

## השוויון הריק מתוכן

מאת

פטר ווסטן\*

Westen Peter, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARVARD LAW REVIEW, 537-596 (1982)

עיקרון השוויון – שלפיו יש לתת יחס שווה לשווים – היה נתון קבוע בחשיבה המערבית מזה אלפי שנים. במאמר זה פרופ' ווסטן טוען כי שרידותו של העיקרון נובע מן העובדה שהוא חסר תוכן. על מנת שלעיקרון תהיה משמעות, עליו לאמץ ערכים חיצוניים כלשהם הקובעים אילו בני-אדם הם שווים, ואיזה יחס הוא שווה, אולם ברגע שערכים חיצוניים אלה מתבררים, עיקרון השוויון הופך למיותר. חמור מכך – שוויון נוטה ליצור בלבול ושגיאות לוגיות. כתוצאה מכך, פרופ' ווסטן מסיק כי יש לזנוח את רטוריית השוויון.

השוויון נתפס בדרך כלל כנושא נפרד מזכויות וחירויות. הזכויות הן רבות ומגוונות; השוויון לעומת זאת, יחידני. זכויות הן סוגיה מורכבת; השוויון הוא סוגיה פשוטה. הזכויות מטבען לא מבוססות על השוואה, מאחר שהמקור וההצדקה שלהן נעוצים ברווחתו של הפרט היחיד; מנגד, השוויון מבוסס השוואה, מאחר שהמקור והגבולות שלו נובעים מהיחס לאחרים. הזכויות מתמקדות בשלילה מוחלטת; השוויון מתייחס לשלילה יחסית. הזכויות משמען גיוון, יצירתיות וסיווג; שוויון משמעו אחידות. הזכויות אינדיבידואליסטיות, השוויון הוא חברתי. כך על כל פנים נהוג לומר.<sup>1</sup>

\* כל הזכויות שמורות. התרגום והפרסום באישור. תרגום מאנגלית: תמי ושמועון נטף. פרופסור (אמריטוס) למשפטים עלי-שם פרנק ג. מילרד, אוניברסיטת מישיגן. מאמר זה מבוסס על מחקר שהוצג בסמינר בפקולטה במישיגן ב-6 בפברואר 1980.  
<sup>1</sup> ראו: J. FEINBERG, SOCIAL PHILOSOPHY, 98-119 (1973), (הזכויות בטבען אינן מבוססות על השוואה בעוד שהשוויון כן); A. FLEW, THE POLITICS OF PROCRUSTES 29 (1981), ("במידה שאתה מאמין בשוויון באופן אותנטי, אתה מחויב לומר כי מה שיש לתת לאנשים שונים ייקבע בעיקר על פי התייחסות למה יש לאחרים, ולא

הבדלים אלה בתפיסת הסוגיות השונות משתקפים ברצוא ושוב כלשהו שבין אידיאל השוויון מחד גיסא, ובין אידיאל הזכויות והחירויות, מאידך גיסא. כשמייסדי חוקת ארצות הברית באו להגדיר את היחס שבין השלטון המרכזי ובין העם, הם דיברו באמצעות מגילת זכויות; שבעים וחמש שנים לאחר מכן, כשהמנצחים במלחמת האזרחים בנו מחדש את מערכת היחסים בין העם ובין המדינות, הם דיברו בלשון של "שוויון".<sup>2</sup> עד לפני חמישים שנים, השוויון נדחה בתור טיעון משפטי למעמד "מוצא אחרון",<sup>3</sup> טיעון שיש להימנע ממנו אלא אם כן נבחנו ונדחו כל ה"זכויות" הזמינות; כיום, השוויון הפך לטיעון הראשון במעלה, טיעון שמאיים לבלוע את ה"זכויות" שבעבר נחשבו לעליונות עליו באופן ניכר.<sup>4</sup> ההנגדה בין "זכויות" ובין "שוויון" הובילה גם לתפיסה כי מתקיים מתח ביניהם.<sup>5</sup>

למה אותם אנשים עצמם הם או אינם, עשו או לא עשו"; S. LAKOFF, EQUALITY IN POLITICAL PHILOSOPHY 6 (1964), ("באופן רשמי יש רעיון אחד של שוויון [...]"); (1974) Feinberg, *Noncomparative Justice*, 83 PHIL. REV. 297, 310 (עקרונות שלא מבוססים על השוואה "מגוונים באופן בלתי ניתן לצמצום" בעוד שעקרונות מבוססי השוואה תמיד חולקים את אותה ה"צורה"); Lucas, *Against Equality Again*, 52; (1977) PHIL 255, 271 ("הצדק אינו שוויון [...] הצדק מורכב לאין ערוך מהשוויון"); Nisbet, *The New Despotism*, COMMENTARY, June 1975, at 31, 40 של החירות היא "הבחנה", "מגוון" ר"יצירתיות" בעוד שמשמעותו של השוויון היא "אחידות"; Raphael, *Tensions Between the Goals of Equality and Freedom*, in 2 EQUALITY & FREEDOM 543, 553 (G. Dorsey ed., 1977). (החופש הוא ערך יחידני, בעוד שהשוויון הוא ערך חברתי); Wright, *Judicial Review and the Equal Protection Clause*, 15 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1, 17-18 (1980) (השוויון מדבר במונחים "יחסיים" ולא "אבסולוטיים").

<sup>2</sup> השוויון נכנס לחוקה כפי שאושרה בשנת 1789 רק באופן משיק. לא היה זה נושא שהעסיק את מנסחי אותו מסמך או את המאשרים אותו במיוחד, ואת W. ADAMS, *THE FIRST AMERICAN CONSTITUTIONS* 176 (1980) ("רוב המדינות לא הכירו באופן רשמי בעיקרון השוויון במסמכים החוקתיים הראשונים שלהן בשנים שלאחר העצמאות"), למאמרו של J. Pole, *The Pursuit of Equality in American History* 148-176 (1978) (תיקוני תקופת הרקונסטרוקציה עסקו בעיקרם ברעיון השוויון).

<sup>3</sup> "מה שאנו עדים לו כעת הוא שינוי, משמעותי אם כי עדיין לא מוחלט, בהעברת מרכז הכובד מסעיף ההליך ההוגן אל סעיף ההגנה השווה של התיקון [הארבעה-עשר]. סביר מאוד להניח שסעיף ההגנה השווה ישמש, עבור הדור הבא, מה ששימש סעיף ההליך ההוגן בעבר בפרשנות חוקתית ופוליטית." Commager, *Equal Protection as an Instrument of Revolution*, in CONSTITUTIONAL GOVERNMENT IN AMERICA 467 (1980) ראו Kurland, *The Supreme Court, 1963 Term - Foreword: Equal in Origin and Equal in Title to the Legislative and Executive Branches of the Government*, 78 HARV. L. REV. 143, 144 (1964). השוויון את המאמר: Karst, *The Supreme Court, 1976 Term - Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 HARV. L. REV. 1, 4, 26-33 (1977) (בטענה שסעיף ההגנה השווה של התיקון הארבעה-עשר מספק את הבסיס לזכויות "אזרחות" שאליהן התייחסו בעבר כאל זכויות נפרדות) עם המאמר Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, 79 COLUM. L. REV. 1023, 1024, 1074-1081 (1979) (בטענה שפסקי דין מתחום זכויות היסוד "אינם באמת חלק מדוקטרינת הגנה שווה כלל").

נאמר לעתים שהשוויון משגשג על חשבון הזכויות, בדיוק כפי שיש הסבורים שהזכויות משגשגות על חשבון השוויון.<sup>6</sup> שני המושגים גם נחשבים לחשובים זה מזה על ידי אנשים שונים. כך, לעתים קרובות נאמר כי הזכויות הן המקור לשוויון, בעוד שהשוויון נחשב לשורשן או מקורן של הזכויות כולן.<sup>7</sup> אני סבור כי הנגדה זו בין הזכויות והשוויון היא תפיסה שגויה מיסודה. היא מבוססת על חוסר הבנה בדבר תפקידו של השוויון בשיח האתי, הן ברמה המשפטית והן ברמה המוסרית. על מנת שדבריי לא יובנו באופן שגוי, הרשו לי להדגיש למה אני מתכוון במושגים שוויון וזכויות. במושג "שוויון", אני מתכוון לטיעון משפטי ומוסרי שלפיו "יש להעניק יחס שווה לאנשים שווים",<sup>8</sup> ולטיעון

<sup>5</sup> E. BARKER, PRINCIPLES OF SOCIAL & POLITICAL THEORY 159 (1951); ראו D. PHILLIPS, EQUALITY, JUSTICE AND RECTIFICATION 70-75 (1979); Baechler, *Liberty, Property, and Equality*, 22 NOMOS: PROPERTY 269 (1980) (שוויון הוא איום על החירות בכך שאם נעשה ניסיון להשיג שוויון, החירות גוועת); Mazor, *The Exhaustion of the Ideals of Freedom and Equality in the United States*, in 1 EQUALITY & FREEDOM 177, 175, בעמ' 177; McLean, *Liberty, Equality and the Pareto Principle: A Comment on Weale*, 40 ANALYSIS 212 (1980) (ליברליזם אינו יכול להתיישב באופן קוהרנטי עם שוויוניות); Nagel, *Issues Regarding Tensions Between Goals of Equality and Freedom*, in 2 EQUALITY & FREEDOM 610, 603, בעמ' 610, ה"ש 1; Nisbet, לעיל ה"ש 1, בעמ' 32; Raphael, לעיל ה"ש 1, בעמ' 553.

<sup>6</sup> לדעה מוסמכת על כך שהשוויון משגשג כיום, ראו: 2 F. HAYEK, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY 80-85 (1976); Nisbet, *The Pursuit of Equality*, PUB. INTEREST, Spring 1974, at 103, 116-118 (השוויון משגשג בקרב הפילוסופים); לעמדה שלפיה הזכויות משגשגות כיום על חשבון השוויון ראו: P. GREEN, THE PURSUIT OF INEQUALITY 166, 262 (1981); M. LEWIS, THE CULTURE OF INEQUALITY 4-17, 126-131 (1978).

<sup>7</sup> לעמדה שלפיה הזכויות והחירויות הן יסודיות יותר מן השוויון, ראו Beck, *Liberty and Equality*, 10 IDEALISTIC STUD. 24, 36 (1980) (החירות "יסודית יותר" מהשוויון); Machan, *Equality's Dependence on Liberty*, in 2 EQUALITY & FREEDOM 664-665, 663, בעמ' 664-665, Raphael, לעיל ה"ש 1, בעמ' 555 ("החופש נראה כערך גדול יותר מהשוויון"). לעמדה הנוגדת, כלומר כי השוויון הוא המקור לכל הזכויות והחירויות, ראו: R. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 273-274 (1977); Rawls, *Justice as Fairness*, 67 PHIL. REV. 164, 165-166 (1958). למאמר: Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUM. L. REV. 828, 845-846 (1979) (בביקורת על העמדה של דבורקין שלפיה כל החירויות נגזרות מעיקרון השוויון).

<sup>8</sup> נאמר לעתים כי במקום רעיון אחד בסיסי של שוויון, למעשה יש מספר רעיונות מובחנים של השוויון. ראו למשל, P. POLYVIU, THE EQUAL PROTECTION OF THE LAWS 1-5, 7-24 (1980); D. RAE, EQUALITIES 133 (1980) (שלושה סוגים בסיסיים של שוויון); A. ROSS, ON LAW AND JUSTICE 270-272 (1981) (לפחות 108 סוגים של שוויון); W. FRANKENA, *Some Beliefs about Justice*, in PERSPECTIVES ON MORALITY 93, 96-96 (1976) (חמישה סוגים של צדק חלוקתי); J. PERELMAN, THE IDEA OF JUSTICE AND THE PROBLEM OF ARGUMENT 6-7 (J. Petrie trans., 1963) (שישה סוגים של צדק חלוקתי); N. RESCHER, DISTRIBUTIVE JUSTICE 73 (1966) (שבעה סוגים של צדק חלוקתי). אולם במציאות, הסוגים הבאים של השוויון הם רק גיוון מהותי של העיקרון המקובל והרשמי שלפיו "יש להתייחס באופן שווה לשווים". על כן, האמירה כי יש לחלק טובין בהתאם ליכולת, צרכים, עמל או רצונות, היא באופן פשוט האמירה כי הקריטריון המהותי שמגדיר את המובן שבו האנשים שווים הוא יכולת, צרכים, עמל או רצונות. במובן זה, טעות היא לחשוב שניתן למנות

התואם לו שלפיו "יש לתת יחס שונה לאנשים שונים".<sup>9</sup> כך שהשוויון כולל את כל ההצהרות אשר משמעותן בפועל כי יש להתייחס לאדם באופן מסוים בגלל שהוא "זוהה" או "שווה" או "כמו" או "דומה" או "אותו הדבר" כמו משהו אחר הזוכה ליחס האמור.<sup>10</sup> לעומת זאת, "זכויות" משמען כל הטענות שניתן לטעון באופן מוצדק על ידי פרט או קבוצה של פרטים, או בשמם, בזכות תנאי או כוח כלשהו<sup>11</sup> – חוץ מן הטענות שלפיהן "יש לתת יחס שווה לשווים". הזכות יכולה להיות "חירות", "פררוגטיבה", "פריבילגיה", "סמכות", "פטור" או "חסינות".<sup>12</sup> מקורה

את הסוגים השונים של השוויון ברשימה סופית, ארוכה ככל שתהיה. מחד גיסא, יש כמה גרסאות מהותיות של השוויון כמספר הרעיונות המהותיים של זכות וזכאות שבאמצעותן ניתן לכנות אנשים "שווים" או "לא שווים"; מאידך גיסא, קיים רעיון רשמי אחד של שוויון – "יש להתייחס באופן שווה לשווים". ראו S. LAKOFF, לעיל ה"ש 1 בעמ' 6 ("באופן פורמלי יש רק רעיון אחד של שוויון; באופן מהותי, יש רעיונות רבים כאלה"). רעיון אחד של שוויון שאינו בדמות "יש להתייחס באופן שווה לשווים" הוא מה שנקרא "חזקת השוויון", שהיא הטיעון שלפיו יש להתייחס לכולם בצורה זהה אלא אם כן יש סיבה טובה להתייחס אליהם באופן שונה. לטענה כי "חזקת השוויון" לא רק סותרת את הרעיון שלפיו "יש לתת יחס שווה לשווים" אלא גם לא קוהרנטית בהנחותיה הבסיסיות, ראו להלן ה"ש 123.

<sup>9</sup> אף על פי שיש טענה כי אין קשר בין הטיעון "יש להתייחס באופן שווה לשווים" ובין "יש להתייחס באופן שונה לשונים", ראו A. FLEW, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36; Honore, *Social*; (1962) 8 MCGILL L.J. 77, 83, *Justice*, ניתן להדגים כי באופן לוגי האחד מוביל לשני. ראו Note, *Equal Protection: A Closer Look at Closer Scrutiny*, 76 MICH. L. REV. 771, 781 n 34 (1978); ראו גם את המקורות בה"ש 123 להלן.

<sup>10</sup> למרות קיומם של ברי סמכא המבחינים בין מונחים דוגמת "כמו", "דומה", "שווה", "זוהה", ר"אותו דבר", ראו למשל Adler & Hutchins, *The Idea of Equality*, in THE GREAT IDEAS TODAY 1968, at 303, 321-322 (M. Adler & R. Hutchins eds., Bedau, *Egalitarianism and the Idea of Equality*, 9 NOMOS: (1967) 3, 4-13; Menne, *Identity, Equality, Similarity: A Logico-*; EQUALITY 3, 4-13 (1967) *Philosophical Investigation* 4 RATIO 50 (1962). ההנחה במאמר זה, אלא אם כן נאמר אחרת במפורש, היא שמונחים אלה זהים למטרת הטענה כי "יש להתייחס באופן שווה לשווים".

<sup>11</sup> אני לוקח את ההגדרה ל"זכות" מהמאמר של M. GINSBERG, ON JUSTICE IN SOCIETY 74 (1965). אינני נאמן לניסוח הספציפי של גינזבורג. לאלטרנטיבות שאותן הייתי מקבל כמשביעות רצון במידה שווה, ראו J. Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, in RIGHTS, JUSTICE, AND THE BOUNDS OF LIBERTY 143, 155 (1980) ("החזקה בזכות פירושה שיש טענה כלפי מי שהכרתו התקפה נדרשת על ידי סדרה כלשהי של עקרונות מוסר או כללי שלטון"); Gewirth, *The Basis and Content of Human Rights*, 23 NOMOS: HUMAN RIGHTS 119, 120 (1967) ("זכויותיו של האדם הן מה ששייך לו על פי מה שמגיע לו, מה שהוא זכאי לו ועל כן מה שהוא יכול בצדק לדרוש מאחרים"), Hart, *Bentham On Legal Rights*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE (Second Series) 170, 197 Simpson ed., 1973; McCloskey, *Rights - Some Conceptual Issues*, 54 AUSTRALASIAN J. PHIL. 99, 99 (1976) (הזכויות הן "הזכאויות לעשות, להחזיק, ליהנות או שיעשה עבורנו דבר מה").

<sup>12</sup> Wesley Hohfeld סבר כי מועיל לחלק את "הזכויות" לארבע תתי קטגוריות: "טענות" (או "זכויות"), "פריבילגיות" (או "חירויות"), "סמכויות" ו"חסינויות". ראו: W. HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS 35-63 (W. Cook ed., 1964) (1<sup>st</sup> ed., 1919). אני משתמש במונח "זכות" במובנו ה"גנרי", כפי שכינה זאת הוהפלד (בברז), כלומר, על מנת להצביע על "כל סוג של יתרון חוקי, בין אם טענה, פריבילגיה, סמכות או חסינות", שם, בעמ' 42, 71; ראו גם People v. Dikeman, 7 How. Pr. 124, 130 (N.Y. Sup. Ct. 1852) (Strong, J.) ("המילה 'זכות' מוגדרת על ידי מילונאים כמילה המסמנת, בין היתר,

של זכות עשוי להיות במשפט, במוסר או במנהג;<sup>13</sup> היא עשויה להיות מבוססת על השוואה ועשויה שלא להיות;<sup>14</sup> היא עשויה לכלול עיקרון או מדיניות;<sup>15</sup> ועשויה להיות אבסולוטית או ברת ביטול.<sup>16</sup> הטענות היחידות שאינן נחשבות ל"זכויות" הן

רכוש, אינטרס, סמכות, פרוגטיבה, חסינות, פריבילגיה. המילה 'זכות' ב-WALKER'S (DICT.) בתחום המשפט, המונח מיוחס לרוב לרכוש במוכח הצר, אך הוא משמש לעתים קרובות גם על מנת להצביע על סמכות, פרוגטיבה ופריבילגיה...") (הדגש במקור). ציטוט מתוך W. HOHFELD, שם, בעמ' 36-37; Hart, לעיל ה"ש 11, בעמ' 173 (בנת'ם השתמש ב"זכויות" על מנת להתייחס באופן כללי ל"זכויות נטענות", "חירויות", "פריבילגיות" ר "סמכויות"). בעוד שתתי הקטגוריות של הוהפלד מדגישות הבחנות ויחסים שאותן ניתן לפספס בלעדיהן, ראו: Brady, *Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld*, 8 TRANSACTIONS CHARLES S. PERRY, *A Paradigm of Philosophy: Hohfeld on*; PEIRCE SOC'Y 246 (1972); *Legal Rights*, 14 AM. PHIL. Q 41 (1977), הרי שתתי הקטגוריות אינן יעילות למטרת ההבחנה בין המוכח ה"גנרי" של "זכות" ובין הטיעונים שלפיהם "יש להתייחס באופן שווה לשווים", וכן "יש להתייחס באופן שונה לשונים". על כן, למרות שיש מי שיבחין בין "זכויות" (או "טענות") מחד ובין "פריבילגיות" (או "חירויות") מאידך, ראו למשל, Hart, *Are There Any Natural Rights?*, in HUMAN RIGHTS 61, 64-65 (A. Melden ed., Williams, *The Concept*; Hart, לעיל ה"ש 11, בעמ' 171, 178-179, 182-179, *of Legal Liberty*, 56 COLUM. L. REV 1129 (1956) בין טענה לפעולה של השלטון, פעולה או מחדל של אנשים פרטיים, מחד גיסא, לטענה של מחדל של השלטון מאידך גיסא. ראו W. BUCKLAND, *SOME REFLECTIONS ON* H. Hart & A. Sacks, *The Legal Process* 147-; JURISPRUDENCE 92-96 (1945) 148 (tent. ed., 1958) (unpublished manuscript in Harvard Law School Library). באופן זה, בעוד שיש מי שמבחין בין "זכויות" ובין "סמכויות", ראו למשל H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 26-41 (1961), ההבחנה בעיקרה היא בין טענות ללא תנאי לטענות מותנות או תלויות. ראו: J. LUCAS, *THE PRINCIPLES OF* POLITICS 157 n.1 (1966); COHEN, *Book Review*, 71 MIND 395, 405-406 (1962); *AND LAWYERS' REASONING* 147, 157 & nn.74-75, 161 n.93 (1964), ההבחנה (אם ישנה) נחזית להיות בין טענות לא חוקתיות ובין טענות חוקתיות. ראו Hart, לעיל ה"ש 11, בעמ' 198-200.

<sup>13</sup> המקור של הזכות תלוי במטרה שלשמה היא נטענת. למטרותיו של המשפט החוקתי, על מקור הזכות להיות בחוקה; למטרותיו של החוק המקומי, על מקורה להיות חוק או דוקטרינה של המשפט המקובל; למטרותיו של המוסר, על המקור שלה להיות סדרת הנחות מוסריות ברות סמכות או מוסכמות. ראו J. Feinberg, לעיל ה"ש 11, בעמ' 154. לתיאור עקרונות המוסר השונים שבהם על פי רוב נתמכות הטענות לזכויות, ראו Gewirth, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1144.

<sup>14</sup> זכות "מבוססת השוואה" היא זכות של אדם "שנקבעת רק בהקשר של יחסיו עם בני אדם אחרים", בעוד זכות "לא מבוססת השוואה" היא זכות "שאותה ניתן לקבוע ללא תלות בזכותם של אחרים" (1974) 297, 298 PHIL. REV. 297, 298; Feinberg, *Noncomparative Justice*; ראו גם: Browne, *Nonegalitarian Justice* 5 AUSTRALASIAN J. PHIL 48, 49-50 (1978), (אימוץ הטרמינולוגיה של פיינברג).

<sup>15</sup> רונלד דבורקין מגביל את המונח "זכויות" למה שהוא מכנה "עקרונות" (בניגוד ל"מדיניות" סתם). ראו R. DWORKIN, לעיל ה"ש 7, בעמ' 22-31, 90-100, 180-182, 191, 227, 273. אחד המאפיינים הבולטים של ה"זכויות" הדבורקיאניות, בהגדרתן זו, היא יכולתן "לגבור" על "מדיניות" סתמית. ראו Regan, *Glosses on Dworkin: Rights, Principles, and Policies*, 76 MICH. L. REV. 1213, 1214-1234 (1978). לא אעשה שימוש במונח "זכות" במוכח מיוחד שכזה.

הטענות שלפיהן "יש להעניק יחס שווה לשווים". במאמר זה אנסה לבסס שני טיעונים: (א) כי ההצהרות בדבר השוויון מובילות באופן לוגי (ובהכרח קורסות אל תוך) הצהרות פשוטות יותר של זכויות; וכן כי (ב) הצעד הנוסף של תרגום הצהרות פשוטות בדבר זכויות להצהרות בדבר שוויון לא רק שכוללות עבודה מיותרת, אלא גם יוצרות בלבול מושגי תהומי. השוויון, אם כן, הוא רעיון שיש לגרש מן השיח המוסרי והמשפטי כנורמה מסבירה. המאמר מחולק לשלושה חלקים. הפרק הראשון מבקש להדגים כי: (1) הטיעון שלפיו "יש לתת יחס שווה לשווים" הוא טאוטולוגי; (2) כי הזכויות שאותן מייחסים בטעות לרעיון השוויון נגזרות כולן מזכויות מהותיות חיצוניות וכן כי (3) לא ניתן לבצע אבחנה לוגית בין רעיון השוויון לנוסח הסטנדרטי של צדק חלוקתי – כלומר הנוסחה שלפיה "על כל אדם לקבל את שמגיע לו". הפרק השני מנתח את שלוש הצורות הפרדיגמטיות בפסקי דין שעסקו בזכות להגנה שווה במשפט החוקתי האמריקני, על מנת להדגים כי הניסוח במונחי "שוויון" מיותר לחלוטין. הפרק השלישי טוען בעקבות כך כי הבלבול שנוצר כתוצאה מניתוח בעיות במונחים של שוויון אינו מצדיק את היתרונות הרטוריים בלבד שיש לניתוח כזה.

## 1. השוויון במוסר

חקר השוויון החל על ידי אפלטון ואריסטו, שהיו הראשונים שהצהירו כי יש לתת יחס שווה לשווים, והעניקו לשוויון את מעמדו הרם במשפט ובמוסר. אריסטו, תוך שהסתמך על עבודתו של אפלטון,<sup>17</sup> קבע שני דברים ביחס לשוויון אשר שולטים מני אז בחשיבה המערבית:

- (1) השוויון במוסר משמעו: יש לתת יחס שווה לדברים שהם שווים, בעוד שיש לתת יחס שונה לדברים שהם שונים בהתאם לשוני שלהם.<sup>18</sup>
- (2) השוויון והצדק הם היינו הך: להיות צודק הוא להיות שוויוני, חוסר צדק הוא חוסר שוויון.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> להבחנה בין זכויות "אבסולוטיות" ובין "זכויות לכאוריות", ראו J. Feinberg, *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in RIGHTS, JUSTICE, AND THE BOUNDS OF LIBERTY 221, 225-227 (1980). לסיווג נוסף של זכויות, לרבות ההבחנות בין זכויות הנוגעות לאדם ("in personam") ובין זכויות הנוגעות לרכוש ("in rem"), זכויות פוזיטיביות ונגטיביות, וזכויות אקטיביות ופסיביות, ראו J. FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 59-60.

<sup>17</sup> PLATO, GORGAS 507E-508A (B. Jowett trans. 1892); PLATO, PHAEDO 74 (B. Jowett trans. 1892); PLATO, THE REPUBLIC VIII.558 (B. Jowett trans., 1982); ראו: M. GINSBERG, לעיל ה"ש 11, בעמ' 66, 80-81; P. POLYVIU, לעיל ה"ש 8, בעמ' 7 ("השוויון מתחיל ללא יוצא מהכלל בעיקרון של אריסטו שהשוויון מורכב מיחס שווה לשווים ויחס לא שווה ללא שווים"). לרעיון הפיתגוראי של השוויון, ראו Guthrie, *Pythagoras and Pythagoreanism*, in 7 ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY 37, 38 (1967).

<sup>18</sup> ARISTOTLE, ETHICA NICOMACHEA V.3.1131a-1131b (W. Ross trans., 1925); ARISTOTLE, METAPHYSICA I.5.1055b-1056b (W. Ross trans., 1928); ראו גם: W. HARDIE, ARISTOTLE'S ETHICAL THEORY: 2d ed., 1928; H. Kelsen, *Aristotle's Doctrine of Justice*, in WHAT IS; 189 (2d ed. 1980); K. MARCOWGAU, *Aristotle's Theory of Justice*; 110, 127-128 (1957); *Corrective Justice and Reciprocity*, in PHILOSOPHICAL ESSAYS 21 (1967).

טיעונים אלה מעלים שתי שאלות לדיון. ראשית, מה הקשר בין העובדה ששני דברים הם שווים ובין המסקנה המוסרית שיש להתייחס אליהם באופן שווה? שנית, מה ההצדקה לשקילות השוויון והצדק?

### א. הקשר בין שוויון ובין הזכאות ליחס שווה

הטיעון שלפיו "יש לתת יחס שווה לשווים" נחשב לאמת מוסרית אוניברסלית – אמת ניתן "לדעת באופן אינטואיטיבי, בבהירות ובביטחון מושלמים".<sup>20</sup> מדוע? מה הקשר בין העובדה שבני האדם שווים ובין המסקנה הנורמטיבית שיש להתייחס אליהם באופן שווה? כיצד אנו עוברים מן ה"מצוי" אל ה"רצוי"? את התשובה לכך ניתן למצוא במרכיביה השונים של נוסחת השוויון. הנוסחה שלפיה "יש לתת יחס שווה לבניאדם שווים" מורכבת משני רכיבים: (1) הקביעה כי שני בניאדם הם שווים זה לזה (להלן: הרכיב הראשון); וכן (2) שיפוט מוסרי הקובע כי יש להתייחס אליהם באופן שווה. הרכיב המכריע הוא הראשון. ברגע שנקבע כי שני בני אדם הם שווים לעניין עיקרון השוויון, מתקיימת מאליה הידיעה בדבר היחס הראוי לו הם זכאים. על מנת להבין מדוע הדבר כך – כלומר, על מנת להבין איך הרכיב הראשון עובד – יש להבין איזה סוג קביעה הוא הרכיב הראשון. יש להבין במדויק מה הכוונה בהיגד שלפיו לעניין השוויון שני אנשים הם שווים. ראשית, פירושו של הביטוי "בני אדם שווים" עשוי להיות בני אדם השווים בכל המובנים. הקושי בכך הוא שאין שני בני אדם השווים בכל מובן אפשרי. הדברים היחידים השווים בכל מובן אפשרי הם צורות וסמלים לא ממשיים כגון מספרים אידיאליים וצורות גיאומטריות, שאינם כפופים למוסר מצד עצמם.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> ARISTOTLE, ETHICA EUDEMIA VII.9.1241b (W. Ross ed. 1925); ARISTOTLE, ETHICA NICOMACHEA V.3. 1131a-131b (W. Ross trans., 1925); ARISTOTLE, POLITICS III.9.1280a, III.12.1282b-1283a, V.I.1301a-1301b (B. Jowett trans. 1921).

