

”עיון”, רבעון פילוסופי

כרך כ”ז

תשל”ו-תשל”ז

## אכיפת המוסר ומעמדו של עקרון החירות

### רות גביזון

מטרתו של מאמר זה היא להצביע על כך, שבוויכוח בן-זמננו בשאלת אכיפת המוסר הנוהג באמצעות המשפט מצויים ניצנים של מחלוקת בסיסית לגבי מעמדו של עקרון החירות. יתרה מזו, רצוי להדגיש מחלוקת בסיסית זאת ולהבהירה, כנקודת מוצא לדיון ביקורתי במשנות ליבראליות בכלל, וככלי להבנה עמוקה יותר של הדיון באכיפת מוסר.

#### א. אכיפת מוסר והוויכוח דבלין - הארט

השאלה של היקף ההתערבות הלגיטימית של המדינה במעשיו של הפרט העסיקה הוגים מאז ראשיתה של המחשבה על חברה ומדינה. מפעם לפעם היו אירוע מסוים, או פרסומה של תרומה חדשה לנושא, מעוררים את הדיון מחדש. כך היה במאה הקודמת כאשר פרסם ג'ון סטיוארט מיל את מסתו הידועה 'על החירות',<sup>1</sup> בה הוצג עיקרון מצמצם לגבי היקף ההתערבות המותר. התגובה הפולמוסית המקיפה ביותר באותו דור ניתנה על-ידי סטיבן.<sup>2</sup>

במאה שלנו "הוצת" הוויכוח מחדש עם פרסום דו"ח ועדת וולפנדן באנגליה בשנת 1957.<sup>3</sup> הוועדה מונתה כדי לבדוק את המצב המשפטי באנגליה לגבי העבירות של הומוסקסואליות וזנות. הוועדה לא הסתפקה במתן המלצות מצומצמות בשני נושאים אלה. היא בחרה לבסס את מסקנותיה על הנחה כללית לגבי מטרות המשפט הפלילי, ועל בדיקה האם משרתים האיטורים של הומוסקסואליות וזנות מטרות אלה.

הוועדה קבעה כי המטרות הלגיטימיות של המשפט הפלילי, לפחות בתחום חקירתה, מוגבלות. מטרות אלה הן שמירה על הסדר וההוגנות (decency) הציבוריים, הגנה על הפרט מפני דברים מזיקים או פוגעים (offensive), והבטחת ערובות כנגד ניצול או השחתה (corruption).<sup>4</sup> לדעת הוועדה אין כל הצדקה להתערב ולאכוף צורת התנהגות מסוימת (או הימנעות מצורת התנהגות מסוימת) כאשר אכיפה כזאת אינה נדרשת לצורך אחת מן המטרות האלה. פועל יוצא מעקרון פעולה זה היה ההבחנה בין "פשע" (crime) – התנהגות הנחשבת כעבירה על החוק, לבין "חטא" (sin) – התנהגות הנחשבת כנוגדת את הקוד המוסרי המקובל. לדעת הוועדה, אין המחוקק צריך להפוך כל חטא לפשע. מותר להפוך חטא לפשע רק אם ההתערבות על-ידי המדינה משרתת אחת (או יותר) מן המטרות המנויות לעיל. אם תנאי אחרון זה מתקיים, מותר להפוך התנהגות לפשע אף אם אינה חטא.

<sup>1</sup> J. S. Mill, *On Liberty* (1859) – ובעברית, 'על החירות', תרגום א. סימון, ירושלים, מגנס, האוניברסיטה העברית, תשכ"ו.

<sup>2</sup> J. F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity* (1873)

<sup>3</sup> Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, 1957, Cmd. 247 (Chairman: Wolfenden)

<sup>4</sup> שם, פסקות 13 – 14. הוועדה קבעה כי ערובות למניעת ניצול או השחתה דרושות בעיקר לגבי אנשים העלולים להיות פגיעים במיוחד בשל גילם הצעיר, חולשת גוף או שכל, חוסר ניסיון או תלות.

לניסוח מצמצם זה של מטרות המשפט הפלילי היו תוצאות אופראטיביות בדו"ח הוועדה. אחת מן ההמלצות השנויות במחלוקת ביותר, המלצה שנהייתה בינתיים לחוק,<sup>5</sup> היתה לבטל את האיסור הפלילי על התנהגות הומוסקסואלית בין בוגרים מסכימים ברשות הפרט. המלצה זו היתה מבוססת, בין השאר, על הקביעה שהאיסור לא שירת את מטרות המשפט הפלילי המצוינות לעיל, וכי טעמו העיקרי היה אכיפת ההשקפות המוסריות המקובלות בחברה.<sup>6</sup>

במרץ 1959 נשא הלורד דבלין הרצאה באקדמיה שבה תקף באופן חריף את עקרון הפעולה של וועדת וולפנדן (אם כי ניכר שאין הוא מתנגד בלב שלם להמלצותיה האופראטיביות).<sup>7</sup> לדעתו אין כל הצדקה להגביל את תחום התערבותה הלגיטימי של החברה באופן שהוצע על-ידי הוועדה. לחברה – הוא טוען – יש זכות מלאה לאסור על כל התנהגות העלולה להזיק לה. התנהגות בלתי-מוסרית שאין עליה תגובה חברתית עוינת עלולה להזיק לחברה מאחר שיש בה פגיעה בתמימות הדעים המוסרית שלה. חברה היא קבוצת אנשים שאחד מן הגורמים המאחדים אותם הוא תמימות דעים בענייני מוסר. ערעורה של תמימות דעים זאת עלולה, איפוא, לפגוע בחוסנה של החברה ולגרום להתפוררותה מבפנים. לחברה יש זכות להגן על עצמה מפני כוחות מפוררים כאלה, ולפיכך יש לה זכות עקרונית לענוש כל התנהגות המסכנת את תמימות הדעים המוסרית של חבריה. מכאן כי קיימת זכות התערבות גם במקרים שבהם הטעם היחיד לה הוא שהתנהגות מסוימת נחשבת "מחפירה" (abominable); במלים אחרות, קיימת זכות עקרונית להפוך כל חטא לפשע. זכות זו, מודה דבלין, לא תמומש בכל מקרה. המחוקק צריך להתחשב גם בשיקולים מסייגים של יעילות אכיפה, חירויות ופרטיות. אולם שיקולים אלה אינם מצמצמים את הזכות העקרונית להתערב.

לשאלה כיצד נקבע איזו התנהגות נחשבת כחטא בעיני החברה עונה לורד דבלין כי צריך לחול פה מבחן האדם הסביר, האדם הרגיל, העשוי להיבחר כמושבע. ההרגשה כי ההתנהגות היא מחפירה צריכה להיות חזקה, וצריכה להיות נחלתם של רוב בני החברה. אולם אין האנשים שותפים להרגשה זו חייבים להיות מסוגלים לנמקה או להסבירה.

הרצאתו של דבלין זכתה לתגובות רבות,<sup>8</sup> והמקיפה שבהן ניתנה על-ידי פרופ' הארט בשורת מאמרים והרצאות.<sup>9</sup> הארט מגן על הסיפא של עקרון הפעולה של וועדת וולפנדן, לפיו אין לחברה זכות עקרונית להפוך התנהגות לעבירה פלילית רק משום שההתנהגות נחשבת כ"חטא".

הארט מצביע על הדמיון בין עקרון הפעולה של ועדת וולפנדן לבין עמדתו של מיל ביעל החירות, ובכך מוסיף מימד היסטורי לדיון בן-זמננו. המחלוקת בין הארט לוועדת וולפנדן מצד חד לבין הלורד דבלין מצד שני היא גלגול נוסף של המחלוקת בין מיל לסטיבן. את עיקר דיונו מקדיש

<sup>5</sup> Sexual Offences Act, 1967

<sup>6</sup> דו"ח הוועדה, פסקות 54, 55, 56, 60 – 61. הוועדה מטפלת בכמה נימוקים שהועלו בתמיכה לשמירת החוק הקיים, כגון הסכנה לבריאות החברה ולמוסד המשפחה הטמונה בהתנהגות הומוסקסואלית. לגבי הראשון היא קובעת כי סכנה כזו לא הוכחה, ולגבי השני, כי אין הצדקה להטיל עונש פלילי בגין התנהגות הומוסקסואלית בשל הסכנה למוסד המשפחה בעוד ניאוף – המסוכן באותה מידה לפחות – אינו בלתי-חוקי. גם לגבי זנות נבעו ההמלצות מעקרון הפעולה. הומלץ לא לשנות את החוק שהיה קיים, לפיו לא היה עצם העיסוק בזנות עבירה, אך לקיים את העבירות של שידול (soliciting) במקומות ציבוריים (הפוגע ב-decency), ושל ניצול על-ידי סרסורים.

<sup>7</sup> P. Devlin, "The Enforcement of Morals", תחת השם: VI-V. "Morals and the Criminal Law" in Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford U.P., 1965. (להלן: דבלין). לגבי עמדתו בשאלת ההסדרה של התנהגות הומוסקסואלית ראה ההקדמה עמ' VI-V.

<sup>8</sup> בין הראשונות שבהן ראה G. Hughes, "Morals and the Criminal Law", *Yale Law Journal* 71 (1961): 662; R. Wollheim, "Crime, Sin and Mr. Justice Devlin", *Encounter* 34 (1959).

