

מבוא למהדורה העברית הראשונה (1981)

ספר קטן זה של פרופסור ה.ל.א. הארט מאוניברסיטת אוקספורד מבוסס על הרצאות שניתנו במהלך ויכוח ציבורי. הוא הפך לחלק מן הקלסיקה של הפילוסופיה של המשפט זמן קצר לאחר שיצא לאור בשנת 1963. עיקרו הוא הגנה על העמדה, שבהטלת איסורים אֶל-לו למחוקק לקחת בחשבון את תחושותיהם, את דעותיהם הקדומות או את אמונותיהם הבלתי-מבוססות של בני החברה. חירותו של הפרט, אומר הארט, היא ערך חשוב ומרכזי בחברתנו, והגבלות עליה חייבות להיות מוצדקות. העובדה שאנשים, ואפילו רבים, פשוט מתנגדים לכך שמישהו אחר יפעל באופן מסוים, בלי להצביע על נזק כלשהו הנגרם מפעולה כזו לחברה, לפרטים אחרים, או לאדם הפועל כך עצמו, אינה טעם שיש להביאו בחשבון. נוסף על כך, בכל מקרה יש לשקלל את הנזק שנגרם על-ידי ההתנהגות האמורה עם הנזק שנגרם לפרטים שאת חירותם מגבילים, כך שאפילו אם אכן יש נזק מסוים בהתנהגות מסוימת, יש לאסור אותה רק אם הוא גדול יותר מן הנזק שנגרם על-ידי הטלת האיסור והגבלת החירות מתוך כך.

מכמה טעמים יש לשמוח על כך שמערכת הסידרה הזאת נטלה יוזמה ודאגה לתרגומו של הספר לעברית. טעם ראשון הוא כללי:

הספר עוסק בסוגיה חשובה, שאינה יורדת מעל סדר יומו של המחוקק המודרני במדינות רבות, ובהן ישראל. בניסוח הרחב ביותר השאלה היא: מהן המטרות המוצדקות של החקיקה הפלילית – האם מטרת אלה מוגבלות רק להגנה על החברה ועל חבריה מפני נזק וניצול, או שמא הן כוללות גם חיזוק ההסכמה המוסרית בחברה באמצעות אכיפת המוסר הרוֹחַ בה, וקידום הערכים המוסריים של החברה באמצעות ענישה על כל חריגה מהם, גם בשעה שחריגות אלה אינן מזיקות? שאלה זו הועלתה בישראל אגב הדיון בביטול האיסור הפלילי על התאבדות, אגב הנסיגות החוזרים־ונשנים (שזכו לאחרונה למידה מוגבלת של הצלחה) להביא לביטול האיסור הפלילי על קיום יחסים מיניים "שלא כדרך הטבע" בין בוגרים מסכימים ברשות הפרט, אגב הדיון בסמים "רכים" כגון חשיש ומריחואנה, וכן אגב הדיונים באיסור על הפלות והחיוב לחבוש קסדות מגן ולחגור חגורות בטיחות. בכל המקרים האלה הושמעה הטענה, כי האיסור (או הטלת החובה) חורגים מן המטרות המוצדקות של החוק הפלילי.

אנחנו בישראל סובלים במיוחד מן הנוסח המודרני של מכת מגדל בבל: מחסום השפה סוגר בפני רבים את הדרך להתמודד עם פרי מחשבתם של רוב ההוגים שאינם כותבים עברית. אחת מן התוצאות של חֶסֶר זה היא כי בוויכוחים ציבוריים בישראל אנו נאלצים לבדוק בעיות מבראשית: אנו צריכים ליצור מסגרות דיון, מערכות מושגים, הבחנות וטיעונים, ואיננו יכולים פשוט לטפל בבעיה מבודדת מתוך ההנחה שכל אלה כבר קיימים, מופרים, ומקובלים על כל השותפים לדיון. יש הרבה בזכו בצורך הזה, וחשש קרתנות. לכן, בצד המאמץ לבדוק באופן עצמאי את הבעיות שלנו – מאמץ אשר שום מסגרות דיון קיימות או פתרונות שאומצו על־ידי אחרים אינם מסוגלים לעשותו למיותר – חשוב להתמיד במאמץ התרגום, שיאפשר לנו ליהנות גם מן הפרי המצטבר של מחשבתם של אלה שבדקו את הבעיות שאנו