<sup>20</sup> C. PERELMAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 12 ("רעיון הצדק בהכרח מצייר לכולם רעיון של שוויון מסוים. מאפלטון ואריסטו, דרך תומאס אקווינס, עד למשפטנים, אנשי רוח ופילוסופים של ימינו עוברת כחוט השני ההסכמה על נקודה זו"). H. SIDGWICK, THE METHODS OF; Frankena; ETHICS 380 (7<sup>th</sup> ed. 1907), לעיל ה"ש 8, בעמ' 94 ("יש עיקרון אחד של צדק חלוקתי שעליו נראה שיש הסכמה כללית, והוא שיש להתייחס או לפתור בצורה דומה את המקרים והפרטים הזוהים, או שמקרים זהים יקבלו יחס זהה"); ראו גם: ARISTOTLE, ETHICA NICOMACHE V.3.1131a-1131b (W. Ross trans., 1925) (יחס שבין השוויון והצדק מובן מאליו: "אם, בעקבות כך, הבלתי צודק הוא הבלתי שווה, הרי שהצודק הוא השווה, כפי שכל בני האדם מניחים, גם ללא קשר למחלוקת").

<sup>21</sup> ראו C. PERELMAN, JUSTICE, LAW AND ARGUMENT 35 (1980) (מתייחס לעיקרון של לייבניץ לגבי זהותם של הבלתי מובחנים, כלומר, לכך שלא קיימים שתי ישויות זהות); Bedau, לעיל ה"ש 10, בעמ' 8 (מתייחס לעיקרון של לייבניץ כי "מה שזהה בכל מובן הוא אותו הדבר עצמו"); Tammelo, *Equality as the Core of Justice*, 52 ARCHIV; FUR RECHTS UND SOZIALPHILOSOPHIE 135, 138 (1966) ("ניתן לטעון לשוויון בין שתי ישויות רק בתחום של ישויות פורמליות"). הדיון של אפלטון בשוויון מתוך *Phaedo* הוא אניגמטי:

שנית, פירושו של הביטוי "בני אדם שווים" עשוי להיות בני-אדם שאף על פי שאינם שווים בכל המובנים, הם בכל זאת שווים במובנים מסוימים. למרבה הצער, בעוד ההגדרה הקודמת מחריגה כל אדם בעולם, הגדרה זו כוללת כל אדם בעולם, שכן כל בני האדם וכל הדברים שווים במובן כלשהו; נותרנו עם הטיעון המוסרי המגוחך שלפיו "יש לתת יחס שווה לכל בני האדם ולכל הדברים".<sup>22</sup> שלישית, הביטוי "בני אדם שווים" עשוי להתייחס לבני אדם השווים באופן מוסרי במובן כלשהו. משמעות זו מצליחה להימנע מן המכשול הפילוסופי האוסר על גזירת נורמות מעובדות.<sup>23</sup> הוא פותח בקביעה נורמטיבית שלפיה שני בני אדם שווים בהיבט משמעותי מבחינה מוסרית, ומתקדם למסקנה נורמטיבית שלפיה יש להעניק לשניהם יחס שווה. במקום לגזור "רצוי" מ"מצוי", הוא גוזר "רצוי" מ"רצוי". אולם, לא קיימים בטבע קטגוריות של אובייקטים השווים מבחינה מוסרית; שוויון מוסרי נוצר רק כשבני אדם מגדירים קטגוריות מוסריות.<sup>24</sup> לכן, היגד שלפיו בני אדם שווים מבחינה מוסרית, הוא ביטוי לאמת מידה מוסרית של יחס – אמת מידה או כלל המגדירים יחס מסוים לבני אדם מסוימים<sup>25</sup> – וביחס לאמת המידה או לכלל הזה הם שווים, ועל כן זכאים ליחס שווה.<sup>26</sup>

"האם לא ראינו שוויון של דברים חומריים, כגון פיסות עץ ואבנים, ולקטנו מהם רעיון של שוויון השונה מהם? כי תכיר שיש הבדל? או תסתכל על העניין בדרך אחרת – האם אותן חתיכות עץ או אבנים אינן מופיעות פעם שוות, ובפעם אחרת אינן שוות?"  
 "זה בטוח."

"אבל האם שווים אמיתיים תמיד שווים? או האם רעיון השוויון זהה לאי-שוויון?"  
 "בלתי אפשרי, סוקרטס."

"או השווים האלה (כביכול) אינם זהים לרעיון השוויון?"

Allen, *Forms and* PLATO, PHAEDO 74 (B. Jowett trans., 1892). לניתוח ראו: Haynes, *The Form Equality, as a Set of ; Standards*, 9 PHIL. Q. 164 (1959).  
*Equals: Phaedo 74b-c*, 9 PHRONESIS 17 (1964).

<sup>22</sup> "הניסיון לתאר [...] חברה [שבה הפרטים מקבלים יחס שווה בכל המובנים] עומד בפני [אותן] מספר של מכשולים חמורים, כך שיש לתהות אם אכן מדובר ברעיון קוהרנטי". J. REES, EQUALITY 98; ראו גם J. FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 100-102; J. LUCAS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 244-245; ראו גם: Berlin, *Equality as an Ideal*, in JUSTICE AND SOCIAL POLICY 128, 137 (F. Olafson ed., 1961) (בתיאור עולם של שוויון "מוחלט" כ"אידיאל אבסורדי, כנראה").

<sup>23</sup> Oppenheim, *The Concept of Equality, in* 5 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF SOCIAL SCIENCES 102, 107 (1968) ("לא ניתן לגזור עקרונות נורמטיביים מהכללות עובדתיות; השוויון או חוסר השוויון של מאפיינים אינם מובילים למסקנה בדבר רציותו של יחס שוויוני או לא שוויוני"); ראו גם: D. LLOYD, INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 87 (3d ed., 1972) ("הרעיון של השוויון או חוסר אפליה הוא במהותו שיפוט נורמטיבי שלא ניתן לגזור מכל טענה או השערה לגבי טבע האדם"). אולם ראו A. WEALE, EQUALITY AND SOCIAL POLICY 20 (1978) (בהצבעה על כך שהשוויון הוא נוסחה שממנה ניתן להסיק "ראוי" מתוך "מצוי").

<sup>24</sup> ראו: Tussman & tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 CALIF. L. REV. 341, 346 (1949).

<sup>25</sup> ייתכנו נורמות על טהרת ההגדרה, אולם הם לא רלבנטיות לדיון כאן.

<sup>26</sup> ראו: Montague, *Comparative and Non-comparative Justice*, 30 PHIL. Q. 135 131 (1980) (הרעיון של "דמיון רלבנטי" [בטיעון שלפיו מי ששווה באופן רלבנטי יזכה ליחס שווה] [...] נוגע למאפיינים שדורשים או קוראים ליחס מסוג מסוים). גילספי טוען שהטיעון כי "יש לתת יחס שווה לבני-אדם שווים", אינו אמת אוניברסלית אלא חל רק במקרים שבהם לפועל יש חובה כלפי "בני-אדם" מסוג זה. ראו Gillespie, *On Treating Like Cases Differently*, 25 PHIL. Q. 151, 154-155 (1975). אולם, הוא טוען זאת בעקבות



כעת, כשבררנו מה פירושו של השוויון, יהיה קל יותר להבין מה פירושו של יחס שווה. למרבה התמיהה, יש פרשנים המאמינים כי אם אמת מידה מוסרית דורשת יחס אחיד כלשהו לכל חברי הקבוצה (למשל, כל הסטודנטים בקרן מלגת רודס יקבלו מענק לימודים לקולג' מגדלן באוניברסיטת אוקספורד), ניתן להשיג יחס שוויוני הן על ידי מתן אחיד של יחס זה לכל חברי הקבוצה, הן על ידי מניעה אחידה של יחס זה מכולם.<sup>27</sup> כך, לשיטתם, למרות שלא יהיה צורך למנוע מכל הסטודנטים מענק, יהיה הדבר שוויוני.

פירוש זה ליחס שווה הוא לפחות לא ריק מתוכן. להיפך, הוא מורה לאנשים לעשות את מה שהיו יודעים שהם אינם צריכים לעשות – כלומר, לתת לאנשים שהם "שווים" על פי אמת מידה מסוימת, יחס שווה על פי אותה אמת מידה, או את היחס ההפוך. הבעיה האמיתית עם המושג הזה אינה שהוא ריק, אלא שהוא אבסורדי בבירור.<sup>28</sup> למעשה, הוא כה מגוחך בתור טיעון מוסרי שאם היה זה פירושו של השוויון לא היינו מקדישים לו מחשבה נוספת. ההיגד "יש לתת יחס שווה לשווים" הוא הצהרה בדבר מה ראוי – הצהרה על מחויבות מוסרית של בני האדם. אולם אם ההצהרה הזו מורה לנו במקרים אינספור לעשות את מה שלא ראוי לעשות (למשל, לתת או למנוע מענק ממי שזכה במלגת רודס), ההצהרה עצמה אינה יכולה להיות נכונה. על כן, אם נרצה להתייחס ברצינות להיגד "יש לתת יחס שווה לשווים" כטיעון מוסרי – אם נרצה לקבל אותו כאמיתי או צודק או נצחי (כפי שקיבלו אותו אריסטו וכל חסידי הטיעון שלאחריו) – "יחס שווה" אינו יכול באופן סביר לשאת משמעות זו.<sup>29</sup>

הדרך שבה בחר להגדיר את הביטוי "בניאדם שווים". בביטוי "בניאדם שווים" הוא מתכוון לבניאדם שהם שווים מוסרית במובן כלשהו – אולם לא במובן של היותם זכאים באופן מוסרי לאותו יחס. כתוצאה מכך, הוא מוכרח לייבא את הרעיון הנוסף של חובת יחס כלפי בניאדם כ"דאוס אקס מכינה" על מנת להבין את הרעיון "יש לתת יחס שווה לשווים". ניתן להימנע לגמרי מה"דאוס אקס מכינה" אם מגדירים "בניאדם שווים" כך: "בניאדם שיש להם זכאות ליחס שווה במובן כלשהו". בעוד נראה שגילספי חושב על משהו שונה מההגדרה הזו ל"בניאדם שווים", קשה לזהות מה בדיוק ההגדרה תהיה.

ראו: J. LUCAS, ON JUSTICE 171-172 (1980); G. DEL VECCHIO, JUSTICE 86 n.3 (1952) (ברמו לכך שיהיה "שוויוני" להעסיק עובדים הזכאים לתשלום שעתי ולשלם לכולם על פי תשלום לפי גולגולה). Del Vecchio, *Equality and Inequality in Relation to Justice*, 11 NAT. L.F. (1966); FEINBERG; 36, 46 (1966), לעיל ה"ש 1, בעמ' 312 (בהערה כי יהיה שוויוני למכור לעבודות קבוצת בניאדם שזכאים כולם לחירות); Frankena, *The Concept of Social Justice*, in SOCIAL JUSTICE 1, 17 (R. Brandt ed., 1962) (בהערה כי יהיה שוויוני "להרתיח [...] בשמן" את כל בני האדם שזכאים כולם לאותה "רמה מינימלית כלשהי של רווחה"); Vlastos, *Justice and Equality*, in SOCIAL JUSTICE, שם, בעמ' 31 ר' 62 (בהערה כי יהיה שוויוני לאסור על כל בני האדם הזכאים במידה שווה לקרוא את הספר *Doctor Zhivago*, לקרוא את הספר).

קיימת סתירה מוסרית בקביעה שאנשים שווים הזכאים ליחס מסוים זכאים על כן לקבל או שלא לקבל את היחס שלו הם זכאים. אולם אין בכך כדי להכחיש כי כללים לעתים לובשים את הצורה הבאה: "כל חברי קטגוריה א יקבלו או לא יקבלו X". אם נשוב לדוגמת מלגות רודס. ססיל רודס, כשייסד את קרן המלגות, יכול להורות לנאמנים להעניק לכל מקבלי המלגה לקולג' או שלא להעניקן, על פי שיקול דעתם של הנאמנים. אם הייתה הוראה כזו בקרן, היה ניתן להתייחס כך למקבלי מלגת רודס באופן חוקי וצודק; כלומר, יהיה צודק וחוקי לתת לכל מקבלי מלגת רודס מלגות לקולג' או שלא לתת להם. אולם, אם היחס הזה חוקי וצודק, אין זאת מהטעם כי "יש לתת לשווים יחס שווה". יהיה זה מאחר שהכלל המהותי עצמו של היחס שעל פיו מקבלי המלגה מוגדרים שווים – במקרה זה מנגנון הקרן עצמו – מכתוב את היחס הזה.

"מאוד לא סביר שיש מי שחפץ ביחס שווה לכל בניאדם בכל מובן אפשרי. לא נרצה להתייחס לחולי שיגרונן כמו אל חולי סוכרת. לשווים [...] יש לתת יחס שווה במובן שבו הם שווים; אך ייתכנו מובנים שבהם הם שונים [...] המצדיקים שוני ביחס. ראוי למסות באופן שווה בניאדם המגישים דוח מיסוי זהה, אולם אם הם סובלים ממחלות שונות, יש לתת להם

כפי שאולי שמתם לב, תפיסה טבעית יותר של "יחס שווה" מצטיירת מתוך הדרך שבה מפרשים את המילים "בני אדם שווים". כפי שלא קיימות בטבע קטגוריות של בני אדם "שווים", כך גם לא קיימות קטגוריות של יחס "שווה"; יחס יכול להיות שווה רק לעניין כלל מוסרי כלשהו. על כן, ההיגד שלפיו בני אדם השווים בהיבט כלשהו מבחינה מוסרית "זכאים ליחס שווה" פירושו כי יש להתייחס אליהם בהתאם לכלל המוסרי שעל פיו נקבע שהם שווים. על כן "יש לתת יחס שווה לשווים" פירושו שיש לתת יחס המוכתב על ידי אמת מידה כלשהי לכל האנשים עבורם מוכתב היחס המסוים על ידי אותה אמת מידה. או באופן פשוט יותר, על כלל להתייחס באופן שווה לכל בני האדם הזכאים ליחס שווה על פי הכלל. וכך הגענו לנקודה: השוויון הוא "מעגלי" לחלוטין.<sup>30</sup> הוא מורה לנו להתייחס באופן שווה לשווים; אולם כששואלים מיהם ה"שווים", התשובה המתקבלת היא "מי שיש להתייחס אליהם באופן שווה". השוויון הוא כלי ריק שאין בו תוכן מוסרי מהותי משל עצמו.<sup>31</sup> בהיעדר אמות מידה מוסריות, השוויון נותר חסר משמעות, נוסחה שאין לה מה לומר על הדרך שבה עלינו להתנהג. יחד עם אמות מידה, השוויון נעשה מיותר, נוסחה שלא יכולה לעשות דבר מלבד לחזור על מה שאנו כבר יודעים. כפי שהעיר ברנרד וויליאמס:

"כשהצהרת השוויון מפסיקה לטעון יותר ממה שמתחייב ממנה, היא מגיעה

די מהר לנקודה שבה היא אומרת פחות ממה שמעניין".<sup>32</sup>

ההכרה בכך שהשוויון הוא מושג טאוטולוגי מסבירה רבות. היא מסבירה מדוע יש לתת יחס שווה לבני אדם שווים; מדוע השוויון מבטא אמת מידה מוסרית אוניברסלית; מדוע השוויון נחשב ל"חוק חשיבה";<sup>33</sup> ומדוע היבט זה של תפיסת המוסר של אריסטו נותר על כנו היום בדיוק כפי שהיה לפני 2500 שנה. השוויון הוא אמת נצחית שאין עליה עוררין מאחר שהוא טאוטולוגיה פשוטה. אין הדבר מפתיע; כאמת מוסרית אפריורית, אין כמעט כל אפשרות לכך שהשוויון יהיה משהו אחר.

תרופות שונות". S. BENN & R. PETERS, THE PRINCIPLES OF POLITICAL THOUGHT (1959) 124; ראו גם: J. LUCAS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 244-245.

<sup>30</sup> "בו ברגע שמשקל כלשהו מונח על עיקרון זה נראה שהוא מתמוטט אל שטחיות מרסקת הגורסת כי מקרים הם שווים, באופן מוסרי או אחר, אלא אם כן הם שונים". Locke, *The Trivializability of Universalizability*, 77 PHIL. REV. 25, 25 (1968); ראו: Recasens-Siches, *Dignity, Liberty and Equality*, in 1 EQUALITY & FREEDOM, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3, 17 ("יש להתייחס באופן שונה לבני אדם ביחס לשוני שאותו יש להביא בחשבון בשיקולי צדק. עיקרון [...] זה [...] ברור באופן תיאורטי [...]"); ראו גם להלן ה"ש 141.

<sup>31</sup> השוויון אינו המושג היחיד שריק מתוכן. לטענה שגם החופש הוא מושג פורמלי ללא תוכן מהותי מעבר למשתנים היצוקים בו כדי לתת לו משמעות, ראו: MacCallum, *Negative and Positive Freedom*, 76 PHIL. REV. 312 (1967).

<sup>32</sup> Williams, *The Idea of Equality*, in PHILOSOPHY, POLITICS AND SOCIETY (P. Laslett & W. Runciman eds. 1962) 110, 111.

<sup>33</sup> H. KELSEN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 134; ראו גם: M. GINSBERG, לעיל ה"ש 11, בעמ' 80 ("העיקרון השני, כלומר, שיש לתת יחס שווה למקרים שווים [...] הוא אקסיומה של כל אתיקה רציונלית [...]"); FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 319 ("העיקרון שיש לתת יחס שווה למקרים השווים באופן רלבנטי [...] הוא עיקרון מהתבונה [...]"); להלן ה"ש 37.

## ב. הקשר שבין השוויון והזכויות

1) *השוויון כנגזרת של הזכויות* – הקשרים שבין השוויון (וחוסר השוויון) הם קשרים נגזרים, שניוניים; באופן לוגי, הם עוקבים לזכויות, לא קודמים להן, היסק, לא סיבה. האמירה שלפיה שני בני אדם שווים בהיבט כלשהו פירושה ההנחה מראש של כלל<sup>34</sup> – אמת מידה מוכתבת עבור אופן היחס אליהם – אשר שניהם עומדים בה. לפני שניתן לבסס כלל כזה, לא קיימת כל אמת מידה להשוואה. רק לאחר שנוצר כלל כזה, השוויון ביניהם הוא "התוצאה הלוגית"<sup>35</sup> של הכלל האמור. כך שהם "שווים" ביחס לכלל מאחר שזו משמעותו של המושג 'שווים': "שווה" פירושו "על פי אותו כלל אחיד"<sup>36</sup>. לכן הם גם זכאים ליחס שוויוני תחת אותו כלל – שכן זו המשמעות של קיום כלל: "ציות לכלל הוא (באופן טאוטולוגי) יישום הכלל במקרים שבהם הוא חל"<sup>37</sup>. ההיגד שלפיו שני אנשים "שווים" וזכאים ליחס "שווה" פירושו ששניהם עומדים בקריטריונים של הכלל השולט באשר ליחס. הוא לא אומר דבר על התוכן או מידת התבונה שבכלל השולט.

יתכן שניתן לסבור, כי בעוד שקשרים של שוויון נגזרים באופן לוגי מהגדרות מהותיות של זכות, השוויון יכול גם להקדים את ההגדרות של הזכות. כך, ניתן אולי לסבור כי הזכות המהותית של בני אדם לקבל יחס של כבוד אנושי היא בעצמה

<sup>34</sup> Gewirth, *Political Justice*, in *SOCIAL JUSTICE* לעיל ה"ש 27, בעמ' 119, 124 ("השוויון מעורב בעצם הרעיון בדבר כללים [...]").

<sup>35</sup> C. PERELMAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 38 ("יחס שווה הוא רק תוצאה לוגית לעובדה של שמירת כלל"); Berlin, לעיל ה"ש 22, בעמ' 132.

<sup>36</sup> Flathman, *Equality and Generalization, A Formal Analysis*, 9 NOMOS: EQUALITY 38, 45 (1967). (מצוטט ב: the Oxford English Dictionary). מציע דיון מורחב יותר:

"ניתן לחלץ מהרעיון של הנהגה על פי כלל את הרעיון שלפיו מקרים שווים זכאים ליחס שווה. אם נחשוב על אותו סוג כלל שמכתיב שבני-אדם מסוימים יזכו ליחס מסוים תחת תנאים מסוימים, הרי שהדרישה שלפיה יש לנהוג על פי כללים אלה כוללת גם את הדרישה שלפיה מקרים שמתאימים לתנאים הנזכרים יזכו ליחס הנכלל בכלל, כלומר, כי מי ששווה בהיבט הרלבנטי יקבל יחס שווה. מעורב פה, אם כן, העיקרון "יש לתת יחס שווה למקרים שווים". Honore, לעיל ה"ש 9, בעמ' 82; ראו גם A. Ross, לעיל ה"ש 8, בעמ' 273 ("השוויון [...] פירושו בפשטות היישום הנכון של כלל כללי [...]"); Beck, *Liberty and Equality*, 10; IDEALISTIC STUD. 24, 28 (1980) (פרשנים אחדים "היו מבססים יחס שוויוני בעצם טבעו של נוהג חברתי הנוהג על פי כלל"); Flathman, לעיל ה"ש 38 ("להתייחס לבני-אדם באופן שווה הוא להתייחס אליהם באותו האופן. להתייחס אליהם באותו אופן הוא להתייחס אליהם בהתאם לכלל").

<sup>37</sup> Browne, *The Presumption of Equality*, 53 AUSTRALASIAN J. PHIL 46, 51 (1975). על פי סופר אחד:

"לכל התיאוריות המוסריות הרציונליות יש אלמנט של שוויון פורמלי מאחר ששוויון פורמלי הוא אינהרנטי לרעיון הרציונליות. אם המאפיין X הוא סיבה מספקת להתייחס לפרט א בצורה מסוימת, אזי זו סיבה מספקת להתייחס לב באותה צורה, אלא אם כן ניתן להוכיח הבחנה רלבנטית בין א לב שתמנע את היסק הזה". W. GALSTON, *JUSTICE AND THE HUMAN GOOD* 133 (1980); ראו: Adler & Hutchins, לעיל ה"ש 10, בעמ' 340 ("לא נראה מועיל במיוחד לדבר על יישום כלל באופן שווה כשאין כוונה ליותר מאשר כך שהכלל מיושם"); ראו גם M. GINSBERG, לעיל ה"ש 11, בעמ' 80 (השוויון הוא "האקסיומה של כל אתיקה רציונלית והוא משתמע מהרעיון של נורמה או חוק פעולה מצד עצמם"); J. LUCAS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 246 (השוויון "אינו כי אם העיקרון החלש של יכולת הכללה, העיקרון של רציונליות"); U.L.Q 11, 14 (1979) (השוויון הוא "הנחת יסוד של מחשבה רציונלית").

תוצר של השיפוט המקדים שלפיו כל בני האדם שווים.<sup>38</sup> אין הדבר כך. על מנת להבין מדוע, נצייר בדמיונו כיצד יש להכריע בשאלה אם יש להתייחס לתינוקות בעלי מומים חמורים, עוברים אנושיים או נפגעי שבץ בתרדמת בלתי הפיכה, כאל "בני אדם" לעניין הזכות לכבוד. בניסיון ההכרעה, יהיה זה חסר תוחלת לדקלם את ההיגד "כל בני האדם שווים", שכן עצם השאלה היא האם שלושה אלה הם אכן "בני אדם" במסגרת משמעות הכלל.<sup>39</sup> אין תועלת גם באמירה כי יש לתת יחס שווה לשווים מאחר שעצם השאלה היא אם שלושת המועמדים אכן שווים לעניין כבוד האדם. במקום זאת, יש קודם לזהות את המאפיין המזכה כל אחד ביחס של כבוד, ורק לאחר מכן ניתן יהיה לבדוק באופן אמפירי אם תכונה זו מופיעה באחד או יותר משלושת המועמדים הללו.<sup>40</sup> אם יש למועמד את התכונה הרלבנטית, הוא הופך ל"בן אדם" במסגרת משמעות הכלל, ועל כן נעשה זכאי לכבוד. אם חסרה למועמד התכונה הרלבנטית, הרי שהוא אינו "בן אדם", אינו שווה לבני אדם, ועל כן אין

<sup>38</sup> ראו: Hofstadter, *The Career Open to Personality, in ASPECTS OF HUMAN EQUALITY* 111, 112-113 (L. Bryson ed., 1965). ("אם ניתן לכנות דבר מה עיקרון ראשון של שוויון, יהיה זה העיקרון של הכבוד הפנימי של כל אדם, הערך האינסופי של האדם האנושי").

<sup>39</sup> "האם יש לבני האדם מאפיינים שמבחינים בינם לבעלי חיים (אחרים) באופן כללי אשר מצדיקים הפליה כללית לטובתם? אלה בעיות קשות באופן עמוק; אולם, פתרון, אינו קשור לשוויון [...] אם העדפה "אליטיסטית" לבני האדם על פני החיות אכן מוצדקת יהיה זה מאחר ש [...] יש משמעות מוסרית ספציפית למאפיינים המבחינים של בני האדם". Browne, *ה"ש" 14, בעמ' 58*.

<sup>40</sup> סוגיית הבסיס האמפירי לתכונות מוסריות יצרה שיבוש מסוים. פרשנים אחדים, באמנתם שקשרים של שוויון מתבססים על תכונות שאותן ניתן לבדוק, נוטים להגיע למסקנה שהשוויון אמפירי לחלוטין. ראו למשל, A. WEALE, לעיל ה"ש 23, בעמ' 22. אחרים, שמאמינים שלא ניתן להסיק "רציו" מ"מצוי", נוטים להגיע למסקנה שלרעיונות מוסריים של שוויון אין בסיס אמפירי כלל. ראו למשל, P. SINGER, *PRACTICAL ETHICS* 15-16 (1979) ("העובדה הפשוטה היא שבני האדם שונים זה מזה, והבדלים חלים על תכונות כה רבות עד שהחיפוש אחר בסיס עובדתי שעליו ניתן להקים את עיקרון השוויון נראה חסר תקווה"); Blackstone, *On the Meaning and Justification of the Equality Principle*, 77 *ETHICS* 239, (1967) ("התפקיד העיקרי של עיקרון השוויון בהקשרים המוסריים והפוליטיים שלו הוא פרסקריפטיבי, לא דסקריפטיבי ומשכך [...] החיפוש אחר תכונה מהותית כלשהי בכל אדם, תכונה שמצדיקה יחס שוויוני, הוא טעות". למעשה, שני המחנות היריבים צודקים. להצהרות בדבר שוויון חוקי או מוסרי יש בסיס אמפירי, מאחר שאחרת לא הייתה לנו דרך להבחין בין היצורים השווים לאלה שאינם. ראו Reck, *The Metaphysics of Equality*, 34 *NEW SCHOLASTICISM* 327, 335-337 (1960). עם זאת, הצהרות בדבר שוויון מוסרי או חוקי גם מניחות מראש אלמנט נורמטיבי. ראו: Raphael, *Equity and Equality*, 21 *PHIL.* (1946), 118, 122 ("השיקולים הרלבנטיים לטענה לאי שוויון הם שיקולים מוסריים, הן טענות מוסריות מיוחדות"). קיצורו של דבר, הצהרות מסוג שוויון מניחות מראש את נוכחותן של תכונות אמפיריות הנושאות, על פי הכרעתנו, תוצאות מוסריות מסוימות:

"[הפילוסופים המודרניים הקלאסיים] אומנם קבעו את האקסיומה של השוויון כהצהרה של אמת עובדתית לגבי בני אדם [...] פילוסופים מאוחרים יותר הקשו על ההוגים הקלאסיים; לא בגלל שהמבקרים התנגדו לשוויון, אלא מתוך התפיסה הכללית שהתיאוריות הללו ניסו לגזור עקרונות מוסריים מטיעונים עובדתיים בלבד, כשהם מבצעים סוג של גלישה אסורה מ"מצוי" ל"רציו". אולם ביקורת מסוג זה עושה לעתים קרובות גלישה לוגית משל עצמה, מההצהרה הנכונה כי לא ניתן להסיק שיפוט מוסרי משיפוט עובדתי, אל המסקנה השגויה שלפיה שני סוגי השיפוט הללו אינם קשורים קשר לוגי אחד לשני. אומנם נכון שהנחות עובדתיות בלבד אינן מספיקות למסקנות מוסריות; עם זאת, הן חיוניות מאוד עבורן".

D. HAWKINS, *THE SCIENCE AND ETHICS OF EQUALITY* 11-12 (1977)

לתת לו יחס של בני אדם לעניין הכלל.<sup>41</sup>

(2) *השוויון ואכיפה אחידה של כללים* – פרשנים אחדים טוענים כי בעוד השוויון עצמו לא מספק את התוכן של כלל כלשהו, הוא בכל זאת "עיקרון בעל חשיבות חיונית"<sup>42</sup> באכיפתם של כללים אחרים: לשיטתם, ברגע שנוצר כלל, השוויון נכנס לתמונה כהיבט "מרכזי"<sup>43</sup> ואף "נדרש"<sup>44</sup> של הצדק, המבטיח כי הכלל מיושם באופן עקבי ו"חסר פניות"<sup>45</sup> בכל המקרים שהם "שוים" תחת הכלל.<sup>46</sup> משתמע מהצהרות מסוג זה בטעות כי השוויון מניח דרישה מהותית כלשהי של עקביות מעבר למהות הכלל עצמו. אומנם נכון שיש להחיל את הכלל באופן שוויוני, עקבי וחסר פניות, אם על ידי "שוויוני", "עקבי" ו"חסר פניות" הכוונה לטיעון הטאוטולוגי שלפיו יש ליישם את הכלל בכל המקרים שבהם הכלל קובע שיש ליישם אותו. אולם טעות היא לחשוב שכאשר מיישמים כלל על פי תנאיו שלו, לשוויון יש משהו נוסף לומר על היקף הכלל – משהו שאינו מובלע בתנאים המהותיים של הכלל עצמו.<sup>47</sup> האמירה שלפיה יש ליישם כלל בצורה "שוויונית" או "עקבית" או "אחידה" פירושה בפשטות כי יש ליישם את הכלל במקרים שבהם הוא מתאים.<sup>48</sup>

(3) *השוויון וזכויות המבוססות על השוואה* – נהוג לומר שבכל הנוגע לזכויות ושוויון פועלות שתי מערכות שונות מאוד של כללים. השוויון שונה מזכויות, כך נאמר, מאחר שהשוויון מניח מראש השוואה,<sup>49</sup> בעוד הזכויות לא. ניתן לתאר

<sup>41</sup> נניח לדוגמה שמנסחי כלל מסוים חלוקים בדעתם אם אזרחות נדרשת להיות תנאי מקדים להצבעה בבחירות. מי שמקדם דרישת אזרחות יטען שהכלל המוצע על ידם נותן יחס שווה לכולם מאחר שהוא מתייחס באופן שווה לשווים (כלומר, לאזרחים) ומתייחס באופן שונה לשונים (כלומר, לכל הזרים). אולם באותו האופן, מי שמתנגד לדרישת האזרחות יטען שהכלל שלהם נותן יחס שווה על ידי התייחסות שווה לבני-אדם שווים באופן מהותי (אזרחים ותושבים זרים) ומתייחס באופן שונה לשונים (כלומר, זרים שאינם תושבים). ראו באופן כללי Rosberg, *Aliens and Equal Protection: Why Not the Right to Vote?*, 75 MICH. L. REV. 1092 (1977) (בדיון על העדר זכות ההצבעה לזרים וטענה בעד זכותם להצבעה). אין צורך לומר שהוויכוח הזה אינו בין שוויון לחוסר שוויון אלא ביו השקפות מתחרות של שוויון. כשהצדדים במחלוקת בשאלה האם בני-אדם שווים באופן מהותי, לא ניתן לפתור את המחלוקת על ידי ההוראה כי יש להתייחס באופן שווה לבני-אדם שווים. הצדדים לא יכולים לדעת אם אזרחים זרים שווים או שונים עד שיסכימו על הרלבנטיות המהותית של האזרחות לזכות ההצבעה. כשיסכימו על הרלבנטיות המהותית של האזרחות, לא יהיו זקוקים למישהו שיספר להם מי שווה ומי שונה או למי יש לתת יחס שווה מאחר שבנקודה זו הם כבר ידעו זאת.

