאני'... או 'פורמאלי'... אינו מוביל דווקא לתוצאה צודקת, אותה ניתן להשיג על-ידי השוויון המהותי"); עניין עדאלה 1998, לעיל ה"ש 56, פס' 18 לפסק-דינו של השופט חשין ("ענייננו בשוויון מהותי ולא בשוויון פורמאלי"); עניין יקותיאל 2001, לעיל ה"ש 56, פס' 37 לפסק-דינו של השופט חשין ("מושג השוויון בהקשר הדברים כאן יתפרש לא כשוויון מכניסטי אלא כשוויון מהותי"); עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, פס' 5 לפסק-דינו של השופט לוי ("הערות מקדימות לגבי משמעותה המשפטית בדרך כלל של התפיסה, שיש להפעיל כלל משפטי או מערכת כללים שנקבעו בחוק על דרך של שוויון]: ראשית... השוויון בו מדובר הוא מהותי ולא פורמאלי בלבד"); עניין אביטן, לעיל ה"ש 44, פס' 3 לפסק-דינו של השופט אור ("לא השוויון ה'טכני' או 'פורמאלי' הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי"); עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 15, פס' 34 לפסק-דינו של השופט חשין ("למותר לומר כי עקרון השוויון שבו מדברים אנו הינו – בעיקרו – שוויון 'מהותי'"); עניין ק.א.ל., לעיל ה"ש 10, פס' 22 לפסק-דינו של השופט חשין.

נדירות יחסית מובעת הסתייגות מעמדה זו והעדפה של "שוויון פורמלי" כעיקרון משפטי.⁹⁴ אולם אף שההבחנה בין שוויון "פורמלי" לשוויון "מהותי" היא שכיחה מאוד, שני הרעיונות שהיא אמורה לתאר אינם ברורים (ולכן גם ההבדל ביניהם אינו ברור). יתר על כן, נראה כי דווקא המונח "שוויון פורמלי" – אשר נתפס לרוב, כאמור, כעיקרון שאינו משקף את מהותו של עקרון ה"שוויון" – קרוב יותר למובן המקובל בהקשרים אחרים (לא־משפטיים) של שוויון, כלומר, לשוויון השוואתי.

"שוויון פורמלי" – מבין שני המונחים האמורים, משמעותו של המונח "שוויון פורמלי" ברורה יותר. המונח "שוויון פורמלי" מתואר לעיתים בדרך המצביעה על עיקרון של עקביות, במובן האמור של החלת כלל בהתאם לתוכנו.⁹⁵ לפעמים נראה כי זאת הכוונה בפרט כאשר מדברים על הדרשה להענקת "יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים", המובנת כדרישה להתחשב במשתנים המנויים בכלל מסוים. במקרים אחרים המונח "שוויון פורמלי" מתואר כדרישה להענקת "יחס זהה לכל אדם".⁹⁶ חשוב לשים לב כי משמעותה של הדרשה האחרונה אינה ברורה כל עוד אין מבהירים מאילו בחינות היחס צריך להיות שווה, שכן דרישה להענקת יחס שווה מכל בחינה היא כאמור בלתי־מתקבלת על הדעת.⁹⁷ בשל כך מתעורר ספק לגבי משמעות העיקרון האמור. לעיתים קרובות נראה כי הכוונה היא לדרישה של עקביות בלבד. אולם לעיתים ייתכן שהכוונה היא לשוויון השוואתי, כלומר, להשוויית מצבו של אדם אחד למצבו של אדם אחר או להשוויית היחס כלפי אדם אחד ליחס כלפי אדם אחר מבחינה מסוימת. במילים אחרות, לעיתים משמעות המונח "שוויון פורמלי" היא פשוט חלוקה שווה, בלי תלות בהבדלים בין אנשים. זאת, בניגוד לחלוקה לא־שווה אשר מבוססת על הבדלים כאלה ומכונה "שוויון מהותי". נקודה זו ראויה להדגשה לנוכח הנטייה האמורה להתייחס בזלזול לתפיסה של "שוויון פורמלי" כתפיסה חסרת כל חשיבות נורמטיבית, שכן אין ספק שהרעיון של שוויון השוואתי ראוי לתשומת־לב רצינית יותר (אף שגרסאות מסוימות שלו, בפרט כאלה המייחסות לו ערך אינטרני, הן שנויות במחלוקת, כאמור).⁹⁸

"שוויון מהותי" – משמעות המונח "שוויון מהותי", שהוא כאמור המונח שאמור לשקף את העיקרון המשפטי הנוהג בדרך־כלל, ברורה (עוד) פחות. נראה כי כאשר מדברים על "שוויון מהותי", בדרך־כלל הכוונה היא לשיקול מהותי שאינו שיקול חלוקתי המעניק עדיפות לאדם שמצבו רע יותר, ובפרט לא לשוויון השוואתי (כאמור, לעיתים דווקא המונח "שוויון פורמלי" משקף רעיון של שוויון השוואתי). למעשה, נראה כי זו בדיוק המטרה של התוספת

93 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, פס' 5 לפסק־דינו של השופט לוי. לספק זה מתלווה הסבר מעורפל, אשר מזכיר את הטענה הכללית יותר שהרעיון של "שוויון" בכללותו אינו קוהרנטי: "שוויון פורמלי אפשרי רק לגבי צורות גיאומטריות אך לא לגבי בני אדם, שהרי אין אדם הדומה לחלוטין לרעהו". שם. כאמור, טענה זו אינה משכנעת. ראו לעיל פרק א.

94 ראו עניין דרך ארץ, לעיל ה"ש 92, בעמ' 19–20; עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 158–162.

95 ראו לעיל פרק ב, ליד ה"ש 74 ואילך.

96 ראו, למשל, בנדור, לעיל ה"ש 34, בעמ' 295.

97 ראו לעיל פרק ב, ליד ה"ש 21.

98 שם, ליד ה"ש 23.

"מהותי" במקרים אלה: לסייג את הדרישה לשוויון השוואתי. כך, למשל, נראה כי לעיתים נעשה שימוש במונח "שוויון מהותי" לתיאור שיקול בעד בחירת המועמד עם הכישורים הטובים ביותר מסוג מסוים. שימוש כזה במונח "שוויון (מהותי)" הוא מטעה, כי הוא תומך במטרה של חלוקה לא־שווה. בפרט, שימוש כזה מטשטש את ההבחנה בין מצב או פעולה שאינם כרוכים במחיר במונחים של שוויון השוואתי, כלומר אינם מהווים פגיעה בשוויון השוואתי, לבין מצב או פעולה שכרוכים במחיר מבחינת שוויון השוואתי, כלומר מהווים פגיעה בשוויון השוואתי, אם כי באופן שעשוי להיות מוצדק בחשבון הכולל. זאת, משום שאותה כותרת – "שוויון מהותי" – עשויה לשמש לתיאור שני סוגים שונים של מצבים: מצב שבו שיקול אחר גובר על שיקול של שוויון השוואתי (כלומר, מצב הכרוך במחיר מבחינת שוויון השוואתי); ומצב שבו שיקול אחר עולה בקנה אחד עם שיקול של שוויון השוואתי, למשל כי האדם עם הכישורים הטובים יותר הוא גם האדם שמצבו רע יותר מבחינת מדד השוויון ההשוואתי. לבסוף, כפי שכבר הזכרתי, המונח "שוויון מהותי" משמש לעיתים במובן של המסקנה הכוללת הראויה, המבטאת את השקלול הראוי של כל השיקולים – מסקנה שיכולה להתחשב גם בשיקול של שוויון השוואתי אבל גם בכל שיקול אחר שעשוי להתנגש בו.⁹⁹ גם שימוש כזה הוא מטעה, באותן דרכים שבהן המובן הקודם של "שוויון מהותי" (שיקול מהותי לא־השוואתי) הוא מטעה: הוא אינו מכוון לשוויון השוואתי, ובמקרה זה גם לא לשום שיקול ספציפי אחר; והוא מטשטש את ההבחנה בין העדר פגיעה לבין פגיעה מוצדקת בשוויון השוואתי.¹⁰⁰

לבסוף, יש גם מקרים שבהם ההבחנה בין "שוויון מהותי" ל"שוויון פורמלי" משקפת הבחנה במסגרת הרעיון של שוויון השוואתי: המונח "שוויון מהותי" מתייחס לגרסה של שוויון השוואתי הנתפסת כראויה, בעוד המונח "שוויון פורמלי" מתייחס לגרסה של שוויון השוואתי הנתפסת כבלתי־ראויה. דוגמה אחת היא ייחוד המונח "שוויון מהותי" למדד חלוקה הנתפס כמדד נכון, כגון רווחה, וייחוד המונח "שוויון פורמלי" למדד חלוקה הנתפס כשגוי, כגון משאבים. במילים אחרות, לפי הבחנה זו, "שוויון פורמלי" הוא מתן כמות שווה של משאבים לכל אדם, בלי התייחסות למאפיינים האישיים של כל אדם, אשר קובעים את המידה שבה הוא מפיק מהם תועלת, בעוד "שוויון מהותי" מתייחס למדד האחרון, כלומר, להשפעה של המשאבים האמורים על איכות חייו של האדם הרלוונטי. ככל שזאת הכוונה, עדיף, מבחינת בהירות הדברים, להבחין בין שוויון (השוואתי) ברווחה לבין שוויון במשאבים, במקום לדבר על "שוויון מהותי" לעומת "שוויון פורמלי", בהתאמה.

דוגמה דומה היא זיהוי המונח "שוויון מהותי" עם שוויון השוואתי בתוצאה הכוללת, למשל כמות הרווחה הכוללת או כמות המשאבים הכוללת של אדם, וזיהוי המונח "שוויון פורמלי" עם שוויון השוואתי בהיבט ספציפי, כגון כמות הרווחה או המשאבים הניתנת במסגרת פעולה מסוימת (בלי תלות במצבם הכולל של המועמדים). כך ניתן להבין, למשל, את הטענה

99 שם, ליד ה"ש 62.

100 לביקורת ברוח זו על שימוש כזה במונח "שוויון מהותי" ראו עניין דרך ארץ, לעיל ה"ש 92, בעמ' 21–23.

כי מתן אפשרות של שינה מתחת לגשר לעני ולעשיר עונה על הדרישה (חסרת הערך) של "שוויון פורמלי" אבל לא על הדרישה (החשובה) של "שוויון מהותי".¹⁰¹ ברוח זו ניתן להבין גם את הטענה כי מתן כמות שווה של אוכל למבוגר ולילד קטן עונה על דרישה של "שוויון פורמלי" אך לא על דרישה של "שוויון מהותי". נראה כי טענות אלה מניחות כי "שוויון פורמלי" מתמקד בהענקת משאב מסוים – כגון כמות מסוימת של אוכל או הזכות המשפטית לשימוש בפיסת קרקע – מבלי להתחשב בשאר המשאבים של אותו אדם או בצרכים שלו, ואילו "שוויון מהותי" מתחשב גם במשתנים הללו.

"יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים" – לעיתים קרובות מזהים את עקרון ה"שוויון" במשפט עם הדרישה להענקת "יחס שווה לשווים",¹⁰² שאליה מתלווה לפעמים גם הדרישה המשלימה של הענקת "יחס שונה לשונים",¹⁰³ אשר בתורה מלווה לעיתים על-ידי הבהרה – או תוספת – שלפיה היחס השונה לשונים צריך לתאם את מידת השונות.¹⁰⁴ כאמור, לעיתים קרובות מתארים את הדרישה להענקת "יחס שווה לשווים" כדרישה של "שוויון פורמלי".¹⁰⁵ השאלה היא, אפוא, מהי משמעותה של הדרישה הזאת. נראה כי אפשר להבין את הנוסחים האמורים בשתי דרכים מרכזיות. המובן שנראה המתאים ביותר הוא הדרישה לעקביות בהחלת כלל (בהתאם לתוכנו).¹⁰⁶ כאמור, דרישה זו אינה דרישה של שוויון השוואתי, אף שהנוסחה של "יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים" מרמזת על היבט השוואתי: אין צורך בהשוואה כלשהי כדי לקבוע כי כלל מוחל בהתאם לתוכנו (למעט כאשר הכלל עצמו הוא בעל תוכן שוויוני).¹⁰⁷ יתר על כן, הדרישה לעקביות גם אינה משקפת בהכרח רעיון חלוקתי אחר המעניק

101 שם, בעמ' 12.

102 ראו, למשל, עניין אביטן, לעיל ה"ש 44, פס' 3 לפסק-דינו של השופט אור (עיקרון של "שוויון בין שווים"); דנג'ין רקנט, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("מושג השוויון משמעו יחס שווה אל בני-אדם, אשר אין ביניהם שוני שהוא רלוונטי לעניין נושא השוויון"); עניין נסר, לעיל ה"ש 87, פס' 37 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (המדברת על "[ה]זכות לשוויון, המחייבת מתן יחס שווה לשווים").

103 ראו, למשל, עניין יקותיאל 2010, לעיל ה"ש 17, פס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש ("החובה לנהוג בשוויון משמעה מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים"); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פס' 30 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 31.8.2010) ("השאלה אימתי נשמר השוויון ומתי מתרחשת הפליה פסולה בחינוך אינה תמיד פשוטה. היא מחייבת בחינה האם מדובר ביחס שונה אל שווים או ביחס בלתי שווה למצבים שונים המצדיקים הסדר שונה").

104 ראו, למשל, עניין מילר, לעיל ה"ש 11, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת דורנר ("ההגדרה הקלאסית של שוויון נטבעה על-ידי אריסטו. על-פי הגדרה זו, שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם"); עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק-דינו של הנשיא ברק (אחת מתפיסות השוויון "קובעת כי יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים במידה יחסית לשוני ביניהם").

105 ראו, למשל, Gosepath, לעיל ה"ש 55, חלק 2.1.

106 ראו שם; בנדור, לעיל ה"ש 34, בעמ' 295, 302.

107 ראו לעיל פרק ב, ליד ה"ש 74.

