

מכתבים למערכת

מתח המוסר עם החוק — תשובה לפרופ' זמיר

מאת

דני חופר

א. מבוא

ברשימה פרי-עטו של פרופ' יצחק זמיר¹ המחבר מבקש להציע פתרונות למה שמכונה על-ידו

המתח בין התשובה הניתנת במישור המשפטי, לפיה תמיד חייב אדם לציית לחוק, לבין התשובה הניתנת לעתים במישור המוסרי, שבנסיבות מיוחדות היא עשויה למנוע אדם מלציית לחוק.²

הפתרונות של המחבר הם:

(א) חוקה, אשר תגביל את המחוקק ותמנע ממנו לפגוע באופן בלתי-צודק בחירויות האזרח, בקבוצות מיעוט ובעקרונות בסיסיים כמו השוויון בפני החוק.³

1 יצחק זמיר, "גבול הציות לחוק", גבורות לשמעון אגרנס (התשמ"ז) 119.
2 שם, בעמ' 124. במלה "לעתים" המחבר מבקש לתאר את השטחים שבהם המישור המוסרי והמישור החוקי צועדים להם במקביל זה לזה. — דבר המונע מהם נקודת-מפגש. בכך המחבר מגדיר למעשה את פוטנציאל הקונפליקט שבין החוק לבין המוסר — מסגרת הבעיה. יחד עם זאת, נראה גם כי מסגרת הבעיה שהמחבר עוסק בה מערבת בין מצפון לבין מוסר. ברשימה זו אין בדעתנו להתייחס למאפיינים השונים ואף לקונפליקט הנוצר בין שני מונחים אלה. בהקשר זה יצוין רק, שהשימוש של המחבר במלים "בנסיבות מיוחדות" נועד, כנראה, לתאר אמת-מידה ערכית נוספת לכך שהעדר מפגש בין המישור המוסרי ובין המישור החוקי אינו מחייב בהכרח שהמטרה המוסרית תקדש את האמצעי הבלתי-חוקי. לדעת המחבר, הכלל הוא דווקא שהמטרה החוקית תקדש את האמצעי המוסרי ורק "נסיבות מיוחדות" מצדיקות היסוכן של הכלל. עם כל הכבוד למחבר, אנו מסתייגים מכידה ערכית מיוחדת זו. פתרון יוריספרודנטלי, שנעדר לגשר בין התחומים שבהם המוסר והחוק לא צועדים יד ביד, אסור שיהיה קרדזם לחלוקת ציונים למתחם המוסרי. בכך המחבר מגלה חוסר-סובלנות לאותם עקרונות מוסריים שהמחבר לא השתכנע ממידת האמונה שהזולת עשוי להאמין בהם.

3 שם, בעמ' 125.

- (ב) לקבוע בחוק עצמו, מלכתחילה, הוראה המאפשרת להתחשב בסרבני מצפון.⁴
- (ג) אם מתברר כי החוק או הוראת מינהל יוצרים בעיה מצפונית של ממש לחלק מן הציבור, מן הראוי לבדוק אם יש אפשרות והצדקה לסלק או לצמצם את העימות המצפוני.⁵
- (ד) החיוב החל על אדם לסרב לפקודה בלתי חוקית בעליל.⁶
- (ה) הדרך של פירוש החוק על-ידי בית-המשפט במגמה לעשות את החוק צודק ומוסרי ככל שניתן.⁷
- (ו) הדרך של יישום צודק ומוסרי של החוק על-ידי רשויות השלטון, ובכלל זה גם על-ידי התביעה הפלילית, במסגרת שיקול הדעת שהחוק מעניק להן.⁸

דומה כי פתרונותיו של המחבר מערכבים בין מצוי ורצוי, בין רצוי אך לא מצוי ובין הרשויות שבידן הסמכות לבצע את הצמצום הרצוי. לפיכך — כפי שנראה להלן — אין כל בשורה בפתרונות המוצעים על-ידי המחבר.

