

מוסר והחוק הפלילי

פטריק דבלין

תרגום מאנגלית: י' קרת

בעשורים האחרונים מתמודד העולם המערבי עם הסוגיה של אכיפת התנהגות מוסרית על הציבור במשטר דמוקרטי. השופט לורד פטריק דבלין (1905–1992) נמנה בבריטניה עם ראשי הדוברים בעד אכיפת התנהגות מוסרית באמצעות החוק.

דבלין הוסמך לעריכת דין בשנת 1929, ועבד רוב שנותיו בשירות המדינה. במלחמת העולם השנייה מילא תפקידים שונים במחלקות משפטיות של משרדי ממשלה. לאחר המלחמה שימש שנתיים תובע כללי של מחוז קורנוול, ובשנת 1948 נתמנה לשופט בבית המשפט הגבוה, שבבריטניה הוא ערכאה אמצעית. בשלוש-עשרה השנים שלאחר מכן התקדם במערכת המשפטית, ובשנת 1961 מונה לשופט בבית המשפט העליון, שם כיהן עד לפרישתו בשנת 1964. לאחר פרישתו המשיך בפעילות ציבורית, ושימש שופט בבית הדין המינהלי של ארגון העבודה הבינלאומי בשנים 1964–1986. כן שימש יושב ראש מועצת העיתונות הבריטית בשנים 1964–1969 ונגיד ראשי של אוניברסיטת קיימברידג' בשנים 1966–1991. בשנות כהונתו כשופט וגם לאחריו היה חבר בכמה ועדות חקירה ציבוריות.

דבלין הרבה להרצות על היבטים שונים של תורת המשפט, והרבה מהרצאותיו כונסו בספרים. עיקר פרסומו בא לו בשל הרצאותיו על תפקיד החוק באכיפת התנהגות מוסרית, וטיעונו נחשבים עד היום לטיעונים הקלאסיים בזכות אכיפה זו. מובאת כאן בתרגום הראשונה בהרצאות אלה, שהייתה נקודת מפנה בחשיבתו של דבלין.

המניע להרצאה היה פרסום מסקנותיה של ועדה ציבורית (ועדת וולפנדן), שהמליצה בשנת 1957 לבטל את החוק דאז שאסר על בוגרים לקיים יחסים עם בני מינם אפילו בהסכמה ובפרטיות. דבלין שהתפרסם מאוחר יותר בהתנגדותו לביטול האיסור נמנה תחילה עם אלה שצידדו בו, ואף היה בין המשפטנים שהעידו לפני ועדת וולפנדן ותמכו בביטולו. כן סמך ידו על הנוסח הסופי של מסקנות הוועדה, ואמר ש"חייב להישאר תחום של מוסריות פרטית ושל אי מוסריות פרטית... שאינן מענייניו של החוק". לכן, בשנת 1958, כשנתבקש להרצות באקדמיה הבריטית על תורת המשפט, בחר לשאת דברים בזכות דוח וולפנדן.

אולם משהחל דבלין להרהר בנושא באופן יסודי יותר הגיע בהדרגה למסקנה, שהשקפתו הקודמת הייתה מוטעית, ואז הפך את הרצאתו ל"הצהרה בדבר הטעמים, ששכנעוני כי טעיתי". דבלין טען, כי כל חברה היא ביסודה קהילה בעלת עמדות – לא עמדות פוליטיות בלבד אלא גם עמדות מוסריות, שכן על פי עקרונות המוסר קובעת החברה איך ראוי שינהגו הפרטים שבה ואיך יחיו יחדיו. ומאחר שמוסריות קהילתית חיונית היא לכל חברה, יש לחברה זכות להגן על המוסריות הזאת בעזרת החוק, כשם שהיא מגנה בעזרתו על מוסדות אחרים, החיוניים להמשך קיומה.

בישראל הדיון באכיפת המוסר באמצעות החוק אך זה נפתח. בשנותיה הראשונות של המדינה מוסכם היה על הכל שהחברה זכאית להגדיר מוסריות חברתית ולהגן עליה באמצעות החוק, וגם גבולותיה הכלליים של המוסריות הזאת מוסכמים היו. אולם בשנים האחרונות קמו יותר ויותר עוררים על זכותה זו של החברה. ההתנגדות לתפיסה המסורתית הגיעה לשיאה בשנת 1992, כשנחקק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. חוק זה מהווה ניסיון לקבוע מערכת מוסרית חדשה, המבוססת על זכויות הפרט במקום כללי החברה, והוא מגביל את יכולתה של הכנסת לחוקק חוקים בענייני מוסר. בית המשפט העליון פירש את החוק כערוכה חוקתית לזכות מקיפה של אוטונומיה לפרט; הפרשנות הזאת הגבילה עוד יותר את יכולת הפעולה של רשויות הממשל בתחום אכיפת המוסר. עם זאת, במגזרים רבים בחברה הישראלית עדיין קיימת התנגדות עמוקה לפרשנות זו, ונראה אפוא כי בשנים הקרובות צפויים עוד מאבקים חריפים בנושא.

דוח הוועדה לעניין עבירות הומוסקסואליות וזנות, המכונה דוח וולפנדן, נחשב לדיון מצוין בשתי בעיות חוקיות וחברתיות קשות. אך יש בו גם כדי לעורר הערכה מיוחדת אצל המתעניינים בתורת המשפט,* שכן הוא עושה דבר שרפורמטורים של החוק עושים אך לעתים רחוקות: הוא דן בבהירות ובזהירות בתפקידו של החוק, לדעת מחברי הדוח, ביחס לנושאים שהדוח עוסק בהם.¹ תוספות חקיקה לחוק הפלילי נעשות לעתים קרובות כתוצאה מתחושה אינסטינקטיבית ש"חייב להיות חוק נגד זה". חלק הארי של החוק הדן בעבירות

*תורת המשפט היא התורה המגדירה מושגים ורעיונות במטרה לברר את מהותו של החוק, את מקורות הסמכות שלו ואת תפקידו בחברה.

מין נובע מחקיקה כזו, וקשה למצוא קשר הגיוני כלשהו בינו ובין הרעיונות המוסריים שרובנו מאמינים בהם. בגידה בבן זוג, ניאוף וזנות אינם, כמצוין בדוח,² עבירות פליליות; הומוסקסואליות בין גברים היא עבירה פלילית בעוד שהומוסקסואליות בין נשים – איננה כזאת. גילוי עריות לא היה עבירה על החוק עד שנקבע כך לפני חמישים שנה בלבד. האם הרשות המחוקקת בוחרת את העבירות הללו באקראי או שמא יש עקרונות כלשהם שאפשר להשתמש בהם כדי לקבוע אלו חלקים של חוקי המוסר ייכללו בחוק הפלילי? עכשיו, למשל, דנים בהצעה שהזרעה מלאכותית של אישה בזרע של גבר שאיננו בעלה תיחשב עבירה פלילית; אם, כמו ברוב המקרים, האישה נשואה, הרי להלכה, אם לא למעשה, מדובר במעשה בגידה. האם יש להפוך עניין זה לעבירה בת עונשין בעוד שמעשה בגידה של אחד מבני הזוג איננו עבירה בת עונשין?! שאלה זו יש לה חשיבות מעשית, שהרי חוק שלכאורה הוא שרירותי וחסר היגיון מאבד מערכו בעיני הציבור, לאחר ששוככת הסערה הציבורית שהביאה לחקיקה. אמנם השאלה עולה כשאלה מעשית ביתר תכיפות בתחום ההתנהגות המינית, אולם התשובה לה איננה מוגבלת לתחום זה: מתבקשת חקירה הרבה יותר כללית ויסודית בשאלת הקשר בין פשעים פליליים לחטאי מוסר, ובשאלה באיזו מידה, אם בכלל, צריך החוק הפלילי של אנגליה לעסוק באכיפת מוסר ולהעניש חטאי מוסר או מעשים לא מוסריים בתור שכאלה.

בהצהרת העקרונות בדוח וולפנדן יש נקודת מוצא מעוררת הערכה ועדכנית לחקירה כזאת. במהלך בחינת העקרונות הללו אעלה דברי ביקורת. אם דברי הביקורת שלי יש בהם ממש, אין פירוש הדבר בהכרח שהם מצביעים על ליקויים כלשהם בדוח. מחבריו, שלא כמוני, לא ניסו לחבר מסמך בתחום תורת המשפט של המוסריות; הם עסקו בפיתוח נוסחת עבודה שתאפשר להם להגיע לכמה מסקנות מעשיות. אין בכוונתי להביע בשום אופן דעה כלשהי על המסקנות האלה; דבר זה יחרוג ממטרתה של הרצאה בתורת המשפט. אעסוק רק בעקרונות כלליים: ההצהרה על עקרונות אלה מטילה אור על הנושא ואני מקווה שמחברי הדוח יסלחו לי אם אשתמש באור זה כדי להאיר נקודות אחרות, שלא אליהן התכוונו.

בראשיתו של הדוח³ קובעת הוועדה:

הניסוח שלנו לתפקידו של החוק הפלילי חל רק על נושאי הבדיקה הזאת. בתחום הזה תפקידו של החוק, כפי שאנו רואים אותו, הוא לשמור על הסדר הציבורי ולהבטיח התנהגות הולמת, להגן על האזרח מפני מעשים שהם

תוקפניים ופוגעניים, ולספק ביטחונות די הצורך נגד ניצול לרעה והשחתת הזולת, בייחוד לאלה שהם פגיעים במיוחד בשל גילם הצעיר, חולשת גופם או שכלם או חוסר ניסיונם, או משום שהם נתונים במצב של תלות מיוחדת – גופנית, כלכלית או חוקית.

לדעתנו אין זה מתפקידו של החוק הפלילי להתערב בחייהם הפרטיים של האזרחים או לנסות לאכוף דרכי התנהגות מסוימות, מעבר לצורך להוציא אל הפועל את המטרות שניסחנו.

המלצתה החשובה ביותר של הוועדה⁴ היא ש"התנהגות הומוסקסואלית בתחום הפרט בין בוגרים מתוך הסכמה הדדית לא תיחשב עוד פשע פלילי". הנימוק הקובע לדעתה⁵ הוא

על החברה והחוק לייחס חשיבות לחופש הבחירה והפעולה של הפרט בעניינים של מוסריות פרטית. חייב להישאר תחום של מוסריות ואי מוסריות פרטית, שבלשון פשוטה – איננה עסקו של החוק, אלא אם כן תנסה החברה בכוונה תחילה – באמצעות החוק – להשוות את תחום הפשע עם תחום החטא. אולם הדברים הללו אינם באים למחול על אי מוסריות בתחום הפרט או לעודדה.