עדיפות לאדם שמצבו רע, ומתיישבת גם עם העדפה של אדם שמצבו טוב יותר על אדם שמצבו רע יותר, אם זהו הכלל שעוקבים אחריו.¹⁰⁸ במקרים אחרים הדרישה להענקת "יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים" משקפת את איסור ההתחשבות בעובדות חסרות חשיבות נורמטיבית (כאיסור שקילת "שיקולים זרים"). נראה כי הנחה כזאת משתמעת, למשל, מהאמירות הבאות:

אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר...¹⁰⁹

מושג השוויון משמעו יחס שווה אל בני-אדם, אשר אין ביניהם שוני שהוא רלוונטי לעניין נושא השוויון.¹¹⁰

כאמור, גם איסור ההתחשבות בשיקולים זרים אינו כולל היבט השוואתי: אין צורך בהשוואה כלשהי כדי לקבוע אם עובדה מסוימת היא בעלת חשיבות נורמטיבית או לא.¹¹¹ כפי שכבר ציינתי, הטענה כי עיקרון של שוויון הוא ריק מתוכן מהותי מכוונת לעיתים למוכנים פורמליים אלה. מבחינה זו היא נכונה – ככל שמדובר בעיקרון פורמלי כאמור, הוא מתיישב עם כל מערכת נורמטיבית. עם זאת, טענה זו מטעה, שכן היא מתעלמת ממוכנים אחרים של שוויון.

איסור הפליה – עיקרון מרכזי המקושר למונח "שוויון" בהקשר המשפטי הוא איסור הפליה.¹¹² לעיתים קרובות ההנחה היא ש"שוויון" ואיסור הפליה הם מונחים נרדפים המשקפים צדדים משלימים של אותו רעיון: "שוויון" מוגדר כהעדר הפליה, והפליה מוגדרת כהפרת עיקרון של "שוויון". עמדה זו עולה מהתיאור השכיח של עקרון הפליה תוך שימוש במונח הכללי "שוויון".¹¹³ כך, למשל, נכתב כי "שוויון והפליה... אינם אלא שני צדדיו של

108 להבהרה זו לגבי הכלל של "יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים" ראו, למשל, Williams, לעיל ה"ש 61, בעמ' 231.

109 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג (3) 289, פס' 16 לפסק-דינו של השופט זמיר (1999).

110 דנג"ץ רקנט, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

111 ראו לעיל פרק ב, ליד ה"ש 73.

112 ראו, באופן כללי, ("In John Finnis, *Equality and Differences*, 56 AM. J. JURIS. 17, 27 (2011) "recent decades the long-settled conceptual framework of reflection and debate about equality has been in large measure translated into, and in some measure supplemented by, the conceptual framework whose key element is *discrimination*"); CANADIAN CHARTER OF RIGHTS & FREEDOM (Constitution Act 1982, Part I), sec. 15 ("Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability") (להלן: מגילת הזכויות והחירויות הקנדית).

113 ראו, למשל, Elisa Holmes, *Anti-Discrimination Rights Without Equality*, 68 MOD. L. REV. 175, 184–185 (2005); *International Convention on Civil & Political Rights* (1966), § 26

אותו מטבע",¹¹⁴ כי "עקרון השוויון... [הוא] אחיו התאום [של] איסור הפליה",¹¹⁵ כי "היפוכו של השוויון הינו הפליה",¹¹⁶ וכי "החובה שלא להפלות... אינה אלא תמונת הראי של זכות האדם לשוויון".¹¹⁷

עם זאת, לעיתים איסור הפליה מתואר במונחים ספציפיים יותר, כגון "שוויון חוקתי"¹¹⁸ ו"זכות היסוד לשוויון",¹¹⁹ אשר מצביעים על הנחה כי איסור זה הוא רק היבט אחד של הרעיון הכללי יותר של "שוויון", וכי הוא אינו ממצה אותו. לעיתים קרובות נכתב גם כי הפרה של עקרון ה"שוויון" היא חמורה במיוחד במקרים המובהקים של הפליה המתמקדים בתכונות כגון דת, גזע ומין. כך, למשל, נכתב כי –

כל הפליה פסולה היא, אך בגדרן של ההפלות עצמן ישנן דרגות שונות. חריפותה של הפליה נגזרת מחומרת הפגיעה בעקרון השוויון. כך, למשל, הננו רואים בחומרה יתרה הפליה על בסיס גזע, דת, לאום, לשון, עדה, גיל.¹²⁰

זמיר וסובל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 173–174, 185, 191–192; עניין ק.א.ל., לעיל ה"ש 10, פס' 22 לפסק-דינו של השופט חשין ("עניינינו בעקרון השוויון ובאיסור הפליה"); עניין יקותיאל 2010, לעיל ה"ש 17, פס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש "צידו האחר של עקרון השוויון הוא האיסור לנהוג בהפליה"; עניין טבקה, לעיל ה"ש 103, פס' 30 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה ("השאלה אימתי נשמר השוויון ומתי מתרחשת הפליה פסולה בחינוך אינה תמיד פשוטה... שהרי לא כל הבחנה בין אדם לאדם, או בין הסדר להסדר נחשבת הפליה פסולה"); עניין גורן, לעיל ה"ש 69, פס' 13 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימי) ביניש ("חוק שכר שווה וחוק שוויון הזדמנויות נועדו שניהם להגשים ולקדם את עקרון השוויון בשוק העבודה על ידי הטלת איסור על המעביד להפלות בין עובדים"); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 27 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 11.1.2012) ("ניסיונו ההיסטורי רב השנים של העם היהודי, ואחד מן היסודות בשמם עתרה מדינת ישראל להכרתן של אומות העולם, ביקשו לצקת אל דמותה המתהווה של המדינה מרכיב גרעיני זה של שוויון – היעדרה של הפליה מחמת השתייכות קבוצתית").

- 114 דג"ץ רקנט, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
 115 עניין עדאלה 1998, לעיל ה"ש 56, פס' 17 לפסק-דינו של השופט חשין.
 116 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
 117 עניין אלחנתי, לעיל ה"ש 87, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת חיות.
 118 ראו, למשל, בנדור, לעיל ה"ש 34, בעמ' 306; טמיר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 193.
 119 ראו בנדור, לעיל ה"ש 34, בעמ' 298.
 120 עניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 17, פס' 17 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק. לאמירות נוספות ברוח זו ראו, למשל, עניין אלחנתי, לעיל ה"ש 87, פס' 36 לפסק-דינה של השופטת חיות ("ההסדר המפלה במקרה שבפנינו פוגע בערך השוויון שהוא אחד מערכי היסוד החשובים והמרכזיים בשיטתנו המשפטית. פגיעתו רעה וקשה במיוחד בשל כך שהאפליה בה עסקינן היא אפליה מגדרית"); עניין גלאון, לעיל ה"ש 113, פס' 32 לפסק-דינו של השופט לוי ("בכך מתבררת פגיעתו האנושה בגרעינה של הזכות לשוויון – מניעתה של הפליה על רקע של השתייכות קבוצתית"); עניין נסר, לעיל ה"ש 87, פס' 53 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימי) ביניש ("הפליה זו... נמנית עם הפליות המובהקות שישנן. בתוצאתה היא לוקה באחת מן ההבחנות החשודות ביותר – הבחנה על בסיס לאום"); עניין אבו רביע, לעיל ה"ש 87, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן ("גרעינה הקשה של זכות זו [הזכות לשוויון] הוא באיסור הפליה מחמת גזע, מין, דת וצבע").

ברוח דומה הוצע לאמץ את העמדה הנוהגת במשפט החוקתי בארצות-הברית,¹²¹ אשר מחילה ביקורת שיפוטית קפדנית יותר ביחס להחלטות המבוססות על הפליה על בסיס אמות-מידה מסוימות ("חשודות").¹²²

הצהרות אלה, שלפיהן הצורות החמורות ביותר של הפליה הן הפגיעות החמורות ביותר בעקרון ה"שוויון", מרמזות על אחת משתי הנחות אפשריות. האפשרות האחת היא שעקרון ה"שוויון" כולל איסור הפליה – המהווה את המקרה החמור ביותר של אי-שוויון – אבל כולל גם דרישות נוספות מעבר לאיסור הפליה, כגון עקביות או איסור התחשבות בשיקולים זרים. האפשרות השנייה היא שעקרון ה"שוויון" מזוהה עם איסור ההפליה, ובמסגרת איסור זה (ולכן גם במסגרת עקרון ה"שוויון") יש דרגות שונות של חשיבות.

משמעותו של איסור ההפליה היא מורכבת. נקודת המוצא היא שאסור לחלק הטבה (או נטל) באופן שקשור לתכונות מסוימות של אנשים (להלן אתיחס לתכונות אלה כאל "עילות ההפליה הפרדיגמטיות"). התכונות המובהקות ביותר הן דת, גזע ומין. הרשימה כוללת לרוב גם תכונות אחרות, כגון עמדה פוליטית, נטייה מינית וגיל, ונראה כי המגמה השכיחה היא להרחיבה עוד יותר.¹²³ אולם הרשימה אינה כוללת בדרך-כלל כל תכונה.¹²⁴ בפרט היא אינה כוללת לרוב כישורים למילוי תפקיד (כאשר ההטבה העומדת לחלוקה היא תפקיד).

מעבר לכך, קיימת אי-בהירות לגבי המשמעות של איסור ההפליה. הנה כמה דוגמאות לשאלות מרכזיות לגבי איסור הפליה שאין להן תשובה ברורה בתפיסה המקובלת של רעיון זה ובדין הנוהג. שאלה אחת היא אם הרשימה של עילות ההפליה השכיחות, המתייחסות כאמור לתכונות מסוימות, היא סגורה, כלומר, אם איסור ההפליה כולל גם בחירה המבוססת על נתונים אחרים, אשר אינם נכללים ברשימה, כגון צבע עיניים,¹²⁵ גובה או מצב כלכלי. אף שקיימת

121 ראו, למשל, ("When a legislative enactment has been challenged on equal protection grounds, one standard of review is rational basis review, which requires that the law be rationally related to a legitimate government interest... A law will survive this level of scrutiny unless the plaintiff proves that the law's class-based distinctions are wholly irrational... A heightened level of review – strict scrutiny – applies when legislation discriminates on the basis of a person's membership in a suspect class or when it burdens a group's exercise of a fundamental right... To satisfy strict scrutiny, the government must show the law is narrowly tailored to achieve a compelling governmental interest") Ramos v. Town of Vernon, 331 F.3d 315, 321 (2d. Cir. 2003)

122 עניין גלאון, לעיל ה"ש 113, פס' 4 לפסק-דינו של השופט הנדל.

123 להצבעה על מגמה זו ראו, למשל, זמיר וסובל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 192–194, 221–223, 226–228; בג"ץ רקנט, לעיל ה"ש 87, פס' 1 לפסק-דינו של השופט זמיר ("הרשימה של איסורי הפליה אינה סגורה. היא הולכת ומתרחבת, בישראל כמו במדינות אחרות, עם התפתחות המודעות הציבורית בדבר הצורך להגן על קבוצות פגיעות בקרב האוכלוסייה").

124 ראו, למשל, עניין אדרי, לעיל ה"ש 43, פס' 19 לפסק-דינו של השופט סובל ("הציבור הכללי והציבור הדתי-לאומי במדינה אינם בגדר קבוצות אוכלוסייה המשתייכות לימעגל הפנימי ולא גרעין החוקתי של עקרון השוויון").

125 ראו, למשל, עניין מילר, לעיל ה"ש 11, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן ("אם ייקבע – לדוגמה – שלתפקיד מסוים אין מקבלים שחומי עור או כחולי עיניים כאשר לצבע העור או צבע העיניים אין קשר לתפקיד, יהיה ברור בעליל שמדובר בשונות בלתי רלוואנטית היוצרת

כאמור מגמה של הרחבת הרשימה האמורה, לא ברור מהי אמת-המידה לגבי הוספה (ובהתאם לכך גם לגבי אי-הוספה) של עילות לרשימה. שאלה אחרת היא אם (או מתי) "הפליה רציונלית" היא חוקית. ב"הפליה רציונלית" כוונתי לפעולה המבוססת על שיקול מוסרי תקף. דוגמאות שכיחות הן העדפת המועמד בעל הכישורים הטובים ביותר למילוי תפקיד מסוים, כולל המועמד שהעסקתו תמקסם את הרווח לנוכח העדפותיהם של הלקוחות, גם כאשר העדפות אלה אינן רציונליות (ואף פסולות), או העדפת המועמד שעלות העסקתו היא הנמוכה ביותר. זאת, להבדיל מפעולה המבוססת על דעה קדומה שאינה מוצדקת (ברמה האפיסטמית). היבטים שונים של דיני ההפליה הנוהגים משקפים רעיונות מנוגדים מבחינה זו. מצד אחד, לעיתים קרובות מזהים "איסור הפליה" (ולכן גם "שוויון") עם איסור ההתחשבות בעובדה חסרת חשיבות נורמטיבית.¹²⁶ נראה כי זיהוי כזה שכיח בפרט כאשר מקשרים בין הפליה לבין התחשבות בשיקול פסול או ב"שיקול זר", "שרירות" והתחשבות בשוני שאינו "רלוונטי" לפעולה העומדת על הפרק. זיהוי כזה עולה, למשל, מהאמירות הבאות:

כדי לבסס טענת הפליה בלתי מוצדקת... אין די להצביע על יחס שונה, אלא גם יש צורך להראות, שהיחס השונה ניתן למי ששוים במאפייניהם הרלוואנטיים, ומתוך שיקולים פסולים.¹²⁷

ביסוד ההפליה [מונח] אפוא גורם השרירות...¹²⁸

הכלל הוא כי שונות רלוואנטית עשויה להצדיק הבחנה. הלוא בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה כשרה.¹²⁹

הבדל פסול מבחינה עקרונית, כמו הבדל לפי מין או דת, יכול בנסיבות מסוימות להיעשות הבדל כשר. כך גם לגבי הבדל מחמת גיל. משמע, הבדל מחמת גיל, שלפי סעיף 2(א) לחוק השוויון הוא שיקול זר בנוגע לתנאי העבודה, יכול להיעשות שיקול ענייני אם, לפי סעיף 2(ג) לחוק, הבדל זה מתחייב מן האופי או מן המהות של התפקיד או המשרה.¹³⁰

הפליה פסולה. כך לגבי כל הבחנה שרירותית על רקע שונות בשל גזע, דת, מין וכיוצא בזה, כשהבחנה זו היא שרירותית ובלתי עניינית".

126 למובן זה של "שוויון" ראו לעיל את הדיון ב"חשיבות נורמטיבית" לעיל בפרק ב, החל בטקסט שלפני ה"ש 64 ואילך.

127 עניין אביטן, לעיל ה"ש 44, פס' 3 לפסק-דינו של השופט אור.

128 עניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 17, פס' 14 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק.

129 עניין מילר, לעיל ה"ש 11, פס' 13 לפסק-דינו של השופט מצא.

130 בג"ץ רקנט, לעיל ה"ש 87, פס' 10 לפסק-דינו של השופט זמיר.