<sup>9</sup> H. L. A. Hart, "Immortality and Treason", *The Listener* (July 1959): 162; *idem*, "The Use and Abuse of the Criminal Law", *Oxford Lawyer* 47: (1961). גישתו הכוללת הורצתה על-ידו בסדרת הרצאות בסטנפורד בשנת 1962, שפורסמה בספר: Law, Liberty and Morality, Oxford U. P., 1973. (להלן: הארט).

הארט לבדיקה ביקורתית של טיעוניהם של דבלין וסטיבן, ובסיומה הוא מגיע למסקנה שאין בהן כדי לערער את צדקת העיקרון לפיו אין הצדקה לאכוף מוסר נוהג ככזה. הוויכוח בין דבלין להארט כבר הפך לקלאסיקה ביוריספרודנציה. למעשה, יצר ויכוח זה מסגרת דיון שאין מאמר העוסק בסוגיה של אכיפת מוסר (ומאמרים כאלה הם רבים מאד) יכול להרשות לעצמו להתעלם ממנה. חלק גדול מן הדיון המודרני נערך על-ידי פיתוח נקודה זו או אחרת בטיעוניהם של שני בעלי הפלוגתא העיקריים.<sup>10</sup>

עיון מקרוב בוויכוח הארט – דבלין ובספרות ההמשך שלו מראה שיש בו, למעשה, כמה מחלוקות מובחנות. מחלוקת ראשונה קיימת לגבי השאלה הסוציולוגית-אמריקנית: האם צודק דבלין בהערכתו כי אי-הטלת סנקציות פליליות על חטאים מתחום המוסר האישי שאין עמם פגיעה ישירה בפרט אחר<sup>11</sup> עלולה אמנם להביא להתפוררות תמימות הדעים המוסרית בחברה, וכך להתפוררות החברה עצמה? הארט מרכז חלק גדול מביקורתו בנקודה זאת.<sup>12</sup> ראשית, הוא אומר, אין הוכחה אמפירית לכך שאי-הטלת סנקציה פלילית במקרים כאלה משנה את התחושות המוסריות של בני האדם. למעשה, ניתן ללמוד כי ההיפך הוא הנכון מן העובדה, שבמדינות בהן אין איסור פלילי על הומוסקסואליות אין התנהגות זו נחשבת ליותר מוסרית מאשר במדינות שבהן קיים איסור כזה.<sup>13</sup> שנית, אף אם נניח כי הלך הרוחות בחברה אמנם ישתנה כתוצאה מביטול הפליליות של סוגי התנהגות כאלה, מנין לנו שהדבר יביא להתפרקות החברה, ולא פשוט לשינוי – ואולי שינוי לטובה – של המוסר הנוהג של אותה חברה?<sup>14</sup> אם כך הדבר, אין דבלין יכול להסתמך על זכותה המוסכמת של החברה להגנה עצמית, אלא רק על הזכות המפוקפקת יותר של החברה להגן על המוסר הנוהג הקיים שלה.

מנקודה זו קל לעבור למחלוקת שנייה, ערכית, בין דבלין והארט. אף אם נקבל את ההנחה שאיסור פלילי מתחום המוסר האישי, על התנהגות הנחשבת בלתי-מוסרית, היא דרך יעילה למטרת שימור המוסר הנוהג, וכי שימור המוסר הנוהג הוא תנאי הכרחי להמשך קיומה של החברה – מנין לנו ההצדקה להגן על המשך קיום זה בלי לבדוק את התוכן המוסרי שלו לגופו? עמדתו של דבלין, אומר הארט, היא עמדה שמרנית קיצונית, ואימוץ עמדה כזאת דורש הצדקה שאינה ניתנת על-ידי דבלין. נכון אמנם שיש להיזהר ולא להיחפז ולהסיק מסקנה כי הסדר שנתקבל על דעתם של דורות רבים הוא בלתי-מוצדק ויש לעוקרו מן השורש; אולם מזהירות זו איננו נובע עדיין שיש טעם מספק להגן על הקיים ככזה, בלי לבדוק לגופו.<sup>15</sup>

מחלוקת שלישית היא לגבי ההשלכות של קבלת העיקרון הדמוקראטי על הסוגיה של אכיפת המוסר. דבלין טוען כי המחוקק הדמוקראטי חייב לאכוף את ההרגשות החזקות של רוב בוחריו

<sup>10</sup> דוגמת דיונים המבוססים על מסגרת הדיון של הוויכוח הארט – דבלין ניתן למצוא, בין השאר, אצל מיטשל: B. Mitchell, *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, Oxford U. P., 1967; ובספרו החדש של אמנון רובינשטיין, 'אכיפת מוסר בחברה מתירנית', ירושלים ותל-אביב, שוקן, 1975. כל המאמרים מאז 1963 המאזכרים בהמשך מאמר זה מציינים את חובם לוויכוח המקורי. השווה גם ע. פרוש, "החוק כמכשיר לאכיפת המוסר", 'עיון' כ"ו (תשל"ה): 146 – 174.

<sup>11</sup> חשוב להדגיש כי הוויכוח נסוב רק סביב טיפוס המקרים המתואר כאן, שהדוגמאות המקובלות לגביו הן: מגע מיני "שלא כדרך הטבע" בין בוגרים מסכימים ברשות הפרט, ביגמיה שאין עמה מרמה, גילוי עריות והתאבדות. אין חולק כי במקום שיש נזק רציני ומוכר לפרט אחר, מוצק האיסור המשפטי אף אם ההתנהגות הנדונה היא עניין של מוסר "אישי".

<sup>12</sup> בנוסף לדיון במקורות המאזכרים בהערה 9 לעיל, הקדיש הארט לנקודה זו מאמר מיוחד מאוחר יותר: H. L. A. Hart, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *University of Chicago Law Review* 35 (1967): 1 – 13. (להלן: "סולידריות חברתית").

<sup>13</sup> הארט, עמ' 67 – 68.

<sup>14</sup> שם, וכן ראה "סולידריות חברתית".

<sup>15</sup> הארט, עמ' 69 – 77.

מבלי להתייחס לתוכנו.<sup>16</sup> לכן מחייב העיקרון הדמוקראטי, או לפחות מצדיק, את אכיפת המוסר הנוהג. הארט אינו מאריך בהתייחסות לסוגיה זו. הוא רק מציין כי כבר מיל היה ער לסכנה שאנשים יחשבו כי קבלתם את העיקרון הדמוקראטי מחייבת אותם להסכים לכל דבר המוחלט על-ידי הרוב, בעוד שלמעשה אין כך הדבר. אדם יכול בהחלט להיות דמוקראטי ולטעון יחד עם זאת כי היקף התערבותה של החברה בחיי הפרט צריך להיות מוגבל.<sup>17</sup>

מזווית אחרת תוקף דבלין בנקודה זו רונלד דוורקין.<sup>18</sup> דוורקין איננו מתמודד ישירות עם העיקרון שיש לרוב בממשל דמוקראטי זכות לאכוף את המוסר המקובל עליו, אלא עם הדרך שבה נוקט דבלין לאיתור המוסר הנוהג. לדעתו, שוגה דבלין בכך שהוא מזהה את ההרגשות החזקות של בני החברה עם השקפותיהם המוסריות. יש להבחין, הוא טוען, בין עמדות מוסריות מצד אחד לבין דעות קדומות, ראציונאליזאציות וכדומה מצד שני. גם ממשל דמוקראטי אינו מקנה זכות לתבוע אכיפתן של האחרונות. אף אם נאמר כי הרוב רשאי לדרוש כי החוק יגן על השקפותיו המוסריות, עולה כי הוא צריך להראות שאמנם אלה הן השקפות מוסריות, שניתן להגן עליהן באופן ראציונאלי וכן.

שלוש המחלוקות שציינו הן חשובות ומעניינות. הארט ודבלין יצרו מסגרת חדשה לדיון בשאלות השנויות במחלוקת, חידדו כמה מן הטיעונים לכאן ולכאן, וגרמו לפרסומה של ספרות המשך מבהירה. אולם לדעתי קיימת בבסיס הוויכוח הארט – דבלין מחלוקת נוספת, שהיא יסודית וכללית הרבה יותר. מחלוקת זו, לגבי מעמדו של עקרון החירות במסגרת ההחלטה האם לחוקק חוק המגביל חירות, לא זכתה, לעומת החלוקות הראשונות, לדיון מפורש ומפורט. במאמר זה אציג מחלוקת זו, אנסה לבסס את טענתי כי ניצניה אמנם מצויים בכתביהם של הארט ודבלין, ואסביר מה הם יתרונותיה והשלכותיה של הצגתה המפורשת.