מתלבטים בהן. ספרו זה של הארט מתאים באופן מצויץ למילוי צורך רחוף וחשוב זה: הוא מציע לנו דרך לנסח את הבעיה המרכזית, ומסגרת לדיון בדרכי פתרונה. הוא מצייג כמה מן ההבחנות המרכזיות הנחוצות, לדעתו, לצורך דיון פורה בסוגיות הנדונות, ומציע תזה פשוטה וחזקה שעליה הוא בא להגן. ההגנה בנויה על הצגה בהירה של כמה מן הטענות המרכזיים המובאים בספרות לתקיפת התזה שלו, ועל דיון ביקורתי בהם, דיון המראה מדוע אין טענות אלה יכולים לבסס תקיפה מוצלחת של התזה שעליה הוא, הארט, מגן. גם אם לא נקבל את עמדתו של הארט עצמו, אין ספק כי הדיון הציבורי בישראל בבעיות שעליהן יש להחיל את מסגרת הדיון שהוא מציע, יצא נשכר מן ההתמודדות הזאת עם העקרונות שאותם הוא מצייג.

טעם שני, צר יותר, לשמחה על התרגום, הוא מנקודת המבט של ההוראה. מורים ותלמידים גם יחד אינם יכולים שלא להיות מודעים בחריפות למחיר הכבוד שאותו משלם הסטודנט הישראלי על מגבלת השפה שציינתי לעיל, מגבלה המצטרפת להעדר ספרות תשתית בעברית, בין מקורית ובין מתורגמת. התוצאה הבלתי נמנעת של מצב דברים זה היא שהסטודנט הישראלי אינו קורא מספיק. והואיל וזוהי מגבלה שהמורה אינו יכול סתם להתעלם ממנה, מוקדש חלק ניכר מן ההוראה ל"העברת" חומר לתלמידים, חומר הנמצא כבר בכתובים, ושולול מגבלת השפה יכול היה המורה להסתמך עליו וכך להקדיש את זמנו לדיון המתקדם אל מעבר לו. ההוראה הגבוהה בישראל תמשיך להיות מוגבלת כל עוד לא תפותח ספרות תשתית רחבה בעברית. ספרות כזו תאפשר ניצול יעיל יותר של שעות ההוראה, ועל כן יש לברך על כל תוספת לה.

וקיים טעם שלישי, צר עוד יותר אך חשוב לא פחות, לשמחה על שדווקא ספר זה, פרי עטו של הארט, זכה להיות בין הראשונים בתחומו שתורגמו לעברית. לא לשווא נחשב הארט לאחד מן

הבולטים ורבי־ההשפעה שבפילוסופים של המשפט בדורנו. בכל כתיבתו, חשיבתו והוראתו מביא עימו הארט שילוב נדיר של צלילות מחשבה, סגנון בהיר ואלגנטי, רוחב תפיסה, פתיחות ורגישות עמוקה, יחד עם כושר ניתוח ביקורתי חד, ועין מצוינת לדברים שהם חשובים באמת. הרבה "ויכוחים" קלסיים בפילוסופיה של המשפט בדורנו קשורים בשמו: נוסף על הוויכוח עם לורד דבלין (Devlin), שבו עוסק הספר הזה, התפרסם העימות שלו עם פרופסור לון פולר האמריקאי בנושא מהות המשפט – כאן הגן הארט על הפוזיטיביזם כתורת משפט ראויה; בחילופי־הדברים שלו עם פרופסור אָדגר בודנהיימר הגן הארט על ההבחנה בין משפט ותורת משפט, ועמד על כמה נקודות בסיסיות בהוראת המשפטים; ולאחרונה מתמקד הוויכוח על שיקול־הדעת השיפוטי בביקורתו של רונאלד דבורקין – שהחליף את הארט כפרופסור ליוריספרודנציה באוקספורד – על עמדתו של קודמו. תרומתו של הארט להתדיינויות אלה היא תמיד בולטת וחשובה: לאחר שהושמעה, אין אדם העוסק בתחום יכול להתעלם ממנה. נוסף על כך, הארט הוא מתנגד חריף, ולעיתים אף עוקצני, אך הוא תמיד הוגן ונדיב: הוא מהיר להכיר בכוח טיעוניהם ועמדוניהם של שותפיו לפולמוס, שמח לשנות או לעדן את עמדתו אם הדבר מתבקש מהערות ביקורת הנראות לו מוצדקות, ולעולם הוא קשוב ופתוח לטיעון חדש, ומוכן תמיד להקדיש זמן ומחשבה לבדוק ביקורות ודברים לגופם. תכונות אלה, החיוניות לכל אדם הרואה את עצמו כבעל מחויבות לעיסוק האקדמי, מצויות אצל הארט בשפע כזה, המסביר במידה לא מעטה מדוע כה רבים מאלה העוסקים היום בפילוסופיה של המשפט גאים לראות את עצמם כתלמידיו. מטבע הדברים יכולים מורים – טובים ככל שיהיו – להעמיד רק מספר מוגבל של תלמידים ממש. מורים שהם גם כותבים טובים יכולים, לעומת זאת, להעמיד דורות רבים של