ערך השוויון ביישומו הלכה למעשה קשור במידת הרלבנטיות של ההבחנה בין שונים, ובמידת אי-הרלבנטיות שבהבחנה בין שווים...¹³¹

קישור זה בין איסור ההפליה לאיסור ההתחשבות בעובדות חסרות חשיבות מוסרית עולה בכירור גם מכך שאיסור ההפליה כפוף לעיתים קרובות לחריג שמוציא מגדרו התחשבות בעובדה הנכללת ברשימת עילות ההפליה אבל שיש לה חשיבות נורמטיבית לגבי הפעולה העומדת על הפרק. דוגמאות לכללים שנראה כי משקפים חריג כזה הם הכללים המתירים הבחנה אשר "מתחייבת לנוכח ההקשר", הבחנה "עניינית" או "רלוונטית", וכן הבחנה המבוססת על כישורי המועמדים למלא את התפקיד העומד על הפרק, כגון הכלל הבא:

אין רואים כפגיעה בשוויון או כהפליה אסורה... (1) אבחנה בין אישה לבין איש, במידה שהיא מתחייבת מהשונות העניינית שביניהם, או מאופיו או ממהותו של העניין...¹³²

מצד אחר, כללים מרכזיים ושכיחים אחרים המרכיבים את דיני ההפליה המקובלים אוסרים מקרים מסוימים של "הפליה רציונלית".¹³³ דוגמה לכך היא הדרישה ממעבידים לשאת לעיתים בעלות המיוחדת הכרוכה בהעסקת אנשים עם מוגבלות (דרישת ה"התאמה"), אף אם עלות ההעסקה של אנשים ללא מוגבלות היא נמוכה יותר, בשל העדר הצורך בהתאמות.¹³⁴ דוגמה נוספת היא איסור ההתחשבות בנתונים סטטיסטיים (אף כאשר הם מהימנים) כדי להבחין בין אנשים – למשל, בכל הנוגע בכישוריהם או בסכנה שהם יוצרים (לדוגמה, במקרה של בדיקה בטחונת המבחינה בין אנשים על בסיס לאום או דת). איסור הפליה "רציונלית", בין היתר מסוגים אלה, עולה, למשל, מההצהרות הבאות:

ייתכן כי הופעה צעירה של דייל אוויר... יש בה יתרון עסקי... עם זאת, אין די בכך כדי לגבור על החוק האוסר הפליה מחמת גיל... משום שהמאבק נגד ההפליה לסוגיה גובה בהכרח מחיר מן הפרט ומן הכלל. הוא עשוי לגבות מחיר גם מן המעביד כאשר הוא נדרש, גם בניגוד לשיקולים עסקיים, להעסיק אישה ולא איש, שחור ולא לבן, מבוגר ולא צעיר.¹³⁵

131 עניין טבקה, לעיל ה"ש 103, פס' 30 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. יש דוגמאות רבות נוספות לרעיון זה. ראו, למשל, בג"ץ 1268/09 זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 27.8.2012) ("הפליה זו של עובדים או דורשי עבודה מחמת גיל מבטאת לרוב 'סטריאוטיפים' באשר למגבלות הגוף והרוח של האדם המבוגר. זאת, בלא שלדברים יהיה לרוב בסיס רציונאלי או ענייני...").

132 ס' 1ב לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. ראו גם ס' 19(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; ס' 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

133 ראו, באופן כללי, בנדור, לעיל ה"ש 34, בעמ' 299. לדוגמאות ספציפיות של איסור הפליה רציונלית ראו, למשל, עניין מילר, לעיל ה"ש 11; דנג"ץ רקנט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 343-355.

134 ראו, למשל, ס' 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.
135 בג"ץ רקנט, לעיל ה"ש 87, פס' 15 לפסק-דינו של השופט זמיר.

השימוש בנתונים סטטיסטיים המתבססים על השיוך המגדרי, הגזעי או האתני של הניזוק נותן תוקף לחלוקת המשאבים הקיימת בחברה. הוא משקלל את העבר אך אינו משקף את המציאות הצופה פני עתיד. הוא אינו ראוי נורמטיבית.¹³⁶

לגישתה [של המשיבה], גברים נוטים להיות אלימים יותר מנשים בנות גיל[ם]... אף לו הייתה מביאה המשיבה תימוכין כלשהם לדבריה... לא היה בהם כדי להצדיק את ההפליה.¹³⁷

לעיתים, התשובה לשאלה אם "הפליה רציונלית" היא חוקית היא שהדבר תלוי בעלות: "הפליה רציונלית" היא אסורה רק אם העלות היא "סבירה" (ומותרת כאשר העלות גבוהה יותר).¹³⁸ כך, למשל, נכתב כי –

שונות הגורמת לקשיים ענייניים ואמיתיים ביישום ערך השוויון, כגון קשיים פיזיים, כלכליים, לוגיסטיים וכיוצא באלה, היא שונות רלוואנטית. אף-על-פי-כן, באותם מקרים שבהם היא ניתנת לניטרול במחיר סביר, ראוי לתקנה ולנטרלה על-מנת להשיג שוויון.¹³⁹

אולם קביעות אלה אינן כוללות אמת-מידה מנחה לגבי גובה העלות ה"סבירה". כמו-כן, כמובן, הן אינן עונות על השאלה הבסיסית ביותר: מהו הפסול בהפליה רציונלית (במקרה זה התשובה הקודמת, המקשרת בין הפליה לאי-רציונליות או לדעה קדומה, אינה חלה). לעיתים מובעת בהקשר זה עמדה הפוסחת על שתי הסעיפים. עמדה כזאת מדגישה את החומרה הכרוכה בהתחשבות בעובדות חסרות חשיבות מוסרית ("שיקולים פסולים"), אבל מחילה את איסור ה"הפליה" גם במקרים שבהם השיקולים אינם פסולים (כלומר, כאשר יש להם חשיבות מוסרית), וזאת מבלי להבהיר מהו העיקרון המנחה לגבי אופיים של המקרים הללו. דוגמה לכך היא האמירה הבאה:

יש לבחון כאמור את היחס בין התועלת הצומחת מהשגת תכלית החוק לבין היקף הפגיעה בזכות השוויון... הנכונות של בית-המשפט לבטל החלטה בשל פגיעה בשוויון קטנה יותר כאשר... פגיעה כזאת אינה נובעת משיקולים פסולים של מין, לאום, מפלגה וכיוצא באלה, אלא משיקולים של טובת הציבור.¹⁴⁰

136 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, פס' 37 לפסק-דינו של השופט ריבלין (2005).

137 רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, 40–41 (פסק-דינו של השופט ג'ובראן) (פורסם בנבו, 16.11.2011).

138 ראו ס' 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

139 עניין מילר, לעיל ה"ש 11, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

140 עניין לוי, לעיל ה"ש 87, פס' 57 לפסק-דינה של השופטת נאור.

אמירה זו משקפת את העמדה הגורסת שקיימת פגיעה ב"שוויון" גם כאשר מדובר לא ב"שיקולים פסולים", אלא בשיקולים תקפים (הנוגעים ב"טובת הציבור"), אבל שפגיעה זו היא קלה יותר במקרים אלה. אולם, שוב, אין כאן תשובה לשאלה מהו הפסול בהתחשבות בשיקולים תקפים (כאשר הדבר פסול).

בדומה למשמעות של איסור ההפליה, גם הקשר של איסור זה למוכנים אחרים של המונח "שוויון" אינו ברור. הייחוד המרכזי של איסור ההפליה הוא ההתייחסות לעילות (תכונות) ההפליה הפרדיגמטיות. עצם בחינתה של השאלה אם החלטה התקבלה על בסיס תכונות אלה אינה משקפת רעיון של מתן קדימות לאדם שמצבו רע יותר או שוויון השוואתי, שכן התשובה לשאלה זו אינה מחייבת בחינת מצבו של אדם או השוואה; נדרשת רק בחינה של השיקול שעמד בבסיס ההחלטה ביחס לאדם העומד על הפרק.

עם זאת, אף שאין קשר הכרחי בין רעיונות אלה, עשוי להיות קשר ביניהם לעיתים קרובות. בפרט נראה כי לעיתים קרובות אנשים עם התכונות המהוות את עילות ההפליה הפרדיגמטיות מצויים במצב רע יחסית.

השוואה בין היחס לאנשים שונים עשויה גם להיות בעלת חשיבות אפיסטמית במסגרת הניסיון לאשר או להפריך את החשד שהחלטה מסוימת התקבלה באופן שקשור לתכונה המנויה ברשימת עילות ההפליה השכיחות. למשל, אם לא ברור אם החלטה לא להעניק הטבה מסוימת לאדם מסוים התקבלה על בסיס דתו, אפשר לבחון אם הטבה כזאת הוענקה לאנשים במצב דומה למצב הקשר שלהם לדת אחרת. תשובה חיובית מהווה ראיה לכך שההחלטה לגבי אדם זה התקבלה על בסיס דתו, אף שהשוואה אינה בעלת חשיבות עצמאית במסגרת היבט זה של איסור ההפליה. שימוש כזה בהשוואה קיים, למשל, כאשר נקבעה חזקה שלפיה פעולה מסוימת נעשתה עקב אחת מעילות ההפליה אם הטבה מסוימת לא ניתנה לאדם עם תכונה המהווה עילת הפליה וניתנה לאדם בלי תכונה כזאת.¹⁴¹

הקשר בין הרעיונות החלוקתיים האמורים לבין איסור הפליה מקבל לעיתים ביטוי גם במסגרת המשפט. ראשית, נראה כי התפיסה הסטנדרטית אוסרת הפליה בדמות מתן הטבה לאדם על בסיס אחת התכונות האמורות (דת, גזע, מין וכדומה) רק אם מצבו הממוצע או הטיפוסי של אדם עם תכונה זו טוב ממצבו של אדם בלי התכונה (או מנקודת-המבט המשלימה, תפיסה זו אוסרת הטלת נטל על אדם עם תכונה כזאת רק אם מצבו הטיפוסי או הממוצע של אדם כזה רע יותר מהבחינה הרלוונטית). זאת, אף שתנאי זה אינו מקבל תמיד ביטוי מפורש בכללים המשפטיים, וגם כאשר יש התייחסות אליו, היא אינה מוגדרת באופן מדויק מעבר להבחנה בין "קבוצה חזקה" ל"קבוצה חלשה". באופן דומה, במשפט הישראלי הובעו דעות שונות לגבי השאלה אם יש להגביל את עקרון ה"שוויון" החוקתי – המקושר כאמור לעיתים קרובות לאיסור הפליה – להגנה על אנשים המשתייכים לקבוצת מיעוט רלוונטית¹⁴² או שמא יש להחילו על כל אדם.¹⁴³

141 ראו ס' 6 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים.

142 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("אין צידוק להפעיל ביקורת שיפוטית על החוק, שכן מדובר בחוק המעניק זכות יתר למיעוט כאשר טענת

שנית, קיים לרוב היתר משפטי ל"העדפה מתקנת" (ואף לחובה של "ייצוג הולם"), כלומר, להענקת הטבה לאדם עם אחת התכונות האמורות כאשר המצב הממוצע או הטיפוסי של אדם עם תכונה זו רע ממצבו של אדם בלי אותה תכונה מבחינה בולטת כלשהי.¹⁴⁴ שלישית, גרסה שכיחה נוספת של איסור ההפליה, המכונה לעיתים "איסור הפליה עקיפה" או "איסור הפליה תוצאתית", אוסרת גם פעולה שאינה משקפת התחשבות ישירה באחת מהתכונות המהוות את עילות ההפליה הקלסיות אם כתוצאה ממנה מצבו של אדם ממוצע או טיפוסי עם תכונה כאמור הוא טוב פחות מבחינה רלוונטית מזה של אדם בלי התכונה האמורה.¹⁴⁵

ההתייחסות למצב הממוצע או הטיפוסי במסגרת איסור ההפליה משקפת דמיון לרעיון החלוקתי המעניק עדיפות לאדם שמצבו רע, ובפרט לשיקול של שוויון השוואתי. הדמיון בא לידי ביטוי בהתייחסות לשאלה אם מצבו של אדם הוא טוב או רע, ובפרט למצבו היחסי של אדם לעומת אחר, תוך מתן עדיפות לאדם בשל מצבו הרע. אולם קיימים גם כמה הבדלים. ראשית, נראה כי המדרד שעל-פיו נבחן המצב הטיפוסי של אנשים הוא צר יותר מהמדרד המקובל במסגרת תפיסה של שוויון השוואתי. במסגרת איסור ההפליה נבחן לרוב היבט ספציפי, כגון מינוי לתפקיד מסוג מסוים, בעוד במסגרת שיקול חלוקתי המדרד הוא כללי יותר, כגון רווחה כוללת או כמות משאבים כוללת. אולם ייתכן שההתמקדות בהיבט צר יותר במסגרת הכלל המשפטי השכיח היא סבירה, גם אם התפיסה הרחבה יותר נכונה באופן עקרוני, וזאת בשל טעמים מעשיים (אפיסטמיים או אינסטרומנטליים).

שנית, איסור ההפליה אינו שולל בדרך-כלל העדפה של אדם על בסיס כישורים למילוי תפקיד, בלי תלות בשאלה אם כישורים אלה הם עניין של מאמץ או מזל. לעומת זאת, שיקולים סבירים ושכיחים של צדק חלוקתי מתנגדים להעדפה כזאת. עם זאת, שיקול כזה אינו מכריע בהכרח – הוא עשוי להידחות, בפרט, על-ידי שיקול של מקסום תועלת, התומך בהעדפה על בסיס כישורים לנוכח תרומתה של העדפה כזאת לתועלת המופקת מהתפקיד (למשל, במונחי רווחה של אנשים). כאמור, אף איסור ההפליה שולל לעיתים הפליה רציונלית, המתחשבת בכישורים (ועקב כך במקסום תועלת) בלבד.

הרוב היא לפגיעה בשוויון. במילים אחרות, כאשר הרוב פועל בדרכים דמוקרטיות ומקבל חוק הנותן עדיפות למיעוט, אין מקום שבית המשפט יהפוך לפטרוננו של הרוב. קביעה שמעשה הרוב פסול הוא בהיותו מפלה, מהווה מעשה של פטרונות שאין לו צידוק בנסיבות דוגמת אלה בהן אנו עוסקים".

