

אחרית-דבר למהדורה העברית החדשה (2006)

כמעט 25 שנה חלפו מאז יצאה לאור המהדורה הראשונה בעברית של חוק, חירות ומוסר. למעלה מארבעים שנה עברו מאז פורסם החיבור הזה לראשונה. ההזדמנות של הוצאת מהדורה חדשה של החיבור (יחד עם תרגום חדש של על החירות של ג'ון סטיוארט מיל) מאפשרת לנו לבחון איך הוא עמד במבחן התובעני של הזמן. הארט נפטר בגיל 85, בשנת 1992. אפשר היום לנסות ולהכניס את הספר הקצר הזה לתוך הקשר מקיף יותר של עבודתו.

הארט נחשב לאחד החוקרים המשפיעים ביותר בתחום הפילוסופיה של המשפט במאה העשרים. הוא עסק בשאלת היחסים בין חוק ומוסר בכל חלקי עבודתו האקדמית. הוא כתב את אחת ההגנות המשפיעות ביותר על גירסה מתוחכמת של פוזיטיביזם משפטי. הגירסה שלו היא שהביאה את הוויכוח הנצחי בין פוזיטיביזם משפטי ותיאוריות של משפט-טבע אל מחוץ לקבוצה הקטנה של מי שעוסק בתורת המשפט באופן מקצועי. הוא חידד את השאלה בדבר מהותו של המקור האחרון של סמכות המשפט: נורמה בסיסית (כפי שגרס המשפטן Hans Kelsen) או כלל הכרה ("rule of recognition") מעין סוציולוגי (כפי שגרס הוא)? כך שבה ועלתה על-פני השטח השניות בין נורמה ובין עובדה,

המופיעה בצורה שונה ובהדגש שונה בתורות המשפט המקיפות של כל הפילוסופים של המשפט.

וכך, היחסים המושגיים, התיאורטיים והאמפיריים בין משפט ובין מוסר הם חלק מרכזי מן העיסוק של הארט בתורת המשפט.* בדיון באכיפת המוסר, שהוא עיקרו של החיבור הזה, הארט עוסק בעיקר בהיבטים הנורמטיביים של הקשר הזה. אבל התובנות התיאורטיות משפיעות באופן כולל על טיבו של הקשר. השפעה ניכרת על החיבור הזה נודעת גם למרכיב העיקרי השלישי במשנתו של הארט: הבחינה של עקרונות ראויים להטלת אחריות פלילית. עיקרו של הספר הוא טיעון נגד הטלת אחריות פלילית בגין מעשים מן הסוג של התנהגות הומוסקסואלית בין בוגרים מסכימים במקום פרטי.

בכל שלושת התחומים, עבודתו של הארט מצטיינת בבחירות ובהצגה פשוטה של העמדות השונות, יתרונותיהן וחסרונותיהן. מטעם זה, עבודתו משמשת עדיין נקודת מוצא חשובה לכל דיון בתחום. לגבי סוגיות רבות, הניסוח של השאלות הוצג לראשונה על ידי הארט, והספרות החדשה היא עיבוד של תשובות שונות והדגשים שונים לשאלות כפי שהציג אותן הוא.

כאשר בוחנים איך עמד הספר הזה במבחן הזמן, רמה אחת של

* ראו למשל בפרק התשיעי בספרו המרכזי של הארט, מושג המשפט. הספר עדיין לא יצא לאור בעברית. מהדורתו הראשונה היא משנת 1961: *The Concept of Law*, Oxford University Press. המהדורה השנייה יצאה לאור ב־1994, שנתיים לאחר מותו, והיא נערכה בידי פ.א. בולוק (Bullock) ויוסף רו, שאף הוסיפו אחרית-דבר שאותה ערכו מתוך כתב־יד שהשאיר אחריו הארט.

המקור החשוב האחר הנוגע לתפיסתו של הארט את היחסים בין משפט ובין מוסר הוא הוויכוח המפורסם בינו ובין פרופ' Lon Fuller, שהתנהל מעל דפי *Harvard Law Review* בשנים 1957-1958. הסיבוב הבא של הוויכוח הוא מן השנים 1964-1965.

בחינה היא בדיקת המצב המשפטי שהארט טוען נגדו. כפי שהוא מציין בהקדמה הקצרה שלו, הספר של הארט היה תגובה לתגובתו של לורד דבלין לדו"ח ועדת וולפנדן, שהמליצה לבטל את האיסור המשפטי שהיה קיים אז באנגליה לגבי התאבדות, עיסוק בזנות והתנהגות הומוסקסואלית. כבר כאשר הארט כתב בוטלה באנגליה העבירה של ניסיון להתאבדות, אולם הוא עדיין טוען בחריפות לטובת הצורך לבטל את האיסור הפלילי על יחסי מין בין גברים בוגרים, בהסכמה, במקום פרטי, בשל העובדה שזוהי התנהגות "פרטית" שאינה גורמת נזק לאחר או לחברה ולכן אינה נושא ראוי לענישה פלילית. לפי הבחינה הזאת הספר נהיה כאילו מיושן, מפני שהצליח מעבר למצופה: בעולם המערבי של היום איש כבר אינו מדבר על איסור פלילי על יחסי מין בין גברים בוגרים, בהסכמה, או של עיסוק רצוני בזנות – שני הנושאים אשר בהם דנה ועדת וולפנדן ואשר "הציתו" את הוויכוח בין דבלין להארט. בישראל בוטל האיסור הפלילי על יחסי מין בין גברים בוגרים, בהסכמה, במקום פרטי, בשנת 1988,* אחרי תקופה ארוכה שבה האיסור לא נאכף, ואז היה עוד צורך ב"מחטף" חקיקתי כדי להתגבר על ההתנגדות לשינוי. הדיון בהפלות – שהוא עדיין סוער

* לדיון בחוק ובתיקון לו ראו, למשל, י' יונאי, "הדין בדבר נטייה חד מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה", **משפט וממשל** ד (1998) 531 וי' יונאי ור' ספיבק, "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988", **סוציולוגיה ישראלית** א(2) 257. להתפתחות מאז ראו אלון הראל, "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית", **המשפט** ז (תשס"ב), 195. מאז המשיכה המגמה של הכרה משפטית בזכויותיהם של הומואים ולסביות ובזוגיות של זוגות בני אותו מין. לאחרונה ניתן פסק דין הקובע כי אין מניעה עקרונית שנשים לסביות החיות ומגדלות יחדיו את ילדיהן הביולוגיים יאמצו זו את ילדיה של זו: ע"א 10280/01 ד"ר טל ירוס-חקק ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה. למרות כל אלה, בית המשפט העליון בישראל מבהיר כי בהחלטות אלה אין הכרה ביחסיהם של בני-זוג מאותו מין

למדי – אומנם תואר לעיתים כמקרה של אכיפת מוסר נוהג, המעורר בעיות דומות, אולם רוב המתדיינים הסכימו כי הפלה אינה מקרה מובהק של התנהגות שאינה מזיקה לאחר, אף אם נאמר שהעוֹבֵר עדיין אינו אדם.* ואומנם היחס החברתי לעישון מריחואנה השתנה מעט, וכיום לא היה מועמד לכהונת שופט בארצות הברית נפסל רק מפני שעישן סם כזה,** אבל הוויכוח על התרת השימוש – גם בסמים קשים יותר – עדיין מתנהל בעוז. שוב: אין הסכמה רחבה בשאלה אם שימוש בסמים אכן אינו גורם נזק שאותו מותר לחוק למנוע, גם אם זה מקרה מוצדק של פטרנליזם.

בדרך כלל ההתפתחויות הן בכיוון של ליברליזציה, של מיעוט

כשווי-מעמד לנישואים. דו"ח בן עיתו בעניין הזנות אומנם לא תורגם לחקיקה, אך עצם העיסוק בזנות לא היה מעולם עבירה בישראל. באנגליה בוטל האיסור על יחסי מין בין בוגרים, בהסכמה, במקום פרטי, כבר בשנת 1967: Sexual Offences Act, 1967. כך נעשה גם במדינות מערביות אחרות. ברוב המדינות בארה"ב בוטלו חוקים האוסרים מעשי סדום ויחסי מין אחרים בין בני אותו מין, ובמקומות אחרים הם לא נאכפו, אולם בית המשפט העליון שם קבע, כי חוקים כאלה הם לא חוקתיים רק בשנת 2003, בעניין *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558. בכך הוא הלך בעקבות בית המשפט העליון של טקסס עצמה והפך בצורה דרמטית פסק דין קודם בעניין לגבי החוק של טקסס, שהיה שנוי מאז במחלוקת חריפה במיוחד, ואשר קבע כי חוקים כאלה אולי אינם ראויים אבל הם במסגרת סמכותו של המחוקק, בשל המשמעות הרתית העמוקה של הנישואים ושלילת הדת את היחסים ההומוסקסואליים: *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

* מידת האקטואליות של הוויכוח על הפלות יכולה להימדד בכך שהיא עדיין נושא חשוב בהתנצחות בין מועמדים לנשיאות בארצות הברית. יותר מזה – כאשר נבחר הנשיא בוש לכהונה שנייה אף-על-פי שהתנגד להפלות, הודיעה הסנטורית הילרי קלינטון כי ייתכן שהדמוקרטים צריכים לשקול מחדש את עמדתם בנושא.

