

## פרופ' א' רובינשטיין: אכיפת מוסר בחברה מתירנית\*

ספרו של פרופ' רובינשטיין מביא אל הספרות העברית אחד מן הוויכוחים המתמידים בתחום הפילוסופיה של המשפט: הוויכוח על היחס הנאות בין המשפט ובין המוסר הנוהג. בשנים האחרונות חזרה שאלה זו למרכז ההתעניינות וזכתה לדיונים מרובים. בשנת 1957 פורסם באנגליה הדו"ח של ועדת וולפנדן, שהציעה לבטל את האיסור הפלילי על קיום יחסים הומוסקסואליים בין שני בוגרים מסכימים. הצעה זו נומקה בכך שמטרת המשפט הפלילי אינה לענוש סטיות מן המוסר הנוהג, אלא להגן על החברה ועל הפרט מפני נזק העלול להיגרם לו על-ידי זולתו. ב-1959 פורסמה הרצאתו של לורד דבלין *The Enforcement of Morals*, בה הוא מביע הסתייגות מנומקת מעמדת הדו"ח. שלוש שנים לאחר מכן נסגר המעגל עם פרסום ספרו של פרופ' הארט *Law, Liberty and Morality*. הארט מבקר את עמדתו של דבלין ותומך בעמדת ועדת וולפנדן, מטעמיה. שני המלומדים דנים בשאלה בהרחבה ומאמצים לה פתרונות שונים. מפתרונות שונים אלה נובעות מסקנות שונות לגבי הצורך בקיומן של עבירות פליליות שונות ולגבי הצדקתן. המחלוקת בין דבלין והארט משמשת כיום כנקודת המוצא לרוב הדיונים בתחום זה בספרות האנגלו-אמריקנית. כיום די לומר כי בהפעלת איסור פלילי מסוים יש משום 'אכיפת מוסר' או משום 'פטרנליזם', כדי שיהיה ברור מה יכולות להיות העמדות השונות לגבי הצדקת קיומו. העקרונות החלים על הסוגיה, טיבם ומעמדם של השיקולים היכולים להיות רלוונטיים בכל מקרה, הובהרו על-ידי דבלין, הארט ועל-ידי המחברים הרבים שכתבו על השאלה בעקבותיהם. בארץ מתקיימים דיונים רבים על ההסדר המשפטי הראוי של נושאים כמו זנות, הפלות, התאבדות, הומוסקסואליות ועישון סמים למיניהם, אולם חסרה מסגרת שיטתית לדיון. פרופ' רובינשטיין יצא לאסוף את לקחי הדיון בשיטות האנגלו-אמריקניות, וליצור עבורנו מסגרת לדיון, באספקלריה ישראלית מודרנית ובלבוש עברי – ועל כך עומדת לו זכות ראשונים.

הספר מרכז חומר רב וטיעונים רבים, והוא מציג בפני הקורא העברי את עיקרי הדעות שהושמעו בוויכוח זה על-ידי מחברים שונים. בסוף הספר מובאים מפתחות, והקורא המעוניין יכול למצוא בהם הפניות הן לספרים ולמאמרים העיקריים הדנים בנושא והן לחומר משפטי רלוונטי.<sup>1</sup> לפחות לגבי החומר המשפטי הישראלי זהו ליקוט ראשון בתוך מסגרת כוללת. עם זאת קשה להשתחרר מן הרושם כי הספר אינו מקיים את ההבטחה המשתמעת מפרסומו: עדיין חסרה

\* הוצאת שוקן, תשל"ה, 140 עמ'.

<sup>1</sup> חבל שפרופ' רובינשטיין לא התייחס גם לספרים ולמאמרים הבאים: Hart, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", 35 (1967) *U. Chi. L. Rev.* 11; Louch, "Sins and Crimes" (1968); *Phil.* 38; Dworkin, "Paternalism", 56 (1972) *Monist* 64; Ten. C. L., "Enforcing A Shared Morality", 82 (1972) *Ethics* 321

לנו מסגרת מוצקה לדיון ביחס הנאות בין המשפט ובין המוסר הנוהג, ואין לנו דיון במאפיינים המייחדים את החברה הישראלית ושיטת המשפט שלה. בנוסף לכך מקשים עריכה לקויה של הספר ואי-דיוקים רבים השזורים בו לעקוב אחרי טיעוניו של המחבר ולהעריך את עמדתו ואת תרומתו לדיון בסוגיה קשה זו.

מבקר, שעיקר ביקורתו הוא כי הניסוחים בספר נשוא הביקורת אינם מדויקים וכי עריכתו לקויה, עלול להיחשד בקטנוניות ובקריאה בלתי אוהדת. ניתן לתקוף אותו ולומר כי שומה היה עליו להתעלם מחוסר הדיוקים, ולהתייחס לטענות המהותיות של המחבר, בעיקר מקום שאי-הדיוקים אינם פוגעים בהבנת הכתוב. אולם ספרו של פרופ' רובינשטיין יכול לשמש דוגמה ניצחת לכך, שאי-דיוקים עלולים להביא לטיעונים בלתי בהירים ואף פגומים, נוסף לכך שהם מקשים על הקריאה. טענתי היא כי עמדתו לגבי השאלה המרכזית בה הוא עוסק לוקה בחוסר בהירות כה רבה עד שקשה להתייחס אליה ולבקר אותה באופן ענייני. בנסיבות כאלה, אין למבקר מוצא אלא להצביע על אי-הדיוקים והליקויים האחרים. כדי לבסס את טענתי זו לא אלקט אי-דיוקים מכל פרקי הספר, ואסתפק בבדיקת ניתוחו של פרופ' רובינשטיין את השאלה בה הוא דן ובדיקת הפתרונות המוצעים על-ידו. השפעת אי-הדיוקים על הניתוח תתברר אגב בדיקה זו.