143 שם, פס' 80 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("המבנה החוקתי שלנו מעניק הגנה לכל אדם באשר הוא אדם... הוא מגן על זכותו של כל יחיד, בין אם הוא חלק מקבוצת מיעוט ובין אם הוא חלק מקבוצת רוב"), פס' 4 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה ("אין נפקא מינה אם הפגיעה בשוויון, המחייבת תיקון, מופנית כלפי קבוצת מיעוט, הנבדלת בצורה ברורה מן הרוב, או שהיא מופנית כלפי קבוצת מיעוט הנימנית עם הרוב").

144 ראו, למשל, בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, פס' 16 לפסק-דינו של השופט מצא (1994); עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 15, פס' 45 לפסק-דינו של השופט חשין.

145 ראו, למשל, עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 17, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק; עניין אלחנתי, לעיל ה"ש 87, פס' 27 לפסק-דינה של השופטת חיות.

שלישית, ההיבט האמור של איסור ההפליה מתייחס למצבו של אדם ממוצע או טיפוסי, ולא למצבו האישי של כל אדם. אולם מבחינת צדק חלוקתי נראה כי סביר יותר לייחס ערך אינטריוני למצב האישי, ולא למצב הממוצע או הטיפוסי של קבוצת כל הגברים, מצד אחד, ושל קבוצת כל הנשים, מצד אחר, הוא זהה מבחינה חשובה כלשהי, כגון איכות חיים, אבל יש הבדלים עצומים בין גבר אחד לאחר או בין אישה אחת לאחרת מבחינה זו. סיטואציה זו נראית בלתי-צודקת, אף שבממוצע מצב הגברים זהה למצב הנשים. יתר על כן, נראה כי העובדה שהמצב הממוצע או הטיפוסי הוא שווה היא חסרת כל חשיבות עצמאית. עם זאת, במקרים מסוימים המצב הממוצע או הטיפוסי עשוי להיות בעל חשיבות אפיסטמית (כאינדיקציה למצב האישי) או אינסטרומנטלית (למשל, כי הענקת הטבה לאדם טיפוסי כאמור עשויה לתרום בעקיפין לאנשים אחרים עם תכונה דומה, בפרט לכאלה שמצבם האישי רע יותר מבחינה רלוונטית). ייתכן שההיבט האמור של איסור ההפליה משקף חשיבות אפיסטמית או אינסטרומנטלית כזאת. נקודה נוספת שראויה לציון בהקשר זה היא הקישור המקובל בין הפליה – ובפרט עילות ההפליה הפרדיגמטיות, כגון גזע, דת או מין – לבין המימד הקבוצתי. במישור המושגי נאמר לעיתים קרובות כי עילות אלה משקפות שיוך קבוצתי במובן (מעורפל) כלשהו, ובמישור הנורמטיבי נטען כי בשל כך יחס לאדם על בסיס עילות אלה נקבע לפי היחס לקבוצה כלשהי, ולא לאדם כפרט, ודבר זה הוא בלתי-ראוי.¹⁴⁶ עמדות אלה באות לידי ביטוי, למשל, באמירות הבאות:

סוגים מסוימים של הפליה לרעה [הם] על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע.¹⁴⁷

הפלייתה של אישה – באשר אישה היא – הינה הפליה גְּנֵרִית... ולא הפליה פרטיקולרית... הפליה גנרית... פוצעת אנושות בכבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו... על צבע עורו... [אן] על שלמות גופו... האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח לבריות וישר-דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי או אחר.¹⁴⁸

בכך מתבררת פגיעתו האנושה בגרעינה של הזכות לשוויון – מניעתה של הפליה על רקע של השתייכות קבוצתית.¹⁴⁹

146 נוסף על הדוגמאות הבאות ראו גם Howell, לעיל ה"ש 59, בעמ' 198 ("Equality under the law) implies that government should treat people as individuals rather than members of social groups"; Finnis, לעיל ה"ש 112, בעמ' 33–34; זמיר וסובל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 224; עניין אלחנתי, לעיל ה"ש 87, פס' 24 לפסק-דינה של השופטת חיות. 147 עניין מילר, לעיל ה"ש 11, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת דורנר. 148 עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 15, פס' 38 לפסק-דינו של השופט חשין. 149 עניין גלאון, לעיל ה"ש 113, פס' 32 לפסק-דינו של השופט לוי.

טענות אלה אינן ברורות. מאפיינים כגון גזע, דת או מין הם מאפיינים אישיים: אלה מאפיינים של אנשים, כפרטים, ולא של קבוצות. לקבוצה אין גוף או מוח אשר על בסיסם נקבעים מין, גזע או דת. העובדה שמאפיין מסוים יכול להיות משותף לאנשים שונים (מעטים או רבים) אינה משנה כמובן את הקביעה הזו. לכן גם המסקנה הנורמטיבית המבוססת על ההנחה הזאת, שלפיה "הפליה", ובפרט התחשבות בעילות ההפליה הפרדיגמטיות, היא בעייתית בשל כך שהיחס לאדם נקבע על-פי שיוכו הקבוצתי, ולא על-פי מאפייניו האישיים, אינה ברורה. כאשר אדם נשפט, למשל, על בסיס צבע עורו, הוא נשפט על בסיס מאפיין אישי (הוא באמת בעל צבע עור שחור או לבן). ייתכן כמובן שהתחשבות כזאת היא אכן פסולה (לפחות במקרים מסוימים), אבל לא ברור באיזה מובן הפסול קשור להיבט קיבוצי כלשהו ומהו היבט זה.

איסור ההפליה הוא מורכב, אפוא, ולא לגמרי ברור. ייתכן שההסבר הטוב ביותר לאיסור זה – הסבר אשר מספק הצדקה לחלק משמעותי שלו, אם כי עשוי לחייב שינויים מסוימים – מבוסס על שילוב של כמה רעיונות שונים, ובפרט על שילוב של כמה מובנים שונים של המונח "שוויון". השערה זו נתמכת על-ידי ההסכמה הרחבה מאוד שאיסור ההפליה הוא ראוי בבסיסו, גם אם יש מחלוקת לגבי היבטים מסוימים שלו. הסכמה רחבה זו מרמזת כי יש כמה טעמים המצדיקים לפחות את גרעינו של עיקרון זה, כך שאנשים עם עמדות שונות יכולים להסכים לגביו. לדוגמה, מה שנראה לי כבסיס הנורמטיבי המבטיח ביותר של איסור ההפליה – אשר גם מסביר חלק משמעותי של המשפט הנוהג – כולל כמה חלקים, שכל אחד מהם מהווה תנאי מספיק להפליה פסולה: איסור ההתחשבות בנתונים חסרי חשיבות מוסרית, אשר מסביר את הפסול במצבים הרבים של הפליה לא-רציונלית; הדרישה להתחשב בכישורים בלבד, כאמצעי למקוסם תועלת; ושיקולים של צדק חלוקתי, אשר תומכים בהעדפת אנשים שמצבם רע, ואשר כוללים, בין היתר, גם תפיסה של שוויון השוואתי – שיקולים שיכולים להסביר מדוע הפליה רציונלית היא פסולה לעיתים, אם כי לא תמיד.¹⁵⁰

"נפרד אבל שווה" – שאלה קשורה היא אם פעולה על-פי עיקרון של "נפרד אבל שווה" ("הפרדה שווה") היא פסולה מבחינה מוסרית ובלתי-חוקית. התשובה המקובלת לשאלה זו היא חיובית. יתר על כן, העמדה המקובלת היא שמקרים של הפרדה שווה הם פסולים ובלתי-חוקיים בהכרח, ולכן תמיד. כך משתמע מהגרסה הידועה ביותר של קביעה זו, על רקע ההפרדה בין שחורים ללבנים בבת-י-ספר בארצות-הברית,¹⁵¹ וגם מהגרסה המקבילה בישראל, שלפיה –

מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הינה מעצם טבעה בלתי שווה ("inherently unequal").¹⁵²

הצהרה זו מרמזת על כמה טענות קשורות: שהרעיון של "הפרדה שווה" אינו קוהרנטי, כלומר לוקה בסתירה פנימית, שכן אין אפשרות של הפרדה שווה (באמת), כי עצם ההפרדה יוצרת אי-שוויון; שהפרדה שווה היא פסולה מבחינה מוסרית תמיד; ושהפרדה שווה היא בלתי-חוקית

150 לפירוט ראו Segev, *Making Sense of Discrimination*, לעיל ה"ש 4.
151 ראו Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483, 495 (1954).
152 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נדר (1) 279, 258 (2000).

תמיד. כל הטענות האלה מחייבות השלמה שתקבע את המובן הרלוונטי של "שוויון" ואת המדד להשוואה. אולם לפחות בכל הנוגע במובן של שוויון השוואתי (ונראה שגם לגבי מובנים אחרים של "שוויון"), ובהינתן כל מדד השוואה סביר ושכיח, כל הטענות הללו שגויות או לא-מדויקות.

ראשית, הנימוק שהפרדה שווה אינה אפשרית אינו נכון לגבי מדדים מרכזיים של שוויון השוואתי: לעיתים קרובות קיימת אפשרות של הפרדה שווה, שבה כל אחד מהצדדים נמצא במצב שווה או מקבל יחס שווה – למשל, מבחינת איכותו של השירות המסופק (חינוך או תחבורה) או אף מבחינת איכות החיים הכוללת. אמנם, אין ספק שבמקרים מסוימים ההפרדה עצמה עלולה ליצור או להעצים אי-שוויון בכל הנוגע במדרג חשוב, ולו בגלל השפעתה על תחושות של אנשים. סוגים מסוימים של הפרדה, כגון הפרדה על בסיס עילות ההפליה הקלסיות, ייצרו או יעצימו אי-שוויון כמעט תמיד. לעיתים גם יהיה בלתי-אפשרי או יקר מאוד לפצות על אי-שוויון כאמור – למשל, לשפר את איכות החינוך בבתי-הספר שבהם היא נפגעה כתוצאה מהפרדה. במצבים כאלה, שבהם הפרדה צפויה להוליך לאי-שוויון כמעט תמיד, אפשר להבין את הפיתוי באמירה שהפרדה היא בהכרח לא-שווה. אולם אף-על-פי-כן אמירה זו אינה מדויקת. לפחות בחלק מהמצבים הפרדה שווה היא אפשרית, כאמור, לפי מדדים שכיחים בהקשר של האיסור המדובר, כגון איכות החינוך. כך, נראה סביר שיהיה אפשר לשמור על שוויון, למשל, במקרים של הפרדה לכיתות שונות לפי שפת ההוראה או לפי מגמות לימוד (שיש להן ערך זהה מכל בחינה בעלת חשיבות, למעט העדפות התלמידים), כולל מגמות לימוד עם תוכן לאומי או דתי, וכן במקרים של הפרדת מלתחות בין גברים לנשים.

שנית, הטענה כי הפרדה שווה היא פסולה מבחינה מוסרית תמיד אינה משכנעת. במקרים האמורים, שבהם ההפרדה היא באמת שווה מבחינת המדדים החשובים, עצם ההפרדה אינה כרוכה במחיר מבחינת הערך של שוויון השוואתי. יתר על כן, נראה כי ייתכנו מצבים, כגון הדוגמאות האמורות, שבהם לא יהיה גם מחיר מוסרי אחר הכרוך בהפרדה (בהנחה שהיא שווה). במצבים אלה פעולה מסוג של "נפרד אבל שווה" אינה פסולה. וכאשר קיים שיקול מוסרי בעד ההפרדה, כפי שעשוי להיות לעיתים בדוגמאות האמורות, היא עשויה אף להיות החלופה הראויה. במילים אחרות, נראה כי מקרים של "נפרד אבל שווה" הם פסולים מוסרית רק בסוגים מסוימים של מצבים (המשקפים את הפסול הכללי יותר בהפליה), בפרט כאשר אין טעם טוב בעד ההפרדה (כאשר ההפרדה מבוססת על "שיקול זר") או כאשר ההפרדה אינה שווה באמת או כאשר היא כרוכה בהפרת עיקרון מהותי אחר (למשל, מקסום תועלת). במקרים הפרדיגמטיים של "נפרד אבל שווה" קיימות כל הבעיות האמורות (ולכן הם פסולים במיוחד), אבל עשויים להיות מקרים, כגון הפרדה לפי תחומי לימוד או הפרדת מלתחות בין גברים לנשים, שאינם כרוכים אף לא באחד מהקשיים האמורים.¹⁵³

לבסוף, הטענה כי הפרדה שווה היא בלתי-חוקית תמיד (בשיטות המשפט שהצהרה מתייחסת אליהן) אינה נכונה. אף שהדבר אינו נאמר במפורש בדרך-כלל, אין ספק שסוגים

153 אני דן בנושא זה ביתר הרחבה במאמר נפרד. ראו Segev, *Making Sense of Discrimination*, לעיל ה"ש 4.

מסוימים של הפרדה שווה הם חוקיים, כגון הדוגמאות האמורות (או לפחות חלקן). ייתכן שמטרת האיסור המשפטי המקובל של "נפרד אבל שווה" היא למנוע רק הפרדות שאינן שוות באמת, אך האיסור הוחל באופן רחב יותר בהתבסס על שתי הנחות: ראשית, ההנחה שסוגים מסוימים של הפרדה, בעיקר על בסיס עילות ההפליה הפרדיגמטיות, אינם שווים (בין היתר מפני שההפרדה עצמה עלולה כאמור ליצור או להעצים אי-שוויון בשל השפעתה על תחושות של אנשים); ושנית, ההנחה שקיים קושי (אפיסטמי) משמעותי בהבחנה בין מקרים של הפרדה שווה למקרים של הפרדה לא-שווה.

ייתכן אף שראוי לפרש את האיסור המוטל על "נפרד אבל שווה" כחל רק במקרים שבהם ההפרדה אינה שווה באמת. הצעה זו עולה בקנה אחד עם אמירות המרמזות כי "הפרדה שווה" היא בלתי-חוקית רק כאשר היא כרוכה בהפליה. ייתכן שכך יש להבין, למשל, את האמירה כי "מדיניות של 'הפרדה שוויונית' לא תוכל לחפות על אפליה פסולה במקום בו היא מתקיימת".¹⁵⁴ לפי השערה זו, האיסור המוטל על "נפרד אבל שווה" מיותר למעשה, ומתמצה באיסור הפרדתו של כלל אחר. השערה זו מתיישבת גם עם הרקע ההיסטורי שהוליך לדוקטרינה האוסרת נוהג זה, שכן סביר להניח כי המקרים הקלסיים שהדוקטרינה נועדה לשרש היו מקרים של הפרדה לא-שווה (למשל, בין לבנים לשחורים בבתי-ספר בארצות-הברית). אולם השערה זו אינה תואמת את ההצהרה המקובלת האמורה שלפיה מקרים של הפרדה שווה הם בלתי-חוקיים בהכרח (ולכן תמיד) – הצהרה אשר מרמזת על העדר תלות בשאלה אם ההפרדה שווה אם לאו.