הצהרת עקרונות דומה מובאת בפרקי הדוח הדנים בזנות. אי אפשר לבסס שום טיעון, אומר הדוח, שינסה להפוך את הזנות כשלעצמה למעשה בלתי חוקי.⁶ הוועדה מצביעה על הסיבות הכלליות שכבר צוינו, ומוסיפה: "מוסכם עלינו שאי מוסריות פרטית לא תהיה בתחום עיסוקו של החוק הפלילי מלבד בנסיבות המיוחדות הנזכרות בו". וכותבי הדוח מציינים⁷ שהם מסכימים עם דברי הדוח של "הוועדה לעבירות רחוב"⁸, האומר: "כהצעה כללית יוסכם על הכל שהחוק לא יעסוק במוסר הפרט או בסנקציות מוסריות". יש לשים לב שהדגש הוא על אי מוסריות פרטית. הכוונה היא לאי מוסריות שאינה פוגעת בציבור או מזיקה לו באופנים המתוארים בפסקה הראשונה שהבאתי כאן. במילים אחרות, שום מעשה של אי מוסריות לא יהפוך לפשע פלילי אלא אם כן נלוות אליו תופעות אחרות כגון מעשים מגונים, השחתת הזולת או ניצול לרעה. דבר זה מודגש במיוחד ביחס לזנות: "אין זה מחובתו של החוק לעסוק באי מוסריות כשלעצמה... עליו להגביל את עצמו לפעילויות הפוגעות בסדר הציבורי ובצניעות או חושפות את האזרח מן השורה לדברים העלולים לפגוע ברגשותיו או להזיק לו בדרך אחרת."⁹

ההצהרות הללו מוגבלות כמובן לנושאי הדוח, אך הן מובאות במונחים כלליים, ודומה שאין סיבה לא ליישמן, אם הן תקפות, ביחס לחוק הפלילי בכללותו. הן מבדילות באורח שאיננו משתמע לשתי פנים בין חטא למעשה פשע, בין החוק הדתי לחוק החילוני, בין המוסרי לפלילי. אין הן מרמזות על אי תמיכה בחוק – המוסרי או הפלילי – ואין הן מייצגות עמדה שאפשר לכנותה דתית או לא־דתית. אלה הסוברים שמוסר איננו עסקו של החוק נחלקים לאסכולות רבות. הבה נתבונן בראש ובראשונה באגנוסטי, או הרציונליסט. זה, כמובן, אינו כופר במוסר, או במושג החטא, אם מייחסים לחטא את הפירוש הרחב יותר מבין שני הפירושים הניתנים לו במילון אוקספורד לאנגלית, שם הוא מוגדר כ"עבירה נגד החוק האלוהי או עקרונות המוסר". האיש הזה אינו יכול לקבל את החוק האלוהי; אין זאת אומרת שלא יתייחס בחשד לכל סטייה מעקרונות המוסר שהיו מקובלים במשך דורות בחברה שהוא חי בה; אולם בסופו של דבר הוא השופט לעצמו. מלבדו ישנו האיש הדתי מאוד, החש שבתחום המוסריות החוק הפלילי מזיק לפעמים יותר משהוא מועיל, ושתיקונו של החוטא – מכל מקום כשחטאו פוגע רק בו – צריך להיות בבחינת מלאכת תיקון רוחנית ולא דווקא ענישה ארצית. וקיים גם האיש שאין לו רגשות חזקים לכאן או לכאן, אשר אינו מסוגל להבין מדוע לא ישרור חופש מוסר במקום ששורר בו חופש דת. כל אלה איתנים בהתנגדותם להשוואת הפשע הפלילי לחטא.

בתחילת הדברים עלי לגלות שכשופט יש לי עניין בתוצאותיה של הבדיקה שאני מנסה לערוך כמשפטן. כשופט המחיל את החוק הפלילי, וחייב לעתים קרובות לפסוק דין בבית דין לענייני פלילים, הייתי חש שאינני יכול לעמוד במשימה אילו חשבתי שאני מדבר באוזני קהל שאיננו יודע תחושת חטא מהי או חושב שהפשע הפלילי הוא עניין שונה לגמרי מן החטא. האם, למשל, בפסיקת דינה של אישה העוסקת בהפלות מלאכותיות, יש להתייחס אליה פשוט כאילו הייתה מיילדת ללא רשיון? ואם לא, מדוע לא? ואם כן, האם כל מערכת החוקים מבוססת על סדרה של תקנות חברתיות בלבד? מחובתי להודות כי נקודת המוצא שלי היא התחושה שהפרדה גמורה של הפשע מן החטא (לאורך הרצאתי אני משתמש במונח במובנו הרחב יותר) לא תיטיב עם חוק המוסר והיא עלולה להמיט חורבן על החוק הפלילי. אולם תחושה כזאת – האם ניתן להצדיקה מבחינת תורת המשפט? ואם זאת תחושה נכונה, כיצד אפשר לנסח את הקשר בין חוק המוסר לחוק הפלילי? האם יש בסיס תיאורטי של ממש לקשר ביניהם, או שמא הם משתפים פעולה רק לצורך העניין, ואולי מעט מזה ומעט מזה? זו

הבעיה שאני מבקש לבחון, ואתחיל בכך שאשקול את עמדתו של הלוגיקן הקפדן. זו יכולה להישען על נימוקים משכנעים, שכמה מהם סבורני כי אי אפשר לסתורם, ואני מנסח אותם להלן.

מוסר ודת קשורים זה בזו בצורה שאין להתירה – ואמות המידה המוסריות המקובלות באופן כללי בתרבות המערב הן אלה השייכות לנצרות. מחוץ לעולם הנוצרי, אמות מידה אחרות נובעות מדתות אחרות. אף אחד מן הקודים המוסריים הללו איננו יכול להיות בעל תוקף אלא בזכות הדת שעליה הוא מבוסס. מוסר המקרא שונה מכמה בחינות ממוסר הברית החדשה. גם בתוך הנצרות עצמה יש הבדלים. יש המאמינים שמניעת הריון היא מעשה בלתי מוסרי, ושאיש אשר ידע אישה אחרת בחיי אשתו הוא נואף בכל תנאי; אחרים, כולל רוב העולם דובר האנגלית, כופרים בשתי ההנחות הללו. בין הדתות הגדולות בעולם, שהנצרות היא רק אחת מהן, יש הבדלים גדולים יותר. מדינה יכולה לאמץ אחת מן הדתות הללו כפאמת, לבסס עצמה על תורותיה של זו ולשלול מאזרחיה את החירות לקיים כל דת אחרת – ומי יודע אם מעשה זה נכון או שאינו נכון? אם אכן תאמץ המדינה דת מסוימת, הגיוני שתעשה שימוש בחוק החילוני בכל מקרה שבו תהיה סבורה כי עליה לאכוף את החוק הדתי. אם לא תאמץ דת מסוימת, אין זה הגיוני שתעסיק עצמה במוסר בתור שכזה. ואולם אם היא מניחה את ענייני הדת לשיקול דעתו של הפרט, הגיוני שתניח לשיקול דעתו גם את ענייני המוסר. מדינה המסרבת לאכוף אמונות נוצריות מאבדת את זכותה לאכוף מוסר נוצרי.

אם השקפה זו תקפה, פירוש הדבר שהחוק הפלילי אין בכוחו להצדיק אף אחת מהוראותיו מתוך הישענות על חוק המוסר. אין הוא יכול לטעון, למשל, שרצח וגניבה אסורים משום שהם בלתי מוסריים או משום שהם חטאים. המדינה צריכה להצדיק בדרך אחרת את העונשים שהיא מטילה על עבריינים ויש למצוא למשפט הפלילי תפקיד שאינו תלוי במוסר. אין כל קושי לעשות זאת: לשם תפקודה התקין של החברה ולשם שמירת הסדר יש להסדיר פעילויות מסוימות. התקנות הנקבעות למטרה זו ונאכפות על ידי החוק הפלילי נועדו לעתים קרובות להשגת אחידות ויעילות, ורק לעתים רחוקות כרוכה בהן בחירה כלשהי בין טוב לרע. תקנות האוכפות את הגבלת מהירות הנסיעה או באות למנוע חסימת כבישים מהירים, אין להן ולא כלום עם המוסר. כיוון שחלק גדול כל כך מן החוק הפלילי מורכב מהוראות כאלה, מה טעם לערב כאן מוסר? מדוע לא להגדיר את תפקידו של החוק הפלילי במונחים פשוטים כגון שמירה על הסדר וההגינות והגנה על חיי האזרחים ורכושם, ולשכלל את המונחים הללו ביחס לנושא מיוחד

זה או אחר, כדרך שהדבר נעשה בדוח וולפנדן? החוק הפלילי, בבואו להוציא אל הפועל את המטרות הללו, מן הסתם יחפוף לחוק המוסר. פשעים של אלימות נוגדים את המוסר והם גם עבירות נגד הסדר הטוב; על כן הם עבירה על שתי מערכות החוקים. וזאת, פשוט משום ששתי מערכות החוק, שכל אחת מכוונת להשיג מטרה אחרת, מטפלות במקרה באותו תחום. זהו הטיעון.

האם הטיעון הזה מתיישב עם העקרונות הבסיסיים של החוק הפלילי האנגלי כיום או שאינו מתיישב עמם? זו הדרך הראשונה לבחון אותו, אף שבשום אופן אין לה משקל מכריע. בתחומה של תורת המשפט אפשר להפוך על פיהן אפילו תפישות יסודיות אם בסיסן התיאורטי אינו איתן. אך בדיקת התאמתו של הטיעון לחוק הקיים היא נקודת פתיחה טובה.

נכון שבמשך מאות שנים עסק החוק הפלילי הרבה בשמירה על שלום הציבור, ומעט, אם בכלל, במוסר מיני. ואולם לא יהיה זה נכון להסיק מכך שלא היה בו תוכן מוסרי או שהוא התייחס בסובלנות לרעיון שאדם יהיה חופשי לנפשו לשפוט בענייני מוסר. החוק הפלילי של אנגליה מתחילתו עסק בעקרונות מוסריים. דרך פשוטה לבחון נקודה זאת היא בדיקת העמדה שנוקט החוק הפלילי כלפי הסכמה.

מלבד כמה יוצאים מן הכלל הטבועים בטבען של עבירות מסוימות, החוק הפלילי מעולם לא הרשה כי הסכמת הקרבן תשמש טיעון משפטי הגנתי. באונס, למשל, הסכמה שוללת מן העבירה יסוד מהותי. אך באשמת רצח אין בהסכמת הקרבן משום הגנה. אין היא בבחינת הגנה בשום מקרה של תקיפה: אי אפשר לטעון שהמעשה היה מותר משום שהקרבן ראה בתקיפה עונש המגיע לו וקיבל אותה ברצון; ההגנה היחידה המתקבלת היא טענה מוכחת כי החוק הקנה לנאשם זכות להפעיל כוח, וכי הוא השתמש בזכות הזאת באופן סביר. כמו כן, אין הקרבן יכול לסלוח לתוקף ולדרוש מהתובע להרפות ממנו; הזכות לעצור את המשך ההליכים מסורה בידי התובע הכללי בלבד.