<sup>42</sup> J. LUCAS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 246.

<sup>43</sup> H.L.A. HART, לעיל ה"ש 12, בעמ' 155.

<sup>44</sup> Frankena, לעיל ה"ש 8, בעמ' 94.

<sup>45</sup> M. SINGER, GENERALIZATION IN ETHICS 49 (1961).

<sup>46</sup> ראו: M. GINSBERG, לעיל ה"ש 11, בעמ' 7 (כשמזהים את התוכן המהותי של הכללים, "יש [...] לבחון אותם לאור העיקרון הפורמלי של השוויון, במטרה להוציא מהכלל כל צורה של אפליה שאינה מוצדקת באמצעות שוני רלבנטי"); C. PERELMAN, לעיל ה"ש 21, בעמ' 38 (בטענה שעל ידי יצירת "צפיות וביטחון", השוויון "מאפשר את התפקוד היציב והקהרנטי של הסדר המשפטי").

<sup>47</sup> Browne, לעיל ה"ש 14, בעמ' 58-59.

<sup>48</sup> ה"עקביות" הנוצרת מהתנהגותי המוסרית איננה יותר מאשר הפירוט של משמעות היותו של מעשה נדרש או אסור; אין לה דבר עם עקביות כשלעצמה. במקום זאת, יש רק העקביות שנולדת כתוצאה מכך שלקחתי ברצינות את הרעיון שלפיו מעשה נאסר או נדרש מבחינה מוסרית". Gillespie, לעיל ה"ש 26, בעמ' 157.

זכויות מהותיות, כגון הזכות לחופש הביטוי והזכות לייצוג על ידי עורך־דין, מבלי להתייחס ליחס שבין בני האדם הזכאים ובין בעלי זכויות אחרים. על מנת להכריע אם הופרה הזכות לחופש הביטוי של מאן דהוא אנו מעמידים את החובה הכללית של המדינה כנגד היחס המסוים שניתן לאדם הנדון, כדי לקבוע אם המדינה התייחסה לאדם בהתאם לחובתה לכבד את חופש הביטוי. השוויון, לעומת זאת, הוא השוואתי בטבעו; הוא כולל "זכויות המבוססות על השוואה", זכויות שאותן לא ניתן לאמוד ללא קביעת יחסו של האדם הזכאי כנגד אחרים. במונחים מדויקים יותר, הניגוד הוא בין "זכויות שלא מבוססות על השוואה"<sup>50</sup> מחד גיסא, ובין השוויון מאידך גיסא; שוויון וזכויות שמבוססות על השוואה נחשבים לזהים.

המשוואה המתוארת בין זכויות מבוססות השוואה לשוויון היא שגיאה מושגית יסודית. ראשית, יש זכויות המחייבות השוואה בלי שיש להן קשר לשוויון. ניתן לחשוב למשל על הזכות של נושים מובטחים להעדפה מוחלטת על פני נושים שאינם מובטחים בפירעון חובם מקופת פירוק; או על זכותם של יוצאי צבא שהשתתפו במלחמה או בעלי נכות או נשים או בני קבוצת מיעוט, להעדפה מתקנת כלשהי על פני קבוצות אוכלוסייה אחרות; או על הזכות של מועמדים מסוימים לתפקידים תחרותיים להיבחר על בסיס ציוני בחינה יחסיים. בכל אחד ממקרים אלה, כדי לקבוע אם מומשו זכויותיו המהותיות של הטוען להן יש קודם לקבוע את יחסו לאחרים.

מנגד, כפי שזכויות עשויות להיות מבוססות השוואה, טענות לשוויון עשויות מטבען שלא להתבסס על השוואה. שוב, הדבר תלוי בתוכן הזכות המסוימת שבבסיס הטענה. ניתן לחשוב על טענות לשוויון כגון הזכות של בני־אדם באשר הם שלא לעבור עינויים או על הזכות לתנאי מחיה בסיסיים.<sup>51</sup> כדי להכריע אם אדם עבר עינויים או אם שנמנעה ממנו תנאי מחיה בסיסיים, אין צורך לדעת איזה יחס ניתן לאחרים. ניתן לאמוד את טענת האדם היחיד על ידי התייחסות לפרטי היחס שקיבל, בלי הצורך להתייחס לאחרים.

מדוע, אם כן, קיימת הגישה שזכויות המבוססות על השוואה נמצאות בקשר מיוחד עם עיקרון השוויון? ייתכן שהיא נובעת מהנטייה לבלבל בין השוואות לעניין השוויון ובין השוואות לעניין הזכויות. הצהרות על שוויון (או על חוסר שוויון) מחייבות השוואות בין שני דברים או בין שני בני־אדם על ידי התייחסות לקריטריון חיצוני כלשהו המפרט את ההיבט הרלבנטי שביחס אליו הם שווים או שונים.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Joel Feinberg, למשל, מניח כנראה שהטען "יש לתת יחס שווה לשוים" מתמקד באופן מיוחד בזכויות שאותן ניתן לקבוע רק בהקשר של התייחסות לאחרים. ראו J. FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 117-98; FEINBERG, שם, בה"ש 1; ראו גם R. FULLINWIDER, *THE REVERSE DISCRIMINATION CONTROVERSY* 223 (1980) (השוויון במהותו "מבוסס על השוואה"); Karst, לעיל ה"ש 4, בעמ' 40 (השוויון עסוק בשלילה "יחסית"); Wright, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17-18.

<sup>50</sup> להבחנה שבין זכויות "מבוססות השוואה" ובין זכויות "לא מבוססות השוואה", ראו שם, בה"ש 14.

<sup>51</sup> ראו למשל, R. FULLINWIDER, לעיל ה"ש 49, בעמ' 221-222 (בדיון על הזכות להיות חופשי מעינויים כזכות של שוויון); Michelman, *The Supreme Court, 1968 Term*; - Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment, 73 HARV. L. REV. 7 (1969).

האמירה שלפיה "תפוח" הוא "כמו" או "שווה" לתפוז, משמעה שלמרות ההבדלים הרבים ביניהם, יש לשניהם תכונה או תכונות הרלבנטיות לקריטריון חיצוני, כגון משקל, שטח פנים, או כמות סוכר; הקביעה שהם "לא שווים" משמעה שהם אינם חולקים תכונה רלבנטית, כגון צבע, טעם או כמות נוזלים. ניתוח זה תקף גם כלפי הצהרות אתיות או חוקיות לגבי השוויון, כשההבדל ביניהן הוא שבמקום לבחון בני אדם או דברים כנגד אמת מידה דסקריפטיבית כדי לקבוע אילו מבניהם הם אכן אותו הדבר, הם נבחנים על פי אמת מידה מוסרית או משפטית כדי לקבוע למי מהם יש להתייחס באופן שווה.<sup>53</sup> אולם, בכל אחד מהמקרים, ההשוואה לעניין השוויון רק מפרטת מה משמעות בחינת שני הנבחנים כנגד אמת המידה הרלבנטית הנוהגת. השוואות לעניין זכויות מבוססות השוואה מובחנות מההשוואה הזו בשני מובנים. ראשית, במקום להשוות בין שני בני-אדם על מנת להכריע השאלה אם שניהם עומדים (או לא עומדים) בקריטריון חיצוני, אנו משווים אותם על מנת לערוך אומדן כמותי לגבי מידת השוני ביניהם, אם יש שוני כזה. שנית, במקום להשוות אותם לאחר בחינת כל אחד מהם על פי הקריטריון של אמת מידה חיצונית של יחס, ההשוואה ביניהם מתקיימת עוד קודם ליישום אמת המידה. כתוצאה מכך, שני סוגי ההשוואה שונים באופי ובזמן. לעניין השוויון, קודם כל יש להחליט כיצד להתייחס לכל אדם באופן נפרד בהתאם לאמת המידה המוסרית או החוקית הנוהגת, ורק לאחר מכן מתקיימת השוואה בין היחס שלו זכה כל אחד מהם על מנת לראות אם הוא שווה (או שונה). לעניין הזכויות על בסיס השוואה, קודם קיימת השוואה בין שני בני אדם על מנת לבחון באיזו מידה (אם בכלל) הם שונים האחד מהשני, ורק לאחר מכן מוכרע כיצד יש להתייחס לכל אחד בהתאם לאמת המידה הנוהגת של היחס שניתן. גם השוויון וגם הזכויות מבוססות ההשוואה כוללים השוואה, אלא שההשוואה לעניין השוויון לא בהכרח קשורה כשלעצמה לזכויות המבוססות על השוואה או להשוואות הנדרשות במסגרתה.<sup>54</sup>

לדוגמה, קחו למשל את זכותם של שחורים לעדיפות בקבלה ללימודים גבוהים, במסגרת תוכניות קיימות של העדפה מתקנת. זכות זו מבוססת על השוואה, מאחר שלא ניתן לממש אותה עבור אדם מבלי לקבוע את הקשר שיש בינו לאחרים; העדיפות של ההעדפה המתקנת עשויה להספיק עבור קידום מועמד שחור על פני מועמד מתחרה לבן מסוים, אך לא על פני אחר. ניתן גם לנסח את הזכות במונחים של שוויון, מאחר שהיא כוללת אמת מידה להבחנה בין "שווה" ל"שונה" ולמתן יחס ראוי לכל אחד מהם; אמות המידה של הקבלה ללימודים קובעות כי חלק מהמועמדים שווים (מי שמתקבל אם או בלי העדפה מתקנת) וחלקם אינם שווים (מי שלא מתקבל כלל). אולם ההשוואות הכמותיות הנדרשות לנו בבואנו לממש את הזכות עבור הזכאים הפוטנציאליים לא קשורות להשוואות של "שוויון" או "חוסר שוויון" הנדרשות בתיאור מי שכבר נקבע שהוא מחזיק בזכות. לא ניתן לדעת אם נשללה משחורים מידת הקבלה המתקנת שלה הם זכאים בלי להעריך קודם את היחס הכמותי שבין התאמת מועמדותם לעומת התאמתם של המועמדים המתחרים; ההשוואה הכמותית קודמת באופן לוגי לקביעת זכויותיהם (או לקביעה

<sup>52</sup> דיבור על "שווים" מניח מראש את קיומם של שני בני-אדם או יותר שהם זהים בהיבט רלבנטי כלשהו. ראו Browne, לעיל ה"ש 14, בעמ' 51 ("השוויון הוא מאפיין יחסי המתקיים בין כל שני פרטים ביחס לכל תכונה המשותפת לשניהם"); Menne, לעיל ה"ש 10, בעמ' 51 ("שווה", מניח מראש שני אובייקטים).

<sup>53</sup> ראו שם, בעמ' 544-545.

<sup>54</sup> ראו, לעיל ה"ש 14, בעמ' 51, 57-59; Carr, *The Concept of Formal Justice* 39; PHIL. STUD. 211, 217-222 (1981).

המקבילה שלפיה זכויותיהם הופרו). מנגד, לא ניתן לדעת אלו שחורים הם "כמו" או "שוים" לאלו לבנים לעניין הקבלה ללימודים, עד שנקבע מהן הזכויות של כל אחד מהם במסגרת מדיניות ההעדפה המתקנת; ההשוואה בין "שונה" ל"שווה" ביחס לקבלה ללימודים נובעת באופן לוגי מקביעת זכויות הקבלה ללימודים של כולם.

טענה אפשרית היא, כי בעוד שזכויות המבוססות על השוואה כמכלול אינן משתמעות מהשוויון, הרי שזכויות מסוימות המבוססות על השוואה בהכרח משתמעות ממנו, דהיינו, זכויות "מותנות", המזכות את בעל הזכות בכל ההטבות מהם נהנים אחרים. סעיף הזכויות והחסינות של הפרק הרביעי לחוקת ארצות הברית הוא בבחינת זכות מותנית מסוג זה: למרות שהסעיף לא דורש ממדינה כלשהי לתת לאזרחי מדינה אחת זכויות מסוימות, הוא כן דורש ממדינה לתת לאזרחי מדינות אחרות את כל ההטבות מסוג מסוים שהיא מעניקה לאזרחים שלה עצמה.<sup>55</sup> סעיף הזכויות והחסינות נגזר מהשוויון (כך על פי הטענה) מאחר שלבעלי הזכויות שהוא עוסק בהם אין זכויות עצמאיות כלל – רק זכות ליחס שווה לאחרים.<sup>56</sup>

בפועל, לא ניתן להבחין בין זכויות על-תנאי ובין זכויות אחרות המבוססות על השוואה, לעניין השוויון. המאפיין המבחין היחיד של זכות על-תנאי, הוא שבעוד שהיחס לכל אדם הוא יחסי באופן כמותי תחת זכויות אחרות המבוססות על השוואה, הרי שהיחס לכל אדם במסגרת זכויות על-תנאי הוא זהה כמותית. אולם מאפיין זה תלוי גם ללא משמעות מוסרית לעניין השוויון.<sup>57</sup> ראשית, כל כלל מוסרי או משפטי מורה על יחס כמותי שווה לבני אדם השווים באופן כמותי בכל הנוגע לקריטריון הרלבנטי לכלל.<sup>58</sup> שנית, כלל יכול להתייחס לבני אדם מסוימים הזוהים מבחינה כמותית מבלי להיות בה בעת מבוסס על השוואה מטבעו.<sup>59</sup> שלישית, לא

<sup>55</sup> "The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and U.S. CONST. art. IV § 2, Immunities of Citizens of the several States" cl. 1 [אזרחיה של כל מדינה יהיו זכאים לכל הזכויות והחסינויות אשר יהיו זכאים להם אזרחיהן של מדינות אחרות]; ראו *Toomer v. Witsell* 334 U.S. 385, 395 (1948) ("[הסעיף] נועד להבטיח לאזרח מדינה א הנכנס למדינה ב את אותן הזכויות שמהן נהנים אזרחי מדינה ב"). אולם כדאי להדגיש שלמרות לשונו הגורפת, הפרק הרביעי לא מעניק לאזרחי מדינת האחות את כל הזכויות של אזרחי המדינה, אלא מעניק להם רק את הזכויות אשר שלילתן יפרו את האינטרסים שעליהם הסעיף נועד להגן. ראו *Baldwin v. Fish & Game Comm'n*, 436 U.S. 371, 383 (1978) *Varat, State "Citizenship" and*; מה שחשוב לזכור הוא *Interstate Equality*, 48 U. CHI. L. REV 487, 526-529 (1981). שה"שוויון" שמתקבל בין אזרחי המדינה לאזרחי מדינה אחרת לא מתקבל מתוך השוואה ישירה בין השתיים אלא כתוצאה לוגית מהקשר ביניהן נוכח הכלל החיצוני המשרת מטרת מהותיות מסוימות.

<sup>56</sup> ראו למשל: *J. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST* 23, 90-91, 193 n. 45 (1980) (בתיאור סעיף 4 כסעיף "שוויון").

<sup>57</sup> "המאפיין היחסי של השוויון אינו זהה למאפיין היחסי של יחסיות, אלא מקרה אחד מסוים שלו. אומנם נכון ששני הקשרים של שוויון ואי-שוויון ממצים את תחום האפשרויות; אולם, אלא אם כן כבר הנחנו מראש כי יש לשוויון משמעות מיוחדת, הרי שההגדרה של כל היחסים האחרים כ"אי שוויון" היא מגמתית ולא מוצדקת" *Browne*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 52 (ההדגשה במקור).

<sup>58</sup> Berlin, לעיל ה"ש 22, בעמ' 132.

<sup>59</sup> ניתן לחשוב למשל על זכותם של אלמנים ואלמנות תחת חוק הביטוח הלאומי, *Social Security Act*, 42 U.S.C. § 402(i) (1976), לקבל תשלום מיידי של 255 דולרים לקבורת אדם מבוטח. החוק מורה על יחס כמותי שווה לכל המוטבים, אולם ניתן לקבוע את זכותו של המוטב לתשלום 255 הדולרים בלי להתייחס ליחס כלפי מוטבים אחרים.



ניתן לגזור מסקנה מוסרית רק מהעובדה שכלל נוהג על פי כל מקרה לגופו; יחס כזה עשוי להיות עולה כפי שהוא עשוי להיות צודק, הכול תלוי במושא היחס, קבוצת האוכלוסייה שאליה מתייחסים, הסיבות ליחס ואמות המידה הקובעות את מידת הצדק שביחס.<sup>60</sup> בקצרה, לזכויות על-תנאי אין טענה לוגית גדולה יותר לשפת ה"שוויון" מאשר כל זכות אחרת המבוססת על השוואה, ולזכויות שמתייחסות לבני-אדם על בסיס פרטני אין טענה מוסרית חזקה יותר לשוויון על פני זכויות המתייחסות לבני-אדם באופן יחסי.<sup>61</sup>

סיכומו של דבר, ניתן לנסח באופן עקיף כל זכות שאינה מבוססת על השוואה – כגון טענות לתנאי מחיה בסיסיים או לזכותם של בני אדם שלא לעבור עינויים – במונחים של שוויון, או באופן ישיר כזכות עצמאית.<sup>62</sup> הדבר נכון גם לגבי כל זכות המבוססת על השוואה, כגון טענות של שחורים לתנאי קבלה עודפים. ההבחנה אם כן, אינה בין השוויון ובין רעיון מנוגד כלשהו של צדק מהותי, אלא בין זכויות שאותן לא ניתן לקבוע במנותק מהקשר של האדם הזכאי לאחרים, לזכויות שביחס אליהן ניתן לעשות זאת. יתרה מכך, ההשוואה ההכרחית הנדרשת בעניין זכויות שאותן לא ניתן לקבוע במנותק מהקשר לאחרים, שונה במהותה מההשוואה ההכרחית הנדרשת לצורך הנחת זכויות במסגרת שוויון.

### ג. הקשר שבין השוויון והצדק

פירושו של "הצדק" הוא "לתת לכל אחד את המגיע לו".<sup>63</sup> מהו אם כן הקשר שבין "לתת את שמגיע לכל אדם" ובין "לתת יחס שווה לשווים"? האם שתי הנוסחאות שוות, כפי שסבר אריסטו?<sup>64</sup> או שמא אלה עקרונות נפרדים (אם כי קרובים) כפי שסבורים אחרים?<sup>65</sup> האם דבר מה יכול להיות צודק אך לא שוויוני? לחלופין, האם

<sup>60</sup> ראו שם, בה"ש 29.

<sup>61</sup> ניתן לחשוב למשל על השאלה אם יש לשחורים זכות חוקתית לאותו יחס מכבד לו זכאים לבנים. ניתן לתאר כלל חוקתי האוסר על מדינה התייחסות מכבדת פחות לשחורים מאשר ללבנים במונחים של "שוויון": בהנחה ששחורים "שווים" ללבנים ביחס לכבוד לו הם זכאים, הכלל מתייחס באופן שווה לשחורים וללבנים באמצעות דרישה חוקתית מהמדינה להתייחס לשחורים בכל הכבוד שבו היא בוחרת להתייחס ללבנים. אולם, באותו האופן, ניתן לתאר כלל הופכי, המתיר למדינה להתייחס לשחורים בפחות כבוד מאשר ללבנים במונחים של שוויון: בהנחה ששחורים ולבנים זהים ביחס לצורך (או לחוסר הצורך) בהגנה חוקתית על "כבוד", הרי שכלל זה מתייחס באופן שווה ללבנים ולשחורים בכך שהוא מותיר את היחס כלפי שתי הקבוצות בידי המדינה. מאחר שגם הכלל המותנה וגם הכלל ההפוך עשויים להיות מתוארים שניהם במונחים של שוויון, יוצא מכך שאין לאף אחד מהם קשר מהותי לרעיון השוויון.

<sup>62</sup> השוו את המאמר: Nagel, *Commentary: The Meaning of Equality*, 1979 (WASH. U.L.Q 25 (1979) (בדיון על הזכות לתנאי מחיה מינימליים במונחים של "שוויון"), למאמר: Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 (WASH. U.L.Q 659 (1979) (בדיון על הזכות להיות חופשי מכאב במונחים של "שוויון"), לעיל ה"ש 27, בעמ' 47-51 (בדיון על הזכות להיות חופשי מכאב במונחים של "שוויון") ובין המאמר: Lucas, *Against Equality*, 40 PHIL. 296, 298 (1965) (בדיון על ה"ל במונחים של זכויות).

<sup>63</sup> ראו *Browne*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 49 (בהתייחסות ל"אקסיומת היסוד שהיא המגדירה את המושג של הצדק [...] שעל כל אדם לקבל את המגיע לו").

<sup>64</sup> ARISTOTLE, *ETHICA NICHOMACHEA* V.3.II3Ia (W. Ross trans., 1925)

דבר מה יכול להיות שוויוני אך לא צודק? גם כאן, ניתן למצוא את התשובות לשאלות אלה במבנה של שתי הטענות המוסריות השונות. הרעיון של הצדק, בדומה לרעיון של השוויון, הוא פורמלי לחלוטין.<sup>66</sup> הרעיון מניח כי יש לתת לאנשים את המגיע להם, אלא שהוא לא מגדיר מהו אותו הדבר ש"מגיע להם". על מנת להעניק משמעות לצדק, יש להביט מעבר לטענה שיש לתת לכל אדם את המגיע לו אל עבר אמות המידה המהותיות, המוסריות או המשפטיות הקובעות מה "מגיע" לאדם.

דרך אחת להכריע אם שני המושגים חליפיים היא לקבוע אם ניתן מילולית לצמצם כל אחד מהם לכדי הצהרה של המושג השני. הבה נעיין ראשית במושג 'צדק':

(1) ההוראה "יש לתת לבני אדם את המגיע להם" כוללת מתן היחס הראוי להם;

(2) מתן יחס ראוי כולל יחס בהתאם לכללי מוסר;

(3) יחס על פי כללי מוסר כולל את: (א) הקביעה אם הם עומדים בקריטריונים הנחשבים משמעותיים מבחינה מוסרית על פי הכללים; וכן (ב) מתן היחס שנקבע על פי הכללים למי שעומד בהם, ומניעת היחס הזה ממי שאינו עומד בהם;

(4) מתן היחס שנקבע בכללים למי שעומד בקריטריונים, ומניעתו ממי שאינו, פירושו להתייחס באופן שווה למי שווה בהיבטים משמעותיים מבחינה מוסרית, ולהתייחס באופן שונה למי שאינו שווה בהיבטים משמעותיים מבחינה מוסרית; וכן

(5) מתן יחס שווה למי ששווה בהיבטים משמעותיים מוסרית, ובה בעת להתייחס באופן שונה למי אינו שווה בהיבטים משמעותיים מוסרית, פירושו "להתייחס באופן שווה לשווה" ואף "להתייחס באופן שונה לשווה".

בקצרה, ההוראה כי "יש לתת לכל אדם את המגיע לו" פירושה "יש לתת יחס שווה לשווים", ו"יש לתת יחס שונה לשווים".

כפי שניתן לצמצם את רעיון הצדק לרעיון השוויון, ניתן לצמצם את עיקרון השוויון להצהרה של צדק; לשם כך יש לבצע את הצעדים המפורטים בסעיף הקודם מהסוף להתחלה. בסופו של דבר, האמירה שלפיה שני בני-אדם "שווים" ועל כן זכאים ליחס שווה, מניחה מראש את העקרונות המהותיים של נכון ולא נכון, עקרונות שהופכים יחס שווה ל"נכון" ויחס שונה ל"לא נכון". דיבור על נכון ולא נכון בנוגע ליחס אל בני אדם הוא הגדרת מה "מגיע" להם תחת הנסיבות. לפיכך, פילוסופים מתקופת אריסטו ועד היום טוענים כי יחס שווה לבני אדם פירושו "לתת לכל אדם את שמגיע לו".<sup>67</sup>

<sup>65</sup> ראו למשל Beck, לעיל ה"ש 7, בעמ' 28 ("השוויון" הוא "מרכיב" של "הצדק"); Bedau, לעיל ה"ש 10, בעמ' 18 ("המושג של צדק כולל את זה של השוויון"); Brandt, Preface, to SOCIAL JUSTICE, לעיל ה"ש 27, בעמ' v (לשוויון ולצדק "קשר קרוב").

<sup>66</sup> ראו H. KELSEN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 135-136 (הנוסחה שלפיה "שיהא לכל אדם את המגיע לו" היא "טאוטולוגיה ריקה"). לדוגמאות אחרות לנוסחות מוסריות "פורמליות" ראו Perelman, *What the Philosopher May Learn From the Study of Law*, 11 NAT. L.F. 1, 12 (1966).

<sup>67</sup> "אם כן, מהו, באופן גס, פירושו של המשפט 'התנהגות לא צודקת' באופן גס, נראה כי 'התנהגות לא צודקת' שווה למשפט 'יחס לא שוויוני' [...] האמירה גם מרמזת שאי-צדק הוא במהותו יחס לא שוויוני, ועל כן מותאם למסורת שגורסת כי ההוגנות, שוויון במובן של חלוקה שווה, היא במהותה עניין של שוויון. יתרה מכך, הביטוי: 'יחס לא שוויוני בכל הנוגע לחלוקת דברים טובים ורעים' כללי כל כך עד שניתן ליישם אותו במגוון הקשרים נרחב; הוא מאפשר

טענות שלפיהן יחס עשוי להיות בה בעת צודק ולא שוויוני, או שוויוני אך לא צודק, נשענות על סתירה עצמית פשוטה. נדמה בנפשנו מתן גזר דין למורשעים בשוד מזוין על פי חוק המחייב גזר דין של שלוש שנות מאסר לכל עבירת שוד מזויין. ניתן לטעון שבמקרה שבו נגזור שלוש שנים על חלק מהשודדים בעוד שנשחרר על תנאי שודד אחד בשל קושי פיזי מיוחד, יהיה הדבר צודק אך לא שוויוני; לחלופין, גזירת ארבע שנות מאסר על כולם יהיה שוויוני אך לא צודק.<sup>68</sup> אולם ניתן לשמור על שיפוט מוסרי כזה רק באמצעות קביעת סדרה אחת של אמות מידה מהותיות של צדק בעוד שבמקביל מתקיימת סדרה אחרת של אמות מידה של שוויון. בדוגמת השחרור על-תנאי, למשל, או שגזר הדין הקבוע בחוק הוא אמת המידה היחידה של החברה לגבי מתן גזר דין במקרה של שוד מזויין, או שיש לחברה אמת מידה משנית (חוקתית או סטטוטורית) המורה על שחרור על-תנאי במקרים של קושי פיזי מיוחד. אם גזר הדין הקבוע בחוק הוא אמת המידה המשפטית היחידה של החברה, לא יהיה זה צודק מבחינה משפטית מצד החברה להפך את החוק על ידי מתן יחס אחר לשודד אחד. מנגד, אם אמת מידה משפטית משנית מורה שמן הצדק לשקול את הקושי הפיזי המיוחד של השודד, הרי שאותה אמת מידה גם הופכת את היחס השונה אליו מהאחרים בעקבות שונותו הפיזית – לשווה מבחינת משפטית. בקצרה, גזר הדין הקבוע שחרור על-תנאי עשוי להיות צודק (ושוויוני) או לא צודק (ולא שוויוני), אולם אינו יכול להיות גם צודק וגם לא שוויוני מבלי לסבול מסתירה עצמית.

הדבר מזכיר את הכיתוב שנחרט באבן מעל לכניסה לבניין בית המשפט העליון בארצות הברית: "צדק שווה תחת החוק". האם הביטוי היה משמעותי פחות אם היה מנוסח באמצעות המילים "צדק תחת החוק"? או "שוויון תחת החוק"? האם הרווחנו משהו, אם כן, מהשימוש בארבע מילים ולא בשלוש – כלומר, משהו מלבד חזרתיות והסתרה?<sup>69</sup>

לנו לקבל אמרה עתיקה שעל פיה 'הצדק הוא לתת לכל אדם את המגיע לו'. R. BRANDT, ETHICAL THEORY 410 (1959).

<sup>68</sup> ראו למשל FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 309-316.