עיקרון חוקתי – לכאורה יש הסכמה רחבה על כך שהמשפט הישראלי כולל עיקרון חוקתי של "שוויון". אולם הסכמה זו מטעה, שכן משפטנים (ובפרט שופטים) שונים מייחסים לעיקרון זה משמעות שונה, והשוני נראה משמעותי עד כדי כך שמדויק יותר לומר כי שופטים שונים תומכים למעשה בעקרונות שונים.¹⁵⁵ מה שמסבך עוד יותר את התמונה הוא שלא ברור לאיזה מובן של "שוויון", אם בכלל, מתייחס כל שופט. לכן הכותרת "שוויון" – ביחס לעיקרון חוקתי של "שוויון" – היא מטעה, שכן אין עיקרון מוסכם אחד תחת הכותרת האמורה.

המימד הבסיסי של אי-הבהירות הוא אי-הבהירות הכללית הנובעת מהרב-משמעיות של המונח "שוויון" ומחוסר הדיוק בשימוש בו. אולם מעבר לכך קיימת אי-בהירות אשר ייחודית להקשר החוקתי, הנובעת משני גורמים. האחד הוא שחלק מהמובנים השכיחים של המונח "שוויון" במשפט משקפים רעיונות שיש מתח בינם לבין התפיסה המקובלת של המשפט החוקתי. כזו היא, למשל, העמדה המבינה "שוויון" כאיסור התחשבות בנתון עובדתי חסר חשיבות נורמטיבית, וכזו היא, ביתר שאת, ההיבט המשלים של עמדה זו, המחייב התחשבות בנתונים בעלי חשיבות כאמור. בהקשר החוקתי משמעותה של עמדה זו היא חובה משפטית המוטלת על הרשות המחוקקת לא להתחשב בשיקולים פסולים, ואולי אף להתחשב רק

154 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פס' 24 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 6.8.2009).

155 להבחנה בין כמה תפיסות של העיקרון החוקתי של שוויון במשפט הישראלי ראו את מאמרו של ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" בכרך זה.

בשיקולים ענייניים. אף שאין ספק שזוהי חובה מוסרית, חובה משפטית (אכיפה) כזאת נראית מנוגדת לעמדה השכיחה שלפיה שיקול-הדעת של המחוקק הראשי הוא רחב מאוד. באופן דומה, החלה במישור החוקתי של מובני ה"שוויון" העוסקים בשיקולים חלוקתיים המעניקים עדיפות לאנשים שמצבם רע מנוגדת לעמדה השכיחה שלפיה החוקה אינה מנכיחה עמדה מסוימת בכל הנוגע בשאלות של צדק חלוקתי.¹⁵⁶

למרות זאת, העמדה הראשונה – המבינה את עקרון ה"שוויון" כאיסור התחשבות בנתון עובדתי חסר חשיבות נורמטיבית – אומצה גם בהקשר החוקתי.¹⁵⁷ עמדה אחרת מקשרת בין העיקרון החוקתי של "שוויון" לבין איסור הפליה.¹⁵⁸ העמדה האחרונה אינה ברורה בשני היבטים: ראשית, כאמור, איסור ההפליה עצמו אינו ברור לגמרי; שנית, לא ברור אם העיקרון החוקתי של "שוויון" כולל את איסור ההפליה בכללותו או רק חלק ממנו – למשל, אם הוא כולל גם את ההיתר להעדפה מתקנת.

קבוצה אחרת של עמדות, אשר ייחודית למשפט החוקתי, מקשרת בין עקרון ה"שוויון" החוקתי לבין העיקרון החוקתי של "כבוד האדם". קישור זה נובע, כך נראה, בעיקר מכך שאין עיגון חוקתי מפורש של עיקרון של "שוויון" במשפט הישראלי, והעיקרון של "כבוד האדם" נראה כעיקרון המתאים ביותר לעיקרון שיכול לכלול רעיונות לא-מפורשים כגון "שוויון", בשל אי-הבהירות שלו עצמו.¹⁵⁹ עמדות אלה מקשרות אפוא את המונח "שוויון" למונח "כבוד האדם", לעיתים קרובות באמצעות תיווך של מונחי-ביניים. כך, למשל, עמדה אחת מסוג זה מבינה את העיקרון החוקתי של "שוויון" כאוסר "השפלה", אשר מקשרת בתורה למונח "כבוד האדם" ולעילות ההפליה השכיחות.¹⁶⁰ עמדה זו אינה ברורה בפני עצמה. בפרט לא ברור אם הכוונה היא להשפלה במובן של תחושה אישית ממשית או במובן אחר, ובמקרה האחרון – לא ברור באיזה מובן. עמדה נוספת מסוג זה מקשרת בין עקרון ה"שוויון" לבין העיקרון של "כבוד האדם" בלי תיווך כזה.¹⁶¹ עמדה זו מתוארת לעיתים כמכלילה את עקרון ה"שוויון" באופן מלא במסגרת "כבוד האדם", ולפיכך כמעניקה לכולו מעמד חוקתי, בעוד העמדה הקודמת מתוארת כמכלילה רק חלק מעקרון ה"שוויון" במסגרת העיקרון של "כבוד האדם", ולפיכך כמעניקה רק לחלק זה מעמד חוקתי.¹⁶² אולם לנוכח חוסר הבהירות לגבי משמעותו של המונח

156 ראו, למשל, עניין אלחנתי, לעיל ה"ש 87; עניין יקותיאל 2010, לעיל ה"ש 17.
 157 ראו, למשל, עניין מילר, לעיל ה"ש 11, פס' 13–14 לפסק-דינו של השופט מצא.
 158 ראו את הקישור הכללי בין "שוויון" לבין הפליה לעיל ליד ה"ש 112 ואילך.
 159 בהקשר זה עשוי להיות עניין בהשוואה למצב בקנדה, שם קיים עיקרון חוקתי מפורש של "שוויון", אשר בשלב מסוים נפסק כי יש לפרשו תוך התייחסות לעיקרון של כבוד האדם, אך מאוחר יותר נקבע כי התיווך האמור מיותר. ראו R. v. Kapp, 2 S.C.R. 483 (2008).
 160 ראו, למשל, עניין מילר, לעיל ה"ש 11, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת דורנר; בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נב(4) 26, פס' 3 ו-5 לפסק-דינה של השופטת דורנר (1998).
 161 ראו, למשל, עניין עדאלה 2006, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק-דינו של הנשיא ברק; עניין נסר, לעיל ה"ש 87, פס' 43 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש ("השאלה הנשאלת היא האם הפגיעה בשוויון הניכרת מתיקון 146 עולה כדי פגיעה בכבוד האדם. לשון אחר, השאלה היא האם הפגיעה בשוויון מהווה פגיעה חוקתית").
 162 ראו, למשל, בנדור, לעיל ה"ש 34, בעמ' 287.

"שוויון" לפי כל אחת מהגישות האמורות, התיאור האמור אינו תורם תרומה של ממש להבהרת ההבדל ביניהן.

"שוויון לפני החוק" – לעיתים מזהים את העיקרון של "שוויון" במשפט עם העיקרון של "שוויון לפני החוק"¹⁶³ (אף שהמונח "שוויון לפני החוק" מצביע על מובן ספציפי יותר מזה המשתקף במונח "שוויון" סתם). אמירה דומה מקשרת את ה"זכות" המשפטית ל"שוויון" עם עקרון "שלטון החוק", אם כי תוך ראיית העיקרון האחרון כבסיס לזכות ל"שוויון", ולא בהכרח כבעל תוכן זהה לה.¹⁶⁴ המשמעות המיוחסת לעיקרון של "שוויון לפני החוק" באופן כללי, ובפרט בהקשרים שונים, אינה אחידה. הנקודה החשובה לענייננו היא רק המשמעות המיוחסת לעיקרון זה כאשר הוא מוזהה עם העיקרון המשפטי הכללי יותר של "שוויון". במצב כזה נראה כי המובנים הרלוונטיים המרכזיים הם שני המובנים הפורמליים של "שוויון".¹⁶⁵ הדרשה לעקביות בהחלת כלל, היא תוכנו אשר יהא, מוזהה באופן ברור עם עיקרון של "שוויון לפני החוק". כך, למשל, נכתב כי –

על רקע... זה בא עקרון השוויון. משמעותו הינה שוויון בפני החוק... שוויון זה מניח הסדר נורמאטיבי המופעל בצורה אחידה על כל הפרטים, חרף השוני העובדתי שביניהם.¹⁶⁶

המובן הפורמלי האחר של "שוויון" המוזהה עם העיקרון של "שוויון לפני החוק" הוא איסור ההתחשבות בשיקולים זרים. כך, למשל, נכתב כי –

אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר... דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני... אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט.¹⁶⁷

נראה כי שני המובנים הללו – עקביות ואיסור שקילה של שיקולים זרים – הם המובנים המרכזיים של "שוויון" המקושרים למונח "שוויון לפני החוק".

¹⁶³ למונח זה במשפט הקנדי ראו ס' 15 למגילת הזכויות והחירויות הקנדית, המצוטט לעיל בה"ש 112. בישראל ראו עניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 17, פס' 14 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק (משמעותו של "עקרון השוויון... הינה שוויון בפני החוק").

¹⁶⁴ עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
¹⁶⁵ ראו לעיל בפרק ב את הדיון ב"עקביות" ליד ה"ש 79 ואילך ואת הדיון ב"חשיבות נורמטיבית" ליד ה"ש 64 ואילך.

¹⁶⁶ עניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 17, פס' 14 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק.

¹⁶⁷ עניין זקין, לעיל ה"ש 109, פס' 16 לפסק-דינו של השופט זמיר.

"שרירות" – לעיתים מנגידים בין "שוויון" לבין "שרירות", כלומר, מזהים "שוויון" עם העדר "שרירות". כך, למשל, נכתב כי "השוויון שומר על השלטון מפני השרירות",¹⁶⁸ וכי "אכיפה הפוגעת בשוויון" היא כזאת המבחינה בין "בני-אדם דומים... מתוך שרירות גרידא".¹⁶⁹ גם כאן נראה כי הכוונה היא בדרך-כלל לאחד משני המובנים הפורמליים האמורים: עקביות, שאינה "שרירותית" במובן אחד של המונח הזה, דהיינו, במובן זה שהיא מחייבת פעולה בהתאם לכלל מסוים (אם כי היא עשויה להיות "שרירותית" במובן אחר של מונח זה, אם הכלל עצמו הוא שרירותי); או איסור שקילה של שיקולים זרים, שהם "שרירותיים" במובן אחר של מונח זה, כלומר, חסרי חשיבות נורמטיבית.

"סיכוי שווה" – עיקרון שכיח, בין היתר גם בהקשרים משפטיים, הוא עיקרון של "סיכוי שווה" או של "הזדמנות שווה". במשפט הישראלי זוהה "עקרון השוויון" (בין היתר) עם הרעיון של "שוויון בהזדמנויות",¹⁷⁰ ונכתב, למשל, כי "על המינהל לפעול... תוך מתן הזדמנויות שוות לכלל הציבור".¹⁷¹ השימוש במונח "שוויון הזדמנויות", כמו-גם במונחים "שוויון בסיכויים" או "סיכוי שווה", לוקה לעיתים קרובות באי-בהירות עמוקה מכמה בחינות, בפרט בהקשר המשפטי: ראשית, הוא רב-משמעי;¹⁷² שנית, נוסחים שכיחים שלו, דוגמת הנוסחים האמורים, הם חסרים, שכן הם אינם כוללים הסבר של מושא הסיכוי השווה (סיכוי שווה למה? או כוללים הסבר מעורפל מאוד שלו; ושלישית, מובנים שכיחים שלו נראים מטעים, שכן הם אינם מעניקים באמת סיכוי שווה.¹⁷³ יתר על כן, לעיתים קרובות נראה כי מובנים אלה אינם הסתברותיים כלל (למרות ההתייחסות ל"סיכוי"), ואף אינם השוואתיים (למרות ההתייחסות לסיכוי "שווה").

אף לא אחד מהמובנים השכיחים של המונחים "הזדמנות שווה" או "סיכוי שווה", בהקשר המשפטי, תואם את המובן שנראה כסיכוי שווה במובן המדויק. מובן זה הוא העיקרון שלפיו בחירה בין מועמדים צריכה להיעשות לפעמים באמצעות פרוצדורה (כגון הגרלה, למשל על-

168 עניין פורז, לעיל ה"ש 1, פס' 28 לפסק-דינו של השופט ברק.

169 עניין זקין, לעיל ה"ש 109, פס' 16 לפסק-דינו של השופט זמיר.

170 עניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 17, פס' 14 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק ("על רקע חופש זה בא עקרון השוויון. משמעותו הינה שוויון בפני החוק וניטראליות של החוק ביחס לשונות שבין בני האדם. זהו השוויון בהפעלת החופש. זהו השוויון בהזדמנויות"); עניין רונס, לעיל ה"ש 44, פס' 5 לפסק-דינו של השופט גולדברג ("חשיבותה החברתית מזדקרת נוכח התעצמותן של זכויות הפרט לחירות ולשוויון הזדמנויות").

171 עניין עמותת שיח חדש, לעיל ה"ש 17, פס' 38 לפסק-דינו של השופט אור.

172 ראו, למשל, Williams, לעיל ה"ש 61, בעמ' 244; Janet Radcliffe Richards, *Equality of Opportunity*, 10 *RATIO* 253 (1997); Matthias Hild & Alex Voorhoeve, *Equality of Opportunity and Opportunity Dominance*, 20 *ECON. & PHIL.* 117 (2004); Peter Stone, *Why Lotteries Are Just*, 15 *J. POL. PHIL.* 276, 281 (2007); Clare Chambers, *Each Outcome is Another Opportunity: Problems with the Moment of Equal Opportunity*, 8 *POL. PHIL. & ECON.* 374 (2009); Gopal Sreenivasan, *Equality, Opportunity, Ambiguity*, 13 *POL. PHIL. & ECON.* 82 (2014).

173 ראו, למשל, Williams, לעיל ה"ש 61, בעמ' 244; Richards, *Equality of Opportunity*; לעיל ה"ש 172, בעמ' 253; Chambers, לעיל ה"ש 172, בעמ' 374.

