

המחוקק הכל-יכול? על הגבולות הקונספטואליים של החקיקה

עמרי בן-צבי ויניב רוזנאי*

המאמר יוצא נגד מוסכמה רווחת בקרב משפטנים בישראל ובעולם, שלפיה המחוקק הוא בלתי מוגבל באופן עקרוני ביכולתו לשנות את הספרה הנורמטיבית. כלומר, המגבלות היחידות שמוטלות על המחוקק הן קונטינגנטיות באופיין, כגון מגבלות פוליטיות, חוקתיות ומגבלות שנובעות מהדין הבין-לאומי. לפי התפיסה הזו, מבחינה מושגית טהורה (שמתעלמת ממגבלות זמניות הנוגעות למחוקק כזה או אחר), המחוקק תמיד יכול, באמצעות הפעלת רצונו הפוליטי, לייצר נורמה משפטית חדשה בתוך "עולם הנורמות", בלי הגבלה על תוכנה של אותה הנורמה. המאמר מבקש לאתגר את התזה הזו ולהציע לה חלופה שהיא יותר בת-הגנה מבחינה פילוסופית. המאמר מראה כי הרעיון שהמחוקק יכול ליצור בלא הגבלה במישור הנורמטיבי מתבסס על הבנה פשטנית מדי של ההבחנה בין הרצוי למצוי, הבנה אשר מניחה "הפרדה הרמטית" בין מה שקיים לבין מה שראוי שיתקיים. המאמר משתמש בכתיבה עדכנית מתחום הפילוסופיה של המשפט כדי להראות שקשרי הגומלין שבין המצוי לרצוי מאפשרים יצירה של נורמה חדשה רק אם אותה הנורמה עומדת בקשר מסוים מאוד – קשר של קונקרטיזציה – עם נורמות אחרות, שתוקפן עומד להן במנותק מהמשפט. התוצאה היא תאוריה שלפיה יכולתו של המחוקק לשנות את מצב הדברים בספרה הנורמטיבית היא טפילית על נורמות קיימות. על פי עמדה זו, כוחו של המחוקק הוא אומנם גדול מאוד, אבל לא בלתי מוגבל. המאמר מדגים מקרים שונים של חוסר יכולת מושגית של המחוקק ליצור נורמה חדשה בתוך "עולם הנורמות".

הקדמה. א. המשגת המחוקק הכל-יכול. ב. הפרלמנט יכול לעשות הכל לבד מהפיכת אישה לגבר וגבר לאישה? 1. ההיסטוריה של תפיסת המחוקק הכל-יכול; 2. המחוקק הכל-יכול בישראל. ג. גבולות היכולת הקונספטואלית של המחוקק; 1. ההבחנה החדה (מדי) בין הרצוי למצוי; 2. כיצד חקיקה משפיעה על עולם הנורמות?; 3. המחוקק כמוסד מוגבל מבחינה נורמטיבית. סיכום.

* ד"ר עמרי בן-צבי הוא מרצה מן החוג בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. ד"ר יניב רוזנאי הוא מרצה בכיר בבית הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אנחנו מבקשים להודות לאלון הראל, לגיא לוריא, לנדיב מרדכי, לשחר פרידמן ולאולגה פרישמין על הערות מצוינות לגרסאות קודמות של המאמר. מאמר זה הוצג בכנס "מחוקק כל יכול? על מגבלות המחוקק וגבולות החקיקה" שהתקיים ביום 28 במאי 2017 במרכז הבינתחומי הרצליה. אנו מודים למשתתפי הכנס. כל האמור משקף את דעת הכותבים בלבד.

הקדמה

ישנה מסורת חשובה וארוכת שנים בחשיבה המערבית אשר מבחינה בין המצוי לבין הרצוי וטוענת כי בעוד שבני אדם מוגבלים מאוד על ידי היבטים שונים של המציאות – מפאת היותנו חלק מהסדר הסיבתי, בעלי גוף פיזי שנחלש ומתכלה, נתונים לחסדי הטבע ולשרירות המקרה, וכו' – הרי שבמישור הנורמטיבי אנו חופשיים לחלוטין לקבוע כיצד ראוי לנהוג. עמנואל קאנט, לדוגמה, סיכם את ביקורת התבונה המעשית בצירוף תמונה של האדם כיצור שהוא חלש וכול-יכול בו-זמנית. בראותו את השמיים מלאי הכוכבים הרגיש קאנט את אפסיות הקיום הפיזי שלו ביקום הרחב:

The first sight, of a countless multitude of worlds, annihilates, as it were, my importance as an animal creature that, after having for a short time been provided (one knows not how) with vital force, must give back again to the planet (a mere dot in the universe) the matter from which it came.¹

לעומת זאת החוויה שלו את העולם הנורמטיבי היא שונה לגמרי. קאנט סבר כי בספרה הנורמטיבית האדם הוא המחוקק, ובמובן חשוב הוא בלתי מוגבל:

The second sight, on the contrary, elevates infinitely my worth as that of an intelligence by my personality, in which the moral law reveals to me a life independent of animality and even of the entire world of sense, at least as far as can be gleaned from the purposive determination of my existence by this law, a determination that is not restricted to conditions and boundaries of this life but proceeds to infinity.²

על פי קאנט אנו מתאפיינים אפוא בהיותנו יצורים קטנים וחסרי כוח במציאות, אך מחוקקים אוטונומיים ב"ממלכת התכליות" הנורמטיבית.³ אמונה זו בהפרדה בין התיאורי לנורמטיבי ובכוחו הבלתי מוגבל של האדם במישור הנורמטיבי – מצאה את דרכה גם אל תאוריות פוליטיות של המדינה וכוחו של הריבון. כאן, היכולת ליצירה נורמטיבית בלתי מוגבלת עברה להיות מתוארת כיצירה נורמטיבית משפטית. הובס, למשל, סבר שבמסגרת מדינתית הריבון הוא היחיד שאינו מוותר על יכולת השיפוט האבסולוטית שלו, שקיימת לכולם במצב הטבע. על כן, ובהיותו זה שמוציא את בני האדם ממצב הטבע אל מצב חברתי מוסדר יותר, הריבון הוא הסוכן היחיד שמסוגל לקבוע בלא מגבלות מה ראוי שייעשה (במילותיו, "לא יכולה להיות הפרת ברית מצד

1. IMMANUEL KANT, CRITIQUE OF PRACTICAL REASON 203 (Werner S. Pluhar trans., 2002)

2. שם, שם.

3. להרחבה ראו אלן ווד עמנואל קאנט פרק 7 (דבי אילון מתרגמת, 2006); CHRISTINE M. KORSGAARD, CREATING THE KINGDOM OF ENDS ch. 4 (1996).

הריבון").⁴ גם בנת'הם תפס את הריבון כמקור של הנורמות הפוליטיות בנות-התוקף במדינה, וטען שהריבון יכול, בצורה עקרונית, להורות על כל נורמה שהוא רואה לנכון.⁵ אוסטיין השתמש ברעיון של הכוח הבלתי מוגבל של הריבון כדי להגדיר מהו משפט. הוראה משפטית על פי אוסטיין היא נורמה – כל נורמה – שמוצאה בריבון ובצידה איום על שימוש בכוח.⁶ גם חלק מהתאוריות המודרניות יותר של המשפט מניחות במובלע את היכולת הבלתי מוגבלת ליצירה נורמטיבית בספרה המשפטית. לדוגמה, הפוזיטיביזם של הארט מבוסס על ההבחנה בין הקיים לבין הרצוי ומניח שנורמה משפטית מחייבת היא כל נורמה אשר עוברת תהליך חברתי מסוים (במונחי התאוריה, כל נורמה שעומדת ב"כלל ההכרה", ה־rule of recognition). מה שנדרש על מנת ליצור כלל משפטי חדש שיהווה תוספת לעולם הנורמטיבי הוא רק תהליך מסוים, שנקבע חברתית, ושאינו לו תוכן סובסטיבי הכרחי כלשהו. משנורמה מוכרת על ידי כלל ההכרה – נוצר שינוי בעולם הנורמטיבי.⁷ אין זה מפתיע אפוא שניתן למצוא גם במשפט עצמו תמיכה לתזה שלפיה המחוקק הוא "כל-יכול", כלומר שבמישור הנורמטיבי כוחו איננו מוגבל מבחינה סובסטיבית,⁸ והוא יכול ליצור נורמות כאוות נפשו. לדוגמה, בפסק הדין בעניין עזוז פסק השופט ברנזון כי "נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה".⁹

ברשימה זו אנו מבקשים לאתגר את התזה שלפיה המחוקק הוא כל-יכול, ולהציע עמדה חלופית שהיא סבירה יותר לדעתנו (גם אם היא עדיין שלדית וראשונית בלבד). לטענתנו, אף שמדובר בנושא בעל חשיבות רבה הן כעניין תאורטי-פילוסופי והן במישור המשפט הציבורי, הוא איננו מפותח די הצורך בספרות הפילוסופית: למרות שקיימים דיונים פוליטיים ומוסריים רבים הנוגעים בנושא זה בעקיפין, הדיון הקונספטואלי חסר יחסית, וניתן לפתח אותו פיתוח ממוקד יותר, כפי שאנו מציעים לעשות כאן. המאמר מבקש להוסיף נדבך זה לספרות הפילוסופית הקיימת, ובהקשר זה מדובר בתחילתו של שיח: אנחנו מזמינים תאוריות מתחרות וחושבים שראוי להתמודד עם הרעיון שהמחוקק, כמחוקק, מוגבל מבחינה קונספטואלית. המאמר מראה כי הרעיון שהמחוקק יכול ליצור בלא הגבלה במישור הנורמטיבי מתבסס על הבנה פשטנית מדי של ההבחנה בין הרצוי למצוי, הבנה אשר מניחה "הפרדה הרמטית" בין מה שקיים לבין מה שראוי שיתקיים. רק הרעיון שהמציאות נפרדת לגמרי מהמישור הנורמטיבי יכולה לבסס כוח בלתי מוגבל בספרה הנורמטיבית, שכן כולם מסכימים שבמישור התיאורי

4 ראו תומס הובס לויטן: או החומר, הצורה והכוח של מדינה כנסייתית ומדינתית 122 (אהרן אמיר מתרגם, 2009).

5 ראו JEREMY BENTHAM, AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION (J.H. Burns & H.L.A. Hart eds., 1982). יש לכך יוצא דופן אחד מרכזי. ראו להלן בצמוד לה"ש 24.

6 ראו JOHN AUSTIN, THE PROVIDENCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED (1832).

7 ראו H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW (3rd ed. 2012).

8 גם על פי התזה הזו כמובן יכולות להיות מגבלות פרוצדורליות.

9 ע"א 228/63 עזוז נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963).

האדם מוגבל מאוד, בכל מיני היבטים. כשהפרדה ההרמטית מתערערת, רעיון "המחוקק הכל-יכול" קורס אף הוא. במקום הפרדה מוחלטת, אנו נבקש לצייר תמונה מורכבת יותר של קשרי גומלין בין המצוי לרצוי. בצורה ספציפית יותר, המאמר ישתמש בכתיבה עדכנית מתחום הפילוסופיה של המשפט כדי להראות שקשרי הגומלין שבין המצוי לרצוי מאפשרים יצירת נורמה חדשה רק במידה שאותה הנורמה עומדת בקשר מאוד מסוים – קשר של קונקרטיזציה – לנורמות אחרות, שתוקפן עומד להן במנותק מהמשפט. לדוגמה, חובות מוסריות בסיסיות שקיומן עצמאי, כגון האיסור על פגיעה באחרים ללא הצדקה, או טעמים של תועלת עצמית (prudential reasons).