תלמידים שברוח. הארט הוא ללא ספק מורה גדול, ונעימה מאוד היא ההזדמנות לחלוק עם ציבור רחב יותר את ההיכרות עם כוחו וקסמו של האיש.

אמרתי כבר כי ספרו זה של הארט הוא תרומתו למה שידוע בספרות בשם "הוויכוח של דבלין-הארט". כיוון שעמדתו של דבלין סובלת עדיין מהעדר תרגום לעברית, לא יהא זה מיותר להקדים כמה מילים על ההקשר שבו נאמרו הדברים, ועל העמדה שעליה נחלץ הארט להגיב. בשנת 1958 פורסם באנגליה דו"ח ועדת וולפֶנְדֶן (Wolfenden), שמונתה לברוק את המצב המשפטי בנושאים של זנות והומוסקסואליות. הוועדה קבעה כי מטרות המשפט הפלילי הן רק הגנה על החברה והגנה על בני החברה מפני נזק או ניצול, וכי האיסור על זנות ועל התנהגות הומוסקסואלית בתור שכאלה (להבדיל, למשל, משידול לזנות במקום ציבורי, או פיתוי קטין לקשר הומוסקסואלי) אינם יכולים להיות מוצדקים במסגרת מטרות אלה. לדעת הוועדה, היה באיסורים ההם משום "אכיפת המוסר-הנוהג על-ידי המשפט", או "זיהויו של תחום החטא עם תחום העבירה" – עניינים הצריכים להימצא מחוץ לגדר פעולתו של המשפט הפלילי.

לורד דבלין, שהוזמן לשאת הרצאה מלומדת בשנת 1959, מספר כי רצה להקדיש אותה להרחבה של העיקרון הנזכר. אולם, ככל שחשב יותר על הנושא, כך התברר לו כי בעצם אינו מסכים לעיקרון של הוועדה, להבחנה הבסיסית בין חטאים ובין עבירות ולהבחנה בין "מוסר ציבורי" ו"מוסר פרטי", שעליהן העיקרון מסתמך, ולמשנה הליברלית של ג'ון סטיוארט מיל אשר ממנה שאובים כל אלה. דבלין אומר כי לאמיתו של דבר אין התנהגות שהיא בגדר "מוסר פרטי", התנהגות שאינה מזיקה לאדם להוציא אולי את הפועל עצמו, תחום שבו אין המשפט צריך להתערב. הדבר הוא כך,

הואיל וכל עבירה על הנורמות המוסריות שבני החברה מחזיקים בהן באינטנסיביות רבה דומה עקרונית לפעולה חתרנית, שכן היא חותרת תחת תמימות־הדעים המוסרית, שהיא־היא הקובעת את זהותה ואת אחדותה של החברה. לחברה זכות להגן על עצמה מפני התפוררות, גם כאשר ההתפוררות נובעת משחיקת תמימות־הדעים בענייני מוסר. אמת כי מחוקק נכון – ממשיך דבלין – ינסה לצמצם התערבויות כאלה כדי לשמור על חירות הפרט ועל הפרטיות. אולם תבונה זו של המחוקק אינה מרמזת על העדר כוח או על העדר זכות להסדיר אותן התנהגויות של בני החברה שיש בהן קריאת תיגר על נורמות מוסריות המקובלות בחברה ועל המוסדות המרכזיים שלה (כגון מוסד המשפחה). הנוהגים כך – מסכם דבלין – אינם יכולים להסתתר מאחרי ההבחנה בין מוסר ציבורי ומוסר פרטי, שכן פעילותם היא בעלת ממד ציבורי מובהק – האיום על הסדר המוסר של החברה שבה הם חיים.