ידי הטלת מטבע) אשר מעניקה לכל מועמד הסתברות (סיכוי, לפחות במובן האפיסטמי) שווה לזכות בהטבה (לרבות בדרך של אי־נשיאה בנטל) או לזכות בהטבה הגדולה יותר. עיקרון כזה נראה סביר (אם בכלל) רק כאשר עומדת על הפרק חלוקה של הטבה (ממשית, לא סיכוי) אשר מתוכננת להיעשות באופן שיעניק חלק גדול יותר למועמד אחד (וקטן יותר, אם בכלל, לאחר), ואין שיקול מכריע בעד מתן החלק הגדול יותר לאחד המועמדים. רק במצבים כאלה אכן סביר לתמוך בהליך אשר מעניק סיכוי שווה באמת לכל מועמד. אמנם, יש ספקות כבדים לגבי הערך האינטרני של הענקת סיכוי שווה במובן זה,¹⁷⁴ אך זהו מובן ברור, קוהרנטי ומתאים למונח "סיכוי שווה". לכן הספק שמובע לעיתים לגבי הקוהרנטיות של רעיון "הסיכוי השווה" אינו מדויק ככל שהוא מתעלם ממובן זה.

המובנים השכיחים יותר של המונחים "הזדמנות שווה" או "סיכוי שווה" אינם מעניקים סיכוי שווה במובן האמור. מובן שכיח אחד של המונח "סיכוי שווה", אשר נראה כעומד גם בבסיס מובנים אחרים של מונח זה, הוא אחת הגרסאות של מובן מרכזי של "שוויון" באופן כללי: שיקול מהותי בעד בחירת מועמדים על־פי כישורים, כלומר, בעד בחירת המועמד המוכשר ביותר, בפרט בהקשר של תעסוקה, לימודים או ספורט.¹⁷⁵ ברוח זו נכתב כי משמעות העיקרון של "הזדמנות שווה" היא "הזכות של כל אדם... לבחור כל דרך חיים המתיישבת עם רצונו וכישוריו".¹⁷⁶ טענות ספציפיות יותר משקפות לעיתים קרובות רעיון דומה. לדוגמה, לעיתים קרובות מניחים כי תחרות ריצה שבה כל המתמודדים מתחילים באותה נקודה מעניקה לכל אחד מהם "סיכוי שווה" לנצח בתחרות, אף שברור כי אין להם סיכוי שווה במובן המדויק, שהרי סיכוי של האצן (אשר יש ראיות לכך שהוא) המהיר ביותר לזכות בתחרות גבוה מסיכוי של האצן האיטי ביותר.¹⁷⁷ באופן דומה, בהקשר של תעסוקה נכתב כי –

מתן הזדמנות שווה פירושו הוא, בין השאר, כי הבחירה בזוכה תיעשה על יסוד שיקולים ענייניים – על יסוד שיקולים ענייניים בלבד – ובמכרו להעסקה: על בסיס כישורים והתאמה לתפקיד.¹⁷⁸

גם כאן, בחירה על־פי שיקולים ענייניים בלבד מעניקה סיכוי גבוה יותר (בוודאי אם אין טעות) למועמד עם הכישורים הטובים ביותר בהשוואה ליתר המועמדים. מובן זה של "סיכוי שווה" מכונן אפוא להליך אשר אינו מעניק לכל מועמד סיכוי שווה באמת, במובן המדויק, אלא מעניק סיכוי גבוה יותר למועמד המוכשר יותר מהבחינה הרלוונטית (למשל, לרץ בעל כישורי הריצה

174 ראו, למשל, Tim Henning, *From Choice to Chance – Saving People, Fairness and Lotteries*, 124 THE PHILOSOPHICAL REVIEW 169 (2015).
 175 לגרסה הכללית של מובן זה ראו לעיל פרק ב, אחרי ה"ש 46.
 176 ראו Howell, לעיל ה"ש 59, בעמ' 199.
 177 ראו Stone, לעיל ה"ש 172, בעמ' 281 ("A competitive race, with the good going to the swiftest of foot, ensures an 'equal chance' to all claimants in another, though related, (sense)").
 178 בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817, פס' 10 לפסק-דינו של השופט חשין (2004).

הטובים יותר או לעובד עם הכישורים הטובים יותר). אכן, זאת בדרך-כלל המטרה המרכזית של הליך בירור הכישורים: הליך שיסתיים בזכייה (או יגדיל את סיכויי הזכייה) של מי שאינו בעל הכישורים הטובים ביותר הוא כישלון מבחינה זו. לעיתים קרובות גם ברור לאנשים מסוימים (רבים יותר או פחות) למי יש סיכוי גבוה יותר לזכות בתחרות או במכרז. לפעמים אף פועלים כדי לשפר עוד יותר את הסיכוי של מי שממילא (כלומר, גם בלי פעולות אלה) יש לו הסיכוי הגבוה ביותר – לדוגמה, באמצעות הצבת המתחרים המהירים ביותר בנתיבים הפנימיים (הנחשבים לרוב עדיפים). לעומת זאת, אילו המטרה הייתה סיכוי שווה במובן המדויק, אזי במצבים השכיחים, שבהם יש נתונים המצביעים על כך שלמתחרים מסוימים יש עדיפות מבחינות מסוימות, כגון כושר גופני, היה מקום לנקוט פעולות שישפרו את מצבם של האחרים – למשל, לקבוע קו התחלה מדורג (כך שהמתחרים החלשים יותר ירוצו מרחק קצר יותר). התנגדות שכיחה לטענה האמורה, שלפיה תחרויות מסוג זה אינן כוללות סיכוי שווה, היא שגם אם בעת התחרות אכן אין לכל מועמד סיכוי שווה לזכות, היה לו סיכוי שווה במועד מוקדם יותר כלשהו, כי הוא היה יכול לרכוש כישורים טובים יותר באמצעות לימוד או אימון. תשובה זו אינה משכנעת – הן מפני שהתפיסה המקובלת היא שהסיכויים צריכים להיות שווים בעת פתיחת התחרות, והן מפני שגם התכונות (הגנטיות או הסביבתיות) המשפיעות על היכולת המוקדמת יותר לרכוש את הכישורים הרלוונטיים אינן זהות בהכרח, ואף אינן זהות למעשה ברוב המקרים, כך שלעיתים קרובות גם בשלב מוקדם יותר הסיכויים אינם שווים. מובן קשור של "סיכוי שווה" הוא שיקול של אחריות (או מסקנה המבוססת על שקלול של שיקול של אחריות עם שיקולים אחרים). לעיתים קרובות נכתב, למשל, כי "שוויון הזדמנויות" פירושו חלוקה המביאה בחשבון את ההחלטות של אנשים לגבי חייהם, כך שאם לאדם אחד יש פחות מאשר לאחר בגלל בחירות שלו עצמו, אין בכך משום פגיעה בעקרון "ההזדמנות השווה"¹⁷⁹.

מובן שכיח אחר של המונח "סיכוי שווה", שגם הוא מובן כללי של "שוויון", הוא העיקרון האוסר התחשבות, במסגרת הליך בחירה של מועמדים, בנתון עובדתי חסר חשיבות מוסרית (שיקול זר).¹⁸⁰ מובן זה נלווה על-פירוב למובן הקודם של בחירה על בסיס כישורים. איסור שקילה של שיקולים זרים הוא מיותר אם העיקרון השולט הוא ממילא בחירה על-פי כישורים

179 ראו, למשל, SEN, לעיל ה"ש 83, בעמ' 148; Richard J. Arneson, *Equality and Equal Opportunity for Welfare*, 56 PHIL. STUD. 77 (1989); G.A. Cohen, *On the Currency of Egalitarian Justice*, 99 ETHICS 906, 916 (1989); John E. Roemer, *A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner*, 22 PHIL. & PUB. AFF. 146, 149 (1993); Jonathan Wolff, *Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos*, 27 PHIL. & PUB. AFF. 97, 100–101 (1998); Peter Vallentyne, *Brute Luck, Option Luck, and Equality of Initial Opportunities*, 112 ETHICS 529 (2002); Shlomi Segall, *Is Health (Really) Special? Health Policy between Rawlsian and Luck Egalitarian Justice*, 27 J. APPLIED PHIL. 344 (2010); Carl Knight & Zofia Stemplowska, *Introduction*, in RESPONSIBILITY AND DISTRIBUTIVE JUSTICE 1, 18–19 (Carl Knight & Zofia Stemplowska eds., 2011).

180 ראו Richards, *Equality of Opportunity*, לעיל ה"ש 172, בעמ' 253–260; Howell, לעיל ה"ש 59, בעמ' 199; Hild & Voorhoeve, לעיל ה"ש 172, בעמ' 117.

בלבד, ובהינתן שכישורים מהווים עובדה בעלת חשיבות מוסרית, אבל לעיתים נהוג להזכירו גם במצב זה, ולו לשם ההבהרה. מכל מקום, גם שלילת שיקולים זרים אינה מבטיחה לכל מועמד סיכוי שווה במובן המדויק, שהרי גם עובדות בעלות חשיבות מוסרית, כגון כישורים, עשויות להבחין בין אנשים.

מובן שכיח נוסף של המונח "סיכוי שווה", אשר לעיתים עומד בפני עצמו ולעיתים נלווה לעיקרון של בחירה על-פי כישורים, הוא איסור ההפליה.¹⁸¹ אף שאיסור זה אינו ברור לגמרי, כאמור, ברור כי הוא אינו מבטיח סיכוי שווה במובן המדויק, בפרט כי הוא מתיר בדרך-כלל העדפה של אדם עם כישורים טובים יותר בהיבט הרלוונטי, לפחות כאשר כישורים אלה אינם קשורים באופן הדוק לתכונות כגון דת, גזע או מין.

לבסוף, לעיתים נעשה שילוב כלשהו של המובנים האמורים של "סיכוי שווה". לדוגמה, העיקרון של "שוויון הזדמנויות הוגן" ("Fair Equality of Opportunity") מחייב מינוי של מועמדים למשרות על-פי כישוריהם, אך רק כל עוד כישורים אלה אינם נובעים מנתונים חסרי חשיבות מוסרית או מכאלה הקשורים לעילות ההפליה השכיחות.¹⁸² הסייג האחרון עשוי לשלול, למשל, התחשבות בכישורים הנובעים מגורמים מקריים או לפחות מאי-צדק קודם (למשל, הברדל בלתי-מוצדק בחינוך), או התחשבות בכישורים הנובעים מהעדפות גזעניות של מקבלי שירותים.

לסיכום, המונח "סיכוי שווה" אינו ברור, שכן נעשה בו שימוש במובנים שונים בהזדמנויות שונות. יתרה מזו, השימוש שנעשה בו לרוב אינו מוצלח, שכן מובנים שכיחים שלו אינם תומכים בהענקת סיכוי שווה במובן המדויק, ואף אינם משקפים רעיון הסתברותי או השוואתי במובן המדויק.

"סיכוי שווה להיבחר" – דוגמה ספציפית לשימוש במונח "סיכוי שווה" בהקשר המשפטי היא העיקרון המשפטי המחייב הענקת "סיכוי שווה" לכל רשימת מועמדים המתמודדת בבחירות לכנסת.¹⁸³ עיקרון זה פורש ככולל שני כללים מרכזיים בכל הנוגע בחלוקה של משאבים במסגרת הבחירות – מימון מתקציב המדינה וזמן שידור בערוצי הטלוויזיה והרדיו: הענקת מינימום של משאבים לכל רשימה הזכאית להתמודד בבחירות, וחלוקה של יתר המשאבים בהתאם למידת הייצוג של כל רשימה, כך שככל שהייצוג של רשימה גדול יותר כן היא תקבל משאבים רבים יותר.¹⁸⁴

181 ראו, למשל, Chambers, לעיל ה"ש 172.

182 ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 42–47 (rev. ed. 1999).

183 זו הפרשנות המקובלת של ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת. ראו, למשל, בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 699 (1969); עניין דרך ארץ, לעיל ה"ש 92, בעמ' 10 (הנשיא לנדוי); עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, פס' 6 לפסק-דינו של השופט לוי; בג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, פס' 9 לפסק-דינו של השופט ברק (1990); עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 54, פס' 12 לפסק-דינו של השופט גולדברג. 184 ראו עניין דרך ארץ, לעיל ה"ש 92, בעמ' 7 (הנשיא לנדוי); שם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט ברק.

העיקרון האמור אינו ברור בכמה מישורים קשורים. ראשית, לא ברור למה הסיכוי הרלוונטי מתייחס – למשל, אם מדובר על סיכוי שווה להיבחר או על סיכוי שווה למשהו אחר. שנית, לא ברור הקשר בין העיקרון של "סיכוי שווה" לבין שני הכללים האמורים, כלומר, אם העיקרון כולל תוכן מהותי עצמאי, אשר הכללים נובעים ממנו ולכן גם קשורים האחד לרעהו, או שמא העיקרון נעדר תוכן מהותי עצמאי ומהווה רק מונח המתאר את שני הכללים, אשר אינם נובעים ממנו ולכן גם אינם קשורים זה לזה. לבסוף, הכללים עצמם אינם ברורים בכל הנוגע בשאלה מהי אמת-המידה לקביעת המינימום ומהו יחס התרגום של ייצוג למשאבים.

שופטים מרבים להדגיש את אי-הבהירות של העיקרון האמור, אך מדגישים רק את ההיבט האחרון. כך, למשל, במסגרת דיון בשאלה אם מכסה מסוימת של זמן שידור מפרה את העיקרון של "סיכוי שווה", נאמר כי "הכללים, העומדים לרשותה של הרשות השופטת בעניין זה, הם דלים למדי", ונערכה הקבלה בין הכללים הללו לבין עקרונות משפטיים מעורפלים כגון "סבירות" או "הגינות".¹⁸⁵ לעומת זאת, אין כמעט התייחסות לאי-הבהירות בנוגע לנקודות הבסיסיות יותר – בעיקר מושא הסיכוי השווה – ולכן אין גם התמודדות עימן שתוכל להסיר את אי-הבהירות. במובן זה יש משהו מטעה אף בהקבלה לאי-הבהירות של עיקרון של "סבירות", שכן למרות אי-הבהירות לגבי תוכנו של עיקרון אחרון זה, משמעותו היסודית ברורה – התחשבות בכל השיקולים הרלוונטיים ומתן משקל ראוי לכל שיקול. במילים אחרות, אף שיתכן מחלוקת לגבי השאלה איזה שיקול הוא רלוונטי ומהו משקלו בהקשר מסוים, ברור לפחות מהי השאלה שיש לשאול. לעומת זאת, בכל הנוגע בעיקרון של "סיכוי שווה להיבחר" אף השאלה שיש לשאול אינה ברורה.