במילים אחרות, פשוטות יותר: יכולתו של המחוקק לחולל שינוי בספרה הנורמטיבית היא טפילה על גבן של נורמות קיימות. המחוקק יצליח לבצע שינוי בעולם הנורמטיבי רק אם הוא יצליח לבצע קונקרטיזציה של נורמות הקיימות במנותק מהפעילות שלו. על כן המחוקק איננו יוצר נורמות *ex nihilo*, יש מאין, אלא בדרך של הפיכת נורמות אחרות לקונקרטיות ורלוונטיות יותר במקרים נתונים. יש הרבה דרכים לייצר קונקרטיזציה שכזו, והן כולן עוברות במציאות עצמה (דהיינו פעולות במציאות שמשפיעות על עולם הנורמות). אבל התשובה לשאלה אם המחוקק יצליח לבצע קונקרטיזציה כזו היא קונטינגנטית, ועל כן יכולתו של המחוקק היא רחבה מאוד – אך לא בלתי מוגבלת.

היחס של קונקרטיזציה בין המחוקק לנורמה, הוא שונה מהיחס של יצירת הנורמה יש מאין, אבל הוא גם שונה ממצב שבו המחוקק חסר כל יחס לאותה הנורמה. קונקרטיזציה משמעותה שהמחוקק "מקבל" כקלט נורמה כללית מסוימת, שהיא ברמת הפשטה גבוהה (לדוגמה להימנע מנוק לאחרים, לסייע לאדם במקרה חירום וכד'). נקרא לנורמה זו X. המחוקק מבצע פעולה כלשהי על X – הוא מוריד אותה לרמת הפשטה נמוכה יותר, מספק לה פרטים, מוסיף לה תנאי הפעלה מסוימים יותר, מסביר כי היא חלה בנסיבות מסוימות וכד'. התוצאה היא נורמה Y, שהיא מקרה פרטי של X, או ביטוי של X ברמת הפשטה נמוכה יותר (לדוגמה "סע בצד הימני של הכביש" היא קונקרטיזציה של הנורמה הכללית "פעל בשיתוף פעולה עם אחרים על מנת למנוע נזק").

ברור לנו שניסוח זה יכול להיראות מעט עמום, ואכן יתר המאמר מוקדש לביאור התזה שלנו ולהסבר על המסגרת התאורטית שמאפשרת ומסבירה אותה. המסקנה שלנו היא שלמחוקק יש כוח נורמטיבי גדול, אך מוגבל, ויכולתו להביא אל העולם נורמה חדשה תלויה במידה רבה במצוי.

מהלך הטיעון הוא כדלקמן: פרק א ממפה את סוגי הטיעונים האפשריים שאפשר להעלות בנוגע ליכולות הנורמטיביות של המחוקק ומסביר בדיוק באילו שאלות אנו מבקשים לטפל. בפרק ב נעבור לתיאור היסטורי כללי של הרעיון על אודות הכוח הבלתי מוגבל של המחוקק. פרק ג מכיל גם את תיאור המצב בישראל, ומראה כי "המחוקק הכול-יכול" הוא תזה רווחת גם בהקשרנו. פרק ד מכיל את תמצית הטיעון שלנו נגד התפיסה של המחוקק הכל-יכול. בפרק זה נבאר את התשתית התאורטית שלנו ונחיל אותה על הסוגיה הנידונה. בסוף הדברים יבוא סיכום קצר.

א. המשגת המחוקק הכל-יכול

המונח "כל-יכול" הוא רב-משמעי, וניתן להבינו בצורות שונות. לכן, לפני שנעבור לדיון היסטורי ונורמטיבי, חשוב להסביר בדיוק איזו טענה היא מושא לביקורת שלנו. בהקשר זה אנחנו מציעים שלוש הבחנות.

ההבחנה הראשונה היא בין יכולת מחד לבין הצדקה, או לגיטימציה מאידך. ההבחנה הזו עוסקת בקשר שבין האפשרי לבין הראוי, ועיקרה ביכולת להבדיל בין (1) מעשים שהם אפשריים אך אינם ראויים לבין (2) מעשים שאינם אפשריים בכלל, ולכן אין טעם לשאול על אודות ההצדקה שלהם. כדוגמה למצב של יכולת וחוסר הצדקה, ניתן לחשוב על העובדה שלעיתים קרובות יש לנו יכולת פיזית להכות את האדם שיושב לידנו, אבל אין לנו הצדקה לעשות כן. ברמה המדינית, הגוף המחוקק יכול לרוב ליצור חקיקה שתהא בעלת תחולה רטרואקטיבית או פרסונלית, אך חקיקה כזו נתפסת במצבים רבים כלא מוצדקת.¹⁰ אך קיימים גם מקרים של חוסר יכולת, ובמצבים אלה שאלת ההצדקה הופכת לחשובה פחות. לדוגמה, לבני אדם אין יכולת פיזית לקרוא מחשבות. על כן עד שהמדע לא ישנה את תמונת-המצב בהקשר הזה, אין טעם פרקטי ממשי לבחון עד כמה יהיה מוצדק לקרוא את מחשבותיו של האחר (כלומר, זהו מצב של חוסר יכולת, ותמונת המצב בנוגע להצדקה איננה ברורה).

הבחנה זו חשובה לענייננו מכיוון שמאמר זה עוסק ביכולת, ולא בהצדקה. יש הרבה דרכים להעביר ביקורת נורמטיבית על דבר חקיקה: ניתן לטעון כי החקיקה איננה מוצדקת, לא נבונה, לא תביא לתוצאה המבוקשת, לא מוסרית בראייה כוללת וכו'. כל הטענות האלה הן מחוץ לגדרי הטיעון שלנו כאן. אנחנו עוסקים אך ורק ביכולתו של המחוקק לחולל שינוי בספרה הנורמטיבית.

ההבחנה השנייה ממקדת את מבטה במושג "יכולת", ומבדילה בין יכולת סיבתית ליכולת טכנית. במונח "יכולת סיבתית" אנו מתכוונים ליכולת להביא בצורה סיבתית לכך שנורמה חדשה תתווסף לעולם הנורמות, באמצעות חקיקת חוק חדש, תיקון חוק או בדרך אחרת. מה שחשוב ביכולת סיבתית הוא שהמחוקק הוא שגרם, סיבתית, להתווספותה של נורמה חדשה ומחייבת. בניגוד לכך, יכולת טכנית היא היכולת להביא לכך שדבר-מה יכונה חוק, תקנה וכו'. איננו מערערים על כך שבצורה עקרונית, לגופים מחוקקים רבים יש יכולת טכנית לגרום שאוסף מילים מסוים יופיע בסדר הנכון ברשומה המתעדת את החקיקה במדינה. במילים אחרות, הנייר סובל הכול, ואין מניעה טכנית שאוסף מילים כלשהו – אפילו יהא חסר היגיון – יופיע בתור דבר חקיקה. השאלה היא אם קיים קשר סיבתי בין העובדה שאוסף מילים הופיע ברשומות

10 ראו למשל חיים גנו "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579 (1991); יניב רוזנאי "רטרואקטיביות – יותר מאשר רק עניין של זמן!" מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" משפט ועסקים ט 395 (2008).

הרלוונטיות (עובדה במציאות)¹¹ לבין התווספותה של נורמה חדשה ומחייבת לעולם הנורמות (מצב נורמטיבי). אנו עוסקים אפוא ביכולת סיבתית ולא ביכולת טכנית, והאחרונה איננה חשובה במיוחד לענייננו.

לבסוף, ההבחנה השלישית מחדדת את סוג היכולת הסיבתית שאותה אנו מעוניינים לבחון. (א) הסוג הראשון של יכולת סיבתית, שאכן רלוונטי במיוחד לענייננו, ובו נתמקד, הוא יכולת קונספטואלית. לגוף חסרה יכולת קונספטואלית לבצע מעשה מסוים אם חוסר היכולת נובע מתכונות הכרחיות של אותו הגוף, ולא מתוך תנאים קונטינגנטיים. לדוגמה, לשני המחברים של מאמר זה אין, למרבה הצער, יכולת לרוץ מאה מטרים בפחות מעשר שניות. אולם כאן אין מדובר באי-יכולת קונספטואלית, מכיוון שאנו יודעים שבני אדם מסוגלים לרוץ בקצב כזה. בניגוד לכך, תאגיד אינו יכול להיחבל חבלה גופנית (אף שאפשר לדבר על תאגידים "פצועים" מטפורית), וכאן נראה שהסיבה היא קונספטואלית: כעניין שבהגדרה לתאגיד אין גוף פיזי כמו שיש לבני אדם, ועל כן חוסר היכולת של התאגיד להיחבל חבלה גופנית איננה קונטינגנטית אלא קשורה לתכונות הכרחיות של התאגיד כאישיות משפטית מסוג מיוחד.¹² מכך יוצא שלטענה כי תאגיד מסוים נחבל חבלה גופנית אנחנו נשיב כי מדובר בטעות קונספטואלית, שהרי איננו צריכים ללכת ולבדוק עובדות בעולם על התאגיד המדובר כדי לראות שמדובר בטעות.

ברמה הפוליטית, למחוקק בישראל כיום אין אפשרות לחוקק חוקים מסוימים, אף שהוא עוסק בחקיקה בתחומים רבים. אבל חוסר האפשרות הזו קשורה לרוב לגורמים אחרים רבים, שנפרטם למטה (גורמים פוליטיים, משפטיים וכו') ולא למגבלה קונספטואלית. רק במקרים מסוימים נטען שהמחוקק מוגבל קונספטואלית. לדוגמה, ניתן להעלות טיעון שהמחוקק הישראלי איננו מסוגל, כעניין קונספטואלי, לקבוע את חוקי התנועה שיהיו בתוקף בסין עבור אזרחים סינים. חוסר היכולת הזו איננו טכני – ניתן להכניס לרשומות הרלוונטיות בישראל אוסף של מילים שיתיימרו לחול על סין. כמו כן אין הטענה כי לא ראוי שהמחוקק יעשה כן, והשאלה גם איננה שאלה של אכיפה (ניתן לדמיין שמדינה תשלח כוחות צבאיים כדי לאכוף חוקים שהיא מחוקקת עבור מדינה אחרת). במקום זאת הטענה (שאיננו בהכרח תומכים בה) היא שהמחוקק בישראל אינו מסוגל, קונספטואלית, לקבוע הסדרים ראשיים מחייבים במדינות אחרות עבור אזרחי אותה המדינה הזרה. חוסר היכולת היא קונספטואלית משום שהיא קשורה לתכונות הכרחיות של הגוף המדובר – במקרה זה המחוקק הישראלי. מבלי להיכנס לעובי הקורה, הטענה בנוגע לחוסר יכולתו של פרלמנט במדינה אחת לחוקק עבור מדינה אחרת מסתמכת על ההנחה לכך שכוחו של המחוקק להביא ליצירתן של נורמות תקפות בדמוקרטיה נובע מהעם (אם בתאוריה של "אמנה חברתית" ואם בתיאוריות אחרות). מאחר שהיחידה החברתית שממנה

11 על חשיבות פרסומו של דבר חקיקה ברשומות, ראו יניב רוזנאי "חוק 'רוצה להיות חופשי': פרסום חקיקה בעידן האינטרנט" הפרקליט נב 235 (2013).

12 חשוב לציין שאנחנו משתמשים במונח "קונספטואלי" שימוש מעט רופף כדי לדבר על תכונות הכרחיות של עצמים. אין לנו כוונה להשתמש במונח שימוש טכני שמיוחד לספרות פילוסופית מסוימת.