והנה, אילו היה החוק קיים לשם הגנה על הפרט, לא הייתה כל סיבה שהפרט ינצל את זכותו זו אם אינו רוצה בכך. הסיבה שבגללה לא יוכל אדם להסכים מראש לביצוע עבירה נגדו או למחול עליה לאחר מעשה היא שזו עבירה נגד החברה. החברה לא נפגעה פיזית; הדבר איננו אפשרי. ואין צורך שהעבירה תגרום לפרט כלשהו עזוץ או השחתה, או תנצל אותו לרעה; כל העניין יכול להתרחש בתחום הפרט. וגם אין להסביר זאת בנימוק המעשי שלפיו אדם אלים מהווה סכנה שבכוח לאחרים בקהילה, ובשל כך יש להם עניין ישיר בתפיסתו ובהענשתו כפעולות חיוניות להגנתם. זה עשוי להיות נכון לגבי אדם שהקרבן מוכן לסלוח

לו, אך לא לגבי זה המקבל את הסכמת הקרבן מראש; רוצח הפועל רק על פי הסכמת הקרבן שלו או על פי בקשתו איננו מהווה סכנה לאחרים, אך הוא מסכן את אחד העקרונות המוסריים הגדולים שעליהם מתבססת החברה, והוא קדושת החיים. יש רק הסבר אחד לעקרונות שנתקבלו עד עתה כיסוד החוק הפלילי, והוא שיש אמות מידה מסוימות של התנהגות או עקרונות מוסריים שהחברה דורשת לשמור עליהם; והפרתן היא עבירה לא רק נגד האדם שנפגע אלא גם נגד החברה בכללותה.

כך, אילו תוקן החוק הפלילי באופן שיוצא ממנו כל מה שאיננו מכוון לשמור על הסדר וההגיונות או להגן על האזרחים (כולל הגנה על הנוער מפני השחתה), היה הדבר הופך על פיו עיקרון בסיסי. כן היה הדבר מוחק כמה מן העבירות מספר החוקים. המתת חסד או הריגתו של אדם על פי בקשתו, התאבדות, ניסיון התאבדות ובריתות התאבדות, דו־קרב, הפלה מלאכותית, גילוי עריות בין אח לאחות – כל אלה הן פעולות שאפשר לעשות ברשות הפרט בלי לפגוע באחרים, ואין בהן בהכרח משום השחתה או ניצול לרעה של אחרים. רבים חושבים שהחוק לגבי כמה מן הנושאים הללו טעון תיקון, אך איש לא הרחיק לכת עד עתה והציע שכולם ייוותרו מחוץ לחוק הפלילי משום שהם עניינים של מוסריות פרטית. הם יכולים להיכלל בתוכו רק כעניין של עיקרון מוסרי. חובה גם לזכור כי אף על פי שיש הרבה מעשים של אי מוסריות שהחוק איננו מעניש עליהם, אין אי מוסריות שהחוק מוחל עליה. החוק לא יתיר שהמעורבים במעשה לא מוסרי מכל סוג שהוא ישתמשו בהליכי החוק. למשל, אסור להשכיר בית למטרות בלתי מוסריות; החוזה לא יהיה תקף ולא יהיה ניתן לאכיפה. אך אם המתרחש שם בפנים הוא עניין למוסר הפרטי ואינו מעניינו של החוק, מדוע החוק חוקר בדבר בכלל?

אני סבור כי ברור שהחוק הפלילי, כפי שהוא מוכר לנו, מבוסס על עקרונות מוסר. בעבירות מסוימות תפקידו פשוט לאכוף עיקרון מוסרי, ותו לא. החוק – הפלילי והאזרחי כאחד – טוען שביכולתו לדון במוסריות ובאי מוסריות בקווים כלליים. מאין הוא שואב את סמכותו לעשות זאת וכיצד הוא מיישב את העקרונות המוסריים שהוא אוכף? אין ספק שמבחינה היסטורית הוא שואב את שני הדברים מתורת הנצרות. ואולם אני חושב שהלוגיקן הקפדן צודק באמרו שהחוק איננו יכול עוד להסתמך על תורות שמותר לאזרחים לכפור בהן. מן הצורך אפוא לחפש מקור אחר לחוק.

בתורת המשפט, כאמור, הכול פתוח לדיון, ועל כן ניסחתי לעצמי שלוש קושיות שעלי להשיב עליהן, מתוך אמונה שהן מקיפות את התחום כולו:

1. האם החברה זכאית בכלל לחרוץ משפט בענייני מוסר? במילים אחרות, האם צריכים להתקיים כללי מוסר של ציבור, או שענייני מוסר הם תמיד עניין לשיפוט פרטי?

2. אם החברה זכאית לחרוץ משפט, האם זכותה גם להשתמש בנשק החוק כדי לאכוף אותו?

3. אם כן, האם עליה להשתמש בנשק הזה בכל המקרים או רק בכמה מהם, ואם רק בכמה מהם, על פי איזה עיקרון תבחין בין המקרים?

אפתח בקושיה הראשונה ואדון בשאלה: למה מתכוונים כשאומרים שיש לחברה זכות לשפוט בענייני מוסר, כלומר לשפוט מהו טוב ומהו רע? עצם העובדה שרוב האנשים עשוי להסתייג מפעילות מסוימת אינה הופכת אותה לעניינה של החברה כולה. תשעה מתוך עשרה אנשים עשויים לא להסכים למעשיו של העשירי ובכל זאת לומר שאין זה מעניינם. יש מקום לשיפוט קולקטיבי (הנבדל ממספר רב של דעות אינדיבידואליות שאנשים נבונים עשויים אפילו לוותר לגמרי על ביטוין אם המדובר בענייניו הפרטיים של מישהו אחר) רק אם החברה נפגעת. בלי שיפוט קולקטיבי לא יכול להיות כלל מקום להתערבות. אביא לדוגמה את עמדתו של האנגלי כלפי הדת כפי שהיא כיום וכפי שהייתה בעבר. עמדתו היום היא שדתו של אדם היא עניינו הפרטי; הוא עשוי לחשוב שדתו של הזולת נכונה או מוטעית, אמיתית או שקרית, אך לא יחשוב שהיא טובה או רעה. לא כך היה בתקופות קודמות; אז נשללה מן האדם הזכות לקיים את מה שנחשב לכפירה, וכפירה נחשבה הרסנית לחברה.

מלשונו של דוח וולפנדן בפסקאות שהבאתי כאן עולה כי מן הראוי שהציבור כציבור לא ישפוט אי מוסריות כשלעצמה. האם לכך הכוונה בביטויים "מוסריות פרטית" ו"חופש הבחירה והפעולה של הפרט"? יש החושבים בכנות שהומו־סקסואליות איננה בלתי מוסרית וגם אינה בלתי טבעית. האם "חופש הבחירה והפעולה" המוצע לפרט הוא החופש להחליט לעצמו מה מוסרי או בלתי מוסרי, בעוד החברה נותרת נייטרלית, או שמא מדובר בחופש להיות בלתי מוסרי, אם הוא חפץ בכך? על לשון הדוח אולי אפשר להתווכח, אך המסקנות שהוועדה מגיעה אליהן עונות על השאלה הזאת באופן שאיננו משתמע לשתי פנים. אם החברה איננה מוכנה לומר שההומוסקסואליות מוטעית מבחינה מוסרית, לא יהיה בסיס לחוק שיבוא להגן על הנוער מפני "השחתה" או יעניש אדם הנהנה מן הרווחים ה"בלתי מוסריים" של זונה הומוסקסואל, כהמלצת הדוח.¹⁰ עמדה זו מתבהרת אף יותר כשהוועדה דנה בזנות. לאמיתו של דבר, הוועדה רואה כדבר המובן מאליה שקיימת מוסריות ציבורית המגנה הומוסקסואליות וזנות. נראה כי

הדבר שהוועדה מתכוונת אליו במונח "מוסריות של הפרט", מוטב אולי לכתובו "התנהגות פרטית בענייני מוסר".

השקפה זאת – שקיים דבר שהוא מוסריות ציבורית – אפשר גם להצדיק בטיעון מקדמי. מה שמכונן חברה כלשהי הוא שותפות של רעיונות, לא רק רעיונות פוליטיים אלא גם רעיונות על הדרך שבה חברה צריכה להתנהג ולנהל את חייהם; הרעיונות הללו הם המוסר שלה. לכל חברה יש מבנה מוסרי כשם שיש לה מבנה פוליטי: או שמא, כיוון שעשוי להשתמע כאילו יש לחברה שתי שיטות עצמאיות, מוטב שאומר כי המבנה של כל חברה מורכב מפוליטיקה וממוסר גם יחד. הנה, לדוגמה, מוסד הנישואים. השאלה אם יש להתיר לאדם לשאת יותר מאישה אחת היא עניין שכל חברה צריכה לגבש עמדה ביחס אליו – לכאן או לכאן. באנגליה אנו מאמינים ברעיון הנישואים הנוצרי ועל כן אנו מאמצים את המונגמיה כעיקרון מוסרי. לפיכך, מוסד הנישואים הנוצרי הפך לבסיסם של חיי המשפחה ועל כן היה לחלק ממבנה החברה שלנו. הדבר כך לא משום שזהו עניין נוצרי. הוא היה לחלק מן המבנה החברתי משום שהוא נוצרי אך נשאר כך משום שהוא מובנה לתוך מערכת החיים שלנו, ולא ניתן לסלקו בלי לגרום להתמוטטות המערכת הזאת. הוא מקובל על הרוב הגדול של האנשים החיים בארץ הזאת משום שזהו רעיון הנישואים הנוצרי, ועבורם – הרעיון הנכון היחיד. אך אדם שאינו נוצרי גם הוא מחויב לאותו חוק, לא משום שהוא מקבל עליו את הדת הנוצרית, אלא משום שבצדק או שלא בצדק אומץ הרעיון הזה בידי החברה שבקרבה הוא חי. כל תועלת לא תצמח לו אם יפתח בפולמוס מתוך כוונה להוכיח שריבוי נשים נכון יותר מבחינה תיאולוגית ועדיף מבחינה חברתית; אם ברצונו לחיות במסגרת החברה שלו, עליו לקבל אותה כפי שהיא. העניין מתבהר עוד יותר כשבוחנים רעיונות או מוסדות שהם פוליטיים גרידא. חברה איננה מסוגלת לגלות סובלנות למרידה; היא לא תתיר פולמוס על צדקת העניין. מאה שנה אחר כך עשויים ההיסטוריונים לומר שהמורדים צדקו ושהמשלה טעתה, ונתין נבון ובעל מצפון עשוי לחשוב כך בשעת האירועים. אולם אין זה עניין שאפשר להשאירו לשיפוט הפרט.