בשלב זה יספיק הניסוח הטנטאטיבי הבא של המחלוקת. הן הארט והן דבלין מקבלים את הנחת היסוד כי הגבלת חירות היא רע הדורש הצדקה. המחלוקת היא לגבי סוג ההצדקה שנקבל כמספיקה, ולגבי הדרך שבה נחפש הצדקה כזו. דבלין מסתפק בכך שיש לשקול בכל מקרה את כל הגורמים הרלבאנטיים, ביניהם הנזק שבשלילת החירות והעובדה שרוב בני החברה סבורים כי ההתנהגות הנדונה אינה מוסרית, ולפסוק לפי תוצאת השקלול. בכל מקרה שתוצאה זו תהיה לטובת הגבלת חירות, תהיה זו הצדקה מספקת להגבלתה. לגבי הארט התמונה מורכבת יותר. לגביו אבדן החירות אינו רק שיקול רלבאנטי נוסף בתוך שיקולים רלבאנטיים שונים. מעקרון החירות נובע, אמנם, שיש לשקלל את אבדן החירות לעומת הנזק שעלול להיגרם מאי-התערבות, אולם לדעתו פועל עקרון החירות גם במישור נוסף. במקרים מסוימים פועל עקרון החירות כעיקרון מוציא (exclusionary principle) – עיקרון המתיר לנו שלא להתחשב כלל ועיקר בשיקולים מסוימים בבואנו להחליט אם לחוקק חוק מגביל חירות. לפי תמונה זו משפיע עקרון החירות על התוצאה לא רק באמצעות המשקל שאנו נותנים לאבדן החירות בשקלול, אלא גם באמצעות השפעה על זיהוי השיקולים הנראים רלבאנטיים. הארט אומר כי העובדה שבני החברה חושבים כי ההתנהגות מסוימת אינה מוסרית, וכן העובדה – הנובעת מאמונה זו – שהם נפגעים

<sup>16</sup> דבלין מפתח נקודה זו במאמר מאוחר יותר: "Democracy and Morality", *University of Pennsylvania Law Review* 110 (1961): 635; repr. in Devlin, pp. 86-101, see esp. p. 90

<sup>17</sup> הארט, עמ' 77 – 81.

<sup>18</sup> R. Dworkin, "Lord Devlin and the Enforcement of Morals", *Yale Law Journal* 75 (1966): 986, 992-

כאשר נודע להם שהתנהגות "לא מוסרית" כזאת מתבצעת ואינה נענשת, אינם גורמים הצרכים להילקח בחשבון בשקלול.

חשוב לציין כבר בפתח הדברים כי מטרתו של מאמר זה כפולה אך מוגבלת. כפולה – מפני שאין קשר הכרחי בין הטענה ההיסטורית שמחלוקת זו מצויה אמנם בכתביהם של הארט ודבלין לבין הטענה שטוב וחשוב לתת לה הצגה מפורשת ולהקדיש לה דיון עצמאי. אני מחזיקה בשתייהן יחדיו, אך קיומן עצמאי. למען הקיצור, אני מייחסת את העמדה המקנה לחירות מעמד של עיקרון מוציא להארט, ואת העמדה האחרת לדבלין, מבלי לציין כל הזמן כי ההבחנה בין העמדות נשארת בעינה גם אם הייחוס ההיסטורי מוטעה. מוגבלת – שכן אין אני עומדת לתת הערכה חדשה לעמדותיהם המהותיות של דבלין והארט בסוגיית אכיפת המוסר, רצוני רק להבהיר במשהו את מבנה עמדותיהם, הבהרה שעשויה לסייע בדיון הערכתי-מהותי.

### ב. על עקרונות מוציאים<sup>19</sup>

אמרנו כי עמדתו של הארט מאופיינת בכך שעקרון החירות פועל, לדעתו, גם בעיקרון מוציא. כדי להבין את ייחודה של עמדתו יש להסביר מהו עיקרון מוציא וכיצד הוא פועל. מכיוון שאנו עוסקים במאמר זה רק בעקרונות מנחים לחקיקה, אצמצם את דברי לעקרונות כאלה, אולם בדרך כלל יהיו הדברים ניתנים להחלה באופן רחב יותר.

מעצם הביטוי "עיקרון מוציא" עולה שניתן להבין את פעולתו רק על רקע תמונה מסוימת של האופן שבו מקבלים החלטות לגבי חקיקתו של חוק. זאת מאחר שהעיקרון שולל את הרלבאנטיות של שיקולים מסוימים שלולא קבלתו היו נראים כרלבאנטיים. תמונת הרקע צריכה, איפוא, לכלול את זיהויים של הקריטריונים שהיו נראים כרלבאנטיים של העיקרון המוציא. יש להדגיש כי עקרונות מוציאים דוחים שיקולים שהיו נראים כרלבאנטיים, ולכן אימוצם דורש הצדקה מיוחדת. שכן, על פני הדברים, הדרך הרציונאלית לקבלת החלטה (והחלטה לחוקק חוק אף היא החלטה במובן זה) היא איתורם של כל הגורמים הרלבאנטיים, שקלולם זה לעומת זה, ופעולה לפי תוצאת השקלול. עקרונות מוציאים פועלים, אם כן, כעקרונות מסדר שני<sup>20</sup>. הם אינם משפיעים על תהליך השקלול, אלא על זיהוי הגורמים והשיקולים הנלקחים בחשבון, בכך שהם מוציאים מכלל רלבאנטיות שיקול (או שיקולים) שהיו נלקחים בחשבון לולא אימוצם.

נניח, למשל כי המחוקק מתלבט בשאלה אם להפוך את הניאוף לעבירה פלילית. מוסכם על הכל כי חוק כזה יגביל את חירותם של הכפופים לו. עד עתה לא היתה סנקציה פלילית על ניאוף,

<sup>19</sup> הדיון ב"עקרונות מוציאים" מבוסס במידה רבה על עבודתו של יוסף רז בנושא של טעמים לפעולה (reasons for action) בכלל, וטעמים מוציאים (exclusionary reasons) בפרט. ראה: J. Raz, "Permissions and Practical Reasons for Action, Decisions and Norms", *Mind* (1975); "Supererogation", A. P. Q. (1975); *Reasons and Norms*, London, Hutchinson, 1975. רז סבור כי טעמים לפעולה הם המרכיב החשוב ביותר של כל תורה נורמטיבית, וכי הדרך ללוגיקה מאוחדת של תורות נורמטיביות היא המתן ניתוח טוב של סיבות לפעולה (רז, עמ' 13). לדעתו, יש חשיבות עצומה בהכרה שיש בפילוסופיה המעשית מקום חשוב לטעמים מוציאים לפעולה, וכי למעשה כל הנורמות וכללי ההתנהגות הם טעמים מסוג כזה. עקרונות מוציאים הם, כמובן, טעמים מוציאים לפעולה, אך ההיפך אינו נכון בהכרח. לא כל טעם מוציא לפעולה הוא עיקרון מוציא במשמעות שבה אנו משתמשים במושג. במסגרת מאמר זה אין לי צורך להיזקק לטענה שכל כלל התנהגות הוא בעצם טעם מוציא, ולכן לא יהיה הניתוח בטכסט צמוד לזה של רז. ר. דוורקין משתמש בביטוי "עיקרון מוציא" בהקשר המשפטי, ונותן כדוגמאות את העיקרון שהמשפט אינו מכיר בנזק נפשי ואת העיקרון שבית המשפט אינו מטפל ב"שאלות פוליטיות". דוורקין אינו נותן הבהרה שיטתית לדרך פעולתם של עקרונות מוציאים. למעשה, אין זה ברור אם שני העקרונות שהוא מביא כדוגמא אכן פועלים כעקרונות מוציאים במובן שבו אנו מטפלים (ראה: R. Dworkin, "Philosophy and the Critique of the Law", *The Rule of Law*. Ed. R. P. Wolff, New York, 1971, pp. 147, 155).

<sup>20</sup> וראה הגדרתו של רז ל"טעם מוציא" – "טעם מסדר שני להימנע מפעולה על סמך טעם אחר" (עמ' 39).

וסנקציה כזו לא נכנסה למאזן שיקוליו של פרט ששקל ניאוף. יתרה מזו, לרשויות אוכפות החוק לא היתה סמכות לחקור ולברר אם פרט מסוים ניאף, שכן ניאוף לא היה עבירה. אם יהפוך הניאוף לעבירה עשויה חירותם של הפרטים להיות מוגבלת בכמה צורות. ראשית, הוספתה של סנקציה פלילית לתוצאות האפשריות של ניאוף מגבילה את חירותו של הפרט להחליט כי ברצונו לניאוף ולפעול על סמך החלטה זו. שנית, לרשויות תהיה סמכות לערוך חקירות, לפחות לגבי נחשדים בניאוף, על מנת לוודא אם אמנם עברו על החוק. שלישית, אם אמנם יימצא שאדם מסוים ניאף ועבר בכך על החוק, הוא עלול להיות צפוי לשלילת חירות על-ידי מאסר.<sup>21</sup> אם נקבל שהגבלת חירות כזו היא רע הדורש הצדקה – כיצד נחליט אם רצוי באמת לחוקק חוק כזה?

דבלין, שעל פי גישתו אין לחירות מעמד מיוחד, יפתח באיתור הגורמים הרלבאנטיים. אלה כוללים את האפשרויות לאכוף חוק כזה, נטייתם של אנשים לעבור עליו, השאלה אם הניאוף נראה באמת בעיני הבריות כרעה שרצוי להשתדל למנעה, המחיר שנשלם במונחים של פרטיות וחירות וכיוצא בזה. אבדן החירות נכנס לתמונה במסגרת השיקול האחרון – אולם יש לשקללו כנגד הגורמים האחרים, המצביעים לטובת חקיקת החוק. ייתכן גם כי המחוקק יחליט שלא לחוקק חוק האוסר ניאוף לא מחמת אבדן החירות הצפוי ממנו אלא מפני שהוא סבור כי אין טעם לחוקק חוק שאין רוב הציבור יכול לעמוד בו, וכי הקשיים באכיפת החוק יעודדו יחס של זלזול כלפי החוק ומבצעיו. במקרה כזה תהיה החירות לניאוף רק תוצאה לוואי של מגבלות המערכת המשפטית (והטבע האנושי). דבלין יקח בחשבון, בין השאר, שני שיקולים מובחנים: (1) האם הניאוף הוא רע שיש למונעו באמצעות המערכת המשפטית? (2) האם הניאוף נראה כרע בעיני רוב בני החברה?

