

ס פ ר י ם

יהושע ויסמן: חוק המשכון, תשכ"ז—1967*

(ירושלים תשל"ה—1974)

מחבר כרך זה, שהופיע בסידרת הפירושים לחוק החוזים של מדינת ישראל בעריכתו של הפרופ' ג' טדסקי, עמד בפני משימה קשה ביותר. הרי חוק המשכון דן לא רק במשכון במובן המגילה, דהיינו במסירת נכס לנושה כדי לחזק את זכות הגברא שלו כלפי החייב על-ידי הוספת זכות הפצא בנכס שנמסר לחזקתו של הנושה, אלא כולל כל צורת שיעבוד כלפי כל סוגי הנכסים — מקרקעין, מיטלטלין וזכות, ובלבד שהמשכון נוצר על-ידי הסכם. כתוצאה מכך כולל החוק הסדרים של בעיות קשות וסבוכות, כגון בעיית העברת בעלות לשם הבטחת חוב בלבד, קושיה אשר היא עצמה מצדיקה קודי-פיקציה מקיפת.

הקושי השני שעמד בפני המחבר הוא כי חוק חדשני זה הכניס לדיני ארצנו מושגים ומוסדות אשר לא הוסדרו בחוק עד עתה, כגון מישכון של מיטלטלין וניירות ערך על-ידי רישום; הגנת תקנת היטוק המעניקה זכות מהותית למקבלי משכון כשזכותו של הממשכן היתה פגומה; הענקת סמכות רחבה לבית-המשפט לתת הוראות כדי לקדם פני סכנות פגיעה בזכויות הצדדים בתקופה שבין יצירת המשכון לבין המועד למימוש; מתן מעמד מועדף לבנקים במימוש משכונות וכיו"ב. כאן צריך היה המחבר לחרוש בקרקע בתולה, להסביר את הוראות החוק, אשר כמו הרבה חוקים ישראליים, מגלה טפח ומכסה טפחים — ולחזות מראש את הפסיקה העתידה של בתי-המשפט. למטרה זו נזקק הוא לאותו כלי אשר שימש גם אחרים בפירוש חוקי החוזים שלנו, ואשר בלעדיו אין להגיע לתוצאות פוריות: למשפט ההשוואתי, אותו כלי אשר היה נר לרגליה של הוועדה שהכינה את טיוטת החוק, ושבראשה עמד השופט שאל. המחבר ער לכך שגם חוק זה פנה עורף לדין האנגלי, ושמקורותיו הם בעיקר דיני צרפת, גרמניה, שווייץ ואיטליה. קשה יהיה למצוא בארצנו משפטן בקיא די הצורך בשפות ובדינים אלה כדי למצות את כל אפשרויות הפירוש של חוק המשכון שלנו, ובספר זה הושם הדגש בעיקר על הדין הצרפתי, בעוד הדין הגרמני נשאב במידה רבה מכלי שני.

להדגשה ולשבח מיוחד ראויה מגמתו של המחבר להראות גם את ההשלכות המעשיות של דיני המשכון במציאות הישראלית. מעגינת בהקשר זה ההקבלה בין מספר המשכונות שנרשמו אצל רשמי המשכונות בשנים האחרונות לבין מספר פשיטות הרגל, כי יש להניח שעם ריבוי התופעה של פשיטת רגל תפתח ערנותם של גושים לדרוש בטחונות ריאליים, כך שעם עליית מספרן יעלה גם מספר המשכונות. ואמנם כן הוא: כשמספר

* בהוצאת המכון למחקרי חקיקה השוואתית, ירושלים, תשל"ה—1974, 428 עמ'.

פשיטות הרגל עלה מ-11 בשנת 1950 ל-452 בשנת 1972, עלה מספר רישומי המשכון מ-8,195 בשנת 1969 ל-30,882 בשנת 1973. תופעה זו ודומות לה הביאו את המחבר לבדיקת סדרי האשראי בארץ בשלמותם, כולל האשראי של מקרקעין. בלי בדיקה זו היתה התמונה מקוטעת וחד-צדדית, כי אין להבין ולהעריך את החוק הערכה צדקת אם לא נשווה לנגד עינינו עובדה כגון זו, שבשנת 1973, למשל, יותר ממחצית הסכומים אשר עמדו לרשות הבנקים לצורך מתן הלוואות ניתנה ללווים שלא הם בחרום, אלא לכאלה שנשלחו אל הבנקים על-ידי השלטונות — "אשראי מכוון" בלשונו של המחבר.