ב. המישור החוקי והמישור המוסרי אינם נפגשים — מצוי ורצוי

הדעת, שלפיה המחבר מציג כאילו "השאלה מהו גבול הציות לחוק, ימיה כימי החוק", היא הצגה מוטעית של הבעיה. תורת-המשפט אינה מכירה כלל בלגיטימיות של שאלה שכזו. על-פי תורת-המשפט, גבול החוק וגבול הציות לחוק זהים: לחוק יש לציית. לפיכך, מתוך נאמנות לחובת הציות, שתה סוקרטס את כוס-הרעל, ומחויפו של הטעם הוציאו להורג את סיר תומס מור, כשסירב להכיר בעליונות המלך על הכנסייה באנגליה. בעניין זה גם לא שפר גורלו של העם היהודי, אשר קידש את השם כמחיר אמונתו. נמצא אפוא, שהשאלה מהו גבול הציות לחוק היא בתחום המוסר ולא בתחום המשפט. בעוד שהחוק אינו סובלני כלפי המוסר, המוסר דווקא כן סובלני כלפי החוק. לפיכך המוסר מכיר בחובה לציית לחוק, אם כי לא הכרה חד-משמעית. במישור המוסרי, השאלה מצטמצמת לאמת-מידה כמותית גרידא — עד כמה גדולה האמונה בעיקרון המוסרי, עד כדי נכונות לשלם את המחיר שהחוק קובע כמחיר הפרתו. טשטוש בין העיקרון המוסרי המכיר בחובה לציית לחוק לבין עיקרון מוסרי המנוגד לו הינו אנטי-

4 שם, שם. נראה מהקשר הדברים שבמלים "סרבני מצפון" המחבר מתכוון לסרבני מצפון בשירות הצבאי. עם כל הכבוד למחבר, זו גישה ספציפית במיוחד לקונפליקט היותר רחב שהמחבר קבע כמסגרת לרשימתו. זאת ועוד: סירוב מטעמי מצפון מאפיין רק את ההתמודדות הפסיבית, כשמבקשים לקדש את המטרה המוסרית על מזבח הדרך החוקית. אולם אין כל היגיון להעניק לאי-כיבוד פסיבי של החוק מעמד מועדף על אי-כיבוד אקטיבי של החוק.

5 שם, שם.

6 שם, בעמ' 126.

7 שם, שם.

8 שם, שם.

תיוה בתורת-המוסר ליחסי-הגומלין בין עיקרון אחד למשנהו. ביחסי-גומלין אלה תורת-המוסר מחייבת תשלום מחיר העדפת האמונה בעיקרון מוסרי אחד על-פני עיקרון החובה לציית לחוק. מי שאינו נכון לשלם מחיר זה אינו ראוי, ולפיכך לא זכאי, להעדיף את אמונתו על-פני עיקרון החובה לציית לחוק.

כאמור, יחסו של החוק כלפי המוסר מאופיין בחוסר-סובלנות כנקודת-מוצא. סובלנות החוק כלפי עיקרון מוסרי משמעותה הכרה בו, וממילא — מיווג החוק עם העיקרון המוסרי. במצב דברים שכזה אין כל קונפליקט בין החוק לבין העיקרון המוסרי. מכאן שגבול הציות לעיקרון המוסרי זהה לגבול הציות לחוק.

ג. המפגש הרצוי

החוק והחוק הרצוי הם שני עולמות שונים. ניתן, אולי, למצוא זהות בין החוק הרצוי לבין המוסר המצוי. אולם לא כאן פתרון הבעיה: הבעיה היא בין החוק המצוי לבין המוסר המצוי. לאלה נקודות-חפיפה, כאשר החוק ממזג אליו את העיקרון המוסרי שאותו הוא מבקש לאמץ. כך אירע לגבי הפתרון שהמחבר מאזכר ביחס לחיוב החל על אדם לסרב לפקודה בלתי-חוקית בעליל. כשהחוק הכיר בעיקרון זה, הצטמצמו המגמות הסותרות בין העיקרון המוסרי לבין החוק. אולם צמצום זה אינו צמצום מוחלט. כך, למשל, השלימות, שהמוסר שואף אליה, אינה מכירה אפילו ברעיון לציית לפקודה בלתי-חוקית סתם. מאידך גיסא, החוק אינו מתיר את שיקולי-הדעת הזה, למי שחלה עליו חובת הציות, לקבוע אם הפקודה חוקית היא או בלתי-חוקית. בעוד שהחוק בוחן את הדברים על-פי אמות-מידה פורמליות, תורת-המוסר מודרכת אך ורק על-פי אמות-מידה מוסריות. אנו רואים אפוא שלתורת-המוסר ולתורת-המשפט מגמות, יעדים, מטרות, וממילא — נקודות-מוצא, אשר מקצתן מקבילות, מחד גיסא, ויתרתן חופפות, מאידך גיסא. הניגודים שהמיתחמים המקבילים יוצרים הינם, כאמור, נשוא הבעיה. לפיכך הפתרונות של המחבר ביחס לחוקה שתגביל את המחוקק, או מחוקק שיהיה יותר עירני לעקרונות המוסריים הינם פתרונות שמטרתן ליצור מצב רצוי שבו החוק והמוסר יתמזגו. אולם רק מיווג מוחלט של העקרונות המוסריים עם החוק יביא לפתרון המגמות הסותרות.