נובעת הסמכות מוגבלת גאוגרפית, גם יכולתו של המחוקק מוגבלת בדומה לזה.¹³ על כן חסר הקשר המושגי שבין המחוקק בישראל לבין העם בסין שיאפשר למחוקק בישראל לחוקק עבור הסינים את חוקי התנועה שלהם.¹⁴ חוסר היכולת במקרה הזה נובע, על פי הטענה, מטבעו של המחוקק כגוף המצוי בזיקה חזקה אל העם ביחידה הגאוגרפית שעליה הוא חולש.¹⁵ חשוב להדגיש שאנו איננו עוסקים כאן בנושא שיכול להיראות קרוב, אך הוא למעשה שונה מבחינה אנליטית: חקיקה שדורשת מן האזרחים את הבלתי אפשרי (לדוגמה, חקיקה שקובעת שחובה על אזרחים לא לחשוב מחשבות מסוימות).¹⁶ ההבדל בין הנושאים קשור למושג הדיון: אנו מעוניינים לבחון פעילות שהמחוקק אינו מסוגל לעשות ולא פעילות שהמחוקק דורש אך האזרח אינו יכול לבצע. בתמצית, אכן אפשרי (מצד המחוקק) לדרוש את הבלתי אפשרי (מצד האזרח), במובן שדרישה כזו יכולה לייצר שינוי בעולם הנורמות. לעומת זאת יש מצבים שבהם

13 קלוד קליין "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריות הישראלית" **משפטים** ה' 308, 317–321 (התשל"ג). והשוו לפסק דינו של בית המשפט העליון בהודו בפרשת Civil Appeal No. 7796 of 1997, Gvk Inds. Ltd & Anr vs The Income Tax Officer & Anr (1 March 2011), <https://indiankanoon.org/doc/1608984/?type=print>. ראו שם, פס' 43–44 לפסק דינו של השופט B. Sudershan Reddy: "To legislate for a territory implies being responsible for the welfare of the people inhabiting that territory, deriving the powers to legislate from the same people, and acting in a capacity of trust. In that sense the Parliament belongs only to India; and its chief and sole responsibility is to act as the Parliament of India and of no other territory, nation or people. There are two related limitations that flow from this. The first one is with regard to the necessity, and the absolute base line condition, that all powers vested in any organ of the State, including Parliament, may only be exercised for the benefit of India. ... the second limitation... would be that an exercise of legislative powers by Parliament with regard to extra-territorial aspects or causes that do not have any, or may be expected to not have nexus with India, transgress the first condition. ... For a legislature to make laws for some other territory would be to act in a representative capacity of the people of such a territory"

14 ראו למשל Lord Bingham of Cornhill, *The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament*, 19 K.L.J. 223, 227 (2008). בהסבירו את המימרה "הפרלמנט יכול לעשות הכל פרט להפיכת אשה לגבר וגבר לאשה" המתארת את עקרון ריבונות הפרלמנט באנגליה, מציין לורד בינגהאם כי הכוונה היא שאין חוק יסוד או חוקתי שהפרלמנט אינו יכול לשנותו בהליך החקיקה הרגיל, ושאינו מעל הפרלמנט באנגליה מחוקק-על. אך אין במימרה זו, ממשית בינגהאם, לציין שהפרלמנט הוא כול-יכול "[omnipotent]": "even the most paranoid legislator could not suppose that the due enactment of a statute at Westminster could effectively proscribe smoking on the streets of New York or the consumption of vodka in Russia"

15 ליתר דיוק, חוסר היכולת נובע מרכיב קונספטואלי בצירוף הנחה עובדתית (היות המחוקק מחוקק הישראלי). מה שחשוב לענייננו הוא קיומו של הרכיב הקונספטואלי.

16 לדיון בנושא זה ראו לדוגמה, Arnold Brecht, *The Impossible in Political and Legal Philosophy*, 29 CAL. L. REV. 312 (1941); LON FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 70–79 (1964).

בלתי אפשרי (מצד המחוקק) לדרוש את האפשרי (מצד האזרח). אנו נשוב ונידרש לנושא זה בהמשך הדברים, לאחר שהתשתית התאורטית לדיון שלנו תוסבר במלואה.¹⁷

(ב) הסוג השני של היכולת שהוא רלוונטי לנושא הוא יכולת משפטית. לגוף יש יכולת משפטית לבצע פעולה – במקרה זה, חקיקה – אם הפעולה איננה אסורה על פי נורמות משפטיות גוברות שנמצאות בתוקף. לדוגמה, במרבית המדינות הדמוקרטיות אין לאדם יכולת משפטית לבנות על הקרקע שאיננה שייכת לו, אף שיש לו יכולת קונספטואלית לעשות זאת, ויכול מאוד להיות שיש לו יכולת פיזית לעשות זאת, ולעיתים (אולי לעיתים רחוקות) זה גם מוצדק מבחינה מוסרית שיעשה זאת. במקרים של חקיקה, היכולת המשפטית של המחוקק מוגבלת על ידי נורמות משפטיות מפורשות או משתמעות מתחומים רבים, כגון הוראות חוקיות,¹⁸ נורמות בין-לאומיות¹⁹ ואולי עקרונות יסוד של השיטה.²⁰ כל מעשה חקיקה פוטנציאלי שהמחוקק מנוע מלחוקק בגלל מכשירים משפטיים גוברים בעלי תוקף, למעשה מצוי מעבר ליכולתו המשפטית של אותו גוף מחוקק. מובן שהשאלה מהם גבולות היכולת המשפטית של המחוקק (בכלל) או של כל גוף פרלמנטרי ספציפי (לרבות יכולתו לחוקק לעצמו²¹ או לכבול את עצמו²²) היא שאלה פרשנית ונורמטיבית קשה, שלא פשוט להכריע בה, ואין לנו כוונה להידרש לה כאן.

- 17 ראו להלן בעמ' 118–119.
- 18 עם חקיקתם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפרשנות שניתנה להם – מהלך שכונה "המהפכה החוקתית" – ניתן מעמד נורמטיבי חוקתי על-חוקי לזכויות אדם בישראל. ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 352 (1995): "עם חקיקתם [של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם] חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם בישראל. הן הפכו לזכויות חוקתיות. ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי. חוק 'רגיל' של הכנסת אינו יכול לשנותן. חקיקה רגילה אינה יכולה לפגוע בזכות אדם מוגנת אלא אם כן מתקיימות הדרישות הקבועות בחוקי היסוד. אי-קיום הדרישות החוקתיות הופך את החוק הרגיל לחוק לא חוקתי. זהו חוק שנפל בו פגם חוקתי. בית המשפט עשוי להכריז על בטלותו". אחרי המהפכה החוקתית, חוקי היסוד מטילים אפוא מגבלות חוקתיות על פעולת החקיקה של הכנסת. ראו אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה' 339 (2000); יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים? משפט ואדם – משפט ועסקים יד 199 (2012).
- 19 לפי המשפט הבין-לאומי, מדינה אינה יכולה להסתמך על דיניה הפנימיים כהצדקה לאי-קיום כלל של המשפט הבין-לאומי, ואף יש אמנות המחייבות את המדינות החברות להתאים את חקיקתן הפנימית להתחייבויותיהן הבין-לאומיות. ראו תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 65, 66 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית 2016).
- 20 ראו למשל בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554 (1990); יצחק הרצוג "המהפכה החוקתית: ניתוח טקסטואלי. חלק ראשון: פסק הדין בעניין לאו"ר – פסילת חוקים על סמך עקרונות בלתי כתובים" קרית המשפט י' 131 (התשע"ד).
- 21 ראו למשל יואב דותן "איסור החקיקה העצמית כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771 (2001); סוזי נבות "קביעת שכרם של חברי הכנסת: 'המחליטים הם גם הזוכים'" המשפט ט 253 (2004).
- 22 ראו למשל ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו' 509 (2003); אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821 (2001). זה כמובן חלק משאלת המנדט הטמפוראלי של המחוקק. ראו Julian N. Eule, *Temporal*

(ג) הסוג השלישי של יכולת הוא יכולת פוליטית. המושג "פוליטי" רלוונטי כאן מכיוון שאנו עוסקים בגופים מחוקקים, שהם גופים פוליטיים. בהקשרים אחרים, שבהם מדובר בבני אדם פרטיים, נדבר בהקשר זה על יכולת פיזית. למחוקק יכולה להיות יכולת קונספטואלית וגם יכולת משפטית לחוקק נורמה מסוימת, אך חסרה לו יכולת פוליטית – וזאת כאשר חסר לו הכוח הפוליטי הנדרש להעביר את ההחלטה בצורה הנדרשת בבית המחוקקים. חוסר היכולת כאן הוא פרקטי ואיננו קשור ליחס שבין הצעת החוק למארג המשפטי הרחב יותר או לתכונות הכרחיות של המחוקק. לעיתים רבות יכולתו של המחוקק מוגבלת בגלל מערכת היחסים הפוליטית ששוררת בין החברים בו, והדבר מונע בפועל מימוש מדיניות שאלמלא כן היה ניתן לממש²³. איננו מכחישים כי קיימים קשרי גומלין עדינים בין הממדים השונים שתיארנו לעיל. לדוגמה, ביקורת נורמטיבית על חקיקה יכולה להחליש את יכולתו הפוליטית של המחוקק להחליט על מדיניות ברמה הלאומית, וחוסר יכולת פוליטית לחוקק נורמה מסוימת יכול להוביל למנגנון משפטי אחר שיש בעניינו יכולת פוליטית גדולה יותר. אכן, בנת'הם טען שרכיב מסוים בתוך חוסר יכולת פוליטית – חוסר המוכנות לציית להחלטות הריבון – משמש בלם קבוע בפני פעילות המחוקק.²⁴ אולם במסגרת המאמר חשוב להבחין אנליטית בין האלמנטים השונים הקשורים ליכולת והצדקה על מנת לחדד את החקירה ולאתר את הבעייתיות שבתזה המקובלת שלפיה המחוקק הוא "כול-יכול". אנחנו עוסקים, אפוא, רק ביכולת סיבתית, ובתוך יכולת זו אנחנו מתמקדים ביכולת מהסוג הראשון – יכולת קונספטואלית. איננו שואלים שאלה אמפירית על יכולתו הפוליטית של המחוקק הישראלי בזמן הזה; כמו כן איננו שואלים שאלה משפטית על יכולת משפטית, או שאלה מוסרית על הצדקתה של מדיניות המחוקק. במקום זאת אנחנו שואלים שאלה קונספטואלית: האם המחוקק, כמחוקק, הוא כל-יכול במישור הנורמטיבי? האם יש לו הכוח ליצור נורמות חדשות כאוות נפשו גם אם נתעלם מהממדים האחרים שבהם דנו בקצרה: הצדקת הנורמות הללו, הקשר שלהן לנורמות משפטיות קיימות והיכולת הפוליטית להעביר את הנורמות הללו דרך המנגנון הפוליטי הקונסטיטנטי של המחוקק?²⁵

Limits on the Legislative Mandate: Entrenchment and Retroactivity, 12 AM. BAR FOUNDATION RESEARCH J. 379 (1987)

23 ראו Richard Albert, *Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V*, 94 B. U. L. REV. 1029, 1043 (2014). אלברט עוסק במנגנונים לתיקון החוקה אשר אפשריים משפטית

וקונספטואלית, אבל לא פוליטית: "a provision is unamendable and [...] its unamendability derives not from a textual command, but from a political climate that makes it practically unimaginable, though always theoretically possible, to achieve the necessary combination of approval and ratification"

פוליטית כזו בחוקה (מה שהוא מכנה Constructive Unamendability). ראו Richard Albert, *Constructive Unamendability in Canada and the United States*, 67 S.C.L.R. 181 (2014)

24 ראו JEREMY BENTHAM, *OF THE LIMITS OF THE PENAL BRANCH OF JURISPRUDENCE* (P. Schofield ed., 2010).