ברור כי בחוק מסובך זה מתעוררות הרבה קושיות שפתרונו בספק, וכותב שורות אלה אינו יכול להסכים לכל ההשקפות שהובעו על-ידי המחבר — אך אין זאת אומרת שהמבקר צדק והמחבר טועה. בנסותו להסביר את הסיבה שהניעה את המחוקק לקבוע לענין תקנת השוק כללים שונים לגבי מכר ולגבי מישכון, מצביע הפרופסור ויסמן על כך, כי לשם הפעלת ההגנה על קונה בתום לב דורש חוק המכר, שהנכס יתא נמכר על-ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, וכי המכירה תהא במהלך הרגיל של עסקיו של המוכר, דרישה שזיכרה לא בא בס' 5 של חוק המשכון. את הסיבה ליותר על דרישה זו רואה המחבר בכך שאדם שעיסוקו מישכון נכסים, הוא תופעה בלתי מצוייה, וכי על כן דרישה זו היתה חסרת משמעות לגבי המשכון. לכך ניתן להעיר, כי אמנם אין בנמצא אדם הממשכון נכסים באופן מקצועי, אך לא היתה מגיעה לדרוש שהמשכון יעטוק בנכסים מסוגו של הנכס הממושכן, כדי להעניק את הגנת תקנת השוק למקבל המשכון. ספק אם מקבל משכון מאת אדם שאינו עוסק מקצועית בנכסים מהסוג הנדון ראוי להעדרה על פני הבעלים של הנכס, שעה שזיקתו של הממשכון מעורפלת. ככלות הכל אל לנו לשכוח כי תקנת השוק תמיד פוגעת בבעלים האמיתי, ואין זה מן הדין להרחיב את היריעה יתר על המידה, אם כי נטייה כזאת ניכרת בפסיקת בית-המשפט העליון, כגון בע"א 716/72 (פד"י כ"ז (2) 709).

הבדל נוסף בגישתו של המחוקק לתקנת השוק במכר ובמישכון הוא שבמכר אין נפקא מינה כיצד הגיע הנכס לידי המוכר, בעוד שבמישכון ניתנת תקנת השוק למקבל המשכון רק אם הנכס בא לידי הממשכן על דעת בעליו או על דעת מי שהיה זכאי להחזיק בו. במלים אחרות: נלקח הנכס מהבעלים או ממי שהיה רשאי להחזיק בו ללא הסכמת המחזיק, אין מקבל המשכון מוגן על-ידי תקנת השוק. הסיבה לכך היא, כנראה, שמי שמוסר לחברו, במקרה שלנו לממשכן, את החזקה, נותן לו מעין לגיטימציה ועליו לשאת בתוצאות, דוגמת העיקרון הבא על ביטויו הקלסי ב-Code Civil בהוראה ש-*en fait de meubles la possession vaut titre*. אבל בצדק מצביע המחבר על כך שברוב החוקים הקונטיננטליים אין רואים הצדקה להסדר שונה בין תקנת השוק במכר ובמישכון, וכי גם המחוקק שלנו במקרים מסוימים סיגל לו גישה אחידה (עמ' 150, ה"ש 3).

אחת ההוראות החשובות ביותר שבחוק המשכון, הכלולה בס' 2(ב), קובעת כי הוראות החוק יחולו על כל עיסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב, היא כינויה של עיסקה אשר היא. יפה מאד מסביר המחבר את הרקע להוראה זו — נסיונות של נושים לעקוף את ההוראות המכבידות עליהם במימוש משכון על-ידי בחירת צורה אחרת של השגת הבטחון הריאלי (כגון מכר חוזר, מכר על-תנאי, העברת נכס לצד שלישי כנאמן וכיו"ב) — מצד אחד, ומצד שני — שאיפתם של החייבים להסתיר את עובדת קיום החוב,

