

Zuzenbidea, askatasuna eta moralitatea*

HART, H.L.A.



Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) etorkin juduen sendi bateko semea zen. Bradford Grammar School eta New College Oxforden egin zituen bere ikasketak, eta emaitza bikainenekin gainera. 1932tik 1940ra bitartean *Chancery Bar*-ean aritu zen praktikak egiten, gerora Lord izango zen Richard Wilberforce-ren alboan. Gerra garaian filosofiarako interesa piztu zitzaion, eta irakasle lanetan hasi zen Oxfordeko New Collegen. 1952an Oxfordeko Jurisprudenzia katedra eskuratu zuen, eta bertan jarraitu zuen 1969ra arte. Bere lanik ezagunenak *The Concept of Law* (1961), *Law, Liberty and Morality* (1963), *The Morality of the Criminal Law* (1965), *Punishment and Responsibility* (1968), eta *Essays on Bentham* (1982) ditugu.

I.

Liburu honetan, Zuzenbidearen eta moralaren arteko harremanaren alderdi zehatz bat aztertuko dut. Alderdi zehatz bat, bai, jendea askotan ez baita konturatzen alderdi ezberdin asko dauzkala Zuzenbidearen eta moralaren arteko harremanak. Has nadin, bada, bien arteko bereizketa azaltzen, eta zehazki aztertuko dudana lantzen.

Lehenengo galdera historikoa da, kausala: inolako eraginik izan al du moralak Zuzenbidearen bilakaeran? Erantzuna garbi dago: "bai". Baina alderantzizko galderari ere –hots, inolako eraginik izan al du Zuzenbideak moralitatearen bilakaeran?– baiezkoko erantzuna eman beharko genioke. Bigarren galdera honen inguruan ez da ikerketa sakonik egin, baina lehenengoaren inguruan, aldiz, azterlan bikain ugari prestatu dituzte amerikarrak eta ingelesek, moralitateak Zuzenbidearen bilakaeran nola eragin duen azaltzeko: zeharka eta pixkanaka batzuetan (prozesu judizialen bidez), eta zuzenean eta bat-batean besteetan (legeen bidez). Ez naiz galdera historiko kausal honekin gehiago luzatuko, baina gauza bat esan nahiko nuke: galdera honi nahiz alderantzizkoari baiezkoko erantzuna emateak ez du esan nahi Zuzenbidearen eta moralaren arteko loturaren inguruko galdera guztiei beti baiezkoko erantzuna eman behar diegunik.

Bigarren galdera, analitikoa edo definizionala izango litzateke: Zuzenbidearen definizioak eduki behar al du moralitatearen zantzurik? Kasualitate hutsa al da Zuzenbidea eta morala maiz bat etortzea –indarkeria eta lizunkeria mota batzuk gaitzestean adibidez–, eta biek ala biek esku-bide zein betebeharrei eduki berbera ematea? Galdera hauek sarri askotan egin izan dira Zuzenbidearen filosofiaren Historian zehar, baina eskaini zaien denbora eta beren inguruan egin diren azterlanak ikusita, pentsa liteke ez direla hasiera batean ematen duten bezain garrantzitsuak. Eztabaida oraingoz piztuta egotearen arrazoiak bi dira: batetik, hitz handioso baina lausoak erabili izana ("Positibismoa" eta "Zuzenbide Naturala", adibidez). Alde bateko zein besteko iritzi taldeak sortu dira eztabaida sonatu eta korapilatsu honen inguruan. Bestetik, Zuzenbidearen definizio jakin bat egokia ote den erabakitzeke irizpideei buruz ezer gutxi aurreratu izana. Pertsona normal batek "Zuzenbidea" edo "ordenamendu juridikoa" bezalakoak aipatzean zer esan nahi duen adierazi behar al du definizio on batek? Ala, fenomeno batzuk besteetatik bereiziz, teorizatzaileentzat erabilgarri edo argigarria izango den sailkapen bat egiten lagundu beharko luke?

* HART, H.L.A. "Zuzenbidea, askatasuna eta moralitatea", In: *Eleria. Euskal Herriko Legelarien Aldizkaria*, 7. zkia. Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2001; 89-111 or. Itzultzailea: Koro Garmendia (Iturria: *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1984)

Hirugarren galdera: kritika moralik egin al dakioke Zuzenbideari? Arau bat juridikoki baliozkoa izateak kritika moraletatik salbu uzten al du? Irakurle batzuei, agian, kontraesan modukoa irudituko zaie juridikoki baliozkoa den arau bat printzipio moralekin gatazkan egon daitekeela esatea —esaterako, printzipio moralak arau juridikoak agintzen duen portaeraren aurkakoa eskatzen duenean—. Kelsen-en¹ esanetan, logikoa da kontraesana egotea, kasu batean izan ezik: pertsonak Zuzenbidea obeditzeko eta, beste batzuetan, printzipio moralari jarraituz, Zuzenbidea desobeditzeko joera daukanean.

Hirugarren galdera honen baitan, azpigaldera asko sortzen dira. Zuzenbideari kritika morala zuzen dakiokeela onartu arren, ikusi egin behar da eksklusiboki Zuzenbideari zuzentzen zaion kritika moralik existitzen ote den. Kritika juridikoak kritika egiteko aukera guztiak barnebiltzen al ditu? Desberdinak al dira “Zuzenbide ona” eta “Zuzenbide zuzena”? Lehenengoa zabalagoa al da, apika? Justizia, Bentham-ek esan bezala, ongizatea ahalik eta modu egokienean banatzeari ematen zaion izen bat besterik ez da? Horretara mugatzen al da? Utilitarismoa instituzio sozialak moralki kritikatzeko egokia ote den aztertuko dut jarraian.

Laugarren puntuak azterlan honen muina biltzen du; moralitatea legez inposatzearen ingurukoa baita. Galdera ugari egin daitezke honen inguruan: nahikoa al da jarrera bat gehiengoaren ustez inmoral izatea, Zuzenbideak jarrera hori zigortzeko? Moralki onargarria al da moralitatea inposatzea? Inmoralitateak delitu izan behar al du?

Galdera honi ezezko biribila eman zion John Stuart Mill-ek *On Liberty* liburuan, duela ehun bat urte. Esaldi ezagun batean laburbildu zuen liburuaren doktrina nagusia:

“kasu bakar batean inposa diezaioke elkarte zibilizatu batek bere nahia pertsona bati bere borondatearen aurka: beste pertsona batzuri kalteak ekiditeko helburua duenean²”.

Zera zioen inposaketa hauei buruz:

“ongizate fisiko eta morala alegatzea ez da nahikoa. Ezin da pertsona bat zerbait egitera edo ez egitera behartu, beretzat onena hori izango dela, horrela jokatzeko zoriontsuagoa egingo duela, edo besteen iritzian egokiena hori litzatekeela argudiatuz³”.

Millen ustez, “*gaitasun osoa daukaten pertsona helduei*” bakarrik aplika dakieke doktrina hau; beraz, ez haurrei, eta ezta atzeratuei. Baina ikuspegi honek kritika asko jaso ditu juristen aldetik. Batzuek argudiatu dute ezin dela Zuzenbideak arau ditzakeen eta ezin ditzakeen ekintzen artean bereizi, “gizakia ez delako isolatuta bizi”, eta beraz, egintza batean ezinezkoa delako inori kalterik sortzen ez dion ekintzarik aurkitzea, edo ekintzaren egileaz gain beste inor kalteko ez duena. Beste kritikari batzuek diote egin daitekeela ekintzen arteko bereizketa hori, baina dogmatikoa dela hertsapena kaltegarriak izan daitezkeen ekintzetara mugatzen duen Millen teoria. Hauen ustez, arrazoiak egon badaude moralitate sozialaren arabera jokatzeko, eta moralitate horretatik aldentzen diren jarrerak, inor kaltetu ez arren, zigortzeko.

Batik bat moralitate sexualaren topikorantz bideratuko dut eztabaida. Hasiera batean, logikoa dirudi sexu ekintza batzuk, besteei kalterik sortu ez arren, arau batzuren arabera inmoralizat jotzea, baina, gaizki ulerturik sor ez dadin, esan beharra daukat ez dudala Millek esandako guztia defendatuko, zeren eta, nire iritzian, hertsapena erabiltzeak izan dezake hirugarrenei kalterik ez sortzea ez beste justifikazio bat. Edonola ere, nire ustez arrazoiak dauka moralitatea inposatzeko beharraren oinarrian. Jakina, posible da gizarte batek bere moralitatea legez inposatzeko justifikaziorik behar ez izatea —moralitate hori inposatu egiten da, eta kito—, baina Millen aurkako kritikak ez dira horren aurren

1. KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*; 374-376 eta 407-410 orr.

2. *On Liberty*, 1. atala.

3. *Ibid.*

isilik geldituko. Argudio asko eman dituzte moralitatea inposatu beharra justifikatzeko, baina, azalduko dudan bezala, edo funtsik gabeko baieztapenak dira, edo adierazpen anbiguo, lauso edo zehaztugabeak izanik, kritikatzera mugatzen dira. Dena den, ezin da erabat hutsalak direnik ere esan.

Azken urteotan garrantzi handia hartu du Ingalaterran Zigor Zuzenbideak inmoralitatea zigortu beharko ote lukeenaren inguruko gaiak. Berpiztu egin da *legezko moralismoa* dei genezakeenaren inguruko auzia. Epaileek, bai beren jarduera judizialean, bai epaitegitik kanpo egindako adierazpenetan, ahal duten guztia egin dute sexu moralitatea Zuzenbidearen berezko arlo bat dela frogatzeko –epaile baten hitzetan, traizioa zigortzea bezain berezkoa–. Ez dago oso argi zerk eragin duen legezko moralismoaren berpizkunde hau; faktore askok ziur aski. Agian, inmoralitatea zigortzen duten zehapenak gogortzea delituen hazkunde kezkarriari erantzuteko bide bat izan daitekeela pentsatu dute. Berpizkunde honen zioa edozein delarik ere, epaileen jarrera urrunegi iritsi da. Lorden Ganberak⁴, iaz, *Shaw* kasuan⁵, “moral publikoa okerbideratzeko konspirazioak” Zuzenbidearen aurkako irainak zirela adierazi zuen. Ondorioz, Lord Mansfield-ek 1774ean adierazitakoan oinarrituz ebatz ditzakete Ingalaterrako fiskalek beren arazoak, *Shaw* kasuko epaile batzuek egin bezala:

“Gure Zuzenbideko printzipioek debekatu egiten dute *contra bonos mores et decorum* oro, eta Errege Auzitegiak, zentsore nagusia eta moral publikoaren zaintzailea izanik, ekidin eta zigortu egin behar ditu ekintza horiek⁶”.

Egia da Kaliforniako Zigor Kodeak, Ameriketako Estatu Batuetako beste Estatu askotakoek bezala, delitutzat jotzen duela moral publikoa okerbideratzeko konspiratzea. Amerikarrei arraroa gerta dakieke Lorden Ganbera ingelesarentzat gauza berria izatea jokaera hori delituen artean sartzea. Amerikarrak ohituta daude beren araudietan aplikatu ere egiten ez diren txikieria legalak sartzera, baina ingelesak ez. Ziur nago Kalifornian hutsaren parekoa dela moral publikoa okerbideratzeko konspirazioa delitu gisa kontsideratuta egotea. Ez ordea Ingalaterran. Horregatik, merezi du *Shaw* kasuko jurisprudentzia gaur egun nola aplikatzen den eta Lorden Ganberak etorkizunean nola aplikatuko duen aztertzea.

Shaw kasuko inguruabarrak ez ziren auziperatuarekiko sinpatia gehiegi sentitzeko modukoak. Akusatuak *Ladies Directory* izeneko aldizkaria prestatu eta argitaratu zuen, non emagalduen izen eta helbideak, biluzik agertzen zireneko argazkiak eta, kodetuta, beren jardueraren berri ematen zen. Ondorioz, hiru delitu leporatu zizkion auzitegiak *Shaw* jaunari: (1) artikulua lizun bat argitaratu izana, (2) emagalduek *Ladies Directory* aldizkarian iragartzearren ordaintzen zutenaren kontura bizitzea, (3) eta, aipatutako aldizkariaren bidez, moral publikoa okerbideratzeko konspiratzea.

Shaw kondenatu eta espetxeratzeko estrategia bat dirudi honek guztiak, baina Zuzenbide ingelesa beti izan da ñabardurazalea. Lorden Ganberako epaileek ez zioten moral publikoa okerbideratzeko konspirazioa delituen artean sartzeko proposamenari inolako objektiorik ipini; are gehiago, epaile bat izan ezik (Lord Reid), gainerako guztiak bat etorri ziren delitua Zuzenbide ingelesen barnebiltzea proposatu zuen fiskalarekin. Ez hori bakarrik: epaile ingelesak lege politikan ere sartu ziren erabaki horren garrantzia azpimarratzeko, eta gutxitan egiten dute halakorik.

Zera adierazi zuen Lord Simonds epaileak –Lord Chancellor⁷ ohi batek–, Zigor Zuzenbide berriaren beharra azpimarratzeko:

4. Ingelesez, *House of Lords* (itzultzailearen oharra).

5. (1961) 2 A.E.R. 446. (1962) A.C. 223.

6. *Jones v. Randall* (1774). Lofft; 385 or.

7. Ingalaterra eta Galesko Justizia Administrazioako burua, eta Lorden Ganberako presidentea. (Itzultzailearen oharra).

“Aspaldi abolitu zen *Star Chamber*⁸. Lord Mansfield-ek adierazi zuen Errege Auzitegia *custos morum* zela, eta *contra bonos mores* delituak ikuskatzea zegokiola. Horrekin esan nahi zuena zen Auzitegiak botere erresidual bat zeukala; *Common Law*-k ongizatea kaltezen duten delituak ikuskatzeko ematen ziona hain zuzen ere. Parlamentuak normalean azkar onartzen ditu gizartean ikusmira sortzen duten gaiei buruzko arauak, baina beti izaten dira hutsuneak, inor ez baita zitalkeriak ordena publikoa nola aztoratuko duen aurreikusteko gai. Adibidez, demagun etorkizunean jada ez direla delitutzat jotzen helduen arteko praktika homosexualak, beren arteko adostasuna dagoenean. Ez al litzateke delitua izango halako praktikak, lizunak ez izan arren, errotulu eta iragarkien bidez publikoki babestu eta sustatzea? Parlamentuak egoera hori noiz aztertuko zain egon beharko al dugu? Nire iritzian, *Common Law* ez baldin bada horrelako gauzak eraentzeko gai, ez genuke Zuzenbide hori obeditzen jarraitu beharko. Dena den, oraindik ere balio duela pentsatzen dut. Gure Maiestatearen epaileei dagokie Lord Mansfieldek esleitu zien zeregina betetzea⁹”.

Horra hor Ingalaterrako epaileek modu zaharkituan egindako erretolikaren adibide on bat, beste epaile batzuek, zahartasun horretan oinarrituz, *obiter dicta* kontsideratu ahal izango dutena. Hala ere, Lorden Ganberak moral publikoa okerbideratzearen figura zehaztugabe eta ilunari emandako interpretazioa oso ongi etorri da inmoralitatea zigortu ahal izateko, praktikan ez baitago “konspirazio” edo “korrupzioa” bezalakoak aurreikusteko mugarik. Lord Reidek esan bezala, hitz hauek nolabait “disolbatu” egin dira, eta honen inguruan frogatu behar dena da akusatuak, epaimahaiaren ustez, “moral okerbidera”¹⁰ zezakeen zerbait egin edo esateko asmorik bat ote zeukan. Ez da beharrezkoa moralitate hori “publikoa” izatea; aski da gizarteak ontzat ematen duen moral bat izatea.

