

לקלזן, לטענתו של זה<sup>51</sup> – תוחם את גבולותיה של ההכרה, אך אינו "מפצל אותה" למינים שונים. אף לא היה יאה לו לעשות כן. הוא הדין ביחס לניאור־קאנטיאנים. הם לא "פיצלו" את ההכרה על־פי התייחסותה למדעי הרוח (Geisteswissenschaften) השונים. יצחק אנגלרד ואנוכי מסכימים שיש צורך לשמור על נורמטיביזם. הייתי רוצה לחשוב ששנינו שותפים גם לצפי ששום הנהרה של הנורמטיביזם במונחים של "מיני הכרה" אינה עתידה לעמוד על הפרק.

## אנגלרד על הנורמה הבסיסית, המוסר והדת

דני סטטמן<sup>1</sup>

### א. פתח דבר

לדעת אנגלרד, ההסבר המוצלח ביותר לטבעו של המשפט וליחס בין המשפט לבין מערכות נורמטיביות אחרות, כגון מוסר ודת, ניתן על־ידי הפילוסוף־המשפטן הנס קלזן (Hans Kelsen). בשל כך חוזר אנגלרד ומעלה על נס את שיטתו של קלזן בכל הזדמנות, וספרו **מבוא לתורת המשפט** נכתב כולו בהשראתה. מי שקורא מבוא זה, כפי שתלמידים רבים עושים בוודאי מדי שנה, כמעט שלא ידע על קיומם של הוגים אחרים בפילוסופיה של המשפט, או על שיטות אחרות בהבנת טבע המשפט. אנגלרד מכיר בכך שגישתו של קלזן "עוררה וממשיכה לעורר פולמוס חריף", אבל לדעתו "החולקים והמשיגים על תורתו לא הצליחו לערער על יסודותיה"<sup>2</sup>, ולכן היא עדיין הגישה המוצלחת ביותר להבנת המשפט. ברצוני להצטרף כאן לרשימה המכובדת של חולקים ומשיגים אלה, ולדון באופן ביקורתי בכמה היבטים בתפיסת המשפט של קלזן. ליתר דיוק, אדון בהיבטים אלה כפי שהם מתנסחים וזוכים בהגנה מפיו של אנגלרד.

לפני שאכנס לגופו של עניין, ברצוני להעיר שהתיאור בדבר "פולמוס חריף" שעודנו מתנהל סביב גישתו של קלזן נראה לי לא־מדויק, לפחות ככל שמדובר בעולם האנגלוסקסי. המלומד הספרדי אלברט קלסמיגליה (Albert Calsamiglia) מברצלונה, מעריך גדול של קלזן, כתב לפני שנים אחדות מאמר בכתב העת *RATIO JURIS* תחת הכותרת "For Kelsen", ובו הוא מציין שלמרות עשרות השנים שקלזן חי בארצות־הברית, בהרוד ובעיקר בברקלי, לא

51 "אלה שרואים בתורת המוסר של קאנט את הפילוסופיה הקאנטיאנית האמיתית... יכולים כמובן להפריך את הפנייה אל קאנט מצד תורת המשפט הטהורה. נקל להראות שהאתיקה שלו היא חסרת ערך לחלוטין, טענה שיכולים להעלות גם אלה הרואים בפילוסופיה הטונסצנדנטאלית של קאנט את הגדול שבהישגים הפילוסופיים": Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law: 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves*, in *No Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* 169, 173 (Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson ed., 1998).

1 פרופסור, המחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה.

2 יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 9 (1990). מספרי העמודים בגוף הטקסט הם לספר זה.



נובעים מחוקה, מה מקור תוקפה של החוקה?)

על שאלה זו ניתנו, לדברי אנגלרד, תשובות שונות, "כגון הסכמה כללית של הכפופים למשפט בדרך של אמנה חברתית, או הסכמת הרוב, או רצון האל, או התבונה" (32). אבל כל התשובות הללו פגומות, משום שהן חוטאות בכשל הנטורליסטי בניסיון לבסס את תוקפן של נורמות על עובדות (הסכמת הרוב, רצון האל). הסכמת הרוב היא בגדר עובדה, וממילא אין היא יכולה לבסס תקפות נורמטיבית, וכך גם לגבי רצון האל, וכך הלאה.<sup>4</sup> לכן יש לחפש תשובה אחרת לשאלת מקור התוקף של חוקי הכנסת, שתבסס על נורמה, ולא על עובדה. נורמה זו היא כמובן הנורמה הבסיסית של קלזן: "היא בבחינת פיקציה המורה לנו כי יש לנהוג על-פי הנורמה העליונה במערכת" (32). נורמה זו היא הבסיס העליון לתוקפם של כל חוקי המדינה, וממילא, בתהליך מורכב, גם לדרישתו של המרצה מהתלמיד לא להפריע בשיעור.