מוסד הנישואים הוא דוגמה טובה בעבורי משום שהוא מגשר על פני החלוקה בין מדיניות למוסר, אם יש חלוקה כזאת. הנישואים הם חלק ממבנה החברה שלנו והם גם היסוד למערכת חוקי מוסר המגנה זנות ובגידה בבן זוג. מוסד הנישואים היה עומד בפני איום חמור אילו הותר שיפוט פרטי בדבר המוסריות של הבגידה בבן זוג; בנושאים אלה צריכה להיות מוסריות ציבורית. אולם אל לנו להגביל את המוסריות הציבורית לעקרונות המוסריים התומכים במוסדות

חברתיים כמו הנישואים. הבריות אינן רואות במונוגמיה שיטה שיש לתמוך בה משום שהחברה שלנו בחרה להתארגן על פיה; הם רואים בה דבר טוב כשלעצמו, אורח חיים טוב, ומשום כך, לדעתם, אימצה אותו החברה. אני חוזר לקביעה שקבעתי כבר קודם, כי חברה פירושה שותפות ברעיונות; בלי עמדות משותפות ביחס למסגרות פוליטיות, למוסר ולכללי התנהגות, שום חברה איננה יכולה להתקיים. לכל אחד מאיתנו רעיונות על הטוב והרע; אי אפשר להסתירם מפני החברה שאנו חיים בה. אם ינסו בני אדם ליצור חברה שאין בה הסכמה בסיסית לגבי הטוב והרע – הם ייכשלו; אם תתערער ההסכמה הכללית לאחר שביססו את החברה עליה – החברה תתפורר. שהרי חברה איננה דבר ששלמותו נשמרת באמצעים פיסיים; היא מתקיימת בעזרת קשרים שאינם נראים לעין, קשרים של שותפות רעיונית. אם הקשרים יהיו רופפים מדי, חברה יתרחקו זה מזה. מוסריות משותפת היא חלק מן הקשר. היא חלק מן המחיר שמשלמים כדי לקיים חברה; האדם, הנזקק לחברה, חייב לשלם את מחירה. חסידי המשפט המקובל נהגו לומר שהנצרות היא חלק מחוק המדינה. ההצהרה הזאת לא הייתה מעולם יותר מהצהרה רטורית, כדברי הלורד סמנר במשפט בומן נ' האגודה החילונית.¹¹ מה שעמד מאחוריה היה הרעיון שאני מנסה לבאר כאן, כלומר שמוסר – ועד לפני כמאה שנה לא טרח איש להבחין בין דת למוסר – חיוני לסדר הממלכתי. בשנת 1675 אמר נשיא בית המשפט העליון הייל: "לומר שדת היא רמאות פירושו למוסס את כל המחויבויות שבזכותן מתקיימת החברה האזרחית."¹² בשנת 1797 אמר השופט אשהרסט שדברי חירוף ונאצה כנגד הנצרות "אינם רק חטא נגד האל אלא גם נגד כל חוק ושלטון משום שמטרתם למוסס את כל הקשרים והמחויבויות של החברה האזרחית."¹³

בשנת 1908 יכול היה השופט פילימור לומר: "כל אחד חופשי לחשוב, לדבר ולהטיף ככל העולה על רוחו בענייני דת, אך לא כן בענייני מוסר."¹⁴ אתם עשויים לחשוב שהרחבתי יתר על המידה בטיעון שלי שמוסריות ציבורית אכן קיימת, הנחה שרוב הבריות יקבלוה על נקלה, והותרתי לעצמי פחות מדי זמן לדון בשאלה הבאה, שלדעת רבים עשויה לגרום קשיים רבים יותר: באיזו מידה צריכה חברה להשתמש בחוק כדי לאכוף את שיפוטיה המוסריים? אולם אני מאמין שהתשובה לשאלה הראשונה קובעת את הדרך שבה יש להתייחס לשנייה ובעצם ייתכן מאוד שהיא תכתיב את התשובה לשאלה השנייה. אם אין לחברה זכות לחרוץ משפט בשאלות מוסר, צריך החוק למצוא הצדקה מיוחדת לכניסה אל תחום המוסריות: אם הומוסקסואליות זונות אינן דבר רע כשלעצמן, אזי נטל ההוכחה מוטל בבירור על המחוקק המבקש לקבוע

חוק נגד היבטים מסוימים שלהן, כדי להצדיק את הטיפול הייחודי. ואולם אם החברה זכאית לשפוט, וזאת על סמך העובדה שמוסריות מקובלת נחוצה לחברה, כשם שנחוצה לה, למשל, ממשלה מקובלת, אזי מותר לה לחברה להשתמש בחוק לשם שימורה של המוסריות כשם שהיא משתמשת בו להבטחת כל דבר אחר שהוא חיוני לקיומה. אם ההנחה הראשונה מבוססת היטב, על כל השלכותיה, יש לחברה לכאורה זכות לחוקק חוקים נגד אי מוסריות כשלעצמה.

על פי דוח וולפנדן, הגם שנראה כי מקובל עליו שזכותה של החברה לגנות את ההומוסקסואליות ואת הזנות כתופעות לא מוסריות, נדרשות נסיבות מיוחדות אשר יצביעו על כך שיש הצדקה להתערבותו של החוק. סבורני שגישה זו אינה נכונה מבחינה עקרונית ושכל ניסיון לבחון את הקושיה השנייה שלי על פי קווים אלה לא יעלה יפה. סבורני שטיעון זה של הוועדה אכן אינו עולה יפה והדבר מוכח על ידי העובדה שצריך להגדיר או לתאר את הנסיבות המיוחדות בהרחבה רבה מאוד ושאפשר להישען עליהן רק אם מקבלים את ההנחה שהחוק אכן מתעניין במוסריות כשלעצמה.

הנסיבות המיוחדות הכוללניות ביותר מתוארות כהספקת "ביטחונות די הצורך" נגד ניצול לרעה והשחתת הזולת, במיוחד לאלה שהם פגיעים במיוחד – בשל גילם הצעיר, בשל חולשת גופם או שכלם או חוסר ניסיונם, או משום שהם נתונים במצב של תלות מיוחדת – גופנית, כלכלית או חוקית.¹⁵ השחתת הנוער היא בסיס מקובל להתערבות מצד המדינה, ואת ה"נוער" ניתן להגדיר על נקלה לצורך כל חקיקה. אולם אם תינתן הגנה כזאת לכל אחד, לא יהיה גבול לזרועו של החוק. ההגדרה "ניצול לרעה והשחתת הזולת" רחבה כל כך עד שאפשר לכלול בה כל סוג של אי מוסריות שמעורב בה שיתוף פעולה של אדם נוסף – והרי כך הדבר בדרך כלל. גם אם תקבע ההגדרה מהם הסוגים הייחודיים של "פגיעים במיוחד" הכלולים בה, הריהי כה גמישה עד כי אין בה שום הגבלה. אין זו רק שאלה של מילים. שהרי גם אם מרחיבים את המונחים המשמשים אותנו כמעט אל מעבר לגבולותיהם, עדיין אין הם מספיקים כדי לכלול את המלצות הוועדה בנושא הזנות.

הזנות איננה בלתי חוקית כשלעצמה והוועדה איננה סבורה שיש להפכה לבלתי חוקית.¹⁶ אם זנות היא אי מוסריות פרטית ואיננה מעניינת של החוק, מה לו לחוק עם הסרסור, או עם מנהל בית הבושת או בעל הבית המתירים עיסוק מתמשך בזנות? הדוח ממליץ שהחוקים ההופכים פעילויות אלה לעבירות פליליות יישארו בתוקפם או אף יוחמרו, ושהם ייכללו במסגרת הניצול לרעה (כך הוא אומר כשהוא דן בעיקרון; אשר לבתי בושת הדוח אומר, בפשטות, שהחוק איננו מביט בהם בעין טובה, ובצדק).¹⁷ עלולים להיות מקרים של ניצול לרעה בעיסוק

זה, כפי שהיו וכפי שיש בעיסוקים אחרים, אך בכללו של דבר סרסור מנצל את הזונה באותה מידה שאמרגן מנצל שחקנית. הדוח הסיק ש"רוב רובן של הזונות הן נשים בעלות תבנית פסיכולוגית הגורמת להן לבחור בחיים כאלה מפני שהן מוצאות בהם אורח חיים קל יותר, חופשי יותר ומכניס יותר מכל אורח חיים שעיסוק שונה היה מקנה להן... בדרך כלל הקשר בין זונה לסרסור נוצר מתוך רצון חופשי והוא פועל לתועלת הדדית".¹⁸ הוועדה נוטה להסכים שאין לקרוא לזאת ניצול לרעה במובן הרגיל. הדוח אומר: "על פי השקפתנו תהיה בכך משום פשטנות יתר אם נאמר שהחיים על רווחי זנות מנצלים את הזונה כשלעצמה. לאמיתו של דבר הם מנצלים לרעה את כל מערכת היחסים שבין זונה ללקוח; למעשה הם מנצלים את החולשות האנושיות הגורמות לכך שהלקוח יחפש את הזונה ושהזונה תספק את הביקוש".¹⁹

כל אי מוסריות מינית כרוכה בניצול לרעה של חולשות אנושיות. הזונה מנצלת את תשוקת לקוחה, ואילו הלקוח מנצל את חולשתה המוסרית של הזונה. אם ניצול לרעה של חולשות אנוש נחשב ליצירת נסיבות מיוחדות, אז אין בעצם שום תחום של מוסריות שניתן להגדירו באופן שיוציא אותו מכלל החוק.