<sup>69</sup> עיון ביחס שבין צדק לשוויון עשוי לשפוך אור על אחת הקושיות במשפט החוקתי האמריקני. בתי משפט ופרשנים רבים מוטרידים מן היחס שבין סעיף ההליך ההוגן של התיקון החמישי (שחל רק על הממשל הפדרלי) לסעיף ההגנה השווה של התיקון הארבעה-עשר (שחל רק על המדינות). מחד גיסא, הם לא רוצים להגיע למסקנה כי הממשל הפדרלי רשאי, תחת סעיף "ההליך ההוגן", להתייחס לבני-אדם באופן לא-שוויוני באופנים שהמדינות, תחת סעיף "ההגנה השווה", אינן רשאיות. ראו Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497, 500 (1954) ("נוכח הכרעתנו כי החוקה אוסרת על המדינות להחזיק בבתי ספר ציבוריים הנוהגים בסגרגציה, יהיה זה בלתי מתקבל על הדעת כי אותה החוקה תטיל חובה פחותה על הממשל הפדרלי"). ראו גם Karst, *The Fifth Amendment's Guarantee of Equal Protection*, 55 N.C.L. REV. 541, 552-558 (1977). מאידך גיסא, לחלקם לא נוח לקרוא "הגנה שווה" אל תוך הוראה של התיקון החמישי שלא מדבר על יחס שוויוני אלא על כך שיש לתת לאנשים את "המגיע" להם. ראו J. ELY, לעיל ה"ש 56, בעמ' 32 (הוא מכנה את קריאת ההגנה שווה אל תוך סעיף ההליך ההוגן של התיקון החמישי בתור "גיבוב שטויות מבחינה תחבירית והיסטורית"); Alexander, *Modern Equal Protection Theories: A Metatheoretical Taxonomy and Critique*, 42 OHIO ST. L.J. 3, 57 n. 179 (1981) (תיאור דוקטרינת ההגנה השווה של בית המשפט העליון כ"סוטה"). התשובה היא כי ייתכן שהפרדוקס עצמו מזויף: אין מתח מוכרח בין השפה החוקתית של "הליך הוגן" מהותי ובין השפה החוקתית של "הגנה שווה", מאחר ש"לתת לכל אדם את המגיע לו" פירושו "להתייחס באופן שווה לשווים". אין הבדל הכרחי בין חוקה לאומית שמכילה סעיף הליך הוגן מהותי (ומשמיטה סעיף הגנה שווה) ובין חוקה לאומית שמכילה סעיף הגנה שווה

## 2. השוויון בתחום המשפט

המקור העיקרי לניתוח השוויון במשפט החוקתי האמריקני הוא סעיף ההגנה השווה שבתיקון הארבעה-עשר.<sup>70</sup> בשונה מרוב הוראות החוקה, המורות על פעולות ספציפיות ומוגבלות של השלטון, סעיף ההגנה השווה חובק-כל; הוא עוסק בכל פעולה שלטונית. לעניין ניתוח ההגנה השווה, חקיקת המדינות מחולקת על פי רוב לשלוש קטגוריות: (1) חקיקה המשפיעה על מימושן של "זכויות יסוד"; (2) חקיקה המסווגת בניידים על בסיס קריטריון שהוא "חשוד" מבחינה חוקתית; (3) וכל יתר החקיקה. אין צורך להחליט אם האבחנה בין הקטגוריות אמיתית או אם הרמות השונות של הביקורת השיפוטית ראויות. מטרתו כאן היא להדגים שבמנותק מן הקטגוריות או רמות הביקורת, ניתוח במונחי שוויון קורס באופן לוגי אל תוך ניתוח במונחי זכויות, וניתוח בעיות משפטיות במונחים של שוויון הופך מיותר במהותו. כל רגולציה משפטית מערכת סיווג.<sup>71</sup> על כן, כל חוק במדינות כפוף לביקורת שיפוטית מכוח התיקון הארבעה-עשר כהפרה פוטנציאלית של שוויון חוקתי – בין היתר, הפרה של הנורמה החוקתית שלפיה "יש לתת יחס שווה לשווים". אולם, על מנת להכריע בשאלה אם סיווג של מדינה מתייחס באופן שונה לבני אדם הנחשבים "שוים" על פי החוקה, עלינו להצביע על אמת מידה חוקתית המבחינה בין השווים ובין מי שאינם שווים. לא נוכל למצוא אמת מידה כזאת בנוסחה שלפיה "יש לתת יחס שווה לשווים", מאחר שנוסחת השוויון מניחה מראש אמות מידה חוקתיות מקדימות לקביעת "שווה" ו"שונה".<sup>72</sup> אולם, כאשר קבענו את אמות המידה

(ומשמיטה סעיף הליך הוגן). זו הסיבה לכך שפסיקת בית המשפט העליון בעניין הליך ההגון המהותי עשויה לשקף את הפסיקה בדבר הגנה שווה מבלי לטבוח בלשונו של הטקסט. ראו למשל: *Jones v. Helms*, 101 S. Ct. 2434 (1981); שם, בעמ' 2443 (השופט White, J., שמצטרף לפס"ד); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636, 638 n. 2 (1975); (הגנה שווה של הסעיף החמישי "תמיד הייתה זהה בדיוק" להגנה השווה של התיקון הארבעה-עשר); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. ; *Jackson v. Indiana*, 406 U.S. 715 (1972); *Perry*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1077 בה"ש 280 (בהודאה בכך שההבדל המושגי שבין "הליך הוגן" ובין "הגנה שווה" אינו מוביל בהכרח לשוני בתוצאות); השוו ל-*Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980) (באישור חוק פדרלי כעניין של "הליך הוגן" מכוח התיקון החמישי ר"הגנה שווה" מכוח התיקון הארבעה-עשר גם יחד). השוו את פסק הדין *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 383-391 (1978) (ביטול של חוק מדינתי על רקע הגנה שווה); לפסק הדין: שם, בעמ' 396-391 (השופט Stewart, J., שמצטרף לפס"ד). (כנ"ל על רקע הליך הוגן); השוו את פסק הדין: *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973) (אישור חוק מדינתי על רקע הגנה שווה), לפסק הדין: שם, בעמ' 59-62 (השופט Stewart, J., שמצטרף לפס"ד). (כנ"ל על רקע הליך הוגן); השוו את פסק הדין: *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971) (ביטול חוק מדינתי על רקע הליך הוגן); לפסק הדין: שם, בעמ' 386-383 (השופט Douglas, J., שמצטרף לפס"ד) (כנ"ל על רקע הגנה שווה). "צדק" ר"שוויון" הם בסך הכול ניסוחים אלטרנטיביים של התפיסות המהותיות המקריות בדבר נכון ולא נכון.

<sup>70</sup> "אף מדינה [...] לא תשלול מאף אדם שבתחום שיפוטה הגנה שווה של החוקים" [No] State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"] U.S. CONST. AMEND. XIV, I. מתוך:

<sup>71</sup> ראו: *J. WILSON, EQUALITY*, 121 (1966) ("מעצם העובדה של ניסוח כלל, קיבלנו את ההנחה שמאפיינים מסוימים הם רלבנטיים ואחרים לא"); *Tussman & tenBroek*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 343-344.

החוקתיות המקדימות (כפי שעלינו לעשות ממילא), עבודתנו המהותית הסתיימה, והצעד הנוסף והמתבקש של הצהרת מסקנתנו במונחים של "שווים" או "אינם שווים" מתיירת לחלוטין.<sup>73</sup>

#### א. זכויות יסוד

כל פסק־דין שאי פעם התבסס על טענת ההגנה השווה – מדגים את ייתור השוויון. אולם, פסקי הדין בדבר "זכויות היסוד"<sup>74</sup> משמשים כהקדמה ידידותית לכך שכך פרשנים זיהו שהצהרות בדבר "שוויון" על זכויות יסוד מתכנסות ללא יוצא מהכלל להצהרות בדבר "זכויות". קחו למשל את פסק הדין בעניין *Carey v. Brown*.<sup>75</sup> התובעים בפרשת *Carey* קיימו הפגנה לא אלימה על המדרכה מחוץ לביתו של ראש העיר שיקגו על מנת למחות על מדיניות ההסעות שלו. התובעים נעצרו ונשפטו על פי חוק במדינה אשר אסר על קיום הפגנה מול בתים פרטיים מלבד "הפגנה לא אלימה במקום עבודה המעורב בסכסוך עבודה".<sup>76</sup> בית המשפט העליון פסק שהיחס השונה שקיבלו מפגינים בעניין עבודה לעומת מפגינים פוליטיים, מנע מן התובעים את הגנתו השווה של החוק.<sup>77</sup>

התחקות אחר הנמקתו של בית המשפט מסירה את המסווה מעל פסק הדין בפרשת *Carey* חושפת כי מדובר בהחלטה מתחום התיקון הראשון לחוקה, המתחזה לסוגיית שוויון. בית המשפט נימק את פסיקתו כך: (1) החוק באילינוי אשר סיווג מפגינים על בסיס תוכן מחאתם, יצר אבחנה בין מפגיני עבודה למפגינים מסוג אחר; (2) התיקון הראשון מגן על זכותם של בני־אדם לקיים הפגנה לא אלימה על מדרכה ציבורית למטרות פוליטיות;<sup>78</sup> (3) שהמדינה מסווגת ביטויים כך שייאסר על ביטוי שמוגן מראש בתיקון הראשון, על בתי המשפט "לבחון בקפידה" את "הצדקות המדינה" כדי להבטיח שהחקיקה "תפורח באופן מדויק לשירות אינטרסים מהותיים של המדינה";<sup>79</sup> (4) מדינת אילינוי לא יכולה להצדיק את החוק על ידי קביעת אינטרס או העדפה מיוחדים לביטוי בנושא עבודה מכיוון שעל פי אמות המידה של התיקון הראשון, ביטוי "פוליטי" או "חברתי" הוא שווה ערך

<sup>72</sup> "העיקרון לפיו מי ששווה בהיבטים הרלבנטיים זכאי ליחס שווה, בעוד אנשים שאינם שווים בהיבטים הרלבנטיים זכאים ליחס שונה וביחס ישיר להבדלים ביניהם, הוא פורמלי במובן הגדרתי מכיוון שהוא נכשל לחלוטין בפירוט ההיבטים הרלבנטיים".  
J. FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 100; ראו H.L.A. HART, לעיל ה"ש 12, בעמ' 155; Browne, לעיל ה"ש 14, בעמ' 53; Honore, לעיל ה"ש 9, בעמ' 83 ("העיקרון של יחס שווה למקרים שווים הוא [...] ריק, אם כי כפי שנראה, לא פורמלי בלבד, עד שנדע באיזה מובן המקרים אמורים להיות שווים או שונים"); Sandalow, *Racial Preferences in Higher Education: Political Responsibility and the Judicial Role*, 42 U. CHI. L. REV. 653, 655 (1975).

<sup>73</sup> ראו Browne, לעיל ה"ש 14, בעמ' 53-55 (אמות מידה מהותיות המגדירות מתי בני־אדם "שווים" ומתי הם "שונים" אינן נדרשות רק על מנת לתת משמעות לטענה כי "יש לתת יחס שווה לשווים", אלא גם מספיקות כשלעצמן); Carr, לעיל ה"ש 54, בעמ' 212-214 (כנ"ל); Montague, לעיל ה"ש 26, בעמ' 136-137 (כנ"ל).

<sup>74</sup> שורת המקרים מקבלת את שמה מפסק הדין: *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942).

<sup>75</sup> 447 U.S. 455 (1980).

<sup>76</sup> שם, בעמ' 457.

<sup>77</sup> שם, בעמ' 459 בה"ש 2.

<sup>78</sup> שם, בעמ' 460.

<sup>79</sup> שם, בעמ' 461-462.

לפחות לביטוי בעניין עבודה; <sup>80</sup> (5) המדינה לא יכולה להצדיק את החוק על ידי קביעת אינטרס בדבר פרטיות המוחלטת של שכונות מגורים מכיוון שהחוק עצמו מתיר הפרת פרטיות כזו למטרת הפגנת לא אלימות מסוימות; <sup>81</sup> (6) המדינה לא מקדמת כל אינטרס מספק אחר להצדקת איסור על הפגנה פוליטית לא אלימה תחת התיקון הראשון; <sup>82</sup> (7) מאחר שלמדינה אין הצדקה מספקת מבחינה חוקתית להבחין בין הפגנה פוליטית בשכונות מגורים ובין הפגנה בעניין עבודה, החוק מונע מהתובעים הגנה שווה בכך שהוא נותן יחס שונה למי ששווה להם מבחינת החוקה. <sup>83</sup>

פסק הדין בפרשת *Carey* הוא פרדיגמה של הנמקה על בסיס שוויון: הצעדים הראשון והאחרון, אלה שמבססים את ההכרעה בהקשר של שוויון, מיותרים לחלוטין. בית המשפט מתחיל בצעד (1) עם תיאור המקרה במונחים של הנוסחה "יש לתת יחס שווה לשווים", ושב לנוסחת השוויון בצעד (7) באמצעות חזרה על התוצאות שנובעות באופן לוגי מהצעדים ביניהם במונחים של "שווה". אולם, מהותו של פסק הדין הפוסל את החוק של אילינוי נובעת כולה מניתוח של התיקון הראשון, צעדים (2) עד (6), לא של סעיף ההגנה השווה. כפי שהדגיש השופט סטיוארט בחוות הדעת המצטרפת לפסק הדין, וכפי שטענו אחרים, ניתן להכריע בעניינים דוגמת פרשת *Carey* ישירות על בסיס התיקון הראשון, ומבלי להתייחס לרעיון שלפיו "יש לתת יחס שווה לשווים". <sup>84</sup>

אומנם, פסק הדין בפרשת *Carey* לא מפרט אם זכותם החוקתית של התובעים להפגין מבוססת על השוואה (כלומר, הזכות לעסוק בהפגנה באותה המידה שהמדינה אפשרה זאת למפגיני עבודה) אם לאו (כלומר, הזכות לעסוק בהפגנה פוליטית בלי קשר לשאלה מה המדינה מאפשרת לאחרים). בית המשפט לא הכריע בין שתי האפשרויות, מאחר שבפרשת *Carey* שתיהן הספיקו לפסילתו של החוק המדובר. אולם, בין אם היא מבוססת על השוואה ובין אם לאו, על הזכות לשאוב את תוכנה מרעיונות חופש הביטוי שבתיקון הראשון. <sup>85</sup>

<sup>80</sup> שם, בעמ' 466.

<sup>81</sup> שם, בעמ' 462, 464-465.

<sup>82</sup> שם, בעמ' 467-469.

<sup>83</sup> שם, בעמ' 458-459, 471, ובה"ש 2.

<sup>84</sup> ראו שם, בעמ' 471-472 (השופט Stewart, J., שמצטרף לפס"ד); ראו גם Perry, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1076 (בניתוח של Police Dept v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972), במונחים של התיקון הראשון בלבד, ולא על רקע הגנה שווה); Stone, *Restrictions of Speech*; Barrett, *Restrictions, 46 U. CHI. L. REV. 81, 86-88 (1978) Because of Its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Comment, Equal but*; *Inadequate Protection: A Look at Mosley and Grayned*, 8 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 469 (1973) (בטענה כי היה צריך להכריע בפסק דין Mosley או על רקע התיקון הראשון או על רקע הטענה שהחוק רחב יתר על המידה, כדי שהמדינה לא תוכל מאוחר יותר לאסור על כל הפגנה). לטענה כי יש להכריע במקרים הנוגעים לזכויות יסוד בדומה למקרים הנוגעים לזכויות, ראו San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 59-62 (1973) (השופט Stewart, J., שמצטרף לפס"ד); Barrett, *Judicial Supervision of Legislative Classifications - A More Modest Role for Lupu*; *Equal Protection?*, 1976 B.Y.U. L. REV. 89, 108-121 (1976) *Untangling the Strands of the Fourteenth Amendment*, 77 MICH. L. REV. 981, 1060-1075 (1979).

ניתוח זה של פסק הדין בפרשת *Carey* מצביע על כך שלא רק שניתן להכריע בסוגיות של זכויות יסוד באמצעות התייחסות ישירה לזכות המהותית שבשורש, אלא שבסופו של דבר מוכרח להכריע בהם כך.<sup>86</sup> בין אם מבצעים את הצעד הנוסף שבו ממסגרים את הטענה במונחים של שוויון ובין אם לאו, יש תמיד לנתח את הזכות שבשורש הטיעון. סעיף ההגנה השווה מורה כי אם הפגנה פוליטית היא "כמו" הפגנת עובדים למטרות חוקתיות, הרי שעל המדינה להתייחס אליהן באופן שווה. אולם לרעיון שלפיו יש להתייחס באופן שווה לשווים אין ולא יכול להיות מה לומר בעניין השאלה אם הפגנה פוליטית דומה להפגנת עובדים מבחינה חוקתית. על מנת לקבוע דמיון כזה, יש לבחון את התכליות וההיקף של הזכות לחופש הביטוי. על כן, גם אם קיימת נטייה למסגר ערכים חוקתיים במונחים של שוויון, לא ניתן להימנע ממשמטת הזיהוי והאומדן של הזכויות החוקתיות המהותיות שקובעות מתי בניי'אדם "דומים" ומתי הם "אינם דומים".

דוגמה נוספת היא הזכות להצביע בבחירות. חסיד הפסיקה של השוויון יטען כי אין זה משנה כמה קולות או אחוזי קולות יש לכל אדם, בתנאי שה"קול" האלקטורלי שלו זהה לשאר ציבור הבוחרים. הזכות להצביע נחשבת לנגזרת של עיקרון מקדים בדבר שוויון ולנשלטת על ידו; לומר שיש לאדם הזכות להצביע בבחירות משמעו כי יש לו, בעניינים אלקטורליים, קול שווה לכל אחד אחר ולכולם.

טיעון כזה מייצג חוסר הבנה מוחלט וטשטוש טבעה של הזכות לבחור. ראשית, הזכות לבחור לא דורשת שלכל אדם – או למעשה לכל הזכאי להצביע בבחירות – יהיה קול שווה.<sup>87</sup> הדרך שבה נספרים הקולות תחת כל כלל משפטי או מוסרי תלויה

<sup>85</sup> 447 U.S. at 459, בה"ש 2 ("מאחר שאנו מוצאים את החוק הקיים לקוי מבחינת עקרונות ההגנה השווה, לא נשקול האם חוק המונע כל הפגנה באזור מגורים יפר את התיקונים הראשון והארבעה-עשר"). לדיון אם זכויות המפגינים מבוססות על השוואה או לא, ראו Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment* 43 U. CHI. L. REV. 20, 38, 40-41 (1975). להבדל שבין זכויות "מבוססות השוואה" ובין זכויות "לא מבוססות השוואה", ראו שם, בה"ש 14. שתי הזכויות נובעות מהנחת יסוד שונות מאוד בעניין התיקון הראשון. זכות מבוססת השוואה להפגין נגזרת מהנחת היסוד המהותית שעל פיה, חרף העובדה שאין איסור על השלטון להגביל את כמות המסרים שאליהם נחשף הציבור, אסור לו להטות את תוכן המסרים על ידי מתן היתר לדוברים מסוימים להישמע ולא אחרים. ראו *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 101 S. Ct. 2882, 2895-2896 (1981) (דעת הרוב); Stone, לעיל ה"ש 84, בעמ' 100-103. זכות שלא מבוססת על השוואה להפגין נגזרת מהנחת היסוד המהותית שלפיה התיקון הראשון מרסן את השלטון מהגבלת כמות המסרים שהציבור מסוגל לשמוע ללא סיבות טובות לאותה מגבלה. ראו *Metromedia* 101 S. Ct. at 2900 (השופט Brennan, J. שמצטרף לפס"ד); *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972) (השופט Shiffrin, Government Speech); 27 U.C.L.A. L. REV. 565, 574, 577 (1980), נובע מהזכות הזו שלכל הפחות כל עוד הערכים ואמות המידה של מדינת אילינוי לגבי פרטיות שכונת מגורים אינם משתנים – כלומר, כל עוד ההתרה של הפגנת עובדים מדגימה שהמדינה רואה את ערך הפרטיות כפחות ממוחלט – עליה להרשות מידה כלשהי של הפגנה לצרכים פוליטיים, גם אם היא נוטה לאסור על כל הפגנה בשכונות מגורים. ראו Karst, שם, בעמ' 40-41.

<sup>86</sup> "כלל מפורש של שוויון חוקתי, כגון סעיף ההגנה השווה של התיקון הארבעה-עשר, לא מוסיף דבר כלשהו שמובחן או שנפרד מזכויות אחרות (הזכות לחירות, לביטחון, להליך הוגן וכו') שכבר מפורטות או משתמעות בהוראות אחרות של החוקה. מאחר שהזכויות החוקתיות האחרות הללו חלות על כלל האזרחים, הנוסח שלהן כבר מבטיח את היישום השוויוני שלהן. העיקרון המפורש בדבר שוויון חוקתי משמש רק למטרה רטורית, כשהוא מזכיר לנו את טבעם של העקרונות החוקתיים האחרים." R. FULLINWIDER, לעיל ה"ש 49, בעמ' 223.

<sup>87</sup> הרעיון עצמו של "קול שווה" מעורפל ביסודו, מאחר שהוא אינו מציין "קריטריונים מדויקים

לחלוטין באמות המידה המהותיות שבבסיס הכלל. כך, החוקה מקצה קולות לסנטורים ביחס הפוך לאוכלוסיות של המדינות מהן מגיעים המצביעים,<sup>88</sup> בעוד שיש מדינות המקצות קולות במחוזות מוגדרים למטרות מיוחדות ביחס לכמות נכסי המקרקעין של מי שבבעלותו קרקע.<sup>89</sup> יתר על כן, גם כאשר קולו של כל אחד שווה לקולותיהם של כל היתר, השוויון ביניהם אינו אלא נגזרת: זוהי תוצאה בלתי נמנעת ולא כל כך מעניינת של הזכות המהותית שבלב העניין. למשל, הזכות של בעלי מניות בחברה להצביע באופן יחסי לבעלותם בחברה נובעת באופן לוגי מהכלל שכל מניה נושאת עמה קול שווה, ושלכל בעל מניה יש סך קולות השווה לכל בעל מניות אחר בעל אותה כמות של מניות. הקשר בין השוויון של המניות ובעלי המניות הוא פשוט תוצאה "נדרשת כעניין לוגי"<sup>90</sup> של הזכות הנדונה.

## ב. סיווגים חשובים

עד כאן, ניחא. אולם, איני הראשון הטוען לכך שמקרים של הגנה שווה שבהם מעורבות זכויות יסוד קורסים אל תוך מקרים פשוטים של זכויות – פרשנים מעלים נקודה זו מזה זמן מה.<sup>91</sup> אולם באופן משונה, פרשנים אחדים בה בעת מוסיפים ומכחישים כי הדבר נכון אף במקרים של הגנה שווה שבהם מעורבים סיווגים "חשודים"<sup>92</sup> על בסיס גזע, מין וכדומה. לטענתם, מקרים של סיווג חשוד הם "מקרי שוויון אמיתיים" שאינם קורסים אל תוך מקרים של זכויות, ולא ניתן להפרידם מן "התמיכה הטקסטואלית בשוויון".<sup>93</sup> אכן, אמת הדבר כי יש לסעיף ההגנה השווה מהות מוסרית ומשפטית,<sup>94</sup> מהות

לקביעת" בסיס למתן זכות ההצבעה. ראו *Still, Political Equality and Election Systems*, 91 ETHICS 375, 377 (1981) (בדיון על מגוון אמות מידה מהותיות ומובחנות של זכות הצבעה המאוגדות יחד בחוסר דיוק תחת הכותרת של "שוויון" זכות ההצבעה).<sup>88</sup>  
 U.S. CONST. art. I, § 3, cl. 1; id. amend. XVII.<sup>89</sup>  
 ראו *Ball v. James*, 101 S. Ct. 1811 (1981).<sup>90</sup>  
 Flathman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 45 ("השוויון הוא קריטריון נורמטיבי משמעותי רק במובן של נגזרת"); שם, בעמ' 51; ראו H. KELSEN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 127-128; Adler & Hutchins, לעיל ה"ש 10, בעמ' 303 ("תמיד היה חשד [...] שהשוויון ביחס לבני אדם הוא לכל היותר רעיון נגזר [...] וכי [...] ייבוא שלו אל תוך הדיון החברתי והפוליטי הוא במידה כלשהי לא תקין, מבלבל ומטפורי ללא רווח"); ראו גם Browne, לעיל ה"ש 14, בעמ' 52 (השוויון הוא "מאפיין תוצאתי").  
 ראו מקורות שם, בה"ש 84.<sup>91</sup>  
 המקרים מסוג הסיווג ה"חשוד" מקבלים את שמם מפסק הדין: *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944).<sup>92</sup>  
 Lupu, לעיל ה"ש 84, בעמ' 985; ראו R. FULLINWIDER, לעיל ה"ש 49, בעמ' 222-223, Lupu; 237-236, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1073 ("מקרים המייצגים סוגיות של סיווגים אסורים הם מקרים אמיתיים של שוויון"); שם, בעמ' 1001 בה"ש 98 ("הליך הוגן מהותי, לעומת זאת, מדבר על חירויות מהותיות, ללא התחשבות ישירה בחלוקה הלא שוויונית שלהן"); השוו ל-Perry, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1083 ("לא ניתן להבין באופן סביר לא את הדוקטרינה החוקתית לגבי סיווגים על בסיס אזרחות ולא את שני הזרמים של דוקטרינת ההגנה השווה, זכויות יסוד ואינטרסים יסודיים כדוקטרינות שמיישמות את העיקרון של ההגנה השווה; את שתי הדוקטרינות, על כן, יש להמשיג במונחים שאינם של הגנה שווה").<sup>93</sup>  
 Karst, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1. אולם השוו ל-Lupu, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1054 ("להגנה השווה אין 'מהות' באופן שבו השתמשתי במילה זו").<sup>94</sup>



משמעותית המתמשכת בדומה לכל נורמה בחברה.<sup>95</sup> המנסחים של התיקון הארבעה-עשר, לאחר שניצחו את המלחמה נגד העבדות, כוננו את סעיף ההגנה השווה כדי לשנות מהשורש את הרעיונות הלאומיים לגבי צדק גזעי.<sup>96</sup> אולם תהיה זו טעות לחשוב שרעיונות אלה של צדק גזעי קשורים באופן מיוחד לרעיון שלפיו יש לתת יחס שווה לשווים. אלה זכויות עצמאיות, הנהיות בלוגיקה שלהן לזכויות התיקון הראשון לחופש הביטוי והמצפון. בדומה לזכויות ביטוי ודת, ניתן להתייחס לזכויות גזע ומין ללא התייחסות ל"דומים" או "שווים". למעשה, לא רק שניתן להתייחס אליהם כך, אלא שאין מנוס מכך, מאחר שהם מספקים קריטריונים שעל בסיסם בני האדם "דומים" או "שווים".

ניתן להדגים נקודה זו באמצעות עיון בפסק הדין בפרשת *Sweatt v. Painter*.<sup>97</sup> מר סווט, מועמד שחור לפקולטה למשפטים, ערער על החוקתיות של חוק במדינה שמנע משחורים ללמוד בפקולטה למשפטים ללבנים. כיצד ניתן להכריע בשאלה אם החוק מנע מסווט הגנה שווה של החוק? כיצד מכריעים אם החוק נתן לו יחס שונה מאשר לאנשים הדומים לו מבחינה חוקתית?

אין צורך לומר שהעלאת האקסיומה "יש לתת יחס שווה לשווים" אינה מסייעת בידנו. בדומה לכל אדם,<sup>98</sup> סווט היה זהה למקביליו הלבנים במובנים מסוימים ושונה מהם באחרים: דומה להם בשאיפותיו המקצועיות ובכישוריו האקדמיים ושונה מהם בצבע עור. ניתן לטעון שגזע וצבע עור אינם רלבנטיים מבחינה חוקתית לעניין היחס הניתן לבני אדם.<sup>99</sup> הצרה היא שגזע וצבע עור אכן רלבנטיים לעתים לצורת היחס הניתן לבני אדם. הם רלבנטיים לרופאים ציבוריים כשהם מחליטים אם לערוך בדיקות למחלות הספציפיות לגזע כגון אנמיה חרמשית וטאיזקס; למנהלי ה-PBS (שירות השידור הציבורי) ולמאפרים המקצועיים כשהם מעלים מחזות הספציפיים לצבע עור כגון "אות'לו" או "שורשים";<sup>100</sup> למעסיקים בשירות הציבורי ולנמנים על קבלה ללימודים באוניברסיטאות המיישמים תוכניות העדפה מתקנת הספציפיות לגזע.

השאלה האמיתית, אם כן, היא האם גזעו של סווט יכול להיות הבדל חוקתי בין סווט ובין המועמדים הלבנים המקבילים לו. אולם, אין זו שאלה שהשוויון מסוגל

<sup>95</sup> ראו J. ELY, לעיל ה"ש 56, בעמ' 30-32, Karst, לעיל ה"ש 4, בעמ' 4 ("השוויון, כהפשטה, עשוי להיות ניטרלי מבחינה ערכית, לא כן התיקון הארבעה-עשר").

<sup>96</sup> סעיף ההגנה השווה בתיקון הארבעה-עשר, שאושר בשנת 1868, הפך את הלכתו של בית המשפט העליון בת אחת עשרה השנים בפסק הדין *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How) 393 (1857), שבה בית המשפט קבע כי בני "הגזע השחור האפריקני" נחשבו על ידי מייסדי החוקה "יצורים מדרגה נחותה, שאינם מתאימים כלל להתקשרות עם הגזע הלבן לא ביחסים חברתיים ולא ביחסים פוליטיים; ונחותים עד כדי כך שאין להם זכויות שאותן על האדם הלבן לכבד". שם, בעמ' 406-407. התהליך החוקתי שעל ידו אומצו ואושרו הנורמות המהפכניות של הצדק הגזעי בתיקון הארבעה-עשר היה כפוי וחודרני במידה כזו עד שיש המפקקים בתוקפו של התיקון. ראו: James, *Is the Fourteenth Amendment Constitutional?*, Soc. Sci., Winter 1975, at 3.

<sup>97</sup> 339 U.S. 629 (1950).

<sup>98</sup> ראו *Lucas, Vive la Difference*, 53 Phil. 363, 363 (1978) ("כל בני האדם שווים וכן [...] כל בני האדם שווים"); Sandalow, לעיל ה"ש 72, בעמ' 655 ("כל הפרטים דומים בהיבטים מסוימים ושונים באחרים").

<sup>99</sup> נראה שפרופ' פרי טוען טענה זו. ראו Perry, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1051; השוו שם, בעמ' 1056 (הלגיטימיות של לידה); שם, בעמ' 1061 (זרות).

<sup>100</sup> ראו *Lucas*, לעיל ה"ש 62, בעמ' 301 ("ביחס לזכותו של אדם לקניין או לנסיעה באוטובוס אין רלבנטיות לצבע עורו, אם כי הוא רלבנטי, ניתן לשער, ליכולתו לשחק את תפקידו של איאגו [הערת מתרגם: דמות אפריקנית במחזה של שייקספיר]").