התשובה ל-(1) היא מתחום המוסר האידיאלי, או הביקורתית.<sup>22</sup> שאלה (2) היא שאלה סוציולוגית-אמפירית, ודבלין קובע כי התשובה עליה היא רלבאנטית. אם התשובה עליה היא חיובית, קמה לחברה זכות לכאורה לאסור את הניאוף, וזאת אף אם התשובה ל-(1) היא שלילית, או לפחות שנויה במחלוקת רצינית.

עמדתו של הארט שונה באופן עקרוני. אף הוא מסכים כי השקלול הוא רלבאנטי להחלטה אם לחוקק חוק נגד ניאוף. אולם, הוא אומר, בנוסף לשקלול אבדן החירות לעומת הנזק העלול להיגרם על-ידי אי-התערבות, פועל עקרון החירות כעיקרון השולל את הרלבאנטיות, ומוציא לחלוטין, את התשובה לשאלה (2) שצוינה לעיל.

לעתים לא תהיה להבדל העקרוני הזה חשיבות מעשית. כך יהיה, למשל, כאשר אף לפי גישת דבלין יהיה משקלם של השיקולים נגד חקיקת החוק גבוה מזה של השיקולים בעדו; או אף אם לדעת הארט, ולמרות אי-ההתחשבות במוסר הנוהג, יהיה מוצדק לאסור את הניאוף בחוק (למשל, מפני שהניאוף גורם נזק גדול לפרטים שונים, והנזק הוא מן הסוג שהמערכת המשפטית צריכה ויכולה לטפל בו. אז נאמר כי השיקול המכריע הוא התשובה החיובית לשאלה (1), שהיא בלתי-תלויה הכרחית בשאלה (2)). אולם עשויים להיות מקרים שבהם ההבדל העקרוני ישפיע על התוצאה, וזאת כאשר העובדה, שרוב בני החברה סוברים כי התנהגות מסוימת היא שלילית ובלתי-רצויה, היא שתטה את הכף, אליבא דדבלין, לטובת האיסור. במקרה זה יתנגד הארט לאיסור לא מפני שהוא טוען כי חסידי האיסור טעו בשקלול (אם כי הוא יכול, כמובן, לטעון גם זאת) אלא מפני שלדעתו הם לקחו בחשבון שיקול שחייב היה להיות מוצא על-ידי עקרון החירות.

<sup>21</sup> לדיון בהיבטים שונים של הגבלת חירות על-ידי חוק המטיל חובה להימנע מהתנהגות מסוימת ראה הארט, עמ' 20.

– 22.

<sup>22</sup> על ההבחנה בין מוסר אידיאלי-ביקורתי למוסר נוהג ראה הארט, עמ' 17 – 20; וגביזון, 'משפטים', ז' 353.

מהותו של עיקרון מוציא ודרך פעולתו תובהר אם נערוך השוואה בינו לבין כמה מושגים אחרים.

#### 1. עיקרון מוציא ועיקרון קובע משקל

עיקרון מוציא שונה באופן מהותי מעיקרון המייחס משקל מסוים לשיקול נתון. אם נשוב לדוגמת החוק האוסר ניאוף, יש הבדל עקרוני בין שתי העמדות הבאות:

(א) בחקיקת חוק האוסר ניאוף יש לקחת בחשבון בין השאר את יעילות האכיפה של חוק כזה, את חומרת הנזק הנגרם על-ידי ניאוף, ואת עצמת התחושה הקיימת שניאוף הוא בלתי-מוסרי. ככל שהנזק חמור יותר, נייחס פחות משקל לקשיי האכיפה, ולמחיר (במונחי חירות ופרטיות) אשר נשלם בגין האכיפה. ככל שהתחושה כי ניאוף הוא בלתי-מוסרי היא רווחת וחזקה יותר – נייחס פחות משקל לקשיי האכיפה.

(ב) בחקיקת חוק האוסר ניאוף יש לקחת בחשבון בין השאר את יעילות האכיפה של חוק כזה ואת חומרת הנזק הנגרם על-ידי ניאוף. ככל שהנזק הנגרם חמור יותר, נייחס פחות משקל לקשיי האכיפה וכדו'. אולם אין לקחת בחשבון את התחושה הקיימת בדבר אי-מוסריות הניאוף.

הטענה הראשונה דנה במשקל שיש לייחס לגורמים השונים. הטענה השנייה מוציא מכל וכל גורם מסוים. בין שתי הטענות אין מחלוקת לגבי העיקרון המייחס לגבי אותם שיקולים הנלקחים בחשבון. מחלוקת כזאת קיימת, למשל, בין (א) ל-(ג):

(ג) בחקיקת החוק האוסר ניאוף יש לקחת בחשבון בין השאר את יעילות האכיפה של חוק כזה, את חומרת הנזק הנגרם על-ידי ניאוף, ואת עצמת התחושה הקיימת שניאוף הוא בלתי-מוסרי. משקלם של קשיי האכיפה הוא מכריע. אם ברור שמחיר האכיפה במונחי חירות ופרטיות הוא גבוה, וכי אכיפה יעילה של החוק אינה אפשרית במשאבים הנתונים, לא נחוקק חוק כנ"ל תהיה חומרת הנזק הנגרם גדולה ככל שתהיה.

המחזיקים בעמדות (א) ו-(ג) מקבלים אותו כלל זיהוי של גורמים רלבאנטיים, אולם בעוד התומך ב-(א) מצדד בשקלול קשיי האכיפה לעומת חומרת הנזק הנגרם, בלי לתת להם משקל מכריע, קובע (ג) כי קשיי אכיפה מעבר לרמה מסוימת יהוו סיבה לאי-חקיקת החוק, אף אם הנזק שנגרם חמור ביותר.

#### 2. עיקרון מוציא ונקודת מוצא בשקלול

אימוצו של עיקרון מוציא שונה מאימוץ נקודת מוצא לתהליך השקלול. בכל מקרה שבו יש צורך בשקלול יש לבחור בנקודת מוצא שממנה הוא מתחיל. על בחירת נקודת המוצא יש שישפיעו שיקולי נוחות, או אף שיקולים ערכיים-הצהרתיים מסוימים. אולם כל עוד אין מחלוקת לגבי זיהוי השיקולים הרלבאנטיים ולגבי העקרונות מייחסי המשקל – צריכה תוצאת השקלול להיות שווה בלי להתחשב בנקודת המוצא.\* העיקרון המוציא אינו משפיע על השקלול של גורמים נתונים, אלא על זיהוי הגורמים שיש לשקלל, ובכך הוא שונה.

בדוגמת חוק הניאוף יכולים שני אנשים המחזיקים בעמדה (א) לבחור נקודות מוצא שונות לדיון. אחד יכול לומר כי קיומם של קשיי אכיפה יוצר הנחה שלכאורה אין לחוקק, הנחה שניתן לסותרת אם מראים שהנזק הנגרם על-ידי ניאוף חמור ביותר. אחר לעומתו יכול לפתוח בקביעה

\* זה בהתעלם מן התפקיד החשוב שיש לאימוץ נקודת מוצא מסוימת כאשר הטעון המעשי מורכב משלבים שבהם עובר נטל השכנוע מצד אחד למשנהו. כאשר הראיות שוות, "יפסיד" זה שנטל השכנוע עליו. במקרה כזה יכולה בחירת נקודת המוצא (המעבירה את נטל השכנוע) לשנות את תוצאות השקלול.

כי הנזק הנגרם על-ידי ניאוף הוא חמור, ובכך נוצרת הנחה לכאורה כי יש לאסור אותו בחוק, אולם הנחה זו יכולה להיסתר אם יצביעו על קשיי אכיפה רציניים.

קל לראות שיש הבדל יסודי בין שתי הגישות האלה, השונות רק באימוץ נקודת מוצא לשקלול, לבין העמדה מטיפוס (ב), שיש בה אימוץ עיקרון מוציא.

עיקרון מוציא הוא עיקרון המכוון התנהגות באופן מסוים – הכוונה על-ידי הוצאת שיקול שהיה נראה כרלבאנטי לולא אותו עיקרון. אימוצו של עיקרון כזה הוא נקיטת עמדה נורמאטיבית, והיא צריכה להיות מוצדקת במסגרת תורה נורמאטיבית מתאימה. יש להבחין בין ההצדקה הנורמאטיבית הנדרשת להצדקת אימוצו של עיקרון מוציא לבין הדיון המיטא-נורמאטיבי המנסה להבהיר את ייחודו של העיקרון המוציא ואת דרך פעולתו במישור המעשי. עד עתה עסקנו בעיקר בדיון מיטא-נורמאטיבי כזה, מתוך ניסיון להראות כי יש הבדל בין אימוצו של עיקרון מוציא לבין עמדה שאין עמה אימוץ כזה. יתרה מזו, הראינו כי אי-עמידה על ההבחנה בין עיקרון מוציא (מסדר שני) ועקרונות מסדר ראשון (כמו אלה המייחסים משקל) עלולה לטשטש את האופי המובחן של מחלוקות בעניינים מעשיים.