לפיכך, סבורני שאי אפשר להציג גבולות תיאורטיים לסמכותה של המדינה לחוקק חוקים נגד אי מוסריות. אי אפשר ליישב מראש מקרים יוצאים מן הכלל או להגדיר בנקודות תחומים של מוסר שלתוכם אסור לחוק להיכנס בשום נסיבות. זכותה של החברה להגן על עצמה באמצעות חוקיה, מפני סכנות האורבות לה אם מבפנים ואם מבחוץ. כסבורני שגם כאן יש מקום להקבלה עם התחום הפוליטי. חוק הבגידה במדינה מכון נגד סיוע לאויבי המלך ונגד התקוממות מבפנים. הצידוק לכך הוא ששלטון יציב נחוץ לקיומה של החברה ועל כן צריך להבטיח את ביטחונה ולמנוע הפלת שלטון אלימה. אולם מוסריות יציבה נחוצה לרווחתה של החברה באותה מידה ששלטון יציב נחוץ לה. חברות מתפוררות מבפנים לעתים קרובות יותר משהן נשברות על ידי לחץ מבחוץ. התפוררות מתרחשת כשאין מקפידים על מוסריות מוסכמת וההיסטוריה מוכיחה שהתרת הרצועות המוסריות היא פעמים רבות שלב ראשון בהתפוררות, ועל כן החברה זכאית, לשם שמירת כללי המוסר שלה, לנקוט אותם צעדים שהיא נוקטת לשם שמירת שלטונה ומוסדות חיוניים אחרים.²⁰ האיסור על מעשי פריצות הוא עניינו של החוק באותה מידה כמו האיסור על פעולות חתרניות: הגדרת תחום של מוסריות פרטית איננו אפשרי, כשם שאי אפשר להגדיר תחום של פעילות חתרנית פרטית. טעות היא לדבר על מוסריות פרטית או לטעון שלחוק אין עניין באי מוסריות כשלעצמה, או לנסות להציב גבולות נוקשים לתפקיד שהחוק צריך

למלא באיסור על פריצות. אין גבולות תיאורטיים לכוחה של המדינה לחוקק חוקים נגד בגידה והמרדה, ובאותה מידה אני סבור שלא ייתכן שיהיו גבולות תיאורטיים לחקיקה נגד אי מוסריות. אפשר לטעון שאם חטאיו של אדם אינם פוגעים אלא בו בלבד, אין זה עניינה של החברה. אם הוא בוחר להשתכר כל ערב בפרטיות בתוך ביתו, האם משהו מלבדו ניזוק מזה? אך נניח שרבע או מחצית מן האוכלוסייה היו משתכרים כל ערב, איזו חברה הייתה נוצרת אז? אי אפשר להציב גבול תיאורטי למספר האנשים שישתכרו לפני שהחברה תהיה רשאית לחוקק חוק נגד שכרות. כן הדבר גם בעניין ההימורים. הוועדה המלכותית להימורים, למפעלי הגרלה ולמשחקי מזל נטלה כאבן בוחן את אופיו של האזרח כחבר בחברה. בדוח שלה נאמר: "ענייננו במשמעות האתית של ההימורים מוגבל להשפעה שההימורים עשויים להפעיל על אופיו של האזרח כחבר בחברה. אילו היינו משוכנעים שהשפעה זו מזיקה בהכרח בכל רמה של הימורים, היינו נוטים לחשוב שחובת המדינה להגביל את ההימורים במידה המרבית האפשרית."²¹

באילו נסיבות צריכה המדינה להפעיל את כוחה – זו הקושיה השלישית שלי. אך לפני שאתחיל לדון בה עלי להעלות נקודה שאפשר היה להעלותה בכל אחת מן השלוש. איך אפשר לבדוק את עמדותיה המוסריות של החברה? כיוון שלא העליתי עד עכשיו, אוכל לשאול את השאלה בצורה מצומצמת יותר, המספיקה כעת למטרת. כיצד יוודא המחוקק את העמדות המוסריות של החברה? בוודאי שלא די לבחון אותן על פי דעת הרוב; ונגזים אם נדרוש את אישורו האינדיבידואלי של כל אזרח ואזרח. החוק האנגלי פיתח אמת מידה שאינה תלויה בספירת ראשים והוא גם משתמש בדרך כלל באמת המידה הזו: דעותיו של האדם שקול הדעת. יש להבחין בין האדם הזה ובין האדם הרציונלי. אין מצפים מהאדם שקול הדעת לנמק דבר, ושיפוטו עשוי להיות בעיקר עניין של הרגשה. מדובר באדם מן השורה – ואם להשתמש בארכאיזם המוכר לכל עורכי הדין – האיש באוטובוס של קלפהאם. אפשר לכונוהו האדם הסביר. לצרכי הייתי מבקש לכונוהו האיש מחבר המושבעים, שכן אם העמדות המוסריות מקובלות על הכל, יש להניח ששנים עשר גברים או נשים שקובצו באקראי יסכימו עליהן לאחר דיון. זה היה קנה המידה שהשופטים השתמשו בו בימים שבית הנבחרים לא היה פעיל כפי שהוא היום, כאשר השופטים התוו כללי מדיניות ציבורית. הם לא חשבו שהם יוצרים חוקים, אלא סברו שפסיקותיהם מבטאות עקרונות שכל אדם סביר היה סומך את ידו עליהם. פולוק*

*סר פרדריק פולוק (1845–1937) – משפטן בריטי רב־השפעה שהתפרסם בשל כתביו החשובים על תולדות המשפט ותורת המשפט.

קרא לזה "מוסריות מעשית", שאינה מבוססת על יסודות תיאולוגיים או פילוסופיים אלא "על הניסיון המתמשך שנאגר במודעות-למחצה או ללא מודעות, המתגלם במוסריות של השכל הישר". הוא גם כינה זאת "דרך מחשבה מסוימת בנוגע לשאלות של מוסריות שאנו מצפים למצוא אצל אדם שקול דעת ומתורבת או אצל איש אנגלי שקול דעת שנבחר באקראי".²²

לצורכי החוק, אפוא, אי מוסריות היא כל דבר שייראה לא-מוסרי בעיני אדם סביר. כל מעשה בלתי מוסרי בכוחו לפגוע בחברה באורח משחית, ובדרך כלל הוא אכן עושה כן במידה זו או אחרת; זה הדבר המקנה לחוק את זכות העמידה. אי אפשר לגדור אותה. אולם – וזה מוליך אותי לקושיה השלישית – גם לפרט יש זכות עמידה; אי אפשר לצפות שישעבד את כל מהלך חייו לשיפוטה של החברה. זו השאלה הישנה והידועה של יצירת איזון בין הזכויות והאינטרסים של החברה לאלה של הפרט. והחוק עוסק בשמירה על האיזון הזה כל העת, בעניינים גדולים וקטנים כאחד. אביא דוגמה פשוטה מאוד: זכותו של הפרט, שביתו גובל בכביש מהיר, לגישה אל ביתו. בימינו אלה פירושו של דבר הוא הזכות להחנות כלי רכב על הכביש המהיר, לעתים לזמן ממושך, אם יש צורך להעמיס או לפרוק סחורה. יש פסקי דין רבים שבהם בתי המשפט נאלצו לאזן בין זכות הפרט לדרכי גישה ובין זכות הציבור להשתמש בכביש המהיר ללא הפרעה. אי אפשר לעשות זאת על ידי ביתור הכביש המהיר לשטחים ציבוריים ופרטיים. עושים זאת על ידי הכרה בכך שלכל צד יש זכויות על הכביש כולו; ושום כל אחד יפעיל את זכויותיו עד תום יגיעו לעימות; ועל כן יוגבלו זכויותיו של כל צד במידה שתבטיח, ככל האפשר, את שמירת הצרכים החיוניים של כל צד.

אינני סבור שהדיון על מוסריות ציבורית או פרטית הגיוני יותר מן הדיון על כביש מהיר ציבורי או פרטי. מוסריות היא תחום שיש בו אינטרס ציבורי ואינטרס פרטי, הנתונים לעתים קרובות בעימות זה עם זה, והבעיה היא לפייס בין השניים. אין פירוש הדבר שאי אפשר לנסח הצהרת כוונות כללית על האופן שבו צריכה החברה לאזן ביניהם. הצהרת כוונות כזאת מטיבה אינה יכולה להיות נוקשה או מדויקת; היא לא נועדה להגביל את פעולת הסמכות המחוקקת אלא להדריך את אלה שעליהם מוטל להוציאה אל הפועל. הגם שכל החלטה של בית משפט הבאה לאזן את האינטרס הציבורי עם האינטרס הפרטי היא החלטה אד הוק, הרי בבסיס פסקי הדין מונחות הצהרות על עקרונות שראוי כי בתי המשפט יתנו לבם אליהם בבואם לקבוע החלטה. באותו אופן אפשר לקבוע הצהרת עקרונות כללית שניתן להניח כי הרשות המחוקקת תזכור היטב בעת שתשקול חקיקת חוקים אוכפי מוסר.

אני מאמין שרוב האנשים יסמכו את ידיהם על העיקרון הראשי מבין העקרונות הגמישים הללו. חייבת להיות סובלנות למרב חירות הפרט המתיישבת עם יציבותה של החברה. אי אפשר לומר שזהו עיקרון העובר כחוט השני דרך החוק הפלילי כולו. חלק ניכר מן החוק הפלילי שהוא חוק מסדיר באופיו – החלק העוסק בעבירות על החוק אשר אינן מעשים רעים במהותן, בניגוד לעבירות שבמהותן הן מעשים רעים – מבוסס על העיקרון ההפוך, ובו בחירת הפרט חייבת לפנות את הדרך למען טובת הכלל. אולם בכל ענייני המצפון, העיקרון שהזכרתי נחשב לעיקרון מכריע. אין הוא מוגבל למחשבה ולדיבור; הוא חל גם על פעולה דוגמת ההכרה בזכות לסרב לשרת בצבא מטעמי מצפון בעת מלחמה; דוגמה זו גם מראה שהמצפון יכולבד אף בעתות של סכנה לאומה. העיקרון נראה לי מתאים במיוחד לכל שאלות המוסר. החוק יעניש רק מעשים שהם מעבר למה שהציבור מסוגל לסבול. בשום פנים לא די לומר שהרוב איננו שבע רצון מנוהג זה או אחר; צריכה להיות הרגשה אמיתית של הסתייגות עמוקה. אלה שאינם מרוצים מן החוק הקיים לגבי הומוסקסואליות אומרים לעתים שהדבר המניע את מתנגדי התיקונים לחוק הוא תחושת סלידה גרידא. אם כך הדבר, אין זה כשורה, אבל אינני סבור שאפשר להתעלם מסלידה אם היא הרגשה עמוקה ולא בדויה. הימצאותה היא אינדיקציה טובה לכך שהגענו לגבול הסובלנות. לא כל דבר ראוי שיגלו כלפיו סובלנות. שום חברה איננה יכולה להתקיים בלא אי סובלנות, גינוי וסלידה.²³ אלה הכוחות שמאחורי חוקי המוסר, ובאמת ניתן לטעון כי אם הם, או משהו דומה להם, לא יהיו בנמצא, לא יהיה ברגשות החברה די משקל כדי ליטול מן הפרט את חופש הבחירה. אני מניח שאך בקושי יימצא מישהו בימינו שלא יסלוד מן המחשבה של אכזריות בכוונה תחילה כלפי בעלי חיים. איש אינו מציע לכלול זאת או כל צורה אחרת של סאדיזם בתחום מוסריות הפרט או להרשות מעשים כאלה בפרהסיה או בתחום הפרט. אפשר כמובן לציין שעד לפני זמן קצר יחסית איש לא התייחס ברצינות לאכזריות כלפי בעלי חיים וגם שאת מידות הרחמנות, העדינות ואי הרצון לגרום כאב מעריכים כיום הרבה יותר מבעבר. אולם עניינים שכאלה אינם נקבעים על ידי טיעון רציונלי. כל שיפוט מוסרי, אלא אם הוא מתיימר לשאוב ממקור אלוהי, איננו אלא ההרגשה ששום אדם סביר אינו יכול לנהוג באופן אחר בלי להודות שהוא עושה עוול. מאחורי שיפוטיה של חברה עומד כוחו של השכל הישר המקובל ולא כוחו של ההיגיון הצרוף. אך לפני שתוכל חברה להחליט כי מעשה מסוים הוא מעבר לגבול הסובלנות צריך שתהיה הכרעה מודעת שמעשה זה מזיק לחברה. קיימת, למשל, סלידה כללית מהומוסקסואליות. עלינו לשאול את עצמנו, ראשית לכל,