25 חקירה פילוסופית של המשפט היא פעמים רבות קונספטואלית במובן הזה. ראו למשל Hart, לעיל ה"ש 7; SCOTT SHAPIRO, *LEGALITY* 49; JOSEPH RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW* (2nd ed. 2009);

ב. הפרלמנט יכול לעשות הכל לבד מהפיכת אישה לגבר וגבר לאישה?

1. ההיסטוריה של תפיסת המחוקק הכל-יכול

לתפיסת המחוקק הכל-יכול היסטוריה רחוקה, שעליה נעמוד בתמצית להלן.²⁶ כאן המקום להדגיש כי מטרתה של הסקירה הזו היא להראות כי דיונים משפטיים, מוסריים ופוליטיים שונים הניחו במובלע ושלא במפורש את התזה הפילוסופית שלפיה כוחו של המחוקק הוא בלתי מוגבל. הוזה אומר, מדובר ברעיון בסיס שלא קיבל המשגה פילוסופית מדויקת, אולם כפי שיהיה ניתן לראות, הוא קיים ביסוד רבות מהתפיסות שיצינו להלן.

למשל, על חשיבותו העליונה של "המחוקק הכל-יכול" עמד מקיאבלי בראשית המאה השש-עשרה בספרו.²⁷ לפי מקיאבלי, המעלות המוסריות והאזרחיות בחברה צומחות מתוך חוק ומתבונת המחוקק, שהוא למעשה כל-יכול בפעולתו. לפיכך גרס מקיאבלי שהמדינאי יכול, כך לפי תיאורו של סאביין, "לנתץ מדינות ישנות ולבנות חדשות תחתן, לשנות צורות של מימשל, להעתיק אוכלוסין ממקום למקום, ולהחדיר מעלות טובות חדשות לתוך אופיים של נתיניו... מושל אבסולוטי הוא הקובע את גורל אומתו... החובות המוסריות, בסופו-של-דבר, אינן יכולות להיגזר אלא מן החוק ומן השלטון".²⁸ באותה מאה כתב ז'אן בודין את יצירתו "שישה ספרים על הרפובליקה", המפרטת את תורתו המדינית, ובמיוחד על אודות עקרון הריבונות. הריבונות, לפי בודין, היא כוח עליון על אזרחים ונתינים שאינו מוגבל בחוק. כוח עליון אינו מוגבל בחוק משום שהריבון עצמו הוא מקור החוק – כל הגבלה על כוח הציווי של הריבון, ציווי שהוא חוק הארץ, תהיה בהכרח מחוץ לחוק. הסמכות הריבונית (*Puissance souveraine*) היא הסמכות המחוקקת, ובהיעדרה אין רפובליקה. כלומר, הכוח להטיל חוקים על אזרחים הוא סגולתה הראשונית של הריבונות. אך מובן שכוח ריבוני אצל בודין מופעל באמצעות הממשלה ולא באמצעות הפרלמנט, שהוא מוסד שיפוטי בעיקרו ולו תפקיד מיעוץ בלבד. בודין מבקר את האי-מוסריות

(2011). לדין מתודולוגי במעלות ובחטרונות של ניתוח קונספטואלי ראו Omri Ben-Zvi, *Zombie Jurisprudence, in IN SEARCH OF CONTEMPORARY LEGAL THOUGHT* 406 (Justin Desautels-Stein & Chris Tomlins eds., 2017)

26 לסקירה היסטורית של הדיון בשאלה מהו חוק, מהו מחוקק ומהו היחס שבין חקיקה למחוקקים ראו Benjamin Akzin, *The Concept of Legislation*, 21 IOWA L. REV. 713–750 (1936).

27 ניקולו מקיאבולי דיונים על עשרת הספרים הראשונים של טיטוס ליוויוס 29–30 (מרים שוסטרמן-פדובאנו מתרגמת, 2010): "ואת זה יש לקבל כחוק כללי: לעולם לא יקרה, או שהדבר קורה רק לעתים נדירות, שרפובליקה כלשהי או ממלכה תהיה מסודרת היטב מראשיתה או תתוקן לחלוטין מחדש מחוץ למסגרת של סדריה הישנים, אלא אם היא תסודר בידי אדם אחד; אדרבה, הכרח שאדם אחד בלבד יקבע את האופן, ושכל סידור כזה יסתמך על שכלו. ולכן, מסדיר נבון של רפובליקה... צריך לדאוג שיהיה בעל הסמכות היחיד...".

28 ג'ורג' ה' סאביין תולדות תורת המדינה חלק א 363–364 (אורי רפ מתרגם, התשכ"ד).

שבכתביו של מקיאבלי וטוען שגם הזכות הבלתי מוגבלת של האדם לחוקק חוק כפופה לחוק האלוהים ולחוק הטבע, אשר עומדים מעל החוק האנושי וקובעים מגבלות קבועות של צדק.²⁹ במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה הפך רעיון חוק הטבע (כזה המבוסס על תבונה רציונלית) בהדרגה למרכזי בתורת המדינה (למשל אצל גרוטיוס ולוק). לצד התפתחות זו חלה מגמת החילון של המחשבה המדינית (וההתעניינות האינטלקטואלית בכלל), שהחלה להשתחרר מן התאולוגיה. עם זאת קרל שמיט העיר ש"כל המושגים בעלי המשמעות בתורת המדינה המודרנית הם מושגים תיאולוגיים מחולנים [ש] הועברו מן התיאולוגיה אל תורת המדינה".³⁰ שמיט טוען שזה נכון לא רק היסטורית אלא גם קונספטואלית: "למשל כאשר נהפך האל הכל-יכול למחוקק הכל-יכול".³¹ לכן, לפי התאולוגיה הפוליטית של שמיט, המירה המדינה המודרנית את אלוהים הכל-יכול במחוקק הכל-יכול. שמיט מצטט בהקשר זה את דקארט: "It is God who established these laws in nature just as a king establishes laws in his kingdom".³² לפי גישה זו, הפרודוקטיביות של הישות האלוהית הפכה לפרודוקטיביות של המחוקק האנושי. תורתו המדינית של תומאס הובס, כפי שבאה לידי ביטוי ב"יסודות החוק", ב"לויתן" וב"על האזרח",³³ היא דוגמה טובה כיצד האל הכל-יכול של הנצרות הביניימית הפך למונח הכול-יכול ואכן הובס מכנה את הריבון שלו "אל בן-תמותה" (*deus mortalis*).³⁴ לפי הובס, לחברה יש רצון אחד שאותו תוכל לכפות והוא של הריבון, ההופך אותה לגוף קולקטיבי: החוק הוא "לכל נתין, אותם הכללים שהקהילייה ציוותה אותו עליהם – במילה, בכתב, או בכל סימן מספיק אחר לרצון – על מנת שישתמש בהם לשם הבחנת הישר והעוול [כלומר בין טוב ורע]".³⁵ הובס פוטר את הריבנות מן הסייגים שבוודין הטיל, בקובעו שריבון זה הוא כל-יכול ואין גבולות למרותו;

- 29 ראו BODIN, ON SOVEREIGNTY – FOUR CHAPTERS FROM THE SIX BOOKS OF THE COMMONWEALTH (Julian H. Franklin ed. & trs., 1992); סאביין, לעיל ה"ש 28, בעמ' 425–428; CARL JOACHIM FRIEDRICH, THE PHILOSOPHY OF LAW IN HISTORICAL PERSPECTIVE 57–66 (2nd ed. 1963).
- 30 CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY – FOUR CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY (George Schwab trns., 1985) 36 (תרגום חופשי). וראו לעיון מחודש PAUL W. KAHN, POLITICAL THEOLOGY – FOUR NEW CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY (2011) שם (תרגום חופשי).
- 31 שם, בעמ' 47. לסקירת הדיון התאולוגי ההיסטורי בשאלת מגבלות כוחותיו של האל ראו למשל AMOS FUNKENSTEIN, THEOLOGY AND THE SCIENTIFIC IMAGINATION FROM THE MIDDLE AGES TO THE SEVENTEENTH CENTURY (1989).
- 32 THOMAS HOBBS, THE ELEMENTS OF LAW NATURAL AND POLITIC (1640); THOMAS HOBBS, LEVIATHAN OR THE MATTER, FORME AND POWER OF A COMMON WEALTH ECCLESIASTICALL AND CIVIL (1651); THOMAS HOBBS, DE CIVE (THE CITIZEN) – PHILOSOPHICAL RUDIMENTS CONCERNING GOVERNMENT AND SOCIETY (1651).
- 33 CARL SCHMITT, THE LEVIATHAN IN THE STATE THEORY OF THOMAS HOBBS: MEANING AND FAILURE OF A POLITICAL SYMBOL 2 (Georg Schwab trs., 2008).
- 35 הובס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 183. ראו גם HOBBS, DE CIVE, לעיל ה"ש 33, פרק 4.

אומנם חוקי הטבע קובעים את העקרונות הרציונליים שעליהם מדינה נבנית, אך הם אינם מגבילים את מרותו של הריבון.³⁶

התפיסה שלפיה החוק מזוהה עם רצונו של הריבון זכתה לביקורת ב"רוח החוקים" של מונטסקייה (*De l'Esprit des Lois*) משנת 1748, שראה בה דספוטיות, ולכן טען בזכות עקרון הפרדת הרשויות.³⁷ בניגוד להובס, מונטסקייה לא ראה בחוקים ביטוי לרצונו השרירותי של המחוקק, והוא פתח את ספרו באמירה כי "החוקים, במשמעותם הרחבה ביותר, הם היחסים ההכרחיים מטבע הדברים".³⁸ עם זאת גם במסורת הצרפתית ניתן לראות את שורשי המחוקק הכללי-כול. קלוד קליין מציין כ"כל זרמי המחשבה הפוליטית-משפטית החדשה ראו בחוק מעין דבר מקודש, אשר לא יעלה על דעת איש להעבירו לשיפוטו של שופט כלשהו".³⁹ למשל, ב"האמנה החברתית" של רוסו משנת 1762 הפך הרצון הכללי להיות רצון העם, ושאלת הריבונות עברה מהישות השמימית לאזרחית.⁴⁰ מהלך זה מסביר מדוע רוסו האמין שהרצון הכללי, כמו הרצון האלוהי, אינו יכול לשנות.⁴¹ והרצון הכללי בא לידי ביטוי במעשה החקיקה: *"La loi est l'expression de la volonté générale"*.⁴²

באנגליה היה זה המאבק המרכזי בין המלוכנים ובין חסידי הפרלמנט לטעון לעליונות או ריבונות המלך או הפרלמנט, כאשר עליונותו של הפרלמנט נקבעה סופית אחרי מהפכת 1688.⁴³ בספרו *De Republica Anglorum*, שנכתב בשנת 1565 (הופיע לראשונה בשנת 1583), קבע סר תומאס סמית שהמלך הוא ה"מרות" לכל מה שנעשה בשלטון באנגליה, ושהפרלמנט, כמייצג העם, הוא "הכוח הגבוה ביותר והאבסולוטי שבממלכה". עם זאת הפרלמנט נתפס אצל סמית כבית הדין העליון שבממלכה – כגוף שיפוטי בעיקרו – ולא כגוף מחוקק.⁴⁴ אכן, הפרלמנטים שימשו בתחילה מוסדות שלטוניים בעלי סמכויות יעוץ ובעיקר שפיטה. בהמשך הדרך גדלה

36 הובס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 185; סאביין, לעיל ה"ש 28, בעמ' 491–493.
 37 מונטסקייה על רוח החוקים (קלוד קליין עורך, עידו בסוק מתרגם, התשנ"ח).
 38 ראו אלפרדו מרדכי ראבילו "מונטסקייה והקודיפיקציה של המשפט הפרטי (קוד נפוליאון)" עלי משפט ב 7, 9 (2002).
 39 קלוד קליין "ביקורת על חוקותם של חוקים בצרפת" עיוני משפט ב 711 (1972).
 40 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, THE SOCIAL CONTRACT (Christopher Betts trs., 1994).
 41 שם, בעמ' 66. ראו למשל SIMON CRITCHLEY, THE FAITH OF THE FAITHLESS: EXPERIMENTS IN POLITICAL THEOLOGY 103 (2012). ראו גם סאביין, לעיל ה"ש 28, בעמ' 127: "הרצון הכללי צודק תמיד... אין זו אלא אמת ידועה ומוסכמת, כיוון שהרצון הכללי מבטא את טובת החברה, וזו עצמה היא אמת המידה לצודק. מה שאינו צודק – אינו הרצון הכללי". עם זאת גם רוסו מטיל מגבלות מסוימות על כוחו של הריבון, למשל הטלת עול כבד על נתין אחד ולא על אחר, שכן אז מדובר בהחלטה פרטיקולרית שהיא מחוץ לסמכות הריבון. ראו שם, פרק 4.
 42 ראו ס' 6 ל-1789 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. ראו גם קליין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 232.
 43 RICHARD MARTIN LOUGHLIN, FOUNDATIONS OF PUBLIC LAW 381 (2010). על מאבק זה ראו גם
 44 S. KAY, THE GLORIOUS REVOLUTION AND THE CONTINUITY OF LAW 20–35 (2014).
 44 SIR THOMAS SMITH, DE REPUBLICA ANGLORUM (1583). ראו גם סאביין, לעיל ה"ש 28, בעמ' 69–67; FRIEDRICH, לעיל ה"ש 29, בעמ' 69–67.