** בשעתו, אחרי שנפסל השופט בּוֹרְק לכהונה בבית המשפט העליון, ניסה הנשיא רייגן למנות שופט בשם גינזבורג. הלה הסיר את מועמדותו כאשר התברר כי בצעירותו עישן מריחואנה...

ההתערבות של המשפט בהחלטות אישיות חשובות. אלא שלפחות בתחום העיסוק בזנות, ההתפתחות נראית דווקא כנסיגה משמעותית. אכן, עדיין אין טיעון רציני לטובת ההצדקה המוסרית והתבונה המדינית של הטלת איסור פלילי על אשה לעשות שימוש בגופה עבור טובות הנאה. אלא שההימנעות הנכונה הזאת אינה מביאה עימה רווחה ותוספת של חירות וכבוד לאותן נשים המעדיפות, משיקוליהן הן, חיים של זנות על צורות חיים אחרות. ההפך הוא הנכון. בעולם המפותח, ובצורה בולטת מאוד דווקא בישראל, יש היום ניצול ציני המאפשר לאנשים חסרי־לב להפוך נשים צעירות ונואשות לשפחות מין במובן המלא של המלה. אינני מעלה על הדעת כי היה מי שחשב לפני חמישים שנה שיהיה בישראל צורך בחוקים נגד סחר בבני־אדם, ושהמעורבים בסחר זה יטענו טענות בשם החירות. ההמלצה הכלולה ברו"ח ועדת בן עיתו, לשמר את ההבחנה בין עיסוק בזנות (האמור להישאר חוקי) ובין חיים על רווחי זונה (האמורים להישאר עבירה) עדיין תקפה. אלא שבחינה מפוכחת של המציאות האכזרית מחייבת חשיבה מחדש על כל המכלול, כדי להילחם בדרך יעילה בתופעה הנוראה של שעבוד נשים והפיכתן לספקיות שירותי מין לתועלתם הכספית של המשעבדים אותן. העובדה שחלק מן הנשים האלה ממשיכות "לבחור" בשעבוד רק מחריפה את חומרת הבעיה. בשוודיה, שאינה ידועה בחוסר ליברליות, אכן הוחלט בשנת 1999 לאסור "רכישת שירותי מין". החוק נאכף, וגברים שהורשעו נשלחו לבית־הסוהר או לפחות חויבו בקנסות. מספר הזונות בשוודיה עצמה ירד בצורה ניכרת, אבל לא ברור שהדבר משפיע מאוד על דפוסי החיים של גברים או של נשים. בעולם הגלובלי של היום, הגברים צורכים שירותי זנות במדינות שכנות, שבהן האיסור על "רכישת שירותי מין" אינו קיים.

למרות זאת, מקרה המבחן המעניין הנוגע לוויכוח בין הארט ודבלין בקשר לאכיפת המוסר הוא היחס של החברה ושל המשפט לקשרים

בין בני אותו מין. זהו נושא שהארט ודבלין מטפלים ישירות בהיבט מסוים שלו, אלא שגם הוא שינה את פניו באופן חשוב. כאמור, חזית המאבק בעניין קשרים הומוסקסואליים כבר אינה המאמץ לבטל את האיסור הפלילי. כיום המאבק הוא על הכרה בקשר בין בני אותו מין כשווה-מעמד ודרך לקשר בין גבר ואשה, מה שיתבטא בהכרה בכך שיש לבני-זוג מאותו מין זכות לדרוש כי יכירו בכך שהם זוגות במעמד שווה לזוגות של גבר ואשה, בכל הנוגע לנישואים, לאימוץ, להורשה על-פי דין, ועוד. כמו בכל שיח על זכויות, התביעה היא כי אם שוויון מלא כזה אינו מוענק באופן מפורש על-ידי המחוקק – יגזור אותו בית המשפט מן המחויבות הכללית לשוויון ולכבוד. ואכן, יש מדינות שבהן נחקקו חוקים המכירים בזכותם של בני אותו מין להינשא, ויש מדינות שבהן פסקו בתי משפט כי זכות כזו נגזרת מן המחויבות החוקתית לשוויון.*

הצורה החדשה של המאבק הזה מדגימה כמה הבדלים חשובים בין התקופה שלנו ובין התקופה המקורית של חוק, חירות ומוסר, ברמה של תורות המוסר והמסורת הליברלית. כזכור, הארט ודבלין התבססו שניהם על בחינה ביקורתית של עקרונות החירות של ג'ון סטיוארט מיל. הם מטרימים בדיון עיון מחודש, בתוך המסורת הליברלית, של גבולות כוח השלטון של המדינה וגבולות האחריות הפלילית. ניתן לומר כי המסורת הליברלית, במונח הרחב של ביטוי זה, היא המסורת ההגמונית בפילוסופיה המוסרית והפוליטית במערב, ואחד מסימני ההיכר של הרבע האחרון של המאה העשרים היה עושר עצום של דיונים בתוך

* ההחלטה הכולטת בארצות-הברית בעניין זה היא *Goodridge v. Department of Public Health* (2003), בבית המשפט העליון של מסצ'וסטס. גם באותה מדינה ובמדינות רבות אחרות נוצרה תגובת-נגד להחלטה זו, והיו תיקוני חוקה שנועדו למנוע הכרה מעין זו. חוקים המתירים נישואים של בני אותו מין קיימים בקנדה, בבלגיה, בהולנד ובספרד.

המסורת הזו, דיונים שהביאו לעידון, להבהרה ולתחכום בתוכה.* בין השאר, התחדדה ההבחנה בין ליברליזם כתורה פוליטית, או כתורה על גבולות כוח המדינה, ובין ליברליזם כהשקפת עולם מקיפה, הכוללת אתיקה והנחות יסוד לגבי הפרט ויחסיו עם החברה, התרבות והמדינה שבהן הוא חי ופועל. בתוך הליברליזם כתורה פוליטית התחדדה גם ההבחנה בין הדמוקרטיה הפורמלית כאוסף של כללי משחק המגדירים את החובה של השלטון כלפי אזרחיו, ובין המרכיב של זכויות האדם המגביל גם את כוח השלטון וגם את כוחו של הרוב בבית המחוקקים עצמו. המרכזיות של שיח הזכויות התחזקה גם בגלל לקחי מלחמת העולם השנייה והצורה שבה השיח הקדם-משפטי על זכויות האדם השפיע על תפיסת גבולות הכוח המדיני במדינות וביחסים ביניהן. לבסוף, בתוך המסורת הליברלית התחזקה המודעות לשניות בין האידאל של נייטרליות של המדינה (הימנעותה ממתן גיבוי לתפיסה כלשהי של הטוב), ובין התובנה כי נייטרליות כזו אינה אפשרית ואינה רצויה, וכי גם במסורת ליברלית יש מקום לַפְּרָקְצִיּוֹנִיזִם.** על לכל ההתפתחויות האלה יש השלכות חשובות – בחלקן עקיפות – על הוויכוח בנושא אכיפת המוסר.

המרכזיות של שיח הזכויות בכלל, ושל הזכות לשוויון בפרט, מביאה לתפיסה כי הסדרים המבוססים על מאפיין שהיום נראה בלתי רלוונטי (כגון העדפה מינית לבני אותו מין) אינם קבילים, וכי יש בהם פגיעה בזכויות אדם. הבולטות של שיח הזכויות גורמת לנכונות

* ראו, למשל, את הערך "Liberalism" שכתב Gerald Gaus ב-Stanford Encyclopedia of Philosophy.

** לתיאור המחלוקת ולעמדה נגד הנייטרליות ראו את הספר George Sher, *Beyond Neutrality: Perfectionism and Politics* (1997). אני מודה לדוד אנוך על שהדגיש בפני את הקשר ההרוק בין המחלוקת על אכיפת המוסר ובין סוגיות אלה.