לדעת אנגלרד, המושג "הנורמה הבסיסית" מספק, בין השאר, הסבר מוצלח למה שמתרחש בזמן חילופי שלטון בנסיבות שבהן תוכן החוק אינו משתנה עם חילופים אלה. למשל, מבחינת תוכנו לא היה הבדל בין החוק שנהג בארץ עד ה' באייר תש"ח לבין החוק שנהג אחריו. למרות זאת, מדובר במערכות משפטיות שונות, זו של המנדט הבריטי וזו של מדינת ישראל. כיצד אפוא יוסבר ההבדל? עד הקמת המדינה הייתה הנורמה הבסיסית של המשפט בארץ (למען הדיוק, בכל פלשתין המנדטורית) כי "יש לפעול על-פי חוקי בית המחוקקים הבריטי". מרגע הקמת המדינה השתנתה הנורמה ל"יש להתנהג על-פי פקודות מועצת המדינה הזמנית". הואיל והנורמה הבסיסית היא מעין עוגן שהמערכת המשפטית כולה נאחזת בו, נורמות בסיסיות שונות פירושן מערכות משפטיות שונות.

הייתה לו מעולם השפעה של ממש במדינה זו. בצפון אמריקה כיום, הוא מוסיף, "Kelsen is practically unknown (!) and with only a few exceptions ... American jurisprudence has totally ignored his contribution".<sup>3</sup> אשר למצב בישראל, שמו של קלזן ידוע בהחלט בקרב המשפטנים, בעיקר בזכות האזכורים החוזרים שלו אצל אנגלרד, כמו גם אצל שופט וחוקר אחר בעל השפעה, הלא הוא מנחם אלון. ברם, גם בארץ לא היה נכון לומר שמתנהל פולמוס משמעותי סביב תורתו של קלזן. תשומת הלב לקלזן צנועה למדי, בוודאי בהשוואה לזו המוקדשת להוגים כהארט, דוורקין ורוז, מה שמעלה את השאלה מהו מקור המשיכה של קלזן דווקא אצל אנגלרד ואלון. אציע תשובה לכך לקראת סוף הפרק.

### ב. האופי ההיררכי של המשפט והמושג "הנורמה הבסיסית"

נפנה אפוא לעיקר העניין, כלומר להבנתו של אנגלרד לגבי טבעו של המשפט. אפתח באופי ההיררכי שלו. לדעת אנגלרד, במערכות נורמטיביות רוב הנורמות שואבות את תוקפן מנורמות אחרות במבנה שבו נורמה X יונקת את תוקפה מנורמה Y, וזו מנורמה Z, וכך הלאה. בתנאים אלה נוכל לומר על נורמה X שהיא "נמוכה" מנורמה Y, וכמובן מנורמה Z. הדוגמה שאנגלרד נותן לעניין זה היא של מרצה הדורש מתלמיד להפסיק לפטפט בזמן השיעור. מה תוקפה של דרישה זו? הווה אומר תקנון האוניברסיטה האוסר להפריע בשיעור. ומדוע תקנון זה מחייב את התלמיד? כי הסכים לו כאשר נרשם לאוניברסיטה. ומה בכך שהסכים? מדוע ההסכמה מחייבת אותו? מפני שבחוק החוזים נקבע שאדם חייב לקיים את ההסכמות שנתן. הואיל וחוק החוזים עצמו אינו יונק את תוקפו מחוק אחר, כאן, לכאורה, היה החיפוש אחר תוקף הדרישה מהסטודנט לא להפריע בכיתה אמור להגיע אל סופו. אבל לדעת אנגלרד החיפוש אינו יכול להסתיים כאן, מאחר שמתעוררת שאלה נוספת, והיא: מה מקור תוקפו של חוק החוזים? בהנחה שחוק החוזים יונק את תוקפו מאותו מקור שכל שאר החוקים יונקים ממנו, אנו נסחפים בעל-כורחנו לשאלה: מה מקור תוקפם של החוקים כולם? (אם הם

4 הכשל הנטורליסטי מיוחס בדרך-כלל לדייוויד יוס. למקורות העיקריים הדנים בו, ראו: William Hudson (ed.) *The Is-Ought Question* (1969). העובדה שלא ניתן לגזור את הדרישה לעבוד את האל מהתגלותו הודגשה על-ידי ליבוביץ במקומות הרבה. ראו למשל ישעיהו ליבוביץ *יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל* 342 (תשל"ה).