Ingalaterrako juristek oraindik ez dute *Common Law*-ko delitu zabal honen eta moralitate sexualari lotutako delituen arteko lotura aztertu, baina kontua da autoritate fiskalak, orain, *Common Law*-ko delitu honetaz aprobeitza daitezkeela araudiak ezarritako oztopoak gainditzeko. Gogoan izan iaz Ingalaterran D.H. Lawrence-ren *Lady Chatterley's Lover* liburuaren argitaratzaileen aurka izandako prozesu penala, non azkenean errugabetzat jo baitzituzten akusatuak. Prozesu hartan aplikatutako araudiak¹¹ erakusten duenez, zientzia, literatura, arte edo irakaskuntza arloko argitalpenak jendearen onerako direla frogatuz gero, ez da deliturik egongo. Eta, kasu hartan, aho batez onartu zen liburuak interes horiei erantzuten ziela. Argitaratzaileek liburuaren bidez moral publikoa okerbideratu zutela deklaratu izan balu epaiak, liburuaren meritu literario edo artistikoa ez zatekeen aintzat hartu ere egingo. Era berean, Parlamentuak azkenaldian onartu dituen legedietan prostituzioa delitutzat jo ez bada ere –nahiz eta delitu izan prostituzioa kalean edo leku publiko batean praktikatzea¹²–, printzipioz Auzitegiek ez daukate, Shaw kasuko doktrina jarraituz, Parlamentuak egin ez duena egiteko oztoporik. Eta esana dut hori gertatuko denaren beldur naizela¹³.

Bi gauza esan daitezke Auzitegia *custos morum* edo “moral publikoaren zaintzaile nagusia” izatearen ideari epaileek Shaw kasuan eman dioten garrantziaren inguruan. Batetik, estrategia politiko bat izan zela ideia hori berpiztea, aurreko kasuak ikusita –aurrekinaren doktrina ingelesari jarraituz– bazegoelako beste epai bat emateko aukera ere. Eta bestetik, epaileak ia edozer egiteko prest zeudela –hau da, beste balio batzuk sakrifikatuzko prest– Auzitegiei *custos morum* funtzioa ematearren, eta, ondorioz, sakrifikatu egin zutela legezketasun printzipioa –zeinaren arabera, ahalik eta zehatzen finkatu behar diren delitu penalak, aldeztu aurretik ahalik eta ziurtasun handienarekin jakiteko zein ekintza diren delitu eta zeintzuk ez–. Shaw kasuko epaiaren ondorioz, epaimahaiak *ex post facto* inmoralizat jotzen duen kooperazio oro delitu izango da. Jurisprudentzia moderno europarrean, nazien garaiko araudi alemanean aurkituko genuke honen parekorik hurbilena, non “Zigor Zuzenbidearen eta herritarren sentimenduaren arabera” zigorra merezi zuen ekintza oro zigortzen zen¹⁴. Millek norbanakoaren askatasunaren

8. Ingalaterrako Justizia Auzitegi bat, Tudor eta Stuart-en garaian indarrean egon zena. 1641ean abolitu zen. (Itzultzailearen oharra).

9. *Shaw v. Fiskalburua* (1961) 2 A.E.R.; 452-453 orr. (1962) A.C.; 268 or.

10. (1961) 2 A.E.R.; 461, 466 orr. (1962) A.C.; 282 or.

11. *The Obscene Publications Act* (Argitalpen lizunaren araudia) (1959).

12. *The Street Offences Act* (Kaleko Delituen Araudia), 1959.

13. *Manchester Guardian*, urtarrilaren 31, 1962; *Weisz v. Monahan* kasuari buruzko iruzkina (1962) 2 W.L.R. 262. Ikus baita *Quinn* (1961) 3 W.L.R. 611.

14. Ekainaren 28ko Akta, 1935.

eremuan sartzeagatik arbuatuko luke Shaw kasuan aplikatutako Zuzenbidea, eta Benthamek¹⁵, berriz, ziurtasun juridikoaren printzipioa urratzeagatik eta “*ex post facto* Zuzenbidea” delakoa izateagatik¹⁶.

Shaw kasuan badira beste hainbat gauza interesgarri, baina. Azken batean, zer esan nahi du *moralitate*a okerbideratzeak? Honen inguruko gogoetak gerorako utzi, eta noan Ingalaterran eztabaida piztu duen beste gai bat jorratzera, Zuzenbideak moralitatea inposatzearen ingurukoa. Jokoa dauden printzipioak zeintzuk diren argitzeko asmoa dauka.

Ingalaterran ezerosotasun handia sortu du luzaroan prostituzioa eta homosexualitatea zigortzen dituen legediak. 1954an, legedi horren egoera aztertzea eskatu zioten Wolfenden izeneko batzordeari, eta 1957ko irailean kaleratu zuen honek bere txostena¹⁷, non araudian hainbat aldaketa egitea gomendatzen baitzuen. Homosexualitateari dagokionez, pertsona helduek pribatuan eta beren arteko onespenearekin egindako praktika homosexualak delitu ez kontsideratzea gomendatzen zuen (12 boto alde, 1 kontra). Prostituzioari dagokionez, berriz, legez kanpoko kontsideratu beharko ez litzatekeen arren, “kaleetatik baztertu” egin beharko litzatekeela adierazi zuen, hiritarren artean ezerosotasuna sor zezakeelako. Batzordeak prostituzioari buruz luzatutako gomendioak aintzat hartuz¹⁸, Gobernuak araudi berri bat sortu zuen; homosexualitateari buruzko iradokizunak, ostera, ez zituen kontuan hartu. Azken honi buruzko araudian aldaketak egiteko saioek ez dute, oraingoz, arrakastarik izan.

Wolfenden Batzordearen gomendioek izandako oihartzuna baino gehiago, gomendio hauen oinarrian zeuden printzipioak axola zaizkigu guri. Millek bere *On Liberty* liburuan azaldukoen antza handia daukate gainera. Honela dio Batzordearen Txostenaren 13. puntuak:

“(Zigor legediaren) funtzioa, ordena publikoa eta duintasuna mantentzea, eta hiritarrak ekintza iraingarri edo kaltegarrien aurrean nahiz esplotazio edo okerbideratzearen aurrean babestea da. Adinagatik edo baldintza fisiko nahiz psikikoengatik ahulenak direnak babestu behar ditu batik bat”.

Nagusiki ideia honetan oinarritu zen Batzordea prostituzioaren gaineko gomendioak luzatzeko. Bere iritzian, araudiak ekidin egin beharko zukeen prostituzioa jendaurrean praktikatzeko sor zezakeen ofentsa, baina prostituzioa bera ilegalizatu gabe. Helduen arteko praktika homosexuali dagokionez, Txosteneko 61. puntuan adierazitako printzipioan oinarritzen zen legedia arintzeko gomendioa: “*Hitz gutxitan, eta garbi esanda, moralitateari eta inmoralitateari dagokienez, beharrezkoa da Zuzenbideak ukituko ez duen eremu pribatu bat egotea*”.

Ingalaterran jazotako gertakari honek Ameriketara ere izan zuen parekorik. 1955ean, *American Law Institute*-k, Zigor Kodearen aurreproiektua prestatzerakoan, gomendio bat luzatu zuen: Zigor Zuzenbidea ez zedila sar helduek pribatuan eta beren adostasunarekin izaten dituzten harremanetan. Printzipio hauetan oinarritzen zen horretarako: “*helduen arteko praktika sexual atipikoek ez diete gizartearen interesei kalterik egiten*”¹⁹, eta “*Estatuak ez luke inori kalterik sortzen ez dioten gai pertsonaletan esku hartu beharko. Eta gai hau, hain zuzen ere, ukitu beharko ez liratekeen horietakoa da*”²⁰. Batzarrak, hala ere, atzera bota zuen aipatutako Institutuko Aholku Batzordeak emandako gomendioa. Dena den, 1955eko maiatzean Washingtonen egindako urteroko bileran,

15. *Principles of the Civil Code*, 1 zatia, 17. atala.

16. Shawren kasuak hainbat kritika jaso ditu: WILLIAM, Glanville. “Conspiring to Corrupt”, in: *The Listener*, abuztuaren 24a, 1961; 275. or.; Hall WILLIAMSEK “eromen judiziala” deitu zion, 24 *Mod. L.R.* 631, 1961; DAVIES, D. Seaborne. “The House of Lords and the Criminal Law”, in: *J. Soc. Public Teachers of Law*, 1961; 105. or.: “aparteko ikuskizuna”. A.L. GOODHARTen ustez, “Zuzenbide Penala garatzeko ekarpen garrantzitsua” da, 77 *Law. Q.R.*, 1961, 567. or.

17. Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution. Batzordearen Txostena, Delitu Homosexual eta Prostituzioari buruzkoa (CMD 247), 1957.

18. The Street Offences Act.

19. *American Law Institute Model Penal Code, Tentative Draft*, 4. zkia.; 277. or.

20. *Ibid* 278. or.

Institutuak berraztertu egin zuen gaia. Learned Hand epaileak hitzaldi eder bat eman zuen gomendioaren alde, eta eztabaida bero bat piztu zen ondoren. Gomedioak aldeko 35 boto eta kontrako 24 jaso zituen. Gehiengoak onespena eman zion, beraz²¹.

Hau guztia ikusita, Millen printzipioek kritika juridikoan indarrean dirautela esan liteke. Baina printzipio hauek izan dute aurkaririk ere. *Common Law*-ko bi maisu, esaterako. Lehenengoa, James Fitzjames Stephen epaile viktoriar eta Zigor Zuzenbidearen historialari ezaguna izan zen, Millen *On Liberty* liburuari erreplika egiten dion *Liberty, Equality, Fraternity*²² liburuaren egilea. Liburuak darabilen tonua ikusi besterik ez dago, Millen aurkako argudio sendoak aurkitu zituela uste zuela ikusteko. Bere esanetan, Zuzenbideak moralitatea inposatu eta “*bizirik gaitzenak pertsegitu*”²³ behar zituela frogatu zuen. Ia ehun urte geroago, Wolfenden Batzordearen txostena argitaratu zenean, Lord Devlin-ek, Lorden Ganberako kide eta penalistarik ezagunenetarikoa, *The Enforcement of Morals*²⁴ lana kaleratu zuen. Aipaturiko Txostenak zioenez, “*moralitateari eta inmoralitateari dagokienez, derrigorrezkoa da Zuzenbideak ukituko ez duen eremu pribatu bat egotea*”, baina Lord Devlin ez zegoen horrekin ados. Bere esanetan, “*bizioak desagerraraztea bezainbat dagokio Zuzenbideari ekintza arbuigarriak desagerraraztea*”.

Bi jurista hauen artean mende bateko aldea dagoen arren, oso antzekoak dira beren argudioak –eta, hainbatetan, baita ñabardurak ere–. Bada, hain zuzen ere argudio horiek aztertzen arituko naiz ondorengo lerrootan, puntu batzuetan ilun samarrak diren arren, merezi duelako. Adibide zehatz eta mirezgarriak erabiltzeaz gain, Zigor Zuzenbidean trebatuak diren legelari jantzi eta adituen ikuspegia islatzen dute, gaur egun legelari ingeles nahiz amerikar askok eta askok daukaten ikuspegia. Oso posible da Millen Askatasunaren doktrina baino ezagunagoa izatea ikuskera hori.

Argudio hauek xehetasunez aztertzen hasi baino lehen, hiru gauza azaldu nahiko nituzke.

Hasierako orrialdeetan adierazi dudan bezala, moralitatea izango dut aztergai, baina garrantzitsua da gaia bera morala ere badela ikustea; alegia, moralitatea inposatzea moralki onargarria ote den ikusi behar da. Beraz, bi modutara agertzen zaigu moralitatea. Ikuspegi honek badu bere garrantzia, agerian jartzen duelako ez dagoela gizarte batean zigorra jasotzearen mehatxupean moralitatearekin bat etorritz jardutea inposatzea moralki zuzena eta egokia dela adierazten duen frogarik. Gai hau seriotasunez hartzen duen inork ez luke joko Millen argudioen aurka, gizarte batzuetan moralitatea legez inposatzera bultzatzen dela demostratze hutsagatik, inmoralitateak kalterik sortu ez arren. Gizarte batzuek immoralitazio jotzen dituzte zurien eta beltzen arteko harremanak, eta zigortu; horrek gai honi buruz argudiatzen jarraitzeko bidea ematen digu. Egia da Millen kritikariek askotan adierazi dutela Zuzenbide ingelesak maiz zigortzen duela inmoralitatea, batez ere sexuarekin lotutako gaietan –itxura batean, herriaren moralitatearen babesarekin–, baina Millek sarritan adierazi du hori argudioen iturburu dela, ez fruitua. Geroago azalduko dudan bezala, jurista batzuek ez dituzte moralitatea legearen bidez inposatzearen adibide onak ematen. Ez dute Zigor Zuzenbidea gizarteko gertakariei aplikatuta frogatzen; alderantziz, beren ustez unibertsalki aplikagarriak eta arrazionalak diren printzipioetan oinarritzea moralki onargarria dela esan besterik ez dute egiten.

Lord Devlinek dio edozein gizartek daukala, gizarte antolatu gisa existitzen jarraitzeko, neurriak hartzeko eskubidea²⁵. Bere ustez, inmoralitateak –inmoralitate sexual pribatuak barne–, traizioak bezala, arriskuan jar dezake gizarte baten existentzia. Gutako asko, baina, ez gaude traizioarekin egiten duen konparaketarekin oso ados, eta bere printzipio orokorarekin ere ez. Zera argudia dezakegu: gizarte batek bere burua babesteko neurriak hartzeko arrazoirik ba ote duen edo ez erabakitzeko, ikusi egin behar da zein gizarte mota den, eta zein neurri hartu behar dituen. Gizarte

21. Eztabaidaren berri: *Time*, maiatzaren 30a, 1955; 13. or.

22. Bigarren argitalpena, London, 1874.

23. *Ibid*, 162. or.

24. Oxford University Press, 1959.

25. *The Enforcement of Morals*, 13-14 orr.

bat gutxiengo arrazial eta erlijiosoak jazartzen ari baldin bada, edota bere existentzia bermatzeko neurrien artean tortura lazgarriak erabiltzen baldin baditu, moralaren ikuspegiak hobe izango da gizarte hori “desintegratzea”²⁶, existitzen jarraitzea baino. Ez litzateke, beraz, gizartea bere horretan mantentzeko inongo neurririk hartu beharko. Lord Devlinen printzipioa –alegia, gizarte batek, bere existentzia bermatzeko, neurriak hartzeko aukera izatea–, nolana ere, ez da gizarte ingeleseko instituzio moraletatik besterik gabe eratortzen. Gizarteko instituzioak ikuspegi arrazional batetik ebaluatu edo kritikatzeko erabiltzen du printzipioa. Argi dagoena da gizarte batek bere moralitatea inposatzeko “eskubidea” ote duen edota gizarte batek bere moralitatea Zuzenbidearen bidez inposatzea moralki onargarri ote den galdetzen duen edonork, moralitate kritikoko printzipio orokor batzuetara jo behar duela²⁷. Horrela, gizarte bateko instituzioak printzipio orokorren bidez kritikatzeko aukera ematen duten ikuspegiak legitimoak direla ari gara onartzen.