יחד עם אחרים שהגיבו על הרצאתו של לורד דבלין, נזעק הארט להגיב על עמדה זו ולהצביע על חולשותיה ועל סכנותיה. שני עיקרים – שאינם בלתי תלויים זה בזה – לעמדתו של הארט: הדגשת הערך של חירות הפרט והצורך בטעמים כבדי־משקל כדי להגביל אותה, וההקפדה על כך שטעמים אלה יהיו ככל האפשר רציונליים, כלומר טעמים קבילים על כל אדם, ללא תלות באמונתו הדתית או המוסרית.

מטבע הדברים, ויכוחים ציבוריים נעשים בהקשר מסוים; משום כך מדגישים בהם דווקא את הסכנות הנראות מוחשיות באותו הקשר ונוטים להתעלם מאלה שאין בהן איום מובהק במצב הדברים שבו מדובר. על־כן, אין דומה ויכוח על הגבולות הרצויים להסדרה המשפטית של התנהגות מינית (המקרה המובהק של התנהגות מתחום "המוסר הפרטי"), לוויכוח על התערבות משפטית בחירות בתחום הכלכלי.

השיקולים המנחים אותנו במקרה הראשון יכולים להיות שונים מאוד מאלה שייראו מרכזיים בשני, גם אם שניהם עשויים להיות מאופיינים כדיונים על תחום ההתערבות הרצוי בחירות הפרט. טיעוניו של הארט, ובעיקר הדגמותיו, מצומצמים כולם לתחום הסוגיה הראשונה. יחד עם זאת, שני העיקרים שעליהם הצבעתי הם מרכזיים גם בדיון בשאלה הרחבה יותר.

בוויכוח דבלין־הארט אין לנו, עד היום, "מנצח" ברור. בספרות תקפו בהצלחה טיעון זה או אחר, שלפו דוגמה זו או פסלו אחרת. אולם לגבי העמדות הבסיסיות העומדות ביסוד גישותיהם, חילופי הדברים שימשו בעיקר מוקד להבהרת תחום הדיון והשאלות השנויות במחלוקת. הדיון עדיין חי, והשאלות עדיין שנויות במחלוקת. כיום, בישראל, שני העיקרים של הארט מקבלים משנה־תוקף, דווקא מפני שהסכנות שנגדן הוא יצא להילחם נראות אצלנו מאיימות במיוחד: הנטייה להימנע מניתוח הסוגיות באופן ענייני, הנטייה לנסות שלא לחשוף את ההנחות העומדות בבסיסם של איסורים או היתרים מוצעים כך שאי־אפשר יהיה להעמיד אותן לדיון ציבורי "רציונלי", והנטייה לחשוש כל־כך מאובדן הסולידריות החברתית, עד שמתקבלת התחושה כי אין לנו ברירה אלא לאכוף אותן נורמות חברתיות המסייעות לליכודנו החברתי והלאומי. בצד סכנות אלה, המוחרפות בגלל חרדות קיומיות ואמונות מוסריות, קיימת הבעיה הכללית: אי־היכולת לעשות הבחנות שהן חיוניות לדיון מסודר בכל סוגיה, ובסוגיות שמעורבים בהן רגשות לוחטים – לא־כל־שכן.

על רקע זה, לא מיותר יהיה לראות כאן איך כמה מן ההבחנות והטיעונים של הארט יכולים לסייע לנו בהבנה ובהערכה של בעיות העומדות כיום על סדר־היום הציבורי במדינת ישראל. אבחר בכמה בעיות, בלי כל ניסיון להיות ממצה. מטרתי היא רק להדגים ולהדגיש

את סוג התועלת שקריאת החיבור הקטן והאלגנטי שלפנינו יכולה להביא לוויכוח הציבורי במדינת ישראל:

א. החובה לחבוש קסדות ולחגור חגורות בטיחות – חלק מן הדיון הציבורי בסוגיה זו נעשה במונחים של "אכיפת מוסר", והטיעון הליברלי של מיל, הארט ודומיהם, הובא כתמיכה לתביעה לבטל חובות כאלה. נאמר אצלנו כי זוהי התערבות בלתי מוצדקת בחירותו של הפרט, שהרי הנזק היחיד העלול להיגרם הוא לפרט עצמו, וכי הניסיון למנוע נזקים כאלה אינו מתיישב עם כיבוד עקרון החירות. והנה, קריאה מדוקדקת של דברי הארט תראה כי השימוש במסגרת הדיון של אכיפת המוסר בהקשר זה מוטעית משני טעמים: ראשית, אין פה כלל שאלה של אכיפת מוסר-נוהג, שכן לא קיים כלל מוסרי התובע מאנשים לשמור על עצמם, על חייהם ועל בריאותם, ולא להסתכן. שנית, גם אילו היה כלל מוסרי כזה, ניתן להצדיק את החוק המטיל חובה לחבוש קסדות מגן ולחגור חגורות בטיחות על-ידי שני טעמים שאין להם דבר עם אכיפת מוסר: פְּטָרְנָלִיזִם, כלומר, הרצון להגן על אדם מפני נזק שהוא עלול לגרום לעצמו; והרצון להגן על החברה ועל אחרים מפני התוצאות של מוות ופגיעות קשות היכולים להיגרם כאשר אמצעי הזהירות שבהם מדובר אינם ננקטים. שני הטעמים האלה – אם אכן הם עומדים במבחן ענייני של ביקורת – יצדיקו את ההתערבות בחירותו של הפרט להחליט אם לחגור חגורת בטיחות (או לחבוש קסדה) אם לאו, כך שההסכמה לחוק כזה יכולה בהחלט להתיישב עם התנגדות חריפה לאכיפת מוסר בתור שכזה.

ב. הומוסקסואליות וזנות – הוויכוח דבלין-הארט החל, כזכור, עקב פרסום דו"ח ועדת וולפנרן שעסק בהסדרה המשפטית של יחסים

הומוסקסואליים וזנות באנגליה. שתי הבעיות האלה מטרידות מפעם לפעם גם את הציבור הישראלי. החוק הפלילי בישראל אינו אוסר את העיסוק בזנות, או את ההליכה לזונה. הוא אוסר, לעומת זאת, חיים על רווחיה של זונה, ושידול לזנות. מצב משפטי זה תואם את העיקרון של ועדת וולפנדן ושל הארט. הוא משקף היטב את ההבחנה בין איסור ההתנהגות עצמה ובין האיסור על מה שעשוי להיות קשור בה – הטרדת הציבור או ניצול. שידול לזנות במקום ציבורי, באופן שבני אדם "מזן היישוב" אינם יכולים להימנע מלהיתקל בו, הוא טורדני ויכול להיאסר משום כך בלבד, בלי שתהיה בכך מצד החוק משום אכיפת מוסר. לעומת זאת, אין טעם כזה לאסור את העיסוק בזנות בשעה שאין הוא נעשה באופן המטיל את עצמו על אלה שאינם מעוניינים להיחשף לו. איסור כזה היה מבוסס קרוב לוודאי על "אכיפת מוסר", על השלטת רצונם של אלה הרואים בעיסוק בזנות דבר בלתי מוסרי ורוצים להכריח את כל הפרטים בחברה שלא לסטות מנורמות אלה שלהם. וכאן אומר הארט כי נכונות להיכנע לתביעה שכזו אינה יכולה להתיישב עם קבלת עקרון החירות, שכן פירושה של הכניעה הוא כי די יהיה אם כמה אנשים לא ירצו שמישהו אחר יעשה פעולה כלשהי כדי שפעולה זו אכן תיאסר, וזאת אף אין לאיסור צידוק כלשהו מלבד היותו מילוי רצונם של אותם התובעים כך.

על רקע מצב זה אולי אין פלא בכך שוועדת בן-ענתו, שדנה בהסדרה המשפטית של הזנות בישראל (ואשר הדין-וחשבון שלה עדיין מונח ומצפה לגואל),* רק מציינת את השאלה של מטרות המשפט הפלילי בפתח דבריה, אך מוצאת כי אין היא חייבת לענות עליה לצורכי המלצותיה. מטעמים שונים היתה הוועדה מאוחדת ברעה שאין להפוך

* לעניין זה, ראו את הערת רות גביוון באחרית-דבר למהדורה הזאת, עמוד 122.

את הזנות לעבירה פלילית. חילוקי דעות בין חבריה קיימים בשאלות יישום, כמו למשל האם יש לאסור כל צורה של חיים על רווחי זונה, מחשש ניצול.