כדי להבין את הבעיה העומדת לדיון יש להצביע, ראשית כל, על ההבחנה בין המוסר הנוהג ובין המוסר האידיאלי. המוסר הנוהג הוא כלל הנורמות המוסריות המקובלות בפועל על בני החברה בה דנים. אנו מזהים נורמות אלה על-ידי התבוננות בהתנהגותם של בני החברה ובתגובותיהם להפרות כללים חברתיים המבוצעות על-ידם ועל-ידי אחרים.<sup>2</sup> לאחר שזיהינו את כללי המוסר הנוהג אנו יכולים למיין אותם לפי קני-מידה שונים ולמטרות שונות. מיון אחד, השייך לענייננו, הוא זה המבחין בין המוסר הנוהג הביקורתי, כלומר המוסר הנוהג שיש לו צידוקים רציונאליים, ובין המוסר הנוהג המבוסס רק על אמונות תפלות או דעות קדומות.<sup>3</sup> לעומת המוסר הנוהג, אין המוסר האידיאלי נבדק על-ידי התבוננות בבני החברה ובהתנהגותם. כללי המוסר האידיאלי הם קני-מידה להערכה מוסרית הנשאבים מעקרונות מוסר שאנו מקבלים כמחייבים ותקפים, ותוקפם אינו תלוי בעובדת היותם נהוגים ומקובלים על בני החברה. בדרך כלל ישנה חפיפה מסוימת בין כללי המוסר הנוהג ובין כללי המוסר האידיאלי. כך ברוב החברות האיסור על רצח מוטל מתוקף המוסר הנוהג והאידיאלי כאחד (יחד עם איסור משפטי). לעומת זאת, יש כללי מוסר

<sup>2</sup> לזיהויים של כללי מוסר נוהג ראה: Raz, *Practical Reason and Norms*, 1975, pp. 50-53; Hart, *The Concept of Law*, 1961, pp. 79-88.

<sup>3</sup> להבחנה זו ראה: Dworkin, "Lord Devlin and the Enforcement of Morals", 75 (1966) *Yale L. J.* 986. יש כאלה המכנים את המוסר האידיאלי מוסר ביקורתי, ראה: Hart, *Law Liberty and Morality*, pp. 17-24. רובינשטיין משתמש באותו שם בשני המובנים, ראה: עמ' 9, 56-57, למרות שהם שונים בתכלית.

נוהגים שאין להם הצדקה לפי כללי המוסר האידיאליים, כמו קבלת משטר העבדות ביוון העתיקה. כללי המוסר האידיאליים משמשים לנו כקנה-מידה להערכת המוסר (והמשפט) הנוהג. שאלת היחס הראוי בין המשפט ובין המוסר הנוהג היא שאלה מתחום המוסר האידיאלי; שכן אנו מחפשים קריטריון של מוסר אידיאלי שיאמר לנו באיזו מידה צריך המשפט לאכוף את המוסר הנוהג. מחברים שונים בחרו קריטריונים שונים בעניין זה, והמחלוקת ביניהם אף היא מתחום המוסר האידיאלי. כך מיל, למשל, סובר שהמטרה היחידה לשמה מותר לחברה המאורגנת להתערב בחירות הפרט היא הגנה עצמית של החברה או הגנה על פרטים מפני נזק הנגרם להם על-ידי מעשי הזולת. הארט מוסיף צידוק נוסף להתערבות: הצידוק הפטרנליסטי. לפי דעתו מוצדקת התערבות גם כאשר המשפט שואף להגן על הפרט מפני נזקים מידיים וחמורים העלולים להיגרם לו כתוצאה מפעולותיו הוא. דבלין, לעומתם, סובר כי מותר לחברה לאכוף באמצעות המשפט כל אותן תחושות מוסריות נוהגות שבני החברה מחזיקים בהן ומייחסים להן חשיבות גדולה, שכן מותר לחברה להגן על המוסר הנוהג שלה ועל המוסדות המרכזיים שלה. רשימת עקרונות אלה של המוסר האידיאלי, שהוצעו כחלים על סוגיית היחס הראוי בין המוסר הנוהג ובין המשפט איננה ממצה. השאלה העומדת בפני כל אדם הניגש לבעיית יחס ראוי זה היא, איזה מהם (או מעקרונות מוסר אידיאליים אחרים) יש לאמץ.

יש לזכור גם כי בעיית היחס הראוי בין המוסר הנוהג ובין המשפט היא רק מקרה פרטי של בעיה רחבה וכללית יותר: מה הם הצידוקים להגבלת חירותו של אדם על-ידי המשפט? הגבלות חירות כאלה יכולות להיות גם לגבי התנהגויות שהן נויטרליות מבחינה מוסרית (כמו, למשל, חבישת קסדות מגן או חגירת חגורות בטיחות). הגבלות כאלה הן מוצדקות אם ניתן להצביע על עקרון מוסר אידיאלי המצדיק אותן.