ארבעת השיקולים שהמחבר מביא לכך שרצוי לצמצם ולהחליש במידת האפשר את העימות שבין החוק לבין העקרונות המוסריים⁹ אינם אלא ארבעה מתוך מספר רב יותר של שיקולים אשר ראוי לקחת בחשבון אצל מי שעיסוקו בחקיקה או באכיפת החוק. באופן יותר תמציתי פרופ' רות גביוון מתארת את הבעיה:

רוב האנשים אינם יכולים להיות קדושים או גיבורים ולהתנגד לחוקים בלתי מוסריים בעליל. חובתנו היא לכן לעשות כל שביכולתנו כדי למנוע חקיקתם של חוקים כאלה.¹⁰

9 שם, בעמ' 125.

10 ר' גביוון, "עשרים שנה להלכת ירדור", נבחרות לשמקין אנרנט (התשמ"ז) 145, 213. פרופ' גביוון רואה את חזות הבעיה רק לגבי חוקים בלתי-מוסריים בעליל, כדוגמת

זאת ועוד: הקושי העיקרי ביישום היאמה למוג את העקרונות המוסריים עם החוק. גובע דווקא מהיות העקרונות המוסריים מעין תורה שבעל-פה, שהערפול לגביהם גדול מהברור. מהיות המוסר תורה אלסטית במהותה, היא משתנה כמעט מאדם לחברו, כאשר קווי-השוני מתבהרים והולכים ככל שמוגדרות והולכות הקבוצות האתניות, התרבותיות והדתיות המבקשות לסמוך את דרכן על מה שמכונה על-ידן כעקרונות מוסריים—אמונה—צו-המצפון-מוסר. לפיכך, לאמיתו של דבר, נקודת-המוצא, למי שעוסקו בחקיקה או באכיפת החוק, צריכה להיות אותה נקודת-מוצא שהביאה למעשה את החברה לקבוע כללי התנהגות למרכיביה. במקור נקודת-המוצא היתה בניעת התנגשות בין אדם לחברה. נקודת-מוצא זו נועדה לתת פתרון לאותו סדר חברתי שהחברה בחרה לעצמה מול החופש המוחלט שקדם לה¹¹. ההתפתחות התרבותית הביאה אתה גם שאיפות, ובמידה מסוימת יומרות, שהרחיבו את הסדר החברתי. ככל שהסדר החברתי הורחב, כך הוא הלך והתרחק מהעיקרון המוסרי המבוסס על שני אדנים. מחד גיסא, סובלנות, ומאידך גיסא, חובה לציית לחוק, כגורם שנועד לאזן את האנרכיה הצפויה מסובלנות מוחלטת. מכאן, שלאמיתו של דבר מי ששואף לצמצם את המתח שבין החוק למוסר, צריך פשוט להיזכר בנשכחות. ככל שהמחוקק ירחיב את הסדר החברתי, כך הוא צפוי להרחיב את המתח שבין החוק למוסר, שנוצר, כידוע, מנקודות-המוצא השונות של החוק והמוסר. בעוד שנקודת-המוצא של החוק נועדה להכתיב לאדם את דרך התנהגותו, וככזו היא חסרת-סובלנות כלפי מי שמאמינים בהתנהגות אחרת, הרי שנקודת-המוצא של המוסר היא סובלנות מוחלטת ובלבד שההתנהגות נשוא הסובלנות לא תפגע בזולת. מהי התנהגות הפוגעת בזולת — זו למעשה השאלה הנצחית, שהתשובות לה הן כמעט כמספר בני-האדם. מכאן, שאקלים חברתי המבוסס על שלטון הרוב צריך לקחת בחשבון את אותם אלמנטים פיקטיביים ששלטון הרוב מבוסס עליהם, כמו גם את מרחב המחיה הראוי למיעוט. יחד עם זאת, אותו מיעוט הינו למעשה קבוצה בלתי-ניתנת לזיהוי, שכן היא משתנה ללא קץ, לפי הפתרון החברתי שמציב כלל ההתנהגות נשוא החוק, בתוקף שלטון הרוב. מאידך גיסא, גם מה שמכונה הרוב הינו למעשה קבוצה בלתי-ניתנת לזיהוי, שכן אף היא משתנה ללא קץ, לפי הפתרון החברתי שמציב אותו כלל התנהגות. מכאן שהאיוון הרצוי הוא כה מורכב עד שיניתן לכנותו, מחד גיסא, כאמנות, ומאידך גיסא, כאוטופיה. הפתרונות המוצעים על-ידי המחבר, כמתואר בראשית רשימה זו, נועדו אפוא לשרטט קווים מנחים להגשמת אמנות אוטופית זו.

הפתרון השיפוטי שנקבע לעניין החובה לסרב לציית לפקדה בלתי-חוקית בעליל. קשה לתמוך בגישה זו, המבקשת לפתוח אך צוהר בניגוד המגמות שבין החוק לעקרונות המוסריים. לדידנו, גישה שכזו שווה לפתרון שבית-המשפט העליון בארצות-הברית מצא לבעיית הפורנוגרפיה: אין הוא יכול להגדירה, אלא לגבי כל פורנוגרפיה שחוצג בפניו למעשה.