Azaldutakoa hobeto ulertzeko, aurreko mendeko utilitarioek erabilitako terminologiara joko dut. Desberdindu egiten zituzten, alde batetik, “moralitate positiboa” (gizarte zehatz batek onartu eta jarraitzen duen moralitatea), eta bestetik “moralitate kritikoa” (gizarteko instituzioak –moralitate positiboa barne– kritikatzeko erabiltzen diren printzipio moral orokorrak). Bide batez, esan dezadan moralitate positiboa juridikoki inposatzearen moralitate kritikoa ari garela aztertzen.

Gure gaia *justifikazioari* buruzkoa baino ez da, eta honako printzipio kritiko orokorra du atzean: gizarte batek, hertsapen juridikoa erabili ahal izateko, justifikazio bat behar du; gizartearen onerako bakarrik erabili ahal izango du hertsapen hori. Eragozpenik, zitalkeriarik edo maltzurkeriarik ez dagoen kasuetan, gizarteak ez du praktika sozialak *justifikatzerik* eskatzen, nahiz eta praktika horien inguruko *azalpenak* ematea edota beren balioa frogatzeko eskatu ahal izan.

Aurrera egin baino lehen, komenigarria da moralitatea legez inposatzeari *prima facie* zer lepora dakiokkeen galdetzea, inposaketaren ideia ez baita uste bezain sinplea. Bertan, elkarri lotuta dauden bi alderdi desberdin ditzakegu: batetik, gaizkileari ezartzen zaion zigorra, zeinaren bidez mugitzeko, jabetzarako edo sendi nahiz lagunekin biltzeko askatasuna kenduko zaion, edo min fisikoa edo heriotza eragingo. Justifikazio berezirik gabe, ezin da zigorrik inposatu; horixe diote gizarte garatuetako legediek eta moralitateak.

Legezko inposaketaren bigarren alderdia, legea sekula urratuko ez luketen baina zigorra jasotzearen beldurraren aurrean obeditzera behartuta sentitzen direnen ingurukoa da. Kasu honetan, muga fisikoen aurrean baino gehiago, askatasunaren murrizketaren aurrean egongo ginateke. Murrizketa hauek ere, arrazoi ugari tarteko, justifikazio bat behar dute. Askatasunez jarduteko eskubidea balio bat da, *a priori* ukiezina, norbanakoari beretzat eta besteentzat baliotsuak diren aurkikuntzak egiteko aukera ematen diona. Norbanakoaren askatasunaren eremuan sartu ahal izateko, justifikazio bat behar da, zeren eta zigorraren beldur izateagatik beren desioak zapuzten dituztenek modu berezi –eta askotan gogor– batean sufritzen dute. Honek garrantzi berezia dauka sexu moralitatea inposatzen duten legeen kasuan, nahiko zorigaitz mota berezia sor baitezake, oso ezberdinak baitira bulkada sexualen kasuan desioari eusteko izaten diren zailtasunak eta errepresio horren ondorioak, eta delitu “arruntetan” izaten direnak. Bulkada sexualak ohikoak dira eguneroko bizitzan, baina lapurtzeko, zauritzeko edota hiltzeko bulkadak ez dira hain maiz sortzen –burutik ondo ez dauden gutxi batzuren kasuan izan ezik–. Bulkada sexualei eusteak eragina izan dezake pertsona baten emozio, zorientasun eta nortasunean, baina aipatutako delituak egiteko tentazioari eusteak, aldiz, ez.

26. *Ibid.*; 14-15. orr.

27. Lord Devlinek kritikak jaso ditu, gizarteak bere moralitatea inposatzeko *eskubiderik* bat ote duen galdetzeagatik, halako gai batean eskubideez jardutea zentzugabea dela argudiatuz. Ikus Graham Hughes, “Morals and the Criminal Law”, 71 *Yale L.J.*, 1962; 672. or. Kritika hau nahastuta dabil, Lord Devlinek printzipio kritiko orokor bat darabilelako galderari baiezkotzea erantzuna emateko.

Hirugarren, moralitate positiboaren eta moralitate kritikoko printzipioen artean desberdintzeak, zenbait gaizkiulertu konpontzen lagunduko digu. Noizbehinka esaten da kontua ez dela moralitatea inposatzea moralki onargarria den edo ez, baizik eta ea *zein* moralitate inposatu behar den. Kalteak sortzen dituzten ekintzak gaitzesten dituen moralitatea? Kaltea sortu edo ez sortu, ekintza zehatz batzuk kondenatzen dituen moralitatea? Honek guztiak faltsutu egiten du benetako eztabaida. Zuzenbideak ekintza kaltegarriak bakarrik zigortu beharko lituzkeela esaten duena, printzipio kritiko batean ari da oinarritzen; ez zaio gehiegi axola gizarteak moralitate utilitariora moralitate positibo modura onartzen duen edo ez. Bere iritzian, gizarteak onartu egingo balu ere, hori ez litzateke moralitatea inposatzeko arrazoia izango. Egia da bere mezua gizartean zabaltzea lortzen baldin badu, gizarteko kideak nolabait obeditzera behartuta egongo direla, baina horrek ez du esan nahi utilitarioaren eta bere aurkarien arteko desberdintasun nagusia moralitatearen edukian dagoenik. Izan ere, utilitarioen aurkarien iritzian –moralitatea inposatzea moralki onargarria dela diote–, portaerari buruzko arau edo ohiturek moralitate positiboaren maila daukatelako inposa daitezke legez. Garai batean, beste alderdi bat zen eztabaidatzen zena: ea Estatuak kaltea eragiten zuten ekintzak bakarrik zigortu behar zituen, ala baita Zuzenbide Naturalak Jainkoaren agindutzat jotzen dituen arauak desobeditzea ere. Gaur egungo eztabaidaren funtsa, ordea, beste bat da: zein esanahi eman behar zaion moralitate positiboak Historian zehar hainbat jarrera debekatu izanari. Utilitarioen iritzian, horrek ez du moralitatea inposatzerik justifikatzen; aurkarien iritzian, berriz, bai. Elkarri aurkajarritako printzipio kritiko hauek ez dira moralitatearen edukiaren inguruan bakarrik ezberdintzen, baizik eta baita beste gai garrantzitsu eta interesgarriago baten inguruan ere.

II.

Bai Ingalaterran, bai Ameriketako Estatu Batuetan, hainbat arau penalen xedea moralitatea inposatzea besterik ez da. Gaitzetsi egiten dituzte moralitate positiboak inmortalizat jotzen dituen praktikak, praktika horiek inor kaltetu ez arren. Adibide gehienak, moral sexualaren eremuan aurkituko ditugu. Ingalaterran, adibidez, gaitzetsi egiten dira homosexualitatea, sexu desberdineko pertsonen arteko sodomia –ezkonduak egon arren–, intzestua, prostituziotik lortutako diruaren kontura bizitzea, prostituzio etxe bat izatea, eta, Shaw kasuko epaia eman zenez geroztik, moral publikoa okerbideratzeko konspiratzea; alegia, jendea “bide okerretik eramatea”. Batzuek luzatu egingo lukete zerrenda hau: abortuaren aurkako legeak, engainurik gabeko bigamia nahiz poligamiaren aurkakoak, nork bere buruaz beste egitearen eta eutanasiaren aurkakoak, etab. Baina, geroago azalduko dudan bezala, azken arau hauek ezin dira moralitatea inposatzeko erabili, bereizketa garrantzitsu batzuk egin behar dira-eta.

Ameriketako Estatu Batuetan dauden Estatuetakoa arau penalei begirada bat botaz gero, ingelesak txundituta utziko lituzkeen gauza bat ikusiko genuke. Izan ere, badirudi Estatu horietan ez dela existitzen, Zuzenbide ingelesean zigortzen diren ekintzez gain, eta senar-emazteen arteko “ohiko” harremanak eta masturbazioa salbu –ia inongo legedik debekatzen ez duena–, beste inolako sexu praktikarik. Estatu asko eta askotan, adulterioa delitu da –Ingalaterran, Cromwell-en garaiaz geroztik, ez da penalki zigorgarria–, nahiz eta Estatu gutxi batzuetan argia, nabaria edo jarraia izan behar duen delitu kontsideratzeko. Larrua jotzea ez da ofentsa kriminala ez Ingalaterran, ezta munduko Estatu zibilizatu gehienetan ere; Ameriketako Estatu Batuetan, aldiz, Estatu gutxi batzuk baino ez dira inguruabar zehatz batzuetan larrua jotzea zigortu gabe uzten dutenak. Estatu batzuek, behin praktikatze soila ere zigortzen dute²⁸. Gainera, Estatuak arauak baino murriztagoak diren udal mailako arau ugari daude, eta, hain zuzen ere horrexegatik beren baliozkotasuna zalantzarik den arren, inposatu egiten dira. Kaliforniako Zigor Kodeak ez ditu prostituzioa edo larru jotzea delitu kontsideratzen, baina asko dira larrua jotzeko gela bat erabiltzeagatik Los Angelesen kartzelatuta urteak eman dituztenak, ekin-tza hori udal mailako arau batek zigortzen duelako²⁹.

28. Ikus, laburpen gisa, *The American Law Institute, Model Penal Code, Tentative Draft*, 4. zkia.; 204-210. orr.

29. 1961eko abenduan, Estatuak Auzitegi Gorenak Estatuak araudiarekin kontrajarrita zegoen ordenantza aztertu zuen. Ikus *Carol Lane*, *Crim.* 6929. zkia., 57 A.C. 103, 18 *Cal. Rptr.* 33. Berrikuspen bat egin ondoren, berretsi egin zen, 1962ko ekainaren 28an. 22 *Cal. Rptr.* 857.

Inmoralitate sexualaren aurkako legedi amerikarraren zati asko –ia legedi osoa– hutsaren parekoa izango da, baina ez da batere erraza legez inposatzearen zergatia zein den azaltzea. Estatu askotan, Kalifornian adibidez, urteroko estatistikek adierazten dutenaren arabera, sexu delituak “bortxaketak” edo “sexu irainak” besterik ez dira izaten. Bostonen, aldiz, 1954ean, sexuari buruzko legeak “normaltasunez” aplikatzen zirela esaten zen, eta 1948an 258 atxiloketa egin zirela adulterioagatik³⁰. Ez zait iruditzen egoera hau inori gustatuko zaionik; izan ere, estatistikak begiratu, inposatzen ez diren arau zigortzaileak egoteak izugarritzko ahalmen diskriminatzailea ematen baitie polizia eta fiskalei.

Millen kritikariak inmoralitatea zigortzen duten legeen aurka agertu dira beti, eta maiz adierazi dute Zigor Zuzenbideak ez lukeela helburu hori izan behar. Helburu honen aldekoak, baina, kritika horiek gezur hutsa direla adierazi dute. John Morley-k, esaterako, Stephenen liburuan mota honetako legeen indarra frogatzeko “ponderositare gehiegi” erabiltzen dela esan zuen, eta Stephenek ez zuela “Mill konbentziterik lortu legeak existitzeak garrantzirik ez duela esatean, eta hobe dela lege bat bera ere ez existitzea³¹”. Ez Stephenek –kasu batean izan ezik³²–, ez Lord Devlinek –Ingalaterrako Zigor Zuzenbideak gaur egun duen edukira joz–, ez daukate Zuzenbideak nolakoa izan behar lukeenaren inguruan eztabaidatzearen errurik. Behin Morleyk Stepheni galdetu zionean ea zergatik iruditzen zitzaizkion esanguratsuak bere –Morleyren– adibideak, zera erantzun zion: oso egokiak zirela Mill nazio gehienek esperientziaren bidez atera zituzten ondorioekin bat ez zetorrela azaltzeko. Antzeko erantzuna eman zuen Lord Devlinek ere, beste hitz batzuk erabiliz:

“Argudio hori bat al dator Zuzenbide ingelesak gaur egun dauzkan funtsezko printzipioekin? Horra hor frogatzeko modu bat, modu erabakigarria ez bada ere. Jurisprudenzian, kontzepzio teorikoren bat –funtsezko kontzepzioa izan daitekeena– oso egokia ez dela ikusiz gero, aldatu egin daiteke. Ez da argudioa Zuzenbideari ondo egokitzen ote zaion ikusteko modurik okerre³³”.

Nik uste dut bi autoreek, azalpen ez oso argi hauen bidez, zera adierazi nahi zutela: filosofo arrazionalistentzat, instituzio komun zaharrek ez daukatela balio handiegirik. Ostera, nahiko modu nahasgarrian azaldu zituzten bi autore hauek arau edo printzipio penalak. Beren adibideak ez dira moral sexualaren eremukoak, eta askok –Millen alde jarri, eta moralitate positiboaren aurka joate soilagatik Zigor Zuzenbidearen aurka egingo luketenek– zalantzak izango lituzkete autore hauek aipatutako arau zigortzaileak deuseztatzeko. Arau horien funtzio bakarra moralitatea inposatzea baldin bada, konbentzitzeko indar handia izan beharko dute. Eta, Stephenen esanetan, “zalantzak sortu beharko litzaizkiguke” arau horiek gaitzesten dituen printzipio bat zuzena dela erabakitzeko orduan. Nire ustez, hala ere, ez litzateke arau horietara jo beharko moralitatea inposatzeko xedea bakarrik daukatela adierazteko. Ez gaude Zigor Zuzenbideak helburu hori izan ote dezakeen baieztatu edo ezeztatzera behartuta. Hala ere, autore hauek egindako azterketa ez denez behar bezain sakona, azterketari ekingo diot.

Lord Devlinek ipinitako adibide bat hartuko dut abiapuntutzat. Bere esanetan³⁴, Zigor Zuzenbideak ezin du akusatu bat biktimak onespina eman izanagatik absolbitu –bortxaketa bezalako ezohiko kasuetan izan ezik–. Biktimaren onespina ez du hilketa edo eraso deliberatu kasuetan absolbitzeko balio. Horregatik kontsideratzen da hilketa eutanasia. Gaur egun asko dira arau zigortzaile hori indarrean mantentzearen aldekoak, baina, era berean, ez lituzkete zigortu nahi inori kalterik sortzen ez dioten arren moralitate positiboa urratzen duten ofentsak. Lord Devlinentzat, jarrera hauek bateraezinak dira, eta “azalpen bakar bat” daukate bere iritzian: “gizartearen ustez, derrigorrean bete behar diren hainbat printzipio moral daudela³⁵”. Printzipio horien artean, pertsonen bizitzaren sakratutasuna eta osotasun fisikoa daude. Beraz, arau horren eta beste hainbaten kasuan, Zigor Zuzenbidearen funtzioa “printzipio moral bat inposatzea besterik ez dela³⁶” dio Lord Devlinek.

30. American Law Institute, Model Penal Code, Tentative Draft, 4. zkia.; 205 or., 16. zkia.

31. *Liberty, Equality, Fraternity*; 166. or.

32. *Ibid.*, 171-172. orr.

33. *The Enforcement of Morals*, 7. or.

34. *The Enforcement of Morals*; 8. or.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*; 9. or.