השתתפות הפרלמנטים בחקיקה, בעיקר בעקבות לחצים של שכבות באוכלוסייה להשפיע באמצעות הפרלמנט על ניהול המדינה. לבסוף הפכו הפרלמנטים ממוסד שמשותף פעולה עם צמרת הרשות המבצעת בחקיקת חוקים למוסד המכריע בהליך החקיקה.⁴⁵ עקרון ריבונות הפרלמנט, שלפיו הפרלמנט יכול לחוקק כל חוק לפי בחירתו ללא הגבלות חוקתיות, וקל וחומר פיקוח שיפוטי, הפך להיות באנגליה עקרון יסודי מבוסס במאה השמונה-עשרה. למשל, בלקסטון מצטט את סר אדוארד קוק, שציין כי כוחו וסמכותו של הפרלמנט הוא כה עליון ומוחלט, ולכן אינו יכול להיות נתון למגבלות:

it hath sovereign and uncontrollable authority in the making... Of laws, concerning matters of all possible denominations... This being the place, where the absolute, despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms... It can, in short, do every thing that is not naturally impossible... What the parliament doth, no authority upon earth can undo.⁴⁶

ד'אן לואי דה לולם, המשפטן יליד ז'נווה, הוא שציין בספרו CONSTITUTION DE L' ANGLETERRE משנת 1771 את המימרה שלפיה "It is a fundamental principle with English lawyers, that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman"⁴⁷ למעשה, דה לולם מתייחס שם לפיקציות משפטיות במשפט הרומי ונותן כדוגמה הוראות המתייחסות ל"בת" כאל "בן". בהקשר זה דה לולם מציין שלמשפטנים הרומים היה כנראה כוח רב אף מזה של הפרלמנט האנגלי, היכול לעשות הכול לבד מהפיכת אישה לאיש או איש לאישה. במאה התשע-עשרה דחה השופט לורד קיי (Kay) את תפיסת המחוקק הכל-יכול בצינו כי "Even an Act of

45 ראו בנימין אקצין תורת המשטרים – כרך שני 85–97 (1966).

46 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND: A FACSIMILE OF THE R.C. VAN CAENEGEM, AN HISTORICAL FIRST EDITION OF 1765–1769, 156–157 (1979) גם INTRODUCTION TO WESTERN CONSTITUTIONAL LAW 196–200 (1995). עם זאת למען שלמות התמונה ראוי לציין גם את עמדתו של קוק בפסק הדין הידוע בעניין *Dr. Bonham*, שם ציין באמרת אגב כי חוק הסותר את הצדק וההיגיון ניתן לבטלו: "when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such Act to be void" במה שרואים כראשית הביקורת השיפוטית. *Bonham*, 8 Reports 113b, 118a (Court of Common Pleas, 1610) ראו למשל Theodore F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, 40 HARV. L. REV. 30 (1926–1927).

47 JEAN-LOUIS DE LOLME, THE CONSTITUTION OF ENGLAND, OR, AN ACCOUNT OF THE ENGLISH GOVERNMENT: IN WHICH IT IS COMPARED BOTH WITH THE REPUBLICAN FORM OF GOVERNMENT, AND THE OTHER MONARCHIES IN EUROPE 130 (Gilbert Stuart trms., 1800). נראה שדה לולם לקח אמרה זו מנאום של פיליפ הרברט (Philip Herbert) מיום 11 באפריל 1648. ראו HARRY POTTER, LAW, LIBERTY AND THE CONSTITUTION – A BRIEF HISTORY OF THE COMMON LAW 4, ft. 5 (2015).

Parliament cannot make a freehold estate in land an easement, any more than it could make two plus two equal five”⁴⁸. אך אפילו מגבלה זו נדחתה שנים לאחר מכן בידי השופט לורד סקרטון (Scrutton), שקבע בתגובה: “I respectfully disagree with him, and think that ‘for the purposes of the Act’ it can effect both these statutory results”⁴⁹. כפי שנראה בהמשך, דילמה זו ממשיכה לעמוד במוקד שאלת כוחו המושגי של המחוקק. הודות לפרופ' דייסי הפכה האמרה של דה לולם לשגורה.⁵⁰ לפי דייסי, העיקרון השולט באנגליה הוא עקרון ריבונות הפרלמנט, שלפיו: “Parliament.. has.. the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”⁵¹. דייסי אף מונה טענות בדבר הגבלות אפשרויות על ריבונות המחוקק, כגון מוסר ודוקטרינות של המשפט הביין-לאומי, הפרווגטיבה המלכותית וכבילה עצמית, ושולל את תחולתן במשפט האנגלי, ומסכם כי –

Parliament can legally legislate on any topic whatever which, in the judgment of Parliament, is a fit subject for legislation. There is no power which, under the English constitution, can come into rivalry with the legislative sovereignty of Parliament.⁵²

זו אפוא תמצית עקרון ריבונות המחוקק באנגליה, עיקרון שאמנם זוכה בעשורים האחרונים לביקורת ודיון מחודש,⁵³ אך כזה שהיווה בעיקרו השראה לתפישה החוקתית בישראל עם הקמת המדינה.

-
- Metropolitan Railway Co v. Fowler, [1892] 1 Q.B. 165, 183 48
Taff Vale Railway Co v. Cardiff Railway Co, 1 Ch 199, 317 (1917) 49
A. V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 5 (8th ed., re-print, 1982). דייסי מציין שם שאמרתו של דה לולם היא “ביטוי גרוטסקי” להמחשת דוקטרינת ריבונות הפרלמנט. 50
שם, בעמ' 3–4. 51
שם, בעמ' 18–24. 52
ראו למשל INT'L Mark Elliott, *United Kingdom: Parliamentary Sovereignty Under Pressure*, 9 INT J CONST. L. 144 (2011); J. CONST. L. 545 (2004); Anthony Bradley, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?.*, in THE CHANGING CONSTITUTION (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 6th ed. 2007); ALISON YOUNG, PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY AND THE HUMAN RIGHTS ACT (2008); VERNON BOGDANOR, THE NEW BRITISH CONSTITUTION (2009); JEFFREY GOLDSWORTHY, PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: CONTEMPORARY Debates (2010); N.W. Barber, *The afterlife of Parliamentary Sovereignty*, 9 INT J CONST. L. 144 (2011); MICHAEL GORDON, PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY IN THE UK CONSTITUTION: PROCESS, POLITICS AND DEMOCRACY (2015). לסקירה ביקורתית של היסטוריית הרעיון של ריבונות הפרלמנט ראו Roy Stone de Montpensier, *The British Doctrine of Parliamentary Sovereignty: A Critical Inquiry*, 26 LA. L. REV. (1966) 53

מבקר חריף של דייסי היה סר אייבור ג'נינגס. ג'נינגס טען כי המלך בפרלמנט אכן יכול להורות שאישה תהא גבר וגבר יהא אישה, ובעיני המשפט, גברים ייחשבו מעתה לנשים, ונשים – לגברים. ובתי המשפט גם יפעלו על בסיס זה. עוד יכול הפרלמנט הבריטי לקבוע שעישון ברחובות פריז יהא עבירה, ולפיכך עישון ברחובות פריז ייהפך לעבירה בת ענישה בחוק הבריטי. – זאת היות ש –

In speaking of the power of Parliament, we are dealing with legal principles, not the facts. Thought it is true that Parliament cannot in fact change the course of nature, it is equally true that it cannot in fact do all sorts of things. The Supremacy of Parliament is a legal fiction, and legal fiction can assume anything.⁵⁴

עקרון ריבונות המחוקק שימש אפוא, היסטורית, תפקיד כפול: ראשית, המחוקק פנה לעקרון ריבונותו כחלק מהצדקת פעולות החקיקה שלו, ובמיוחד כדי להרחיק תחולתם של סטנדרטים, תקדימים ונורמות חיצוניות שאינן נובעות מן הפרלמנט עצמו. תפיסה זו רלוונטית למשל בדיונים על שאלת עליונותו של המשפט הבין-לאומי במשפט המדינתי ובמחלוקת שבין הגישות המוניסטית והדואלית; בדבר שאלת קיומם של עקרונות מוסר בסיסיים כתנאי מינימלי לעצם קיומו של חוק ובמחלוקת שבין הגישות הפוזיטיביסטית ומשפט הטבע, ובאשר לשאלת מגבלות השימוש בכוח שלטוני בשיח החוקתיות המבוסס על זכויות. שנית, עקרון ריבונות המחוקק היה הצדקה לעליונות הגופים המחוקקים על פני מוסדות שפיטה וגופים פוליטיים אחרים. כלומר, לא רק שאין מוטלות על המחוקק מגבלות חיצוניות (ההיבט הראשון), בתי המשפט אף אינם יכולים להעביר חקיקה ואת הליך החקיקה עצמו תחת שבט ביקורתם.⁵⁵ היסטורית עיקר הדיון נסב על ריבונות המחוקק בפני גורמי חוץ (האל, מוסר, הטבע וכו'), אך ביסודו משמש עקרון ריבונות המחוקק להצדקת סמכות הפרלמנט לחוקק חוקים באופן ובתחומים שיבחר לעשות זאת. כלומר, הוא נובע מן הרעיון כי למחוקק יש יכולת קונספטואלית בלתי מוגבלת לחוקק. רעיון זה, כפי שניתן לראות, הוא עתיק יומין ורווח מאוד בשיטות משפט מגוונות.⁵⁶ זוהי נקודת המוצא לדיון הפילוסופי שלנו שיובא להלן. אך קודם לכן נסקור בקצרה את הגישה במשפט הישראלי.

ANTHONY KING, *ראו גם* IVOR JENNINGS, *THE LAW AND THE CONSTITUTION* 170–171 (1959) 54
THE BRITISH CONSTITUTION 37 (2007)

David Haljan, *Is the Rule of Law a Limit on Popular Sovereignty?*, in *FACING THE LIMITS OF* 55
THE LAW 273, 289–290 (Erik Claes, Wouter Devroe & Bert Keirsbilck eds., 2009)

למעשה, הבנה קונספטואלית זו בדבר יכולת החקיקה הבלתי מוגבלת של המחוקק היא שמביאה את 56
הצורך לטעון לאי-יכולת משפטית ואת שאלת ההגבלות ה"חיצוניות" על כוחו של המחוקק לחוקק, כגון הגבלות חוקתיות, הגבלות מתורת המוסר, מן המשפט הבין-לאומי וכו'.