11 לאמיתו של דבר, גם בתקופת החופש המוחלט היה סדר חברתי, שהתבסס על הכוח במובן זה שהחוק יותר פתח את ההתנגשות החברתית בכוחו-הוא. כידוע, פתרון זה נחשב כבלתי-צודק.

ד. הרשות/הסמכות הראויה לבצע את המפגש הרצוי

כפי שראינו, כדי שיתרחש מפגש רצוי בין החוק ובין המוסר, הרי שאחת משניים: או שהמחוקק יימנע מלהרחיב את הסדר החברתי או שהחוק יאמץ את העקרונות המוסריים, אשר אלמלא כן היו מתנגשים עם החוק ויוצרים את המתח נשוא הבעיה. הפתרון להחלשת המתח שבין המוסר לחוק או להכחדתו, מקומו בחוק. לפיכך חוק הסותר עיקרון מוסרי או נמצא במתח אתו, נשאר צודק בזכות הרוב הפיקטיבי העומד מאחוריו. ניסיון לשפץ את החוק (על-דרך הפרשנות-חקיקה שיפוטית, על-דרך מדיניות התביעה הכללית או מדיניות מנהלית אחרת) כדי להתאימו לעיקרון המוסרי או ליישב אותו עם עיקרון שכזה לא יהפוך את החוק לצודק יותר מהבחינה המוסרית. במקרה כזה החוק יתמוג או יתקרב יותר לעיקרון המוסרי נשוא המתח, אולם, מאידך גיסא, יהיה מגוד לעיקרון המוסרי שלחוק יש לציית; וחובת הציות לחוק היא נחלת כל אדם, ועל-אחת-כמה-וכמה נחלת השופט ובעלי-השררה האחרים, אשר נאמנותם לחוק צריכה להיות בבחינת דוגמא אישית לאדם.

מבחינה זו, רשויות-השלטון אינן רשאיות לאמץ לעצמן סתומים לשחרור המתח שבין העיקרון המוסרי ובין החוק. שיקול-הדעת שהחוק העניק לרשויות-השלטון לא נועד לאפשר להן לאמץ סדר חברתי שאינו מתיישב עם הסדר החברתי שהחוק אימץ, אפילו יש בכך כדי לשחרר את המתח שסדר חברתי זה יצר עם העיקרון המוסרי. אימוץ אמות-מידה שכאלה יש בו כדי להסיג את גבול שיקול-הדעת של המחוקקים; קל-וחומר שאין זה ראוי כי התביעה הפלילית, אשר כל-כולה מורכבת מפקידים ממונים, תאמץ לעצמה סדר חברתי משלה, וזאת בשמו של העיקרון המוסרי המועדף על-ידה. נהפוך הוא: במקרה כזה על התביעה הכללית, כמו גם על השופט, למצות את הדין. במחיר זה עשויים המחוקקים לחוש את מתח החוק והמוסר, וכתוצאה מכך אנו עשויים לזכות לחוק צודק יותר, כמידת המתח שהתנגשות זו יצרה אצל המחוקקים. כל דרך אחרת, כגון הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנושא משכב-זכר¹², הפלות מלאכותיות או הוראות לפנים משורת-הדין¹³, יש בה כדי להרדים את המחוקקים שהסדר החברתי וגבולותיו הינו בתחום אחריותם הבלעדית. הפתרונות נשוא הדרכים החלופיות הינם אנטי-דימוקרטיים וריאקציונריים, ובכך לבד הם סותרים את העיקרון המוסרי המחייב אותם בנאמנות לחוק המסמך.

ה. סיכום

מתח המוסר עם החוק אינו עניין לפתרון שיפוטי או מנהלי, אלא עניין למחוקק. מתח זה ישרור ככל שהמחוקק יכול בסדר החברתי שלו גם התנהגויות שאין בהן כדי לפגוע בזולת. השאלה מתי התנהגות הפוגעת בזולת תישאר — כך גראה — בנצחיותה. מי שבכל-זאת מבקש לתת תשובה לשאלה נצחית זו, עיסוקו אמנות ולא משפט.

12 דומה, כי אילו המחוקק היה מגביל את האיסור על משכב-זכר למעשה הפומבי, המתח בין העיקרון המוסרי לבין האיסור החוקי היה נעלם. כיום מתח זה נשאר, אולם הוא התאדה באופן מלאכותי בשל הנחיה של היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין למרות האיסור שבחוק.

13 ע"א 831/76 ל"י ואח' נ' פקיד השומה, חיפה, פד"י (לכ) (1), 421.