3 Albert Calsamiglia, *For Kelsen*, 13 *RATIO JURIS* 196, 199 (2000)



## ג. הנורמה הבסיסית ותוקף החוקים

המהלך שהוצג בסעיף הקודם לביסוס רעיון הנורמה הבסיסית נראה סביר במבט ראשון, אבל במחשבה שנייה הוא פחות משכנע. אנגלרד מניח שחייבים להניח את קיום הנורמה הבסיסית, מפני שבלעדיה אין תוקף לחוקי הכנסת. אבל המחשבה שכל נורמה זקוקה, לצורך ביסוס תקפותה, לנורמה אחרת מעוררת את החשש שאנו צועדים לקראת רגרסיה אינסופית. אם כדי שנורמה X תהיה תקפה היא זקוקה לנורמה Y, וזו לנורמה Z, וכך הלאה, אזי לעולם לא ניתן לבסס את תקפותה של נורמה כלשהי. נחיל זאת על הדוגמה שלעיל: אם אי אפשר להיעצר בביסוס תוקפה של הדרישה מהתלמיד בכך שהכנסת הורתה כך וכך, ולכן צריך לשוב עוד צעד אחד אחורה, לנורמה הבסיסית שיש לציית לחוק הכנסת, אזי גם בנורמה זו אין צידוק להיעצר, וכדי לבסס את תוקפה חייבים ללכת שלב נוסף אחורה, וכך הלאה עד אינסוף. לעומת זאת, אם השרשרת של ביסוס התקפות אינה אינסופית, ומותר להיעצר בנורמה מסוימת מבלי לדרוש שגם היא "תשאב את תוקפה מנורמה גבוהה יותר", אז למה לא ניתן לעצור בחוקי הכנסת בתור הנורמה הגבוהה (או הבסיסית) ביותר?

על כך היה אנגלרד עונה, אולי, שמה שמאפשר את ההיחלצות מהרגרסיה האינסופית הוא האופי המיוחד של הנורמה הבסיסית, כלומר, בעוד כל נורמה אחרת זקוקה לנורמה גבוהה יותר כדי לקבל תוקף, לנורמה הבסיסית אין צורך כזה משום שהיא "פיקטיבית". הוא מאצילה תוקף לכל הנורמות שמתחתיה, אך היא עצמה אינה זקוקה לנורמה אחרת כדי להיות תקפה. אבל ה"פיקטיביות" הזאת מורידה מסך ערפל על תמונה שבלאו הכי אינה בהירה לגמרי. שכן, מהי נורמה פיקטיבית? וכיצד נורמה פיקטיבית – יהא טבעה אשר יהא – יכולה להעניק תוקף לא פיקטיבי לנורמות אחרות? האם נורמה פיקטיבית הינה תקפה, או שמא המושג "תקפות" לא חל עליה כלל? הואיל ואיני מוצא תשובה משביעת רצון לשאלות אלה, דומני שהמושג "פיקטיביות" אינו יכול לפתור את בעיית הרגרסיה שהצגתי לעיל.

בעיה אחרת נוגעת באופן שבו אנגלרד דוחה את מה שהוא רואה כתשובות אחרות לשאלה שעל הפרק, כלומר שאלת "מקור התוקף של החוקים עצמם" (31). את התשובה של מסורת האמנה החברתית, שלפיה התשובה נעוצה באופן זה או אחר בהסכמת האזרחים, אנגלרד דוחה, כאמור לעיל, על-סמך הטענה שהסכמה זו היא בגדר עובדה, ולכן לא ניתן לבסס עליה

נורמה. אבל מי שמבסס את הסמכות הפוליטית על הסכמת הנתינים אינו מבסס אותה רק על הסכמה זו, אלא גם על ההנחה המוסרית שלפיה מה שאדם התחייב לו מרצונו החופשי מחייב אותו. באופן דומה, מי שמבסס את הסמכות הפוליטית על רצון האל, מתבסס לא רק על רצון זה, אלא גם על ההנחה הנורמטיבית שראוי לעשות רצון שמים. כך גם בדוגמות האחרות שאנגלרד מזכיר; לא ניתן לדחות אותן על הסף רק מפני שהן כוללות, בין השאר, טענות עובדתיות. לפחות במבט ראשון טיעונים אלה נשמעים משכנעים הרבה יותר מהרעיון של הנורמה הבסיסית כתשובה לשאלה בדבר מקור התוקף של החוקים.