להשלמת התמונה רצוי לומר כמה מלים על הטעמים העשויים להצדיק אימוצם של עקרונות מוציאים, מן הטיפוס שבו אנו דנים כאן. ניתן לנסח את העיקרון המוציא שבו אנו עוסקים כאן כך: בכל מקרה שנדונה השאלה אם לחוק חוק המגביל חירות על-ידי הטלת סנקציה על התנהגות X, אין לקחת בחשבון את העובדה שרוב בני החברה מאמינים כי X היא בלתי-מוסרית (ואת תוצאותיה של אמונה זו).

אימוצו של עיקרון מוציא, כמנחה לחקיקה, דומה לאימוצו של כלל התנהגות מחייב, הדוחה שקלול הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. נניח כי אנו מקבלים שיש כלל מוסרי שאסור לרצוח, וכי הוא חל על כל המקרים של הריגת אדם בכוונה. אילו היה היטלר נרצח, ורוצחו היה מועמד לדיון, לא היינו יכולים אז לשמוע לטענתו כי במקרה המסוים הזה היו השיקולים בעד ההריגה חזקים מאלה שנגדה, וכי לכן לא חל עליו הכלל. ייתכן שהיינו מקבלים כי המקרה הזה הוא ראייה לכך שלא היינו צריכים לאמץ את הכלל המוחלט שאסור לרצוח. אולם אם נאמר שלמרות מקרים חריגים יש הצדקה לאמץ את הכלל – לא היינו מרשים לרוצחו של היטלר להסתמך על השקלול מסדר ראשון.<sup>23</sup>

כבר מיל היה ער להבחנה בין כללים מחייבים, הפועלים באופן מוציא, לבין "כללי עזר" (rules of thumb), שרק מספקים הנחייה סטנדרטית לשקלול. עיקרון מוציא פועל, כמובן, ככלל מן הטיפוס הראשון. טעמים מקובלים לאימוצם של כללים משני הסוגים הם, למשל, אי-יכולת זמנית לשפוט או חוסר זמן לבדוק את כל השיקולים הרלבאנטיים והצורך להחליט במהירות.<sup>24</sup> טעמים אלה לא חלים על עקרונות מנחים לחקיקה. ראשית, פעולת החקיקה אינה חייבת להיעשות בחיפזון, וחקיקה אמורה להיות תוצאה של שקילה זהירה ושל איסוף מדויק ככל האפשר של כל העובדות הרלבאנטיות. שנית, עיקרון מוציא מן הסוג הנדון כאן אינו משפט את השיקול וההחלטה בצורה ניכרת. הוא אינו נותן הנחייה לפעולה העושה את המלאכה המורכבת של איתור השיקולים הרלבאנטיים ושקלולם למיותרת. הוא אומר רק כי אין להתחשב בסוג אחד

<sup>23</sup> בנקודה זו ראה מאמרו הקלאסי של רולס: J. Rawls, "Two Concepts of Rules" *Phil. Rev.* 64 (1955): 3.

<sup>24</sup> ראה רז, עמ' 59 – 60.



של שיקולים, וההנחייה המשתמעת היא לפעול על סמך תוצאות השקלול של כל השיקולים הרלבאנטיים האחרים. יש, איפוא, לחפש טעמים מסוג אחר להצדקת אימוצם של עקרונות מוציאים כעקרונות מנחים לחקיקה.

בהקשר של אימוץ עקרונות מנחים לפעולת החקיקה נראה כי הצידוקים הטיפוסיים יתייחסו לחשש כי נטיותיהם של המחוקקים יפגעו בהליך השקלול, ולהנחה העובדתית כי תרומתו של השיקול המוצא תהיה בדרך כלל קטנה. מצירוף החשש וההנחה עולה, כי מוטב להבהיר שאין לקחת את השיקול המוצא בחשבון כלל, כדי למנוע ייחוס משקל יתר לאותו שיקול בשקלול. אם נשוב לדוגמת הניאוף, יוכל התומך בקבלת החירות כעיקרון מוציא לומר כי עקרונית ייתכן שרצוי היה לשקלל גם את אמונתם של רוב הבריות כי ניאוף הוא חטא, ואת כאבם וכעסם כאשר נודע להם שאחרים נואפים ואינם נענשים על מעשה זה. אולם, הנזק הנגרם לאנשים נורמליים בגין הכעס על מעשי ניאוף שאינם נענשים הוא קטן. מצד שני, נטייתו של המחוקק לשלם מס פוליטי לקבוצות קיצוניות התובעות איסור משפטי, וללכת לקראתן, עלולה לעוות את השקלול הנויטרלי. יש חשש, לכן, שאם לא יוצא שיקול זה במפורש, הוא יקבל משקל גדול הרבה יותר מזה המגיע לו באופן רציונאלי. כדי להבטיח את עצמנו כנגד סכנה זו מוטב להוציא את השיקול הזה מכל וכל.

דוגמאות מעשיות לסוג זה של טיעון מצויות בהקשר החקיקה. הדוגמה הידועה ביותר היא זו של ההסדרה המשפטית של חופש הדיבור, סוגיה שגם בה שמור מקום של כבוד לג'. ס. מיל. מיל הציע כי לגבי חופש הדיבור ייקבע כי האיסור על הגבלתו הוא מוחלט. אחרים גורסים כי דיבורים עלולים לגרום לנזק רב, ולכן אין טעם להגביל מראש את זכותו של המחוקק להתערב בחופש זה. בין המשפטנים המודרניים המחזיקים בדעה כי חופש הדיבור צריך להיות מוחלט מצויים כאלה הסוברים שרק כך יובטח חופש זה מפני הנטייה המסוכנת של העומדים בניגוד לעמדותינו שלנו. נטייה זו עלולה להביא לכך שחופש הדיבור ידוכא גם במקרים שבהם שקלול נויטרלי של הנסיבות (לפחות בידי אנשים המקבלים את העיקרון שחופש הדיבור הוא זכות חשובה ומרכזית) היה מביא להיתר.<sup>25</sup>

### ג. מחלוקת הארט – דבלין לגבי מעמדו של עקרון החירות

בפסקה זו אנסה לבסס את טענתי כי שורשי המחלוקת בשאלת מעמדו של עקרון החירות מצויים אמנם בכתביהם של דבלין והארט.

הטענה כי רמז למחלוקת מצוי בכתביהם של דבלין והארט שונה, כמובן, מן הטענה שהשנים היו ערים לה. אין ספק כי הארט ודבלין אינם מציגים את המחלוקת ביניהם שמונחים אלה, וקשה למצוא אצלם טיפול מפורש ומרוכז בה. יחד עם זאת נראה לי כי נכון יהיה להציג את עמדתו של דבלין כעמדה שלפיה מספק עקרון החירות למחוקק רק טעם מסדר ראשון להימנע מהגבלת החירות, טעם שצריך להיות משוקלל כנגד כל הטעמים האחרים מסדר ראשון, לרבות העובדה שהתנהגות מסוימת נחשבת כחטא. עמדתו של הארט, לעומתה, מאופיינת בראיית עקרון החירות כמספק הן טעם (חזק) מסדר ראשון נגד הגבלות חירות והן טעם מסדר שני להוצאת השיקול שהתנהגות מסוימת נחשבת כחטא.

אמרנו כבר כי הארט הצביע על הדמיון בין עמדתו של דבלין לזו של סטיבן, וכי הוא מתאר את עמדתו שלו בעניין אכיפת מוסר כאימוץ עמדתו של מיל. דבלין אף מתמודד ישירות עם משנתו של

<sup>25</sup> T. I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, New York, 1966, pp. 16-17.

מיל, ומהתמודדות זו ניתן ללמוד על תפיסתו שלו, השונה, את עקרון החירות, ואת אופן פעולתו הרצוי.<sup>26</sup>

בתקופה האחרונה הוצעו כמה פירושים למעמדו של עקרון החירות אצל מיל, ולא הכל מקבלים כי מיל מקבל אותו כעיקרון מוציא, למרות שאין מחלוקת כי מניסוחו מתקבל הרושם כי אכן זו כוונתו.<sup>27</sup> אין ברצוני להיכנס כאן למחלוקת זו. אף זוהי מחלוקת לגבי ייחוס עמדות היסטוריות ולא לגבי התועלת והפוריות שבהבחנה בין פעולת עקרון החירות כשיקול אחד בין השיקולים הרלבאנטיים האחים לבין פעולתו כעיקרון מוציא. המחלוקת חשובה כאן רק משום שבגללה אין הצהרתו של הארט כי הוא מקבל בנקודה זו את עמדתו של מיל מסלקת את אי-הבהירות לגבי משנתו של הארט. יש צורך, איפוא, לבדוק אותה לגופה, כפי שיעשה להלן.

#### 1. מעמדו של עקרון החירות אצל דבלין

אחדים ממבקריו של דבלין הופתעו ממאמרו "אכיפת המוסר", מאחר שדבלין היה ידוע כשופט ליבראלי, ובכל זאת הוא בחר להתייבב באופן חד-משמעי נגד עקרון הפעולה הליבראלי של וועדת וולפנדן.<sup>28</sup> במאמר מאוחר יותר מבהיר דבלין את תפיסתו לגבי המשמעות של חברה ליבראלית: חברה ליבראלית היא חברה שבה נקודת המוצא בשקלול היא כי הגבלת החירות היא רע הדורש הצדקה.<sup>29</sup> יתרה מזו, החברה חייבת לאפשר את הכמות המכסימלית של חירות המתישבת עם המשך קיומה ושלמותה של החברה.<sup>30</sup> אולם כפי שראינו, דבלין סובר כי החברה עשויה להתנוון ולהתפרק אם תיפגע תמימות הדעים שלה בענייני מוסר. לכן התנהגות המסכנת תמימות דעים זו אינה מתיישבת עם המשך קיום החברה – או עלולה לסכנה – ולכן מותר להשתמש בחוק הפלילי כדי לאסור אותה.