ההבדל בין השאלה של אכיפת המוסר ובין השאלה הכללית של אכיפת התנהגות הוא, שבמקרה הראשון קיומו של כלל מוסר נהוג הוא תנאי הכרחי – אם כי לא מספיק – לאכיפה. הקריטריון של המוסר האידיאלי האומר לנו מתי באופן כללי רשאית החברה להגביל את חירותו של הפרט אינו זהה בהכרח לקריטריון המוסר האידיאלי החל על המקרים של אכיפת מוסר נהוג: יתכן שלגבי האחרונים ניתן להשתמש בקריטריון מיוחד, המתאים רק להם. נראה כי הקריטריון של דבלין, שהוזכר לעיל, הוא קריטריון מיוחד כזה. לפי דבלין, קיומו של כלל מוסרי נהוג הוא חלק מן הצידוק לאכיפתו. הקריטריונים של מיל ושל הארט, לעומת זאת, שונים בנקודה זו. הם יכולים לחול באופן כללי גם על אכיפת סוגי התנהגות שאינם נדרשים על-פי המוסר הנוהג. העקרונות

המיוחדים לבעיה של אכיפת המוסר מועילים רק לאחר שאמנם מצאנו, כי קיים כלל מוסרי נוהג בחברה מסוימת. קשיים בהפעלתם של עקרונות כאלה נגרמים מקום שקיים ויכוח על השאלה המקדמית אם אמנם קיים כלל מוסרי כזה לגבי עניין מסוים. כאשר קיימת מחלוקת לגבי זיהוי המוסר הנוהג, אזי כלל המוסר האידיאלי, האומר לנו כי מותר לאכוף באמצעות החוק את צווי המוסר הנוהג, אינו יכול לסייע לנו הרבה. במקרים כאלה המחלוקת האמיתית אינה מחלוקת בתחום המוסר האידיאלי, אלא מחלוקת קודמת לגבי כללי המוסר הנוהג בחברה הנדונה.

על רקע דברי הקדמה אלה יקל להבין את חולשותיו העיקריות של הספר. פרופ' רובינשטיין דן בשאלת היחס הנאות בין המוסר הנוהג לבין המשפט בשני פרקים בספרו: השלישי והרביעי. למען נוחות הקריאה אפצל את הדיון, בעקבותיו, לשני חלקים.

### הפרק השלישי

הפרק השלישי נושא את השם "מהו כלל מוסרי בחברה חילונית?". פרופ' רובינשטיין ער לעובדה שבחברה חילונית ומודרנית אחת הבעיות המרכזיות היא העדר יכולת להצביע על מוסר נוהג הומוגני (ראה למשל עמ' 8-9, 59-61). לפיכך ניתן היה להניח כי פרק זה יעסוק בשאלה של זיהוי כללי המוסר הנוהג, ובהשלכות של הקשיים בזיהוי מוסר נוהג כזה על פתרון שאלת היחס הנאות בין המוסר הנוהג ובין המשפט, ולא היא. הפרק פותח בהצגת עיקרי הוויכוח בין דבלין והארט, שהוא ויכוח על כלל המוסר האידיאלי שצריך לחול על הסוגיה הנדונה. כפי שצוין לעיל, מהווה הוויכוח בין דבלין והארט נקודת המוצא לרוב הדיונים המודרניים בנושא זה. בין שני המלומדים קיימת מחלוקת יסודית, וחשוב ביותר להסביר אותה ולהציגה. למרבה הצער, אין הצגתו של פרופ' רובינשטיין מבהירה מחלוקת זו, כפי שקל לראות מן הדרך בה הוא מסכם את דיונו בה. תחילה הוא אומר לנו כי בין שני המלומדים קיימת מחלוקת: בעוד שהארט סובר כי תפקיד מערכת המשפט הוא רק להגן על הפרט מפני נזק, סובר דבלין כי היא חייבת להגן גם על המוסדות החברתיים ואחדות הדעים המוסרית והחברתית, שבהעדרם אין בני האדם יכולים לחיות בצוותא. והוא ממשיך:

"שוני זה באשר לתפקידי המערכת המשפטית, מכתוב מטרות שונות לדיוניהם של שני המלומדים. לורד דבלין בוחן את שאלת אכיפתם של כללי המוסר מנקודת מבט של הגנת החברה. דיונו של פרופ' הארט, לעומת זאת, מכוון להציג את המכנה המשותף הערכי

הראוי לכללי המוסר שהחברה מותרת באכיפתם. שניהם עוסקים, אפוא, לא בתורת המידות, אלא בקביעתו של אותו מכנה משותף מינימאלי (ערכי, מוסרי, התנהגותי – השם אינו משנה) עליו ניתן להצדיק את זכותה של החברה להשתמש בכוח כלפי הפרטים המרכיבים אותה".<sup>4</sup>