הארט היה בוודאי פחות מרוצה מן המצב המשפטי בארץ לגבי יחסים הומוסקסואליים המתקיימים בין בוגרים מתוך הסכמה, במקום פרטי, וללא הטלת העניין על הציבור בניגוד לרצונו. כמה וכמה נסיונות לבטל את האיסור הזה בארץ נכשלו, ובדיקת הטיעונים נגד הביטול המוצע אכן מגבירה את החשש כי הסכנות שהארט מצביע עליהן הן אמיתיות. הטיעונים על הנזק הנגרם לחברה כתוצאה מהתנהגות כזאת אינם עומדים במבחן של ביקורת רציונלית. לא נעשה אצלנו ניסיון להתבסס על מחקרים אמפיריים ולהוכיח כי נזקים כאלה אומנם צפויים. מחקרים אמפיריים שנערכו במקומות אחרים מפריכים טענות אלה במידה רבה. הנזקים האמורים הם כמובן סבירים יותר מאשר אמירתו של הקיסר כי פעולות הומוסקסואליות גורמות רעידות אדמה ולכן יש לאסור אותן, אולם קנה-המידה של הרציונליות דורש סבירות גבוהה "קצת" יותר מזו. אולי ניתן לבסס טיעון כלשהו נגד ביטול האיסור על התנהגות הומוסקסואלית בין בוגרים מתוך הסכמה במקום פרטי; כל מה שאוכל לומר הוא שאני עדיין לא ראיתי אותו, וכי טיעון משכנע כזה לא הושמע במסגרת הדיון הציבורי בסוגיה זו בארץ (ואף לא במקומות אחרים). וכאן היא תרומתו החשובה של הארט: הוא מצביע על התנאים שטיעון כזה יצטרך למלא כדי לעמוד בדרישות: הוא יצטרך להצביע על נזקים – לאחרים, לחברה, או לאדם עצמו – הנובעים מהתנהגות כזאת (נזק שיהיה שונה מעצם העובדה שהתנהגות נאסרת על-ידי קוד דתי כלשהו, ושונה אף מן הנזק שנגרם לאנשים בשל עצם הידיעה שהתנהגות כזאת אינה צפויה לעונש), נזקים שוודאותם וחומרתם עולים על אלה הקשורים במה שנגרם לאותם פרטים שנטייתיהם הן דווקא כאלה המובילות

להתנהגות המוגדרת כעבירה על החוק הפלילי של החברה שבה הם חיים ורוצים לחיות.

ברור כי מסגרות דיון והבחנות אינן פותרות בעיות, וטעות תהיה לצפות שהן תוכלנה לעשות כן. הן מסייעות לנו לחשוב על נושאים בעייתיים, להציג את השאלות בצורה מועילה, ולהבין את השיקולים הכלליים היכולים להיות רלוונטיים לפתרון. בסוגיית הגבלת החירות, "נזק" (harm) היא מלת מפתח, שכן מניעת נזק היא טעם הקביל הן על הארט והן על דבלין להגבלת חירות. בכל הבעיות שלא נעלמו עדיין מעל סדר־היום של החברה האנושית יש מחלוקת אמיתית לגבי הנזק שבטיפוסי התנהגות מסוימים. מה שהארט תובע מאיתנו לקבל הוא כי הפנות והאמיתיות של המחלוקת, או אף עוצמת הרגשות הממשיים של הטוענים לצד זה או אחר, אינם יכולים להיות הפוסק האחרון בוויכוח. עמדה כזאת מחייבת אפשרות לזהות נזקים באופן בלתי־תלוי בעמדותיהם ובהערכותיהם של פרטים. הארט אינו מתייחס לנקודה זו בספרו, ומניח כי יש הסכמה המאפשרת שימוש במונח "נזק" בלי צורך לפרשו יתר על המידה. הדיונים בבעיות ספציפיות, וספרות ההמשך הרבה והמסתעפת לוויכוח דבלין־הארט, מורים לנו שניהם כי הנחה זו, שהיתה אולי בלתי נמנעת בהקשר של הרצאותיו של הארט, היא בכל זאת בעייתית. עבודה רבה חייבת להיעשות, הן בזיהוי הכללי של טיפוסי נזקים החייבים להילקח בחשבון ושל כאלה החייבים להיות מוצאים, והן במחקרים אמפיריים לגבי התוצאות של התנהגויות אנושיות מסוימות, כדי שנוכל להשתמש בקריטריון הנזק של הארט ולהיעזר בו בפתרון של בעיות ספציפיות.