לגזור מן הזכויות באופן ישיר, ואף באמצעות בתי המשפט, הסדרים משפטיים ופוליטיים חדשים שיש בהם שינוי רדיקלי. כמו כן מתרחש כאן מעבר משיח של סובלנות – של נכונות לוותר על שימוש בכוח הכופה של המשפט גם במקרים שבהם התנהגות נראית לנו שלילית ומוטעית – לשיח של פלורליזם: תביעה של מי שנתפסים בעיני הרוב (או לפחות בעיני חלק מן החברה) כטועים וכחריגים, שיקבלו אותם בכל מובן כלגיטימיים באופן מלא, עד כדי כך שצורת החיים או הפרקטיקה צריכה להיות מוצגת כאופציה שוות-מעמד ויערך לאפשרות ה"הגמונית". לשני השינויים האלה יש השלכות מוסדיות. דבלין והארט כתבו במסגרת שיטה שבה הדרך להשפיע היתה שכנוע של המחוקקים לשנות את החוקים. שיח הזכויות ועליית כוחם של בתי המשפט גרמו לכך שהיום ערוץ מרכזי של המאבק לשינוי חברתי הוא ההשפעה על בתי משפט לפסול חוקים מגבילים או להרחיב את תחולתם של הסדרים קיימים משום שהדבר נדרש מטעמי זכויות האדם גם כאשר ידוע כי עמדת המחוקק מנוגדת לזו של תובעי השינוי.*

מצד שני, התפתחו בחברה המודרנית מודעות ורגישות לזכויות של קבוצות לתרבות, ויש המצדיקים, בשם זכויות אלה של הקבוצה ושל החברים בה החפצים לשמר את תרבותה, את האכיפה של נורמות המגבילות את חירותם של פרטים בחברה גם כאשר

* ואכן, הוויכוח בעניין הפלות מדגים היטב את כל השינויים האלה. הוא מתנהל במדינות רבות לפחות בשני מישורים: ראשית, האם ראוי מבחינה מוסרית להכיר בזכותה של אשה להפיל ולד לא רצוי לה? ואם כן – באיזה תנאים ועד מתי? שנית, האם זכות כזו נגזרת מזכויות האדם לחירות או לשוויון, או שהיא עניין לבתי המחוקקים לדון בו? בארצות-הברית ניתנו תשובות חיוביות לשתי השאלות בעניין Roe v. Wade בשנת 1973, אבל הוויכוח לא תם. בגרמניה פסקו כי דווקא חוקים המתירים הפלות הם בלתי חוקיים, בהיותם נוגדים את זכותו של העובר לחיים. ובאנגליה ובישראל סוגיה זו מוסדרת, בכיוון של ליברליזם מסויג, בחקיקה ראשית וללא התערבות יוצרת של בתי המשפט.

הנורמות המשפטיות של החברה אינן מטילות הגבלה דומה. הארט אומנם עוסק באיסורים משפטיים, אבל הטיעון של מיל, שעליו הוא מסתמך, מדבר בפירוש על השימוש בכוח של החברה לאו דווקא בהקשר המשפטי. האם מה שאומר הארט בחוק, חירות ומוסר נותן מענה גם לקונפליקט האפשרי בין הפרט ובין הזכות של קבוצתו לשמר את תרבותה? זהו טיעון שדבלין מרמז אליו כאשר הוא רואה את ההחלשה של תמימות־הדעים המוסרית בחברה כאנלוגית לחתרנות כלפיה.

שינויים מעניינים חלו גם באקלים הפילוסופי והחברתי, ולעיתים בכיוונים מנוגדים. מצד אחד יש עלייה בשיח הפוסט־מודרניסטי שאינו מדבר על מציאות, בוודאי לא על מציאות ערכית, ומעדיף לנתח מציאות חברתית במונחים של "נְרְטִיכִים" שונים, שאולי הם נכונים בעת ובעונה אחת. זהו שיח הנראה הולם לאווירה של רלטיביזם ערכי, שבו ערכים הם עניין של זמן, מקום ונקודת מבט. מצד שני, דווקא בעיונים המְטָא־אֶתִיִּים יש עדנה לגישות של ריאליזם מוסרי. יש בהם הדגשה של הפנומנולוגיה של המחלוקת ושל ריבוי הגישות והתפיסות, יחד עם הבחנה ברורה בין מציאות של ריבוי גישות ובין קיומה של "תשובה מוסרית נכונה". במוסר, לפי גישות אלה, אכן יש תשובה אחת נכונה. וה"פוליטי" אמור להיות התחום שבו אנחנו מכריעים בדרך פרוצדורלית במחלוקות, בהינתן העובדה שאין לנו דרך מהותית מוסכמת להכריע בהן. נייטרליות של המדינה לגבי תפיסות של הטוב יכולה להיראות כמבוססת על ספקנות ביחס לאפשרות הידעיה, אבל היא יכולה גם להיות מבוססת על תובנה פוליטית, ולפיה אין דרך לרכוש לגיטימיות למנגנון קבלת החלטות בחברה שיש בה ריבוי וקיטוב של תפיסות טוב, בלי שהמדינה עצמה – להבדיל מפרטים או תרבויות או קבוצות בה – מוותרת על היומרה לקבוע עבור כל בני החברה לא רק איסורים והיתרים, אלא גם תפיסות מוסריות וערכיות

המבוססות על תפיסות טוב מקיפות. מתנגדי הנייטרליות, מנגד, סבורים כי נייטרליות כזו אינה אפשרית ואף אינה רצויה. ייתכן שיהיו מקרים שבהם אין מנוס מלקבל את עולן של החלטות קולקטיביות מפני שאלה התקבלו בהליך דמוקרטי מוסכם, אלא שאין זה שולל את האפשרות, ואף את הצורך, לבחון החלטות קולקטיביות כאלה גם במונחים של תפיסת עולם מוסרית, ואז לנקוט עמדה לגופו של עניין בין עמדות מוסריות מתנגדות.*

לאור שינויים ועידונים משמעותיים אלה, האם הספר שלפנינו הוא עדיין בעל ערך פילוסופי, או שמא הוא רק ציון דרך חשוב במאבק פוליטי מוצלח? האם יש בו כדי ללמד אותנו משהו על המציאות הפוליטית והחברתית של היום? דומה כי אכן יש לספר הזה ערך מתמשך. חשיבותו של החיבור אינה רק ברלוונטיות של הטיעון שלו בארצות המערב, אלא גם בהבחנות היסודיות שהוא עושה בין מוסר נוהג ובין מוסר ביקורתי, ובבהירות שבה הוא דן בהשלכות החשובות של עקרון החירות. כל זה רלוונטי גם לדיונים העכשוויים. ההתעוררות של פונדמנטליזם דתי בחלקים שונים בעולם, לרבות בעולם המערבי, שבה ומעלה את הצורך להוקיע שיטות שבהן מוטלים עונשים משפטיים על גברים ונשים הסוטים בהתנהגותם המינית או החברתית מנורמות דתיות או תרבותיות באופן שאינו פוגע בפרטים אחרים או בחברה בכללה. גם בהקשרים אחרים ניתן לומר כי הוויכוח ה"קלסי" על אכיפת המוסר עדיין

* בכתיבתו המוקדמת רונאלד דוורקין (Dworkin) מתייחס לוויכוח בין הארט ודבלין ומציע עמדת ביניים, ולפיה המבחן לגבולות השימוש בחוק הפלילי אינו עקרון חירות "פרפקציוניסטי", אלא נכונות לתת משקל לכל עמדה בציבור העומדת בתנאים מסוימים של עמדה מוסרית, ולא מבטאת רק דעות קדומות. לדעתו, העמדה נגד ביטול האיסור על יחסים הומוסקסואליים אינה עומדת בדרישה מעין-צורנית זו.

עימנו. כמובן, הוא קיים מן הצד של הדיון בְּחירות – יש עדיין עבירות מוזרות בספרי החוקים, גם אם הן פחות "סקסיות" (תרתי משמע) מאלה העוסקות בהיבטים "פרטיים" של חיי המין. עליהן, את הוויכוח בין דבלין והארט אפשר להחיל ישירות. אבל יש גם מצבים הפוכים, של התנהגויות שברור כי הן פוגעניות ולא-מוסריות בעליל, ובכל זאת החוק אינו אוסר אותן. גם מקרים כאלה מעוררים ויכוח מעניין על גבולות אכיפת המוסר על-ידי המשפט, בעיקר על-ידי הטלת איסורים פליליים*.

אבל נראה כי במשקפיים של היום עמדתו של הארט בספר הזה מחדדת בצורה מעניינת, אם כי לא מפורשת, כמה מן המשמעויות המוסריות והפוליטיות של שינוי החזית במאבק על זכויותיהם של אנשים בני אותו מין המקיימים ביניהם קשר. הארט עצמו אומנם אינו מטפל ישירות בכל השאלות ה"חדשות" הנמצאות במרכז הדיון של ימינו. אבל עיון בחוק, חירות ומוסר יכול עדיין להיות דרך כניסה חשובה לתוך הדיון הזה. ממש כפי שהוויכוח של דבלין והארט מגיש לנו קריאה "מערכנת" של מיל, כך ניתן בהחלט להדגים את המחלוקות המודרניות על רקע הטיעון האלגנטי והבהיר של הארט.