וביחוד להימנע מהפחתת האשראי שלהם בגלל מישכון חלק מרכושם בצורה הגלויה לכולי עלמא. בהודמנות זו נותן המחבר דוגמאות מעניינות לניסויי הסוואה כאלה בפסיקה המקומית והזרה. צריכה עיון מסקנתו של המחבר, כי תוצאת הוראת ס' 2(ב) היא כי בעיסקה כגון מכר חוזר לא ייהפך הקונה-המלווה ל"בעל מלא" של הנכס, אם הלווה-המוכר לא יפרע את חובו, אלא יאלץ לנקוט בדרכים המקובלות של מימוש משכון. במלים אחרות: עיסקה כזו תיראה כמשכון תקף. אם כי תוצאה זו נכונה, צריך להעיר כי לגבי נושים אחרים של הלווה העיסקה לא תתפוס כלל, היות ואינה לובשת את אחת הצורות הנדרשות בס' 4 של החוק ליצירת תקפות זו כלפיהם.

באחת משאלות המפתח של החוק – "נכס" הגיתן למישכון – מהו ז' – דן המחבר בהתעמקות ויסודיות. בצדק רב מצביע הוא על כך ששמו של החוק "חוק המשכון" – עלול להטעות קוראים הרגילים לייחד את המונח "משכון" למיטלטלין מוחשיים בלבד, שמישכונם כרוך בהעברת החזקה. טיפול נוסף היה רצוי בשאלה באיזו דרך, אם בכלל, גיתן למשכן מכלול נכסים, כגון מלאי סחורות. היש למשכן כל נכס ונכס, או שניתן למצוא דרך פשוטה יותר מחוץ לשיעבוד צף בחברה בע"מ? הרי מישכון של כל נכס ונכס כמעט מן הנמנע, כשהרכב המלאי משתנה מדי יום ביומו על ידי מכירות מחד, והספקת סחורות ללווה מאידך גיסא.

חובה נעימה היא להביע הערכה רבה לספר ראשון זה המוקדש לנושא מסובך, הממצה את רוב האספקטים המגוונים שלו. ספר ששום חוקר ושום משפטן מעשי לא יוכל לוותר עליו בעוסקו בענף זה של המשפט.

ז. צלטנר

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 הנהוג. 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 לעגוש סטיות מן המוסר הנהוג, 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, *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 מסויים 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 מרכוז 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. לפחות לגבי החומר המשפטי הישראלי זהו ליקוט ראשון

* הצאת שוקן, תשל"ה, 140 עמ'.

1. הבל 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

בתוך מסגרת כוללת. עם זאת קשה להשתחרר מן הרושם כי הספר אינו מקיים את ההבטחה המשתמעת מפרסומו: עדיין הסרה לנו מסגרת מוצקה לדיון ביחס הגאות 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 השורים 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 להיחשב בקטגוריות 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 בתירים 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.² לאחר שזיהינו את כללי המוסר הנוהג אנו יכולים למיין אותם לפי קניי-מידה שונים ולמטרות שונות. מיון אחד, השייך לענייננו, הוא זה המבחין בין המוסר הנוהג הביקורתי, כלומר המוסר הנוהג שיש לו צידוקים רציונליים, ובין המוסר הנוהג המבוסס רק על אמונות תפלות או דעות קדומות.³ לעומת המוסר הנוהג, אין המוסר האידיאלי נבדק על-ידי התבוננות בבני החברה ובהתנהגותם. כללי המוסר האידיאלי הם קניי-מידה להערכת מוסרית הנשאבים מעקרונות מוסר שאנו מקבלים כמחייבים ותקפים, ותוקפם אינו תלוי בעובדת היותם נהוגים ומקובלים על בני החברה. בדרך כלל ישנה חפיפה מסויימת 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 נהוגים שאין להם הצדקה לפי כללי המוסר האידיאליים, כמו קבלת משטר העבדות ביוון העתיקה. כללי המוסר האידיאליים משמשים לנו כקנה-מידה להערכת המוסר (המשפט) הנוהג.

2 לזיהויים של כללי מוסר נהוג ראה: Raz, *Hart, The Concept of Law*, 1961, pp. 79–88;

Practical Reason and Norms, 1975, pp. 50–53

3 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

המונחים, ראה: עמ' 9, 56–57, למרות שהם שונים בתכלית.