בכל הנוגע בשאלה הראשונה – מהו מושא הסיכוי השווה (סיכוי שווה למה) – החלופה הפשוטה ביותר היא סיכוי שווה להיבחר, כלומר, לזכות בייצוג (כלשהו או מרבי) בכנסת. ייתכן שחלופה זו קיבלה ביטוי מסוים בפסיקה, למשל כאשר נאמר כי –

שאלת המפתח היא... אם נפגע השוויון בסיכויים שבין רשימות המועמדים. על שאלה זאת יש להשיב... תוך התייחסות לערכים שיש להם חשיבות בהקשר זה: מהות הדמוקרטיה, שעליה לתת הזדמנות נאותה לדעות ולאינטרסים שונים להגיע לכלל ייצוג והשפעה, באופן הוגן, ללא ניצול של עמדות כוח על-ידי גופים חזקים וללא קיפוח של קבוצות חלשות.¹⁸⁶

אולם אם הכוונה בדברים אלה היא אכן לסיכוי שווה להיבחר, נראה כי חלופה זו אינה מתאימה בהקשר זה, וזאת משני טעמים. ראשית, היא מנוגדת לעיקרון הדמוקרטי הסטנדרטי שלפיו עצם הבחירה ומידת הייצוג נקבעים בהתאם למידת התמיכה במועמדים (בקרב בעלי זכות הבחירה). עיקרון זה אינו מתיישב עם הענקת סיכוי שווה לכל מועמד (או רשימת מועמדים), ובפרט למועמד פופולרי פחות לעומת מועמד פופולרי יותר. שנית, חלופה זו אינה תואמת גם את הכלל המעניק משאבים רבים יותר לרשימות מועמדים עם ייצוג גדול יותר. ככל שהמטרה היא

185 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט ברק.

186 עניין הופנונג, לעיל ה"ש 54, פס' 7 לפסק-דינו של השופט זמיר.

סיכוי שווה לזכות, היה ראוי להעניק משאבים רבים יותר דווקא לרשימות שמבחינות אחרות יש להן סיכוי נמוך יותר – למשל, כי עמדותיהן פופולריות פחות. חלופה אחרת שהוצעה בפסיקה בכל הנוגע במושא הסיכוי השווה היא "שוויון בסיכויים בהתחרות על קולו של הבוחר".¹⁸⁷ משמעותה של חלופה זו אינה ברורה. המסקנה הברורה ביותר שעולה מהנוסחה האמורה היא שלילית: "סיכוי להתחרות" אמור להיות שונה כנראה מסיכוי לנצח בתחרות. אולם הבהרה זו אינה עונה על השאלה מהי המשמעות החיובית של "סיכוי להתחרות". ברור גם שהכוונה אינה לעצם הזכאות להתחרות, שכן הכללים המרכיבים את עקרון "הסיכוי השווה להיבחר" עוסקים בחלוקת משאבים לרשימות שכבר נקבע כי הן זכאיות להתמודד בבחירות. הפרשנות שנראית המתאימה יותר היא זאת המקשרת את "שוויון הסיכויים" להצגה שלמה של עמדת הרשימה. אכן, יש אמירות של שופטים המצביעות על רעיון זה, למשל:

אין מקיימים שוויון בסיכויים, אם הזמן, העומד לרשות רשימה פלונית, מאפשר לה להציג את עצמה בצורה ראויה, ואילו הזמן, העומד לרשות רשימה אלמונית, אינו מאפשר לה זאת.¹⁸⁸

ברוח זו, הנימוק השכיח בפסיקה בעד הכלל המעניק משאבים רבים יותר לרשימות עם ייצוג רב יותר הוא שרשימות כאלה צריכות משאבים רבים יותר כי עמדתן עוסקת בנושאים רבים יותר, אם כי גם רשימות עם ייצוג פחות או ללא ייצוג צריכות מינימום של משאבים לשם הסברת עמדתן (הצרה יותר). הנה כמה דוגמאות לנימוק זה:

הרשימה הגדולה והוותיקה, הנוקטת עמדה משלה בקשת רחבה של נושאים, חייבת, מטבע הדברים, להקדיש זמן רב יותר להסברת עמדותיה, מצעה, אישיה, מעשיה ומחדליה, כישלונותיה והצלחותיה, מאשר רשימה חדשה, שזה עתה נוסדה, והנוקטת עמדה בנושאים מוגדרים וספציפיים.¹⁸⁹

כדי להבטיח שוויון הסיכוי בבחירות, יש להעמיד לרשות כל רשימה ורשימה אותה כמות של זמן... המאפשרת לה להציג בצורה ראויה את מצעה ועמדותיה לציבור הבוחרים.¹⁹⁰

נימוק זה הוא נחרץ מדי משתי בחינות. ראשית, אין קשר הכרחי בין המידה שבה רשימה זכתה בייצוג בעבר לבין הזמן הדרוש לשם הצגת עמדתה הנוכחית. אמנם, ייתכן שיש מתאם מסוים בין המשתנים הללו, אולם ייתכנו גם משתנים אחרים המושכים לכיוון הנוגד. אכן, מבחינה אחרת אמת המידה של זמן מספיק להצגת העמדה תומכת בכלל הפוך, שכן בדרך-כלל עמדתה

187 עניין דרך ארץ, לעיל ה"ש 92, פס' 3 לפסק-דינו של השופט ברק.

188 ש.ם.

189 ש.ם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט ברק.

190 ש.ם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט ברק.

של רשימה שהיה לה ייצוג רב יותר בעבר מוכרת יותר מעמדתה של רשימה שלא היה לה ייצוג כזה או שהיה לה ייצוג מועט יותר. נקודה כזאת אכן צוינה לעיתים:

כבר נקודת המוצא הבסיסית היא מתוך העדר שוויון בין הרשימות המיוצגות בבית המחוקקים, לבין החדשות, המבקשות לפלס לעצמן דרך לקבל ייצוג. הראשונות ידועות ומוכרות פחות או יותר לרוב ציבור הבוחרים, בין לחיוב ובין לשלילה, מפעילותן בקאדנציה שלפני הבחירות; אמצעי התקשורת מכל הסוגים מדווחים על כך באורח שוטף בשנות כהונת הכנסת; שלא כן הרשימה החדשה, שלראשונה מבקשת לפנות לבוחר, והוא, לרוב, אינו יודע עליה מאומה. מבחינת שוויון הסיכוי ניתן לגרוס, במידה רבה של היגיון, כי רשימה כזו זקוקה לא רק לאותו זמן מינימאלי, הנדרש כדי להציג את המצע והקרדו שלה, אלא גם להתמודד עם הרשימות, המיוצגות בכנסת, בוויכוח, במה עדיפותה על המפלגות הוותיקות, וזה כולל, כמובן, גם ביקורת על פעילות בעבר, הבלטת משגים וכדומה. משום כך, מבחינת שוויון הסיכוי, כבר בנקודת הזינוק ההתחלתית מצויות הרשימות החדשות בעמדה נחותה.¹⁹¹

אולם גם הנמקה זו היא נחרצת מדי, מאותם טעמים: ראשית, אין קשר הכרחי בין היות המפלגה חדשה לבין כמות הזמן הנדרשת לשם הצגת עמדתה (כולל בדרך של ביקורת על פעולותיהן של רשימות אחרות), אם כי ייתכן שיש קשר שכיח גם בין המשתנים הללו; שנית, גם עמדה זו בוחנת רק היבט אחד של הסוגיה ומתעלמת מאחרים, כגון המשתנה שהוזכר בנימוק הראשון (היקף הנושאים והפעילות של הרשימה).

מכל מקום, השאלה איזו עמדה היא סבירה יותר (כלומר, איזו אינדיקציה היא משמעותית יותר) או אם יש עמדה שלישית ראויה יותר (למשל, כזאת הנותנת ביטוי טוב יותר לשתי האינדיקציות הללו בדרך כלשהי) היא חשובה פחות בהקשר זה. הנקודה החשובה יותר היא שאם העיקרון נועד להעניק לכל רשימה את כמות המשאבים הדרושה לשם הצגה שלמה של עמדתה, תיאור העיקרון באמצעות המונח "סיכוי שווה" אינו מדויק ומטעה, שכן זמן השידור הוא רק משתנה אחד המשפיע על השאלה עד כמה הצגת עמדתה של רשימה היא מוצלחת. דוגמה אחת למשתנה נוסף היא הכישורים הרטוריים של נציגי הרשימה או של תומכיה. אמנם, ייתכן שאין מקום להתחשב באמת-מידה זו במסגרת הכללים המשפטיים העוסקים בחלוקת משאבים במסגרת הבחירות, למשל כי קשה להעריך אותו. אולם אם כך הדבר, אזי הכללים המשפטיים הרלוונטיים אינם מבטיחים סיכוי שווה אף להצגה שלמה של העמדה, אלא לכל-היותר נותנים ביטוי חלקי למשתנים מסוימים המשפיעים על הסיכוי האמור. ייתכן אמנם שכללים אלה מוצדקים, אולי מטעמים אחרים (למשל, קידום יכולתם של הבוחרים לקבל החלטה רציונלית, המבוססת על מידע רלוונטי). אולם, מכל מקום, הצגה ברורה יותר של הכללים הללו תתייחס ישירות לתוכנם. למשל, היא תבהיר – במקום הניסוח המעורפל והמטעה

191 שם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט בייסקי.

של "סיכויים שווים" – כי הם נועדו לשקף את מידת הזמן הדרוש לשם הצגת עמדתן של הרשימות בנושאים שונים.

"מבחן חלוקה שוויוני" – כלל משפטי נוסף המתייחס למונח "שוויון" קובע כי חלוקת תקציב המדינה לאנשים או למוסדות לא-ממשלתיים צריכה להיעשות לפי "מבחנים שוויוניים" לכל "סוג" של מוסד.¹⁹² הכלל אינו מבהיר באופן מדויק יותר מהו "מבחן שוויוני".

האפשרות הראשונה היא הרעיון של חשיבות נורמטיבית, ובפרט איסור ההתחשבות בנתונים חסרי חשיבות כזאת (שיקולים זרים).¹⁹³ ברור כי מטרה מרכזית של הכלל האמור היא למנוע העדפה של אנשים עם זיקה או השפעה על מחלקי ההטבה על בסיס נתונים חסרי חשיבות מוסרית ומשפטית. אין ספק גם שמטרת הדרישה לחלוקה לפי "סוגים" של מוסדות היא למנוע העדפה כזאת, כנראה מתוך הנחה כי דרישה להגדרה של "סוג" המוסד תעודד התייחסות לקטגוריות אשר משקפות נתונים ענייניים. ייתכן שגם את הדרישה כי אותו סכום כולל המוקצב לסוג מסוים של מוסדות יחולק בין המוסדות השונים הכלולים באותו סוג על בסיס "מבחן שוויוני" יש לפרש כמשקפת את המטרה הזאת – הפעם בתוכן הדרישה, ולא רק במטרה. פרשנות זו תואמת, למשל, את האמירות הבאות:

המטרה ביסוד סעיף 3א הייתה למנוע מצב בו... "תקציב המדינה השנתי נעשה, בידעין ובגלוי, מכשיר לחלוקה של כספי המדינה, כאילו היו שלל בחירות, באופן שקיפח מוסדות טובים וראויים לתמיכה, רק משום שלא היו מקורבים למלכות"....¹⁹⁴

מן החובה החלה על המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת משאבים – או למצער לחלקם בהתאם להבחנות רלוונטיות – נגזרת החובה להנהיג קריטריונים על-פיהם יוגדרו תנאי הזכאות והיקפם המשתנה של המשאבים המוקצים... חלוקת משאבים ללא קריטריונים יוצרת מראית עין של חלוקה שהיא שרירותית, שאין בה הגיון פנימי ושאינה מבוססת על הבחנות רלוונטיות. מנגד, חלוקת משאבים הנסמכת על קריטריונים מחזקת את אופייה האובייקטיבי של החלוקה ומסייעת בהגשמת עקרון השוויון.¹⁹⁵

אפשרות שנייה היא שהכלל נועד לשקף את איסור ההפליה. ייתכן שהמטרה (האחרת או הנוספת) של הדרישה לחלוקה ל"סוגי" מוסדות היא למנוע חלוקה של כספים על-פי נתונים הנכללים ברשימת עילות ההפליה הקלסיות, מתוך הנחה כי הגדרה של "סוגי מוסדות" תעודד התייחסות לקטגוריות שאינן כוללות עילות אלה. ייתכן שגם הדרישה השנייה – שהסכום

192 ס' 3א(ג)–(ד) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985. ראו בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, פס' 5 לפסק-דינו של השופט זמיר (2000); עניין יקותיאל 2010, לעיל ה"ש 17, פס' 41 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

193 ראו את הדיון ב"חשיבות נורמטיבית" לעיל בפרק ב, החל בטקסט שלפני ה"ש 64 ואילך.

194 עניין יקותיאל 2010, לעיל ה"ש 17, פס' 29 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

195 עניין נסר, לעיל ה"ש 87, פס' 36 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

הכולל המוקצב לסוג מסוים של מוסדות יחולק על בסיס "מבחן שוויוני" – משקפת את איסור ההפליה.