קשה לנחש מה היה הארט אומר על תביעת חלק מן הדוברים של קהילות הומו־לסביות כי ראוי שהמדינה תכיר בנישואים בין בני אותו מין. הכרה בנישואים היא עניין שיש בו היבט ציבורי מובהק. אומנם לא ברור מה הוא הנזק שהכרה כזאת גורמת לפרטים אחרים, אבל הארט אינו מוכן לקבוע כי חוקי הביגמיה הנהוגים בכל ארצות

* יש למשל מדינות שבהן אין זו עבירה לאדם הנושא מחלה מידבקת, כגון איידס, לקיים יחסי מין עם אדם בלי ליידע אותו על המצב. אני מודה ליורם שחר על נקודה זו.

המערב הם דוגמה של אכיפת מוסר פסולה, וזאת בשל ההיבט הציבורי של ההכרה בנישואים הביגמיים. וכך, כדי להיות עקבי, צריך היה לומר כי חוק שלא יכיר בנישואים בין בני אותו מין אינו פסול. גם אין סיבה טובה להניח כי הוא היה משנה היום את מסקנתו, וקובע כי אכן גם חוקי הביגמיה ראויים להיפסל. לכן נראה, כי הארט היה מתקשה לטעון לטובת פסילת חוקים שאינם מאפשרים נישואים בין בני אותו מין.* במילים אחרות, הוא לא היה מדבר על "זכות" לכך שהמדינה תכיר בנישואים כאלה. לא ברור גם אם הטיעונים שלו בעד ביטול הסנקציה הפלילית על יחסי מין בין גברים בוגרים, בהסכמה, במקום פרטי, היו יכולים לבסס את הטענה כי ראוי שהמדינה תחוקק חוק המאפשר לבני־זוג מאותו מין להינשא, או תכריז על חוק שאינו מאפשר נישואים כאלה כבלתי חוקתי.

לכאורה נראה כי דווקא המבנה המיוחד של טיעונו של הארט (ושל מיל), ולפיו השאלה אם פעילות נחשבת בלתי מוסרית אינה רלוונטית לשאלה אם מותר לחברה לעשות שימוש בכוחה כדי לאסור אותה, מגביל אותו מלעבור מן השלב הראשון של המאבק – התביעה לביטול האיסור הפלילי על יחסי מין בין גברים בוגרים, בהסכמה, במקום פרטי – אל השלב שבו המאבק הוא על הכשר ועל תביעה כי זוגיות של בני אותו מין תוצג כשוות־מעמד עם הזוגיות של גבר ואשה (או אולי אף עולה עליה).** נראה גם כי הקלות של המעבר הזה בשיח המורדני היא בדיוק חלק ממה שהפריע לשמרנים להסכים לביטול האיסור הפלילי,

* מה גם שחוקים כאלה אינם מטילים סנקציה פלילית על נישואים בין בני אותו מין, ובכך הם פחות חמורים מן החוקים נגד ביגמיה, שיש בצידם סנקציה כזו. ראוי לציין כי בדרך כלל חוקים פליליים נגד ביגמיה אינם נאכפים, אם כי הנישואים הביגמיים נחשבים לעיתים כבטלים.

** בעניין זה ראו מאמרי "אכיפת המוסר ומעמדו של עקרון החירות", עיון, 1976-

ומה שהביא מלכתחילה את דבלין לתמוך בלגיטימיות של האיסור.*

היום קשה לזכור, שכאשר נכתב הספר הזה היה צורך במידה לא מבוטלת של אומץ-לב ציבורי כדי לתמוך בביטול האיסור הפלילי על יחסי מין בין אנשים בני אותו מין. אינני מכירה היום טיעון רציני, גם מטעם שמרנים ומנהיגים דתיים, בעד החזרתו של האיסור הזה אל ספר החוקים. זה המובן, וזהו ההקשר, שבהם הספר הזה "התיישן": אין היום במערב רצון לקבוע עבירות פליליות של יחסי מין "חריגים", כל עוד הם נעשים בהסכמה וללא ניצול. גם אלה שהשקפתם המוסרית שוללת יחסים כאלה אינם רוצים עוד לאכוף את ההשקפה הזאת באמצעות החוק הפלילי. מי שסבור כי יחסי מין בין גברים הם תועבה יתקשה אולי לתת יד לביטול איסור פלילי קיים, אבל קשה להעלות על הדעת – במדינה מערבית – מאבק לחידוש החקיקה של איסור כזה.

נראה כי הדיון הזה "התיישן" בעוד מובן חשוב: כבר בזמן הוויכוח בין הארט ודבלין, ובוודאי בעשרות השנים שחלפו מאז, נראה כי הנחת

* זוהי וריאציה על טיעונו המתוחכם של הראל בהערה בעמוד 120. הראל טוען כי דווקא השמרנות של החברה הישראלית איפשרה ליברליזציה וביטול איסורים נגד הומוסקסואליות. לטענתו, כאשר יתברר כי השחיקה החברתית בעליונות של ההטרסקסואליות נמשכת – הכוחות השמרניים יתקשו יותר להמשיך בליברליזציה. ההתפתחויות בישראל אינן מכריעות בעניין זה לכאן או לכאן. מגמת הליברליזציה נמשכת באופן עקבי למדי. מצד שני, גם עוצמת הרטוריקה נגדה מתגברת. הכוחות השמרניים והדתיים לא ממש נלחמו נגד ביטול האיסור הפלילי, כי איש מהם לא רצה לשלוח הומואים לבתי-הסוהר. אולם אם ביטול האיסור פירושו גם כי חייבים להציג ילדים מבני משפחה מגוונים וטיפוסי וזוגיות מגוונים כשווי-ערך – המאבק שלהם יהיה נחרץ ופסקני. הדגמה לנקודה זו אנו רואים בנושא של עריכת מצעדי גאווה בירושלים כאשר ראש העירייה חרדי. עד קיץ 2005 העירייה איפשרה את המצעד ואף השתתפה וסייעה בארגונו. בקיץ 2005 סירבה העירייה לאשר את המצעד, אבל אולצה לאשרו בצו בית המשפט (שאף חייב את ראש העירייה בהוצאות אישיות). במהלך המצעד תקף צעיר חרדי את הצועדים ופצע בדקירות שלושה מהם.

יסוד של הניתוח שלהם נחלשה עד שנהייתה לא מדויקת. התמונה של דבלין ושל הארט היא של חברה שיש בה מוסר נוהג, למשל חברה שבה רוב גדול של האנשים ה"רגילים" מתייחסים לקשר בין בני אותו מין כסלידה ובתיעוב, והשאלה היא אם במצב כזה מותר לחברה לעשות שימוש במשפט ולהפוך אותו לעבירה. אלא שכיום לא זאת השאלה. בחברות המערביות של ימינו כבר אין זה נכון שהמוסר הנוהג בכללו מגנה התנהגויות אלה. בעוד שיש חלק שמרני, בעיקר על בסיס דתי, אשר ממשיך לראות ביחסי מין בין גברים חטא חמור או אף תועבה ממש – חלקים גדולים בחברות אלה מקבלים אותה כטבעית. השאלה העכשווית אינה האם מוצדק מבחינה מוסרית לאכוף את המוסר הנוהג, אלא איך צריכה חברה לנהוג בשאלות אשר ביחס אליהן יש בה מחלוקת מוסרית עמוקה. וההומוסקסואלים מצידם כבר אינם מסתפקים בכך שאימת החוק לא תהיה עליהם. הם רוצים חירות מלאה לחיות את חייהם באופן מוצהר וגלוי ו"גאה", להינשא במסגרת דיני הנישואים הרגילים, או לפחות לקבל את כל היתרונות של זוגות נשואים כאלה. רבים שאינם חברי הקהילה בעצמם תומכים בדרישה הזאת מתוך עמדה סובלנית או אף כחלק מן ההכרה בעושר של הפלורליזם. הבעיה אינה אפוא אכיפת המוסר הנוהג באמצעות המשפט, אלא שימוש במשפט, שהוא המערכת הנורמטיבית המשותפת והכופה, בתנאים של מחלוקת מוסריות ושל רב־תרבותיות*.

ההתפתחות הזאת מלמדת אפוא שהוויכוח איננו על "אכיפת המוסר"

* ואכן, נראה כי לעניין הביגמיה, הטעם לכך שאין טיעון חזק לטובת ביטול האיסור איננו שיש פה יסוד של הכרה ציבורית שבא לידי ביטוי במירשם הנישואים, אלא שיש תמימות דעים רחבה הרבה יותר בחברות המערביות בזכות המונוגמיה מאשר בזכות ההגמוניה הבלעדית של קשר בין גבר ואשה. הברל זה יכול להיות עניין של נורמות נוהגות, אבל אולי הוא שייך גם לתפיסה שלפיה ביגמיה ופוליגמיה קשורות לגישה שאינה נותנת כבוד לאשה, שהיא עניין של משטרים פטריארכליים.