מדוע נובע מכלל המוסר האידיאלי שמאמץ הארט כי יש לבדוק את המינימום הערכי שהחברה רשאית לאוכפו? מהצגתו של רובינשטיין משתמע כאילו הייתה זו צריכה להיות מטרתו של דבלין דווקא. שהרי, אם, לדעת הארט, מטרת המשפט היא להגן על הפרט מפני נזק אין כל צורך, לכאורה, לאכוף כללי מוסר נוהג כלשהם, כל עוד לא ברור שאכיפתם אכן מגינה על הפרט מפני נזק. לעומת זאת, מעמדתו של דבלין משתמע כי אף הוא חרד לפרט, שכן הוא רוצה להגן רק על אותם מוסדות חברתיים שבלעדיהם קיום חברתי הוא בלתי-אפשרי. סביר להניח כי בלי קיום חברתי ייגרם לפרטים נזק חמור ביותר, כך שאף הארט יסכים כי יש להבטיח המשך קיום החברה. ובאמת, שני המלומדים מסכימים כי על המשפט להבטיח קיום חברתי מסודר, וכי יש הצדקה לאכיפתו של אותו חלק מכללי המוסר הנוהג שהוא חיוני להבטחת קיום חברתי זה. שני המלומדים אף מסכימים כי יש לנסות לתת לפרט את מידת החירות המקסימאלית המתאימת עם קיום חברתי תקין.<sup>5</sup> המחלוקת שביניהם מצטמצמת לשאלה מהו קיום חברתי תקין. בעוד שהארט סבור כי הכללים שיש הצדקה לאוכפם הם רק אלה הנוגעים לחירות אישית, ביטחון החיים, והגנה מפני נזק הנגרם בזדון, סבור דבלין כי מוצדק לאכוף גם כללים הנוגעים לעישון סמים, השתכרות, הומוסקסואליזם וכדו', כיוון שהמשך קיומה של החברה כולל גם המשך קיומה של החברה כפי שאנו מכירים אותה מבחינת מוסרה הנוהג. במלים אחרות, דבלין סבור שלחברה יש זכות לנסות ולשמור בכוח החוק את ה"אני-מאמין" התרבותי והמוסרי שלה, גם מקום שהפרת "אני מאמין" זה אינה גורמת נזק ישיר ומיידי לפרטים בה.

אמנם בחרתי שלא לאסוף את אי-הדיוקים המופיעים בספר, אולם כיוון שכבר מצוי בפני הקורא קטע מצוטט, כדאי לציין לפחות אותם אי-הדיוקים המופיעים בו. חזרו נא, אם-כן, לקטע המצוטט מעמ' 52 לספר. עמדנו כבר לעיל על כך, שתיאור המחלוקת בין הארט ודבלין אינו ברור. אולם מדוע אומר המחבר כי הם אינם עוסקים ב"תורת המידות"? רובינשטיין אינו מפרט למה הוא מתכוון ב"תורת המידות", אולם קרוב לוודאי שזהו אך שם נוסף ל"מוסר אידיאלי". ואם כך, מוטעית קביעתו של רובינשטיין, שכן איתור המינימום של המוסר הנוהג, אשר מוצדק לאוכפו

<sup>4</sup> רובינשטיין, עמ' 52.

<sup>5</sup> בעניין זה אין פרופ' רובינשטיין עושה צדק לעמדתו של דבלין. במקום אחד הוא מאפיין אותה כשימוש "גורף וחסר מעצורים" במערכת המשפטית לאכיפת מוסר נוהג (עמ' 49), ורק מאוחר יותר הוא מזכיר את החשיבות שמייחס דבלין לחירות הפרט (עמ' 51), בלי ליישב את שני הקטעים.

הוא, כפי שהוסבר לעיל, עניין של מוסר אידיאלי. אם אמנם צודק המחבר והשניים אינם עוסקים במוסר אידיאלי, מה היא, לדעתו, המחלוקת ביניהם? ואיך מתיישבת קביעה זו עם תיאור המחלוקת בתחילת הפסקה?

משקבע פרופ' רובינשטיין כי עיקר המחלוקת הוא על איתורו של המינימום המוסרי אותו רשאית החברה לאכוף, הוא ממשיך לדון בשאלה מהו המינימום המוסרי הזה. ושוב, כדי לעמוד על חולשותיו של הדיון יש להביא בהרחבה מדברי המחבר עצמו:

"כאשר אנו שואלים את עצמנו באיזו מידה ניתן לכפות באמצעות החוק כללים מוסריים, מתעוררת ממילא השאלה כיצד יודעים אנו מה הם כללי המוסר והיכן נמצאם... הדיון בשאלה זו אינו מצוי בדרך כלל בספרי המשפט משום שרוב המשפטנים יוצאים מן ההנחה כי יהיו אשר יהיו כללי המוסר, אין לאוכפם באמצעות החוק. כך, למשל, כותב הארט: "התועלתן העומד על כך כי החוק יעניש פעולות מזיקות בלבד מאמץ זאת לעצמו ככלי ביקורתי, ובעשותו כך אין הוא מתעניין בשאלה אם מוסר תועלתני מקובל או שאינו מקובל כמוסר הפוזיטיבי הנוהג בחברה לגביה מפעיל הוא את עקרונותיו הביקורתיים".

"מן הצד השני, גם אותם משפטנים הדוגלים ברשותה של החברה לכפות באמצעות חוקים כללים מוסריים, מסייגים רשות זו ומגבילים אותה למה שנראה בעיניהם כמינימום הכרחי".

"למעשה אין קול התובע כפיית כל המוסר באמצעות חוק... ומשום כך מועט העניין באיתורם ובהגדרתם של כללים מוסריים...".

"מהו מינימום מוכר זה וכיצד נאתרו, על כך חלוקות הדעות. שלוש גישות עיקריות קיימות בשטח זה. האחת אינה מתייחסת אל הכלל המוסרי עצמו אלא אל מידת החשיבות שהחברה מייחסת לו; השנייה מנסה לבור, בעזרת קריטריונים ערכיים, את אותו מינימום מתוך כלל הנורמות המוסריות המקובלות; השלישית כופרת מכל וכל בקיומו של מוסר פוזיטיבי אחד ויחיד בחברה המודרנית ומוצאת בה השקפות מוסריות שונות".<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> רובינשטיין, עמ' 53.