אם כשאנו מביטים בה ביישוב הדעת וללא משוא פנים, היא אכן בעינינו נגע כה קשה שעצם קיומו פוגע בחברה. אם זו ההרגשה האמיתית של החברה שאנו חיים בה, אינני יודע כיצד אפשר למנוע מן החברה את הזכות לעקור אותה מן השורש. הרגשתנו עשויה להיות פחות עזה. אנו עשויים להרגיש שאם תוגבל, אפשר יהיה להתייחס אליה בסובלנות, אך אם תתפשט היא עלולה להיות מזיקה ביותר; כך רואות רוב החברות קיום יחסי מין מחוץ לנישואין. הן רואות זאת כחולשה טבעית שיש להציב לה גבולות אך אי אפשר לעקרה. ארזא הופך הדבר לשאלה של איזון בין הסכנה לחברה ובין מידת ההגבלה האפשרית. בנקודה כזו מתגלה ערכה של החקירה שנערכה על ידי גוף כמו ועדת וולפנדן וערך מסקנותיה. גבולות הסובלנות משתנים. זהו נספח למה שאמרתי עד עכשיו, אך הוא חשוב דיו כדי להכריז עליו כעיקרון נפרד שהמחוקקים צריכים לתת עליו את הדעת. אני מניח שאמות מידה מוסריות אינן משתנות, לפחות כאשר הן נובעות מהתגלות אלוהית; ואני מוכן להניח ששפיטותיה המוסריות של חברה יישארו לעולם טובות בעבורה. ואולם מידת הסובלנות של החברה כלפי סטיות מאמות מידה מוסריות – ואני מתכוון לסובלנות ולא להסכמה – שונה מדור לדור. ייתכן שסובלנות בכלל גוברת כל העת. התודעה האנושית, השואפת תמיד לחופש מחשבה רב יותר, לוחצת על מוסרות החברה, ועם הזמן היא מרפה אותן בהדרגה. אפשר שההיסטוריה היא סיפור של הצטמקות והתרחבות ושכל החברות המפותחות צועדות בדרך להתפרקות. אל לי לדבר על דברים שאינני יודע אותם; ומכל מקום, שום חברה איננה רוצה להקדים ולהכשיר את הקרקע להתנוונותה שלה. אשוב אפוא לעובדה הפשוטה והנראית לעין שבענייני מוסר גבולות הסובלנות משתנים, אך חוקים, במיוחד אלה המבוססים על מוסר, נתונים פחות לשינוי. מכאן נובע עוד עיקרון מעשי יעיל, שלפיו בכל עניין חדש בתחום המוסר החוק צריך להגיב באטיות. בדור הבא תשכך הסערה הציבורית, והחוק עלול להיות בלא התמיכה הציבורית שהוא זקוק לה. אלא שאז קשה יהיה לשנות את החוק בלי ליצור רושם שהשפיטה המוסרית נחלשת. זהו היום אחד מן הגורמים הפועלים בעצמה רבה נגד כל שינוי בחוק בנוגע להומוסקסואליות. עיקרון גמיש שלישי מצריך הצגה זהירה יותר. זהו העיקרון האומר שיש לכבד את הפרטיות עד כמה שאפשר. אין זה רעיון שנזכר אי פעם במפורש בחוק הפלילי. מעשים או דיבורים שנעשו או נאמרו בפומבי או בפרטיות – כולם נכללים בו בלי הבחנה עקרונית. אולם מתלווה לכך רתיעה חזקה מצד שופטים ומחוקקים לאשר פלישה לתחום הפרט במהלך חשיפת עבירות. למשטרה אין זכות להסיג גבול יותר משיש לאזרח מן השורה; אין זכות כללית לעריכת חיפושים;

מבחינה זאת עדיין ביתו של האנגלי הוא מבצרו. הממשלה זהירה מאוד אף בהפעלת סמכויותיה שהיא טוענת כי הן מעבר לכל ויכוח. האזנות סתר וחיטוט בדברי דואר הם דוגמה טובה לכך. ועדה של שלושה מחברי מועצת המלך שבדקו לאחרונה את הפעילויות הללו²⁴ מצאה שהשר לענייני פנים וקודמיו כבר ניסחו כללים נוקשים לשימוש בסמכויות אלה והוועדה יכלה להמליץ שימשיכו להפעילן באותם תנאים, ביסודו של דבר. אולם הם דיווחו שהם "מביטים בסמכויות אלה בהסתייגות כללית".

דבר זה מורה על הרגשה כללית שהזכות לפרטיות היא משהו שיש לשקול כנגד אכיפת החוק. האם צריכה אותה התחשבות להשתתף גם ביצירת החוק? כמובן, אך במספר מקרים מוגבל מאוד. כשאזרח שנפגע מבקש את עזרת החוק, הפרטיות חדלה להיות רלוונטית; הפרט איננו יכול לדרוש שזכות לפרטיות תובא בחשבון כשמדובר בפגיעה פלילית בזולת. אולם אם המעשה נעשה בהסכמת כל הצדדים והפגיעה היא במוסר בלבד, אפשר לשקול את האינטרס הציבורי בסדר המוסרי כנגד התביעה לפרטיות. נוסף על כך, הגבלת סמכויות החקירה של המשטרה איננה דוגמה בלבד; פירושה הוא שגילוי עבירה שנעברה בתחום הפרט ושלא הוגשה עליה תלונה יהפוך בהכרח אקראי למדי, וזו סיבה נוספת למתינות בחקיקה. שיקולים אלה אינם מצדיקים את הוצאתה של כל אי מוסריות פרטית ממסגרת החוק. לדעתי, כפי שכבר הצעתי, יש להחליף את מבחן "המוסריות הפרטית" במבחן "ההתנהגות הפרטית", והשפעתו של הגורם הזה צריכה להצטמצם, מהגבלה מוחלטת אל עניין שיש להביא אותו בחשבון. כיוון שחומרת העבירה גם היא שיקול שיש לו מקום, ניתן במקרה של הומוסקסואליות להבחין בין מעשים מגונים פחות חמורים ובין העבירה המלאה, דבר שלא נמצא לו בסיס הגיוני בעקרונות שבדוח וולפנדן.

הדבר האחרון והחשוב ביותר שיש לזכור הוא שהחוק עוסק בַּמינימום ולא בַּמקסימום; הרבה ממה שיש ב"דרשת ההר" מקומו לא יכירנו בעשרת הדברות. כולנו מכירים בפער שבין חוק המוסר לבין חוקי המדינה. אין הרבה ערך לאדם שאורחותיו מתנהלים על פי אמת המידה הבלעדית של בריחה מפני עונש, וכל חברה המכבדת את עצמה קובעת לחבריה אמות מידה שהן מעבר לאלה של החוק. אנו מכירים בקיומן של אמות המידה הנעלות יותר כשאנו משתמשים בביטויים כגון "חובה מוסרית" או "אזרחות טובה". ההבחנה נוסחה יפה בפסק דין של זקני שבט אפריקני בסכסוך משפחתי: "בסמכותנו לחייב אתכם לחלק את היבול, כי זה החוק שלנו, ונדאג שכך ייעשה. אך אין בכוחנו להכריח אותך להתנהג כאדם הגון".²⁵

מן הסתם מתעלמים מן הנקודה הזאת לעתים קרובות כל כך רק משום שהיא כה מובנת מאליה. ויכוחים בקרב מחוקקים, מקצועיים וחובבים כאחד, מצטמצמים לרוב בשאלה מה טוב או רע לחברה. אין הם מצליחים להפריד בין שתי השאלות שהעמדתי קודם לכן – שאלת זכותה של החברה להכריע בענייני מוסר והשאלה אם יש להשתמש בזרוע החוק כדי לאכוף את ההכרעה. החוק הפלילי אינו בבחינת היגד כיצד צריכים אנשים להתנהג; הוא בבחינת היגד על מה שיקרה להם אם לא יתנהגו כשורה; אזרחים טובים אינם אמורים לבוא במגע איתו או לכוון את דרכם על פיו, וכל דבר חקיקה צריך להיות מנוסח בהתאם. זרוע החוק היא מכשיר שהחברה צריכה להשתמש בו, וההכרעה באילו מקרים להשתמש בה היא בעיקר מעשית. היות שהיא בבחינת מכשיר, נכון יהיה להביא בחשבון, לפני ההחלטה להשתמש בה, את הכלים המתאימים למכשיר ואת המערכת המפעילה אותו. הכלים של זרוע החוק הם קנסות, מאסר או צורות חמורות פחות של פיקוח (כגון שיטת בורסטאל ופיקוח של קצין מבחן) וגם – ואין להתעלם מזה – ההשפלה שבאה בעקבות פרסום דבר הפשע. האם הכלים הללו מתאימים לטיפול באי מוסריות מינית? העובדה שיש כל כך הרבה אי מוסריות שמעולם לא הובאה אל תוך תחומי החוק מוכיחה שלא ייתכן שיהיה כאן כלל מקיף, ושיש להכריע בכל מקרה ומקרה לגופו; אולם לגבי ההומוסקסואליות, דוח וולפנדן מתחשב בצדק בדעותיהם של אלה שצברו ניסיון בטיפול בסוג זה של עבירה ובדעות כוהני הדת, שהם השומרים הטבעיים של המוסר הציבורי.