Argudio hori, hala ere, ez da sendoegia, Lord Devlinek esandakoa (“azalpen bakar bat dauka”) ez delako egia. Esan daiteke hilketa edo erasoen kasuan biktimak onespena emateak ez duela absolbitzeko balio dioten arauak paternalismoa islatzen dutela. Mill, zalantzarik gabe, kexu agertuko zatekeen Zuzenbidearen paternalismo horren aurrean, moralitate positiboa inposatzen zuten arauak egotearen aurka kexatzen zen bezalaxe, baina horrek ez du esan nahi bi kasuak berdinak direnik. Ez horixe. Millek ongi bereizten zituen bata eta bestea. Pertsonen askatasun eremuan sartzearen kontra agertzean –besteei kaltea eragiten zaien kasuetan salbu–, bereizi egiten zituen hertsapena erabiltzeko argudioak: “beretzat hobea izango dela” edo “horrela zoriontsuagoa izango dela” alde batetik, eta “besteen iritzian, zuzenena hori dela³⁷” bestetik.

Zigor Zuzenbideak biktimaren onespenerari ematen dion trataerari buruz, zera dio Lord Devlinek: Zuzenbidearen helburua pertsonak babestea balitz, babestuak, hala nahi-ko balu, uko egin ahal izango liokeela babes horri³⁸. Paternalismoa (jendea bere buruarengandik babestea), ordea, oso teknika koherentea da. Arraro samarra gertatzen da XX. mendean hori esan behar izatea, Millen garaiaz geroztik gainbehera egin duela *laissez faire* teknikak, eta paternalismoa gaur egun oso sartuta baitago gure Zigor Zuzenbidean eta Zuzenbide Zibilean. Zigor Zuzenbideak zigortu egiten du droga edo narkotikoak saltzea, sendagilearen aginduz egiten denean izan ezik. Oso dogmatikoa izango litzateke ofentsa hau aurreikusten duen arauak “azalpen bakar bat duela” esatea; hau da, arauaren helburua ez dela erosle potentzialak beren buruarengandik babestea, baizik eta saltzailea inmoralki jokatu izanagatik zigortzea. Agerikoa denez, halako arauak paternalismoagatik existitzen baldin badira, orduan esan daiteke paternalismoagatik existitzen direla erasoetan biktimaren onespenerari defentsa baliorik ematen ez dioten arauak ere. Ez dugu zertan Lord Devlinekin bat etorri, Zuzenbidearen funtzio bakarra “printzipio moral bat inposatzea³⁹” esaten duenean.

Gaur egun harrigarriak irudituko litzaizkiguke Millek bere liburuko 5. atalean paternalismoaren aurka esaten dituenak. Drogen salmenta debekatzearen adibideari dagokionez, saltzailearen askatasunari baino gehiago, eroslearenari eragiten zaiola dio. Iritzi horrekin ados ez baldin bagaude, hein batean izango da ez dugulako uste norbanakoak bere interesak beste inork baino hobeto ezagutzen dituenik, eta aukeratzeko askatasuna txikitu egiten duten faktore pila bat daudelako. Aukerak, ondorioetan gehiegi erreparatu gabe egin daitezke, edo bat-bateko desioei jarraituz, edo ondorio ilunak izango dituztenaren ustean, edo konbultsio psikologikoen eraginez, edo auzitegien aurrean frogatzeko arinegiak diren beste presio moten eraginez. Millen paternalismoarekiko beldurraren atzean, gizakia nolakoa denaren kontzepzioa dago, baina kontzepzio hori ez dator errealitatearekin bat. Izan ere, bere asmoak oso garbi dauzkan pertsona heldu baten psikologia berbera dauka Millek: kanpoko faktoreek ez dute beregan eraginik, badaki zer nahi duen eta zerk egiten duen zoriontsu, eta hori lortzen saiatzen da.

Millen printzipioek aldatu egin beharra daukate, bai behintzat Zigor Zuzenbideko arauak eta paternalismoaren beste adierazpenei egokitu nahi baldin bazaizkie. Baina, aldatuta ere, Zigor Zuzenbidea moralitate positiboa inposatzeko erabiltzearen aurka egoten jarraituko lukete printzipio horiek. Zigor Zuzenbideak kalteak sortzea eragotzi behar-ko lukeela adierazi behar-ko lukete, biktimek beren onspena eman edo ekintzan parte hartu arren. Ondo desberdindu behar dira paternalismoa eta moralismo legala deiturikoa. Arau bat ez denean pertsona babesteko sortu, zitalkeria morala zigortzeko sortu dela pentsatu ohi da, edo, Lord Devlinen hitzetan, “printzipio moral bat inposatzeko”. Horregatik esaten da hori dela animalien aurka indarkeria erabiltzea zigortzen duten arauen existentzia ulertzeko modu bakarra. Baina, bai halako legediak sortzera daramaten arrazoiengatik, bai gizarteak lortu nahi duen helburuagatik, argi dago kasu honetan Zuzenbidea torturak suposatzen duen inmoralitateaz baino gehiago⁴⁰, *sufrimenduaz* kezkatzen dela –sufrimendu hori animaliena izan arren–. Zigor Zuzenbidearen erabilera honen alde agertzen dena ez dago behartuta Zuzenbideak izaki bizidunen sufrimenduak suposatzen duen inmoralitatea zigortu behar duela onartzera.

37. *On Liberty*, 1. atala.

38. *The Enforcement of Morals*; 8. or.

39. Ikus arau hauen inguruko beste azalpenak: HUGHES. “Morals and the Criminal Law”; 670. or.

40. Lord Devlinek, zergatik ez dakigula, animalien aurkako krudeltasunari buruz egiten duen aipamen laburrean, gai hau ahaztu egin duela dirudi. *The Enforcement of Morals*; 17. or.

Stephenek Zigor Zuzenbidearen helburuak zein izan beharko lukeen adieraztean egindako akats bat aztertuko dut jarraian. Bere iritzian, Zigor Zuzenbidearen xedeak ez du sufrimendua edo kaltea prebenitzea bakarrik izan behar, baizik eta baita “bizio zakarrak jazartzea⁴¹” ere, hori baitiote “unibertsalki aplikatzen diren printzipio batzuek”. Horixe da bere argudio guztia. Gaizkile bati zigorra ezartzean, delitua burutzean zenbaito maltzurkeria moralaz jokatu duen hartu behar da kontuan. Horregatik, tentazioa handia denean txikitu egiten da erru morala, eta, beraz, zigorra arindu. Zigorren xedea ekintza kaltegarriak ekiditea besterik izango ez balitz, ezin izango litzateke horrelakorik egin.

“Epaile batek bi gaizkile dauzka aurrean. Bata, itxura guztien arabera, ezjakina eta gaiztoa da, eta, alboan daukan gaizkileak bultzatuta, tentazio handi baten hatzaparretan erori da. Beste gizona famili onekoa eta ikasia da, eta, tentazio txikiago baten pean egin du delitua. Apustu egingo nuke Ingalaterrako epaileek epai arinagoa ezarriko lioketela lehenengorari bigarrenari baino⁴²”.

Stephenek, kasu honetan, zehaztasun handiz deskribatzen ditu Auzitegiek Zigor Zuzenbidea aplikatzerakoan erabiltzen dituzten ikuspegiak. Sexu moralitatea legez inposatzearen aurka daudenen iritzian, zenbat eta maltzurkeria handiagoarekin jokatu, orduan eta handiagoa izan beharko du zigorrak, eta maltzurkeria txikiagoarekin, ostera, arinagoa. Stephenen eta beste askoren esanetan, ofentsen artean dagoen desberdintasun moralak zigorraren gogortasunean islatu beharko balu, zigor horien *objektua* ez litzateke “gizartearentzat arriskutsuak” diren ekintzak ekiditea bakarrik izango, baizik eta baita beste “bizio handi batzuk jazartzea⁴³” ere. Eta Zigor Zuzenbidearen helburua, besteak beste, “bertuteak sustatzea” eta “bizioak ekiditea⁴⁴” da, “baina ez jendea babesteko bakarrik, bizioa bera txarra delako baizik⁴⁵”. Hortaz, legeak zigor ditzake gizarteak inmortalizat jotzen dituen ekintzak, kalterik sortu ez arren.

Stephen, ordea, ez zen konturatu desberdinak eta elkarrekiko independenteak direla “zein jarrera zigor daitezke?” eta “nolako zigorra ezarri beharko litzateke ofentsei?” galderak. Arrazoi ugari daude delituen mailaketaren –delitu bakoitzari ezarri beharreko zigorraren bidez islatua– eta delituak egiterakoan izan den maltzurkeriaren artean kontraesanik sortzea nahi ez izateko. Batetik, ez delako komeni kontraesan hori eremu utilitarioan sortzea, iritzi moralak aldrebes ditzakeelako, edo Zuzenbidea desprestigiatu, edo bi gauzak. Bestetik, justizia printzipioak moralki ezberdinak diren ofentsei trataera ezberdina ematea eskatzen duelako, eta moralki berdintsuak diren ofentsei, trataera berdintsua. Printzipio hauek guztiz errespetatzen dira gaur egun, baina, hala ere, gero eta gutxiago aplikatzen dira zigorraren helburuekin talka egitean, hala nola prebentzioa edo erreformarekin. Zigorraren gogortasunak ofentsen larritasun moralarekiko proportzionala izan beharko lukeela diotenek, baina, ez dute ekintza inmoralak zigortzearen alde agertu beharrik. Izan ere, guztiz posiblea da zigor sistema bat kalteak ekiditeko eta ekintza kaltegarriak zigortzeko existitzen dela esatea, eta, aldi berean, zigorraren gogortasuna finkatzeko orduan, ofentsagileak izan duen maltzurkeria morala kontuan hartu beharko litzatekeela esatea.

Oro har, egia da zigorra zehazteko aplikatzen diren printzipioetatik ezin dugula ondorioztatu zeintzuk diren zigor sistemak dauzkan helburuak eta zeintzuk diren jarrera zigorgarriak, zeren eta printzipio hauetako batzuek –adibidez, tortura eta zigor kruudelak aplikatzeko debekuak– beste balio batzuk adieraz ditzakete. Beraz, ekintza kaltegarriak zigortzerakoan ofentsagileen arteko desberdintasun morala kontuan hartzearekin ados egoteak ez du esan nahi kaltegarriak ez diren ekintzak zigortzearekin ados egon behar dugunik. Horrek esan nahi duen gauza bakarra da uste baino konplexuagoa izan daitekeela moralki onargarria dena. Bizitzan ezin diogu beste pertsonekin harremanetan jartzerakoan arazo bat bera ere sortuko ez digun balio edo moral bakar bati jarraitu.

41. *Liberty, Equality, Fraternity*; 162. or.

42. *Ibid.*

43. *Liberty, Equality, Fraternity*; 162. or.

44. *Ibid.*; 159. or.

45. *Ibid.*; 147-148 orr.

Ikusi ditugun autoreek ipinitako adibideak aztertu ondoren, bi bereizketa garrantzitsu egin behar dira: batetik, paternalismoaren eta moralitatea inposatzearen arteko bereizketa, eta, bestetik, zigorra aplikatu behararen justifikazioaren eta zigorraren gogortasunaren justifikazioaren artekoa. Gure hirugarren adibidea, bigamia delituarena, ez dute aipatzen ez Stephenek, ezta Lord Devlinek ere. Dean Rostow-ek aipatzen du, Lord Devlinen defentsan idatzitako saiakeran⁴⁶. Nahiko kasu konplexua da, eta, gainera, sakontzen hasiz gero, ikus daiteke ez dagoela esaterik bigamia zigortzearen helburua moralitatea inposatzea denik. Gai honi eskainiko diodan tarte laburrean, saiaturiko naiz azaltzen Zigor Zuzenbidearen funtzio honen aldekoek ez dutela zertan inmoralitatea zigortzearen alde egon, beste arrazoiren batean oinarri baitaitezke inmoralitatea zigortzeko.

Common Law-ko lurralde gehienetan, delitua da ezkondu bat, bere ezkontidea bizirik dagoela, beste batekin ezkontzea. Bitxia suertatzen da engainurik gabeko bigamia zigortzea, zeren eta Ingalaterran –eta beste lurralde askotan–, pertsonen elkarbizitza sexuala ez da delitua; hau da, Zigor Zuzenbideak ez du beste emakume batekin –edo batzuekin– bizitzen jartzen den gizona zigortuko. Etxe batean bizitzen jarri eta ezkondu daudenaren planak egin ahal izango dituzte, eta ezkontzetan izaten diren ohitura guztiak ospatu, xanpain, ezkon tarta eta abarrekin. Hori ez da legez kanpoko. Aldiz, ezkontzekotan, Zuzenbideak deusez deklaratu du ezkontza hori, eta, gainera, zigortu egingo du bigamoa.

Zergatik esku hartzen du hor Zuzenbideak, elkarbizitza sexualak suposatzen duen inmoralitatea albo batera utzita? Galdera honi erantzun desberdin ugari eman zaizkio. Batzuek diote harremanek gizartearen nahasmenik ez sortzeko zigortzen duela Zuzenbideak bigamia, edo seme-alaba ilegítimoak legítimo gisa tratatzeko aukerak ekiditeko. *American Law Institute*-k Zigor Kodearen aurreproiektuari buruz egindako iradokizunetan dioenez, bigamia, engainurik gabeko kasuetan barne, zigortu egin beharko litzateke, lehenengo ezkontidearentzat ofentsa publikoa eta probokazioa delako, eta “abandonia, bazterketa eta dibortzioa” eragin ditzakeelako. Horrelakoak kasuak mingarriak direnez pertsonentzat, Zigor Zuzenbideak, zigorrez baliatuz, ekidin egin nahi ditu.

Azalpen hauetako batzuk, konbentzigarriak baino gehiago, bitxiak dira. Egia da aipatzen dituzten kalte horiek sor daitezkeela, baina, askoren ustez, bigamiak existitzen jarraituko luke kalte hori sortzen ez den kasuetan ere, edo erregistro ofizialetan deklarazio faltsuak inskribatzea zigortuko luketen arauak egonda ere. Arrazoi hauek konbentzitzeko modukoak ez direla esan arren Zuzenbidea dagoen moduan utzi nahiko luketenez, zera esango lukete beharbada: erlijioa ezkontza monogamoarekin estuki lotuta dagoen lurralde batean, sentimendu erlijiosoak babesteko existitzen dela bigamiaren aurkako araudia, ezkontzaren sakramentua babesteko. Aurreko bi adibideetan bezala, hauxe da galdera: Zigor Zuzenbidea asmo horrekin erabil daitezkeela diotenak ez ote dira kontraesanean erortzen, Zuzenbideak ez duela inmoralitatea zigortu behar esaterakoan?

Niri ez zait iruditzen bi jarrera horien artean kontraesana dagoenik, baina hala ere bereizketa bat egin behar da. Zuzenbideak, bigamiaren kasuan, sentimendu erlijiosoak babestearren esku hartzen baldin badu, bigamoa ez da erlijioso ez izateagatik edo inmoralki jokatzegatik zigortuko, molestatu egiten duelako baizik. Zuzenbideak, kasu horretan, pertsona horren jarrerak hirugarrenei sortzen dien kaltea zigortzen du, ez bere jarrera pribatuaren inmoralitatea, azken hau Estatu gehienetan ez baita zigortzen. Kasu honetan, kalte fisikoa sortzen duten delitu arruntetan bezalaxe, ulertzekoa da Zuzenbidearen xedea kaltea jasateko arriskuan daudenak babestea izatea; ezin izango da “Zigor Zuzenbidearen helburua printzipio moral batzuk inposatzea” besterik ez denik esan. Lord Devlinek kasu egiten dio bereizketa honi –ez ordea Dean Rostowek–, Wolfenden Batzordearen printzipioen arabera, ez duelako bigamia delituen zerrendan sartzen. Eta ez da deskuidu bat izan, zerrendan sartuta dauden ekintzak “inori kalterik sortu gabe, pribatuan egin daitezkeela⁴⁷” esaten du-eta.