2. המחוקק הכל-יכול בישראל

המשפט הישראלי שאב תחילה את העיקרון הבריטי של ריבונות הפרלמנט, שהפך להלכה מקובלת בבית המשפט העליון עד למהפכה החוקתית.⁵⁷ למשל, בעניין בצול ציין השופט ברנזון כי "הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים. היא חפשיה בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תוכנו, וכל חוק היוצא מבית היוצר שלה יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף".⁵⁸ מאמר זה מתמקד כמובן לא בסיפה של המשפט, שלפיה על פי התפיסה המקובלת דאז, אין לבתי המשפט סמכות להעביר ביקורת על חקיקה ולשלול תוקפו של חוק, אלא דווקא ברישה של המשפט, שלפיה אין כוחה של הכנסת כמחוקקת מוגבל מבחינה תוכנית. כפי שפרופ' רובינשטיין ציין בספרו: "אין הכנסת מוגבלת ברצונה, כל עוד היא נותנת לרצונה צורת חוק",⁵⁹ ובשנת 1978 ציינו עמוס שפירא וברוך ברכה כי "לבית הנבחרים באנגליה – הפרלמנט – כוח חקיקה בלתי מוגבל, מבחינה פורמאלית. הוא-הוא הניצב בפסגת הפירמידה הנורמטיבית של המשפט האנגלי, וכך גם המצב אצלנו, עד היום, בהיעדר חוקה כתובה".⁶⁰ ברצותה, תחוקק הכנסת גם חוקים הגוררים לאי-צדק בולט,⁶¹ וגם כאלו הפוגעים בזכויות יסוד.⁶² המחוקק הישראלי, כפי שיואל זוסמן תיאר, הוא "כל-יכול".⁶³

מובן שמאז המהפכה החוקתית כוחו של המחוקק אינו עוד נתפס ככל-יכול, אלא מושמות עליו מגבלות חוקתיות ועל-חוקתיות. חוק הפוגע בזכויות יסוד המוגנות על פי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם היא תקף רק אם הוא עומד בתנאים הקבועים בחוקי היסוד, קרי רק אם הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, הפגיעה היא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

- 57 Suzie Navot, *The Constitutional Law of Israel* 21 (2007). לסקירה וביקורת ראו יזהר טל "מחוקק כל-יכול: האמנם? ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת" עיוני משפט י 361 (1984).
- 58 ראו 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 349 (1963). ראו גם עניין עוזו, לעיל ה"ש 9.
- 59 אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 81 (מהדורה 3, 1980); ראו בפירוט לעיל ה"ש 18.
- 60 עמוס שפירא וברוך ברכה המשפט הציבורי 21 (1978).
- 61 ד"ר 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טז 2467, 2470–2471 (1962); בג"ץ 193/66 המועצה המקומית אשדוד נ' ועדת השומה, פ"ד כ(2) 670, 672 (1966).
- 62 ע"א 45070 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 135 (1971); בג"ץ 120/73 טוביס נ' ממשלת ישראל, פ"ד ז(1) 757, 759 (1973). ראו גם עמוס שפירא וברוך ברכה "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב 20, 25 (1972).
- 63 יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213, 216 (התשל"א). ראו גם עמוס שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג 625, 628 (1973): "מעצם טבעם מוגבלים בתי המשפט, לרבות בית המשפט העליון, לפירוש דינים תוך התחקות אחר כוונתו המשוערת של המחוקק... בהתאם למושכלות ראשוניים של שיטתנו המשפטית בדבר כפיפותו של השופט-פרשן למחוקק הכל-יכול"; אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 111 (2014): "על פי המבחן החוקתי ששרר באותה עת [טרם המהפכה החוקתית] היה המחוקק כל-יכול".

הגבולות אלו נאכפות בבתי המשפט.⁶⁴ אך בטרמינולוגיה של פרק א, כאן מדובר במגבלות על היכולת המשפטית של המחוקק, שהרי חוקי היסוד הם נורמות משפטיות גוברות. לפיכך שינויים אלה אינם משפיעים על העמדה העקרונית בכל הקשור ליכולת הקונספטואלית של המחוקק. האם חל בהקשר זה שינוי בתפיסה המושגית של כוחו של המחוקק?

בפסק הדין הקנוני בפרשת בנק המזרחי עוסקים השופטים בכוח החקיקה של הכנסת, אך בעיקר בסמכותה המכוננת ובכוחה לכבול עצמה. אשר לנושא אחרון זה מתייחס השופט חשין לשאלת גבולות החקיקה של הכנסת, וראוי להביא את הדברים במלואם:

לנוחות הדיון נפתח בהנחה המקובלת (מקובלת, אך בלתי נכונה, לדעתי, כפי שאוסיף ואסביר להלן), כי כנסת ישראל – כמוה כפרלמנט של בריטניה – היא כול יכולה וכל מוסמכת לחוקק חוקים, יהא תוכנו של החוק אשר יהא.... סמכות כול כוללת זו מכנים אותה לעתים "ריבונות" הכנסת (או "ריבונות" הפרלמנט). בהקשר זה נאמר על הפרלמנט בוסטמינסטר – על דרך ההיתול – כי מוסמך הוא לחקוק כל חוק חוץ מאשר להפוך אישה לגבר וגבר לאישה... אמירה זו אינה מדויקת, כמוכן. אם כוונת האומר היא, שאין בכוחו של הפרלמנט להפוך גבר לאישה ואישה לגבר – משמעם של דברים כפשוטם – וודאי שהדברים נכונים. ואולם כך נעדרים הם כל משמעות שהיא. שכן בה במידה אין בכוחו של הפרלמנט להזיז עיפרון מצדו האחד של השולחן אל צדו האחר. פרלמנט – בתורת כזה – אינו מעסיק עצמו כלל בעשייה פיזית, ואין בכוחו לעשות במישור שינויים פיזיים בעולם הסובב אותנו. הפרלמנט אינו מעסיק עצמו אלא בנורמות ובעשייה נורמטיבית, ובתחום זה כוחו וסמכותו. אם כוונת האומר היא אפוא שהפרלמנט אינו "יכול" – מבחינה נורמטיבית – להפוך אישה לגבר וגבר לאישה, פשוט הוא שהאמירה אינה נכונה. בעולמן המופלא של הנורמות – אותו עולם שאינו נתפס בחמשת החושים אך שולט הוא בחיינו – "יכולה" ומוסמכת היא הכנסת "להפוך" גבר לאישה ואישה לגבר. שאלה לעצמה היא אם אלה שהנורמות אמורות לחול עליהם יישמעו להן. שאלה זו למותר לומר היא מחוץ לתחומנו. הכנסת הינה אפוא כול כולה וכול מוסמכת לחקוק חוקים: יהא אשר יהא תוכנו של החוק, יהא אשר יהא תחום התפרסותו...⁶⁵

כפי שניתן לראות, השופט חשין אימץ את התזה בדבר המחוקק הכל-יכול (בהקשר הקונספטואלי) ואף חידד בצורה מרשימה את הקשר שבין תפיסה זו לבין ההבחנה שבין המציאות ל"עולם הנורמות", שאלה נחזור ונרחיב בהמשך הדברים. בעניין גניס הוסיף השופט

64 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 99–100 (2005).

65 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 76 לפסק דינו של השופט זמיר (1995).

חשין את הגישה הזאת בציינו כי "...בכריאתן של נורמות אל עולם הנורמות – הפרלמנט הוא כול-יכול. אזמל-מנתחים מקיז-דם אין – ומעולם לא היה – בידו של הפרלמנט, אך אזמל-מנתחים נורמטיבי היה, הווה ויהיה בידו כל הימים".⁶⁶

כאמור, גישתו של השופט חשין מתמקדת בהבחנה בין נורמות לעובדות (או מציאות). ואכן, לעיתים ניתן למצוא הוראות חוק שממחישות את ההבדל בין העולם הנורמטיבי לעולם הפיזי.⁶⁷ למשל, מורה המחוקק – ככלל פרשני – כי "האמור בלשון זכר – אף לשון נקבה במשמע, וכן להפך".⁶⁸ בכך הופך המחוקק – בעולם הנורמות – אישה לגבר וגבר לאישה. בדומה לזה, פקודת מס הכנסה מגדירה "אדם" – "לרבות חברה וחבר בני-אדם",⁶⁹ ואילו חוק הפרשנות קובע כי "האמור בלשון יחיד – אף לשון רבים במשמע, וכן להפך".⁷⁰ היות שהמחוקק שולט בעולם הנורמות, פעמים רבות הוא נותן למונחים מובנים השונים לחלוטין ממוכנס במציאות. לדוגמה, פקודת מסילת הברזל כוללת בהגדרתה "רכבת": "אניית קיטור וכלי שיט אחר",⁷¹ ופקודת החוק הפלילי משנת 1936 (שבוטלה), הגדירה "בהמה" "כל עוף, חיה, דג, רמש".⁷² דוגמה קיצונית ניתן למצוא בחוק עזר לאיגוד ערים רמת גן, בני ברק וגבעתיים (בתי מטבחים, בתי שחיטה ופיקוח וטרינרי) (פיקוח על כלבים), התשל"ח-1978 שבו "כלב" מוגדר "לרבות חתול או קוף". אנו מזכירים את הדוגמאות האלה מכיוון שהן כולן מניחות כהנחת יסוד בלתי מבוטאת את התזה בדבר המחוקק הכל-יכול. ברי כי מבחינה תיאורית, הגדרת כלב הכוללת "חתול או קוף", היא הבל הבלים. וברי כי כל הכוונה היא שלצורך תכלית החוק העירוני חתולים וקופים ייכללו בגדרי הוראות החוק וייחשבו ל"כלבים". אף אחד אינו מתכוון לומר כי במציאות קוף הוא סוג של כלב. ואכן, בעולם הנורמות נראה כי בהתנגשות בין המונח כפי שהוא במציאות לבין המונח כפי שמתואר בחקיקה – המונח בחקיקה גובר. לכן לא יהא טעם לערוך דין לטעון בפני בית משפט כי אין להחיל את הוראות חוק העזר על "קוף", שכן מבחינה מדעית אין מדובר ב"כלב". לצורך החוק יראו ב"קוף" "כלב".⁷³

עד כאן תיאור התפשטות הרעיון שלפיו בעולם הנורמטיבי המחוקק הוא כל-יכול. קביעה זו נטועה בהבחנה הדיכוטומית בין עולם הנורמות ובין המציאות. בפרק הבא נבקש לערער על הבחנה זו ולטעון כי זו אינה מוחלטת.

- 66 בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, פס' 38 לפסק דינו של השופט חשין (2000).
- 67 דוגמאות אלו הן מתוך יניב רוזנאי "כשהמחוקק אומר 'דג' – למה הוא מתכוון? על חשיבותן של ההגדרות בחקיקה" עיונים בשפה וחברה 5, 106, 117-120 (2012).
- 68 ס' 6 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.
- 69 פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961.
- 70 ס' 5 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.
- 71 ס' 18(א) לפקודת מסילת הברזל [נוסח חדש], התשל"ב-1972.
- 72 ס' 386(3) לפקודת החוק הפלילי, 1936 (שבוטל).
- 73 ראו F. Macagno, *Definitions in Law*, in BULLETIN SUISSE DE LINGUISTIQUE APPLIQUEE 99, 201-201 (2010).