לענות עליה, מאחר שדרישה חוקתית שיש לתת יחס שווה לשוויים לא מסוגלת להבחין בעצמה בין ההבדלים הרלבנטיים מבחינה חוקתית להבדלים שאינם כאלה.<sup>101</sup> כדי לטעון שלגזע או לצבע העור אין רלבנטיות מבחינה חוקתית במקרה המסוים של סוויט, יש להדגים כי הדרת שחורים מן הפקולטה למשפטים על בסיס גזע גורמת להם נזק שאינו נגרם במקרים שבהם מקובל לעשות שימוש בגזע – ובנוסף לכך, פגיעה כזו שהחוקה מבטיחה למנוע.<sup>102</sup> איסור כזה אינו נמצא בדרישה החוקתית לתת יחס שווה לשוויים, שכן עד שנדגים את העובדה שמועמדים שחורים סובלים מפגיעה חוקתית מדחיית מועמדותם לפקולטה ללבנים, לא ניתן לומר שהם "דומים" למקביליהם הלבנים ביחס לקבלה. האיסור החוקתי, אם ישנו, מוכרח להתחיל מרעיון מהותי באשר לפגיעות שיש לאדם הזכות שלא לסבול מהן. לאחר שעמדנו על זכויותיו המהותיות של סוויט, נוכל לומר שהמדינה התייחסה לסוויט באופן "לא שוויוני" בכך שהתייחסה אליו באופן השונה מן האופן שבו התייחסה אל מי שכעת ברור לנו שהוא "שווה" לו. כאשר הרעיונות בדבר זכאות גזעית מקבלים ביטוי, ניתן גם לנסח אותם בשפה הנגזרת של השוויון – כפי שהם מנוסחים כעת במונחים של סעיף ההגנה השווה.<sup>103</sup> הדברים נכונים גם באשר להליך הוגן מהותי: עת שהגדרנו אמת מידה של זכאות – יהיה זה בעניין ביטוי, דת, פרטיות, ענישה או הולדה – ניתן תמיד לנסח אותה במונחים של מסקנה, כהענקתו של דבר מה "המגיע" לו לאדם.<sup>104</sup> אולם הצהרה על זכאויות במונחים של מתן יחס "שווה לשוויים" (או במונחים של לתת לאדם את "המגיע" לו) לא משנה ולא יכולה באופן לוגי לשנות את תוכן של הזכאויות שאחרת היה מחזיק בהן. אין היא יכולה לעשות דבר מלבד לאזכר את אותן הזכאויות. באופן הראוי לציון, בתי המשפט לא הצליחו עד כה לזהות את הפגיעה המסוימת שאותה נועדה מהותו של סעיף ההגנה השווה לאסור. כישלון זה עשוי בעצמו

<sup>101</sup> ראו A. Ross, לעיל ה"ש 8, בעמ' 270 H.L.A. Hart טוען: "למרות שההוראה 'יש לתת יחס שווה לשוויים' היא אלמנט מרכזי ברעיון הצדק, לבדה היא חסרה, ועד שיתווסף אליה דבר מה, היא לא מסוגלת לספק הנחייה הקובעת התנהגות. הדבר כך שכן כל סדרת בני אדם יהיו שווים האחד לשני בהיבטים מסוימים, ועד שייקבע מהם הדמיון והשוני הרלבנטיים, 'יש לתת יחס שווה לשוויים' נותר בהכרח צורה ריקה". H.L.A. HART, לעיל ה"ש בעמ' 155.

<sup>102</sup> הדיון הזה מבוסס על תפיסה מסוימת של התוכן המהותי של סעיף ההגנה השווה. התפיסה נבחרה למטרות הדגמה בלבד. אין בכוונתי להיכנס לוויכוח הקיים לגבי מהי משמעותו של סעיף ההגנה השווה, ראו שם, בעמ' 567-568, אלא רק להדגים מה לא ניתן באופן יעיל לחשוב שהוא אומר.

<sup>103</sup> ראו Rostker v. Goldberg, 101 S. Ct. 2646, 2659 (1981) ("החוקה דורשת שהקונגרס ייתן יחס דומה למי שבמצב דומה"); F.S. Royster Guano Co. v. Virginia, 253 U.S. 412, 415 (1920) (סעיף ההגנה השווה דורש כי "כל בני האדם הנמצאים בנסיבות דומות יזכו ליחס דומה"), מצוטט בפסק הדין: San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 89 (1973) (השופט Marshall, J., דעת מיעוט); השוו לפסק הדין: Michael M. v. Superior Court, 101 S. Ct. 1200, 1204 (1981) (דעת הרוב) ("סעיף ההגנה השווה לא 'דורש שהחוק יחול באופן שווה על כל בני האדם בהכרח או מורה 'כי החוק יתייחס באופן שווה אל [...] דברים שהם שונים למעשה'") (מצוטט בפסק הדין: של Rinaldi v. Yaeger, 384 U.S. 305, 309 (1966)).

<sup>104</sup> ראו Graham, *Procedure to Substance - Extra-Judicial Rise of Due Process*, 40 CALIF. L. REV. 483, 488 (1952) (בהצעה שסעיף ההליך ההוגן הופך את הרעיון הפורמלי כי "יש לתת לבני אדם את ה"מגיע" להם' לחוקתי).

לנבוע מן העובדה שהסעיף נכתב בלשון של שוויון.<sup>105</sup> מהותה של ההגנה השווה מוצהרת באופנים שונים בתור הדבר שכולל את הזכות של מיעוטים גזעיים בעלי חיסרון מצטבר, שלא לסבול מ"השפלה" או "סטיגמה" נוספים כמי שנחותים מבחינה גזעית;<sup>106</sup> הזכות של האדם לא לקבל יחס של "מי שנחות מוסרית"<sup>107</sup> בגלל גזעו; הזכות של אדם שלא תימנע ממנו הזדמנות בשל "מאפייני קבוע הנקבע על ידי מקריות לידתו בלבד" שאין לו "כל קשר ליכולת ביצוע או לתרומה לחברה";<sup>108</sup> "הזכות לזכות מצד החברה המאורגנת ליחס של חבר מכובד, אחראי ומשתתף";<sup>109</sup> וכן הזכות ליחס "של כבוד ואכפתיות בדומה לכל אחד אחר".<sup>110</sup> אולם, תהיה מהותה הפרטיקולרית של ההגנה השווה אשר תהיה, זוהי טענה שאינה נשענת – ואינה יכולה להישען – על האקסיומה שלפיה יש לתת יחס שווה לשווים,<sup>111</sup> אמיתה שלא מסוגלת לומר דבר מצד עצמה לגבי פסק הדין בפרשת *Sweatt* בדרך כזו או אחרת.

לסיכום, פסקי־דין בעניין זכויות יסוד וסיווג חשוד עוסקים בזכויות מהותיות שונות, אולם הלוגיקה שלהם זהה: כל אחד מהם מוצג בבגדי שוויון, אך מוצא את מהותו בזכות המובלעת שניתן ואין מנוס מלגלות בנפרד מהתייחסות לרעיון הכללי שלפיו יש לתת יחס שווה לשווים. פסקי הדין בעניין סעיף ההגנה השווה העוסקים בסיווג על בסיס ביטוי, מציגים את הלוגיקה כדלהלן:

- (1) יש לתת יחס שווה לבני־אדם שווים;
- (2) אסור למדינה למנוע מבני־אדם את חופש הביטוי;
- (3) בני־אדם הזוכים ליחס שונה מאחרים רק על בסיס חקיקה המפרה את זכותם לחופש הביטוי הם בהכרח "שווים" לאחרים, ועל כן יש להתייחס אליהם באופן שווה.

פסקי הדין בעניין ההגנה השווה העוסקים בסיווגים על בסיס גזע, מציגים לוגיקה דומה:

- (1) יש לתת יחס שווה לבני־אדם שווים;
- (2) אסור למדינה למנוע מבני אדם את הזכות שלא לסבול פגיעה על רקע גזעני;
- (3) בני־אדם הזוכים ליחס שונה מאחרים רק על בסיס חקיקה המפרה את זכותם שלא לסבול מפגיעה גזענית, הם בהכרח "שווים" לאחרים ועל כן יש להתייחס אליהם באופן שווה.

הצעדים (1) ו-(3) ממסגרים את הסוגיה החוקתית במסגרת של שוויון, בעוד שכל הטיעון המהותי מצוי בצעד (2). בדומה לפסקי הדין בעניין ההגנה השווה העוסקים

<sup>105</sup> ראו שם, בעמ' 580-581.

<sup>106</sup> ראו Brest, *The Supreme Court, 1975 Term - Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 HARV. L. REV. 1, 8-11 (1976).

<sup>107</sup> ראו Perry, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1030, 1083.

<sup>108</sup> ראו (1973) 411 U.S. 677, 686 *Frontiero v. Richardson* (השופט Brennan, J. דעת הרוב).

<sup>109</sup> ראו Karst, לעיל ה"ש 4, בעמ' 4.

<sup>110</sup> R. DWORKIN, לעיל ה"ש 7, בעמ' 227; בין השאר, גם: O'Fallon, *Adjudication and Contested Concepts: The Case of Equal Protection*, 54 N.Y.U. L. REV. 19, 34 (1979).

<sup>111</sup> L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* § 16-I, at 991 (1978): "השוויון מצווה ציוויים לא מעגליים ומחיל מגבלות לא ריקות רק במידה שאנו מוכנים להניח אידיאלים מהותיים שדרכו את הבחירה הקולקטיבית".

בביטוי, כך את פסקי הדין בעניין ההגנה השווה העוסקים בגזע יש לפתור באמצעות צעד (2) בלבד.

### ג. בסיס רציונלי

כל יתר החקיקה המדינתית – כלומר, כל החקיקה הכוללת סיווגים שלא עוסקים באינטרסים מהותיים או במאפיינים חשודים – כלולים בקטגוריה שלישית ושירותית למטרות ההגנה השווה. הקטגוריה השלישית הזו שונה בתפקידה מן השתיים האחרות רק באשר לרמת הביקורת השיפוטית שהיא מפעילה. כך, למרות שבתי המשפט משתמשים במבחן המכונה ביקורת שיפוטית "קפדנית"<sup>112</sup> (ולפעמים "בינונית")<sup>113</sup> לניתוח סיווג הנוגע לאינטרסים מהותיים או על בסיס מאפיינים חשודים, הם מעבירים ביקורת על כל יתר החקיקה על פי אמת המידה המחמירה פחות, הדורשת "בסיס רציונלי" פשוט:<sup>114</sup> סיווגים מסוג זה תקפים כל עוד הם "קשורים באופן רציונלי לקידום אינטרס מדינה לגיטימי"<sup>115</sup>. למרבה האירוניה, בעוד שביקורת הבסיס הרציונלי היא היבט של שוויון חוקתי שלא זוכה להערכה<sup>116</sup> ואף סופג ביקורת תכופה,<sup>117</sup> הרי שעבור פרשנים מסוימים

<sup>112</sup> "מסגרת הניתוח הבסיסית של טענה כזו [של סעיף ההגנה השווה] מקובלת זה מכבר: עלינו להחליט ראשית האם [חקיקת המדינה] פועלת לרעתה של אוכלוסייה חשודה או מפרה זכות יסוד המוגנת בחוקה באופן מפורש או עקיף ועל כן דורשת ביקורת שיפוטית מחמירה." *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 17 (1973); *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 470 (1977) (מצוטט בפסק דין: *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 17 (1973)).

<sup>113</sup> ראו: *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 342 & n.3 (1980) (השופט J. Marshall, דעת מיעוט); *L. TRIBE*, לעיל ה"ש 111, סעי' 16-25 בעמ' 1065-1066 (בפסק הדין: *Craig v. Note, Equal Protection and Due Process*: (Boren, 429 U.S. 190 (1976); *Contrasting Methods of Review Under Fourteenth Amendment Doctrine*, 14 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 529, 541-545 (1979)).

<sup>114</sup> ראו *Barrett, The Rational Basis Standard for Equal Protection Review of Ordinary Legislative Classifications*, 68 Ky. L.J. 845, 856-866 (1980); *Bennett, "Mere" Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory*, 67 CALIF. L. REV. 1049, 1051 (1979); *Gunther, The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. Note, *State Economic*; Perry; 1, 19-21 (1972); *Perry*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1073-1074; *Substantive Due Process: A Proposed Approach*, 88 YALE L.J. 1487, 1497-1499 (1979). ראו באופן כללי, *Barrett*, שם (ניתוח וביקורת על השימוש במבחן הרציונליות).

<sup>115</sup> *Massachusetts v. Vance v. Bradley*, 440 U.S. 93, 97 (1979) (מצוטט בפסק הדין: *Parham v. Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 312, 307 (1976)); ראו: *Hughes*, 441 U.S. 347, 351-152 (1979) (דעת הרוב).

<sup>116</sup> ראו *Bennett*, לעיל ה"ש 114, בעמ' 1050 ("רוב תשומת הלב" היום מופנית אל תחומים של הגנה שווה שאינם ניתוח "רציונליות בלבד").

<sup>117</sup> הפרשנים לרוב מסכימים שניתוח רציונליות מניח מראש את קיומה של אמת מידה חוקתית או ערכים המשמשים להערכת תקפותן של מטרות חקיקתיות. ראו *L. TRIBE*, לעיל ה"ש 111, סעיפים 16-2 בעמ' 995; *Baker, Neutrality, Process, and Rationality: Flawed Interpretations of Equal Protection*, 58 TEX. L. REV. 1029, 1039

היא ההתגלמות הכנה ביותר של משמעותו האמיתית של השוויון. טיעונם בנוי כך: (1) השוויון דורש לתת יחס שווה לבני-אדם שווים; (2) כל בני האדם שווים במובן כלשהו; (3) לפיכך, השוויון מביא ל"הנחה" כי יש להתייחס באופן שווה לכולם אלא אם כן החברה ממציאה הצדקה כלשהי למתן יחס שונה.<sup>118</sup> כפי שכתב ישעיה ברלין:

"ההנחה היא שהשוויון אינו זקוק לסיבות, רק אי-השוויון; שאחידות, קביעות, דמיון, סימטריה [...] אינם זקוקים להסבר מיוחד, בעוד שהבדלים, התנהגות לא שיטתית ושינוי בהתנהגות זקוקים להסבר וככלל להצדקה. אם יש לי עוגה ואני חפץ לחלוק אותה עם עשרה אנשים, אזי כאשר אתן לכל אחד עשירית, הדבר לא יהיה [...] זקוק להצדקה; אולם אם אפרד מעיקרון החלוקה השוויונית, יצופה ממני להציג סיבה מיוחדת."<sup>119</sup>

ניתן לשלב טענה זו גם במסגרת הרעיון החוקתי בדבר ההגנה השווה. כך, אם ההגנה השווה מגלמת את הרעיון שיש לתת יחס שווה לשווים, והרעיון הזה אכן מוביל לחזקה בזכות יחס שווה לכולם, נובע מכאן שסעיף ההגנה השווה כולל חזקה בזכות יחס שוויוני לכולם – חזקה הניתנת לסתירה רק בהצגת נימוקים

Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 NEB. L. REV. 197, 212; (1980) Mashaw, *Constitutional Deregulation: Notes Toward A Public*; (1976) Sandalow; *Public Law*, 54 TULANE L. REV. 849, 866 (1980), לעיל ה"ש 72, בעמ' 660-659; Note; לעיל ה"ש 9, בעמ' 798; Note; לעיל ה"ש 114, בעמ' 1491; Note; *Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection*, 82 YALE L.J. 123, (1972) 128. המחלוקת לגבי ניתוח הרציונליות, אם כן, הן לאמיתו של דבר ויכוחים לגבי חוסר תקפות חוקתי – ומידת חוסר התקפות – של מטרות חקיקתיות מסוימות. השוו את: Mashaw, לעיל בעמ' 876-866 (בטענה שחקיקה איננה חוקתית אם היא מכוונת רק למטרות "פרטיות" לעומת "ציבוריות"), עם: Linde, שם, בעמ' 223 בה"ש 148 ר250 (בטענה שחקיקה של אינטרס מיוחד אינה לא-חוקתית כל עוד יש הכרה בפשרה פוליטית כמטרה לגיטימית); השוו את: Bennett; לעיל ה"ש 114, בעמ' 1058-1059 (חקיקה אינה חוקתית אלא אם כן המטרה הלגיטימית שהיא משרתת הייתה התכלית בפועל של המחוקק), עם: Note; לעיל ה"ש 9, בעמ' 813-810 (החקיקה אינה לא חוקתית אם המטרה הלגיטימית שהיא משרתת לא הייתה למעשה תכלית המחוקק).

<sup>118</sup> "את העיקרון [...] [שהמושג של צדק כולל את המושג של שוויון] ניתן לכנות חזקת השוויון. טוב, אריסטו היה הראשון לרמוז על כך שיש צורך להצדיק חוסר שוויון חברתי, ולא שוויון, ומקרים של חוסר שוויון שלהם אין סיבה מספקת אינם מוצדקים. כפי ש-Leslie Stephen ניסח בצורה מפורשת יותר, "יש חובה להמצאת סיבה מספקת לכל שוני ביחסינו אל בני אדם אחרים". אם כך הדבר, אנו לא זקוקים ל"סיבה מספקת" על מנת להתייחס לבני-אדם באופן שוויוני. על כן, נוכל לומר... שוויון חברתי לא זקוק להצדקה מיוחדת, בעוד חוסר שוויון חברתי תמיד חייב הצדקה".

Bedau, לעיל ה"ש 10, בעמ' 19 (ציטוט של Stephen, *Social Inequality*, 1 ETHICS (footnotes omitted) (emphasis in original) (1891) 267, 268; ראו Browne, לעיל ה"ש 37, בעמ' 46 ("בהיעדר סיבות למתן יחס שונה, יש לתת יחס שווה"). עבור פרשנים גוזרים את מה שנקרא "חזקת השוויון" מן הטענה כי "יש לתת יחס זהה לזהים", ראו S. A. GEWIRTH, REASON AND; 128-124, בעמ' 29, לעיל ה"ש 29, בעמ' 128-124; Blackstone; MORALITY 186 (1978); Evans, *Equality*; 240, בעמ' 40, לעיל ה"ש 40, בעמ' 240; *Ambiguity and Public Choice*, 14 CREIGHTON L. REV. 1385, 1386 (1981); Flathman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 55; Frankena, לעיל ה"ש 27, בעמ' 13-10; Rawls, לעיל ה"ש 7, בעמ' 166-165; Spaemann, *Remarks on the Problem of Equality*; 166-165, בעמ' 7; Wasserstrom, *Rights, Human Rights, and Racial Discrimination*, 61 J. PHIL. 628, 634-637 (1964).

<sup>119</sup> Berlin, לעיל ה"ש 22, בעמ' 131.

"רציונליים" למתן יחס שונה למאן דהו.<sup>120</sup> בקצרה, על פי טענה זו כל אדם המבקש לתקוף חקיקה במדינה המתייחסת אליו באופן שונה מאשר לאחרים, יכול להעלות את סעיף ההגנה השווה ובכך להעביר את נטל הראייה אל כתפי המדינה להדגים בסיס רציונלי ליחס השונה שקיבל.

אותה "חזקה" בדבר השוויון מעוררת שני קשיים נפרדים: (1) החזקה הניתנת לסתירה בזכות התייחסות שוויונית לבני האדם אינה נגזרת באופן לוגי או עולה בקנה אחד עם הרעיון שלפיו "יש לתת יחס שווה לשווים"; ובנוסף, (2) חזקת השוויון היא חסרת משמעות במהותה.

הקושי הראשון הוא שלא ניתן לגזור באופן לוגי מרעיון השוויון אף לא אחת מהפרשנויות הסבירות לחזקת השוויון. אם פירושה של הטענה "כל בני האדם שווים במובן כלשהו" הוא שכל בני האדם דומים באופן מוסרי בכל ההיבטים הרלבנטיים (ואם ניתן לטעון טענה זו באופן קוהרנטי), לא נובע מכאן שיש לתת יחס שווה לכל בני האדם עד שיש סיבות רציונליות ליחס שונה. בסופו של דבר, אם יש לתת יחס שווה לבני אדם שווים, וכל בני האדם שווים מבחינה מוסרית, נובע מכאן כי יש תמיד לתת יחס שווה לכל בני אדם; אם בני אדם דומים באמת בכל היבט מוסרי, לא יכולה להיות סיבה – לא כל שכן סיבה רציונלית – לתת למי מהם יחס שונה. הציווי "יש לתת יחס שווה לשווים" הוא אבסולוטי, בעוד חזקת השוויון היא ציווי מופחת, ציווי לכאורי, ציווי שניתן לסתור בהצגת "סיבות רציונליות" ליחס שונה לבני האדם. לא ניתן לגזור ציווי לכאורי מציווי אבסולוטי.<sup>121</sup> עם זאת, אם פירושו של "כל בני האדם שווים במובן כלשהו" הוא שכל בני האדם שווים מבחינה מוסרית או אמפירית במובנים משמעותיים מסוימים, לא נובע מכך שחובה על המדינה להתייחס אליהם באופן שווה בכל המובנים.<sup>122</sup> להיפך, אם כל בני האדם שווים במובן מסוים, נובע מכך רק שיש לתת יחס שווה לכולם במובן שבו הם שווים – ובמובן הזה בלבד.

כמובן, יתכן שבני האדם שווים רק במובנים מסוימים, אלא שהחזקה פועלת ככלל פרוצדורלי שמביא לתוצאות נכונות במצבים של חוסר ודאות. חזקת השוויון במקרה כזה תהיה מבוססת על אחת משתי הנחות. ראשית, יתכן שנניח חוסר ידיעה לגבי השאלה אם ההיבטים שבהם בני האדם שווים מוסרית הם רבים או משמעותיים יותר מההיבטים שבהם הם לא שווים. אולם במקרה כזה, חזקת השוויון לא תעלה בקנה אחד עם הרעיון שלפיו יש לתת יחס שווה לשווים. החזקה מבטאת העדפה למתן יחס "שווה" לעומת "שונה". הרעיון של שוויון, לעומת זאת, לא מבטא כל העדפה ליחס "שווה" בניגוד ליחס "שונה". הדרישה לתת יחס שווה לשווים, היא בהכרח גם דרישה לתת יחס שונה לשונים.<sup>123</sup> זאת שכן האמירה

<sup>120</sup> "מיותר לומר כי 'הגנה שווה של החוק' שאותה דורש התיקון הארבעה-עשר לא מונעת מהמדינות לפנות אל סיווג לצורך חקיקה. מגוון החלטות מוכר של בית המשפט קובע כי יש להן שיקול דעת נרחב במובן זה. אולם על הסיווג להיות סביר ולא שרירותי, ועליו להישען על רקע שוני שיש לו קשר הוגן ומהותי ביחס למטרת החקיקה, כך שכל בני האדם הנמצאים במצב זה יקבלו יחס זהה". F.S. Royster Guano Co. v. Virginia, 253 U.S. 412, (1920) (emphasis added); ראו לעיל ה"ש 115.

<sup>121</sup> ראו J. FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 100-102.

<sup>122</sup> "כמו שלא נגזר מכך שדברים שווים האחד לשני בהיבט אחד הם (או לא יכולים להיות) שווים בהיבטים אחרים כך גם לא נגזר מכך שדברים שהם שווים אחד לשני בהיבט אחד, ראוי שיהיו שווים בהיבט זה (או בהיבט אחר)". Bedau, לעיל ה"ש 10, בעמ' 8.

שלפיה שני בני אדם "שווים" למטרת הטענה לקבלת יחס מסוים, פירושה שלשניהם אותו המאפיין או המאפיינים הנדרשים לקבלת היחס הזה על פי הכלל הקיים, ולכן זכאים שניהם לאותו היחס; והאמירה ששני בני אדם "שווים" פירושה שאחד מהם חסר את המאפיין הנדרש מכוח כללי היחס האמור ועל כן לא זכאי לאותו היחס.<sup>124</sup> כללי היחס עצמם ההופכים חלק מבני האדם "שווים" (ובכך זכאים לאותו יחס) הופכים באופן לוגי בני אדם אחרים ל"שווים" (ובכך זכאים ליחס שונה).<sup>125</sup> על כן, בכל הנוגע לשוויון, כשאננו יודעים האם בני אדם נוטים להיות שווים בהיבטים מוסריים משמעותיים, חזקה בזכות יחס שווה לבני אדם תהיה לא מוצדקת באותה המידה שחזקה בזכות יחס שונה היא כזו; כל אחת מהחזקות יוצרת

<sup>123</sup> ראו H.L.A. HART, לעיל ה"ש 12, בעמ' 155; E. WOLGAST, EQUALITY AND THE Note לעיל ה"ש 9, בעמ' 781 בה"ש 34.

<sup>124</sup> A.M. Honore, חרף הסכמתו על כך שקיום כלל דורש "לתת יחס שווה לשווים", הוא מכחיש שקיום כזה כולל את המקבילה של "יש לתת יחס שונה לשווים". Honore, לעיל ה"ש 9 בעמ' 84. Honore מעיר שהכלל שיש להעניק לכלל הגברים הבוגרים זכות בחירה (ובכך לתת להם יחס שווה בהיבט הזה) לא אומר בהכרח שיש לאסור על נקבות מבוגרות את זכות הבחירה (או שיש לתת להן יחס שונה בהיבט הזה). שם, בעמ' 83.

Honore טועה בשיבוש שבין השוויון הנובע מכללים פרטיים ובין השוויון שמתקבל כשמשתכלים על הכללים באופן כללי. לבדם, כללים פרטיים אכן דורשים באופן לוגי שמי ש"שווה" ביחס לכלל פרטי יקבל יחס שונה תחת הכלל הזה. כך, הכלל של החברה שמזכה את הגברים הבוגרים בזכות בחירה פועל מעצמו לזכות את הגברים בזכות ההצבעה ולא לזכות נשים. על כן בנוגע למהות הכלל עצמו, נשים שונות מגברים ויש להתייחס אליהן באופן שונה. אולם, אין דבר בכלל עצמו, ודבר ברעיון השוויון שמונע מהחברה לחוקק כלל נפרד המזכה נשים בוגרות בזכות הבחירה. אם החברה מאמצת כלל כזה ושני הכללים נקראים יחד, אמת המידה המצטברת שמגדירה כעת "שווה" ו"שווה" על ידי התייחסות לכלל כבר איננה כל הגברים הבוגרים לבדם או כל הנשים הבוגרות לבדן אלא כל הבוגרים: בכל הנוגע לכללים במשותף, כל הבוגרים "שווים" ביחס לזכות הבחירה ויש להתייחס אליהם באופן שווה לעניין זה, וכל הקטינים "שווים" מהבוגרים ביחס לזכות הבחירה ויש להתייחס אליהם באופן שונה בעניין הזה. בין אם מדובר בכלל פרטי בלבד, או בכללים מצטברים בלבד, "יש לתת יחס שווה לשווים" מוביל באופן לוגי לכך ש"יש לתת יחס שונה לשווים", מאחר ששתי הטענות הן היבטים משלימים של כל הכללים (וסדרות הכללים).

<sup>125</sup> "כל כלל המקצה 'חלק שווה לשווים' לא רק מקצה באופן עקיף 'חלק לא שוויוני ללא שווים' אלא גם מקצה להם אותו 'ביחס ישר לא־שוויונים'". Oppenheim, *The Concept of Equality*, in 5 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES 103 (1968).

השוויון שבין ההוראה "יש לתת יחס שווה לשווים" להיקש שלו, "יש לתת יחס שונה לשווים" טבוע בסמנטיקה שלהם. הניחו, לדוגמה, שחברה מאמינה שיש לחלק אוכל לעניים ביחס למשקל הגוף שלהם, כשהכבדים יותר מקבלים מזון רב יותר והקלים יותר מקבלים פחות, ביחס ישיר. הניחו גם, ש-X שוקל כפול מ-A או B. ניתן לתאר חלוקה "שווה" תחת הכלל באחת משתי הדרכים הבאות. אחת היא לומר שיש להתייחס אל A ואל B באופן "שווה" על ידי מתן כמות זהה של מזון, ואילו X יקבל יחס "שווה" על ידי מתן כמות כפולה של מזון. לחילופין, ניתן לומר כי כל שלושת בני האדם מקבלים יחס "שווה" בכך שניתן להם מזון ביחס למשקל הגוף שלהם. כל אחד מהניסוחים הללו – האחד שעושה שימוש ב"יש לתת יחס שווה לשווים" יחד עם "יש לתת יחס שונה לשווים" והשני שעושה שימוש רק ב"יש לתת יחס שווה לשווים" – מספיק כהצהרה מכוח הכלל; אלה הצהרות חלופיות של אותו הדבר. ההבדל היחיד נמצא ברמת הכלליות של אמת המידה הקובעת של היחס – אמת המידה המגדירה יחס "שווה" לעניין הכלל. על כן, שיטה משפטית העושה שימוש בכלל "יש לתת יחס שווה לשווים" יחד עם "יש לתת יחס שונה לשווים" אינה מובחנת באופן לוגי משיטה שעושה שימוש רק בכלל "יש לתת יחס שווה לשווים".

סיכון לא מוצדק לכך שבני אדם לא ייהנו מהיחס שלו הם זכאים.<sup>126</sup> אולם אותו כלל פרוצדורלי עשוי להתבסס על חזקה אחרת. חזקת השוויון עשויה לבטא שיפוט שלפיו בני האדם שווים במובנים משמעותיים מוסרית יותר מאשר שהם שונים. במילים אחרות, החזקה עשויה להורות כי במקרים של חוסר ודאות, יש סכנה מוסרית גדולה יותר ביחס שונה לבני אדם מאשר ביחס שוויוני. אולם, לא ניתן לגזור חזקה כזו מהטענה הכללית שלפיה יש להתייחס באופן שווה לשווים. במקום זאת, יש לגזור אותה מניסיון מסוים שלאורו הבחנות בין בני אדם הן בדרך כלל לא מוצדקות או חמורות מספיק כדי להצדיק את הנזק שבהתנהגות הפוכה ברוב הזמן.<sup>127</sup> מאחר שהעיקרון "יש לתת יחס שווה לשווים" לא מחייב מצד עצמו את הרעיון שלפיו בני אדם דומים בהיבטים משמעותיים מוסרית יותר מאשר שונים, יש לגזור את מהותה של כל חזקה מהסוג השני מחוץ לרעיון השוויון בעצמו. הקושי השני, הרציני יותר, עם חזקת השוויון הוא שהיא בלתי מוגדרת לחלוטין.<sup>128</sup> ראשית, בדיוק כפי שחזקת השוויון לא כוללת בעצמה אמות מידה להבחנה בין אובייקטים "דומים ו"שונים", היא גם לא מסוגלת להבחין בין יחס "שווה" ל"שונה".<sup>129</sup> יתירה מכך, מאחר שכל כלל מתייחס באופן שווה לבני האדם במובן

<sup>126</sup> "חשוב לשים לב כי הנוסחה האריסטוטלית [יש לתת יחס שווה לשווים] לא מניחה חזקה כלל. אין עלינו להניח שוויון או אי שוויון אלא רק להתייחס באופן שווה לשווים ולהתייחס באופן שונה למי שאינם [...] הנקודה המכרעת היא שאם חשוב לנו להצדיק את יחסינו אל אחרים [...] אזי יחס שוויוני או לא שוויוני נמצאים באותו המעמד. אין סיבה מלכתחילה לבודד אחד מהם כמועדף באופן מיוחד. [...] עלינו לומר, לא שיש עיקרון מלכתחילה הדורש מאתנו להניח שוויון, אלא שהדבר הסביר היחיד לעשות הוא לא להניח הנחות כלל. נכון הדבר שאין סיבה להתייחס באופן שונה ל-A ול-B. נכון גם שאין סיבה להתייחס ל-A ול-B באופן שווה. מה שלא נכון הוא שהטענה שלפיה אין סיבה להתייחס אליהם באופן שונה דורשת את הטענה שלפיה יש סיבה לא להתייחס אליהם באופן שונה". Browne, לעיל ה"ש 37, בעמ' 47, 52 (דגש במקור); ראו J. FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 101.