46. “The Enforcement of Morals”, 174, *Cambridge L.J.* (1960); 190. or. Dean Rostowek “sinesmen erlijiosoetan oinarritutako” poligamia kritikatzeko du batik bat, “plazeragatik sortutako bigamia” baino gehiago. Zera galdetzen du, erretorikoki: “Ez al zaizue iruditzen monogamia hain dela funtsezkoa Ameriketako Estatu Batuetako moralitatean, ezen poligamia delitutzat jotzea justifikatuta dagoela, “arrazoietan” beharrean “sentimenduetan” oinarritzen den arren?”.

47. *The Enforcement of Morals*; 9. or. Nolanahi ere, Lord Devlinek sutuki defendatzen du Dean Rostowren jarrera. Ikus “Law, Democracy and Morality”, 110 *University of Pennsylvania L.R.* (1962); 640. or.).

Ez dago oso garbi Millek *On Liberty* saiakeran plazaratutako printzipioek bigamia zigortzea onartuko ote zuketan. Izan ere, hirugarrenen “sentimendu” eta “interesengatik” zigortu beharko litzatekeela eta sentimenduak ofenditzen dituzten ekintzek gutxienez erruduntasun morala merezi dutela esan arren, ez da oso modu ulergarrian adierazten. Badirudi bi baldintza betetzea eskatzen duela sentimenduak ofenditu izanagatik zigortzeko: bikotearen artean harreman estu edo berezia egotea, eta kaltea ez izatea “kontingente” edo “interpretaziozkoa”⁴⁸.

Lehenengo baldintza murriztegia izateagatik alde batera uzten baldin badugu, eta bigarrenaren arabera sentimenduak larriki eta benetan kaltetu behar badira, bigamia zigortu edo ez zigortzearen erabakia sentimenduei egin zaien kaltearen larritasunaren eta Zuzenbideak aldarrikatzen duen askatasunaren sakrifizioaren arabera izango da –hauei dagokienez, jendeak iritzi ezberdinak izango ditu, jakina–. Zuzenbidearen aldekoek esango dute oso txikia dela legeak eskatzen duen sakrifizioa. Baliozko ezkontza baten simulazioarekin eta horren inguruan antolatzen den ikuskizunarekin gozatzeko eskubidea daukaten bikoteek legearen aurrean merezi duten errespetuaren alderdi bati besterik ez dio muzin egiten Zuzenbideak. Kasuak, beraz, ez du moralitate sexuala inposatzeko asmoarekin eta zoriontasunarekin estuki lotuta dauden instintuak erreprimitu beharrezkin zerikusirik. Beste alde batetik, arauaren aurka daudenek adieraz dezakete fedea ahul samar dabilela garai hauetan, ezkontza bigamo batek kalte ditzakeen sentimendu erlijiosoak ez daudela hain zabaldu edo errotuak, eta nahikoa dela ezkontza hori deusez deklaratzeko.

Bigamiaren adibide honek, ekintza baten inmoralitatearen eta ofentsa publiko eze-roso baten artean bereizi beharrene garrantzia islatzen du. Izan ere, Zuzenbide ingelesak, Historian zehar, askotan zigortu ditu hainbat jarrera erlijioak edo moralitateak debekatu egiten zituztelako, ez besterik. Lehen, Ingalaterran, biraoa zen kristautasunaren postulatuen aurkako adierazpenak egitea; orain, ordea, adierazpen horiek modu ofentsibo edo iraingarrian eginez gero bakarrik zigortzen dira, bakea asaldatzen dutenean. Baina, jakina, biraoa zigortzeko modu berri honen aldekoak ez daude irainetatik babesten den erlijioa izatera behartuta. Are gehiago, erlijio bat zein beste inposatzearen aurka ere ager daitezke.

Sexuarekin lotutako gaietan ere antzeko irizpidea erabiltzen da inmoralitatearen eta indezentziaren artean bereizteko. Erromatarrek zentsorearen eta edilaren eskuduntzak bereizten zituzten arren –lehenengoa moralaz arduratzen zen; bigarrena, dezentzia publikoaz–, agian gaur egun ez zaio bereizketa honi behar duen arreta osoa eskaintzen⁴⁹. Hala ere, Lord Simonds-ek ez zuen gai honekiko inolako interesik agertu, Shaw kasua zela-eta Lorden Ganberan emandako hitzaldian:

“Berdin du kaltea eragiten duen ekintza bati zein kalifikazio ematen zaion. Batentzat dezentzia publikoaren aurkako ekintza dena, moral publikoa okerbideratzen duen ekintza izango da beste batentzat, desio lizunak probokatu dituela iruditzen zaiolako⁵⁰”.

Baina bereizketa garrantzitsua da, eta bista-bistakoa. Senar-emazteen arteko sexu harremanak ez dira inmoralak, baina jendaurrean eginez gero, dezentzia publikoaren aurkakoak izango dira. Ohiko moralitatearen arabera, helduek pribatuan eta beren arteko adostasunez dauzkaten harreman homosexualak inmoralak dira, baina ez dira dezentzia publikoaren aurkakoak, nahiz eta jendaurrean egitekotan bi gauzak izan. Jendaurrean egiten den ekintza bat aldi berean inmoral eta dezentzia publikoaren aurkakoak izateak ez digu bi alderdien artean dagoen desberdintasuna estali behar, ez eta alderdi bakoitza zigortzeko justifikazioen artekoa ere. Prostituzioari buruzko Zuzenbide ingeles berriak aintzat hartu du desberdintasun hau: ez du prostituzioa delitu kontsideratzen, baina jendaurrean jardunez gero zigortu egiten du, hiritarra babesteko, honek ez baitu ekintza iraingarrien lekuko izan beharrik.

48. *On Liberty*; 4. atala.

49. Ikus “The Censor as Aedile”. In: *Times Literary Suppl.*, 1961eko abuztuaren 4koa.

50. (1961) 2 A.E.R.; 452.

Luze eztabaidatu da publikoan egiten denaren eta pribatuan egiten denaren arteko bereizketaz. Sentimenduak ez dira kaltetzen ekintza inmoralak nahi gabe lekuko bihurtzen direnen aurrean egiten direnean bakarrik; hainbat sexu praktika erabat gaitzesten dituztenen sentimenduak ofenditu egiten dira praktika horiek pribatuan egitea barkatu egiten direla ikustean. Pribatuan egiten denaren eta publikoan egiten denaren artean bereizketari kasurik egingo ez balitzaio, inmoralitate hutsak zigortzen dituzten politikak eta sentimenduak ofenditzen dituzten jarrerak zigortzen dituztenak, kontzeptualki desberdinak izan arren, praktikan gauza bera izango lirateke, eta jarduera inmoral guztiak zigortuko lirateke.

Argudio hau ez da geroago azalduko dudanarekin nahastu behar; alegia, moralitate sozial bat mantentzearen alde agertzeak hertsapena erabiltzea justifikatzen duela. Oraingo argudio honek ez du moralitatearen balioetara jotzen moralitatea legez inposatzeko, baizik eta Millen printzipiora, hau da, hertsapena hirugarrenei kalterik ez sortzeko erabili behar dela dioen printzipiora. Printzipio honi hainbat kritika egin dakizkioke. Besteak pribatuan moralitatearen aurka jokatzen ari direla pentsatze hutsak sortutako nahigabea ezin da “kalte” kontsideratu –horretan pentsatze hutsarekin “gaixotu” egiten diren neurotikoko edo hipersentibera gutxi batzuen kasuan izan ezik–. Batzuek esango dute pertsona normalei kaltea eragiten diela halako nahigabe batek, baina gehiegizkoa irudituko litzaieke moralitate sexuala legez inposatzeari hainbesteko garrantzia ematea.

Objekzio hauek, garrantzitsuak izan arren, bigarren maila batekoak dira. Izan ere, objekzio nagusia honakoa da: askatasuna balio gisa hartzen duen inork ezin duela aldarrikatu jendea gure ustez okerra den moduan jokatzen aritzeak sortzen duen nahigabetik babesteko eskubidea. Hertsapena kalteak ekiditeko erabil daitekeela dioen printzipioak ezin du hor amaitu. Besteak gaizki jokatzen ari direla pentsatzeak sortzen duen nahigabea kaltea kontsideratzen bada, orduan kaltea izango da, baita, jendeak egiterik nahiko ez genukeena egitean sortzen digun nahigabea. Jendea nahigabeak sortzeagatik zigortuko balitz, ekintzei objekzioak jartze soilagatik zigortuko litzateke, eta, ondorioz, objekzio seriorik jasotzen ez duten gauzak bakarrik egin ahal izango lirateke askatasunez. Nahiko askatasun pobrea litzateke hori. Norbanakoaren askatasuna balio bat izan dadin, pertsonari, gutxienez, nahi duena egiteko eskubidea eman beharko zaio, egiten duen horrek besteei nahigabea sortu arren –eta, betiere, ekintza hori debekatzeko arrazoirik ez baldin badago–. Norbanakoaren askatasuna balio gisa hartzen duen gizarte batek ez luke horrelako nahigabeetatik babesteko eskubidea aitortuko.

Baina legedi gehienek babes desberdina ematen dute adierazpen publikoek sortzen duten zirraren edo ofentsen aurrean. Batzuetan oso garbi ikusten da desberdintasuna; hala nola adierazpen publikoa ez denean erlijio edo sineskera moralei buruzkoa. Baina aurreikuspen hauek askatasuna ematen diote ofentsaren egileari, adierazpen horiek pribatuan egiteko. Jendea, egiten duena besteei ez gustatzeagatik zigortzea, ez da proportzionala.

Adibideak utzi eta moralitatea legez inposatzeko justifikaziora itzulita, tesi moderatua eta muturreko tesiak bereizi behar ditugu, nahiz eta Millen kritikariek, batzuetan, oharkabean egiten duten salto batetik bestera. Nire ustez, Lord Devlinek tesi moderatua darabil ia bere saiakera guztian zehar, eta Stephenek, aldiz, muturrekoa.

Tesi moderatuaren arabera, gizartearen oinarrian gizarteak elkarbanatzen duen moralitate bat dago. Elkarbanatze hori egongo ez balitz, pertsonen multzo bat egongo litzateke, baina ez gizartea. Lord Devlinen hitzetan, “gizarte bat egon dadin, gobernu bat egotea bezain garrantzitsua da moralitate bat izatea⁵¹”. Ekintzek kode moralean inolako ondorioz ote duten ikusi behar da, jendeari kalte edo arriskurik sortu ez arren, eta pribatuan egitean hirugarrenei zirrara edo ofentsarik sortu ez arren. Izan ere, pertsona batek, bere jarrera inmoralaren bidez, “arriskuan jar dezake gizartean oinarritzkoa den printzipio moralen bat⁵²”. Printzipio moral bat urratzean, gizarte osoari egiten zaio kalte⁵³, eta hau,

51. *The Enforcement of Morals*; 13. or.

52. *Ibid.*; 8. or.

53. *Ibid.*

bere moralitatea babesteko, Zuzenbideaz balia daiteke, funtsezkotzat jotzen duen beste edozer babesteko egiten duen bezala. Horregatik esaten da “bizioak deuseztatzea bezainbat dagokiola Zuzenbideari ekintza subertsiboak deuseztatzea⁵⁴”.

Muturreko tesiak, ordea, ez ditu moralitate komunaren eta Gobernuaren balioa parez pare jartzen. Inmoralitatea gizartea ez disolbaltzeko edo gainbehera ez egiteko –traizioak egiten duen bezala– zigortzea, ez zaio neurri justifikagarria iruditzen. Moralitatea inposatu ahal izango da, ekintza inmoralek zuzenean inor kaltetu ez, eta gizartearen oinarri moralak ahuldu ez arren. Ez dut esan nahi bi tesi hauek edozein argudio sostenga dezaketenik, baina, dena den, argudio gehienek idea nagusiak barnebiltzen dituzte nire ustez. Gainera, anbiguo samarra da “moralitatea inposatzea” adierazpena. Agian, bi tesi hauek bereizteko modurik onena, moralitate positiboa urratzea kaltegarria ote den ikustea izan daiteke. Lehenik eta behin, galdera hau egin behar du genuke: inor kaltetzen al du ekintza horrek, gizartearen moralitatean inolako eraginik ba ote duen alde batera utzita? Eta, ondoren: ekintza horrek eragiten al dio gizartearen moralitateari, eta ahuldu egiten al du gizartea? Tesi moderatuak, ekintza zigortzea justifikatzeko, baieztatu erantzuna eman behar dio bigarren galderari. Muturreko tesiak ez dio baieztatu eman beharrik ez lehenengoari, ez bigarrenari.

Lord Devlinek tesi moderatua erabiltzen duela dirudi. “Dirudi” diot, zeren eta gizarte batek, existitu ahal izateko, funtsezkoak diren arloetan moralitatea inposatzeko eskubidea daukala esaten duen arren, ez dauka oso argi inmoralitateak gizartea ahuldu edo arriskuan jartzen ote duen. Batzuetan, *a priori* onartu beharreko zerbait balitz bezala ikusten du, eta, besteetan, egia frogatua balitz bezala. Honi dagokionez, bi gauza esan daitezke: batetik, Historiak erakusten duenez, “gizarte bat desintegratzeko lehen urratsa, moralitatea galtzea⁵⁵” dela, eta, bestetik –eta hau da garrantzitsuena–, frogatu gabe dagoela gizarteak onarturiko moralitate sexualetik aldentzeak gizarte baten existentzia arriskuan jartzen ote duen. Historialari ospetsu bakar batek ere ez du halakorik sostengatu. Gainera, gauza asko esan daitezke horren aurka. Ez du Justiniano enperadoreak esandakoa (“homosexualitatea da lurrikarak sortzen dituena⁵⁶”) baino errespetu handiagorik merezi. Lord Devlinek ebidentziaren aurrean azaltzen zuen itxurazko interes gabeziak, honakora garamatza: moralitateak –bai sexu moralitateak, bai kaltea sortzen duten ekintzak (hilketa, lapurreta eta lizunkeria bezalakoak) debekatzen dituen moralitatea– sare bat osatzen duela, eta, beraz, moralitatearen alderdi jakin batetik aldentzen dena, moralitate osotik aldentzen dela. Jakina, argi dago gizarte batek ezin izango lukeela ekintza kaltegarriak debekatzen dituen Zuzenbidearen isla eta osagarri den moralitateari gabe existitu. Baina, halere, ez dago ohiko sexu moralitateetik aldentzen direnak gizartearen aurka jarduten ari direla dioten teoria defendatzeko argudiorik. Bai, aldiz, teoria atzera botatzeko.