המחבר טוען כי מאחר שאין דורשים מהמשפט לאכוף את כל המוסר הנוהג, אין צורך לאתר את כללי המוסר הנוהג ולזהותם. טיעון זה אינו תקף. לגבי הגישות, הטוענות כי קיומו של כלל מוסרי נוהג הוא תנאי הכרחי (אך לא מספיק) המצדיק קיומו של כלל משפטי מתאים האוכף את כלל המוסר הנוהג, אין הסכמה כי אם לא כל המוסר הנוהג ייאכף, זיהויו של המוסר הנוהג מיותר. מבין המחברים הנזכרים בספר לפחות דבלין מחזיק בעמדה כזאת. כפי שנראה להלן, אף המחבר עצמו מציג עמדה לפיה קיום כללי מוסרי נוהג הוא תנאי הכרחי לאכיפתו על-ידי המשפט.<sup>7</sup> לפחות שתיים מבין שלוש הגישות העיקריות, המפורטות על-ידי המחבר, לגבי איתורו של המינימום אותו מוצדק לאכוף, דורשות באופן מפורש איתור המוסר הנוהג. הכללת הגישה השלישית כגישה נוספת העומדת על אותו מישור רק מחזקת את הרושם, כי מסגרת הדיון לא הובהרה די הצורך על-ידי המחבר. שכן, שתי הגישות הראשונות מבטאות מחלוקת לגבי העיקרון של המוסר האידיאלי שצריך לחול על שאלת אכיפת המוסר הנוהג, בעוד הגישה השלישית מפקיעה את כל הדיון מתחום אכיפת המוסר. אם אין מוסר נוהג הומוגני בחברה עליה מדובר, אנו מאבדים את הבסיס לדיון במחלוקת בין דבלין והארט. דבלין טוען בשם זכות החברה להגן על אחדות הדעים המוסרית שלה. אולם אם אין אחדות דעים כזאת, מנין ההצדקה לאכיפה? ההבדל המהותי בין שתי הגישות הראשונות מחד והשלישית מאידך יתבהר טוב יותר באמצעות דוגמה. נניח כי אנו בודקים את השאלה באיזו מידה מוצדק האיסור המשפטי על הפלות. הבה נניח, לצורך הדיון, כי מוסכם על הכול שהפלות אינן גורמות נזק לעובר או לאם. דבלין יטען, כי אם קיימת תחושה ציבורית חזקה שהפלות הן דבר בלתי מוסרי, יש הצדקה לאיסור הפלות. הארט לעומתו יטען כי כיוון שהפלות אינן גורמות נזק לפרט אין הצדקה לאיסור משפטי כזה. אולם, אם אין תחושה ציבורית חזקה לגבי אי-מוסריותן של הפלות, יסכים אף דבלין כי אין זה מוצדק לאכוף את המוסר בעניין זה. דבלין ואחרים יוכלו לטעון כי יש טעמים אחרים להצדקת איסור הפלות, כמו שיקולים דמוגראפיים, אולם במקרה זה המחלוקת אינה על אכיפת מוסר אלא על זכותה של המדינה לאכוף על אזרחיה את קידום האינטרסים הדמוגראפיים שלה. דבלין אינו מתייחס לשאלה כללית זו, ואף המחבר אינו מציג אותה במפורש. כך שהגישה האומרת, כי אי אפשר לאתר בחברות מודרניות וחילוניות מוסר נוהג הומוגני, אינה מציעה קנה מידה אחר של מוסר אידיאלי הצריך לחול על סוגיית אכיפת המוסר. גישה זו מבטאת תיאור אחר של המציאות הנוהגת (חברה רב-מוסרית לעומת חברה שניתן לזהות בה מוסר נוהג). מתיאור זה של המציאות

<sup>7</sup> ראה עמ' 67 לספר, ודיון בעמ' 361 להלן.

יכולות לנבוע מסקנות ערכיות שונות. עקרונו של הארט, שאינו מניח כי למוסר הנוהג ההומוגני תפקיד חיוני בשימור החברה, יכול להתאים גם למציאות החדשה. עקרונו של דבלין, לעומת זאת, אינו מתאים עוד. חסידי הארט יכולים אף לטעון כי עצם קיומה של חברה רב-מוסרית מפריך את טיעונו של דבלין, כאילו יכולה החברה להיות קיימת רק עם אחדות רעים מוסרית ותרבותית.<sup>8</sup> גם בקטע המצוטט לעיל מעמ' 53 ניתן למצוא כמה אי-דיוקים: מוזרה הטענה כי רוב המשפטנים מחזיקים בדעה שאסור לאכוף את המוסר הנוהג. המחבר לא הציג אף עמדה כזאת, ואני אינני מכירה אף משפטן (או הוגה דעות אחר) הטוען כי אסור לאכוף כללים מוסריים בלי להתחשב בתכנם. משפטן כזה היה צריך, למשל, לטעון כי אסור למשפט לקבוע כי רצח הוא עבירה פלילית רק משום שרצח הוא גם הפרה של כלל מוסרי נוהג. לביסוס טענתו זו מסתמך רובינשטיין על הארט, שללא ספק אינו מחזיק בעמדה כזו גם לפי תיאור עמדתו בפני המחבר. יתרה מזו, הקטע מדברי הארט המצוטט על-ידי רובינשטיין כלל אינו שייך לעניין הנדון כאן. הארט אומר כי התועלתן מפעיל את כלל המוסר האידיאלי שלו על הסוגיה האמורה מבלי להתחשב בשאלה אם המוסר התועלתני הוא המוסר הנוהג באותה חברה, דבר הנובע מעצם אפיונו של המוסר האידיאלי ומהתפקיד שלו בדיונים מסוג זה. אין הוא אומר דבר לגבי שלילת ההצדקה של אכיפת מוסר נוהג באופן גורף.