אלא על השאלה "איזה מוסר אנחנו אוכפים, ולאיזה מוסר אנחנו נותנים הר חברתי ציבורי". במילים אחרות, מטעה לומר כי הוויכוח הוא על הרלוונטיות של המוסר הנוהג, וכי הוא מתנהל במונחים של המוסר הביקורתי. מטעה גם לומר שמדובר בהבחנה בין פרטי ובין ציבורי. הוויכוח היה מאז ומתמיד על המוסר הביקורתי עצמו. נכון, גם היום מוטל איסור על קיום יחסי מין בכיכר העיר, אלא שאין זה מפני שיחסי מין כאלה פסולים כשלעצמם, אלא מפני שאנחנו כופים על בני-הזוג צניעות גם אם הם עצמם מוכנים לוותר על פרטיותם. זו הגנה פטרנליסטית על אנשים שאינם מכבדים את פרטיותם די הצורך – והגנה על באי המרחב הציבורי מפני זילות ופגיעה ברגשות. והאיסור הזה חל על גבר ואשה נשואים בדיוק כפי שהוא חל על בני-זוג מאותו מין. ברומה לכך, אנחנו סובלניים כלפי גילויי חיבה פיזיים כגון חיבוק, אחיזה ידיים או נשיקה, בין אנשים במקום ציבורי, בלי קשר לשאלה אם הם חלק מיחסי נישואים "חוקיים" בין גבר ואשה או ביטוי ליחסים אחרים.

אלא שתוכנה זו יכולה להתפרש בשתי דרכים שונות ואף מנוגדות, והן העומדות כיום בלב הדיון בנושא ההכרה בנישואים בין בני אותו מין. דרך אחת היא לומר כי אין פה הבחנה בין דיון מסדר ראשון ובין דיון מסדר שני: הדיון כולו מתנהל במישור של המוסר הביקורתי. מוסר זה הוא "ריאליסטי". בְּוויכוח מן הסוג הזה קיימת תשובה מוסרית אחת נכונה, והיא התשובה שמערכת המשפט והחברה צריכה לקדם. כאמור, חסידי העמדות המנוגדות נוטים אלה גם אלה להיות במחנה

כאן מתעורר הוויכוח המעניין לגבי נשים הבוחרות בפוליגמיה (כמו במקרים מסוימים אצל מורמונים). יש הטוענים כי הבעיה היא אכן רק כאשר אין הסכמה. במקרים אחרים נטען כי זו אינה הסכמה הניתנת מתוך חירות אלא הסכמה המוכתבת על-ידי חוקים של קהילות שמרניות. במקרה כזה, איסור משפטי על ביגמיה באופן כולל יסייע לנשים, גם אם הוא נראה, במבט שטחי, כחקיקה פטרנליסטית.

המטא־אֶתִי הזה. וכך, המאבק ביניהם הוא מאבק של הכרעה לגבי מה הוא הישר והטוב. למשקל הפוליטי של הקולות המצדיקים עמדה זו או אחרת אין משמעות מוסרית, אבל יש לו משמעות פוליטית. על כן, חסידי שתי הקבוצות יראו כמוצדק את המאבק על עמדותיהם, מאבק שבו יִשְׁלְבוּ דרכים מהותיות ומוסדיות. לגבי תובעי ההכרה ביחסים ההומוסקסואליים האלה כלגיטימיים והתומכים בהם, מוצדק להשתמש בשיח הזכויות וכך לעקוף מחוקקים "סרבנים" באמצעות בתי משפט "ליברליים". מתנגדי השינוי אף הם יחזיקו בדעתם כי ההתנהגות היא תועבה, והם יעשו מאמץ פוליטי לגייס תמיכה כך שהמוסדות הרלוונטיים – מחוקקים, חוקות ובתי משפט – לא יהיו מסוגלים לגרום לשינוי הנראה להם אסון. במסגרת המאבק הפוליטי הזה, אך טבעי הוא שתומכי השינוי יתקפו את היסודות השמרניים על שהם פוגעים בקידמה ובזכויות האדם, בעוד שמשמרי המצב הקיים ימחו אם בית משפט עצמאי יגרום לשינוי בהעדר תמיכה בו בגופים המחוקקים, אלה הגופים שבהם יש ייצוג לציבור בכללותו.

ראוי כאן להדגיש, כי שני הצדדים ישלבו במסגרת המאבק הפוליטי טיעונים מוסריים, טיעונים משפטיים וטיעונים מוסדיים. והנה, בהבדל מעמדתו של הארט, שני הצדדים יראו את עצמם כאוכפי המוסר ה"אמיתי". פעולתם תהיה ניזונה מלהט מוסרי ולא "רק" מרצון להסדיר את גבולות הפעלת הכוח הציבורי – משפטי וחברתי, כופה, מכשיר ומאפשר – בחברה שיש בה מחלוקות פוליטיות עמוקות גם בעניינים של מוסר מיני.

הגישה האחרת היא זו המבקשת לשמור על הבחנה יסודית בין שתי רמות של דיון: הטיעון המוסרי הביקורתי, העוסק בשאלה איך ראוי לאדם או לחברה לנהוג, והשאלה הפוליטית, איך מחליטים לפעול בחברה שיש בה מחלוקות עמוקות בעניינים כאלה, ומי הוא המחליט ההולם. הטיעון המוסרי הוא נורמטיבי באופן מלא. הטיעון הפוליטי הוא

שילוב של טענות נורמטיביות ועובדתיות, שכן המחלוקת עצמה, כמו גם יחסי הכוחות בין הצדדים, וכן טיב הטיעונים המושמעים, הם עניינים שבעובדה. ברמת הטיעון הביקורתי ניתן להחזיק בגישות מטא-אתיות שונות. לצרכינו, חשוב לראות כי את ההבדלים בין העמדות האלה אין הכרח לתרגם באופן ישיר לעמדות פוליטיות. הוויכוח בין דבלין והארט היה ויכוח לגבי הגישה הפוליטית הנכונה, וגם נשאר כזה. ואילו השאלה שלנו היא, באיזו מידה את הדיון שהתרכז בשאלת ביטול האיסור הפלילי על התנהגות "פרטית" אפשר להחיל על הגישה "הנכונה" של המדינה להכשר הציבורי הניתן לקשרים של אנשים מאותו מין.

הבה נבחן אפוא את קשת הגישות האפשריות ביחס לנושא של הכרה בנישואים של בני אותו מין. נבחין בין רמות שונות של עמדות מוסריות.*

א. האם קשר מיני או זוגי בין בני אותו מין הוא ראוי?

1. קשר מיני בין בני אותו מין, קל-וחומר קשר זוגי ביניהם, הוא פסול.
2. קשר מיני קבוע בין בני אותו מין אינו חטא, אבל הוא "לא טבעי", ולא טוב יהיה אם יקבל הכשר ועידוד ויהפוך לאפשרות לגיטימית ושנות-מעמד.
3. קשר מיני בין בני אותו מין, עם זוגיות קבועה ביניהם, הוא חלק מן הבחירה המותרת של אדם לגבי זהותו וקשריו האינטימיים. זהו קשר שווה-מעמד לקשר בין גבר ואשה.
4. לקשר מיני בין בני אותו מין, עם זוגיות קבועה ביניהם, יש

* המודל כאן אינו מתיימר להיות מקיף. הוא נועד רק להדגים את הרמות השונות של הדיון, ואת העובדה שממחלוקות ברמות שונות ניתן לגזור עמדות שונות לגבי שאלת ההסדרה המשפטית ושאלת זהות הגוף שראוי כי יחליט לגביה.

יתרונות על-פני קשרים בין גברים ובין נשים, שכן קשרים בין גברים ונשים כבר "הושחתו" על-ידי תרבות לא-שוויונית ומדכאת.

ב. האם ראוי להטיל עונש על קשר מיני בין בני אותו מין?*

1. כן, מפני ש-א(1) או א(2) נכונים.
2. לא, כי א(3) או א(4) נכונים.
3. לא, כי הנושא מצוי מחוץ לתחום כוחה של החברה המאורגנת, בהיותו "פרטי" (בלי קשר לנכונות של א(1-4)), או ליכולת לזהות אם יש תשובה מוסרית נכונה), ולכן גם מי שמתנגד לו צריך להיות סובלני כלפיו.
4. כן, אבל רק אם רוב בני החברה הסכימו על כך (בלי קשר לנכונות של א(1-4)), או ליכולת לזהות אם יש תשובה מוסרית נכונה).

ג. האם ראוי להכיר בזוגיות של בני אותו מין?