Baina Lord Devlinek azpimarratu nahi duena ez da gizartearen moralitateak sare bat osatzen duela bakarrik, beste gauza interesgarriago bat baizik. Esakune batetik beste batera egiten du salto: gizarte batek, existitzeko, moralitate komun bat izan behar duela dioten esakune onargarritik, gizarte bat bere moralitateari erabat lotuta dagoela dioten esakune onartezinera⁵⁷, zeinaren arabera gizartea, bere moralitatea aldatuz gero, suntsitu egingo bailitzatekeen. Lehenengo esakunea onargarria da, enpirikoki baino gehiago beharregatik, eta, horren arabera, gizartea, ikuspegi moral berbera daukaten pertsonen multzoa izango litzateke. Bigarren esakunea, oster, zentzugabea da, gizarteari ez diolako bere moralitatea aldatzeko aukerarik ematen; gizarte bat desagertu eta beste berri bat sortuko dela esatera behartzen du. Azken ikuspegi honetan oinarrituz esan daitezkeen gauza bakarra da gizartearen moralitateetik aldentzen diren ekintzek arriskuan jartzen dutela gizartearen beraren existentzia.

Argi dago gizartea bere moralitatearekin uztartzen duen ikuspegian bakarrik oinarri daitezkeela Lord Devlinen ikuspegia; alegia, inmoralitate pribatua ere egon daitezkeela, eta sexu moralitatea, “pribatuan” gauzatu arren, traizioarekin parekagarria dela. Jakina,

54. *Ibid.*; 15. or.

55. *The Enforcement of Morals*; 14-15. orr.

56. *Novels 77*; 1, 141 atalak.

57. Puntu garrantzitsu honi dagokionez, ikus WOLLHEIM, Richard. “Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin”. In: *Encounter*, iraila, 1959; 34. or.

Zuzenbideak ohiko sexu moralitate aldentzen diren ekintzak ontzat emanez gero, moralitate hori gero eta toleranteagoa izaten joango da. Ez dirudi hori denik homosexualitateak Europan duen kasua. Baina ohiko moralitatea aldatuko balitz ere, gizarte horiek ez lirakeke suntsituko. Ez genuke moralitatearen garapena Gobernuen suntsipenarekin parekatu beharko, aldaketa konstituzional baketsuekin baizik; gizartea, mantentzeaz gain, garatu egiten duten aldaketekin.

III.

Aurreko atalean, Zigor Zuzenbideak moralitatea inposatzearen inguruko tesi moderatua eta muturreko tesiaren arteko bereizketa azaldu dut. Tesi moderatuaren arabera, desberdindu egin behar dira kaltea sortzen duten delituak (hilketa edo eraso, adibidez) eta Zuzenbideak zigortzen dituen jarrera inmoralak (helduen adostasuna tarteko, pribatua gertatzen direnak). Lehenengo begi kolpe batean, badirudi bigarren jarrera horiek derrigorrean egongo direla legeak debekatuta eta zigortuta. Baina gizarte batek, existitu ahal izateko, moralitate bat behar duela onartzen baldin badugu, argi dago edozein ekintza inmoral, pribatua gauzatu arren, epe luzera kaltegarria izango dela, "gizartearen oinarrian dauden printzipio moralak urratzen dituelako", eta, beraz, arriskuan jartzen duelako gizartearen existentzia. Ikuspegi honetatik, beraz, gizarte batek, existitzeko, derrigorrean inposatu behar du moralitatea. Ondorioz, justifikatuta egongo da inposaketa hori.

Muturreko tesiak aldaera asko dituenez, ez da erraza bere jarraitzaileek zehazki zer defendatzen duten jakitea. Aldaera batzuen arabera, moralitatea inposatzeak balio instrumental hutsa du; hots, legeko inposaketa, moralitatea mantentzeko bide bat baino ez da, baina beharrezkoa. Xedea moralitatea mantentzea denez, justifikatuta dago inposaketaz baliatzea. Beste aldaera batzuek, berriz, moralitatea legearen bidez inposatzeak balio intrintseko bat daukala diote. Baina muturreko tesiaren aldaera guztiek gauza bat daukate komunean: tesi moderatua ez bezala, ez direla moralitatea inposatzearen alde gizartearen existentzia bermatze hutsagatik agertzen.

Lord Devlin, muturreko tesiaren eta tesi moderatuaren artean kokatzen da. Izan ere, bere adierazpen nagusia –hots, gizarte batek, existitu dadin, bere moralitatea mantendu behar duela– egitatezko esakune bat dela esaten baldin badugu, gauza desberdina izango dira gizarte bat existitzea eta bere moralitatea mantentzea. Gizarte batek, existitzen jarraitu ahal izateko, bere moralitatea inposatu behar baldin badu, justifikatuta egongo da moralitate hori inposatzea. Horrela ulertuz gero, Lord Devlin tesi moderatua erabiltzen ariko litzateke, eta bere argudioa utilitariora izango litzateke. Baina kontua da ebidentziak ez datozela adierazpen horrekin bat; oinarririk gabeko utilitarismoa litzateke. Bestetik, bere adierazpena (edozein inmoralitatek, pribatua gauzatu ere, arriskuan jartzen duela gizartearen existentzia), adierazpen enpirikoa ez, baizik eta egia balitz bezala interpretatuko bagenu, elkarri lotuta egongo lirakeke gizartearen existentzia eta bere moralitatea mantentzea. Ikuspegi honen arabera, moralitatea ez da inposatzen gizartea suntsipen edo erorialditik babesteko, baizik eta moralitatea babesteko. Honako hau muturreko tesiaren aldaera bat izango litzateke, gizarte bat zuzenean bere moralitatearekin lotuta dagoela adierazten duena.

Stephenek, nire ustez, hobeto defendatzen du muturreko tesia, Lord Devlinek tesi moderatua baino. Baina, lehenik eta behin, ikus dezagun jarrera bat lege inposatzeak zein zailtasun dauzkan. Inposaketaren bi alderdi azaldu ditugu dagoeneko: batetik heretsapena –jendeak, zigorra jasotzearen mehatxupean, legeak agintzen duena egingo duela ziurtatzeko–, eta, bestetik, legea urratu dutenak zigortzea. Inposaketaren alderdi hauez gain, badira ahaztu behar ez diren beste batzuk ere. Legea desobeditzea ezinezko bihurtzen duten edo behintzat zaildu egiten duten neurriak har daitezke. Honen adibide, Ingalaterran aski ezaguna den Argitalpen Lizunei buruzko 1857ko Araudia dugu (*Obscene Publications Act*). Arau honek argitalpen lizunak enbargatu eta deuseztatzeko eskuduntza ematen die agintariei, eta, hainbat jurisdikziotan, baita burdel gisa erabiltako lokalak ixtekoa ere. Lege bidezko inposaketaren beste alderdi bat, jendea presionatzea da, legea urratzeari uzteko. Presionatzeko bide hauek zigortzeko erabiltzen diren berberak izan arren, ez dugu pentsatu behar bien artean desberdintasunik ez dagoenik.

Ingalaterran eta Ameriketako Estatu Batuetan, Auzitegien esanak obeditzen ez dituztenentzat zabalduen dagoen inposaketa, agindua bete arte kartzelatzea da, eta desobedientziak dirauen bitartean egunero isun bat ordaintzea. Lehenengo presio bidea, Auzitegiak agindutakoa ez betetzeagatik erabili ohi da. Kartzelatik irteteko, barkamena eskatu eta Auzitegiaren erabakia obeditu beharko da. Nolanahi ere, neurri hauen helburu nagusia legea betearazteko presio egitea da.

Bereizketa hauek garrantzitsuak dira, komenigarria baita batetik muturreko tesia eta bestetik inposaketaren beste alderdiak desberdintzea –gogora dezagun zer dioen tesi honek: moralitatea ez da inposatzen inposaketak izango dituen ondorioengatik, bai- zik eta moralitatea bera balio bat delako–. Alderdi hauen inguruan hausnartuz gero, auzi- tan jarriko dugu Lord Devlinek eta agian Stephenek ere baieztatutakoa: gauza bera direla, edo behintzat elkarri estuki lotuta daudela, moralitatea inposatzea eta moralitate horren iraunkortasuna.

Inposaketaren lehenengo alderdiari begiratuz gero –mehatxuez baliatzen den her- tsapenari–, ikus daiteke oso gauza desberdinak direla jendea, zigorrarekin mehatxatuz, hainbat ekintza ez egitera behartzea –kaltegarriak diren ekintzak–, eta kaltegarriak izan ez arren moralitatekin aldentzen diren ekintzak ez egitera behartzea. Erraza da lehenen- goaren atzean zein balio dauden ikustea: gizakiak hilketa, bortxaketa edo beste ekintza kaltegarrietatik babestea. Baina ekidin beharreko kalterik edo babestu beharreko biktima- rik ez dagoenean –ohiko sexu moralitatekin aldentzen diren ekintzekin sarritan gertatzen den bezala–, zaila da moralitatearen arabera jardutea balio bat dela ulertzea. Zigorrari zaion beldurragatik abstenitu arren, eta askatasuna sakrifikatu arren, balio bat da ekintza horiek ez egitea. Adostutako portaera batzuekin bat etorritik jarduteari balioa ematen diona ez da moralitatea, tabua baizik. Honek ez du esan nahi kastitatea bezalako jarrereri baliorik eman behar ez diegunik; alderantziz, sexuan nahiz beste edozein arlotan, morali- tatearen teoria guztiak bizimodu zuzenarekin lotzen dute autodiziplina. Hemen balora- tzen dena, ordea, askatasuna *borondatez* murriztea da, ez hertsapenagatik, azken honek ia ez baitauka inolako balio moralik.

Legeak hala inposatzen duelako adostutako portaeren arabera jarduteak berez inolako baliorik ez daukan arren, behar-beharrezkoa da horrela jardutea, gehiengoak borondatez jarraitzen duen moralitatea irakatsi edo mantentzeko. “Erailketa zeinen delitu gogorra den ikusteko, aski da erailketagatik urkatu egiten dela ikustea⁵⁸”. Moralitatea borondatez betetzeko zigorrak behar dituzten teoretan ez dago kontraesanik, baina ekin- tza enpirikoetan oinarritu behar dute, eta ezin da esan moralitatearekin bat jotzen ikas- teko biderik onena zigorra jasotzearen beldur izatea denik. Moralitate asko, horrelako beldurrik eragin gabe erakusten eta mantentzen dira. Gainera, moralitatea zigorrari lotuta irakastea, arrisku bat sortzen da: zigorra jasotzeko beldurra bihurtzen dela moralitate hori betetzeko arrazoi bakarra.

Moralitatea legearen bidez inposatzearen bigarren alderdia, kaltegileei ezartzen zaien zigorra da. Kalterik sortzen ez duten jarreraren kasuetan zigorrak zein balio duen galdetuz gero, “teoria” erretributibo batek emango luke erantzunik garbiena: zigorra ez da gizartearen edo zigortutako pertsonaren onerako ezartzen, baizik eta egindako mal- tzurkeria ordainarazteko biderik egokiena delako. Orain ezin dut zigorraren teoria hau xehetasunez azaldu, baina puntu bati arreta berezia eskainiko diot. Zigorra, egindako delituaren maltzurkeriaren aurrean erantzunik egokien eta ulergarriena, hirugarrenak kal- tetzean eta gaizkile bat zein biktima bat daudenean ematen da. Doktrina utilitarioaren jarraitzaile sutsuenek ere pentsatu izan dute hirugarrenei kaltea apropos eragiten dienak sufritzea merezi duela. Ziur Auschwitz edo Buchenwald-eko irudiak ikusteko aukera izan duten guztiak egongo direla printzipio honek aldarrikatzen duenarekin ados. Gaizkileak zigortzea kartsuki aldarrikatzen zutenek ere printzipio honek bultzatuta ziharduten behar- bada, ez zigorrak gerora ondorio onuragarriak izango zituenaren ustean. Baina zigor- honek biktima eta gaizkilea dauden kasuetan izango du indar gehien, zigorra gaizkileari

58. *Royal Commission on Capital Punishment*-en txostena (CMD 8932) s. 61. Stephenek heriotza zigorrari buruz *Fraser's Magazine*-n idatzitako artikulua da akotazioa, 1864ko ekaina; 761. or.

modu horretan jarduten jarraitzea galarazteko neurria izango delako. Printzipio hauek, zoriontasuna eta sufrimendua gu guztion artean ekitatiboki eta zuzen banatzeko dauden oso antzekoak dira. Ez zait iruditzen analogia hau nahikoa denik, baina ez dugu horregatik teoria zigortzaile osoa atzera botu behar. Biktima baten ordeaz arau moral baten urrapena dagoen kasuetan, ordea, teoria honek ez du zigorrak inmoralitatea konpontzen duela esateko balio. Beraz, kasu honetan zigorra justifikatzeko argudio bakar bat eskaintzen dela esan genezake: moralitatean, bi gauza negatiboren baturak gauza positibo bat sortzen duela; alegia, sufrimenduaren eta inmoralitatea zigortzearen baturatik moral zuzena sortzen dela.

Stephen, Millen askatasunaren doktrinari buruzko atalean, gizakiari eta gizarteari buruz dauden uste okerrak zehaztu eta argitzen saiatzen da. Millek darabiltzan argudioak okerrak direla dio. Bere iritzian, Zigor Zuzenbidea ez litzateke “gizartearentzat arriskuak diren ekintzen aurka” bakarrik erabili beharko, baizik eta baita “bizio larriak jazartzeko⁵⁹” ere. Ez da erraza esakune horretatik moralitatea legez inposatzean babesen diren balioak zeintzuk diren ondorioztatzea. Bere tesian zehar garbien ikus daitekeena da –eta askoren iritzian hauxe da desatsegina– legitimoak edo “osasungarriak⁶⁰” direla gaizkilearekiko gorrotoa eta mendekatzeko sentimendua. Stephenen teoria zigortzailea, aldarrikapen xume baina gogor batean oinarritzen da: gaizkilea zigortzeak badu justifikaziorik, “gorrotoa eta mendekua sentimendu garrantzitsuak direlako gizakiarentzat. Sentimendu hauek, legeek araututako moduan ase beharko liriateke⁶¹”.

Stephenek behin eta berriro defendatzen du gorrotoaren eta mendekatzeko grinaren legitimitatea. Horixe da zigorrari buruz daukan ikuspegiaren muina. Gerora, epaile ingelesek ere garrantzi berbera eman diote ikuspegi horri. Honela mintzatu zen Lord Goddard, Ingalaterrako epaile nagusi ohia, Lorden Ganberan heriotza zigorraren inguruan izandako azken eztabaidan: “ez zait iruditzen herriak krimen bat mendekatu nahi izatea Kristautasunarekin edo beste erlijioen batekin bateraezina denik⁶²”. Hala ere, ez litzateke bidezkoa izango Stephenek, bere doktrinan, zigorraren teoria hori bakarrik darabilela esatea, beste elementu bat ere erabiltzen baitu bere argudioetan, salaketaren elementua delakoa. Stephenek bere teoriatik bereizten ez badu ere, azterketari ekiteko unean isolatzea komeni da, askotan azaltzen baita sistema judizial ingelesean zigorrak betetzen duen funtzioaren eta bere justifikazioaren kontzepzioan, eta, gainera, legelari ingeles zein amerikar kontserbadore askok erabiltzen dute.