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. מתברר שונים בחרו קריטריונים שונים בענין 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.

התבדל בין השאלה של אכיפת המוסר ובין השאלה הכללית של אכיפת התנהגות הוא, שבמקרה הראשון קיומו של כלל מוסר נוהג הוא תנאי הכרחי — אם כי לא מספיק — לאכיפתו. הקריטריון של המוסר האידיאלי האומר לנו מתי באופן כללי רשאית החברה להתגביל את חירותו של הפרט אינו זהה בהכרח לקריטריון המוסר האידיאלי החל על המקרים של אכיפת מוסר נוהג: 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 נוהג 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 המיקדמית אם אמנם קיים כלל מוסרי כזה לגבי ענין מסוים. כאשר קיימת מחלוקת לגבי זיהוי המוסר הנוהג, אזי כלל המוסר האידיאלי, האומר לנו כי מותר לאכוף באמצעות החוק את צוויי 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 ייקל להבין את חולשותיו העיקריות של הספר. פרופ' רובינשטיין דן בשאלת היחס הגאות 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 נהוג הומוגני (ראה למשל עמ' 8-9, 59-61). לפיכך ניתן היה להניח כי פרק זה יעסוק בשאלה של זיהוי כללי המוסר הנהוג, ובהשלכות של הקשיים בזיהוי מוסר נהוג כזה על פתרון שאלת היחס הנאות בין המוסר הנהוג ובין המשפט, ולא היא. הפרק פותח בהצגת עיקרי הוויכוח בין דבלין והארט, שהוא ויכוח על כלל המוסר האידיאלי שצריך לחול על הסוגיה הנדונה. כפי שצויין לעיל, מהוות 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, איפוא, 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".⁴

מדוע נובע מכלל המוסר האידיאלי שמאמץ הארט כי יש לבדוק את המינימום הערכי שהחברה רשאית לאכפו? מהצגתו של רובינשטיין משתמע כאילו היתה 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 נהוג 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 הנהוג שהוא חיוני להבטחת קיום חברתי זה. שני המלומדים אף מסכימים כי יש לנסות לתת לפרט את מידת החירות המקסימלית המתאימת עם קיום חברתי תקין.⁵ המחלוקת שביניהם מצטמצמת לשאלה

4 רובינשטיין, עמ' 52.

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

מהו קיום חברתי תקין. בעוד שהארט סבור כי הכללים שיש הצדקה לאכפם הם רק אלה הנוגעים לחירות אישית, בטחון החיים, והגנה מפני נזק הנגרם בודון, סבור דבלין כי מוצדק לאכוף גם כללים הנוגעים לעישון סמים, השתכרות, המוסקסואליות 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, מוסעית קביעתו של רובינשטיין, שכן איתור המינימום של המוסר הנוהג, אשר מוצדק לאכפו הוא, כפי שהוסבר לעיל, ענין 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 ממשך 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 לאכפם באמצעות החוק. כך, למשל, כותב הארט: "התועלתן העומד על כך כי החוק יעניש פעולות מזיקות בלבד מאמץ זאת לעצמו ככלל ביקורת, ובעינותו 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 מזכר זה וכיצד נאתרו, על כך חלוקות הדעות. שלוש גישות עיקריות קיימות בשטח זה. תאחת אינה מתייחסת אל הכלל המוסרי עצמו אלא אל מידת החשיבות שהחברה מייחסת לו; השניה 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".⁶

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 נהג הוא תנאי הכרחי (אך לא מספיק) המצדיק קיומו של כלל משפטי מתאים האוכף את כלל המוסר הנוהג, אין ההסכמה כי אם לא כל המוסר הנוהג ייאכף, ויהיו של המוסר הנוהג מיותר. מבין המתברים הנזכרים בספר לפחות דבלין מחזיק בעמדה כזאת. כפי שנראה להלן, אף המחבר עצמו מציג עמדה לפיה קיום כללי מוסרי נהג הוא תנאי הכרחי לאכיפתו על-ידי המשפט.⁷

לפחות שתיים מבין שלוש הגישות העיקריות, המפורטות על-ידי המחבר, לגבי איתורו של המינימום אותו מוצדק לאכוף, דורשות באופן מפורש איתור המוסר הנהג. 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 העקרון של המוסר האידיאלי שצריך לחול על שאלת אכיפת המוסר הנוהג, בעוד הגישה השלישית מפקיעה את כל הדיון מתחום אכיפת המוסר. אם אין מוסר נהג 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, מגין ההצדקה לאכיפה?