פעולתה של מערכת החוק הפלילי מסתיימת בפסק הדין ובגזר הדין; פסק הדין ניתן על ידי שופטים או על ידי חבר מושבעים. ככלל, כשעבירה היא חמורה דיה ומצדיקה הענשה מקסימלית של יותר משלושה חודשי מאסר, הנאשם זכאי לדרוש שחבר מושבעים יפסוק את דינו. כתוצאה מכך השופטים בערכאה הנמוכה עוסקים בעיקר במה שכינתי החלק המסדיר של החוק. הם עוסקים בהרחבה בשכרות, בהימורים ובזנות, שהם עניינים של מוסר או עניינים הקרובים למוסר, אך לא בעבירות המוסר החמורות יותר. הם רגישים יותר מן המושבעים לתפיסות שבבסיס קביעותיו של הגוף המחוקק; אולי אין זה מקרה שדוח וולפנדן, בהמליצו על עונשים מוגברים נגד שידול לדבר עבירה, לא הציע מאסר של יותר משלושה חודשים. מושבעים נוטים להקליש את צווי הפרלמנט ולמהול אותם ברעיונותיהם הם באשר למעשים הגוררים עונש. עניינם, כמובן, בעובדות ולא בחוק. אינני אומר שהם מתעלמים לעתים קרובות מן החוק בכוונה תחילה. אך כאשר הם סבורים שהחוק מחמיר מדי, הם בוחנים את העובדות מנקודת מבט סלחנית

מאוד. אציג דוגמה אחת מתוך רבות אפשריות. עבירה היא לבעול נערה שגילה פחות משש-עשרה. הסכמה מצדה איננה מתקבלת כטיעון הגנה; אילולא הסכימה היה הדבר, כמובן, נחשב לאונס. החוק התקין הוראות מיוחדות למצב שבו נער ונערה קרובים בגילם. אם גבר שגילו פחות מעשרים וארבע שנים יכול להוכיח שהייתה לו סיבה סבירה להניח כי הנערה עברה את גיל שש עשרה, יש לו הגנה טובה. החוק מתייחס לעבירה זו בחומרה מספקת כדי לדרוש שתשפט רק על ידי שופט מחוזי מיוחד. "סיבה סבירה" פירושה לא רק שהנער האמין בתום לב שהנערה הייתה מעל גיל שש עשרה אלא שהיו לו סיבות סבירות לאמונתו זו. להלכה לא קל להוכיח טיעון הגנתי כזה, אך למעשה נדיר שהמשתמשים בו מורשעים. עובדה היא שלעתים קרובות הנערה אשמה לא פחות מן הנער. מטרת החוק היא, כפי ששופטים אומרים חזור ואמור לחבר המושבעים, להגן על נערות צעירות מפני עצמן; אך המושבעים אינם מתרשמים מכך.

התפקיד שממלא חבר המושבעים באכיפת החוק הפלילי, העובדה שאין אפשרות לענוש על עבירה חמורה נגד המוסר ללא חבר מושבעים – אלה בעלי חשיבות רבה ביחס להצהרת העקרונות שהעליתי. בנסיבות אחרות, דעת הקהל הייתה יכולה להיות בגדר המלצות לגוף המחוקק; אך המציאות של חבר מושבעים אינה מניחה לגוף המחוקק להתעלם מדעתו של האיש הפשוט. "האיש מחבר המושבעים" איננו מטבע לשון בלבד; הוא מציאות קיימת ופעילה. לאורך זמן לא תהיה תועלת חקיקת חוקים בענייני מוסר שאינם מקובלים עליו.

זו, לדעתי, הדרך להשיב על הקושיה השלישית שהעמדתי – לא על ידי ניסוח של כללים נוקשים, אלא על ידי שיפוט בכל מקרה ומקרה – שיפוט המביא בחשבון את הגורמים שהזכרתי. הקו המפריד בין החוק הפלילי לחוק המוסרי איננו נקבע על פי עיקרון ברור כלשהו. הוא דומה לקו חוף מתפתל ומחורץ. יש פרצות ומצוקים, כגון בגידה בבן זוג ויחסי מין מחוץ לנישואין, שבאופן כללי לא טופלו בידי החוק במשך מאות שנים. בגידה מן הסוג המפרק את הנישואים נראית בעיני מזיקה למרקם החברתי באותה מידה כמו הומוסקסואליות וביגמיה. הסיבה היחידה שהדבר נשאר מחוץ לחוק הפלילי היא שיהיה קשה מדי לאכוף חוק האוסר אותו. בדרך כלל רואים בכך חולשה אנושית שלא מתאים להעניש עליה במאסר. כל שהחוק יכול לעשות בקשר ליחסי מין מחוץ לנישואין הוא לפעול נגד גילוייהם החמורים ביותר; קיימת רתיעה כללית מפני מסחור הפריצות, וההרגשה הזאת היא הנותנת את הגושפנקה הציבורית לחוק נגד בתי בושת ונגד רווחים מעסקים בלתי מוסריים. אין לחפש כאן היגיון. הגבול בין החוק הפלילי לחוק המוסרי נקבע על פי השיקולים בעד ונגד אכיפה בכל מקרה

לגופו, על פי העקרונות שהתוויתי. העובדה שהחוק הפלילי איננו נוגע בבגידה
בבן זוג, ביחסי מין מחוץ לנישואין ובלסביות איננה מוכיחה שאין הוא צריך לגעת
בהומוסקסואליות. הטעות המשפטית-אורטית בדוח וולפנדן נובעת מן החיפוש
אחר עיקרון יחיד שיסביר את ההפרדה בין חטא לפשע. הדוח סובר שהעיקרון
המנחה הוא שהחוק הפלילי קיים לשם הגנה על הפרט; על פי העיקרון הזה, יחסי
מין מחוץ לנישואין שכל הצדדים להם הם אנשים בוגרים, הפועלים מתוך הסכמה
וברשות הפרט, אינם צריכים להיות בתחום טיפולו של החוק. ועל כן, על פי
ההיגיון, אין לטעון שיחסים הומוסקסואליים באותם תנאים, ברשות הפרט, הם
נושא שהחוק צריך להתעסק בו. אולם העיקרון האמיתי הוא שהחוק קיים כדי
להגן על החברה. אין הוא יוצא ידי חובתו בהגנה על הפרט מפני פגיעה, הטרדה,
השחתה וניצול לרעה; החוק חייב להגן גם על מוסדות החברה ועל השיתוף
הרעיוני בשאלות מדיניות ומוסר, שבלעדיהם אין בני אדם יכולים לחיות בצוותא.
החברה איננה יכולה להתעלם מן המוסריות של הפרט כשם שאיננה יכולה להתעלם
מנאמנותו; היא ניזונה משתייה ואינה יכולה להתקיים בהעדר אחת מהן.

אמרתי כי המוסר העומד בבסיס החוק צריך לנבוע מן ההבחנה בין טוב לרע,
הטבועה בקהילה ככלל; אין זה משנה מניין נובעת שותפות המחשבה – אם
ממערכת תפישות זו או אחרת, או מידיעת טוב ורע שהיא נחלת כל בן אנוש. אם
אדם שקול מאמין שמעשה כלשהו הנו מעשה בלתי מוסרי וגם מאמין – ולא
חשוב אם אמונה זו נכונה או שאינה נכונה, ובלבד שהיא כנה וחסרת פניות –
ששום אדם סביר בחברה שהוא חי בה איננו יכול לחשוב אחרת, אזי לצורך
החוק המעשה הוא בלתי מוסרי. תוכלו לומר שזה הופך אי מוסריות לעניין
עובדתי – החוק, בלי ספק, יראה בזה עובדה מובנת מאליה, שבכל זאת אין
לה סמכות יותר מכל משנה סדורה אחרת בענייני חברה. אני חושב שכך
הדבר, ובאמת החוק אינו מבחין בין מעשה בלתי מוסרי ובין מעשה העומד
בניגוד למדיניות בענייני חברה. ואולם בידי החוק לא ניתנה עדיין הזדמנות
לבדוק מהם ההבדלים בין מוסר נוצרי לבין מוסר שכל אדם סביר בתוך החברה
אמור לדבוק בו. סבורני שבדיקה כזאת תהיה אקדמית גרידא. אנשי מוסר
ימצאו הבדלים; למעשה הם יוכלו למצוא אותם גם בין ענפים שונים של
האמונה הנוצרית בנושאים כמו גירושים או שימוש באמצעי מניעה. אולם במה
שנוגע לעיסוק המוגבל של החוק בתחום המוסר אין הבדל מעשי. דומני אפוא
שהאדם החופשי בדעותיו והאדם הלא-נוצרי יכולים להסכים, בלי שאמונותיהם
ייפגעו, שהמוסר הנוצרי הוא הבסיס לחוק הפלילי. הם גם יכולים להכיר בכך,
וגם זאת בלי שהדבר יפגע ברגשותיהם העמוקים ביותר, שבלי תמיכת הכנסיות

הייתה המערכת המוסרית, שמקורה באמונות נוצריות והיא שואבת את כוחה מהן, קורסת.

וכאן אני חוזר לשאלה ששאלתי בתחילת דבריי. מהו היחס בין פשע לחטא, בין הכנסייה לחוק? אינני חושב שחטא ופשע חד הם. החוק האלוהי והחילוני נפרדו זה מזה, אך הם מתאחדים שוב בשל הצורך שיש לכל אחד מהם בשני. אין זה מתפקידי להדגיש שהכנסייה זקוקה לחוק החילוני; ניתן לומר על כך בתמצית שאין תקרה בלי רצפה. אני אומר דברים ברורים מאוד באשר להזדקקותו של החוק לכנסייה. אמרתי שהחוק הפלילי עוסק באמות המידה המינימליות להתנהגות אנושית ושהחוק המוסרי עוסק באמות המידה המרביות שלה. הכלי שבידי החוק הפלילי הוא ענישה; הכלים של החוק המוסרי הם לימוד, הדרכה ותוכחה. אילו הניחו אי פעם לכל מעמסת החטא ליפול על החוק הוא לא היה עומד בכך. אם בנקודה כלשהי חסרה הוראה מוסרית ברורה ומשכנעת, ביצוע החוק נפגע. לשם הדגמה אשתמש בחוק ההפלות. סבורני שהרבה אנשים בימינו אינם מבינים מדוע הפלה היא מעשה מוטעה. אם מותר למנוע היריון, באיזו נקודה הופכת מניעת לידה להיות חטא ומדוע? מסופקני אם מישהו שאין לו הכשרה תיאולוגית יוכל לתת תשובה מניחה את הדעת לשאלה הזאת. רבים סבורים כי הפלה היא הצעד הבא, כאשר מניעת הריון נכשלה במקרה; ורבים עוד יותר נרתעים מהפלה לא משום שהם רואים בה חטא או מעשה לא חוקי אלא בגלל הקשיים הנערמים בדרך לביצועה בשל היותה בלתי חוקית. החוק חסר אונים לטפל בהפלה כשלעצמה; רק אם קורה אסון או אם מעורב בה "מקצוען" – ההקבלה בין "מקצוען" העוסק בהפלות ו"מקצוען" העוסק בניאוף רבה היא – יש מקום להפעיל את החוק. רק לעתים רחוקות תתגלה העבירה אם אחד המרכיבים האלה איננו קיים. ואם היא מתגלה, הנסיבות המקילות שמציג הנאשם די בהן בדרך כלל כדי לזכותו בדיון. ה"מקצוען" העוסק בהפלות הוא לרוב אדם ללא הכשרה המסייע לנעורות במצוקה תמורת שכר נמוך; הגבר והנערה המעורבים במעשה הם עדים חיוניים לתביעה, ועל כן הם נפטרים מן העונש; מי שביצע את ההפלה תמורת תשלום – לרוב ייגזר עליו גזר דין חמור, חמור בהרבה מזה שייגזר בדרך כלל על מי שסייע במעשה בלתי מוסרי, כגון סרסור או בעל בית בושת. הסיבה לכך היא שמבצעי הפלה בלתי מקצועיים מסכנים חיים. במשפט שנערך בשנת 1949²⁶ אמר נשיא בית המשפט העליון, הלורד גודארד: "כיוון שהטיפול הבלתי מקצועי של אנשים נבערים במקרים מן הסוג הזה מסתיים לעתים קרובות במוות, ניסיונות לבצע הפלה נחשבים עבירות חמורות מאוד בעיני החוק". מצב זה מעוות את החוק בכך שהוא מנתק אותו מן המוסריות,