<sup>127</sup> הנקודה מתבהרת כשמהרהרים בחזקה מצומצמת יותר, למשל, כלל שלפיו יש להתייחס באופן שוויוני לגברים ולנשים אלא אם כן יש סיבות טובות להתייחסות שונה – כלומר, לא ישללו ממין אחד כולו את היתרונות שמהן נהנה המין השני, על בסיס של סטראוטיפ מגדרי, אלא אם כן הסיבות לשלילה כזו גוברות על הפגיעה הנוצרת מהעלבת בני אדם על בסיס סטראוטיפ מגדרי. אולם, הכלל נגד הבחנה בין המינים לא נובע מחזקה כללית נגד הבחנות; הוא נובע מניסיון ספציפי עם התוצאות הרגילות של הבחנות מסוג מסוים. כפי שאומר Joel Feinberg: "חזקה לטובת יחס שוויוני תקפה [רק] כש[כבר] יש אמונה, הנחה או ציפייה שהפרטים המעורבים שווים בהיבטים הרלבנטיים [...]" J. FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 101.

אומנם, ניתן לנסח מחדש את "חזקת השוויון" ככלל שעל פיו (1) כאשר הבחנות קטגוריות בין בני אדם נמצאו גורמות נזק בלתי מוצדק לאוכלוסייה זו או אחרת (או לשתייה), או כאשר (2) הבחנות קטגוריות בין בני אדם נמצאו גורמות נזק הגובר על הפגיעה של חוסר הבחנה, (3) על הפועל להתייחס מראש לשתי האוכלוסיות כאל אוכלוסייה אחידה אלא אם כן הסיבות להבחנה הקטגורית ביניהן גוברות על כל נזק מתקבל. הקושי עם הניסוח הזה הוא שאף על פי שהוא סביר מבחינה מוסרית, הוא נגזר לחלוטין; הוא לא מספר לנו כל דבר שאנו לא יודעים. הוא מספר לנו שכאשר הבחנות שטחיות מסוג מסוים, נמצאות לרוב לא מוצדקות, עלינו להימנע מהן, וכאשר הבחנות כאלה נמצאות מוצדקות מסיבות מסוימות, עלינו לערוך הבחנות כאלה מהסיבות הללו עצמן.

<sup>128</sup> אולם ראו: B. ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE 16, 37- (1980) 58 (ברמיזה שהנחת יסוד השוויון היא נורמה פוליטית חשובה ונהירה); D. HAWKINS, לעיל ה"ש 40, בעמ' 10 (כנ"ל); 74, Graham, Liberty and Equality, (1965) 59, 64 (כנ"ל); Spemann, לעיל ה"ש 118, בעמ' 364 (כנ"ל).



כלשהו ובאופן שונה במובנים אחרים,<sup>130</sup> החזקה לא מסוגלת למלא את "תפקידה הגרעיני"<sup>131</sup> של הבחנה בין כללים הדורשים הצדקה לאלו שלא. לבסוף, גם אם החזקה הייתה מסוגלת לזהות באופן ודאי כללים הדורשים הצדקה, הרי שהחזקה בעצמה לא כוללת כל אמת מידה המסוגלת להבחין בין סיבות "טובות" ו"פסולות" באשר ליחס שונה לבני אדם, ועל כן אין בכוחה לספר בפועל מתי החזקה מופרכת. משלוש סיבות אלה, החזקה נותרת ריקה מתוכן כנורמה מוסרית. דוגמה טובה לכך היא פסק הדין בפרשת *Morey v. Doud*,<sup>132</sup> שבו היה מעורב חוק מדינתי שסיווג לצורכי ביקורת וחובת הנפקת אגרות-חוב את כל המנפיקים של המחאות (money orders) לאחת משתי קטגוריות; בקטגוריה אחת נכללה רק חברת "אמריקן אקספרס" בשמה, ובשנייה כל שאר החברות. התובע, שלא נהנה מהפטור שהוענק לאמריקן אקספרס, תקף את הסיווג על רקע העובדה שהוא שלל ממנו את הגנתו השווה של החוק. הטענה שלו הייתה, כך נראה, שאם החוק היה מעניק את הפטור גם לתובע וגם לאמריקן אקספרס (או מסרב להעניק אותו לשניהם) הוא היה מתייחס אליהם באופן "שווה" ועל כן לא היה זקוק להצדקה; אולם מאחר שהחוק העניק את ההטבה לחברה אחת ולא לאחרת, הוא התייחס אליהן באופן "שונה" ועל כן דורש הצדקה רציונלית.<sup>133</sup> הקושי הברור היה שלבית המשפט לא הייתה דרך לדעת אם החוק התייחס באופן שווה או שונה לשתי החברות מבלי לזהות קודם את הכלל שעל פיו יש לבחון את התנהגותן של החברות. אם הכלל הראוי הוא שיש לחייב בהנפקת אגרות חוב כל חברה שאין לה את הגודל, הנכסים וכוח הלובי הפוליטי של חברת אמריקן אקספרס, אזי לפי אמת המידה הזו

<sup>129</sup> "נוכל לכנות שני דברים 'שווים' רק בזכות כלל או קריטריון כלשהו של דמיון. כך שהשאלה אם שני אובייקטים הם בעלי אותו צבע תלויה במה נחשב עבורנו 'אותו צבע' [...]" J. WILSON, לעיל ה"ש 71 בעמ' 41; ראו שם, בעמ' 545 וה"ש 24. ניתן להדגים את הנקודה על ידי הדוגמה של כלל הדורש שלכל אדם יוענק כיכר לחם בכל יום. כלל כזה מתייחס לבני האדם באופן שוויוני על ידי היחס לחלוקה על בסיס כיכר אחד לראש, אולם מתייחס אליהם באופן שונה על ידי יחס לחלוקת הלחם על בסיס משקל גוף, צורך, גיל או הישגים. כפי שאמר כותב אחד, "לומר בפשטות שנכון להתייחס לשני בני אדם באופן שוויוני ולא אי שוויוני חסר משמעות [...]" מאחר שהיחס לשני בני אדם באופן שוויוני בהיבט אחד תמיד יהיה יחס לא שוויוני בהיבטים אחרים" 82 Equal Protection - Developments in the Law - HARV. L. REV. 1065, 1164 (1969) (footnote omitted).

Anatole France ביטא מחשבה זו באופן ראוי יותר לציטוט: "החוק בשוויונו המלכותי אוסר על העשיר כמו על העני לישון תחת הגשר, לקבץ נדבות ברחוב ולגנוב פת לחם." A. FRANCE, LE LYS ROUGE (1894), quoted in J. BARTLETT, FAMILIAR QUOTATIONS 802a (14th rev. ed. 1968).

<sup>130</sup> ראו שם, בעמ' 545-547 וה"ש 129.

<sup>131</sup> ראו J. LUCAS, לעיל ה"ש 27, בעמ' 173 ("כוח הבולדוזר" של חזקת השוויון נעלם ללא היכולת להפריד בין אותם מקרים הדורשים הצדקה לאלה שלא). אומנם, ניתן "לקרוא לתוך" החזקה אמת מידה של יחס שהופכת אותה לסבירה. כך, ניתן להבין את החזקה כהנחה שקובעת שבהעדר סיבות טובות להתייחס אחרת אל בני אדם, יש להתייחס אליהם "באופן שווה" על ידי התייחסות לאמת המידה של היחס הראוי. הקריאה הזו של החזקה הופכת אותה סבירה מוסרית, אולם היא עושה זאת רק על ידי הפיכתה לטאוטולוגיה. כלומר, היא מדריכה את הפועל להתייחס לבני אדם באופן שוויוני על ידי התייחסות לכלל שעל פיו יש להתייחס אליהם כך, אלא אם כן יש סיבות טובות להתייחס אליהם בהתאם לכלל אחר, כאשר המונח "טוב" מוגדר על פי אמות מידה שקובעות מתי הכלל הראשון נותן קדימות לשני. איננו מקבלים דבר מחזקה כזו שלא שמנו בה כבר בעצמנו.

<sup>132</sup> 354 U.S. 457 (1957), overruled by *City of New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976).

<sup>133</sup> Brief for Appellee at 13-18, *Morey v. Doud*, 354 U.S. 457 (1957) (No. 475).

מתקיים יחס שווה לחברות; אם הכלל הראוי הוא שיש לחייב בהנפקת אגרות חוב כל מנפיק המחאות באשר הוא, אזי מתקיים יחס שונה לחברות השונות. מאחר שחזקת השוויון לא כוללת כל אמת מידה לבחירה בין שני כללים אלה, הרי שלא היה בכוחה לספר לבית המשפט אם החוק התייחס באופן שווה או שונה לשתי החברות, ואם הוא נדרש להציג הצדקה רציונלית. בנוסף לכך, מאחר שהחזקה לא כוללת כל אמת מידה להבחנה בין סיבות "טובות" לסיבות "פסולות" ליחס שונה לחברות שונות, לא היה בכוחה לספר לבית המשפט אם היחס השונה (ככל שהיה שונה) היה מוצדק או לא.

מה המשמעות של כל האמור לעניין הביקורת השיפוטית מסוג הבסיס הרציונלי מכוח סעיף ההגנה השווה? המשמעות היא שלא ניתן להצדיק או להגן על ביקורת שיפוטית מסוג זה כמאפיין מובחן של שוויון. אין זה אומר שמוותר למדינה לחוקק סיווגים רגולטוריים אשר "אינם קשורים מבחינה רציונלית ל"אינטרסים] לגיטימיים] של המדינה".<sup>134</sup> יתרונותיה וחסרונותיה של ביקורת הבסיס הרציונלי הן סוגיות של ערך חוקתי מהותי שבהם יש להכריע מצד עצמם.<sup>135</sup> הנקודה היא שאם יש לביקורת הבסיס הרציונלי ערך, אין זה מפני שעל המדינה חלה חובה חוקתית להמציא סיבות רציונליות ליחס "שונה" (בניגוד ליחס "שווה") כלפי בני אדם, אלא מפני שלמדינה יש חובה להמציא סיבה רציונלית ולגיטימית לכל יחס שהוא כלפי בני אדם.<sup>136</sup> כל ערך שיש לביקורת הבסיס הרציונלי נובע בסופו של דבר לא מרעיונות של שוויון אלא מרעיונות מתחום ההליך ההוגן המהותי.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> ראו לעיל ה"ש 115.

<sup>135</sup> ראו לעיל ה"ש 117; להלן ה"ש 136.

<sup>136</sup> ראו Hare, לעיל ה"ש 126, בעמ' 19.

בסופו של יום, כמובן, ביקורת "הבסיס הרציונלי" עצמה היא אמת מידה פורמלית: היא מורה לבתי המשפט לפסול חקיקה המכילה סיווגים שאינם "קשורים באופן רציונלי" למטרות מדינה "לגיטימיות", אולם היא לא מונה אמות מידה מהותיות לקביעת אלו אמצעים הם "רציונליים" ואלה מטרות הן "לגיטימיות". על מנת ליצוק מהות לביקורת הבסיס הרציונלי, יש לשלב אמות מידה מהותיות על ידי התייחסות למקומות אחרים, על מנת לקבוע את הרציונליות והלגיטימיות. ראו Note, לעיל ה"ש 9, בעמ' 813-856. כשנעשה זאת, ייתכן שנגלה שהחוקה מורה על יותר מאמת מידה אחת. לכן, בניית הסופי, ביקורת הבסיס הרציונלי דורשת זיהוי אמת מידה (או אמות מידה) חוקתיות מהותיות ושקילת אמת המידה הזו כנגד מדיניות חוקתית מתחרה. קודם שזיהינו אמות מידה כאלה, אין לנו דרך לדעת אם שני בני אדם "שווים" או "שונים". לאחר שזיהינו אמות מידה כאלה, ושקלנו אותן כנגד מדיניות מתחרה, כבר אין צורך בטענות מסוג "יש לתת יחס שווה לשווים" מאחר שכבר קבענו כיצד יש להתייחס לשני הצדדים.

<sup>137</sup> ראו Sandalow, לעיל ה"ש 72, בעמ' 658. באופן זה, כל ערך שיש לשוויון נובע מרעיונות של צדק: אם נאמר שאין להבין את הדרישה לשוויון במובן פורמלי, אלא שהגורם המכריע הוא האם המגבלה מתרחשת בהתאם לנזקקות ציון מובחנות שהם "מבוססות", "סבירות" או "צודקות", פירוש הדבר שרעיון השוויון נעלם, ובמקומו יש התייחסות למה שנחשב "צודק" על פי דעה סובייקטיבית ואמורציונלית. A. Ross, לעיל ה"ש 8, בעמ' 288. עד כה טענתי ש"חזקת" השוויון אינה מכתיבה ביקורת "בסיס רציונלי". עלי להוסיף כי רעיון השוויון גם הוא אינו מכתוב "בסיס רציונלי". השוויון דורש שפועל ייתן יחס שווה לשווים ושונה לשונים. הוא אינו דורש הסבר או הצדקה למעשיו, או שימציא סיבות לכך שפעולותיו מתאימות לעקרונות של שוויון: "כך, היישום של העיקרון שלא מבוסס על הנחה מוקדמת [שיש לתת יחס שווה לשווים] לא תלוי רק על מה אפשר ואי אפשר להדגים. מה שמצדיק הבדל ביחס במקרה של עיקרון שלא מבוסס על הנחה מוקדמת הוא שיש הבדל אמיתי (רלבנטי) בין הפרטים המעורבים (בין אם ניתן להמחיש את ההבדל ובין אם לאו), בעוד שמה שמצדיק את השוני ביחס במקרה של [חזקת] השוויון הוא היכולת להדגים רקע להבחנה (בין אם הבחנה זו קיימת במציאות ובין אם לאו)". Katzner, *Presumptivist and Nonpresumptivist Principles of Formal Justice*, 81 ETHICS 253, 255 (1971) (emphasis added).

### 3. בלבולים של השוויון

עד כה, טענתי שהשוויון הוא מושג פורמלי לחלוטין: הוא "צורה" של הצהרה בדבר טענות מוסריות ומשפטיות שמהותן נובעת ממקום אחר, "צורה"<sup>138</sup> של שיח ללא תוכן מהותי משלו.<sup>139</sup> אולם פרשנים מסוימים סבורים כי בתור צורת טיעון משפטי, השוויון עשוי להקל על ניתוח בעיות משפטיות. חרף העובדה שהם מודים בכך שהשוויון הוא רעיון "ריק"<sup>140</sup> ואף "מעגלי",<sup>141</sup> ובכך שעל מנת למצוא

<sup>138</sup> עיקרון פורמלי של צדק [...] "מכיל משתנה כללי לחלוטין בעוד שעקרונות [מהותיים] הם דרכים שונות להחלפת המשתנה בקבוע". העיקרון שיש לתת יחס שווה לבני אדם השווים בהיבט רלבנטי, בעוד יש לתת יחס שונה למי שאינו, וביחס ישיר להבדלים ביניהם, הוא פורמלי במובן המוגדר, מאחר שהוא נכשל לחלוטין בפירוט ההיבטים הרלבנטיים". J. FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 100 (צוטט ב: L. KATZNER, AN ANALYSIS OF THE CONCEPT OF JUSTICE 2 (1968) (unpublished, Ph.D. dissertation)). תיאור נוסף של המונחים "פורמלי" ו"פורמליזם", ראו C. PERELMAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 29-11, Locke; לעיל ה"ש 30, Perelman; לעיל ה"ש 66, בעמ' 10-11.

למרבח הצער, יש פרשנים המתיימרים לדבוק בהבחנה הקונבנציונלית שבין שוויון "פורמלי" לשוויון "מהותי" אולם בו בזמן מגניבים רעיונות של צדק מהותי אל תיאוריהם את השוויון ה"פורמלי". כך, יש פרשנים המתארים את מה שנקרא "חוקת השוויון", ראו לעיל ה"ש 127, כעיקרון של שוויון "פורמלי", ראו למשל S. BENN & R. PETERS, לעיל ה"ש 29, בעמ' 128-126, P. POLYVIU, לעיל ה"ש 8, בעמ' 7-8, אף על פי של"חוקה" יש באופן ברור השפעה מהותית. ראו W. GALSTON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 143-145. פרשנים אחרים משתמשים במונח "שוויון פורמלי" על מנת לתאר מערכת משפט שהיא "חסרת פניות" במובן של "לא חולקת כבוד ליחידים", ראו למשל B. ACKERMAN, לעיל ה"ש 128, בעמ' 18; J. LUCAS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 253, Hare; לעיל ה"ש 126, בעמ' 24, אולם האיסור על "מתן כבוד" ל"יחידים" הוא בעצמו מגבלה מהותית על סמכותו של השלטון – מגבלה שמקורה ברעיונות הנתונים לוויכוח של נכון ולא נכון. פרשנים אחרים משתמשים במונח "שוויון פורמלי" על מנת להתייחס לטיעון שכל אדם נספר פעם אחת, ואף אדם לא נספר יותר מפעם אחת, ראו למשל, R. HARE, FREEDOM AND REASON 118 (1963), אף על פי שאין זו תוצאה לוגית של הטענה שלפיה "יש לתת יחס שווה לשווים". ראו W. GALSTON, לעיל ה"ש 37, בעמ' 144-145. לבסוף, יש פרשנים שמשתמשים במונח "שוויון פורמלי" על מנת להתייחס לדרישה שבני אדם יהיו שווים "בפני החוק", כשהמשמעות היא ש"הרגע להכרעה בין בני אדם חייב להיות רק זה שכבר הוגדר [מראש] בחוק", אף על פי שלדרישה כזו של "חוקיות" יש מרכיבים מהותיים. ראו J. LUCAS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 253 (ההבחנה בין "שוויון בפני החוק" ובין "שוויון פורמלי").

<sup>139</sup> Flathman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 38, 40; ראו C. PERELMAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 29-11, Hart, Introduction To C. A. ROSS; לעיל ה"ש 8, בעמ' 275-270, PERELMAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' vii, Sandalow; לעיל ה"ש 72, בעמ' 655.

<sup>140</sup> "הניסיונות הראשונים להגדרת השוויון מתחילים עם העיקרון של אריסטו, שהשוויון הוא יחס שווה לשווים ויחס לא שווה ללא שווים [...] לעתים קרובות מצוין שהצהרות אלה ריקות מתוכן. הן אינן מכילות כל הצעה לזיהוי מי שהוא שווה ומי שאינו שווה, או אמת מידה שעל פיה ניתן לזהות או לפתח קריטריונים רלבנטיים מתאימים". P. Polyviou, לעיל ה"ש 8, בעמ' 7; בין השאר, גם Honore, לעיל ה"ש 9, בעמ' 83 ("העיקרון של מתן יחס שווה למקרים שווים [...] הוא [...] עיקרון ריק"). פרופסור Ely מעיר כי "התוכן של סעיף ההגנה השווה – התשובה לשאלה איזה אי-שוויון הוא נסבל תחת אילו נסיבות – לא נמצא במקום כלשהו במילותיו". J. ELY, לעיל ה"ש 56, בעמ' 32; בין השאר, גם J. REES, לעיל ה"ש 22, בעמ' 95-96, Carr; לעיל ה"ש 54, בעמ' 211-212, Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, in EQUALITY AND PREFERENTIAL TREATMENT 84, 85 (M. Cohen, T. Nagel & T. Scanlon eds., 1977). אולם, השוו ל-Perry, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1082 ("חשוב להבין שהגנה שווה אינה עיקרון ריק ולא קבוע").

<sup>141</sup> L. TRIBE, לעיל ה"ש 111, סעיפים 1-16, בעמ' 991.

משמעות בסעיף ההגנה השווה יש להציב "אידיאלים מהותיים"<sup>142</sup> שאין להם דבר עם עיקרון השוויון, פרשנים אלה תומכים בהמשך השימוש בשוויון על בסיס העובדה שהוא "משרת בתפקיד מבחין",<sup>143</sup> שהוא "מגן יותר" על בני אדם מאשר זכויות מהותיות,<sup>144</sup> ושבתור "מודל – צורת הסתכלות על סוגיות חוקתיות באופן כללי"<sup>145</sup> – הוא "מציע חלופות מפתות לטיעונים חוקתיים".<sup>146</sup>

אני סבור כי פרשנים אלה טועים גם לגבי מובחנותו של השוויון וגם לגבי יעילותו. כמקור לזכאויות, השוויון אינו מסוגל לייצר תוצאות מהותיות שלא ניתן להשיג באמצעות צורות אחרות של ניתוח, מאחר שכפי שראינו לעיל, לשוויון אין תוכן מהותי מצד עצמו. כצורה של ניתוח, השוויון מבלבל הרבה יותר משהוא מבהיר,<sup>147</sup> מארבע סיבות לפחות: (1) בכך שהוא מוסווה כנורמה עצמאית, השוויון מסתיר את טבען האמיתי של הזכויות המהותיות שאותן הוא מאזכר; (2) על ידי מסגור זכאותם של בני אדם במונחים של שוויונם לאחרים, השוויון רומז באופן מטעה כי זכויותיהם של בני האדם האחד ביחס לשני זהות בכל ההקשרים; (3) באמצעות עידוד השימוש ברמות מונוליתיות של ביקורת שיפוטית שאינן מובחנות בהתאם לחשיבותה של הזכות השורשית, השוויון מציע באופן שגוי כי יש לבחון את כל שאלות השוויון באמצעות אמת מידה אחת יחידה (ולעתים בעלת שתי רמות) של הצדקה; ולבסוף (4) באמצעות הדגשת העובדה שסוגיות מסוימות של שוויון מחייבות תרופות כפולות, השוויון מורה באופן שגוי על כך שהוא מחייב תרופות גמישות במיוחד.

#### א. הכשל של נורמה עצמאית

עיקרון השוויון נחשב עבור חלקים בציבור כנורמה עצמאית – נורמה ברת השוואה לזכויות וחירויות של דיבור, מצפון ודת. תפיסה כזו מסתירה את הצורך לבקש

<sup>142</sup> שם; ראו גם שם, סעי' II-I, בעמ' 566 ("התאפשר לנו ליצוק תוכן [לסעיף ההגנה השווה] רק דרך פסקי דין מהותיים שנויים במחלוקת"). המאמר האחרון של פרופ' טרייב על תיאוריה חוקתית הרחב על הבחנה זו:

"כל הבחנה חוקתית בין חוקים המטילים נטל על הומוסקסואלים וחוקים המטילים נטל על החושפים עצמם בציבור, בין חוקים המטילים נטל על קתוליים וחוקים המטילים נטל על כייסים, תלויה בתיאוריה מהותית לגבי אלו מהקבוצות הללו מקיימות את זכויותיהן המהותיות ואלו לא [...] ניתן לדחות את הרעיון של שחורים או נשים כקבוצות שראוי להבחין אותם מהשאר רק על ידי מציאת בסיס חוקתי למסקנה שבחברתנו, חזון היררכי שכזה נמצא מחוץ לתחום באופן מהותי, לפחות כהצדקה לפעולה שלטונית. ובסיס כזה בתורו מחייב תיאוריה של זכויות מהותיות לא מנויות".

*Tribe, The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 YALE L.J. 1063, 1076 (1980) (footnotes omitted) (emphasis in original).

<sup>143</sup> Perry, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1083-1084.

<sup>144</sup> Karst, לעיל ה"ש 85, בעמ' 67.

<sup>145</sup> L. Tribe, לעיל ה"ש 111, בעמ' 565; ראו גם שם, סעי' 16-1, בעמ' 992.

<sup>146</sup> שם, סעיף II-I בעמ' 565; ראו גם שם, סעי' 16-1, בעמ' 991 (בתיאור של "מודל ההגנה השווה" כ"משנתה חיוני אך עצמאי" שאותו יש להבחין מ"מודל הזכויות המועדפות").

<sup>147</sup> אין כוונתי לומר שכל המושגים ה"פורמליים" חסרי תועלת. יש מושגים פורמליים שימושיים מאוד, ואפילו חיוניים. ראו למשל, Ross, *Tu-Tu*, 70 HARV. L. REV. 827-829 (1958) (בטענה שלמרות שלמונח "זכויות" אין משמעות סמנטית שאינה כלי רטורי על מנת לחבר בין הצהרות דסקריפטיביות לפרספקטיביות, המונח "זכויות" הוא אף על פי כן שימושי מאוד למטרות "פרונטציה").

מחוץ לשוויון את הזכויות המהותיות שייצקו תוכן לעיקרון. הבלבול שנוצר מודגם באופן שבו בתי משפט ופרשנים עוסקים בתוכנו של סעיף ההגנה השווה בתיקון הארבעה-עשר. אחד משופטי בית המשפט העליון הרחיק לכת עד כדי האמירה שלפיה "סעיף ההגנה השווה לא מעניק כל זכות מהותית ולא יוצר אף חירות מהותית".<sup>148</sup> בעת האחרונה פרשן טען שסעיף ההגנה השווה "לא מסוגל ולא צריך לשאת כל תוכן מהותי".<sup>149</sup> שופט אחר קבע כי "ניתן להרוויח את" המשמעות המהותית של סעיף ההגנה השווה "דרך המשמעות של השוויון בעצמו".<sup>150</sup> מעבר לכך, מאחר שהשוויון מסווה את הזכויות מאחורי נוסחה שלא מתייחסת באופן מפורש לזכויות המהותיות שהיא משלבת ממקום אחר, השוויון "מעוור" אותנו לא רק לקיומן של הזכויות הללו אלא גם לתוכן המהותי הספציפי שלהן.<sup>151</sup> זיהוי והערכה של זכויות חוקתיות הן משימות מורכבות, אפילו בעניין חירויות ספציפיות כגון חופש הביטוי והדת. קושי זה רק מתעצם כשמבליעים אותן בתוך טענת ה"סל"י.<sup>152</sup> שלפיה "יש לתת יחס שווה לשווים", נוסחה שמסוגלת להתייחס לכל זכות מהותית.<sup>153</sup>

אני לא מתכוון לומר שהשוויון מעוות בהכרח את הניתוח של הזכויות המהותיות שבשורש. כל עוד אנו פוקחים עין על מהותה של זכות זו, ניתן לעשות שימוש בלשון שוויון על מנת להצהיר על כל זכות אחרת ולנתח אותה. הנקודה היא

<sup>148</sup> San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 59 (1973) (השופט Stewart, J., שהצטרף לפס"ד); השוו ל- Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 322 (1980) (השופט Stewart, J.) ("ההבטחה של הגנה שווה תחת התיקון החמישי אינה מקור לזכויות או חירויות מהותיות [...]"). אם נהיה הוגנים כלפי השופט סטיוארט, ייתכן שעשה שימוש בביטוי "זכויות מהותיות" על מנת להתייחס לזכויות שלא מבוססות על השוואה.

<sup>149</sup> Lupu, לעיל ה"ש 84, בעמ' 985; ראו גם שם, בעמ' 1054 ("להגנה שווה אין 'מהות' במובן שבו השתמשתי במונח"); השוו ל- Wright לעיל ה"ש 1, בעמ' 19 (מאחר שהחלטתה אם פעולה רשמית מעניקה יחס שוויוני "מערכת מבוחר מדיניות בסיסית קטן", שופטים נוטים לעשות זאת היטב).

<sup>150</sup> Wilkinson, *The Supreme Court, The Equal Protection Clause, and the Three Faces of Constitutional Equality*, 61 VA. L. REV. 945, 946 (1975) (emphasis added).

<sup>151</sup> Carr, לעיל ה"ש 54, בעמ' 223 (השוויון "רק מעוור אותנו לתפקוד ולאפיון של הפרקטיקה של עשיית צדק"); Karst, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1; Sandalow, לעיל ה"ש 72, בעמ' 660-661 ("למרות שבשנים האחרונות בית המשפט העליון העלה לעתים קרובות את סעיף ההגנה השווה כדי לפסול חקיקה, הוא לא שקל בכובד ראש את הבעיה בהצדקת העקרונות המהותיים עליהם החלטות אלה נשענות"); ראו גם Browne, לעיל ה"ש 14, בעמ' 53 (השוויון "הוא השלכה טריוויאלית לחלוטין שמשמעותו האמיתית היא עיוות והסתרה") (ההדגשה שלי). להדגמת ההיקף של הסוואת טענות מהותיות מובלעות בשוויון, ראו Kamisar, *Has the Court Left the Attorney General Behind? - The Bazelon-Katzenbach Letters on Poverty, Equality and the Administration of Criminal Justice*, 54 KY. L.J. 464, 482 (1966) (בהצבעה על כך שהתובע הכללי עשה שימוש ב"שוויון" כמסווה להגנבת אישור מחדש של טענות מהותיות שבית המשפט העליון כבר דחה במפורש).

<sup>152</sup> Perry, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1077.

<sup>153</sup> ראו H. Kelsen, לעיל ה"ש 18, בעמ' 127; C. PERELMAN, לעיל ה"ש 21, בעמ' 11, 22 (את השוויון "ניתן ליישב עם המגוון הרחב ביותר של פילוסופיות ושיטות משפט"); A. ROSS, לעיל ה"ש 8, בעמ' 273 ("ברור שהדרישה הפורמלית הזו [לשוויון] לא יכולה מעולם להצדיק כל טענה שכלל אחד עדיף על כלל אחר"); Berlin, לעיל ה"ש 22, בעמ' 130 ("ניתן בביטחון להבליע כל סוג של התנהגות בכלל הכללי המורה על יחס שוויוני [...]") (דגש במקור); Browne, לעיל ה"ש 14, בעמ' 54 (ניתן לאפיין "כל חלוקה" ביחסים של שוויון ואי שוויון) (ההדגשה במקור).