ההבדל המהותי בין שתי הגישות הראשונות מחד והגישה השלישית 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 הכל 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 בענין זה. דבלין ואחרים יוכלו לטעון כי יש טעמים אחרים להצדקת איסור הפלות, כמו שיקולים דמוגרפיים, אולם במקרה זה המחלוקת אינה על אכיפת מוסר אלא על זכותה של המדינה לאכוף על אזרחיה את קידום האינטרסים הדמוגרפיים שלה. דבלין אינו מתייחס לשאלה כללית זו, ואף המחבר אינו מציג אותה במפורש. כך שהגישה האומרת, כי אי אפשר לאתר בחברות מודרניות וחילוניות מוסר נהג הומוגני, אינה מציעה קנה מידה אחר של מוסר אידיאלי שצריך לחול על סוגיית אכיפת המוסר. גישה זו מבטאת תיאור אחר של המציאות הנוהגת (חברה רב-מוסרית לעומת חברה שניתן לזהות בה מוסר נהג). מתיאור זה של המציאות יכולות לנבוע מסקנות ערכיות שונות. עקרונו של הארט, שאינו מניח כי למוסר הנהג 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

6 רובינשטיין, עמ' 53.

7 ראה עמ' 67 לספר, ודיון בעמ' 361 להלן.

טיעונו של דבלין, כאילו יכולה החברה להיות קיימת רק עם אחדות דעים מוסרית ותרבותית.⁸

גם בקטע המצוטט לעיל מעמ' 53 ניתן למצוא כמה אידיוקים: מזוהה 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 בחכום. 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 בפי המחבר. יתרה מזו, הקטע מדברי הארט המצוטט על-ידי רובינשטיין כלל אינו שייך לענין הגדון 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 המשפטן. בפרק הרביעי שוב עוסק פרופ' רובינשטיין באותה שאלה. מסקנה זו עולה הן מתוכנו של הפרק והן מצירוף שמו — "יסודותיה של ההשקפה התועלתנית" — והדיעה כי "כותב שורות אלה מאמץ לעצמו השקפת עולם תועלתנית ורציונלית — 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: מצד גיסא, הוא רוצה להציג בפנינו את הוויכוח על היחס בין המוסר הנוהג ובין המשפט, ומאידך גיסא, הוא רוצה להציג באופן אנאליטי תשובה אחת, תשובתו שלו, לשאלה זו. אלא שהוויכוח כפי שהתנהל באנגליה בין דבלין והארט, התרומה שנוספה לו על-ידי מיטשל⁹, 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 נטשטשו התחומים בין הצגה ודיון, ושניהם כאחד יצאו נפסדים.

8 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.

לגבי מושג "שימור החברה" של דבלין ראה מאמרו של הארט בה"ש 1 לעיל.

9 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 רבי-מוסרית (פלורליסטית), ואת ההשלכות של פלורליזם זה על המחלוקת. הספר נזכר לענין אחרון זה בעמ' 61 לספרו של רובינשטיין, ה"ש 22 שם.

כלל המוסר האידיאלי אשר המחבר מאמץ אינו ברור. אנו שומעים כי הכלל הוא תועלתני, רציונלי וליברלי. אולם, כפי שנראה להלן, לא תמיד מתיישבות העמדות התועלתניות והליברליות זו עם זו, כך שבהצהרה זו סותרם המחבר יותר מאשר הוא מפרש. יתרה מזו, המחלוקת בסוגיה שלפנינו ניטשת בין אנשים שכולם מכנים את עצמם רציונליים 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, הניסוח הליברלי הקלאסי, חורג ושונה מן העקרון התועלתני הקלאסי של בנתם¹⁰. למעשה, הרציונליות, הליברליות 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 אופף-מוסר אף היא פעולה לצורך זה), בעדיף אותה פעולה הגורמת אושר רב יותר למספר גדול יותר של אנשים. דרישת הרציונליות מחייבת כי השיקולים והטיעונים שנביא בזכות פעולה מסויימת 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 רציונליים לעקרונות אתיים. אולם דרישה זו לרציונליות לא הפריעה לכל אחד מהם לאמץ עקרונות מוסר אידיאלי שונים. בנתם היה מחייב הנהגתו של משטר עבדות אם "קלקולוס האושר" היה מראה שהאושר הנגרם לאדונים (רוב האוכלוסיה) גדול מן הכאב הנגרם למיעוט העבדים; ובעיני מיל שום כמות של תועלת חברתית, למספר גדול ככל שיהיה של אנשים, לא היתה מצדיקה איסור התבטאות אף על אחד מבני החברה.