### הפרק הרביעי

ראינו כי הפרק השלישי דן בשאלה מהו כלל המוסר האידיאלי הצריך לחול על הסוגיה של אכיפת המוסר הנוהג על-ידי המשפט. בפרק הרביעי שוב עוסק פרופ' רובינשטיין באותה שאלה. מסקנה זו עולה הן מתוכנו של הפרק והן מצירוף שמו – "יסודותיה של ההשקפה התועלתנית" – והידיעה כי "כותב שורות אלה מאמץ לעצמו השקפת עולם תועלתנית ורציונאלית – ליברליזם במובנו המסורתי (עמ' 62). טעמה של הכפילות בין שני הפרקים אינו מתבהר גם לאחר קריאת הפרק הרביעי. נראה כי המחבר נע כאן בין שתי נטיות: מחד גיסא, הוא רוצה להציג בפנינו את הוויכוח על היחס בין המוסר הנוהג ובין המשפט, ומאידך גיסא, הוא רוצה להציג באופן אנליטי תשובה אחת, תשובתו שלו, לשאלה זו. אלא שהוויכוח כפי שהתנהל באנגליה בין דבלין והארט, והתרומה

---

<sup>8</sup> ושוב בעיה של עריכה: המחבר מעלה את השאלה של זיהוי המוסר הנוהג במקום אחר, מבלי להתייחס לקביעותיו במקום זה לגבי הצורך בזיהוי כזה, ומבלי לספק לשאלה כל תשובה: ה"ש" 8, בעמ' 67.



שנוספה לו על-ידי מיטשל,<sup>9</sup> מבוסס על הנחות שהן דומות במידה רבה לאלו של המחבר. כך נוצרה כפילות בין הפרק השלישי, המתאר את העמדות שהושמעו בוויכוח האנגלי, ובין הפרק הרביעי בו מתאר המחבר את עמדתו שלו תחת הכותרת "עיקרי ההשקפה התועלתנית". בפרק השלישי מגניב המחבר הערות ביקורת משלו להצגת הדיון האנגלי, ואילו בפרק הרביעי הוא משתמש בדיון האנגלי כדי לבסס את עמדתו שלו. יוצא כי ניטשטשו התחומים בין הצגה ודיון, ושניהם כאחד יצאו נפסדים.

כלל המוסר האידיאלי אשר המחבר מאמץ אינו ברור. אנו שומעים כי הכלל הוא תועלתני, רציונאלי וליברלי. אולם, כפי שנראה להלן, לא תמיד מתיישבות העמדות התועלתניות והליברליות זו עם זו, כך שבהצהרה זו סותם המחבר יותר מאשר הוא מפרש. יתרה מזו, המחלוקת בסוגיה שלפנינו ניטשת בין אנשים שכולם מכנים את עצמם רציונאליים וליברליים. המחלוקת בעיקרה היא מחלוקת של פירוש ושל יישום, והמחבר אינו נוקט עמדה בשאלות אלה, וכך אינו מפרש במידה מספקת מהו קנה-המידה לפיו נעריך את המשפט בישראל.

המחבר עצמו מודה כי ניסוחו של מיל, הנוסח הליברלי הקלאסי, חורג ושונה מן העיקרון התועלתני הקלאסי של בנתם.<sup>10</sup> למעשה, הרציונאליות, הליברליזם והתועלתנות הם שלושה עקרונות שונים ומובחנים, ולא תמיד תביא הפעלתם לתוצאות זהות. עקרון התועלתנות אומר כי כאשר נשקול איזה מבין שתי פעולות עדיפה (וחקיקת חוק אוכף-מוסר אף היא פעולה לצורך זה), נעדיף אותה פעולה הגורמת אושר רב יותר למספר גדול יותר של אנשים. דרישת הרציונאליות מחייבת כי השיקולים והטיעונים שנביא בזכות פעולה מסוימת לא יהיו מבוססים על אמונות תפלות או דעות קדומות שלא ניתן להצדיקם ע"י טיעונים הגיוניים או הוכחות אמפיריות. ליברל הוא אדם הסובר כי לחירות האישית יש מעמד מיוחד ומועדף, וכי כל הגבלה של חירות זו דורשת הצדקה. בניסוחו של מיל הדרישה היא חמורה יותר – הגבלות חירות מוצדקות רק כאשר הן מיועדות להגן על הפרט מפני נזק העלול להיגרם לו על-ידי הזולת. נכון הוא כי הן בנתם, התועלתן, והן מיל, הליברל, עמדו על הצורך בביסוסים רציונאליים לעקרונות אטיים. אולם דרישה זו לרציונאליות לא הפריעה לכל אחד מהם לאמץ עקרונות מסור אידיאלי שונים. בנתם היה מחייב הנהגתו של משטר עבדות אם "קלקולוס האושר" היה מראה שהאושר הנגרם לאדונים (רוב האוכלוסייה) גדול מן הכאב הנגרם למיעוט העבדים; ובעיני מיל שום כמות של תועלת חברתית,

<sup>9</sup> ספרו של B. Mitchell, *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, 1970, הוא סיכום ביקורתי, מפורט ומדויק של המחלוקת בין דבלין והארט. המחבר מדגיש שם את העובדה שבימינו החברה היא רב-מוסרית (פלורליסטית), ואת ההשלכות של פלורליזם זה על המחלוקת. הספר נזכר לעניין אחרון זה בעמ' 61 לספרו של רובינשטיין, ה"ש 22 שם.  
<sup>10</sup> ראה: רובינשטיין, עמ' 63-64.