יתר-על-כן, לא ברור לגמרי מהי התשובה שמוצעת לשאלה הנידונה באמצעות המושג "נורמה בסיסית". לשם כך עלינו לומר מילה על המושג "תקפות" שאנגלרד חוזר ומשתמש בו בעקבות קלזן. אמירה שחוק כלשהו "תקף" פירושה שהחוק "מחייב", ופירושה הוא שמי שהחוק מופנה כלפיו חייב לציית לו. כך עולה גם מהשקילות שאנגלרד מניח בין המושג "תקפות" למושג "סמכות". בדיוט בדוגמה של דרישת המרצה מהתלמיד להפסיק לפטפט בשיעור, אנגלרד אומר שהשאלה שעל הפרק היא אם לדרישה זו יש "כוח נורמטיבי" (12), שכמוה כשאלה אם הדרישה "מחייבת את התלמיד", או השאלה "אם הייתה למורה הסמכות ליצור בעבור התלמיד נורמה, כלל התנהגות". והנה, השאלה אם יש לפלוגי סמכות לצוות על אלמוני אינה אלא השאלה אם מוטלת על אלמוני חובה לציית לפלוגי, שהרי סמכותו של פלוגי לצוות שקולה כנגד הזכות שיציית לו. יוצא שהשאלה שאנגלרד חוזר ומעלה לגבי "התוקף הנורמטיבי" של המערכת המשפטית, או "מקור התוקף" של המערכת הזאת, שקולה כנגד השאלה מהו בסיס החובה לציית לדרישותיה של מערכת זו, או, במילים פשוטות: מניין שחובה לציית לחוק?

כפי שהראה רז, קרבה זו בין המושג "תקפות" לבין המושג "ציות" מופיעה באופן ברור למדי אצל קלזן עצמו. קלזן אומר: "A norm referring to the behavior of a human being is 'valid' means that it is binding – that an individual ought to behave in the manner determined by the norm". ובמקום אחר: "By 'validity', the binding force of the law – the idea that it ought to be obeyed by the people whose

HANS KELSEN, THE PURE THEORY OF LAW 193 (translated by Max Knight, 1967) 5



בסיס לתבוע ציות מנתיניו.<sup>8</sup>

#### ד. הנורמה הבסיסית ואחדות המערכת המשפטית

עד כאן באשר לתפקידה המיועד של הנורמה הבסיסית בהסברת התוקף המחייב של המשפט. בעקבות קלזן, אנגלרד טוען שיש לנורמה הבסיסית תפקיד נוסף, והוא יצירת אחדותה של המערכת המשפטית. הנורמה הבסיסית, הוא אומר, "מהווה את היסוד המאחד של המערכת, כלומר הגורם המביא לאחדותה. אם נרצה לזהות מערכת מסוימת, הזיהוי ייעשה באמצעות הנורמה הבסיסית" (38-39). למשל, בהקשר הישראלי, הנורמה הבסיסית "יש לציית לחוקי הכנסת" גוררת שכל מה שנגזר מחוקי הכנסת, ורק מה שנגזר מהם, הוא חלק ממערכת המשפט הישראלית. באופן זה ניתן להבחין בבירור בין מערכת משפט אחת לאחרות, כמו גם בין מערכת המשפט לבין מערכות נורמטיביות אחרות, בעיקר המוסר והדת. נורמות מוסריות או דתיות, וכן נורמות המצויות במערכות משפט אחרות, מחייבות מבחינת המשפט הישראלי רק אם העניק להן המחוקק הישראלי תוקף במפורש, אחרת הן שייכות למערכות נורמטיביות אחרות.

אבקש לטעון שגם תפקיד זה של הנורמה הבסיסית הינו בעייתי. הזכרתי לעיל את המצב של חילופי שלטון מהפכניים שאנגלרד מביא כדי להדגים את חשיבות המושג "הנורמה הבסיסית" להבנת נבדלותן של מערכות משפטיות הוהות בתוכן הנורמות שלהן. סיפור אחר על חילופי שלטון מביא רז, הפעם כדוגמת-נגד למושג הנידון. לפי רז, המושג "הנורמה