ואני סבור שהוא מנתק אותו במידה מסוימת גם מן ההיגיון הבריא. נענשים על המעשה משום שהוא מסוכן, והוא מסוכן בעיקר משום שהוא בלתי חוקי ועל כן מבצעים אותו רק אלה שלא הוכשרו לכך.

מטרת דבריי איננה למתוח ביקורת על התיאולוגיה או על החוק ביחס להפלות. זהו נושא נרחב והוא מעבר למשימתי עכשיו. מטרת דבריי היא להראות מה קורה לחוק בענייני מוסר שהקהילה ככלל אין בה תחושה פנימית עמוקה כי אכן יש בהם חטא; החוק כורע תחת עומס שהוא איננו בנוי לשאת והוא עלול להפוך למעוות דרך קבע.

אשוב עתה לקו הטיעון העיקרי שלי ואסכם: חברה איננה יכולה להתקיים בלא מוסר. המוסר שלה הוא אמות המידה המקובלות על האדם הסביר. אדם רציונלי, שהוא גם אדם טוב, עשוי להחזיק באמות מידה אחרות. אם אין לו כלל אמות מידה אין הוא אדם טוב ואין עוד צורך להתחשב בדעותיו. אם יש לו אמות מידה, הן עשויות להיות שונות מאוד; אפשר, למשל, שלא יתנגד להומוסקסואליות או להפלה מלאכותית. במקרה זה לא יהיה שותף למוסר המקובל על הכלל; אך אין זאת אומרת שהוא יתכחש לכך שהמוסר הוא צורך חברתי. מורד עשוי להיות רציונלי בחשבו שהוא צודק אך הוא לא יהיה רציונלי אם יחשוב שהחברה תוכל להניח בידו חופש למרוד.

אדם המודה שמוסריות נחוצה לחברה, חייב לתמוך בשימוש בכלים שבלעדיהם אי אפשר לקיים מוסריות. שני הכלים הללו הם הוראה, כלומר תורה מגובשת, ואכיפה, כלומר החוק. אילו אפשר היה להורות מוסר רק על סמך היותו נחוץ לחברה, לא היה צורך חברתי בדת; היא הייתה נשארת עניינו של הפרט ותו לא. אך אי אפשר ללמד מוסריות בדרך זו. גם נאמנות אין מלמדים בדרך הזאת. שום חברה לא פתרה עדיין את הבעיה ולא מצאה דרך ללמד מוסריות בלי דת. ולפיכך חייב החוק להתבסס על מוסר נוצרי ובמידת יכולתו לאכוף אותו, לא רק משום שזהו המוסר של כולנו, ולא רק משום שזהו המוסר שהכנסייה הממלכתית* דוגלת בו – בנקודות אלה מכיר החוק בזכות לדעה חולקת – אלא בשל הסיבה שאין מנוס ממנה: שבלי סיוע התורה הנוצרית יישום החוק ייכשל.

*בבריטניה הכנסייה האנגליקנית היא דת המדינה.

הערות

ההערות שלהלן הן הערותיו של המחבר. את הערות הכוכבון שבגוף המאמר הוסיפה המערכת.

על פי הרצאה בתורת המשפט שניתנה באקדמיה הבריטית ב־18 במרס 1959 במסגרת "מועדון המכבים" והודפסה לראשונה כ: "The Enforcement of Morals" in *Proceedings of the British Academy*, vol. xlv.

1. באותה "הצהרה על פילוסופיה משפטית" של הוועדה (לפי המינוח של הלורד פקנהאם) עסק הלורד בדיון בבית הלורדים ב־4 בדצמבר 1957, שהודפס בתוך *Hansard Lords Debates* vol. cccvi at 738; באותו דיון התייחסו אליה הארכיבישוף מקנטרברי, 753, והלורד דנינג, 806. גם מר האל ויליאמס דן בנושא בכתב העת *Law Quarterly Review*, January 1958, vol. lxxiv, P. 76.

2. סעיף 14.

3. סעיף 13.

4. סעיף 62.

5. סעיף 61.

6. סעיף 224.

7. סעיף 227.

8. cmd. 3231 (1928).

9. סעיף 257.

10. סעיף 76.

11. *Bowman v. The Secular Society* (1917), A.C. 406, at 457.

12. *Taylor's Case*, 1 Vent. 293.

13. *R. v. Williams*, 26 St. Tr. 653, at 715.

14. *R. v. Boulter*, 72 J.P. 188.

15. סעיף 13.

16. סעיפים 224, 285, 318.

17. סעיפים 302, 320.

18. סעיף 223.

19. סעיף 306.

20. בערך בשלב הזה של הטיעון מבחין פרופסור הארט (בספרו *Law, Liberty and Morality*) בהנחה, שלדבריו היא הנחה מרכזית בהגותי. הוא מנסח את ההנחה ואת התנגדותו לה כך (עמ' 51): "דומה שהוא סוטה מן ההנחה שאפשר לקבלה, שמידה מסוימת של מוסריות משותפת חיונית לקיומה של כל חברה [אני מניח שהכוונה לטיעון שהבאתי בעמ' 134], ועובר להנחה שאי

אפשר לקבלה, שחברה זהה למוסריות שלה כפי שהיא בכל רגע נתון בתולדותיה, כך ששינוי במוסריות משמעו הרס החברה. את ההנחה הראשונה אפשר לקבל לא רק כעובדה שהניסיון מוכיח את אמיתותה אלא אף כאמת הכרחית, המתחייבת מן ההגדרה הסבירה למדי למושג 'חברה' – חבר בני אדם שהשקפות מוסריות מסוימות משותפות להם. ואולם ההנחה השנייה היא אבסורדית. אם נקבלה כלשונה, נהיה מנועים מלומר שגדרי המוסר של חברה מסוימת השתנו, וניאלץ לומר שחברה אחת נעלמה ואחרת באה במקומה. אך רק על סמך הקריטריון האבסורדי הזה, הקובע מהו הדבר המראה שאותה החברה ממשיכה להתקיים, ניתן לקבוע ללא הוכחה כי כל סטייה ממוסריותה המשותפת של חברה מאיימת על קיומה." בסיכום הנושא פרופ' הארט פוסל את כל התזה של ההרצאה, ואומר שהיא מבוססת על "הגדרה מבלבלת למושג 'חברה'".

אינני טוען שסטייה כלשהי מן המוסר המשותף לחברה מאיימת על קיומה, כשם שאינני טוען שפעילות חתרנית כלשהי מאיימת על קיומה. אני טוען שבשני המקרים האלו, הסטייה, מטבעה, יכולה לאיים על קיומה של חברה, ולכן אין להוציא אף אחת מהן מחוץ לסמכותו של החוק.

אשר ליתר דבריו, כל ההתנגדות כולה היא בעיניי ויכוח על הגדרות. הייתי מעז לטעון, למשל, שאין משחק בלי כללים ושום אין כללים אין משחק. אם ישאלוני אם פירוש הדבר שהמשחק "זהה" לכללי, אומר שאין זה משנה אם התשובה חיובית או שלילית. אם ישאלוני אם שינוי בכללי המשחק פירושו שמשחק אחד נעלם ואחר בא במקומו, אשיב: כנראה שלא, אך הדבר תלוי במידת השינוי.

באותו האופן אעז לטעון שאין חוזה בלי תנאים. האם פירוש הדבר שחוזה שהוכנסו בו שינויים הוא חוזה "חדש" בעיני החוק? האזנתי פעם לטיעון של פרקליט מתוכם שאמר כי חוזה, שסעיף אחד בו הומר בסעיף אחר, "איבד את תוקפו", לגבי החוק הנידון. השופט לא קיבל את הטיעון; אולם אם רוב התנאים הבסיסיים היו משתנים, אני מעז לומר שהיה מקבלו. ההנחה שאני מציע בטקסט (ואני מבין שפרופ' הארט מסכים לה לצורך הוויכוח לפחות) היא שאם אי אפשר לקיים חברה בלי מוסריות, אפשר להשתמש בחוק לשם אכיפת מוסריות מאחר שהדבר חיוני לחברה. אינני מבין מדוע ההנחה הזאת (אם נכונה היא אם לאו) פירושה כי לעולם לא נוכל לשנות את המוסר המקובל בחברה מבלי להרוס את החברה. אם חל שינוי במוסר אפשר לשנות את החוק. פרופ' הארט מכנה את ההנחה שלי (עמ' 72) "שימוש בהענשה על פי החוק במטרה להקפיא את המוסריות הדומיננטית בזמן נתון בתולדותיה של החברה". אפשר לומר באותה מידה שהכללת סעיף עונשין בתוך חוק הבא לאסור על פעילויות מסוימות מקפיאה את החוק כולו ומונעת את שינויו.

21. Cmd. 8190, para. 159. (1951).

22. *Essays in Jurisprudence and Ethics* (1882), Macmillan, pp. 278 and 353.

23. על המילים הללו הושמעה ביקורת מרובה, והן נידונות שנית בהקדמה לספר שממנו לקוח מאמר זה, בעמ' viii.

24. Cmd. 283. (1957).

25. משפט שנערך בסאה־קאטנגו קוטא שבליאלי, באוגוסט 1942, וצוטט אצל Max Gluckman, *The Judicial Process Among The Barotse of Northern Rhodesia*, (Manchester University Press, 1955), p. 172.

26. R. v. Tate, The Times, June 22, 1949.