שהשוויון מייצר בלבול מיותר מאחר שהוא עושה באופן עקיף את מה שניתן לעשות באופן ישיר.<sup>154</sup>

## ב. כשל השקילות

כדרך לניתוח בעיות, השוויון הוא למעשה חיפוש אחר שקילויות. למרבה הצער, בכך שהוא מצדיק מסקנות מוסריות ומשפטיות מסוימות על רקע הקביעה שפרט אחד "שווה" לפרט אחר, השוויון נוטה להטעות אותנו באמצעות ההנחה שבני אדם שווים מוסרית ומשפטית באופן כללי. כתוצאה מכך, מתרחשות טעויות טיפשיות בהערכת אמות מידה מוסריות ומשפטיות, טעויות שלא היו מתרחשות אם הזכויות המהותיות שבבסיס רעיונות השוויון היו נותרות במוקד. ניתן להדגים את כשל השקילות, בקשר שבין תוכנית המדירה שחורים מפקולטה למשפטים על בסיס גזע (כמו למשל, פסק הדין בפרשת *Sweatt v. Painter*),<sup>155</sup> ותוכניות העדפה מתקנת מהעת האחרונה המדירות לבנים מהפקולטה למשפטים על בסיס גזע (כמו למשל, פסק דין בפרשת *DeFunis v. Odegaard*).<sup>156</sup> יש הסבורים כי לא ניתן להבחין לוגית בין שני המקרים. הטיעון שלהם בנוי באופן הבא: (1) הפקולטה למשפטים באוניברסיטת טקסס בפסק הדין בפרשת *Sweatt* דחה את קבלתו של מועמד מתאים מכל הבחינות האחרות, רק על סמך היותו שחור; (2) הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת וושינגטון בפסק הדין בפרשת *DeFunis* דחה את קבלתו של מועמד מתאים מכל הבחינות האחרות רק על סמך היותו לבן; (3) בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע בפסק הדין בפרשת *Sweatt* שגזעו של מועמד שחור איננו אבחנה המותרת מבחינה חוקתית וכי הרמן סוויט זהה למקביליו הלבנים; (4) על כן, מכך שמועמד שחור כהרמן סוויט זהה לעמיתיו הלבנים לעניין קבלה ללימודי משפטים, נובע שמועמד לבן כמרקו דה-פוניס שווה לעמיתיו השחורים ועל כן זכאי ליחס שווה. המסקנה מוצגת כתוצאה לוגית של קשר השקילות בין שחורים ולבנים שנוסד בפסק הדין בפרשת *Sweatt v. Painter*.<sup>157</sup>

<sup>154</sup> השופט Stewart, בדיון על מקרים של הגנה שווה שבהם מעורבות זכויות יסוד, אמר זאת היטב: "בית המשפט מסתייג באופן מובן מהישענות על הליך הוגן מהותי [...] אולם לקבל בזרועות פתוחות את עיקר הדוקטרינה הזו תחת מסווה של הגנה שווה לא משרת אף מטרה מלבד הסתרה. "כשהיא מנוסחת בסיסמאות וביטויים נמלצים", דוקטרינת ההגנה השווה של בית המשפט מעבירה את מוקד החקירה המשפטית מעיסוקה הראוי, הכולל את "טבעו של האינטרס האנושי המושפע, היקף ההשפעה, סבירות הקשר בין אמצעי החקיקה ומטרתה, קיומן של חלופות להשגת המטרה, ומידת הביטחון שלנו שהחוק משקף את הדאגה החקיקתית למטרה שתומכת באופן לגיטימי באמצעים שנבחרו [...]". הסתרת החקירה הראויה הזו מזמינה יישום מכני או חסר מחשבה של דוקטרינה בעלת מוקד שגוי". *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 395-96 (1978) (השופט Stewart, שהצטרף לפס"ד). (ציטוט בפסק הדין *Williams v. Illinois*, 395 U.S. 235, 260 (1970) (השופט Harlan, שהצטרף להכרעה הסופית)).

<sup>155</sup> 339 U.S. 629 (1950).

<sup>156</sup> 416 U.S. 312 (1974) (per curiam).

<sup>157</sup> ראו: A. BICKEL, THE MORALITY OF CONSENT 132-133 (1975) ("אם החוקה אוסרת על הדרת שחורים ומיעוטים אחרים על בסיס גזע, היא לא יכולה להתיר את ההדרה של לבנים על בסיס זהה; מאחר שחייב להיות שהדרה על בסיס גזע היא מה שפוגע בחוקה

טיעון זה מפספס לחלוטין את הסוגיות החוקתיות המהותיות שעל הפרק במחלוקת בדבר העדפה מתקנת בקבלה ללימודים, שכן הוא נשען על ההנחה השגויה שלפיה אם שני צדדים מסוימים שקולים מוסרית או משפטית לעניין אחד, עליהם להיות שקולים מוסרית או משפטית בכל העניינים. ההנחה שגויה שכן שקילותם של שחורים ולבנים לעניין מדיניות הקבלה של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת טקסס בשנת 1946 לא מוכיחה את שקילותם (או אי-שקילותם) לעניין מדיניות הקבלה של הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת וושינגטון בשנת 1974.<sup>158</sup> הסוגייה תלויה לחלוטין בסיבה לכך שסוּט נחשב שקול מבחינה חוקתית למקביליו הלבנים בטקסס: אם היה זה מפני שיחס שונה מפר זכות חוקתית שלא לסבול מסטיגמה של נחיתות גזעית, הרי שמרקו דה-פוניס לא "שווה" חוקתית למקביליו השחורים, מאחר שהיחס השונה אליו אינו גורם לו להיחשב נחות מבחינה גזעית. יתירה מכך, גם אם הזכות המהותית הנדונה הייתה הזכות שלא לקבל סיווג על סמך גזע בלבד אלא אם כן המדינה מצדיקה באופן משכנע את הסיווג, ניתן היה עדיין להבחין בין שני המקרים, שכן האינטרסים של המדינות השונות בשימוש בסיווג גזעי היו שונים מאוד: טקסס ביקשה לשמר ולקיים את ההפרדה הגזעית, בעוד וושינגטון ביקשה למגר אותה. כתוצאה מכך, סוּט ודה-פוניס עשויים כל אחד לקבל פסקי דין שונים בבית המשפט נוכח האינטרסים השונים של המדינות המנוגדים לזכויותיהם; הזכות של האדם שלא להיות מסווג על בסיס גזע עשויה לגבור על האינטרס המדינתי לקדם סגרגציה ובו בזמן שלא לגבור על אינטרס מדינתי לקדם אינטגרציה.

מהיכן ההנחה שמאחר שלבנים ושחורים שקולים בפסק הדין בפרשת *Sweatt* עליהם להיות שקולים חוקתית גם בפסק הדין בפרשת *DeFunis*? אני סבור כי התשובה לכך היא שיש נטייה לבלבל בין שקילויות מתמטיות עם שקילויות מתחומי המשפט והמוסר.<sup>159</sup> במתמטיקה, האמירה ששני סמלים מקבילים היא הצהרה על אמת כללית (וטאוטולוגית) שאינה משתנה מהקשר אחד למשנהו: אם  $2=1+1$  אננו יודעים ש  $2=1+1$  במסגרת נתונה כלשהי, נדע ש  $2=1+1$  בכל מסגרת שהיא, מאחר שהמאפיין המשותף של שני צדי המשוואה (המספר שלהם) הוא תמיד המאפיין הרלבנטי במתמטיקה. דבר זה אינו נכון כשמדובר בשקילויות מתחומי המשפט והמוסר. האמירה כי אדם אחד "שווה" מוסרית או משפטית לאחר לעניין יחס מסוים היא האמירה שלמרות ההבדלים הכמעט אינסופיים ביניהם, המאפיין שהם חולקים נעשה רלבנטי על ידי הכלל המוסרי או המשפטי המדובר. אולם אין להסיק מכך שבגלל שהמאפיין המשותף נעשה רלבנטי לכלל הזה, הוא רלבנטי תמיד בכל כלל אחר. למעשה, בניגוד למתמטיקה, תהיה זו שטות להניח שכל

Brief of the Anti-Defamation League ; (ולא צבע העור הספציפי של האדם המודר) ; of B'nai B'rith Amicus Curiae, *Defunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974) (per curiam) (No. 73-235), reprinted in 1 *DEFUNIS VERSUS ODEGAARD AND THE UNIVERSITY OF WASHINGTON: THE UNIVERSITY ADMISSION* .CASE 465, 487 (A. Ginger ed. 1974)

<sup>158</sup> השוּר עם: Wright, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21 ("צדק שוויוני אין פירושו שמה שטוב לאחד, טוב לשני").

<sup>159</sup> Sowell, *We're Not Really "Equal"*, NEWSWEEK, Sept. 7, 1981, at 13 ("השוויון הוא מושג שקל כל כך להבין במתמטיקה עד שיתכן שלא נשים לב שבכל מקום אחר הוא בור ללא תחית של מורכבויות").

הכללים המוסריים והמשפטיים מכילים את אותם קריטריונים של רלבנטיות.<sup>160</sup> אולם זו טעות הנגרמת מן השוויון עצמו – מהנטייה להניח שמה שנכון לשוויון בתחום המתמטיקה, נכון לשוויון גם בתחומי המשפט והמוסר.<sup>161</sup>

### ג. הכשל בביקורת שיפוטית מבוססת שוויון

חלק מהזכויות החוקתיות מוכרות כחשובות יותר מאחרות, ועל כן דורשות רמה מחמירה יותר של ביקורת שיפוטית כשהן מופרות.<sup>162</sup> הזכות החוקתית להפיץ מסרים מיניים בוטים אינה חזקה באותה המידה כמו הזכות להפיץ מסרים פוליטיים, ולכן תהיה כפופה לרמה נמוכה של ביקורת שיפוטית;<sup>163</sup> זכויות מכוח התיקונים החמישי והארבעה-עשר להליך הוגן פרוצדורלי בעניינים אזרחיים לא חזקות באותה המידה כמו הזכות המעוגנת בתיקון השישי למשפט הוגן בעניינים פליליים;<sup>164</sup> הזכות להתגרש לא נחזית להיות חזקה באותה המידה כמו הזכות להינשא;<sup>165</sup> ייתכן שזכותה של אישה להפיל עובר אינה חזקה באותה המידה

<sup>160</sup> "המילה "שוויון" בעצמה אינה שלמה. היא דומה לביטוי "אותו הדבר". עלינו לפרט באילו היבטים הדברים הם אותו הדבר ואלו לא [...] כך גם, במובן הפוליטי של "שוויון", לא נוכל לומר בפשטות שני בני אדם שווים או לא שווים, אלא עלינו לחשוב על ההיבטים שבהם הם שווים או לא שווים". J. LUCAS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 244-245; ראו שם, בה"ש 122.

<sup>161</sup> ראו למשל, H. KELSEN, לעיל ה"ש 153, בעמ' 128 (בתיאור העיקרון שעל פיו "יש לתת יחס שווה לשווים" כ"פורמולה מתמטית"); Stone, *Equal Protection and the Search for Justice*, 22 ARIZ. L. REV. 1, 2 (1980) ("חלקית בגלל הקשר שלו למתמטיקה, נראה שיש לשוויון משמעות ודאית במובן שאין לרעיונות של 'צדק' או אפילו 'הוגנות'"). אולם ראו S. BENN & R. PETERS, לעיל ה"ש 29, בעמ' 130 ("בסופו של דבר, עשיית צדק דורשת קבלת החלטות, לא חישוב: עלינו להחליט מה רלבנטי ואלו תוצאות אמורות להתקבל – ואף על פי שאנו מחליטים בהתאם לכללים, אנו עדיין עושים משהו שונה מחשבון") (ההדגשה במקור).

<sup>162</sup> ראו: Vlandis v. Kline, 412 U.S. 441, 458-459 (1973) (השופט White, שהצטרף San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 98-99; לפס"ד); (השופט Marshall, J. דעת מיעוט); השור ל: Martin & Nickel, *Recent Work on the Concept of Rights*, 17 AMER. PHIL. Q. 165, 172 n. 14 (1980) ("המשקלים היחסיים של זכויות נוסדו במידה כלשהי בתוך משפט חוקתי אמריקני דרך הרעיון של "חופש מועדף"); Sartorius, *Dworkin On Rights and Utilitarianism*, 1981 UTAH L. REV 263, 265 ("הטענה של דבורקין שלעקרונות יש ממד של משקל שאותו אין לכללים, יחד עם השקפתו שעקרונות משקפים זכויות, מצביעה על כך שיש זכויות בעלות משקל רב יותר מאחרות ושבמקרה של קונפליקט, על הזכות בעלת המשקל הרב ביותר לגבור"). אולם ראו J. FEINBERG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 66; השור עם: Lupu, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1014 ובה"ש 160 (השלטון מחויב להישאר ניטרלי כשהפרט מוכרח לבחור בין שתי חלופות משמעותיות מבחינה חוקתית).

<sup>163</sup> Young v. American Mini Theatres, Inc., 427 U.S. 50, 70 (1976) (עניינה של החברה בהגנה על [...] ביטוי [מיני מפורש] נמצא בסדר גודל שונה לחלוטין ופחות מן האינטרס בדיון פוליטי חסר עכבות [...]). הבחנה דומה קיימת בין דיבור מסחרי ולא מסחרי. ראו Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 101 S. Ct. 2882, 2895 (1981) (דעת הרוב) ("המקרים האחרונים שלנו של [חופש] הביטוי העניקו באופן עקבי דרגה גבוהה יותר של הגנה לביטוי לא מסחרי מאשר לביטוי מסחרי").

<sup>164</sup> ראו: Morrissey v. Brewer, ; Gagnon v. Scarpelli, 411 U.S. 778, 783-91 (1973) 408 U.S. 471, 480-482, 484-490 (1972).

<sup>165</sup> ראו: *Developments in the Law - The Constitution and The Family*, 93 Harv L. Rev. 1156, 1310-1311 (1980).



שזכותה לשאת את הולד עד ללידה.<sup>166</sup> ככל שהאינטרס החוקתי חלש יותר, כך מידת הביקורת שבה בתי המשפט יבחנו אינטרסים מתחרים של המדינה מחמירה פחות; ככל שהאינטרס החוקתי חזק יותר, כך מידת הביקורת מחמירה יותר. כידוע ומוכר, קיים גיוון רב בקרב הזכויות החוקתיות. למרבה הצער, יש הנוטים להתעלם מגיוון זה כשהם מנתחים את אותן הזכויות במסגרת האידיאל המונוליתי של סעיף ההגנה השווה, לדעתם.<sup>167</sup> כתוצאה מכך, אלו שמנתחים בעיות חוקתיות במונחים של שוויון נוטים לתת לזכויות חוקתיות מסוימות משקל שונה מזה שהיו נותנים להן אילו היו מנתחים אותן באופן ישיר. דוגמה לכך ניתן למצוא בשאלה אם למדינה מותר לחוקק חקיקה מדינתית האוסרת על חנויות ספרים שבהן נמכרים תכנים בעלי אופי מיני מפורש להיות ממוקמות במרחק 1.6 ק"מ האחת מהשנייה. אם ננתח את הסוגיה במונחים של זכויות, ניתן לייחס לזכות להפיץ ספרות בעלת אופי מיני מפורש את משקלה ההולם – ובהתאם לכך את רמת הביקורת השיפוטית שתופעל – שנראה כי הזכות עצמה דורשת לעומת זאת, אם ננתח את הסוגיה על פי רובריקת השוויון, ניטה לאכוף על הערכתנו רמות לא מדויקות של ביקורת שלא הולמות את משקל המדויק שמתאים עבור הזכות להפיץ ספרות בעלת אופי מיני מפורש. משכך, ניתן יהיה להסיק כי חקיקה מדינתית זו מסווגת בניי אדם על בסיס מימוש "זכות יסוד" וכי בהתאם לכך חקיקה שכזו כפופה למידה המחמירה ביותר של ביקורת שיפוטית.<sup>168</sup> כתוצאה מכך, נייחס לזכות להפיץ תוכן בעל אופי מיני מפורש את אותו המשקל שנייחס לזכות להפיץ תוכן פוליטי, ללא התייחסות לשאלה אם אנו אכן מאמינים כי תוכן בעל אופי מיני מפורש ראוי לאותה ההגנה שלה ראוי תוכן פוליטי. בסופו של דבר, הגענו ליחס

<sup>166</sup> ראו: *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 336 n.6 (1980) (השופט Brennan, J. דעת מיעוט); *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 488 (1977); *Regents of the Univ. of Cal. v Bakke*, 438 U.S. 265, 355-59 (1978) (opinion of Brennan, White, Marshall, and Blackmun, JJ., concurring in the judgment in part and dissenting in part). ("בקביעה שזכותו של אדם שלא להיות מופלה לרעה רק על בסיס גזעו אינה חזקה באותה שמידה שהיא זכותו שלא לסבול מהסטיגמה של נחיתות גזעית"); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 118-95 (1976) (opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.) (במשתמע שהזכות של האדם למשפט מכוח התיקון השישי במקרה שאינו מערב עונש מוות אינה מוקפדת כמו זכותו מכוח התיקונים השישי והשמיני למשפט פלילי במקרה שמעורב בו עונש מוות); Y. Kamisar, W. LAFAVE, & J. ISRAEL, *MODERN CRIMINAL PROCEDURE* 80-81, 165 (5th ed., 1980) (בהצעה שזכות האדם לייצג את עצמו מכוח התיקון השישי בהליכים פליליים לא מוקפדת באותה המידה שזכותו לייצוג עורך דין מכוח התיקון השישי כזו).

<sup>167</sup> ראו *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 211-212 (1976) (השופט Stevens, J. שמצטרף לפס"ד) ("יש סעיף אחד בלבד של הגנה שווה [...] הוא לא מורה לבתי המשפט ליישם אמת מידה יחידה של ביקורת במקרים מסוימים ואמת מידה אחרת באחרים"); ראו גם *Baker*, לעיל ה"ש 117, בעמ' 1038 (בציון "כמה משונה הרעיון שעל בית המשפט לעשות שימוש ברמות שוות של ביקורת על מנת לשפוט את החוקתיות של מנהגי שלטון"); שם, בה"ש 112 ר' 113.

<sup>168</sup> להדגמה של הנמקה כזו, ראו *American Mini Theatres, Inc. v. Gribbs*, 518 F.2d 104, 101-120 (6th Cir. 1975), rev'd sub nom. *Young v. American Mini Note, Zoning, Adult Movie Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976) and the First Amendment: An Approach to *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 5 Hofstra L. Rev. 379, 402-410 (1977). לנטייה הכללית לדרוש "איזון" עדין בנוגע לזכויות וחירויות לעומת דרישת רמות אחידות עד כאב של ביקורת בנוגע להגנה שווה, ראו Note, לעיל ה"ש 113, בעמ' 547, 566-569.

שווה כלפי תוכן פוליטי וכלפי תוכן בעל אופי מיני מפורש – לא בגלל שקבענו מראש שהם בעלי משקל זהה, אלא כי הנוסחה האחידה של השוויון הטענה אותנו לסבור שכל הזכויות שוות.

יתר על כן, אותו סוג של בלבול מתרחש גם במקרים של סיווג חשוד. כך למשל, בתחום ההפליה המגדרית ניתן להניח כי בעוד שלגברים ולנשים יש זכות חוקתית שלא להיות מופלים לרעה על בסיס מינם בלבד, בכל זאת זכותם של גברים להיות חופשיים מהפליה כזו חלשה יותר מזכותן של נשים לחופש כזה, המנוסחת אומנם באופן שמקביל את שתי הזכויות, אולם חזקה יותר מבחינה חוקתית.<sup>169</sup> אם ננתח חוק המפלה נגד גברים במונחים של שתי הזכויות הללו, נביא בחשבון את ההבדלים ביניהן. אולם אם ננתח את החוק כפגיעה בשוויון, תהיה לנו נטייה להכפיף אותו לצורה אחידה של ביקורת שיפוטית – בין אם היא "מחמירה" ובין אם היא "בינונית"<sup>170</sup> – הנחשבת כמתאימה לכל המקרים העוסקים בהפליה מגדרית. באמצעות צמצום כל הטענות החוקתיות לרמות מוחלטות של ביקורת שיפוטית, השוויון עלול לעוות את מגוון רמות הביקורת השיפוטית המנהלות את יישובן של טענות מהותיות בדרך כלל.<sup>171</sup>

קיימות שתי דרכים להימנע מן הכשל המחשבתי שלפיו כל סוגיות השוויון כפופות לרמות אחידות של ביקורת שיפוטית. הראשונה היא לשמור על השוויון כצורה של טיעון במקביל לדחיית הרעיון שהשוויון מביא בהכרח לרמות ביקורת שיפוטית המיוחדות לעצמו. כך, כפי שהמליצו מומחים, במקום לנתח את כל בעיות השוויון תחת ביקורת שיפוטית בעלת רמה אחת (או שתיים או שלוש), נשלב את הביקורת השיפוטית הנחשבת למוכרת בכך שנתייחס לזכות המהותית שבלב העניין.<sup>172</sup> הדרך השנייה פשוטה ובטוחה יותר: לדחות לחלוטין את רעיון השוויון ולהתקדם רק במונחים של טענת הזכות המובלעת.<sup>173</sup>

#### ד. כשל התרופות החליפיות

הגורם המשותף לשיבושים הללו – ההנחה שלשוויון יש תוכן ממשי מצד עצמו – בולט במיוחד ברעיון שלפיו השוויון מספק מגוון עשיר וגמיש יותר של תרופות מאשר זכויות אחרות. התומכים בתפיסה זו מצהירים על כך שכאשר נטל חקיקתי מפר את זכויותיו של האדם, התשובה החקיקתית היחידה שמסוגלת לרפא את

<sup>169</sup> ראו (1976) 429 U.S. 190, 217-20 Craig v. Boren, (השופט J. Rehnquist), שמצטרף לפס"ד).

<sup>170</sup> ראו לעיל ה"ש 105, 106, 112 ר' 113.

<sup>171</sup> הזכות המובלעת לא תהיה בהכרח מעוותת; דוקטרינה קיימת של הגנה שווה יכולה להתאים לזכויות שונות בתוך רמה יחידה של ביקורת, על ידי התאמת משקלים שונים לאינטרסים השונים שאותם משרתים הסיווגים שבשאלה. למשל, בית משפט יכול לפסול מדיניות קבלה ללימודים גבוהים של מדינה המעדיפה גברים, על בסיס זה שהיא לא מקיימת קשר קרוב למדיניות מהותית של המדינה, ובה בעת לאשר מדיניות קבלה המעדיפה נשים, על בסיס זה שהיא מקיימת קשר קרוב דיו למדיניות כזו. הנקודה בפשטות היא שהשיטה הקיימת של שלוש הרמות עלולה להוביל לטעות, לא שהיא מוכרחה לטעות.

<sup>172</sup> ראו Karst, לעיל ה"ש 4, בעמ' 2 (על "רמת הביקורת השיפוטית" להיות "עולה בקנה אחד עם מידת החשד של הסיווג החקיקתי ומידת החשיבות של האינטרסים שאליהם פלשה החקיקה"); Wilkinson, לעיל ה"ש 150, בעמ' 954.

<sup>173</sup> Note, לעיל ה"ש 113, בעמ' 537-541, 548-554, 561-655.

ההפרה היא הסרת הנטל. לעומת זאת, כשנטל חקיקתי מונע מאדם יחס שוויוני לאדם אחר, ניתן לרפא את המניעה על ידי כל מענה חקיקתי שיביא ליחס שווה לשניהם. ההנחה היא שעיקרון השוויון הוא ניטרלי בנוגע לשאלה אם המחוקק יענה באמצעות הסרת הנטל מהאחד, או באמצעות החלת הנטל על כולם. על כן, מאחר שהשוויון צופה מגוון רחב יותר של תשובות חקיקתיות, ובכך מתערב פחות בהליך הדמוקרטי, מדובר בצורת ניתוח עדיפה.<sup>174</sup>

טענה זו, המיוחסת על פי רוב לשופט רוברט ג'קסון,<sup>175</sup> שגויה ממספר סיבות. ראשית, גם אם יש לשוויון תוכן מהותי, לא נובע מכך שיש לבית המשפט הצדקה לבחור את ניתוח השוויון (ולדחות את תוצאות ניתוח הזכויות) רק מהטעם שבית המשפט מעדיף תרופות של שוויון על פני תרופות של זכויות. אם יש הבדל במהותם של השוויון והזכויות, הרי שעל בית המשפט לאכוף לא את הנורמה שהוא מעדיף אלא את הנורמה שהצד הזכאי דורש את אכיפתה. מנגד, אם בית המשפט בן-חורין לבחור בין הנורמות, הדבר יתאפשר רק מאחר שאין הבדל מהותי ביניהן. בקצרה, השופט ג'קסון לא יכול לאחוז את החבל בשני קצותיו – או שבית המשפט בן-חורין לבחור בין שוויון לזכויות, ובמקרה שכזה אין בכוחן של שתי הנורמות השונות להוביל לתרופות שונות, או שהשוויון והזכויות אכן מובילות לתוצאות שונות ובמקרה שכזה בתי המשפט אינם חופשיים לבחור בין השניים כאוות נפשם. קשיים רציניים יותר נובעים מן ההנחה הראשונית, שלפיה בעוד שהזכויות מובילות לתרופה יחידה, השוויון נרפא מכל תרופה שמתייחסת באופן שווה לשני הצדדים. ראשית, הזכויות לא מובילות בהכרח לתרופה יחידה. הזכויות מובילות למספר התרופות המספיקות לתקן את ההפרה של האינטרסים שעליהם הן נועדו להגן. כך לדוגמה, נניח שמדינה מסוימת מציעה לבנות ולתחזק פורום ציבורי לדיון פוליטי אולם מתכוונת להדיר ממנו את תפיסת העולם של המפלגה הליברטריאנית. התרופה המתאימה להפרה לכאורה של זכות המפלגה הליברטריאנית לחופש הביטוי תלויה לחלוטין בשאלה מה טבעה של הזכות המופרת. אם הזכות המופרת היא הזכות להתעקש שהמדינה תיוותר ניטרלית כלפי תוכנו של ביטוי פוליטי, אחת משתי התרופות הבאות תתאים: הוראה למדינה להתיר למפלגה הליברטריאנית להשתתף בפורום ללא התחייבות באשר לתוכן דבריהם, או איסור על המדינה להזמין איזה מהדוברים הפוליטיים להשתתף בפורום. מנגד, אם הזכות המופרת היא הזכות הפוזיטיבית לעמוד על כך שהמדינה תקיים פורום ציבורי לביטוי

<sup>174</sup> L. TRIBE, לעיל ה"ש 111, סע' 1-16 בעמ' 991 *Ely, Toward a Representation*; 37 MD. L. REV. 451, 463 (1978) *Reinforcing Mode of Judicial Review*; Karst, לעיל בה"ש 85, בעמ' 38, Lupu; לעיל ה"ש 84, בעמ' 1019-1017, Comment; לעיל ה"ש 84, בעמ' 476-477.

<sup>175</sup> "נטל הראיה במלוא כובדו מונח על כתפיו של מי שחפץ לשכנע אותנו לעשות שימוש בסעיף ההליך ההוגן על מנת לפסול חוק מהותי או צו עירוני. גם השימוש החסכני שלו נגד חקיקה מקומית מונע לעתים קרובות מהשלטון כולו – ברמה העירונית, המדינתית והפדרלית – את הטיפול בהתנהגות הנדונה מאחר שהדרישה של הליך הוגן חלה גם על שלטון מדינתי ופדרלי. ביטולו של חוק או צו עירוני בעילת ההליך ההוגן מותיר התנהגות שרבים מתנגדים לה מחוץ לשליטת הממשל. העלאת סעיף ההגנה השווה, לעומת זאת, לא מנטרלת כל גוף שלטוני מטיפול בנושא המדובר. משמעותו היא רק שיש להרחיב את השפעתם של האיסור או החקיקה [...] מנסחי החוקה ידעו [...] שאין ערובה פרקטית יעילה יותר נגד שלטון שרירותי ולא סביר מאשר הדרישה שעקרונות החוק החלים על מיעוטים יחולו באופן כללי." *Railway Express Agency, Inc. v. New York*, 336 U.S. 106, 112 (1949) (השופט Jackson, J., שמצטרף לפס"ד).