1. לא, כי א(1) או א(2) נכונים.
2. לא, כי הדבר נותן לזוגיות כזאת הכשר ציבורי.
3. כן, כי א(3) או א(4) נכונים.
4. כן, כי הנושא מצוי מחוץ לתחום כוחה של החברה המאורגנת, בהיותו "פרטי" (בלי קשר לנכונות של א(1-4)), או ליכולת

* זאת השאלה שבה עסקו ועדת וולפנדן, דבלין והארט. האיטור הפלילי חל על המעשה המיני ולא על הקשר החברתי הממוסד. ברור כי אם כל מעשה של יחסי מין בין בני אותו מין הוא עבירה, קשר של זוגיות מינית בין בני-זוג כאלה אסור, והמשתתפים בו עלולים להיתבע. עם זאת, אין כאן בהכרח איסור פלילי עצמאי על יצירת קשר נישואים משפטי, כפי שהיה בעבר לגבי נישואים בין בני גזעים שונים. בארצות-הברית איסור כזה הוכרז כנוגד את החוקה וכבטל רק בעניין Loving v. Virginia משנת 1967. המצב המשפטי שונה לגבי נישואים בין בני אותו מין, שכן אין חוק האוסר אותם. החוק פשוט קובע כי יכולים להינשא זה לזה רק גבר ואשה.

- לזהות אם יש תשובה מוסרית נכונה). החברה צריכה להסתפק בשיקוף ההעדפות של הפרטים.
5. כן, כי הכרה כזאת מתחייבת מחובת הסובלנות.
 6. כן, כי הכרה כזאת אינה פוגעת באיש, אינה מחלישה את מוסד הנישואים, והיא חיונית לרווחה של בני-הזוג.
 7. כן, כי חוסר הכרה הוא הפליה של בני-זוג מאותו מין בשל נטייתם המינית.
 8. כן, אבל רק אם רוב בני החברה הסכימו לכך.

ד. האם ראוי להכיר בנישואים של בני אותו מין?*

1. לא, כי א(1) או א(2) נכונים.
2. לא, כי הדבר נותן לזוגיות כזאת הכשר ציבורי ומעמד שווה לזה של היחסים בין גבר ואשה.
3. כן, כי א(3) או א(4) נכונים.
4. כן, כי הנושא מצוי מחוץ לתחום כוחה של החברה המאורגנת בהיותו "פרטי" (בלי קשר לנכונות של א(1-4), או ליכולת לזהות אם יש תשובה מוסרית נכונה). החברה צריכה להסתפק בשיקוף ההעדפות של הפרטים בתוכה.
5. כן, כי נכון להיות סובלני כלפי יחסים כאלה.

* ההבחנה בין גישות שמרניות וליברליות נעשית היום לאורכו של רצף שיש בו יותר מאשר שתי נקודות. הגישה השמרנית ביותר תתנגד לכל הכרה בזוגיות של בני אותו מין. אין לה ביטוי באף מדינה מערבית כיום. הגישה הליברלית ביותר רואה בזוגיות של בני אותו מין קשר שווה מעמד לקשר בין גבר ואשה, לרבות הכרה ביכולת של בני-זוג מאותו מין ליצור קשרי נישואים ביניהם. יש כיום מדינות בעולם – מדינת מסצ'וסטס בארצות-הברית, ספרד וקנדה – שבהן עמדה זו זכתה לגיבוי החוק. גישת ביניים תכיר בזוגיות של בני-זוג מאותו מין בדרכים שונות ומגוונות, לרבות רישום זוגיות ומתן זכויות לבני-הזוג זה כלפי זה מכוח חוק, אך תתנגד להחלת מוסד הנישואים ה"מקובל" על בני-זוג מאותו מין.

6. כן, כי הכרה כזאת אינה פוגעת באיש, והיא חיונית לרווחה של בני־הזוג.
7. כן, כי חוסר הכרה הוא הפליה של בני־זוג מאותו מין בשל נטייתם המינית.
8. כן, אבל רק אם רוב בני החברה הסכימו לכך.

עמדות אלה נוגעות באופן ישיר לשאלה מה צריך מחוקק לעשות בחברה נתונה. הן כוללות התייחסויות של אלה החושבים כי העמדה המוסרית צריכה להכריע, לבררה, את הגישה המשפטית, וגם עמדות של המסתפקים בדרישה של פרוצדורה ונותנים כך את ההכרעה בעניין המשפטי לרוב בני החברה, בלי לטעון לעמדה מוסרית כזו או אחרת. עמדתו של הארט בחוק, חירות ומוסר היא עמדה (ב3), והיא עמדת ביניים: היא אינה מתנה את התוצאה בעמדת הרוב או בפרוצדורה אחרת, אבל גם אינה גוזרת את גישת המשפט הפלילי ישירות מקשת העמדות המוסריות מסדר ראשון (העמדות בשאלה א). עמדה זו היתה אפשרית, ואף משכנעת, לגבי שאלת האיסור הפלילי, אלא שהיא פחות משכנעת – גם לפי טיעוניו הוא – במה שנוגע להכשר או להכרה בקשר כזה כשווה־ערך־ומעמד לקשר בין גבר ואשה. מקרה ביניים הוא השאלה אם יש להכיר בזוגיות של בני אותו מין לצורך טובות הנאה הניתנות לזוגות נשואים, כמו במסגרת "ברית זוגיות" או "ידועים בציבור".*

הבחירה המתחדדת עכשיו היא בין מכלול הגישות הגורסות כי

* אני מודה לאייל גרוס שעמד על הצורך להבחין היטב בין התביעה של זוגות בני אותו מין להכרה מלאה בהטבות הניתנות לבני־זוג נשואים כחלות עליהם, לבין השאלה הסמלית יותר של הכרה בזכותם להינשא ממש. הבחנה זו נעשתה על־ידי היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז כאשר הודיע כי לא יערער על החלטת בית המשפט המחוזי שהכירה בזכותו של גבר לרשת את הדירה שבה חי עם בן־זוגו המנוח שלא הותר צוואה, אף־על־פי שהחוק כלל סעיף המכיר בזכויות של ידועים

טיעון מוסרי מכריע את הכף לגופו, ובין הגישה הגורסת כי במצב של מחלוקת עמוקה הדרך היחידה להכריע היא באמצעות פרוצדורה מוסכמת לקבלת החלטות. כאמור, בעולם שלנו גם הפרוצדורה המוסכמת כשלעצמה אינה סוף פסוק: בעניינים של מדיניות מוסכם כי הכוח להכריע מצוי בידי החברה באמצעות נציגיה, בלי קשר לשאלת טעמיהם או טיב טיעוניהם של המכריעים. בעניינים של זכויות אדם, לעומת זאת, יש מחלוקת, אבל יש טיעון כבד־משקל ולפיו לפחות אותן זכויות עקרוניות שהוכרו בשיטה יכולות להיות בסיס הן לפסילת חוקים קיימים הפוגעים בהן ללא הצדקה, והן להרחבת תחולתם של הסדרים קיימים כאשר תחולה מצומצמת שלהם פוגעת בשוויון או בכבוד. לכן, קו פרשת המים היום נבדק בצורה הטובה ביותר לא בשאלות שניסחנו למעלה, אלא בשאלה המוסדית:

ה. האם ראוי שבית משפט יכיר בזוגיות או בנישואים של בני־זוג מאותו מין כעניין הנובע מזכויות האדם הבסיסיות לחירות, לשוויון ולכבוד, גם בהעדר חוק המכיר בהם או אף בניגוד לחוק שאינו מכיר בהם?

יהיו טיעונים לכאן ולכאן של אלה הנותנים תשובות מהותיות שונות לשאלה א, כמו שראינו לגבי שאלות ב-ד. אבל נראה שכל חסידי הגישה הפרוצדורלית יענו על השאלה הזאת בשלילה.* נדמה לי שכך היא הקריאה הנכונה של הארט: הוא היה מצטרף

בציבור אך הגדיר אותם כ"גבר ואשה". עמדתו של מזוז היא, שככל הנוגע לזכויות סוציאליות וכלכליות יש לפרש במידת האפשר את החוקים הקיימים כחלים גם על בני־זוג מאותו מין, אבל שונה הדבר בענייני מעמד אישי, שהם עניין למחוקק לענות בו.

* אני מתייחסת כאן לשאלה הסמלית ולא לשאלת ההכרה בהסדרים ובטובות הנאה. ההנחה שלי היא כי גם המתנגדים יסכימו למתן טובות הנאה כאלה כל

לתשובה שלילית זו כעניין שבעיקרון. היום אולי היה מצהיר כי לגופו של עניין הוא נוקט את עמדה א(3) או אף א(4). אני מניחה שהארט היה ממשיך לחשוב כי איסור הביגמיה מוצדק, אבל לא היה מוצא טעם לפגם בהכרה בזוגיות של בני אותו מין. אלא שאין בהגותו סימן כלשהו לאפשרות שהיה גם גורס כי הכרה כזאת היא עניין להחלטה של שופטים על בסיס פרשנות של ההיקף החוקתי של זכויות לחירות, שוויון או כבוד. להפך. תפיסתו הכללית בדבר תפקיד המשפט והשפיטה, המזג הפוזיטיביסטי שלו, וההבחנה הברורה שהוא מחדד בין משפט ובין מוסר, כל אלה מצביעים על כך שלא היה רוצה לאפשר לשופטים להכריע במחלוקת מוסרית זו לגופה – ללא הסמכה מפורשת בחוק. שונה היה המצב, מבחינתו, אילו היה אפשר להגיע לאותה מסקנה רק בהסתמך על ההבחנה בין פרטי ובין ציבורי, או בהסתמך על עיקרון של סובלנות כלפי התנהגות גם כאשר היא נתפסת כמוטעית או כבלתי רצויה.