ג. גבולות היכולת הקונספטואלית של המחוקק

פרק זה יסביר את הקושי שבהנחה כי המחוקק הוא כל-יכול מבחינה קונספטואלית. בתת-פרק 1 אנו טוענים כי הבעיה נובעת מהבחנה חדה מדי בין העולם הנורמטיבי לבין המציאות. מאחר שאין מחלוקת על כך שאנו יצורים מוגבלים מאוד בפועל, כל "חלחול" של המציאות אל תוך העולם הנורמטיבי תחליש את התזה שיכול להיות גוף כל-יכול בספרה כלשהי של החיים האנושיים. לאחר מכן, בתת-פרק 2, נציע תאוריה חלופית שמסבירה כיצד חקיקה משפיעה על עולם הנורמות. על מנת לבאר את התזה שלנו נשתמש בזרם כתיבה עכשווי בפילוסופיה של המשפט, המכונה Law as Morality, ובעברית, להלן: "משפט כמוסר".

בספרות הפילוסופית קיימות הבנות שונות של משפט כמוסר. לדוגמה, חלק מהתומכים בגישה זו סבורים כי מדובר בתאוריה של המשפט, כלומר בתזה שמסבירה מה הופך נורמה לנורמה משפטית (במובחן מנורמות של מדיניות, נימוס, מוסר וכו'). לעומתם, קיימים הוגים אשר סבורים כי מדובר בתאוריה אלימניטיביסטית, כלומר שהיא מייצגת כל תאוריה של המשפט, מאחר שהיא מסבירה שהחיפוש אחר תאוריה של המשפט – מיותר.⁷⁴ איננו מתכוונים להכריע במחלוקת הזו או במחלוקות פרשניות אחרות הנוגעות לטבע המדויק של משפט כמוסר. במקום זאת, אנו מקבלים את הנחות היסוד של משפט כמוסר, אך רק לצורך המצומצם של בחינת ההשפעה של המשפט על הספרה הנורמטיבית. הווה אומר: איננו תומכים (ולא שוללים) את הטענה שמשפט כמוסר הוא תאוריה טובה של המשפט בכללותו, כלומר תאוריה של טבע המשפט. כמו כן ברור לנו שמשפט כמוסר אינו תופס, ככל הנראה, את כל ההיבטים שבהם המשפט משפיע על העולם ומושפע ממנו: ייתכן מאוד שלמשפט יש השלכות נוספות על רבדים אחרים של הקיום האנושי (רבדים סמליים, כלכליים, אידאולוגיים וכו').⁷⁵ אנו מבקשים לחקור בצורה צרה רק את ההשפעה של חקיקה על הרובד הנורמטיבי מבלי להתחייב לעמדה תורת-משפטית רחבה יותר, ולדידנו ניתן לאמץ את המשפט כמוסר רק לשם משימה זו ולהשאיר את הוויכוח הרחב יותר על אודות הטבע של המשפט למועד אחר. יובהר כי לשיטתנו, העמדה שלנו אינה מחייבת אותנו לעמדה חד-משמעית בנוגע לשאלה התורת-משפטית הקלאסית: מה הופך נורמה לנורמה משפטית. השאלה שברצוננו לעסוק בה היא אחרת – מה הופך נורמה לאפקטיבית, כלומר לנורמה שמחוללת שינוי כלשהו בספרה הנורמטיבית. נורמה יכולה לדידנו להיות משפטית אבל לא אפקטיבית, ולהפך. לדוגמה, בהמשך נטען במפורש כי חלק מאותן נורמות שהמחוקק מבקש ליצור הן מחוץ לגבולות היכולת הקונספטואלית שלו. בכך אין בכוונתו לשלול את הטענה כי אותן נורמות הן "חלק מהמשפט" – ייתכן שניתן לראות בהן "חלק מהמשפט", לפי תאוריה פוזיטיביסטית, התאוריה של דוורקין או כל תאוריה אחרת (לדוגמה, מכיוון שהן התקבלו באופן שתואם את כלל ההכרה). הטענה שלנו היא שגם בהנחה שזוהו המצב,

74 ראו במקורות הנזכרים להלן בה"ש 98.

75 ראו למשל Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1995–1996).

הרי שאותן נורמות לא חוללו שינוי בפרופיל המוסרי של האנשים הנתונים לסמכות המחוקק, ומשום כך אין לראות בהן נורמות שיש להן השפעה על העולם. ובכיוון ההפוך, אדם יכול להורות הוראה נורמטיבית שאיננה חלק מהמשפט (לדוגמה: "תן לי את כל הכסף שלך"), אולם אף שהיא איננה "תקפה" מבחינה משפטית, היא אפקטיבית, במובן הזה שהיא משנה את מערך הטעמים לפעולה של האדם, לפחות בחלק ניכר מהמקרים. הוראה כזו איננה מחוץ לגבולות היכולת הקונסטואלית של האדם המאיים, והעובדה שהוא לא יצר הוראה משפטית מחייבת איננה מעלה או מורידה לעניין זה. אנו מבקשים אפוא להתבונן בשאלת יסוד פילוסופית אחרת מזו שנידונה בספרות הפילוסופית. הקושיה כיצד ניתן לדעת מהן הנורמות שהמשפט מקיף, לא תעסיק אותנו בגדרי חקירה זו.

לאחר הצגת משפט כמוסר בתת-פרק 2 נסביר, בתת-פרק 3, כיצד היא רלוונטית לחקיקה, ונטען כי הבנה של משפט כמוסר מאפשרת לנו לראות את גבולות היכולת של המחוקק.

1. ההבחנה החדה (מדי) בין הרצוי למצוי

ברור לכל כי בני אדם הם יצורים מוגבלים מאוד שחשופים לשרירות המקרה בעולם עצמו. הווה אומר, ברובד של המציאות אין אדם, או מוסד, כל-יכול. לפיכך המחשבה כי כוחו של המחוקק הוא בלתי מוגבל שואבת את כוחה מההפרדה ההרמטית בין המציאות לבין העולם הנורמטיבי. רק כינונו של עולם "טהור" שאינו מושפע מעובדות יכול לאפשר לבני אדם, כיחידים או מאורגנים במוסדות, להיות כל-יכולים. ההפרדה המודרנית בין המציאות לבין העולם הנורמטיבי מקורה בדיון של דיוויד יום על אודות "הכשל הנטורליסטי". יום גרס כי לא ניתן להסיק ישירות ממצב עובדתי כלשהו למסקנה נורמטיבית תקפה. במילים אחרות – לדעת יום, טיעון שמורכב מהנחות שהן עובדות בלבד אינו יכול להפיק מסקנה נורמטיבית:

בכל שיטות המוסר שנתקלתי בהן עד כה, שמת לי לב תמיד שהמחבר מתקדם זמן מה בדרך הטיעון השגרתית, כלומר מביא הוכחות לקיום האל, או מעיר הערות על דרכי בני האדם – והנה פתאום אני מופתע לגלות שבמקום האוגדים הרגילים במשפטים, "הוא" ו"אינו", אין לפניי אלא משפטים המחברים ב"צריך להיות" או ב"לא צריך להיות". זהו שינוי בלתי מורגש; ועם זה יש לו חשיבות מכרעת. כי מאחר שה"צריך להיות" או "לא צריך להיות" מבטאים יחס חדש, או קביעה חדשה, יש להעיר עליו ולהציע לו הסבר; ובד בבד יש לתת טעם לעובדה הבלתי נתפסת, כמדומה, שהיחס החדש הזה נגזר מיחסים אחרים השונים ממנו בתכלית.⁷⁶

יום סבר שמשפטים מהספרה התיאורית "שונים בתכלית" ממשפטים מהספרה הנורמטיבית. לדוגמה, משפטים כגון "גובהו של נפוליאון היה 1.60 מטר", או "סוקרטס היה חכם" נראים

76 ראו דיוויד יום מסכת על טבע האדם 393 (מרק שטיינר עורך, יפתח בריל מתרגם, 2013).

בעלי מבנה שונה ממשפטים כגון "נפוליאון היה אדם רע", או "סוקרטס לא היה צריך לשתות את כוס התרעלה". בפרט, מילים כגון "ראוי", או "צריך" (ought באנגלית), נראות בעיני יום כמאותות על סוג שונה של דיון אינטלקטואלי מזה שמייצרים מילים כגון "הוא" (is). יום הסיק כי "ראוי" ו"צריך" עוסקים בממד שונה של המציאות – הממד הנורמטיבי. ההבדל בין הרבדים השונים מתבטא בכך שלא ניתן להעמיד טיעון נורמטיבי על הנחות תיאוריות בלבד. כדי לבנות טיעון נורמטיבי תקף חייבת להיות הנחה נורמטיבית נוספת המסתרת ברקע ומאפשרת את הטיעון הנורמטיבי.⁷⁷ לדוגמה, מהעובדה שעישון מזיק לבריאות, או מכל עובדה אחרת בעניין עישון (או שילוב של עובדות), אי אפשר להסיק שראוי לא לעשן. מה שחסר בטיעון הוא הנחה נורמטיבית כגון "ראוי לא לעשות את מה שמזיק לבריאות". העובדות הקשורות לתוצאות העישון לבדן – פשוט אינן מספיקות כדי לבסס את המסקנה הנורמטיבית, מכיוון שתמיד אפשר לשאול: "אז מה? גם אם העישון מוביל ל-X, למה זה אומר שאני צריך לא לעשן?" כדי לענות על השאלה הזו צריך להסביר מדוע ראוי שלא להביא למצב שעובדתית ינבע מהפעולות שלנו, והסבר כזה הוא בהכרח נורמטיבי.⁷⁸ מאוחר יותר אימץ את הטיעון הזה הפילוסוף האנליטי G.E. Moore,⁷⁹ והוא נותר מקור פורה לדיון עד היום.⁸⁰

אם כן, כל הצעה שלפיה ההבחנה המושגית היסודית של יום בין עובדות לנורמות שגויה, או לא מדויקת, תהיה ככל הנראה הרסנית מבחינת התזה שלפיה המחוקק הוא כל-יכול. אילו היה אפשר להראות "חלחול" מן הנורמטיבי לתיאורי, כלומר שעובדות אינן עומדות בנפרד מנורמות (אף ששתיהן מופיעות בטיעון כהנחות שונות), וששתי הספרות קשורות בקשר הדוק מבחינה קונספטואלית, הרי שלא ניתן היה עוד לבודד מתחם של פעולה אנושית בלתי מוגבלת. ואכן, מספר פילוסופים מודרניים תקפו את ההבחנה היומאנית החדה בין הראוי למצוי. על מנת שלא להלאות את הקורא נסתפק בהבאת שני כיווני מחשבה שמערערים את ה"טוהר" של הספרה הנורמטיבית. מטבע הדברים איננו מעוניינים להיכנס בסד הוויכוח הפילוסופי המורכב שמתקיים בסוגיות אלה עד היום. מטרתנו צנועה יותר, והיא כפולה: ראשית אנו מבקשים להראות שיש בסיס סביר לספק בדבר הנחות היסוד הפילוסופיות שעליהן מושתתת התזה בדבר המחוקק הכל-יכול; שנית, נשתמש בכיוון התקיפה על ההבחנה בין הרצוי למצוי, שבו נדון מיד, כדי להתניע מהלך פילוסופי פוזיטיבי ועצמאי, שיבאר מדויק יותר את גבולות היכולת הקונספטואלית של המחוקק.

ההתקפה הראשונה על ההבחנה בין המציאות לבין העולם הנורמטיבי רחבה בהיקפה, ומטרתה להראות שהרעיון של "עובדה" גרעינית ופשוטה, שהיא מנותקת מכל הקשר נורמטיבי,

77 לניתוח ערכני ראו R.E. Creel, *The Is-Ought Controversy*, in DAVID HUME: CRITICAL ASSESSMENTS vol. 4, 517 (Stanely Tweyman ed., 1995).