למספר גדול ככל שיהיה של אנשים, לא הייתה מצדיקה איסור התבטאות אף על אחד מבני החברה.

מכאן שרציונאליות יכולה להתיישב הן עם תועלתנות והן עם ליברליזם, אולם תועלתנות וליברליזם אינם מתיישבים בהכרח זה עם זה. ניגוד זה בין שתי העמדות חשוב גם לענייננו. מיל, הליברל, יתנגד בכל תוקף לאיסור התאבדויות (מקום שאין הן גורמות נזק ישיר לפרט אחר), בסברו שהחברה אינה רשאית להתערב ולמנוע מן הפרט נזק שנגרם לו על-ידי עצמו, כשהוא בדעה צלולה. בנתם, התועלתן, עשוי לטעון כי איסור ההתאבדות יביא יותר אושר מאשר כאב ונזק, ולכן הוא מוצדק. רובינשטיין חייב לבחור, אפוא, ולהחליט אם הוא "ליברל" או "תועלתן". מכיוון שהוא רואה את הליברליזם כסוג מסוים של תועלתנות, אין הוא מרגיש צורך לעשות את הבחירה בין השניים, ועמדתו נשארת בלתי ברורה.

הקטע המרכזי בו מציג רובינשטיין את הפתרון ה"תועלתני" – פתרונו הוא – אינו מבהיר נקודה מכרעת זו:

"תהליך הטלת האיסור החוקי כרוך בשלבים שניתן לבטאם בשאלות הבאות:

(א) האם קיים בציבור כלל התנהגות המצדיק הטלת איסור?

(ב) האם ניתן להצדיק בכלל התנהגות זו תוך הישענות על שיקולים רציונאליים הנוגעים לטובת החברה, בלא להיזקק לאמונות דתיות ואחרות?

(ג) האם כפיית כלל ההתנהגות ממלאת אחרי התנאי של 'מניעת נזק לזולת'?

(ד) האם שיקולי יעילות מצדיקים הטלת איסור זה באמצעות חוק?

כאשר התשובות לכל השאלות האלה חיוביות, ניתן על-פי האסכולה התועלתנית להצדיק שימוש בכוח, דהיינו להטיל איסורים בחוק".<sup>11</sup>

התנאי הראשון מלמדנו שרובינשטיין מאמץ את התפיסה, כי קיומו של כלל מוסרי נוהג הוא תנאי

---

<sup>11</sup> עמ' 67-68. ניסוחו של תנאי (ב) אינו ברור, ואני מניחה כי המחבר התכוון לומר: " (ב) האם ניתן להצדיק אכיפת כלל התנהגות זה . . . "

הכרחי להצדקת אכיפתו על-ידי המשפט. עמדנו כבר לעיל על אי-ההתיישבות של תפיסה זו עם קביעתו כי אין צורך לזהות את כללי המוסר הנוהג. התנאי השני מכניס את דרישת הרציונאליות. התנאי הרביעי, זה של יעילות אכיפת החוק, הוא תנאי חשוב, אך אינו נוגע לשאלה המוסרית האם האכיפה מוצדקת. יכול להיות שאכיפה תהיה מוצדקת אך לא יעילה, ולהיפך. שיקולי היעילות אינם רלוונטיים כאשר דנים בשאלת הצידוק. התנאי השלישי הוא תנאי המפתח, והוא ניתן לפירוש תועלתני וליברלי כאחד. ניתן לומר כי דבלין, הארט ומיל יכולים כולם להסכים לתנאי זה, וכי המחלוקת ביניהם יכולה להיות מוצגת כמחלוקת לגבי פירושו ויישומו. בדיון שבא לאחר מכן אין רובינשטיין מבהיר אם הוא מקבל את עמדת הארט או את עמדת דבלין, ואין הוא מסביר איך הוא מציע לפרש וליישם את העיקרון האמור.

על פניו נראה כי אימוץ התנאי השלישי הוא אימוץ עמדתו של מיל, שהעמידה על "נזק לזולת" מאפיינת אותה. אולם קריאה בפסקאות בהן מנתח פרופ' רובינשטיין את התנאי הזה מגלה מיד כי הוא דוחה את עמדת מיל בנקודות חשובות. כך למשל, מיל היה בעד היתר המסחר בסמים ורובינשטיין אינו מקבל זאת.<sup>12</sup> לגבי מיל לא הייתה תכיפות ההתנהגות ה'בלתי מוסרית' גורם רלוונטי. גם אם 90 אחוז מן האנשים היו בוחרים להשתכר עד אובדן חושים, כל יום, הוא לא היה רואה בכך סיבה המצדיקה התערבות. דבלין, ובצורה מסויגת יותר רובינשטיין, אינם סוברים כמוהו.<sup>13</sup>

רובינשטיין אף מוכן – בעקבות הארט – לסייג את עקרון החירות של מיל ולהכיר במידה מסוימת של פטרנליזם משפטי.<sup>14</sup> סיוג העיקרון של מיל הוא, כמובן, לגיטימי. יחד עם זאת, הדיון הלא בהיר בסייגים שמאמץ המחבר לעקרון זה פוגע בתמונה הכוללת של הפיתרון המוצע לבעיה.