אפשרות שלישית היא שהדרישה השנייה משקפת רעיון של עקביות, כלומר, של החלת כלל נתון בהתאם לתוכנו, יהא תוכן זה אשר יהא. החוק האמור אמנם אינו כולל כלל מפורש כזה, אולם פרשנות סבירה של הדרישה לקביעת "מבחן שוויוני" היא קביעת אמת-מידה עצמאית שעומדת בתנאי של "שוויון" במובן של עקביות – למשל, של חלוקת כספים למוסדות שונים מסוג מסוים לפי מספר האנשים המקבלים שירות מכל מוסד. אפשרות זו נתמכת באמירה השיפוטית שלפיה משמעות הדרישה האמורה לחלוקת הסכום המוקצב לסוג מוסד היא החלה של אמת-מידה "כללית".¹⁹⁶

אפשרות אחרונה, שיש לה עיגון מפורש יותר בפסיקה, היא שהכלל האמור משקף את המובן הכללי יותר של מסקנה ראויה,¹⁹⁷ כלומר, של התחשבות בכל שיקול ענייני, ורק בשיקולים כאלה, והענקת משקל ראוי לכל שיקול ענייני (אפשרות זו כוללת אפוא את איסור ההתחשבות בשיקול זר, אך כוללת גם את הדרישה החיובית להתחשבות בשיקולים ענייניים ואת הדרישה להעניק לכל שיקול כזה את המשקל הראוי).¹⁹⁸

נראה אם כן כי כל אחד מכמה מובנים שכיחים של המונח "שוויון" מהווה פרשנות סבירה של הדרישה האמורה לחלוקה על בסיס "מבחנים שוויוניים": כל אחד מהמובנים האלה מתיישב עם המטרה של הכלל וזוכה בעיגון מסוים בפרשנות שנתנו בתי-המשפט לכלל. "קבוצת-שוויון" – דוגמה אחרת היא ההנחה שעיקרון של "שוויון" כולל בחינה של "קבוצת-שוויון" כלשהי. עמדה זו מניחה כי פעולה פוגעת ב"שוויון" אם גלומה בה הענקת יחס שונה לאדם בהשוואה ליחס שניתן לאנשים המשתייכים לאותה "קבוצת-שוויון".¹⁹⁹ כך, למשל, נכתב כי –

הקביעה מיהם ה"שווים" ומיהם ה"שונים" לצורך החוק מותנית בהגדרת "קבוצת השוויון" – היא הקבוצה שהכלולים בה ראויים ליחס שווה, ואלה מחוצה לה ראויים ליחס שונה.²⁰⁰

הדוגמה הבאה ממחישה את ההתייחסות השכיחה ל"קבוצת-שוויון": לשם בחינת החשד (או הטענה) כי עיקרון של "שוויון" מופר על-ידי מתן שכר מסוים לעובד מסוים בעבור עבודה מסוימת, נערכת השוואה בין שכרו של העובד האמור לבין השכר של עובד אחר או של כמה עובדים אחרים. הבחינה אינה נעשית ביחס לכל עובד אחר או לכלל העובדים בעולם, אלא רק ביחס לחלקם, כלומר, רק ביחס לאלה שהם זהים או דומים או קרובים מספיק מבחינה מסוימת לעובד הראשון. הקרבה היא בדרך-כלל מבחינת אופי התפקיד (כאן מסתפקים בדרך-כלל בדמיון), ההכשרה הדרושה לתפקיד וזהות המעביד (כאן הדרישה היא בדרך-כלל לזהות, ולא

196 ראו בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, פס' 29–37 לפסק-דינו של השופט זמיר (1997).

197 ראו את הדיון ב"מסקנה כוללת" לעיל בפרק ב, החל בטקסט שלפני ה"ש 62 ואילך.

198 ראו עניין תאטרון ארצי לנוער, לעיל ה"ש 196, פס' 29–37 לפסק-דינו של השופט זמיר.

199 ראו שם, בעמ' 283–284.

200 עניין נסר, לעיל ה"ש 87, פס' 37 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

רק לדמיון או לקרבה). קבוצת העובדים העונה על המאפיינים הללו היא "קבוצת-השוויון" הרלוונטית (אף שקבוצה זו יכולה עקרונית להיות קבוצה ריקה או לכלול רק אדם אחד, לרוב ההנחה היא שהיא כוללת כמה עובדים, ולכן טבעי להתייחס אליה כאל "קבוצה"). נראה כי הקביעה האמורה של "סוג מוסד" כתנאי לחלוקת תקציב המדינה משקפת רעיון דומה של "קבוצת-שוויון", כלומר, החלוקה של מוסדות לסוגים אמורה לשקף "קבוצת-שוויון" שונות. הבעיה היא שהן מטרת הבחינה של "קבוצת-השוויון" והן אופן הבחינה (שאמור לשרת את המטרה) אינם ברורים. לגבי האופן, לא ברור, למשל, מהי הבחינה הרלוונטית שעל בסיסה יש לערוך את ההשוואה, מתי נדרשת זהות בין הנתונים המשווים ומתי מספיקה קרבה פחותה, וכמה קרבה נדרשת (במקרה האחרון). התשובות לשאלות אלה תלויות במטרת הבחינה, כלומר, בתוכן הרעיון הנורמטיבי – עקרון ה"שוויון" – העומד על הפרק. אולם גרסאות סבירות ושכיחות של המובנים המרכזיים של המונח "שוויון", ובכלל זה שוויון השוואתי, אינם כוללים (ואינם מחייבים ואף אינם מתיישבים עם) בחינה של "קבוצת-שוויון" בדרך האמורה, ולפעמים בשום דרך שהיא. במבט ראשון השאלה של "קבוצת-שוויון" עשויה להיראות כשאלה מיהם האנשים שזכאים לחלוקה שווה במסגרת תפיסה של שוויון השוואתי או באופן כללי יותר לחלוקה צודקת במסגרת עיקרון חלוקתי אחר – למשל, עיקרון המעניק עדיפות לאדם שמצבו רע. אולם השערה זו אינה סבירה, משני טעמים. ראשית, המובן של שוויון השוואתי, ואף הרעיון החלוקתי הכללי יותר, אינו המובן השכיח של המונח "שוויון" בהקשר המשפטי, ולכן לא סביר להניח שלכך הכוונה במונח "קבוצת-שוויון" בשיח המשפטי הנוהג. שנית, העמדות הסבירות והשכיחות לגבי התשובה לשאלת המעמד החלוקתי במסגרת עיקרון חלוקתי כאמור, ובכלל זה במסגרת תפיסה של שוויון השוואתי, הן רחבות בהרבה מהתשובות המקובלות לשאלת "קבוצת-השוויון" בהקשר המשפטי. העמדות החלוקתיות הסבירות והמקובלות מעניקות מעמד חלוקתי לכל אדם או לפחות לכל אדם המשתייך לאותה קהילה פוליטית – למשל, לכל תושב או אזרח של המדינה הרלוונטית – ולא רק לכמה עובדים באותו מקום עבודה, כפי שמקובל להניח במסגרת הדיון ב"קבוצת-שוויון" בהקשר המשפטי. ייתכן אמנם שההגבלה האמורה נובעת מההנחה שאין להטיל חובה כללית של צדק חלוקתי על אנשים ומוסדות פרטיים, אלא רק חובת צדק חלוקתי צרה יותר – למשל, כזו החלה רק כלפי עובדיו של המעסיק הפרטי. אולם אם זהו ההקשר, אזי נראה סביר יותר שהכוונה אינה להחיל עיקרון חלוקתי כאמור, אף לא בצורתו הצרה, אלא הכוונה היא למובן אחר של "שוויון".

סביר יותר, אם כן, שהדוקטרינה של "קבוצת-שוויון" מניחה מובנים שכיחים יותר של "שוויון" בהקשר המשפטי. אכן, לעיתים הרעיון של "קבוצת-שוויון" מקושר למובן אחר. בפרט, רעיון זה מקושר לעיתים לאיסור ההתחשבות בעובדות חסרות חשיבות נורמטיבית, כפי שמשקף, למשל, בקטע הבא:

היעדרו של קריטריון כלשהו להערכת ההבחנה בין היישובים השונים מקשה על הקביעה האם לפנינו יחס שונה לשווים או שמא יחס שונה ליישובים המקיימים ביניהם שוני רלוונטי... קבוצת השוויון נקבעת על סמך בחינת תכלית

הנורמה המבחינה, מהות העניין ועל-פי הנסיבות הפרטניות בכל מקרה
ומקרה...²⁰¹

הבעיה היא שהמובן הזה של חשיבות נורמטיבית אינו מייחס כאמור חשיבות עצמאית להשוואה, ולכן אינו מחייב בחינה של "קבוצת-שוויון" כלשהי, בעוד נראה שבחינה כזאת היא חלק הכרחי של הרעיון העומד בבסיס המונח "קבוצת-שוויון".²⁰² כל שנדרש כדי לקבוע אם עובדה מסוימת היא בעלת חשיבות נורמטיבית (מוסרית או משפטית) בכל הנוגע בפעולה מסוימת הוא בדיקה של תוכן הסטנדרט הנורמטיבי העומד על הפרק: אם הוא כולל התייחסות לעובדה הזאת או לא. למשל, אם העובדה הרלוונטית היא כישוריו של אדם מסוים מבחינה מסוימת, נדרשת בחינה של השאלה אם הכלל הרלוונטי מתייחס לכישורים או לא. בחינתן של עובדות אחרות, לרבות כאלה הנוגעות במצבה של "קבוצת-שוויון", אינה מעלה או מורידה בפני עצמה.²⁰³ ניתוח דומה חל גם לגבי המובן הפורמלי האחר של "שוויון" – עקביות בהחלה של כלל (יהא תוכנו אשר יהא): מובן זה אינו מחייב כל השוואה (אלא אם כן הכלל הרלוונטי עצמו הוא בעל תוכן של שוויון השוואתי).²⁰⁴ כך גם לגבי האפשרות שהרעיון של "קבוצת-שוויון" הוא חלק מאיסור ההפליה. לפחות המובן היסודי של הפליה – המתמקד בשאלה אם הטעם לחלוקתה של הטבה מסוימת הוא תכונות כגון דת, גזע או מין – אינו מחייב השוואה כלשהי.

הצדקה – אף שמטרת המאמר היא לבחון את תוכנם של כללים משפטיים, ראוי לציין, לפני סיכום, כי קיימת גם אי-בהירות עמוקה לגבי השאלה מהי ההצדקה של כללים משפטיים המקושרים למונח "שוויון", בין היתר כי ההצדקה של כלל משפיעה לעיתים על תוכנו. הצעות שונות לגבי ההצדקה של כללים המקושרים למונח "שוויון" מועלות לעיתים במפורש על-ידי אנשים בעלי כוח ליצירת משפט, בעיקר שופטים (אבל גם בעלי תפקידים אחרים, כגון נסחים של דברי הסבר להצעות חוק). דוגמה לכך היא ההתייחסות לשאלה אם הערך של "שוויון", במובן כלשהו, הוא אינטרינזי או אינסטרומנטלי או שניהם (שאלה אשר גם התשובה לה עשויה להשפיע על היקפו של עיקרון המשקף את הערך הזה). לעיתים נכתב כי משמעות העיקרון המשפטי של "שוויון" היא "צדק" או "הגינות" (או כי עיקרון זה נגזר מהערך של "צדק" או של "הגינות").²⁰⁵ אמירה זו מרמזת על הנחה של ערך אינטרינזי, בפרט כי מונחים אלה מקושרים לרוב לתפיסה שלפיה יש ערך אינטרינזי לשיקול חלוקתי (כלשהו). אולם לעיתים נכתב גם – לא פעם באותה נשימה – כי ערך ה"שוויון" נובע מהרצון למנוע תחושות שליליות ולתרום לגיבוש הקהילה. הסבר כזה עולה, למשל, מהציטוט הבא:

הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, ביודעו שגם האחרים עושים כמוהו... אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת

201 ש.ם.

202 מכיוון שנראה כי זהו חלק הכרחי, ספק אם ההתייחסות ל"קבוצת-שוויון" מניחה רק את התרומה האפיסטמית של ההשוואה לבחינתה של שאלה אחרת לא-השוואתית.

203 ראו לעיל פרק ב, הטקסט ליד ה"ש 74.

204 ש.ם, הטקסט ליד ה"ש 47 ואילך.

205 ש.ם, הטקסט ליד ה"ש 62.

בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה... תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות... הפליה היא רעה החודרת לבסיס המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את יסודותיו, עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטותו.²⁰⁶

הסבר זה מצביע על הנחה שהערך של עקרון ה"שוויון" הרלוונטי הוא אינסטרומנטלי, כלומר, הדאגה היא מכך ש"אי-שוויון" גורם תחושות שליליות (לרבות התחושה של אדם שהוא קורבן של יחס "לא-שוויוני" במובן כלשהו) ומסכן את המשטר הדמוקרטי. כאמור, עיקרון של "שוויון" עשוי להיות בעל ערך אינטרינזי ובעל ערך אינסטרומנטלי, אבל חוסר ההבחנה בין שתי האפשרויות הללו מטשטש את ההבדל המשמעותי ביניהן. אפשר להצביע על דוגמאות רבות נוספות לאי-הבחירות של המונח "שוויון", החורגת מרב-משמעיותו של מונח זה, וכוללת (גם) ספק לגבי משמעותו של מובן ספציפי של שוויון.²⁰⁷ אבל נדמה לי שכל הדוגמאות הללו ממחישות שוב את הטענה שאי-בהירות זו היא עמוקה ונוגעת לא רק בשולי המונח, אלא גם בגרעינו.

ד. סיכום

הסקירה במאמר מצביעה על כך שהשיח המשפטי העוסק ב"שוויון" כולל, תחת קורת-גג מושגית אחת, כמה רעיונות שונים, עם תוכן שונה והשלכות שונות. לכן ההנחה המקובלת שקיים רעיון יסודי אחד של "שוויון" בהקשר המשפטי היא שגויה. מכיוון שלא תמיד נערכת הבחנה ברורה בין המובנים השונים, קשה לעיתים לזהות את המובן הרלוונטי של "שוויון". אי-הבחירות העמוקה של המונח "שוויון" במשפט היא משמעותית בשל מרכזיותו של המונח. הבנה טובה יותר של הרעיונות השונים המטושטשים לעיתים קרובות תחת הכותרת המטעה "שוויון" בהקשר המשפטי מחייבת לצמצם את השימוש במונח "שוויון". כך תפחת האשליה שהכותרת "שוויון" מסבירה את משמעות הרעיון העומד על הפרק. שימוש מדויק יותר במונח זה מחייב הבחנה בין מובנים שונים שלו וייחודו למובן אחד.²⁰⁸ במקביל יש לחשוב מחדש על משמעותם של כללים משפטיים מרכזיים המתוארים תחת הכותרת "שוויון", כדי להבהיר את תוכנם, וכך לחשוב בצורה שיטתית על השאלה אם הם ראויים וכיצד ראוי לפרשם.

206 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
 207 הנה דוגמה אחרונה (לא מהמשפט הישראלי עצמו, אלא מהספרות המשפטית האקדמית): הטענה שלפיה "שוויון" מושג לעיתים באמצעות "יחס שוויוני", במובן של העדר התחשבות בעובדות כגון דת, גזע או מין, אבל במצבים אחרים כדי להשיג "שוויון" (בפרט "שוויון" בין הקבוצות – שוויון במצב או רק שוויון בהזדמנות) נדרשת "העדפה מתקנת". ראו זמיר וסובל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 200. נראה כי יש כאן אי-הבחנה בין רעיונות נורמטיביים שונים (המתוארים כולם, באופן מטעה, באמצעות מונח אחד – "שוויון"), בלי הסבר ברור שלהם ושל ההבדלים ביניהם.
 208 כאמור, החלופה המוצלחת ביותר מבחינת בהירות היא המובן של שוויון השוואתי. ראו לעיל פרק ב, הטקסט לפני ה"ש 23.