Stephenek moralitatea legez inposatzearen inguruan dioena ulertzeko, bi gauza aipatu behar dira: batetik, gizartean elkartasun moral handia dagoela suposatzen duela, eta, bestetik, kode morala urratzen denean, gizartea erabat nahastuta gelditzen dela. Lord Devlinen aburuz legez inposatu beharreko moralitateak “publikoa” izan behar duen bezala –eta berau urratzeak hiru ondorio sortu behar ditu: “intolerantzia, haserrea eta nahigabea⁶³”–, Stephenen ustez “ezin da iritzi publikoak irmotasunez eta argi eta garbi gaitzesten ez duen ezer zigortu. Ekintza bat zigortu ahal izateko, gehiengo handi baten sostengua behar da⁶⁴”. Baldintza horiek, Victoria erreginaren garaiko Ingalaterran delitu kontsideratzen ziren ekintza asko eta askoren kasuan emango ziren beharbada. Litekeena da garai hartan “gehiengo moralak” errudunari zigorra ezarri mendekua hartzeko desio hori izatea. Baina astakeria izango litzateke baldintza horiek gaur egungo Ingalaterran moralitate sexualaren mailan aplikatzen direla esatea. Hasiera batean moralitate sexual ofizialaren alde egon arren, arlo sexualean –beste hainbat arlotan bezala– ez genuke beste moralitate onargarri batzuk egotearen aukera baztertu beharko. Era berean, kontuan izan beharko genuke praktika eta usteak nahiko homogeneoak direnean ere, kaltegileek ez dutela zertan gorrotoa edo haserrea sortu behar, mespretxua edo pena baizik.

59. *Liberty, Equality, Fraternity*; 162. or.

60. *Ibid.*; 162 eta 165. orr.

61. *Ibid.*; 162. or.

62. 198 HL Debates (5. seriea) 743 (1956).

63. *The Enforcement of Morals*; 17. or: “Lege morala sendotzen duten indarrak dira”.

64. *Liberty, Equality, Fraternity*; 173-174. orr.

Beraz, esan daiteke Stephenen doktrina –eta, hein handi batean, baita Lord Devlinena ere– igerian dabilela gaur egungo errealtate sozialaren gainean. Ondo artikulatuta dago bere egitura, eta interesgarria da, sistema judizial ingelesaren ezaugarriak azaltzen dituelako, baina gaur egun ez da aplikagarria. Stephenek gizarte ilusorio batekin amesten du, eta, batzuetan, zigorrak funtzio zigortzailea beharrean funtzio salatzailea balu bezala aritzen da; gorrotoa edo mendekua asetzeko baino gehiago, kaltegilea moralki kondenatzeko eta urratu duen moralitatea “berrezartzeko” balioko balu bezala. Ideia hau *Liberty, Equality, Fraternity* liburuko pasarte batean aurki dezakegu. Bertan, Stephenek dio Zigor Zuzenbidea ez dela “haserrea, ezta mendekua hartzeko grina, beste gauza desberdin bat baizik⁶⁵”. Ideia hau bera hobeto landuta eta garbiago azaltzen da *History of the Criminal Law* liburuan:

“Delitu baten inguruan emandako epaia, jendearen sentimendu moralarentzat, argizari beroko seilu bat bezalakoa da. Behin-behineko sentimendua izan beharko lukeena, behin betiko epai bihurtzen da... Ofentsaren ondorioz sortu den gorrotoari gorputza, berrespina eta justifikazioa ematen dizkio epaiak... Ezkontza (pasio sexuala) arduratzen den bezala arduratzen dira haserrea eta gaitzespena adierazteko moduak –eta, batik bat, Zigor Zuzenbidea exekutatzeko moduak– beste pasio mota batzuek⁶⁶”.

Alderdi batzuk ez dira oso garbi gelditzen teoria honetan; Stephen nahiko modu misteriosuan mintzatzen da zigorrak “justifikatzen” dituzten sentimenduei buruz. Hala ere, bere ildo nagusia behintzat –gerora epaile askok jarraituko dutena– garbi gelditzen da. Zera adierazi du egunotan Lord Denning-ek, Heriotza Zigorren Errege Batzordearen aurrean:

“Delitu larriei ezarritako zigorrek, hiritarren gehiengoak delitu horiekiko sentitzen duen gaitzespena islatu beharko lukete. Zigorren helburua ez da konbentzitzea, erreformatzea edo prebenitzea bakarrik, baizik eta baita gizarteak delitu horiek salatzea ere. Horregatik, delitu batzuek salaketa guztien artean enfatikoena eskatzen dute: heriotza zigorra⁶⁷”.

Bere defendatzaileak eminentziak izan arren, bitxia da zigorraren justifikazio hau –hirugarrenei kalterik sortzen ez dieten jarrerak zigortzerakoan batez ere–. Gaitzespena morala gizakien sufrimenduaren kontura ase beharreko balio bat dela dio, eta sentimenduak sakrifikatzea modu bikaina dela. Baina, nola ulertu hori? Gaitzespena morala, gizakiaren sufrimenduaren kontura lortzen dena balio bat dela? Kode morala urratzen dutenak zigortzea –ez kaltea edo sufrimendua ekiditeko, eta ezta ere kaltea berriro egitea galarazteko ere, baizik eta gaitzespena morala salatzeke–, gizakiaren sakrifizioari lotuta dago, gurtza erlijioso bat balitz bezala. Baina, objektio hau albora dezakegun arren, beste gauza bat aurpegira diezaiokegu: zer esan nahi du kaltegilea zigortzea gaitzespena morala adierazteko modu egokia izateak? Gaitzespena morala adierazteko modurik normalena, *hitzen bidez* egiten dena da. Zergatik ez da gaitzespenezko adierazpen publiko bat salaketa biderik “egoki” edo “enfatikoena”? Zergatik behar du salaketak zigorraren forma?

Nire ustez, teoria honen jarraitzaileek, salaketa “enfatiko” eta gaitzespena morala adierazteko modu “egokia” esaterakoan aditzera eman nahi dutena da salaketa eta gaitzespen horiek eraginkorrak direla kaltegilea kode morala errespetatzera behartzeko. Baina teoria, ondoren, aldatu egiten da; aurrerantzean ez du esango moralitatea legez inposatzea balio bat denik, baizik eta moralitatea mantentzen duelako duela balioa moralitatea legez inposatzeak. Zalantzarik gabe, hauxe da muturreko tesiaren adierazpenik txalogarriena. Baina teoria hau intuitiboki eta inolako argudiotaz baliatu gabe onartu ezean, kritika ugari jaso ditzake.

Lehenengo kritika, dagoeneko aipatu dugun alderdi bati zuzentzen zaio. Inposaketa legalak moralitate soziala mantentzeagatik egiten direla esateko, ebidentziaren bat behar da, eta, moralitate sexualari dagokionez behintzat, ezer gutxi aurki daiteke.

65. 165. or.

66. *A History of the Criminal Law of England*, II; 81-82. orr.

67. Heriotza Zigorren Batzorde Errealaren Txostena, 53. or.

Nahiko kasu konplexua da. Jarrera bat moralki gaitzesgarria dela esaterakoan, hainbat inmoralitate mota desberdinu beharko lirateke. Ekintza batzuk, larrua jotzea esaterako, moralki gaitzesgarriak izan daitezkeen arren, tentazioak dira pertsona gehienentzat, baina beste batzuk (intzestua edo homosexualitatea adibidez), gehiengoak gorrotatu eta gaitzetsi egiten ditu. Azken ekintza hauei dagokienez, benetan harrigarria izango litzateke jendeak praktika horiek inmoral kontsideratzea legean debekatuta egoteagatik, zeren eta kasu horietan Lord Devlinek aipatzen dituen “intolerantzia, haserrea eta nahigabea” eta Stephenek aipatzen duen “gehiengo morala” baldin badaude –eta, beren iritzian, hauek existitzen direnean bakarrik zigor daiteke inmoralitatea legez–, gehiengoak, praktika horiek moralki okerrak direla kontsideratuz, instintiboki gaitzetsi eta “ez-natural” kontsideratuko ditu. Zoragarria izango litzateke gehiengoak bere ikuspegi morala aldatu eta sentimendu instintibo hauek baztertu ahal izango balitu, Estatuak ez balu gehiengoak homosexualitateari buruz daukan iritzi morala zigorrean islatuko ez balu. Honek ez du esan nahi praktika hauek debekatuta dauden herrialdeetan ez denik egongo praktika hauek zigorrari beldurra izate soilagatik beteko dituenik, edota, Stephenek esan bezala, instintuak erreprimitu eta moral sozialak legean “berrestuta” egoteari errespetua edukitzeagatik. Baina abstentzio horiek ez diote ezer gehitzen praktika hauek moralki okerrak kontsideratuta egotearen uste zabalduari.

Lord Devlinen kritikari batek adierazi duen bezala⁶⁸, moralitate sozialaren benetako ahulunea ez da Zuzenbidea debekuak indartzeko zigorrez baliatzean huts egitea, baizik eta eztabaida sustatu izatea. Bereizi egiten dira nahigabea eta gaitzespen morala. “Gehiengo morala”, gaur egun, banatuta eta zalantzez josia agertzen da moralitate sexualaren alderdi askori dagokienez, antropologia eta psikologian egindako aurkikuntzen ondorioz eztabaida piztu da-eta moral sexualaren alderdi nagusien inguruan: kalte-rik sortzen ez duten desbideraketa sexualak, gizarte desberdinetan dauden moralitate sexual desberdinak, moralitate sexual murrizgarriaren eta errepresioaren arteko lotura, etab. Batzuek horrelako eztabaidak galarazi egin beharko liratekeela pentsatzen duten arren –nagusi den moralitate sozialean izan dezaketen eraginagatik–, Stephenek bazekien bere doktrinak horretara behartzen zuela. Umiltasunez adierazi zuenez, hasiera batean ez zeukan deus horren aurka, baina debeku hori ez zen gauzagarria izango bera idazten ari zen gizarte eta unean⁶⁹.

Azken hausnarketa honek muturreko tesiaren muin-muinera garamatza. Demagun Stephenek gizartearen eta mekanismo moralaren irudi errealista bat daukala: arlo sexuallean, gehiengo handi batek babesten duen kode moral bat dagoela, eta, moral hori urratzean, gehiengo hori bene-benetan mintzen dela, eta, ondorioz, kaltegieei zigorra ezartzen zaiela beren jarrera inmoral izan dela adierazteko, bestelakoan, zigortuko ez balira, moralitate hori permisiboa izaten hasiko litzateke-eta. Kontua zera da: balio bat al da gizarteak bere moralitatearen *status quo*-a ezertarako aldatu gabe mantentzea, eta gizakien sufrimenduaren kontu gainera? Funtsik gabekoa da, ala printzipio kritikoren bat du atzean?

Gauza batzuk esplikatuz egin behar dira hemen. Moralitate soziala mantentzeak suposatzen duen balioari dagokionez, nahasgarriak izan daitezkeen hiru adierazpen daude. Lehenengo adierazpenak dio moralitate sozial guztiek, esaten dutena esaten dutela, pertsonen askatasuna, bizitzaren segurtasuna, apropos egindako kaltearen aurrean babesa bezalako balio unibertsalak bermatzen dituztela, eta beti egongo dela moralitate sozialak babestu beharrekorik, inposaketa legalaren bidez babestu behar bada ere. Lord Devlinek dioena, agian, ez da bidezkoa; hau da, gizartea mantentzeko beharrezkoak diren balioak bermatzen dituelako dela baliozkoa moralitate soziala. Hain zuzen alderantzizkoa esan beharko litzateke: edozein gizarte mantentzeko beharrezkoak diren balioak bermatzen dituztelako, neurri batean, balio unibertsal horiek. Gainera, ez dago oso argi balio hauek aintzatesten ez dituen moralitatea daukan gizarte bat existitu ote daitekeenik. Existituko balitz ere, ez litzateke praktikoa izango. Ez guke moralitate soziala inolako zulorik ez duen sare bat denik pentsatu beharko, ezta gizartea

68. WOLLHEIM, *Crime, Sin and Mr. Justice Devlin*; 40. or.

69. *Liberty, Equality, Fraternity*, 2. Atala, bereziki 58, 81, 82-84. orr.

existi dadin arau guzti-guztiak beharrezkoak direnik ere –hori pentsatzen zuen Lord Devlinek–. Aitzitik, Millek bezala pentsatu beharko genuke; alegia, funtsezko balio unibertsalak bermatu behar diren arren, gizarteak moralitatean dauden ezberdintasunak gaindi ditzakeela, eta desberdintasun horiei etekina atereaz gainera.

Bigarren lekuan, beste proposizio bat dago, ez hain ezaguna, eta adierazteko zailagoa: espiritu edo pentsaerak izugarriko garrantzia du; funtsezkoa da gizarteak aurrera egin dezan. Moralitate sozial guztietan, arauen balio *material*-ekin batera, balio *formalak* izaten dira. Pertsona batek, harreman moraletan, modu inpersonal eta inpartzialean aztertzen ditu jarrerak, eta arau orokorrak aplikatzen dizkio bai bere buruari, bai besteei. Kontuan hartzen ditu beste pertsonen desio, itxaropen eta erreakzioak, eta autodiziplinaz zein kontrolaz baliatzen da bere portaera sistemari egokitzeko. Bertute hauek, pertsona bakoitzak moralki nola jokatu behar duen finkatzen dutenak, unibertsalak dira. Egia da bertute hauek gizartearen moralitatearekin bat etorritik jarduten ikasten direla, baina beren balioa ez die bertute izateak ematen. Aski dugu Hobbes-en proba egitea (bertute hauek ez direla existitzen imajinatzea), gizakiak elkartean bizitzeko eta bizimodu on bat izateko zeinen funtsezkoak diren konturatzeko. Moralitate kritikoko printzipio bat ere ez litzateke bertute hauek alboratzea proposatzera ausartuko. Baina moralitatea mantentzeak jarrera morala eta balio formalak mantentzea esan nahi baldin badu, orduan balio bat da. Baina, hala izanik ere, kasu honetan ez du gehiegi axola, ez baitira gauza bera moralitatea mantentzea eta gizartearen kode morala bere horretan eta inolako aldaketarik gabe mantentzea. *A fortiori*, arauak legez inposatzea ere ez da beharrezkoa. Jarrera moralak askotan gainditu behar izan ditu kritikak, urraketak, eta instituzio moralen distrakzioak. Gizarte batean une jakin batean gailentzen den moralitatea alda ez dadin zigor legalez baliatzeak funtziona dezake, baina ez du moralitate sozialaren espirituak eta balio formalek irauteko laguntzen. Gainera, oso litekeena da kalteak eragitea.

Moralitatea mantentzea, beraz, balio bat da, argi eta garbi. Baina ez dira gauza bera moralitatea mantentzea eta kontserbadorismo morala. Azken honen aldekoentzat, moralitate sozialeko arauak aldatu gabe mantentzea balio bat da, eta horrek justifikatzen du arau horiek legez inposatzea. Hau ulergarria izango litzateke baldin eta sistema teologikoak edo Zuzenbide Naturalaren doktrinak funtsezko printzipio batzuei ematen dieten estatus bera emango bagenio moralitate sozialari. Orduan, moralitate sozialeko arauak beren horretan mantentzea balio bat izango litzatekeenez, bai esan ahal izango litzatekeela legez inposatzea justifikatuta legokeela. Baina ez dago garbi printzipio orokor horiek gure kasuari aplikatu ahal izango litzazkiokkeenik; kontserbadorismo morala instituzio sozialak kritikatzeko erabiliko litzateke. Beraz, ez litzateke astakeria izango moralitate sozial guztiek, beren horretan mantentzeko, derrigorrean gizakiei sufriarazi eta askatasuna kentzen dietela esatea –astakeria litzateke, ordea, printzipio orokorretatik bereiziz gero–. Ikuspegi dogmatiko honetan, moralitate positiboa kritika moral ororen eremutik at gelditzen da.