הקניית מעמד של עיקרון מוציא לעקרון החירות משמעה הקניית מעמד עדיף לעקרון החירות בתהליך השקלול, מעבר לאימוצה כנקודת המוצא שלו. מכל דבריו של דבלין עולה בבירור שאין הוא חושב כי הקניית מעמד עדיף כזה לעקרון החירות מוצדקת או רצויה.

ראשית, כאשר הוא מתייחס לדוגמאות של שקלולים, מבהיר דבלין כי כל נזק היכול להיגרם לחברה צריך להילקח בחשבון כנגד עקרון החירות. נזקים כאלה הם למשל הפיכתה של ההתנהגות הבלתי-מוסרית לנפוצה יותר, וכן הפחתת יכולתם של אנשים השותים לשכרה, נוטלים סמים או שטופים בזימה לתרום לחברה. זה בנוסף לחשש שהחברה כולה תתנוון ותתפורר. במלים אחרות, אין עקרון החירות פועל כמוציא טיפוס נזק מסוימים, או שיקולים מסוימים.

שנית, דבלין תוקף בחריפות את הצידוקים הטיפוסיים המובאים בתמיכה להקניית מעמד עדיף לעקרון החירות. לא תמיד, הוא אומר, ראוייה החירות אף להגנה לכאורה. יש מקום להגן על החירות, בגבולות מסוימים, כאשר האנשים הטוענים לה רוצים להשתמש בחירות על מנת לעשות ניסיון כן לחיות באופן הנראה להם טוב יותר. אין כל טעם להגן על חירות לעשות מה שאף אתה יודע כי הוא רע. הומוסקסואלים, זונות, סרסורים, נוטלי סמים יודעים – ברוב המקרים – כי מעשיהם אינם טובים. בנסיבות כאלה אין טעם להגן על חירותם. לכן, בכל מקרה שבו מועלית

<sup>26</sup> ראה P. Devlin, "Mill on Liberty in Morals", in Devlin, p. 102

<sup>27</sup> ראה T. Honderich, "The Worth of J. S. Mill On Liberty", *Pol. Studies* 22 (1974): 463; R. Wollheim, "J. S. Mill and the Limits of State Action", *Social Research*, 40

<sup>28</sup> תמיהה זו מוצאת ביטוי, למשל, בספרו של מיטשל (ראה הערה 10 לעיל, עמ' 87).

<sup>29</sup> זוהי עמדתו במאמר המאוזכר בהערה 26 לעיל, עמ' 102. בהרצאתו המקורית אין אימוץ מפורש של ראיית אבדן החירות כנקודת מוצא בשקלול.

<sup>30</sup> זהו הניסוח המובא בהרצאה המקורית: דבלין, הערה 7 לעיל, עמ' 16. שם הוא מובא כעיקרון המסייג את זכותה העקרונית של החברה לאסור כל התנהגות העלולה להזיק לה.

הטענה כי יש להגן על החירות, יש לבדוק אם אלה שיעשו בה שימוש סוברים כי פעולתם אמנם ראויה להגנה מוסרית. רק אם זהו המצב, ראויה החירות להגנה לכאורה. וגם אז ייתכן ששיקולים אחרים יכריעו את הכף לטובת הגבלת החירות.<sup>31</sup>

באופן ברור, אומר דבלין, המחלוקת אינה "השאלה אם חוק ספציפי כלשהו יופיע על ספר החוקים, אלא אם זהו תנאי לחברה חופשית שאי-מוסריות פרטית תהיה תמיד ובאופן מוחלט חסינה מפני התערבות על-ידי המשפט".<sup>32</sup> תשובתו של דבלין לשאלה זו היא "לא" ברור. נראה אם כן כי מוצדק לסכם ולאמר שדבלין רואה באבדן החירות הכרוך באיסור התנהגות בחוק רק שיקול אחד מרבים, ולא היה מסכים לעמדה שמקנה לעקרון החירות מעמד של עיקרון מוציא בכלל, ומוציא לגבי שיקול "אי-המוסריות" בפרט.

2. מעמדו של עקרון החירות אצל הארט

יש לזכור כי חשוב לקרוא את דבריו של הארט בהקשר שבו נכתבו. הארט מדגיש כי הוא דן רק במוסר מיני, שבתחומו קל להעלות על הדעת טיפוס התנהגות הנחשבים כבלתי-מוסריים אך אינם גורמים נזק מוחשי לאיש.<sup>33</sup> הרצאותיו נכתבו בתגובה לדו"ח וולפנדן ולהרצאתו של דבלין, והן בעיקר התפלמסות עם עמדתו של האחרון.

כבר מן האופן שבו מגדיר הארט את עמדתו מתקבל הרושם כי הוא מאמץ את עקרון החירות כעיקרון מוציא (וסובר כי אף מיל עשה כך). הארט מציג את השאלה האם יש הצדקה להפוך כל חטא (מעשה הנחשב ללא מוסרי) לפשע, ומזכיר את תשובתו של מיל:

המטרה היחידה שלקידומה מוצדק השימוש בכוח כנגד כל חבר של קהילה תרבותית היא מניעת נזק לאחרים.<sup>34</sup>

בנוסף לקביעה חיובית זו של המטרה שלשמה מוצדק שימוש בכוח, אומר הארט, מפרט מיל אותן מטרות שהוא שולל את הלגיטימיות שלהן:

טובתו שלו – הפיסית או המוסרית – אינה הצדקה מספקת. אין לכפות על אדם באופן מוצדק לפעול או להימנע מפעולה שכך ייטב לו מפני שהדבר יעשנו מאושר יותר, מפני שלפי דעתם של אחרים יהיה הדבר מחוכם או אף צודק.<sup>35</sup>

ראינו כבר כי עצם ההתייחסות למיל אינה מספקת הבהרה חד-משמעית של הארט מאחר שאין תמימות דעים לגבי פרשנות משנתו של מיל עצמו. מטון הדברים ברור, הן לגבי הארט והן לגבי מיל, כי עקרון החירות מאומץ כעיקרון מו ח ל ט, המוציא את השיקולים השונים שאינם מפורשים בו.<sup>36</sup> מצד שני דברים אלה אינם מתיישבים בצורה פשוטה עם התועלתנות המקובלת הן על מיל והם על הארט.<sup>37</sup>

המפתח לעמדתו המורכבת של הארט נמצא, לדעתי, בקטע שבו הוא מתמודד עם הבעיה של הנזק הנגרם לאחרים כאשר נודע להם שהתנהגויות הנחשבות בעיניהם בלתי-מוסריות מתבצעות

<sup>31</sup> דבלין, עמ' 107 – 109.

<sup>32</sup> שם, עמ' 110.

<sup>33</sup> הארט, הערה 3 לעיל, עמ' 5.

<sup>34</sup> שם, עמ' 4.

<sup>35</sup> שם, שם (התרגומים שלי). הארט משתמש בפירוש בביטוי "to exclude" בהקשר זה. הוא מקשר בין שני הקטעים הנ"ל במשפט: "And to identify the many things which he intended to exclude, he added".

<sup>36</sup> שם, עמ' 5.

<sup>37</sup> לעניין ההתייחסות בין עמדתו של מיל בעל החירות עם העמדה התועלתנית ראה A. Ryan, *J. S. Mill*, London, Routledge, 1974, pp. 131-133; ע. פרוש, הערה 10, עמ' 154; הערה 9; ושני מאמרים המאזכרים בהערה 27. לגבי

עמדתו של הארט ראה R. Sartorius, "The Enforcement of Morality", *Yale Law Journal* 81 (1972): 891-

באין עונש. הארט טוען כי אימוץ עקרון החירות מחייב לא להתחשב בנזק מסוג זה במהלך השקלול. עמדה זו אינה מתיישבת עם ראיית החירות כשיקול שווה בין שיקולים אחרים.

הארט מציג תחילה כמה טיעוני נגד של שקלול מסדר ראשון: למעשה, בחברה המודרנית והמתירנית שלנו, אין זה סביר שהכאב והסבל של זה הנפגע מן הידיעה שאי מתנהג בצורה הנראית לבי בלתי-מוסרית ואינו נענש על כך יהיו גדולים מן המחיר שיצטרך אי לשלם על ההדחקה של דחפים בסיסיים של אישיותו (הארט מתייחס כאן בעיקר לדוגמה של איסור התנהגות הומוסקסואלית בין בוגרים מסכימים). בכלל, ב' ייפגע באמת רק במספר קטן מאד של מקרים, כאשר הוא רגיש במידה גבוהה מן הרגיל, ואין המשפט צריך להתייחס לפגיעות מסוג זה לעומת הנזק הממשי הנגרם לאלה שחירותם לפעול לפי נטיותיהם מוגבלת על-ידי המשפט. אולם, ממהר הארט להמשיך, למרות שיש בטיעונים אלה משקל מסוים, חשיבותם היא משנית בלבד:

ההתנגדות הבסיסית היא, כמובן, כי אדם המכיר בחירות אישית כבערך אינו יכול להכיר בזכותם של אנשים להיות מוגנים מפני סבל הנובע מן הידיעה הפשוטה כי אחרים נוהגים בצורה הנראית להם מוטעית. שכן, אם נרחיב את העיקרון התועלתני שמותר להפעיל כפייה כדי למנוע נזק לזולת כך שיכלול גם הגנה מפני סוג כזה של נזקים, לא נוכל לעצור הרחבה כזאת בנקודה זו. אם סבל הנובע מידיעה שאחרים חוטאים הוא "נזק", כך הוא גם הסבל הנובע מן האמונה שאחרים עושים מעשים שאינך רוצה שיעשו. ענישתם של אנשים על גרימת סוג כזה של סבל כמוה כענישתם פשוט מפני שאחרים מתנגדים למה שהם עושים. והחירות היחידה שיכולה להתיישב עם הרחבה כזאת של העיקרון התועלתני היא החירות לעשות אותם מעשים שלהם אין איש מתנגד באופן רציני. חירות כזאת היא בבירור חסרת כל ערך. הכרה בחירות אישית כבערך מחייבת, לפחות, קבלה של העיקרון כי הפרט יכול להתנהג כפי הנראה לו אף כאשר אחרים כועסים ונפגעים כאשר נודע להם כי כך התנהג – אלא אם כן, כמובן, יש טעמים טובים אחרים לאיסור אותה התנהגות. אין סדר חברתי הנותן לחירות האישית משקל כלשהו שיכול להכיר גם בזכות להיות מוגן מפני כאב או כעס הנגרמים בדרך זו.<sup>38</sup>

תועלתן-המעשים הקלאסי בודק כל מקרה לגופו לפי העיקרון העליון של התועלת, ומנסה להגיע למצב של מאכסימום הנאה (pleasure) ומינימום כאב. הוא יכול לקבל את טיעוני השקלול מסדר ראשון המועלים על-ידי הארט ולומר כי במקרה מסוים הכאב של אלה המאמינים כי אחרים מתנהגים באופן לא מוסרי ואינם נענשים בטל בשישים, ולכן מוצדקת ההגנה על החירות במקרה זה גם משיקולים של תועלתנות-מעשים. תועלתן-כללים יכול אף להסיק מכך כי בטיפוס מקרים מסוים (כמו, למשל, איסור יחסים הומוסקסואליים בין בוגרים מסכימים במקום פרטי) יש הצדקה לאמץ כלל לפיו לא תהיה התנהגות כזו בת-ענישה. אולם הן תועלתן-המעשים והן תועלתן-הכללים אינם מקבלים בכך את הקביעה שאין לקחת סוג נזק כזה בחשבון מכל וכל, כפי שגורס הארט. הארט אף אינו מציע לשמר את הנוסחה שלפיה מותר לאסור התנהגות הגורמת נזק לזולת ולפרש "נזק" כך שלא יכלול נזקים נפשיים. מן הקטע שצוטט כאן עולה, שאף אילו היה הנזק הנגרם לאלה היודעים על התנהגות לא מוסרית של אחרים גדול מזה שניתן לצפות לו בחברה המודרנית – עדיין לא היתה התחשבות בו מתיישבת עם אימוץ החירות האישית כערך.

למרבה הצער, אין הארט עוסק במתן הצדקה שיטתית לטענתו שעקרון החירות צריך להיות מאומץ כעיקרון מוציא לגבי שיקולים מסוימים.<sup>39</sup> בשל כך אי-אפשר להסתמך גם על הציודקים שהוא מביא ולהראות כי אלה הם ציודקים של עקרון החירות כעיקרון מוציא ולא רק כמספק סיבה מנחה מסדר ראשון. אולם אף בהעדר תמיכה נוספת מכיוון זה, נראה שהקטע שצוטט לעיל אינו יכול להתיישב עם טענה שעקרון החירות צריך לפעול רק כסיבה מנחה מסדר ראשון. להשלמת התמונה חשוב להדגיש כי שיקול החירות פועל אצל הארט גם כשיקול מסדר ראשון. כך, למשל, כאשר הוא עוסק בהצדקות אפשריות לאיסור הביגמיה, שאינן דווקא הצדקות במונחים של אכיפת מוסר, הוא מביא טיעוני שקלול מסדר ראשון.<sup>40</sup> כך הוא עושה גם כאשר הוא דן, באופן כללי, בהסדרה המשפטית של התנהגות הומוסקסואלית בין בוגרים מסכימים.<sup>41</sup>

#### ד. ההצגה המוצעת – יתרונות והשלכות

להצגה המוצעת כאן לגבי היבט זה של המחלוקת בין הארט לדבלין כמה השלכות ויתרונות. ראשית, היא מפנה את תשומת הלב ליסוד הכללי במחלוקת. המחלוקת לגבי השאלות עד כמה נחוצה תמימות דעים בענייני מוסר להמשך קיומה של החברה, ובאיזו מידה מחייב העיקרון הדמוקראטי הצדקה של אכיפת ההשקפות המוסריות המקובלות על רוב בני החברה, הן מחלוקות ספציפיות לגבי אכיפת מוסר. המחלוקת לגבי מעמד עקרון החירות עשויה להתעורר בכל שאלה של היקף ההתערבות הלגיטימית של המדינה בחיי הפרט. שאלות אלה מתעוררות לא רק לגבי אכיפת מוסר מיני או אכיפת מוסר בכלל. למעשה, אכיפת מוסר יכולה להיראות כבעיה שולית, מבחינת חשיבותה המעשית, ליד הוויכוח הגדול על היקף ההתערבות הרצוי בעניינים כלכליים. שאלת מעמדו של עקרון החירות היא בעלת השלכות לגבי כל קשת המקרים שבהם נדון היקף ההתערבות במובן הרחב של המילה.

בנקודה זו יש להוסיף, כמובן, סייג. אין להסיק מכך שהארט מוכן לאמץ את החירות כעיקרון מוציא בתחום אכיפת המוסר כי הוא, או אחרים, יהיו מוכנים לאמץ אותו ככזה גם בהקשרים אחרים. אמרנו כבר כי הסיבה לנכונות לאמץ את החירות כעיקרון מוציא לגבי סוגים מסוימים של נזק מבוססת על ההנחה שסוג הכאב הזה הוא זניח, לפחות ברוב המקרים. אם הנחה זו אינה קיימת בהקשרים אחרים, יהיה צורך בצידוק עצמאי ואחר לאימות העיקרון כמוציא. יחד עם זה, הבהרת האופן שבו אנו מוכנים (או איננו מוכנים) לאמץ את עקרון החירות מסבירה את המקום שאנו מייחסים לעיקרון זה במערכת הערכים שלנו.

הכלליות שעליה דיברנו היתה קיימת גם אילו היה הוויכוח בין הארט לדבלין מצטמצם לשאלת המשקל שיש לייחס לשיקול החירות בשקלולים מסדר ראשון. אולם להצגת המחלוקת כנסובה על מעמדו של עקרון החירות כעיקרון מוציא יתרונות נוספים. אחד החשובים שבהם הוא חידוד בעיית ההצדקה הניצבת בפני אלה כגון, לדעתי, הארט, המחזיקים בחירות כבעיקרון מוציא בעל מעמד של קדימה (priority). בתקופה האחרונה נתרבו המשנות המבוססות על מעמד כזה לעקרון החירות, כמו אלה של רולס<sup>42</sup> ונוזיק.<sup>43</sup> חשוב להדגיש כי לגבי כולן דורשת הקביעה כי צריך להיות

<sup>39</sup> הארט אומר במפורש כי יעסוק רק בהפרכת טיעוניהם של אלה המתנגדים למיל בעניין אכיפת מוסר (שם, עמ' 6). הוא עצמו ער בהחלט למגבלותיה של שיטה זו, ותוקף את סטיבן על שהוא מתרכז בהפרכת טיעונו של מיל במקום לשטוח את הצידוק החיובי לטענותיו הוא (שם, עמ' 60). אותו קושי שמציין הארט לגבי עמדתו של סטיבן קיים לגבי עמדתו של הארט עצמו.

<sup>40</sup> הארט, עמ' 38 – 42.

<sup>41</sup> שם, עמ' 21 – 22.

<sup>42</sup> J. Rawls, *Theory of Justice*, Oxford U. P., 1972, p. 39

מעמד מועדף לעקרון החירות הצדקה חיובית. משום מה מניחים מחברים רבים כי המעמד המועדף של עקרון החירות הוא מובן מאליה, וכי די בהפרכת כמה טיעוני-נגד לגבי התוצאות הרעות הנגרמות מאימוצו של עקרון החירות כדי לספק למעמד מועדף זה בסיס איתן.

ליד התורות הליבראליות והליברטריניות השונות צצים בספרות גם ספקות רבים לגבי ההצדקות לאימוצה של החירות כערך העומד בפני עצמו.<sup>44</sup> מן הראוי שחסידי החירות ינסו להתמודד עם ספקות אלה ולא יסתפקו בחזרה על המוסכמה שהחירות היא ערך עליון.<sup>45</sup> נטל ההצדקה אינו על אלה הרואים באבדן החירות שיקול רלבאנטי, או אף על אלה הבוחרים בו כנקודת מוצא בשקלול. הנטל הוא בעיקר על אלה המאמצים את שימור החירות כעיקרון מוציא בעל מעמד מועדף.