ריאליסט מוסרי המאמין ב־א(3) או א(4), או ליברל שאינו רק ליברל פוליטי, ושאינו מחויב לנייטרליות, יתבע כי המשפט ישקף את האמת המוסרית שלו. אלא שריאליסט מוסרי המאמין ב־א(1) או ב־א(2) ואינו מחויב גם הוא לנייטרליות, יתבע כי המשפט ישקף את זו שלו. מה אמורה המדינה לעשות? תשובה אחת היא כי ראוי שהדבר יוכרע על-ידי המערכת הפוליטית, על-ידי מאזן הכוחות בין חסידי הדעות השונות, הן לגבי המוסריות של ההתנהגות והן לגבי הגישה הראויה כלפיה. תשובה זו יכולה להתבסס על הודאה כי אין דרך לזהות את האמת, או על מחויבות

עוד אין בכך הכשר לקשר עצמו, ומכל מקום זו העמדה הנראית לי נכונה. יש כמובן מקרי ביניים מעניינים, שבהם קשה להבדיל בין טובות ההנאה המעשיות ובין ההכרה הסמלית. מקרה בולט הוא ההקלה במתן היתרי כניסה ומעמד לבן־זוג של אזרח המדינה בקשר של אנשים מאותו מין. סוגיות כאלה עלו בארצות רבות. בישראל נקבע בנוהל של משרד הפנים, כי הכללים לגבי בני־זוג "רגילים" חלים גם על בני־זוג אותו מין.

לנייטרליות, או על האמונה כי בתנאים של מחלוקת עמוקה הדרך היחידה להכריע בסוגיות כאלה היא באמצעות כללי משחק מוסכמים. אין טעם להמשיך ולקיים שיחות אינסופיות במטרה לשכנע זה את זה. הניסיון מלמד כי בנושאים מסוימים, תפיסות יסוד הן עקשניות מאוד, ומוכרחים לקחת אותן כנתונות. וודאי זה המצב לגבי תפיסות הארוגות אל תוך מרקמי חיים כוללים ומעניקי־משמעות. כך או כך, ההסכמה כי ההכרעה צריכה להיעשות במערכת הפוליטית אינה מקנה לתוצר של ההכרעה תוקף מוסרי "עצמאי". חסידי התשובה שנדחתה יוכלו להמשיך ולהיאבק כדי לשנותה. הארט גורס כי לגבי ביטול האיסור הפלילי לא ראוי למסור את ההכרעה לרוב בציבור. איסור כזה, הוא גורס, הוא הגבלה בלתי מוצדקת של חירות. אלא שלא ברור מה היתה עמדתו של הארט אז לגבי השאלה אם נכון הוא שבית משפט יבטל חוק כזה, או שראוי להסתפק בטיעונים שיגרמו למחוקק להבין כי כך צריך לנהוג.* אלא שביטול האיסור אומנם מאפשר – למי שבוחר לחיות כך – חירות לחיות בכבוד ללא אימת החוק והרדיפה העשויה לבוא בעקבות הרשעה, אבל אין הוא מחייב את החברה גם להכיר בדרך החיים הזאת כשוות־ערך. לכן, ביטול האיסור משרת את האידאל של הסובלנות, אך לא את האידאל של הפלורליזם. הוא חיוני לליברלים, אבל נוח גם לשמרנים. האחרונים אינם רוצים בדרך כלל לחדור לחדרי המיטות של אנשים, אבל חשוב להם שבכמה הציבורית הגלויה, ובמישור החינוכי, יכבדו את הנורמות ה"ראויות".

והנה, המאבק החדש הוא עניין שונה לגמרי. מבנה המשפחה בחברה הוא תחום תרבותי שלא ברור כי אכן יש לאפשר בו חופש בחירה מלא בלי

* הארט שמח שהמחוקק ביטל את האיסור הפלילי בשנת 1967. סביר כי היה גם מצטרף לביקורת על החלטת בית המשפט העליון האמריקאי בעניין בואורס משנת 1986, זאת מאחר שכבר בשנת 1981 פסק בית המשפט האירופי לזכויות האדם כי החוק נגד מעשי סרום של צפון אירלנד מנוגד לסעיף הפרטיות באמנה האירופית לזכויות האדם: Dudgeon v. UK, 45 Eur.Ct.H.R.

לפגוע בתשתית התרבותית, כפי שקל לראות בדוגמה של המונוגמיה. וחשוב יותר: אין זה דיון שנכון ואפשר לנהל כעניין של זכויות ועקרונות, שכן הוא עמוק ומורכב וקשור בשינוי חברתי ותרבותי. ממילא, השינויים עצמם תופסים רק כאשר יש נכונות חברתית לקבל אותם.

קשה להכריע בוויכוח העכשווי באמצעות הכלים והטיעונים שהארט מציג בפנינו בחוק, חירות ומוסר. אבל לפי רוח העמדות הכלליות של הארט, נראה לי כי הוא נוטה לכיוון ההכרה שחיוני להפריד בין ההכרעה המשפטית והמוסדית ובין ההכרעה המוסרית. זאת בעיקר מפני שהמשפט הוא מערכת ממוסדת, והוא משקף את החברה ומשתתף בעיצובה מתוך תהליכים מורכבים של משוב. הצבתם של בתי משפט לא נבחרים כ"חוד החנית" של הקדמה וכמבטאי המוסר האמיתי עלולה להביא ליצירת אפקט של בומרנג. כך עלולה גם להיחלש יכולתו של המשפט למלא את תפקידו הייחודי – השופט והבורר בסכסוכים על-פי חוקים מוסכמים בחברה שעשויה להיות שסועה ומקוטבת.

גם היום, כאז, יש לוחמי שינוי חברתי הרוטמים את המשפט ואת בתי המשפט לסדר היום המוסרי והפוליטי שלהם. לאלה שיש להם סדר יום פוליטי ומוסרי שונה קל יחסית לנהל מאבק. שני הצדדים רוצים ליצור את התחושה כי המשחק הוא מאבק בין כוחות אור לכוחות חושך. אני קוראת את הארט (יחד עם קולות ליברליים רבים וחשובים אחרים כגון הולמס, רולס, וריינהולד נייבור) כאומר שאפשר, חשוב וצריך לנהל מאבקים מוסריים ופוליטיים, ברוב הגדול של המקרים, הן ברמה המשפטית והן ברמה הפוליטית, לא כמשחקי סכום-אפס בין טובים ורעים, בין מתקדמים ונחשלים, בין תומכי זכויות האדם, החירות והכבוד ובין אויביהם. קיימות תפיסות שונות של טוב. הסדר הפוליטי לא נועד לקדם תפיסה זו או אחרת של טוב, אלא לאפשר מקסימום רווחה ושגשוג לפרטים, לקהילות ולחברה כולה. והדרכים להשגת מטרות אלה צריכות להיות מוכרעות על-ידי החברה. הליך

קבלת ההחלטות צריך להיות מושכל ורציונלי, ולהתבסס על טיעונים ועל ניסיון לשכנע. דיונים מן הסוג שניהלו דבלין והארט הם תרומה גדולה לתהליכי שינוי כאלה. עמדתו של הארט, הדורשת כי נתבונן בטיעונים כאלה בצורה מפוכחת, גלויה והוגנת, וניתן משקל גדול להעדפות של הפרטים עצמם לגבי החלטות מרכזיות הנוגעות לחייהם, היא נכונה וחשובה היום כפי שהיתה לפני 45 שנים. אבל בסופו של דבר, ובטווח הארוך, נכון להעדיף בנושאים כאלה תהליכי שינוי אורגניים הצומחים מן החברה, ולא תהליכים המוכתבים מלמעלה בשם זכויות או עקרונות על.*

על כן, ייתכן מאוד שהארט היה ממשיך ומתנגד לדוורקין, תלמידו-מבקר, ומצטרף דווקא לממשיכו וולדרון בעניין העמדה לגבי חקיקת מגילת זכויות נוקשה ועליונה עם ביקורת שיפוטית בנושאים כאלה.** הוא היה מעדיף כי הדיון הציבורי ייעשה בכיכר הציבורית ובין מלומדים, בפינת הייד-פרק ובבתי-הספר, באמצעי התקשורת ובבתי הפרלמנט. בניגוד למה שגרס דבלין, אין לשמרנים זכות להגן על תרבותם על כל היבטיה מפני רוב הרוצה שינוי. מצד שני, חסידי השינוי גם הם אינם יכולים לכפות על החברה שלהם, כעניין של זכויות, הכרה

* הגישה שאני מציגה כאן אינה תומכת בהכרח ברלטיביזם מוסרי, או כאידאל של נייטרליות של המדינה. היא מדגישה כי בחברה שבה יש, ויהיו, תמיד הבדלי השקפות עמוקים ביחס לערכים ולאינטרסים, חיוני שיהיו כללי משחק מוסכמים לקבלת החלטות, וכי עדיף שההגבלה מצד התוכן על כללי המשחק תהיה מינימלית, ותצטמצם למסגרת של כללים או מעשים האמורים לשמש כאילוצים על כל הסדרה חברתית. בשלב שבו אנחנו נמצאים, אי-ההכרה בנישואים בין בני אותו מין אינו עומד בדרישה זו. את הניסוח האלגנטי לגישה זו אפשר למצוא בחיבורו הקצר של בן-דורו וידירו של הארט: Stuart Hampshire, *Justice is Conflict*, Princeton University Press, 2000.

** Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, esp. ch. 13, 1999; Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* (London, 1990); *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, esp. ch. 10.

בכך שזוגיות של בני אותו מין היא שְׁוֹת־מעמד לזוגיות של גבר ואשה. נכון כי ההכרעות בעניין זה ייעשו מתוך תהליך מתמשך של דיאלוג בין בתי משפט ומחליטים אחרים, ובין המחוקק. ממילא מדובר כאן בתהליכים חברתיים מורכבים וממושכים. לא טוב, ואי אפשר, להכריע בהם בדרך של נוק־אאוט מתוקשר בבתי המשפט.*

עמדה זו אינה רק עניין של הכרה במגבלות הכוח הפוליטי. יש בה – כפי שרואים ממכלול גישתו של הארט – גם משמעות מוסרית־פוליטית חשובה. רק ראייה כזאת מאפשרת לחברה להתפתח ולהשתנות, בלי לתייג את אלה שאינם רוצים לשנות את עמדותיהם כ"סוטים" או כ"נחשלים". רק גישה כזאת מאפשרת לשמר את בית המשפט כמוסד חברתי מרכזי, שכוחו נובע מכך שהוא אינו יוצר את הנורמות או מבטל אותן, אלא משפיע עליהן באמצעות תהליכים אורגניים של פרשנות יוצרת אגב הכרעה בסכסוכים.**

באחת מן השיחות שניהלנו כאשר עסקתי בעבודת הדוקטורט בהנחייתו של הארט, הוא ציין כמרתקת את העובדה שהתועלתנים, שהיו בזמנם סמל הקדמה, היצירתיות, הרציונליות וההומניזם על רקע של חברה דתית ואוטוריטרית, הפכו תוך זמן קצר יחסית לשק החבטות של

* ההתפתחות בארצות־הברית מרתקת. ההחלטה המתוקשרת של בית המשפט במסצ'וסטס הביאה בינתיים לתגובת נגד מורכבת במדינות רבות שם, ויש הסבורים כי תרמה לניצחוננו השני של בוש בבחירות. החלטות "צנועות" יותר כמו זו בוורמונט לא גרמו לתגובה כה חריפה. ומדינות שבהן נעשה השינוי בדרך של חקיקה מדרגימות שינוי יציב הרבה יותר.

** בית המשפט העליון האמריקאי מחדד זאת כאשר הוא מבטל בעניין לורנס את החלטתו הקודמת בעניין בואורס נ' הרדויק וקובע, כי פסק־הדין הקודם לא היה נכון כשנפסק ואינו נכון עכשיו. אולם פסק־הדין בלורנס מדגיש ביטויים כגון חירות והתנהגות במקום פרטי. ברור כי הוא אינו רואה את קביעתו בעניין לורנס כמכרעת בנושא הטעון של נישואים והסכמי זוגיות לבני־זוג מאותו מין.

הליברלים כמי שמאפשרים הנצחת עוולות קשות בשם השאת הרווחה המצרפית. גורל דומה נפל בחלקו של מיל. המסה שלו על שחרור הנשים נחשבה אחד הטקסטים החזקים והמשפיעים על התפתחות המהפכה הפמיניסטית. אלא שתוך זמן קצר למדי החלו נשמעים קולות הביקורת, כי הנה גם מיל עצמו תמך בכך שנשים יתמסרו לבתייהן ולמשפחותיהן אם בחרו להינשא.

לפי הקריאה שלי, נראה שלהארט נכון היה גורל דומה. הוא יכול אולי להתנחם בכך שגם חלק מן החברים המרכזיים בקהילה ההומו-לסבית מקבלים כי ראוי שההכרה הישירה בזוגיות ובנישואים בין בני אותו מין תיעשה באמצעות דיון ציבורי ושכנוע של הרוב בבתי המחוקקים, כי אכן הגיע הזמן לשינויים כאלה.* כאמור, כך כבר נעשה במדינות אחדות בעולם המערבי. במדינות אחרות יש מגמה ברורה של פתרון הבעיות המעשיות הנובעות מכך שאין הכרה משפטית מלאה, וזאת בצורה המאפשרת לבני-זוג מאותו מין חיים שלמים ומלאים יותר, הכוללים הכרה ציבורית בקשר שלהם ובהשלכותיו.

חוק, חירות ומוסר עוסק בעקרון הנזק כשיקול היחיד היכול להצדיק הגבלת חירות. ראינו שכיום הסתמכות על עיקרון זה עלולה להיראות כביטוי "רזה" מדי של ליברליזם. התביעה מכוח זכויות היא במקרים רבים עשירה יותר ומאפשרת מידה רבה יותר של חירות אישית. אבל מול כל זכות עומדת חובה. וחובה היא הגבלה של חירות. כאשר אנחנו מנסים לארגן את החברה המורכבת שלנו בצורה המגבירה את החירות, יש לזכור גם את החירות של אדם לבחור באופן אפקטיבי את תת-החברה שבה הוא חי, ואת מאפייניה התרבותיים. בעולם שבו חיים אלה בצד אלה שמרנים וליברלים, ראוי לאפשר את קיומם של מוסדות

* ראו, למשל, את עמדתו של William Eskridge, *Gay Law – Challenging the Apartheid of the Closet*, Harvard University Press, 1999.

ומסגרות אשר ישקפו את אמונותיהם של אלה כמו גם של אלה. ריבוי כזה של תת-תרבויות הוא עשיר יותר וליברלי יותר מאשר יצירה של מסגרת חברתית אחידה, שבה מתבטלים הבדלים תרבותיים חשובים. ובמה שנוגע להטלת איסורים פליליים – כאן עקרון הנזק, כפי שהוא מפורש על-ידי הארט, הוא עדיין מדריך חשוב ונחוץ. הארט גם צודק בביקורתו על דבלין כי שינויים חברתיים עמוקים אינם "חיסול" של החברה, משהו שמותר לה, לחברה, להתגונן מפניו. אלא שראוי למצוא דרך להבטיח כי שינויים חברתיים עמוקים ירחיבו את קשת האפשרויות התרבותיות הפתוחות לפני אדם, אבל לא יביאו לביטולן של צורות תרבותיות שיש כאלה הרוצים בשימורן.

היום יש הרואים בגישה שאני מייחסת להארט, ולפיה עדיף להכריע בסוגיות כאלה בדרך של שכנוע הציבור והמחוקקים ולא באמצעות הכרעה שיפוטית על סמך טיעון על זכויות, עמדה שמרנית משהו. עם זאת, כאשר בוחנים שינויים חברתיים במבט היסטורי, נראה כי החיים עצמם חשובים יותר מאשר נצחונות בבתי המשפט. ההישגים הגדולים בהרחבת חירות וביטול איסורים פליליים היו תוצאה של התרחבות בסובלנות, וזו קדמה לפסיקות בית המשפט ואיפשרה אותן. טיעונים כמו של הארט הם מרכיב חשוב בהתרחבות הזאת – אז וכיום*.

רות גביון

האוניברסיטה העברית, ירושלים,

חורף 2006

* אני מודה לדוד הר, אלון הראל, דוד אנוך, אייל גרוס, יורם שחר, דן יקיר ויהודה מלצר על הערות מקיפות ומאתגרות לנוסח קודם של אחרית דבר זו. אם הייתי עושה צדק להערותיהם, היא היתה הופכת לחיבור ארוך ומלומד. אבל אני מקווה כי יש בה מספיק רמזות לנקודות מרכזיות כדי לעורר בקוראים את הרצון להעמיק עוד בכתיבה העצומה סביב נושאים אלה.