## סיכום

כאמור, בעקבות המחלוקת דבלין-הארט זכתה השאלה נושא הספר לדיונים רבים ומעמיקים. לא מצאתי בספרו של פרופ' רובינשטיין חידושים רבים, פרט להכללתו של החומר המשפטי. הצגתו של החומר העיוני, הנוגע למסגרת הכללית של הדיון בשאלה המוסרית של היקף ההתערבות הראויה של המשפט, אינה ברורה ואינה מדויקת. תרומתו העיקרית של הספר, כפי שמודה המחבר, היא תרומתו של משפטן. מכיוון שמצויים בספרות ניתוחים לא מעטים של הסוגיה המוסרית, חבל שהמחבר לא הסתפק בהצגה ברורה של הטענות המוסרי הכולל, ובהדגמה שיטתית של הצורה בה ניתן לבדוק את המשפט הישראלי הנוהג, והצעות חקיקה מסוימות המועלות

<sup>12</sup> רובינשטיין, עמ' 84-87.

<sup>13</sup> רובינשטיין, עמ' 73-75.

<sup>14</sup> רובינשטיין, עמ' 87.

לפרקים, לאור מסקנתו של טיעון זה. הספר לא מכיל אף הדגמה שיטתית כזאת, מפני שהמחבר בחר לפתוח אותו בהצגת המצב המשפטי הקיים בישראל, ולא חזר אל המשפט הישראלי לאור מסקנות הניתוח. המחבר עצמו מודה כי הקושי בהפעלת הכללים החלים על הסוגיה הוא בעיקרו קושי של יישום. דבלין והארט מסכימים כי מותר לאכוף כללים של המוסר הנוהג שהפרתם עלולה לגרום נזק לאחרים, וחלוקים רק על אפיוני הנזק. דיון בסיטואציות ספציפיות שבהן מתעוררות השאלה, כמו הפלות, עישון סמים (רכים או קשים), קיום יחסי מין "שאינם כדרך הטבע", ביגמיה (שכלל אינה מוזכרת ברשימת העבירות אותן מתאר פרופ' רובינשטיין), עשוי להבהיר את השאלות השנויות במחלוקת ואת גדרי הספקות יותר מדיון כללי ומופשט בנושא של "מהו נזק לזולת?". דיון ספציפי כזה אינו מצוי בספר שלפנינו. בהעדר דיון ספציפי כזה אין אנו יודעים מהי דעתו של המחבר על ההסדר המשפטי הנוהג בישראל. המשפט המסכם של הספר הוא כי: "הפלורליזם החברתי והערכי של החברה הישראלית מגביל את יכולתם של בתי-המשפט ובתי המחוקקים לאכוף נורמות מוסריות באמצעים משפטיים"<sup>15</sup>. זוהי קביעה מעניינת כשלעצמה, המרמזת על כך שהמחבר סבור כי בחברה הישראלית המודרנית קשה לזהות את המוסר הנוהג, או כי בחברה זו אין מוסר נוהג המקובל על רוב האוכלוסייה, אולם אין בה משום נקיטת עמדה לגבי השאלה הערכית, שהיא השאלה המרכזית של הספר. העובדה, שיכולת האכיפה היא מוגבלת, אינה אומרת דבר לגבי מידת ההצדקה של אכיפה כזו. אף אם יכול היה המחוקק לאכוף בהצלחה את האיסור על עישון סמים רכים, כפי שנראה מן הניסיון הישראלי המתואר על-ידי המחבר, האם מוצדקת אכיפה זו? ממקומות אחדים בספר נראה כי תשובתו של המחבר לשאלה זו תהיה שלילית, אולם אין לנו דיון שיטתי ותשובה ברורה בשאלה זו, ובשאלות דומות אחרות.

הספרות המשפטית העברית ענייה למדי. התדיינויות שהן לחם חוקם של סטודנטים ומשכילים בכל העולם אינן ידועות לישראלים בגלל מחסום השפה. במציאות כזאת יש לעודד אף כתיבתם של ספרים שאין עימם בשורה מקורית, ושכל מטרתם לפתוח בפני הקורא העברי אשנב למתרחש במרכזי תרבות אחרים. אם היה הספר מכיל רק תיאור מדויק ובהיר של המחלוקות העיקריות בתחום – דיינו, ופרופ' רובינשטיין היה בא על הברכה. אולם ספרות תשתית מעין זו חייבת להיות, לפחות, בהירה ומדויקת.

פרופ' רובינשטיין רצה לכתוב יותר מתיאור. הוא רצה לתת לנו גם תשובה אישית משלו לבעיה, ואם היה הדבר עולה בידו היה זה הישג ניכר. אולם כך יצא כי חל על ספרו הכלל של "תפסת

---

<sup>15</sup> רובינשטיין, עמ' 140 (הדגשה שלי – ר.ג.).

מרובה לא תפסת". עמדתו של המחבר אינה ברורה, ואף תיאור מדויק של גדרי הספקות הפילוסופיים אין לנו. כיום, כשהבעיה העיקרית של איסורים בתחומים השנויים במחלוקת היא בעיה מעשית – בעייתם של הפסיכולוג, הסוציולוג והרופא, ולא בעייתו של הפילוסוף – חבל שלא נוכל להשתמש בספרו של פרופ' רובינשטיין כספר יסוד המבהיר את מסגרת הדיון וכך להתפנות לעסוק בבעיות הקשות יותר, של יישום והפעלה.

רות גביזון