8 במאמרי הנ"ל אני מראה שמקצת השופטים בבית המשפט העליון מנסים להחזיק, מצד אחד, בסוג של סובייקטיביזם מוסרי, ומצד אחר בסוג של אובייקטיביזם משפטי. ראו במיוחד דברי השופט זמיר בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 786 (1996), הטוען כי "במשפט, לכל הפחות, יש כללים קודמים, ואף אם לעתים הם מעורפלים וגמישים, יש בהם מידה רבה של אובייקטיביות. הצדק, לעומת זאת, הוא שדה פרוץ, שכל אחד הולך בו בכיוון שנראה לו, בעיניים סובייקטיביות, ללא סימני דרך וללא תמרורים". בשל ההשפעה הבלתי-נמנעת של הצדק על המשפט, אני סבור - באופן דומה לאמור בטקסט - כי אילו אכן היה הצדק שדה פרוץ, הוא היה "מדביק" בפריצות זו גם את המשפט.

"behavior it regulates is understood".<sup>6</sup>

לאור כל זאת ברור ביתר שאת מדוע הנורמה הבסיסית אינה מספקת מענה משביע רצון לשאלת התוקף של המערכת המשפטית. השאלה מהו התוקף של חוקי הכנסת כמוה כשאלה מדוע חובה לציית להם. התשובה לשאלה זו נעוצה לפי אנגלרד בנורמה הבסיסית של המשפט הישראלי, דהיינו בנורמה שקובעת כי "יש להתנהג בהתאם לחוקים שקבעה הכנסת". אבל נורמה זו אינה יכולה להיות התשובה לשאלה הנ"ל, שהרי זו בדיוק הייתה השאלה: מדוע יש להתנהג בהתאם לחוקים שקבעה הכנסת, כלומר מה מקור החובה לציית להם? אם הכוונה בביטוי "מקור התוקף של המשפט" לטעמים שבגינם חובה להישמע להוראות הנובעות מהמשפט, אזי הנורמה הבסיסית אינה מקדמת אותנו אפילו צעד אחד בהבנת "תוקפו הנורמטיבי של החוק".

הטענה שהנורמה הבסיסית היא שמספקת תשובה לשאלת תוקפו של המשפט, ולא שיקולים מוסריים, קשורה אצל אנגלרד לתפיסה שקיים "ניתוק בין המשפט והמוסר" (41), ותפיסה זו קשורה לגישה הספקנית שלו (כמו של קלזן) לגבי המוסר. לדעת אנגלרד, כל הנסיונות "למלא את מושג הצדק תוכן מהותי" נכשלו (43), וכך גם באשר לנסיונות "לבטא את רעיון הצדק במושגים ערכיים" (שם). מסקנתו היא "כי אין למצוא נוסחה כללית ואחידה, בעלת תוכן מהותי, אשר בכוחה לפתור את שאלת הצדק" (45). גישה רלטיביסטית זו לגבי הצדק מספקת חלק מן ההניעה הפילוסופית לדחות על הסף את התשובות המוסריות-המדיניות הרווחות לטובת הסמכות הפוליטית ולהצבת הנורמה הבסיסית במקומן, שכן, לשיטתו, טיעונים מוסריים אינם אמינים ואינם בעלי אופי אובייקטיבי.<sup>7</sup> איני רוצה לדון כאן בגישה הרלטיביסטית של אנגלרד או של קלזן. אומר רק שאם ביקורתי לעיל על תפקיד הנורמה הבסיסית בביסוס תוקף המשפט נכונה, אזי אם שיקולים מוסריים אכן אינם אמינים, אין עוד דרך אחרת לבסס את כוחו המחייב של המשפט, והוא נותר "תלוי באוויר", בלא כל

6 Hans Kelsen, *What is Justice?: Justice, Law and the Politics in the Mirror of Science* (1971) 257.

7 במקום אחר הראיתי איך חלק גדול משופטי בית המשפט העליון נוקטים עמדות ספקניות לגבי הצדק ורואים אותו כ"שדה פרוץ". ראו מאמרי: דני סטטמן "הצדק כשדה פרוץ; מעמד המוסריות בעיני בית המשפט העליון" מחקרי משפט יט 171 (2003).