מכאן שרציונליות יכולה להתיישב הן עם תועלתנות והן עם ליברליזם, אולם תועלתנות וליברליזם אינם מתיישבים בהכרח זה עם זה. ניגוד זה בין שתי העמדות חשוב גם לעניננו. מיל, הליברל, יתנגד בכל חוקף 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, איפוא, ולהחליט אם הוא "ליברל" או "תועלתן". מכיוון שהוא רואה את הליברליזם כסוג מסויים 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 גקודה מכרעת זו:

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

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

10 ראה: רובינשטיין, עמ' 63-64.

(ב) האם ניתן להצדיק בכלל התנהגות זו חוץ הישענות על שיקולים רציונליים 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 בחוק¹¹.

התנאי הראשון מלמדנו שרובינשטיין מאמץ את התפיסה, כי קיומו של כלל מוסרי נודג הוא תנאי 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 הרציונליות. 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 העקרון האמור.

על פניו נראה כי אימוץ התנאי השלישי הוא אימוץ עמדתו של מיל, שהעמידה על "נוק 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 זאת¹². לגבי מיל לא היתה תכיפות ההתנהגות ה'בלתי מוסרית' גורם רלוונטי. גם אם 90 אחוז מן האנשים היו בוחרים להשתכר עד אובדן החושים, כל יום, הוא לא היה רואה בכך סיבה המצדיקה התערבות. דבלין, ובצורה מסוייגת יותר רובינשטיין, אינם סוברים כמוהו¹³. רובינשטיין אף מוכן — בעקבות הארט — לסייג את עקרון החירות של מיל ולהכיר במידה מסויימת של פטרנליזם משפטי¹⁴. סיווג העקרון של מיל הוא, כמוכן, לגיטימי. יחד עם זאת, הדיון הלא בהיר בסייגים שמאמץ המחבר לעקרון זה פוגע בתמונה הכוללת של הפתרון 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

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

12 רובינשטיין, עמ' 84-87.

13 רובינשטיין, עמ' 73-75.

14 רובינשטיין, עמ' 87.

החומר המשפטי. הצגתו של החומר העיוני, הנוגע למסגרת הכללית של הדין בשאלה המוסרית של היקף ההתערבות הראויה של המשפט, אינה ברורה ואינה מדוייקת. 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 הטיעון המוסרי הכולל, ובהדגמה שיטתית של הצורה בה ניתן לבדוק את המשפט הישראלי הנוהג, והצעות חקיקה מסוימות המועלות 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 מתעוררת 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 התברתי הערכי של החברה הישראלית מגביל את יכולתם של בתי-המשפט ובתי-המחוקקים לאכוף נורמות מוסריות באמצעים משפטיים"¹⁵. זוהי קביעה מעניינת כשל-עצמה, 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 הנסיון 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. התדיינות שהן להם 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 מדוייק ובהיר של המחלוקת העיקריות בתחום — דייגו, ופרופ' רובינשטיין היה בא על הברכה. אולם ספרות תשתית מעין זו הייבת להיות, לפחות, בהירה ומדוייקת. 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 מרובה לא תפסת". עמדתו של המחבר אינה ברורה, ואף תיאור מדוייק של גדרי הספקות הפילוסופיים אין לנו. כיום, כשהבעיה העיקרית של איסורים בתחומים השנויים במחלוקת היא בעיה מעשית — בעיתם של הפסיכולוג,

15 רובינשטיין, עמ' 140 (הדגשה שלי — ר.ג.).

ספרים

הסוציולוג והרופא, ולא בעיתו 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 גביוון