יתרון נוסף של ההצגה המוצעת כאן הוא חידוד היחס בין אימוץ החירות כעיקרון מוציא לבין התועלתנות על כל סוגיה. התועלתנות היא שיטה מוסרית מקובלת למדי כיום. ניתן אולי לומר כי היא הפאראדיגמה האתית המקובלת ביותר. לפיכך מושקעת אנרגיה רבה בניחות של עמדות מוסריות ספציפיות ושל הקביעה אם הן תואמות או אינן תואמות את התועלתנות. כך ראינו את הדיון החדש במשנתו של מיל, ואת ביקורתו של סארטוריוס על הארט כי הוא סוטה ללא הצדקה מן העמדה התועלתנית בספרו *Law, Liberty and Morality*.<sup>46</sup> אין ספק כי אימוץ עקרון החירות כעיקרון מוציא אינו מתיישב עם כמה סוגים של תועלתנות, אם כי אפשר לתת לו צידוק מתוחכם במונחים של תועלתנות-כללים. זהו, למעשה, מה שעושה סארטוריוס כאשר הוא מצדיק אימוצו של העיקרון של מיל בסוגיה של הפאטרנאליזם. נראה, איפוא, כי השם הסתמי "תועלתנות" הוא מטעה ומבלבל יותר מאשר עוזר. מוטב לבדוק אם עקרון החירות מאומץ כעיקרון מוציא אם לאו – ולנסות להצדיק את ההחלטה לאמצו כעיקרון מוציא – מאשר לדון בשאלה אם עמדתו של הארט (או רולס, או נוזיק) ניתנת למעשה להעמדה על צורה מסוימת של תועלתנות.

ולבסוף, הערה ספציפית יותר בהקשר של הדיון באכיפת מוסר. הארט אומר, לפי ניתוחו, כי בשאלה אם יש, למשל, לאסור בחוק על ניאוף, אין לקחת בחשבון את השיקול אם בעיני רוב בני החברה ניאוף נחשב כחטא, ואת הכאב העלול להיגרם לאנשים המשתייכים לאותו רוב כאשר נודע להם שאחרים נואפים מבלי להיענש. יש הטוענים כי זוהי עמדה צבועה ומטעה. ה"ליבראליים" רוצים בעצם לטעון כי אין רע בניאוף, אולם הם פוחדים לעשות זאת, ולכן הם מסתמכים על עקרונות ההופכים, כביכול, את הדיון בשאלה אם הניאוף הוא רע או טוב למיותר. ה"פתרון" לשאלה המוצע על-ידיהם, לפי טענה זו, הוא פתרון ריק מתוכן ופחדני. יש להתמודד בכל מקרה עם השאלה אם ההתנהגות הנדונה היא אמנם מוסרית או לא, ולא להתחבא מאחרי מיתודות העושות התמודדות כזאת למיותרת. לטענה נורמטיבית זו מצטרפת בדרך כלל טענה סוציולוגית, לפיה ממילא אין סיכוי לרפורמות בחוק אם אין הרגשה חזקה כי ההתנהגות שרוצים לאסור היא

<sup>43</sup> R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974

<sup>44</sup> אי-אפשר, כמובן, לעשות צדק לעבודה הרבה שנעשתה לאחרונה בתחום זה, במסגרת הערה אחת. ראה למשל S. I. Benn, "Freedom and Persuasion", *Australian J. of Philosophy* 45 (1967); H. J. McCloskey, "A Critique of the Ideals of Liberty", *Mind* 74 (1965)

<sup>45</sup> כמה נסיונות בתחום זה נעשו באמצעות המושגים של הגשמה עצמית, כבוד עצמי, וכבוד הזולת. ראה, למשל H. J. McCloskey, *Metaethics and Normative Ethics*, The Hague, Nijhoff, 1969

<sup>46</sup> סארטוריוס מבקר את הארט על שהוא מוציא לחלוטין מתוך השקלול את ההתחשבות בכאב הנגרם על-ידי הידיעה שאחרים פועלים בצורה בלתי-מוסרית ואינם צפויים לעונש בשל כך. סארטוריוס מסכים כי בדרך כלל לא יהיה כאב זה סיבה מספקת להטלת איסור, אולם הוא סובר כי יש לקחת אותו בחשבון, למשל, בקביעת הדרך שבה יש להתייחס לאנשים המחזיקים בדעות מוסריות השונות משלך. בסיכום, הוא טוען כי התועלתנות מחייבת לקחת כאב זה בחשבון (ראה מאמרו בהערה 37, עמ' 909 – 910).

רעה, או כי ההתנהגות שרוצים להתיר אינה חטא. לפיכך ההצגה של הארט, המדברת על עקרון החירות כעיקרון מוציא, רק מטעה ומטשטשת את התמונה.<sup>47</sup>

נראה לי כי חשוב להדגיש כי עמדתו של הארט היא אמנם עמדה של אימוץ עיקרון מוציא, וכי עמדה זו – אף כי היא דורשת הצדקה חיובית – היא עמדה קוהרנטית, שאינה לוקה בפגמים שנמנו לעיל. ייתכן כי יש אנשים הסוברים שניאוף הוא טוב (למשל, כדי להרוס את הנחת הבלעדיות של קשר הנישואין, המעודד קנאה ובעלניות), אך חוששים לומר זאת, ומבססים את תמיכתם באי-איסורו בחוק במונחים כלליים של חירות. אולם אימוץ המינוח של החירות יכול להיות מוסבר גם באופן אחר. אדם יכול להיות כן ולטעון כי הוא מוכן להכיר בחירותם של אנשים לעשות דברים מסוימים בלי לבדוק אם הם עומדים בניגוד למוסר הנוהג, ואף להילחם על חירותם לעשות דברים שהוא עצמו סובר כי הם בלתי-מוסריים. שוב, דוגמת חופש הדיבור שהוזכרה כבר היא דוגמה טובה להקשר שבו ננקט לעתים קרובות סוג כזה של עמדה. יש הרבה אנשים, ומיל בתוכם, המוכנים להילחם על זכותם של אנשים לומר דברים שהם עצמם סוברים כי הם מוטעים או אף זדוניים. אין, איפוא, ייחוד באימוץ עמדה כזו בהקשר של אכיפת מוסר, ואת טענת הצביעות יש לבסס על יותר מאשר עצם אימוץ המינוח של חירות בהקשר זה.

הקישור בין הטענה הסוציולוגית (שהיא אולי נכונה) לבין הטענה הנורמטיבית מבוסס על חוסר הבחנה בין הסוציולוגיה של השינוי במשפט לבין עקרונות המוסר הביקורתי שהיינו רוצים שיחולו על שינויים כאלה. ייתכן מאד כי אי-אפשר יהיה להשיג רפורמה במשפט בלי שינוי בתפיסה המוסרית של החברה. אולם ייתכן באותה מידה שהשינוי בתפיסה המוסרית אינו חייב להיות שינוי בתפיסה לגבי היות התנהגות מסוימת חטא, אלא לגבי הרלבאנטיות של עובדה זו להסדרה משפטית. במלים אחרות, אם ישכנעו חסידי העמדה שהחירות צריכה לפעול כאן כעיקרון מוציא את רוב בני החברה, נוכל, אולי, להגיע לביטול החוק בנוגע להתנהגות מינית שלא כדרך הטבע בארץ גם ללא שכנוע הקהל שהתנהגות כזו אינה בלתי-מוסרית. דרך זו תהיה אמנם שונה להשגת אותה מטרה, אולם אין בה פחדנות וצביעות.\*

## **THE ENFORCEMENT OF MORALS AND THE STATUS OF THE PRINCIPLE OF LIBERTY**

### **RUTH GAVISON**

**The main thesis of the paper is that the contemporary Hart – Devlin controversy concerning the enforcement of morals may be presented as a more fundamental controversy concerning the status of the principle of liberty in the value-system of professed liberals, and that there are advantages to presenting it in this way.**

---

<sup>47</sup> לטיעון חריף מסוג זה, אם כי בהקשר כללי יותר של משנתו של מיל, ראה: R. P. Wolff, *The Poverty of Liberalism*, Boston, Beacon Press, 1968; L. Sheleff, "Morality, Criminal Law and Politics", *Tel Aviv University Studies in Law* 2 (1967): 190-228

\* תודתי נתונה ליהודה מלצר ולעדי פרוש על שקראו בעיון את הנוסח הקודם של מאמר זה, ועל הערותיהם המועילות.

The controversy, it is argued, concerns the logical operation of the principle of liberty when liberty-limiting legislation is considered. All liberals are committed to the view that loss of liberty is bad, and requires some justification. However, they may still differ on various points. It is argued that Hart and Mill, but not Devlin, accept the principle of liberty as an 'exclusionary' principle: a second-order principle permitting is to exclude some types of considerations in favor of liberty. For Hart, commitment to liberty means that liberty should not be restricted in order to prevent the harm that may be caused to others by the mere knowledge that people act in ways which they deem immoral. There is no such commitment in Devlin's approach. Any type of harm to society or to other individuals may count, according to his analysis, as justification for the legal limitation of liberty.

The proposed presentation, focusing on the *status* of the principle of liberty, has several advantages. It draws attention to an important aspect in some of the liberal positions, and explains how people who define themselves as liberals may reach vastly different views on questions such as that of the enforcement of morals. The proposed presentation also clarifies essential element in the 'stronger' liberal positions, and points out the need for special justification of the adoption of such a position. This is of a special significance in view of contemporary 'libertarian' theories, in which liberty is given a priority, without sufficient effort to justify this priority. Finally, the proposed analysis sharpens the relationship between liberal and utilitarian positions. Adopting liberty as an exclusionary principle is, on the face of it, a deviation from simple utilitarianism. This is why a justification must be worked out, even if ultimately it is found that it is compatible with a sophisticated form of utilitarianism.