Bistan da gaur egun ezin dela moralitate soziala Jainkoak emandako araua edo betiereko egia denik esan. Eta are gutxiago moral sexualen kasuan, oso jarrera eta ohitura desberdinak daude-eta. Baina arlo honetan moralitatea legez inposatzea defendatzeko, ez da nahikoa inposaketa hori justifikatuta dagoela esatea. Burke eta Hegel bezalako teorizatzaile sozial ezagunei begiratu beharko litzazieke –moralitate positiboaren eta ohituren defendatzaile sutsuenetarikoa–; ez zitzaion egokia iruditzen gauza hauek balioa zutela esatea. Beren jarrera oinarritzeko, gizakiaren eta Historiaren *teoriak* landu zituzten. Burkeren argudio nagusia –"urteek ematen duten jakinduria" eta "probidentziaren ukitua" bezalako hitzak erabiltzen zituen– ebolutiboa da funtsean: gizarte batek, Historian zehar, pixkanaka garatzen ditu instituzio sozialak, bere beharretara egokitzeko, gehiengoarentzat egokiagoa delako garatzen joatea, bizitzaren eskema ideal bati edo legegileak inposatutako ereduari jarraitzea baino. Hegelen iritzian, gizarte bateko instituzioen balioa doktrina metafisiko batean oinarritzen da. Egia esan ez da ulertzeko erraza; zaila da bere ideia hitz bitan adieraztea, baina honela laburbil liteke: gizartearen Historia, Espiritu Absolutuak hartzen dituen itxura ezberdinen prozesu bat da, eta, bere garapen fase bakoitza pauso arrazional eta logikoa denez gero, baliozkoa da.

Baina, teoriaren oinarria eztabaidagarria izan daitekeen arren, ezin da esan instituzio sozialak dogmatikoak besterik ez direnik. Jarrera horren alde edo aurka egongo dira teoria orokorrak, baina kontuan hartu behar da tradizio eta ohiturak pixkanaka garatzen

joatea defendatzeak –Burkek bezala– ez diola moralitate soziala legez inposatzeari babes handiegirik ematen. Burkeren iritzian –kontserbadorea izan arren, liberala zelako beharbada–, gizarte bateko instituzioek balioa dute gizakiek beren bizitzetara askatasunez egokitu dituztelako, egokitzapen hori oharkabean egin duten arren. Gizarte bateko moralaren *status quo*-a mantentzearen hertsapena erabiltzeak, artifizialki geldiaraziko luke instituzio sozialei balioa ematen dien prozesua.

Oso garrantzitsua da moralitatea inposatzeko hertsapena erabiltzearen eta moralitatea mantentzeko erabiltzen diren beste metodoen arteko (argudioak, aholkuak, etab.) desberdinketa egitea. Stephenek, Millen aurka erabiltzen dituen argudioetan⁷⁰, gehiengotan ahaztu egiten ditu beste metodo horiek, eta Millek ematen zien garrantzia ere bai, behin eta berriro errepikatzen baitu Millen askatasunaren doktrinaren arabera gizakiak ezin duela bere hiritarkideen jarrerari buruz iritzirik eman, jarrera horiek inor kaltetzen ez badute. Egia da Millen iritzian “Estatuak eta hiritarrek” ezin dutela jarrera bat zuzena edo okerra den erabakitzekeo “*errepresio edo zigorrera jo*”⁷¹, baina ez da egia jarrera horiei buruz “inork ezin duela ezer esan”⁷² pentsatzen zuenik. Ez zuen pentsatzen gizarteak “marra bat marraz zezakeenik ere, non zuzentasuna amaitu eta axolagabekeria morala hasten den”⁷³. Kritika hauek egiterakoan, Stephenek, Millen esanak gaizki ulertu eta faltsutzeaz gain, moralitatea zein zentzu hertsian interpretatzen duen ematen du aditzera. Millen asmoa hertsapenaren erabilera mugatzea da, ez axolagabekeria morala sustatzea. Egia da hertsapena gaitzesterakoan moralitatea legez inposatzea eta gizarteak presionatzeko erabiltzen dituen beste modu batzuk ere gaitzesten dituela (hala nola, gaitzespen morala eta erreklamazioa), baina erabat aldrebes ulertuko genuke moralitatea, hertsapena erabiltzerik ez dugunean isilik gelditu eta ezer gertatu izan ez balitz bezala jokatu behar dugula pentsatuko bagenu. Millek, bere azterlaneko 4. atalean, xehetasun osoz zehazten ditu erabili beharko genituzkeen beste bideak:

“Doktrina honek ez ditu berekoikeria eta axolagabezia sustatu nahi. Ez du inondik inora besteen bizitzari buruz ez kezkatzea, eta tartean gure interesen bat egotean izan ezik besteen ongizateaz ez arduratzea aldarrikatzen. Gizakiok elkarri lagundu behar diogu, ongia eta gaizkia bereizten laguntzeko, eta beti ongiaren alde aritzera animatzeko”.

Millen iritzian, askatasuna errespetatzen duten gizarte guztietan eztabaida piztu beharko litzateke, eta aholkuak eman, horrela “azken erabakia” pertsona bakoitzaren esku uzten delako. Beste kontsiderazio batzuk ere egin daitezke, “iritzi eta aholkuen bidez pertsona bakoitzak bere borondatea indar dezan”⁷⁴. Eta, muturreko kasuetan, pertsona baten jarrerak atsekabea sortuko baligu, adierazi egin beharko genioke. Bere konpainia ekidin dezakegu, eta besteei berarekin ez ibiltzeko ohartarazi. Askok pentsa dezakete Millek ia debekatu egiten zuela hertsapena erabiltzea. Baina, bere iritzian, gauza hauetan “ekidinezina da besteek gure iritzia kontrakoa izatea”⁷⁵, eta inoiz ez da zigorraren alde egon behar. Baina argi dagoena da egia handi bat esan zuela: moralitatean ez gaudela hertsapenaren eta axolagabekeriaren artean aukera egitera behartuta.

Millen *On Liberty* liburuak, Tocqueville-ren *Democracy in America*-k bezala, arau demokratikoez dauzkaten arriskuez jabetzeko balio izan zuen. Bi autoreen iritzian, arriskutsuena ez da gehiengoak gutxiengoak zapaltzeko aukera izatea, baizik eta benetan zapaldu egin beharko lukeela pentsatzea. Arrisku hori, Millen iritzian, gobernu demokratikoei lortu nahi dutenaren truk ordaindu beharreko prezioaren zati bat da. Bere ustez, gainera, merezi du prezio hori ordaintzea. Baina Mill ez zen demokraziaren defendatzaileei arriskuak gogorarazteaz nekatuko. “Ez pentsatu boterearen titularrek gizartearen aurrean aldiro-aldiro erantzun behar izanagatik Gobernuak hiritarren gain duen boterea ezer mugatzen denik”⁷⁶. Hain setatia zen Mill gai honen inguruan, ezen, Morleyk esaten zuen bezala, bere saiakera “inoiz idatzi den libururik aristokratikoenetarikoa”⁷⁷ dela.

70. *Liberty, Equality, Fraternity*; 126-142. orr.

71. *Ibid.*; 137. or. *On Liberty*, 5. atala.

72. *Liberty, Equality, Fraternity*; 141. or.

73. *Ibid.*; 170. or.

74. *On Liberty*; 4. atala.

75. *Ibid.*

76. *On Liberty*, 1. atala.

77. *Liberty, Equality, Fraternity*-ren hitzaurrean; 15. or.

Stephenek iritzi publikoaren alderdi moralari ematen zion garrantziari eta zigorrak “jendearen sentimendu moralaren espresio” gisa zeukan funtzioari erabat kontrajarrita dago Millen doktrina. Stephenek hitzaurrean esaten duenez⁷⁸, zera zioen Morleyk: Millek hertsapenaren aurrean babestuko litzuzkeen gutxiengoak, babesik gabe geldituko lirateke Stephenen printzipioekin.

Stephenek gaitzetsi egiten zuen Morleyk egindako erasoak. Agian ez zen zilegi, Stephenen jarrera beharbada ez zelako mugatzen gehiengoak hertsapenaren eta zigor legalaren alde egote hutsagatik justifikatuta daudela esatera. Baina ulertzekoa da Millek doktrina hori demokraziarekin batera zabalduko zenaren inguruan zeukan beldurra, erraz ikus baitaiteke printzipio demokratikoen aldekoa izatea populismo moralak delakoarekin lotuta dagoela; hau da, gehiengoak eskubide moralak daukela jendeak nola bizi beharko lukeen erabakitzeke. Hau demokrazia gaizki ulertzea da, eta arriskuan jartzen du askatasun indibiduala. Azal dezadan honen azpian dagoen nahaspila⁷⁹.

Kontua da ez direla behar bezala bereizten botere politikoa, ondoen, gehiengoaren esku dagoela dioen printzipio onargarria, eta gehiengoak botere horrekin egiten duena kritikazterik ez dagoela dioen printzipio onartezina. Lehenengo printzipioa onartzen ez duenak ezin du demokrata izan, baina demokrata batek ez du zertan bigarrenarekin ados egon behar. Millek eta beste hainbatek konbinatu egiten dituzte printzipioak; horrela, Gobernu formarik onena –edo kalte gutxien sortzen duena behintzat– demokrazia dela diote, baina, era berean, Gobernu demokratikoei egin ezin dituzten gauza asko daudela. Zentzuzkoa da konbinaketa hau, zeren eta demokrata bat demokrazia beste gobernu formak baino hobea dela pentsatzera behartuta dagoen arren, ez du zertan perfektua, akatsik gabekoa edo aldagaitza dela pentsatu behar. Azken adierazpen hau oinarritzeko, beste premisa bat behar dugu, botere politikoa gehiengoari ematea klase berezi bati ematea baino hobea dela dioen adierazpena baino harantzago joango dena. Premisa honek, *vox populi-a vox Dei*-rekin identifikatzearen aldaera bat izan behar du. Eta lerro hauetan zehar maiz aipatu den aldaeretako bat, gehiengoaren moralitate positiboa kritikekiko immunea dela dioena da.

Ez da harrizkoa nahaspila hauek Ameriketako Estatu Batuak bezalako demokrazia zaharretan ere sortu izana –non Konstituzioak babesten dituen gizabanakoen eskubideak hirugarrenen aurrean–, edota Ingalaterran –non parlamentariak herriaren ordezkari diren, baina ez herriaren delegatu–. Izan ere, gaur egun, asko dira demokraziak gehiengoak beti zuzen dabilela *esan nahi duenaren* ustea bultzatu nahi dutenak. Politikaririk argienak ere bere karguan jarraitu nahi izango du, eta horretarako, errazagoa zaio gehiengoaren iritzian zuzena dena egitea, bere iritzian zuzena dena egin eta gehiengoak konbentzitu ezin izanez gero bere kargua utzi behar izatea baino. Baina herriak hautatu dituen legegileentzat tentagarria izan daitekeena, damutzeko modukoa izan daiteke halako tentaziorik ez daukatentzat. Moralitatea inposatzeko dauden argudioak daudela, ez da pentsatu behar printzipio demokratikoei leial izateagatik “gehiengo handi” baten moralitatea gutxiengoei inposatzea justifikatuta dagoela onartu beharra dagoenik.

Hiru atal hauek nahiko argi eta laburrak direla iruditzen zait, eta, beraz, ez dut uste xehetasunez betetako laburpen bat egitea beharrezkoa denik. Baina hitz gutxi batzuk behintzat esan nahiko nituzke erabili dudan metodoari buruz. Hasieratik esan dut moralitatea inposatzea justifikatu ote daitekeen galdetzen duen edonork badakiela gizarteak instituzioek –moralitate positiboa barne– kritikak jasotzeko prest egon behar dutela.

78. *Ibid*; 17. or.

79. Lord Devlinek gai honi buruz idatzitako azken lanean (“Law, Democracy, and Morality”, *loc.cit.*) nahasketa honen arrastoak ikus litezke. Zera dio (639. or.): “demokrazia batean, gizartearen moralak onak eta egiazkoak direla pentsatuko du legegileak, hala pentsatuko ez balu ez lukeelako Gobernuak kide izan behar... Baina ez du moral horiek onak eta egiazkoak direla bermatu beharrik. Bere lana, gizartearen moralak mantentzea da, ez bere ideien arabera birmoldatzea”. Baina, aurrerago (644. or.), onartzen du legegileak “diskrezionaltasun handia daukela Zuzenbidean zenbateraino parte hartuko duen erabakitzeke”. Lord Devlinek saiakera honetan azaldu nahi izan duena da moralitatea jendearen iritzipeko gai bat izatea ez dela inolako arazoa (642. or.), moralitatea ekintzei lotuta dagoela (649. or.), eta demokrazia batean “moralari buruzko erabakiak hartzeko, ezin direla pertsona ikasiak maila desberdin batean ipini” (643. or.). Baina, moralitate positiboari dagokionez, inork ez luke argudio hauen aurka joko. Galderak hortxe jarraitzen du: zergatik inposatu behar da moralitatea legearen bidez? Bien bitartean, pozik ageri da Lord Devlin jada adierazi dituen argudioekin eta traizioarekin egiten duen analogiarekin.

Moralitatea inposatzea justifikagarria dela dioenak, justifikaezina dela dioenak bezalaxe, printzipio kritiko orokor batzuetan oinarritu behar du; ezin du baiezkua edo ezezkoa gizarte jakin batean dauden ohitura edo moralitateari begiratuz bakarrik eman. Badirudi Lord Devlinek –nire ustez, tesi moderatua darabilela– jarrera hori onartzen duela, baina bere printzipio kritiko orokorra (hau da, gizarte batek, mantentzean, edozein neurri hartzeko eskubidea daukala) ez da egokia. Ezin da esan gizarte bat mantentzeko bere moralitatea inposatzea beharrezkoa denik. Badirudi gizarteak behar bezala definitzen ez duelako libratzen dela kritika honetatik.

Moralitatean funtsezkoa den printzipio bati ere heldu diot hasieratik: gai honen inguruan eztabaidatzeko prest dagoen orok aitortzen du zitala dela gizakiari sufrimendua eragin eta askatasuna kentzea. Horregatik, justifikazio bat behar da moralitatea legez inposatu ahal izateko. Gero, muturreko tesiaren hainbat aldaeren printzipio nagusiak azaltzen eta zehazten saiatu naiz. Tesi honen jarraitzaileen iritzian, zilegi da moralitatea inposatzea edo ez aldatzea, eta, gainera, gizarteak mantentzen laguntzen du. Hauen artean, balioak dira moralitatearen Historiaurreko egoerak, eta, balio horiek babestearren, pertsonen askatasuna murrizteko eta gizakiak zigortzeko prest daude. Ontzat hartzen dute arau moralak zigorrari beldurra izateagatik betetzea, gaizkilearekiko gorrotoa sentitzea, edo, biktimarik egon ez arren, gaizkileak zigortzea. Zigorrak, hauen artean, gaitzespen morala adierazten du. Eta ez daude moralitate soziala aldatzeko prest, moralitate hau errepresibo edo basatia izan daitekeen arren. Nik ez dut *frogatu* gauza hauek gizakien sufrimenduaren eta askatasuna murriztearen kontura lortzea merezi duten balioak ez direnik; nahikoa egin dut zer diren eta zein prezio daukaten demostratzearekin.