טענה אחרת שאי־אפשר שלא להתייחס אליה בהקשר זה קשורה ביחס בין עמדתו של הארט ובין קבלת העיקרון הדמוקרטי. דבלין ואחרים תקפו את הארט (ואת מיל) על כך שעמדותיהם נוגדות את

הדמוקרטיה, שכן הן מחייבות דחיית עמדת הרוב מפני דעת המיעוט. זאת, למרות העובדה שמיל לחם באומץ ובעקביות בעד דמוקרטיזציה של השלטון, ולמרות העובדה שהארט והתומכים בעמדתו הם כולם ממגיניה של הדמוקרטיה הליברלית. רונאלד דבורקין טיפל בטענת חוסר הדמוקרטיה באומרו שהדמוקרטיה מחייבת אומנם הליכה אחרי השקפות הרוב, אולם רק אחרי אלה מבין ההשקפות של הרוב היכולות להיקרא "עמדות מוסריות" ולא אלה שאינן אלא רציונליזציות, אמונות טפלות, דעות קדומות או עמדות הנובעות מקבלה סתמית של שיפוטיהם של אחרים. במקרה של האיסור על התנהגות הומוסקסואלית בין בוגרים מתוך הסכמה, מאפשרת הבחנה זו את פתרון הבעיה: דבורקין גורס כי בחברה האנגלו-אמריקאית יש אולי רוב הסולד מהתנהגות כזאת, אולם אין מאחורי סלידה זו המשקל של עמדה מוסרית לפי הגדרתו. לפיכך, לא תהיה זו פגיעה בדמוקרטיה אם נבטל את האיסור, אף אם הביטול הוא בניגוד להערפות הרוב.

מיל והארט היו נוקטים אולי עמדה שונה במקצת. הם היו כנראה אומרים שאחד מן הצידוקים העמוקים ביותר לדמוקרטיה הוא הרצון להגן על חירות הפרט, וכי ההיגיון שבדמוקרטיה מבוסס על תמונת אדם שהוא רציונלי, ביקורתי ואחראי. אדם כזה יכול להיווצר רק במקום המאפשר לו חירות. באופן אידאלי, ההחלטות בדמוקרטיה צריכות להיות של אנשים עצמאיים, חושבים, המכירים את הרקע העובדתי בסוגיות שבהן מחליטים, ומטפלים בהן באופן ענייני. ייתכן כי תמונה זו היא נאיבית, וכי רוב הבוחרים אינם כאלה ואף לא יוכלו להיות כאלה. במקרים כאלה "רשאית" הדמוקרטיה האידאלית להגן על עצמה ולשריין את התנאים המבטיחים חירות בסיסית כך שלא יהיו כפופים לדעת הרוב בכל נקודת זמן. גם בלי לאבד את אופיין הדמוקרטי, יכולות בוודאי הדמוקרטיה להגן על עצמן מפני כוחות המאיימים לחסל את הדמוקרטיה על-ידי הרס המוסדות המקיימים אותה, וזאת גם

כשאתם כוחות פועלים באמצעות רצון הרוב ברגע מסוים של זמן. כך אף לגבי אותן חירויות יסוד שבלעדיהן הדמוקרטיה אינה יכולה להיות קיימת או להיות בעלת ערך. שלילת יכולתו של הרוב, ברגע מסוים של זמן, לעשות ככל העולה על רוחו, אינה עמדה לא־דמוקרטית.

מובן כי כל סטייה מן העיקרון של קבלת רצון הרוב, בכל נקודת זמן ועל כל עניין, מעוררת קושי מבחינת ההתאמה של הסטייה ויישובה עם העיקרון הדמוקרטי. אסור שניישב ונצדיק סטיות אלה באמצעות הבהרות של מושג הדמוקרטיה. הבעיה אינה מושגית אלא ערכית. היא בעיה מרכזית בכל ניסיון לחשוב על הצורה הנאותה להסדרת יחסים בחברה. הוויתור על פתרונה באמצעות ניתוחים מושגיים משמעו שגם אלה המחזיקים בעמדת דבלין וגם אלה המחזיקים בעמדת הארט ייאצו לדבר על החברה שהם רוצים בה, ולא יוכלו להסתתר מאחורי המטען האמוטיבי העצום שבו טעונה המלה "דמוקרטיה". כבר מיל הזהיר אותנו מפני הרודנות של הרוב. אזהרה זו ודאי שהיא אקטואלית במאה שלנו, כשהרודנויות של הרוב הן רבות ואכזריות, וכאשר חלק מן הצרות של העולם החופשי מיוחסות לבעיות כמו ניכור וחוסר הזדהות עם יחידות חברתיות. דווקא היום שוב אין זה מיותר לחזור ולהדגיש כי הזדהות עם החברה שבתוכה אדם חי אכן יכולה להימצא בכפיפה אחת עם רמה גבוהה של חירות אישית, וכי תרומות גדולות לחברה האנושית ולרוח האנושית נעשו דווקא בחברות "פתוחות" ועל־ידי פרטים שלחמו בעקשנות על זכותם שלא להיות כפויים במסגרות חברתיות.