לנורמות משפטיות מאיימת על הרעיון של הנורמה הבסיסית כמבטיחה אחדות למשפט באופן דומה לאיום שהצבעתי עליו בדוגמה הדמיונית על חוקי המערכת הביטחונית. תגובת אנגלרד על תופעה זו, במיוחד על התופעה של מנהג המבטל דין (*desuetudo*), היא שתוכנה של הנורמה הבסיסית יהיה אז "יש לנהוג על-פי חוקי הכנסת וכן [ההדגשה במקור] על-פי המנהגים" (124). אבל אם כך, דהיינו אם הנורמה הבסיסית עשויה להיות קוניונקציה כזאת, מה תהיה אמת המידה שבעזרתה נוכל לזהות אילו רכיבים שייכים לקוניונקציה ואילו לא? כיצד נדע שהקוניונקציה כוללת רק את חוקי הכנסת והמנהגים, ולא גם את חוקיה הדמיוניים של המערכת הביטחונית לעיל, או את החוקים הפחות דמיוניים של קבוצות דתיות שונות, חלקים מהמשפט הבינלאומי, וכך הלאה?

הקשיים המעיקים הללו קשורים באופי ה"פיקטיבי" או ה"היפותטי" של הנורמה הבסיסית. אילו הייתה הנורמה הבסיסית בגדר חוק "ממשי", הקובע, למשל, שחוקי הכנסת הם הנורמה העליונה במשפט הישראלי, אזי יוכלו לדעת בבירור שלשום מקור נורמטיבי אחר אין תוקף משפטי. אבל, ראשית, אנגלרד רוצה להותיר למקורות אחרים, כגון מנהגים, מקום להנחיית ההתנהגות, ואפילו להתחרות עם חוקי הכנסת. שנית, וחשוב יותר, חוק כזה היה אז חלק מהמערכת, ולא היה עונה על הצורך לבסס את תוקפה של המערכת המשפטית כולה. אלא שהתוצאה היא נורמה פיקטיבית, חסרת תוכן, שהדרך היחידה לדעת מה היא מורה היא לדעת מה כבר כלול במערכת משפט נתונה. אם אני יודע שבמשפט הישראלי יש מעמד מחייב גם לחוקי הכנסת וגם למנהג, ואם אני יודע שאלה המקורות היחידים שיוצרים חיובים, אזי יכול לנסח את הנורמה הבסיסית של המשפט הישראלי בדמות הקוניונקציה שנזכרה לעיל, כלומר "יש לנהוג על-פי חוקי הכנסת וכן [ההדגשה במקור] על-פי המנהגים". אבל אם אני יודע זאת, אין המושג "נורמה בסיסית" יכול לסייע לי לגלותה.

סיכומו של דבר, דוקטרינת הנורמה הבסיסית, שעומדת במרכז הבנתו של אנגלרד את המשפט, ניצבת לפני קשיים ניכרים, המחייבים, לעניות דעתי, או לנטוש כליל את הדוקטרינה או להכניס בה שינויים מרחיקי-לכת. למסקנה זו הגיע גם קלסמיגליה במאמרו שצוין לעיל. אחרי שהוא סוקר את הקשיים העיקריים בדוקטרינה הנ"ל, הוא אומר: "It is impossible to defend, today, the theory of the basic norm"<sup>10</sup>.

10 Calsamiglia, לעיל ה"ש 3, בעמ' 212.

הבסיסית" עשוי לאלץ אותנו להתייחס למערכות משפט נבדלות כאילו השתייכו למערכת משפטית אחת. נניח, הוא אומר, שלמדינה מסוימת A יש מושבה (קולוניה) B הנשלטת על-ידי אותה מערכת משפטית כמו A. עתה נניח שמדינה A מעניקה למושבה B עצמאות באמצעות חוק המקנה כוח חקיקתי בלתי-מוגבל לנציגות שתיבחר על-ידי תושבי מושבה B לחוקק בעבור המושבה העצמאית. בהתאם לכך נערכות בחירות במושבה, והנף הנבחר מחוקק חוקה וחוקים. הממשלה, בתי המשפט והתושבים של B רואים עצמם כמדינה עצמאית עם מערכת משפט משלה, וככזו הם מופרים על-ידי יתר המדינות, ובכללן מדינה A. המחוקקים והשופטים ב-B מתייחסים לחוקה ולחוקים של מדינה A כאל מערכת משפטית נבדלת משלהם. והנה, למרות כל זאת, רעיון הנורמה הבסיסית גורס שהחוקה והחוקים של B הם חלק מהמערכת המשפטית של A, שכן החוקה והחוקים של B מקורם בחוק מסמך של A, ולכן הם שייכים לאותה מערכת משפטית, וזה אבסורד.<sup>9</sup>