השקפות פוליטיות, הרי שתרופות חלופיות אחרות יתאימו: הוראה למדינה לפתוח את הפורום להשתתפותה של המפלגה הליברטריאנית לביטוי השקפותיה, או הוראה למדינה לקיים פורום אחר למטרה זו.<sup>176</sup> בכל מקרה, טבען של התרופות האלטרנטיביות תלוי בטבעה של הזכות המובלעת. בשני המצבים התרופות החלופיות נותרות גורם קבוע, בין אם עושים שימוש בניתוח של זכויות ובין אם בניתוח של שוויון.<sup>177</sup>

שנית, שגיאה נוספת בהנחה הראשונית היא שהשוויון לא בהכרח מוביל למבחר רחב של תרופות. השוויון מוביל למספר התרופות המתאים לזכויות המהותיות שהוא כולל. יש סוגיות של שוויון (כמו גם של זכויות) הדורשות בהכרח תרופות מסוימות בלבד. כך למשל, נניח שמדינה מפלה בין גברים לנשים באמצעות דרישה לתמיכה הורית בילדים זכרים עד גיל עשרים ואחת, בעוד שהדרישה עבור בנות היא עד גיל שמונה-עשרה, ואישה בת עשרים מדגימה שהחוק מפר את ההגנה השווה בכך שהיא נמצאת בחיסרון אל מול מקביליה הזכרים רק על בסיס מינה. אם בית המשפט ישתכנע שטענות לשוויון מובילות בהכרח לחירות לבחור בין שתי תרופות, ייתכן שירגיש שבאפשרותו לבחור בין הרחבת התמיכה הכלכלית לכל הנשים שגילן עד עשרים ואחת, ובין הפסקת הדרישה לתמיכה בזכרים מגיל שמונה-עשרה, על פי מה שבית המשפט מאמין שהוא העדפת המחוקק.<sup>178</sup> אולם במציאות, התרופה השנייה לא באמת עונה במלואה על הפגיעה באישה. האישה לא מתלוננת על הפליה עתידית בשנה הנותרת עד שתהיה בת עשרים ואחת, אלא גם על ההפליה שעברה במשך שנתיים מחייה מגיל שמונה-עשרה והלאה. באיסור על המשך הפגיעה בעתיד, בית המשפט לא מפצה אותה על פגיעה בעבר. התרופה היחידה שמרפאת את הפגיעה בעבר – ובכך נותנת לה יחס "שווה" למקביליה הזכרים – היא להורות על תמיכה כלכלית רטרופקטיבית לשנתיים שבהן הייתה האישה בעמדת נחיתות כנגד הזכרים.<sup>179</sup> טענת השוויון שבפיה מובילה לתרופת פיצוי יחידה, שכן תחת הנסיבות, הזכות המובלעת המהותית (כלומר, הזכות שלא לסבול מנחיתות על בסיס מין בלבד) דורשת את התרופה הזו דווקא.<sup>180</sup> שוב, השיבוש

<sup>176</sup> ראו לעיל, ה"ש 85. אולם, האמירה ששני בני אדם "שווים" לעניין כלל נתון אין פירושה שפסילת הכלל תשפיע על שניהם באותה המידה. נניח לדוגמה, שמדינה מחוקקת חוק המתייחס ליוצרי פורנוגרפיה ולפוליטיקאים באופן "שווה" לעניין הביטוי על ידי הרשאה לשניהם למכור ספרים ללא רישיון. למרות ששניהם "שווים" לעניין החוק הסטטוטורי הקיים, הם אינם שווים לעניין פסילתו. בעוד שהמדינה יכולה לפסול את החוק ביחס ליוצרי פורנוגרפיה (ובכך לדרוש מיוצרי פורנוגרפיה להשיג רישיון למכירת ספריהם) אין בידה לעשות כן ביחס לפוליטיקאים, מאחר שהתיקון הראשון מעניק לפוליטיקאים זכות עצמאית למכור את ספריהם ללא רישיון. במילים אחרות, בהינתן פסילה של חוק מדינתי שנותן יחס שווה ליוצרי פורנוגרפיה ולפוליטיקאים, מה שיישאר הוא כלל חוקתי הנותן להם יחס שונה.

<sup>177</sup> ראו Alexander, לעיל ה"ש 69, בעמ' 67. יש לציין שצורה אחת של זכות מובילה לתרופה יחידה: זכות שלילה שלא מבוססת על השוואה, בזו שאוסרת על המדינה להגביל קטגוריה כלשהי של מעשה פרטי. למשל, חוק המעניש את קיומה של הדת הקתולית לא יסבול יותר מתרופה אחת; התרופה היחידה היא לפסול את החוק.

<sup>178</sup> ראו: *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.*, 446 U.S. 142, 152-153 (1980).

<sup>179</sup> ראו: Ginsburg, *Some Thoughts on Judicial Authority to Repair Unconstitutional Legislation*, 28 CLEV. ST. L. REV. 301, 319, 322-324 (1979).

<sup>180</sup> הצורך לכלול אלמנט של פיצוי מסוים בחבילת התרופה תלוי כמובן בטבעו הרטרופקטיבי של התרופה המבוקשת; למשל, אם החוק המדובר עוד לא נכנס לתוקף ומה שהתבקש היה תרופה הצהרתית או צו ביניים, בית המשפט היה חופשי לבחור תרופות מבלי להתייחס לצורך באלמנט של פיצוי.

שקיים בעניין ריבוי התרופות, נובע מההתמקדות בשוויון במקום בזכות המובלעת בר שיעול יש להגן.  
 שלישית ואחרונה, השוויון אינו נפתר באמצעות כל תרופה שמתייחסת באופן שוויוני לצדדים הרלבנטיים. על התרופה להתייחס אליהם באופן "שווה" לעניין מהות הזכות שבשורש הטענה לשוויון.<sup>181</sup> קחו לדוגמה את פסק הדין בפרשת *Palmer v. Thompson*.<sup>182</sup> באותה הפרשה התגלה כי העיר ג'קסון מנעה משחורים הגנה שווה של החוק כשהפעילה בריכת שחיה עירונית ללבנים בלבד.<sup>183</sup> הפתרון שהעיר נתנה לבעיה היה לסגור את הבריכה כליל. התובעים חזרו לבית המשפט העליון וטענו כי התרופה בדמות סגירת הבריכה לא הייתה מספקת מבחינה חוקתית לתיקון הפגיעה החוקתית שממנה סבלו. בית המשפט דחה את הטענה בנימוק שסגירת הבריכה לשחורים ולבנים כאחד העניקה להם יחס שווה, ועל ידי היחס השווה לעניין בריכת השחיה, העיר נותנת להם יחס שווה גם לעניין ההגנה השווה.<sup>184</sup> כמובן שלמעשה סגירת הבריכה לא הייתה יחס שווה לעניין טענת ההגנה השווה של התובעים, שהרי היא לא נתנה מענה לפגיעה בתובעים. טענת התובעים לא הייתה שהעיר מנעה מהם גישה שווה לבריכת השחיה, אלא שהוציאה עליהם סטיגמה של נחיתות גזעית על ידי הפעלת בריכת שחיה שממנה הם הודרו.<sup>185</sup> פתרון סגירת הבריכה לא רק שלא הצליח לתקן את הפגיעה אלא העמיק אותה בכך שהדגיש את "התנגדותה האידיאולוגית [של העיר] לאינטגרציה גזעית בבריכות השחיה".<sup>186</sup> כפי שבית המשפט העליון הכיר בעקפיץ חמש שנים לאחר מכן,

<sup>181</sup> ראו שם, בעמ' 545-547.

<sup>182</sup> 403 U.S. 217 (1971).

<sup>183</sup> Clark v. Thompson, 206 F. Supp. 539 (S.D. Miss. 1962), aff'd, 313 F.2d 637 (5th Cir.), cert. denied, 375 U.S. 951 (1963).

<sup>184</sup> 403 U.S. at 219-221, 226.

<sup>185</sup> "כשמסירים את הפניות המתממות אל "יישום שוויוני" ופניות מיתממות לבריכות ולכלכלה, העיר [ג'קסון] הביאה בפני בית המשפט הזה את הטיעון הבא: 'שחורים הם נחותים; הם עבדים לשעבר – בהמות משא; הם בקושי אנושיים, יצורים מדרגה נחותה, ולא נוכל לסבול את זיהום המים בבריכות השחיה שלנו' [...] 'התובעים זכאים כאן לביטול החוק לאור העובדה הפשוטה שהעיר ג'קסון אמרה ששחורים אינם ראויים לשחות בבריכה ציבורית. 'השחורים נחותים כל כך', אומרת העיר, 'שעצם נוכחותם במים שלנו תיצור מהומות וכאוס כלכלי'. במילים אחרות, אין להרשות לעבד לכלוך את הבריכות של גזע האדונים." Brief for Petitioners at 43, 48, *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971) (No. 107).

<sup>186</sup> 403 U.S. at 224-225. כשבית משפט מכריע במקרה "שוויון" בדרך אחת ולא באחרת, אין דרך לוגית להוכיח שבית המשפט הוטעה להתייחס לכוונות המהותיות האמיתיות מאחר שניתן תמיד להצביע על הכרעת בית המשפט עצמו כראיה הטובה ביותר (או היחידה) לכוונה האמיתית של בית המשפט. השוו עם: *Hudson & Husak, Legal Rights: How Useful is Hohfeldian Analysis?*, 37 Phil. Stud. 45, 50-51 (1980) ("כשבית משפט יוצר "זכות" במקום "חירות" אין דרך לוגית להוכיח שבית המשפט הוטעה על ידי לשון של "זכויות" לפעול בניגוד לכוונה האמיתית שלו, מכיוון שניתן תמיד לומר שהחלטת בית המשפט מגלמת את כוונותיו האמיתיות של בית המשפט"). כך, אין דרך להוכיח שבפסק דין *Palmer* בית המשפט הוטעה על ידי לשון השוויון והפר את השקפתיו האמיתיות לגבי הגנה שווה ביחס לסטיגמה, שכן תמיד אפשר לומר שהחלטת פסק דין *Palmer* עצמה משקפת את השקפתיו האמיתיות של בית המשפט ביחס להגנה שווה – שזכותם של שחורים להגנה "שווה" אינה הזכות להיות חופשי מסטיגמה, אלא הזכות שלא יישללו מהם הזדמנויות משמעותיות על בסיס גזע. עם זאת, הראיות מצביעות בצורה די ברורה על כך שבית המשפט בפסק דין *Palmer* דווקא כן הוטעה על ידי לשון השוויון והפר את עמדתו האמיתית ביחס לסטיגמה.

סגירת בריכה המתחזקת בכוונה תחילה סטיגמה של נחיתות גזעית של שחורים כנגד לבנים לא נותנת יחס "שווה" לשחורים וללבנים לעניין מהותו של התיקון הארבעה-עשר<sup>187</sup>.

פרשת *Palmer* ממחיש את הזהות שבין תרופות השוויון והתרופות שאליהן מובילות הזכויות המהותיות שהשוויון מאזכר. יחס "לא שוויוני" לאדם הוא ביסוס היחס שלו על סיווג שגורם לו נזק שממנו יש לו זכות מהותית שלא לסבול. על כן, כדי לתקן את אי השוויון יש להחליף את הסיווג המזיק בסיווג שמסכל את הפגיעה המהותית.<sup>188</sup> העיר ג'קסון נתנה יחס לא שוויוני לתובעים בפרשת *Palmer* על ידי ביסוס היחס על סיווג (גזע) שגרם להם נזק (סטיגמה גזענית) ואשר ממנו הייתה להם זכות מהותית שלא לסבול. על מנת לתקן את אי השוויון, העיר הייתה צריכה לסווג מחדש את התובעים בצורה שתממש את זכותם שלא לסבול מסטיגמה גזענית. כל תרופה כזו בהכרח תיתן להם יחס "שווה" לעמיתיהם הלבנים; כל תרופה שלא הצליחה לממש את זכותם גם לא הייתה מצליחה לתת להם יחס "שווה". לכן, כל התרופות שאליהן מוביל השוויון זהות לתרופות המהותיות שהיו קיימות גם בהעדרו.

יש פרשנים הטוענים שהפגם בפסק הדין בפרשת *Palmer* לא היה השימוש בשוויון אלא השימוש הפגום בשוויון.<sup>189</sup> במובן מסוים הם צודקים. השוויון לא כופה טעות, אלא מזמין טעות על ידי הסחת הדעת ממהותה של הזכות המובלעת.

ראשית, בית המשפט בפסק דין *Palmer* לא דחה את משמעותה של הסטיגמה לעניין הגנה שווה. הוא אפילו לא דן בסוגיה של סטיגמה במונחים של הגנה שווה. לא ניתן לתלות את שתיקתו של בית המשפט בחוסר אכפתיות, מאחר שבית המשפט התאמץ לטפל בסוגיית הסטיגמה בהקשר לתיקון השלושה-עשר. ראו 403 U.S., בעמ' 227-226 (בקביעה כי חרף סמכותו של הקונגרס מכוח התיקון השלושה-עשר להגן על שחורים מהסטיגמה של סגירת בריכות ממניעים גזעניים, התיקון השלושה-עשר אינו בעל כוח לאכוף את עצמו במובן הזה). במקום זאת, נראה כי שתיקתו של בית המשפט מבוססת על ההנחה שמבחינה לוגית, סגירת בריכות לבני כל הגזעים לא יכולה להיות מעולם "לא שוויונית". כפי שאמר בית המשפט "אין בידינו ראייה לכך שפעולה שלטונית משפיעה בצורה שונה על שחורים ולבנים". שם, בעמ' 225. המסקנה מצביעה על כך שבית המשפט התעלם מן המשמעות של הסטיגמה בהיבט ההגנה השווה לא מתוך חוסר אכפתיות חוקתית כלפי הסטיגמה, אלא מן ההנחה שהלוגיקה של "שוויון" אינה יכולה לכלול טענות המבוססות על סטיגמה בהקשר של סגירת בריכות. כמו כן, החלטות בית המשפט לפני ואחרי פסק דין *Palmer* מצביעות על כך שאכן איכפת לבית המשפט מסטיגמה, גם במקרים שמלבד הסטיגמה השפיעו באופן זהה על שחורים ולבנים. כך, בפסק דין *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 8 (1967), בית המשפט ביטל חוק מדינה העוסק בנישואי תערובת שאסר על נישואים בין שחורים ולבנים, למרות העובדה שהחוק שלל הן מהלבנים והן מהשחורים את ה"הזדמנות" לנישואים בינגזעיים. בית המשפט רמז לכך שהפגם האמיתי בחוק היה הסטיגמה שבהנחה שהשחורים נחותים כל כך ללבנים עד שהם אינם מתאימים לנישואים איתם. באופן דומה, בית המשפט פסק בפסק דין *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 239 (1976), כי "המטרה העיקרית" של סעיף ההגנה השווה היא לאסור על הפליה "פוגענית" או "מכוונת". לשון כזו מצביעה על כך שהחלטת בית המשפט בפסק דין *Palmer* לא הייתה התגשמות של עמדתו ביחס להגנה שווה אלא הפרה מוטעית שלה – טעות שנבעה מהלוגיקה המבלבלת של השוויון.

<sup>187</sup> ראו: *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 244 n.11 (1976) (interpreting *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971)).

<sup>188</sup> לדיון נוסף בסוגיות הללו, ראו שם, בעמ' 545-546.

<sup>189</sup> ראו *Brest, Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, 1971 Sup. CT. Rev. 95, 139-143 (1971); *Karst*; לעיל ה"ש 4, בעמ' 50 ובה"ש 281. בנוגע לנכונות ההחלטה בפסק דין *Palmer*, ראו לעיל ה"ש 186.

על כן הפרשנים צודקים שניתן להגיע לתוצאה נכונה בפרשת *Palmer* תוך שימוש  
בניתוח שוויון. השאלה האמיתית היא: לאור המלכודות שהשוויון מייצר, מדוע  
שנרצה אי פעם להסתכן בטעות?

#### 4. סיכום

מאמר זה לכאורה סובל מפרדוקס. האמירה (שאני אומר) שלפיה השוויון גוזר את  
כל מהותו מזכויות, פירושה שכל המרה משוויון לזכויות (או מזכויות לשוויון) הרי  
היא חסרת משמעות באופן מהותי – שינוי שלא משנה לצורך קבלת ההחלטות. עם  
זאת, האמירה (שאני אומר) שהמרה מהשוויון לזכויות יכולה לשנות את מהלך  
קבלת ההחלטות, פירושה שהשוויון והזכויות אינן זהות באופן מהותי. אם כך, או  
שהרעיון שלפיו יש לתת יחס שווה לשווים הוא פורמלי וריק, או שהוא מסוגל  
לשנות את מהלך קבלת ההחלטות, אולם לא ייתכן שיהיה שניהם בו זמנית.  
מדובר בפרדוקס מדומה. השוויון אכן גוזר את כל תוכנו המהותי מזכויות, אולם  
השוויון עדיין יכול להשפיע על מהותו של תהליך קבלת ההחלטות. ההסבר פשוט  
למדי: למרות שהשוויון הוא נגזרת, אין מודעות לעובדה הזו, ובגלל חוסר תשומת  
הלב הזה השוויון מצליח לעוות את מהות קבלת ההחלטות. העיוות מתרחש בשתי  
דרכים. הראשונה, מאחר שהשוויון נדמה כנורמה נפרדת ועצמאית, משתמע בטעות  
מהשוויון שהוא מוביל לתרופות ואמות מידה מיוחדים מצד עצמו.<sup>190</sup> השנייה,  
מאחר שהטענה שלפיה יש לתת יחס שווה לשווים נכונה ללא עוררין, היא נוסכת  
הילה של אמת מוחלטת על כל ערך מהותי שהיא במקרה מאזכרת.<sup>191</sup> כתוצאה מכך,  
ערכים שעליהם מצהירים במונחים של שוויון נוטים לשאת משקל משפטי ומוסרי

<sup>190</sup> ראו שם, בעמ' 548-556. שיבושים אחרים, הנצפים גם בקרב הפרשנים המלומדים ביותר,  
כוללים את האמונה שהשוויון שונה מהצדק, ראו למשל Del Vecchio, לעיל ה"ש 27 בעמ'  
36 ו-46. האמונה שהשוויון עוסק אך ורק בזכויות המבוססות על השוואה, ראו למשל  
Feinberg, לעיל ה"ש 1, בעמ' 298-319. האמונה שהשוויון כולל חזקה הניתנת להפרכה כי  
יש לתת יחס שווה לבני אדם אלא אם כן הומצאו סיבות טובות ליחס שונה, ראו למשל  
Rawls, לעיל ה"ש 7, בעמ' 110-111. האמונה שפירושו של שוויון הוא יחס שווה בכל מובן  
שהוא לשווים, ללא תלות במידת הצדק של היחס, ראו למשל, Frankena, לעיל ה"ש 27,  
בעמ' 17. האמונה שקיימת רק חלוקה כלכלית אחת ש"באמת" נותנת לבני אדם יחס של שווים,  
ראו למשל, R. DWORKIN, לעיל ה"ש 7, בעמ' 185. האמונה ש"יש לתת יחס שווה לשווים"  
אין פירושו כי "יש לתת יחס שונה לשונים", ראו למשל Honore, לעיל ה"ש 9, בעמ' 83.  
האמונה ש"יש לתת יחס שונה לשונים" מוסיף משהו משמעותי לטענה "יש לתת יחס שווה  
לשווים", ראו למשל H.L.A. HART, לעיל ה"ש 12, בעמ' 155. האמונה שהשוויון היא  
מרכיב נדרש ושימושי של הצדק, ראו למשל C. PERELMAN, לעיל ה"ש 21, בעמ' 7, 11 ו-  
38. האמונה שהשוויון הוא עילה מהותית לזכויות וחירויות, ראו למשל R. DWORKIN  
לעיל, ה"ש 7, בעמ' 182, והאמונה שחוסר אפליה (או "הוגנות") שונה מהצדק, ראו למשל  
Carr, לעיל ה"ש 54, בעמ' 214-215.

<sup>191</sup> בכל פעם שאנו נפגשים במילה בעלת הדים רגשיים – אחת מהמילים שנכתבות עם אות  
רישית גדולה על מנת לסמן את הכבוד אליה – בין אם יהיה זה "צדק" (Justice), "מידה  
טובה" (Virtue), "חרות" (Liberty), "חובה" (Duty), "הטוב" (Good), "היפה" (the  
Beautiful) או כל דבר אחר, עלינו לעמוד על המשמר. פעמים קרובות מדי בן שיחנו, היודע  
כמה ערך אנו מייחסים לערכים אליהם המילים האלו מתייחסות, ינסה לגרום לנו לקבל הגדרה  
שאותה הוא מציע כהגדרה היחידה האמיתית המתאימה והמקובלת של הרעיון הנדון [...]  
לאמיתו של דבר, אילולי הוזהרנו מראש, איננו מייחסים את החשיבות הנכונה לבחירת  
ההגדרה. כשאנו סבורים שוויתרנו רק על משמעות של מילה, זנחנו את כל מה שעומד על  
הפרק בוויכוח". C. PERELMAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1-2.

גדול יותר ממה שמגיע להם בזכות עצמם. זו הסיבה לכך שטענות בצורת שוויון מציבות את טענות הנגד, ללא יוצא מהכלל, בעמדת "הגנה"<sup>192</sup>. תוצאה זו עשויה להסביר מדוע התומכים בתיקון המוצע לחוקה בעניין הזכויות השוות (ERA) ניסחו אותו בלשון של שוויון. התיקון מצהיר כי: "אין לשלול שוויון זכויות תחת החוק [...] על בסיס מין". לתיקון תהיה אותה המשמעות אם היה קובע בפשטות "אין לשלול זכויות תחת החוק [...] על בסיס מין". מדוע אם כן תומכי ה-ERA ניסחו אותו בלשון הטאוטולוגית של השוויון? אולי בגלל שמתנגדיהם לא מבחינים באותה טאוטולוגיה, ובכך נדחקים לעמדה הלא נוחה של טענה נגד השוויון.<sup>193</sup>

דוגמה טובה נוספת לעיוות שנוצר מטיעוני שוויון נמצאת בוויכוח שהתקיים בפסק הדין בפרשת *Reynolds v. Sims*,<sup>194</sup> שדן בשאלה אם יש להקצות נציגים של בתי המחוקקים במדינות על בסיס גודל האוכלוסייה בלבד. נשיא בית המשפט העליון וורן, שתמך בעיקרון המהותי "אדם אחד, קול אחד", בחר למסגר את עמדתו כטענה בעד "שוויון".<sup>195</sup>

ההנמקה שלו הייתה כדלהלן: (1) התיקון הארבעה-עשר מבטיח לכל אדם "הגנה שווה";<sup>196</sup> (2) "המושג של הגנה שווה" פירושו שיש לתת את אותו היחס לבני אדם שהם "אותו הדבר";<sup>197</sup> ולבסוף (3) כל הזכאים לבחור במדינה נתונה הם 'אותו הדבר' "ללא קשר למקום מגוריהם".<sup>198</sup> מאחר שהצעדים (1) ו-(2) נכונים ללא עוררין, הם נוטים להסוות את לשון השוויון של צעד (3). כתוצאה מכך, השופט הרלן, שכתב את דעת המיעוט, נדחק לעמדת הגנה. כשהוא מנוע מהכחשת העובדה שהתיקון הארבעה-עשר מבטיח שוויון, או שהשוויון פירושו מתן יחס שווה ל"שווים", השופט הרלן מצא את עצמו בעמדה הלא נוחה של טיעון נגד שוויון. לכן, הטוב ביותר שהיה יכול לעשות הוא לטעון באופן צולע כי אומנם התיקון

<sup>192</sup> "כל אי שוויון נמצא בעמדת הגנה..." Kristol, *Equality as an Ideal*, in 5 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES 108, 110 F. MAITLAND, *A Historical Sketch of Liberty and Equality* (1968); ראו גם *as Ideals of English Political Philosophy from the Time of Hobbes to the Time of Coleridge*, in 1 COLLECTED PAPERS OF FREDERICK WILLIAM MAITLAND 1, 154 (1911) ("אולם עדיין אנו יודעים שיש טענה כללית נגד אי שוויון [...] טענה שמתקבלת בכל פעם שבית המשפט שלנו של ה-Chancery אומר שהשוויון הוא יושר"); W. RYAN, *EQUALITY* 3 (1981) ("אנו מרגישים מוגבלים על ידי המילה עצמה – התכחשות לשוויון היא כמעט כפירה"); Benn, *Equality, Moral and Social*, 3; ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY 38, 41 (1967) ("המילה 'אי שוויון' צברה [...] כוח משמין, משמעות הביטוי 'אי שוויונות' הפך להיות הבדלים שעליהם לא ניתן להגן") (ההדגשה במקור); FREEDOM, לעיל ה"ש 1, בעמ' 237, 238 (השוויון הוא "מילה טעונה"); Pennock & Chapman, Introduction, 9 NOMOS: EQUALITY ix, ix (1967) ("בדומה לצדק, שהכול מסכימים שהוא במוכן מסוים חלק ממנו, איש אינו מתנגד [לשוויון]").

<sup>193</sup> "נראה כי ההצהרה שלכולם זכויות שוות מסתכמת בלא יותר מאשר ההצהרה שלכל אחד יש את הזכויות שיש לו. בביטוי 'זכויות שוות', המילה 'שוות' היא סתמית." Wollheim, *Equality and Equal Rights*, in JUSTICE AND SOCIAL POLICY III, 116 (F. Olafson ed., 1961).

<sup>194</sup> 377 U.J.S. 533 (1964).

<sup>195</sup> שם, בעמ' 558, 560-561.

<sup>196</sup> שם, 565.

<sup>197</sup> שם.

<sup>198</sup> שם.



הארבעה-עשר מבטיח שוויון, אולם הוא לא מבטיח "שוויון מלא"<sup>199</sup> לעניין זכות הבחירה.

טעותו של השופט הרלן בפרשת *Reynolds* הייתה להניח שכאשר הרוב הצהיר על עמדתו כטענה בעד השוויון, הרי שהיה עליו להצהיר על עמדתו כטענה נגד השוויון.<sup>200</sup> למעשה, חרף כך שצד אחד לזכות יכול לטעון בעד מתן יחס שווה לשווים, הרי שיריבו יכול לטעון באותה המידה בעד מתן יחס שונה לשונים.<sup>201</sup> כך, בדיוק כפי שדעת הרוב בפסק הדין בפרשת *Reynolds* תמך ב"איש אחד, קול אחד" במונחים של שוויון, השופט הרלן היה יכול להתנגד לו באותה המידה של חריפות במונחים של השוויון עצמו.<sup>202</sup> בדיוק כפי שדעת הרוב טענה כי יש לשקול את הקולות באופן שווה ביחס לחלקו של כל בוחר בסך הקולות שהתקבלו במדינה שבה התגורר,<sup>203</sup> השופט הרלן היה יכול לטעון כי יש לשקול באופן שווה את הקולות ביחס לחלקו של כל בוחר בסך הקולות שהתקבלו במחוז החוקי שבו הוא מתגורר. על ידי העמדת טענה לשוויון נגדית כנגד הטענה לשוויון של דעת הרוב, השופט הרלן היה עשוי להכריח את בית המשפט להבין שלא ניתן ליישב את המקרה באמצעות המונחים הללו.<sup>204</sup> במקום זאת, הוא אפשר לרוב לטעון לשוויון כבכירת המחולל ובכך להעמיד פנים כי האמת העתיקה שאין עליה עוררין, שלפיה יש לתת יחס שווה לשווים, נמצאת בצד הרוב ולא בצד שלו.<sup>205</sup>

<sup>199</sup> ש.ם.

<sup>200</sup> דוגמה נוספת לטענה נגד השוויון, ראו Bork, *The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, 1979 WASH. U.L.Q 695, 701 (1979)

("שוויון אינו הערך היחיד בחברה; עלינו לאזן את הדרגות שלו מול ערכים אחרים").  
<sup>201</sup> ראו D. RAE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 19 ("השאלה אינה 'האם שוויון?' אלא איזה שוויון?"); Benn Karst, *Equality and Community: Lessons From the Civil Rights Era*, 56 NOTRE DAME LAW 183, 191 (1981) של הבחנות והחלפתה באחרת";  
 בהכרח שהשגת צורה אחת של שוויון תכפה אי שוויון בהתאמה"; Lucas, לעיל ה"ש 1, בעמ' 261 ("אם ברצוננו לייסד שוויון בהיבט אחד, נייסד בכך אי שוויון כלשהו בהיבט אחר"); Mortimore, לעיל ה"ש 8, בעמ' 222 ("בפועל, האגליטריים עסוקים רק בהחלפת סוג אחד של אפליה בסוג אחר [...]"); ש.ם, בה"ש 153.

<sup>202</sup> להדרגה מבריקה של נקודה זו, ראו Flathman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 40-51.  
<sup>203</sup> ניסוח זה של הכלל של כותבי דעת הרוב היה דורש מן הנציגים להיבחר בבחירות כלליות במדינות. מבנה שהיה מקובל באופן זהה על כותבי דעת רוב היה אחד שבו כל קול נשקל באופן זהה יחסית לחלקו של כל בוחר בסך מספר הקולות שהתקבלו במחוז החוקי, שגודלם של כל המחוזות הוא באופן אחיד סך מספר בני האדם שבמדינה חלקי מספר הנציגים הנבחרים.

<sup>204</sup> ראו Flathman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 43 ("במידה שאדם בוחר בין שני שוויונות מתחרים, עליו, שוב, אף אם רק במרומז, לפנות לערך כלשהו מלבד השוויון על מנת לעשות בחירה זו, כלומר, להחליט מה נכון"); השו"ע עם: J. POLE, לעיל ה"ש 2, בעמ' 358 (שאלה פוליטית חיונית היום היא "לקבוע [...] העדפות שאינן בין שוויון לאי שוויון אלא בין מושג אחד של שוויון למשנהו").

<sup>205</sup> שני הצדדים במחלוקת DeFunis היו יכולים לנסח את עמדתם המשפטית במונחים של שוויון, ראו D. RAE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 4-5; Stone, לעיל ה"ש 161, בעמ' 11; Winter, *Changing Concepts of Equality: From Equality Before the Law to the Welfare State*, 1979 WASH. U.L.Q 741, 747-748 (1979), מכיוון שהשוויון לבדו ריק מתוכן. מרקו דה-פוניס היה טוען שהוא "שווה" מבחינה חוקתית למקביליו השחורים מכיוון שיחס שונה אליו גורם לו פגיעה חוקתית – כלומר, שולל ממנו הטבות על סמך גזעו בלבד. מצד שני, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת וושינגטון הייתה טוענת שדה-פוניס אינו שווה למקביליו השחורים שכן (1) קבלתו ללימודים לא תממש את המטרה של הפליה מתקנת וכן (2) היחס השונה אליו לא גורם לו נזק חוקתי, כלומר, לא מדביק לו סטיגמה של נחיתות גזעית.

השוויון יחדל להיות מסתורי – ויחדל להטות את השיח המוסרי והפוליטי – כשנבין שהוא בבחינת תבנית ריקה, חסר תוכן מהותי משלו.<sup>206</sup> דבר זה יתרחש כשנבין כי ניתן למסגר כל טיעון מוסרי ומשפטי בצורת טענה לשוויון. בכך יהיה מענה על טענות לשוויון בצורת טענות נגד במונחי שוויון גם הם. או בפשטות רבה יותר, תהיה הכרה בכך שניתן להסתדר ללא השוויון כלל ועיקר.

ציטוט מוצע: תרגום מאמרו של פטר ווסטן "השוויון הריק מתוכן" בלוג רשות הרבים (31.5.2023).

<sup>206</sup> "מעצם העובדה שהגדרה של צדק פורמלי לא מטה, ולו במעט את שיפוטנו לגבי ערכים, נמצא אף פחות קושי להגיע להסכמה על הגדרה זו, מאחר שהוא מובא בצורה זו, רעיון הצדק מאבד הרבה מקסמו, וכמעט את כל משמעותו הרגשית". C. PERELMAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 28.