המסורת אשר בשמה מדבר הארט היא המסורת ההומניסטית־ליברלית, המסורת המתרכזת באדם, בהתפתחותו ובצמיחתו, ומחזיקה בגישה שללא חירות – חזקה על התפתחות וצמיחה אנושיות אלה שתיפגענה. זוהי מסורת אנושית ארוכה ומכובדת, אך מסורת שתמיד היתה צריכה

להיאבק על מקומה. המאבק הזה עדיין נמשך, וקשה להניח שתיאמר בו מלה אחרונה, אף אם לי נדמה כי לא יכול להיות ספק בכך שחברה אנושית המקבלת את הנחות היסוד של מסורת זו תהיה חברה טובה יותר מחברה הדוחה אותן. ראיית האדם כיצור חושב, חש ומתכנן, שחלק ממשמעות קיומו הוא בהכרעות המוסריות שהוא עושה לגבי חייו, מתוך שקילה עצמאית של דפוסי חיים חילופיים ומתוך אוטונומיה – ראייה זו היא אבן-היסוד של המסורת ההומניסטית-ליברלית. ניתן להתווכח, כמובן, על השאלה כמה חירות צריך להותיר כדי שלא לחנוק אנשים כאלה, ובאיזה נקודות צריכה חירות כזאת להינתן. אבל עצם הדיון הזה כבר מבוסס על תמונת אדם שגישות אשר אין בבסיסן העניין הזה במימוש המשמעות של הקיום האנושי שוללות אותה, או שהן תופסות את המשמעות הזאת כמונחים שונים לחלוטין, שאינם מצריכים חירות כאבן-יסוד.

כמו כל העמדות הבסיסיות ביותר לגבי הקיום האנושי והיחסים הראויים בין הפרט והחברה, גם כאן קשה לדבר על הצדקות והוכחות. זהו יותר עניין של "אני מאמין". התעמתות הוגנת, עניינית ורצינית עם העמדות הבסיסיות של הזולת היא אחד מן הדברים שעמדתו של הארט מחייבת, אחד מן הדברים שהוא עצמו עושה, ודבר שחובה על כולנו לעשותו, בלי קשר למסקנה שאליה נגיע. דבלין עשה זאת, והגיע למסקנה החולקת על זו של הארט, לפחות בנקודות מסוימות. מבחינה זו, עמדתו של הארט אינה "הכרחית". אולם זו אינה חולשה בסיסית, שכן בתחום זה אין עמדות "הכרחיות". בין העמדות האפשריות, עמדתו של הארט היא – לגבי, כמו לגבי רבים – העמדה הראויה.

אולם זו אינה הנקודה היחידה העושה את הספר הזה לחשוב. הוא חשוב גם מפני שהוא מראה לנו, בהקשר מסוים, איך צריך להגיע לעמדות כאלה, ואיך צריך לטפל בעמדות אחרות: צריך להתייחס אליהן, לנסות להבין את העומד בבסיסן, ולנסות לשקול אותן לגופן.

ניתן כמובן לטעון כי אף במישור זה אין לקבל את קניי-המידה של הארט, וכי אלה הן בעיות שאי-אפשר, או אף לא רצוי, לקיים לגביהן דיון רציונלי, וניתן אף לטעון כי אין צורך לאתר את הנקודות השנויות במחלוקת ולהציג באופן מפורש את ההנחות העומדות בבסיס הטיעון. וזהו אולי המסר העיקרי והברור ביותר של הספר הזה: הוא מראה באופן ניצח, כי העמדה הזאת אינה קבילה ואינה יכולה להיות קבילה בבסיס לחיים אנושיים מהוגנים בחברה; כי יתרונותיה של צורת הדיון שהארט מציע הם ברורים, וכך או כך – קבלת עולה של צורת הדיון הוא המינימום שאנחנו חייבים לעשות כדי לבסס את "מותר האדם".

רות גביון

הפקולטה למשפטים

האוניברסיטה העברית, ירושלים