בדוגמה זו הנורמה הבסיסית נכשלת אפוא בזיהוי המערכות המשפטיות הקיימות. אולם בעיית הזיהוי עמוקה יותר. נניח שהייתה נוסדת במדינת ישראל מערכת חקיקה ושפיטה נוספת על הכנסת ובתי המשפט, וזאת בלא הסמכה של הכנסת. למשל, נניח שכוחות הביטחון היו מחליטים שבעיות הביטחון אינן מקבלות מענה במצב החקיקתי הקיים, ולכן הם היו מקימים מעין פרלמנט משלהם, מחוקקים חוקים ודואגים ליישומם. נניח גם שהציבור היה מקבל זאת. האם לפנינו שתי מערכות משפט שונות, או מערכת אחת? בעיני הציבור שתי המערכות יחד מרכיבות את "המשפט הישראלי", אף כי בסיפור הדמיוני שסיפרתי הן מערכות נבדלות לכאורה. האם המושג "הנורמה הבסיסית" יכול לסייע לפתור את התעלומה? חוששני שלא שהרי זו בדיוק השאלה: מהי הנורמה הבסיסית במקרה הנידון? אם הנורמה היא "יש לציית לחוקי הכנסת", אזי חוקי המערכת הביטחונית אינם חלק מהמשפט הישראלי. אבל למה שלא נאמר שהנורמה היא "יש לציית לחוקי המערכת הביטחונית"? או, מה שסביר הרבה יותר, למה לא נאמר שהנורמה הבסיסית היא קוניונקציה של שתי המערכות, דהיינו: "יש לציית לחוקי הכנסת וגם לחוקי המערכת הביטחונית"? הרעיון של נורמה בסיסית שכוללת קוניונקציה מופיע אצל אנגלרד עצמו בדיונו במעמד המנהג במשפט. התופעה של מנהג כמקור עצמאי

9 Joseph Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, in *The Authority of Law* 127-128 (1979).



## ה. הנורמה הבסיסית ותפיסת הדת של אנגלרד

השאלה שאני מבקש להעלות לסיום היא מדוע אם־כן אנגלרד ממשיך להחזיק בתפיסה זו למרות הקשיים הניכרים שיש בה. בהשערה שאציע כתשובה לכך ברצוני לקשר – כפי שרמזתי בפתח דברי – בין אנגלרד לבין מנחם אלון, שאף הוא מחזיק בתאוריה של קלזן. ברצוני לטעון שכוח המשיכה של קלזן לגבי אנגלרד ולגבי אלון אינה נובעת רק מתרומתו של קלזן להבנת המשפט באופן כללי, אלא מתרומתו – בהתאם להבנתם של שני אישים אלה – להבנת המשפט הדתי, ליתר דיוק, להבנת טבעם של החיים הדתיים בעולם המודרני.

במאמר שכתבתי לאחרונה אני מנסה להראות כיצד תפיסתו של ליבוביץ את משמעות הקיום הדתי בעולם חילוני־מודרני מבטאת את רוח־הזמן של האורתודוקסיה של סוף המאה העשרים ותחילת המאה העשרים ואחת, לפחות זו המכונה אורתודוקסיה־מודרנית.<sup>12</sup> מה שמאפיין רוח זו באופן בולט הוא מידור: הדת שוכנת במגרה משלה, נפרדת מהמדע, נפרדת מהמוסר, נפרדת מהפוליטיקה, ונפרדות זו מגינה עליה מהמתרחש במגרות האחרות. בזכות המידור הזה שומר ההלכה המודרני יכול להיות שותף מלא בקהילייה המדעית ושותף מלא בחיים הפוליטיים בלא לחוש במתח בין הדתיות שלו לבין פעילותו בתחומי חיים אלה. הוא מקבל עליו את צו האל ואת המערכת השלמה של חיים דתיים לא משום שהדבר תואם את המוסר או מקדם תכלית מוסרית, לא משום שהדבר מתאים לאיזו אידאולוגיה פוליטית ולא משום שכך מתבקש מתפיסת־עולם מדעית או רציונלית; הוא עושה זאת כביטוי לעבודת אלוהים. מדובר בהכרעה ערכית יסודית, שכמו כל הכרעה ערכית, אינה ניתנת לביסוס רציונלי.

התזה שאני מבקש להציע היא שפרשנותם של אנגלרד ואלון לקלזן מספקת, מבלי משים, מעין בסיס יוריספרודנטי לתפיסה הפילוסופית־הדתית הנ"ל. הזכרתי שני

מאפיינים מרכזיים של תפיסה דתית זו: הנפרדות או הסגירות של המערכת הדתית וטבעה של ההכרעה לציית לה. אשר למאפיין הראשון, ראינו שתפקיד הנורמה הבסיסית הוא לבסס את אחדות המערכת המשפטית. היא מסייעת לראות ש"כל מערכת נורמטיבית היא סגורה כלפי העולם הנורמטיבי החיצוני" (39). אם מבינים את ההלכה מבעד לפריזמה של המושג "הנורמה הבסיסית", התוצאה היא שהמערכת ההלכתית סגורה גם היא באופן זה, וממילא מוגנת מפני איומים רבים ומגוונים מחוץ לה. אשר למאפיין השני, כלומר טבעה של ההכרעה לציית למערכת, הנורמה הבסיסית לפי אנגלרד אינה מבוססת על התבונה או על תפיסה כלשהי של העולם, אלא היא מין אקסיומה. אם מחילים דברים אלה על החיים הדתיים, התוצאה היא שההכרעה לקיים תורה ומצוות אינה עניין להכרה שכלית ואינה נובעת מהבנה מסוימת של העולם, אלא היא סוג של אקסיומה, הכרעה ראשונית שאין אפשרות להצדיקה או לדחותה. בלשונו של אלון, כאשר שואלים על תוקפה של הנורמה שכל האמור בתורה שבכתב מחייב את מערכת המשפט העברי, "אנו יוצאים מתחום עולם המושגים של תורת המשפט ועוברים לתחום עולם האמונה".<sup>13</sup> כיוצא בזה, אנגלרד אומר ששמירת מצוות היא "עניין של הכרעה אישית". מי שמקבל על עצמו עול מצוות, הוא מוסיף, "מקבל על עצמו מערכת נורמטיבית סגורה שאינה דורשת, ולרוב אף אינה מתירה, הכרעה מוסרית נוספת, אישית ועצמאית" (27).

ההשערה שאני מציע היא אפוא שאנגלרד ואלון, שניהם מייצגים נאמנים של האורתודוקסיה המודרנית בת־זמננו, פירשו את עולמם הדתי לעצמם באותה דרך המקובלת אצל רבים בקרב חברי הקבוצה הזאת, דהיינו בדרך של מידור. כמשפטיים הם מצאו את התאוריה של קלזן מתאימה ביותר להסביר מידור כזה, ולכן נמשכו אליה ואימצו אותה לא רק כדי להסביר את המשפט העברי, אלא כדי להסביר את המשפט באופן כללי. המשיכה לקלזן (וסלמונד<sup>14</sup>) קשורה לנטייה הפוזיטיביסטית הכללית של חוקרי המשפט העברי, שנותחה לאחרונה באופן

11 D. Statman, *Negative Theology and the Meaning of the Commandments in Modern Orthodoxy*, 39 TRADITION 55 (2005). לגרסה שונה במקצת בעברית, ראו: "ליבוביץ: מהפכן או דובר של רוח הזמן?", בתוך אבי רביצקי (עורך), *ישעיהו ליבוביץ: בין שמרנות לרדיקליות* (2007) 435-421.

12 מנחם אלון *המשפט העברי תולדותיו מקורותיו ועקרונותיו* חלק א 207 (מהדורה שלישית מורחבת ומתוקנת, תשמ"ח).

13 אלון, שם, בעמ' 204, מתייחס בנוף הטקסט לסלמונד, אך מעיר שסלמונד עצמו משווה בין המונח שלו "ultimate legal principle" לבין המונח "grund-norm" של קלזן.



משכנע על-ידי יאיר לורברבוים.<sup>14</sup> נטייה זו עולה יפה עם הרצון לבסס את סגירותה של המערכת ההלכתית ואת חוסר התלות המוחלט שלה בשיקולים מוסריים, פוליטיים או מדעיים, שנתפסים כשוכנים מחוץ לה. אמור אפוא: תפיסה קלוניאנית של המשפט תואמת ומעודדת תפיסה ליבוביציאנית של היהדות וההלכה.

השערה זו אינה נוגעת במוקד העיקרי של הפרק, שהוא ביקורת על המושג "הנורמה הבסיסית" כפי שאנגלרד מבינו ועל התפקיד המיועד למושג זה בהבנת המערכת המשפטית. אין מנוס מלהכיר בכך שהמושג הנידון מרבה מבוכה וערפל בתאוריה המשפטית במקום להחדיר בה אור ובהירות. מוטב לוותר עליו, ולאמץ גישה אחרת להבנת טבעו של המשפט ולהבנת היחס בינו לבין המוסר והדת.

## דת ומדינה