78 הניסוח כאן עסק בתוצאות, אבל מובן שהרעיון הזה חל גם על הסברים מוסריים אחרים, כגון הסברים דאונטולוגיים.

79 ראו G.E. MOORE, *PRINCIPIA ETHICA* (rev. ed. 1993).

80 ראו למשל The Is-OUGHT QUESTION (W.D. Hudson ed., 1969). לדיונים עכשוויים יותר ראו למשל את המקורות להלן בה"ש 81, 88–89, 92, 94.

הוא חסר שחר. נקודת המוצא לעמדה זו היא קונסטרוקטיביזם, כלומר התזה שלפיה המציאות מתווכת לנו באמצעות סכמה קונסטרוואלית שדרכה אנו רואים את העולם.⁸¹ על פי הקונסטרוקטיביזם, העולם אינו מציג את עצמו לפנינו כשהוא כבר מקוטלג וארוז ביחידות אונטולוגיות נקיות, אלא אנחנו במידה רבה מסנתזים את המציאות באמצעות בחירת הסכמה המושגית שדרכה אנחנו תופסים את העולם. הסכמות הללו הן קונטינגנטיות, במובן זה שאין משהו בעולם עצמו שמכריח אותנו לקבל סכמה אחת ולא אחרת.⁸² לדוגמה, על פי סכמה מושגית "קלאסית" (מה שמכונה *common sense*), אנחנו יכולים לראות בשולחן ובכיסא שלפנינו שני עצמים.⁸³ אולם סכמה מושגית של פיזיקה קוונטית תראה מספר עצמים שונה לגמרי באותה הסיטואציה ותכחיש את דרך הקטלוג הרגילה כמדויקת. השאלה כמה עצמים לפנינו במנותק מהסכמה המושגית שאנחנו מאמצים – נראית לקונסטרוקטיביסטיים חסרת משמעות.⁸⁴

הבחירה הקונסטרוואלית שלנו קובעת אפוא במידה רבה אילו "עצמים" אנחנו בונים מתוך רשמי החושים המקיפים אותנו. בהתאם לכך, קונסטרוקטיביסטיים מכחישים את הרעיון שקיימות עובדות "פשוטות", מנותקות-הקשר ("The myth of the given"),⁸⁵ וטוענים שלא ניתן לדבר על תיאורים ניטרליים של העולם, מכיוון שכל תיאור הוא תלוי-סכמה-קונסטרוואלית:

the idea that "object" has some sense which is independent of how we are counting objects and what we are counting as an "object" in a given situation is an illusion.⁸⁶

התזה הזו חשובה לענייננו מכיוון שסכמות קונסטרוואליות אינן נבחרות סתם כך, אלא אנחנו מאמצים אותן משיקולים נורמטיביים. כדי לראות מדוע, חשבו על הדרך שבה המדע המודרני מתקדם. המדע הוא דוגמה טובה כי על פני הדברים הוא פרדיגמה לצבירת מידע שאיננו נורמטיבי. אולם במחשבה שנייה אנו מוצפים בהרבה מאוד מידע, והמדע מתמקד רק בחלק קטן מאוד בו. אילו היה המדע מעוניין רק בהגדלת הידע שלנו על העולם, היה ניתן להתמקד בסט ענק של עובדות שהן זמינות לנו אך איננו נותנים עליהן את הדעת כלל וכלל. לדוגמה, זו עובדה שהאות הראשונה בפסקה הזו היא בצבע שחור; האות השנייה בפסקה הזו היא בצבע שחור;

81 ראו NELSON GOODMAN, *WAYS OF WORLDMAKING* (1978); HILARY PUTNAM, *REALISM WITH A HUMAN FACE* (J. Conant ed., 1990).

82 למעשה הטענה היא רדיקלית יותר. קונסטרוקטיביסטיים חושבים שהרעיון של "עצם" או "אובייקט" הוא קונסטרוקציה אנושית קונטינגנטית.

83 כמובן, גם המשמעות של המונח "כיסא" אינה פשוטה ומצריכה הבניה חברתית המורכבת ממאפיינים הגדרתיים בצירוף מידע המבוסס על פרוטוטיפ. ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 67, בעמ' 110–114.

84 לדיונים דומים ראו W.V. QUINE, *PURSUIT OF TRUTH* (rev. ed. 1992).

85 ראו WILFRID SELLER, *EMPIRICISM AND THE PHILOSOPHY OF MIND* (Robert Brandom ed., 1997).

86 Hilary Putnam, *Irrealism and Deconstruction*, in *STARMARKING: REALISM, ANTI-REALISM, AND IRREALISM* 179, 188 (P.J. McCormick ed., 1996).

האות השלישית... וכו' וכו'. אך איננו מעוניינים רק בצבירת מידע גרידא אלא במידע חשוב, כיווני, מעניין או בעל משמעות עבורנו. לכן אנחנו מתמקדים בשאלה כיצד ניתן להתפיל מים ולגרום למטוסים לטוס ולא במיקום החפצים במשרד שלנו, אף שגם כאן וגם כאן מדובר בעובדות. אך "חשוב", "כיווני" או "מעניין" הם כמובן מושגים נורמטיביים.⁸⁷ אנו מסווגים את כיווני החקירה שלנו לפי האינטרסים והרצונות שלנו, ובכך מפעילים שיפוט נורמטיבי על מנת ללקט עובדות, לסווג אותן ולהעמיד אותן במצב שבו ניתן לדבר עליהן: "science itself presupposes values [which] are in the same boat as ethical values with respect to objectivity".⁸⁸

יוצא מכך שמשפטים תיאוריים, אף שנראה שאין בהם תוכן נורמטיבי, הם למעשה תוצאה של תהליך שהוא נורמטיבי במידה רבה. על כן לא ניתן להבחין בין הספרה הנורמטיבית לבין הספרה של המציאות.⁸⁹ מסקנה זו רלוונטית לענייננו מהטעם הזה: אם הספרה התיאורית היא גם נורמטיבית במובלע, ואם אנחנו מוגבלים במישור המציאות, כפי שכולם מניחים, הרי שאי אפשר להמשיך ולחשוב שקיים מישור נורמטיבי "טהור" שבו יכול להיות סוכן אנושי שיהיה בלתי מוגבל. שתי הספרות – המציאות ועולם הנורמות – קורסות אל תוך מבנה אחד שבו ברי כי חלות על בני אדם הגבולות רבות.

ההתקפה הראשונה על ההבחנה של יום היא שאפתנית, משום שהיא מביאה לתוצאה שכל עובדה קשורה לעולם הנורמטיבי. ההתקפה השנייה צנועה יותר ומתמזה במסקנה שחלק מהעובדות מקפלות בתוכן גם השלכות נורמטיביות מיידיות. גם תזה כזו מספיקה לחבר מחדש את העולם הנורמטיבי אל המציאות בצורה שתאיים על תזת המחוקק הכל-יכול, ובמיוחד מכיוון שהעובדות שבהן מתרכזת ההתקפה השנייה רלוונטיות במיוחד לענייננו.

שני פילוסופים העלו טענות דומות בהקשר זה: ראשית, ג'ון סיריל טען כי קיימות עובדות מוסדיות, כלומר עובדות שקשורות לכניסה למוסדות חברתיים מוכרים.⁹⁰ מוסדות אלה לעיתים

87 ראו John H. Zammito, *The 'Last Dogma' of Positivism: Historicist Naturalism and the Fact/Value Dichotomy*, 6 JOURNAL OF THE PHILOSOPHY OF HISTORY 305 (2012)

88 HILARY PUTNAM, *THE COLLAPSE OF THE FACT-VALUE DICHOTOMY AND OTHER ESSAYS* 4 (2003).

89 HELEN LONGINO, *SCIENCE AS SOCIAL KNOWLEDGE: VALUES AND OBJECTIVITY IN SCIENTIFIC INQUIRY* (1990); HELEN LONGINO, *THE FATE OF KNOWLEDGE* (2002); ROGER SMITH, *BEING HUMAN: HISTORICAL KNOWLEDGE AND THE CREATION OF HUMAN NATURE* (2007); Stig Jørgensen, *Language and Reality, Law, Life and the Images of Man*, Festschrift for Jan Broekman 121 (1996).

90 ראו John Searle, *How to Derive 'Ought' From 'Is'*, 73 THE PHILOSOPHICAL REVIEW 43, 55–56 (1964): "the statements containing words such as 'married', 'promise', 'home run', and 'five dollars' state facts whose existence presupposes certain institutions: a man has five dollars, given the institution of money. Take away the institution and all he has is a rectangular bit of paper with green ink on it. A man hits a home run only given the institution of baseball; without the institution he only hits a sphere with a stick. Similarly, a man gets married or makes a promise only within the institutions of marriage and promising. Without

מקפלים בתוכם משמעויות נורמטיביות כחלק מכוונן מהדרך שבה הן בנויות. לדוגמה, חשבו על המוסד החברתי של כדורגל. מן העובדה (התיאורית לחלוטין) שהשופט הוציא כרטיס אדום ל־א נובעת, לדעתו של סיריל, המסקנה הנורמטיבית שראוי ש־א ירד מהמגרש. א אינו יכול להתגונן בטענה כי הוצאת הכרטיס האדום היא עובדה בעולם, וככזו היא איננה קשורה לשאלה מה ראוי שהוא יעשה, מכיוון שזו שאלה נורמטיבית. הסיבה לכך שתגובה כזו נראית לנו מוזרה ושגויה היא שחלק מהכללים הקונסטיטוטיוויים של כדורגל קובעים שלהחלטות השופט יש השלכות נורמטיביות.⁹¹ בהקשר זה יודגש כי הטיעון של סיריל הוא שהמושג של "מוסד" מקפל בתוכו ערכוב של נורמות ועובדות בצורה שאינה מאפשרת להבחין ביניהם – אי אפשר להבין את המוסד במנותק מן העובדות ומן הנורמות שמרכיבות אותו, ואי אפשר להבין עובדות מוסדיות במנותק מהנורמות שבתשתיתן. הטיעון הוא שמושג הניתוח הראשוני שרציונלי לנתח בהקשר זה הוא המוסד עצמו ולא "חלק" בו (לכאורה עובדה או נורמה), מכיוון שאלה אינן בנות־המשגה (unintelligible) במנותק מהחלקים האחרים שבהן.

דוגמה נוספת שבה סיריל משתמש היא הבטחה. העובדה ש־א הבטיח ל־ב לשלם לו 100 שקלים, נשארת לכאורה בגדר מישור המציאות והיא אינה טענה במישור הנורמטיבי. אולם הכניסה המודעת לתוך המוסד החברתי של הבטחה מקפלת בתוכה, לדעת סיריל, משמעות נורמטיבית ישירה, מכיוון שחלק מהכללים הקונסטיטוטיוויים של מוסד ההבטחה כוללים עיקרון נורמטיבי שלפיו אדם שמבטיח דבר מה – ראוי שיקיים את הבטחתו.⁹² כלומר, אם א הבטיח הבטחה, והוא עכשיו נדרש לקיים אותה, הוא אינו יכול להתגונן באמירה שעובדת ההבטחה היא במישור התיאורי, ואין שום קשר בין התיאורי לנורמטיבי.⁹³ כך, הרעיון של כלל קונסטיטוטיובי למוסד החברתי, שהוא נורמטיבי, מסלק את הפער בין התיאורי לנורמטיבי. אלסדיר מקינטייר העלה טענות דומות, אך ניסח אותן מעט שונה. לדידו של מקינטייר (שממשיך במידה רבה את אריסטו בהקשר זה), מושגים רבים נראים תיאוריים "נקיים", אך הם למעשה מקפלים בתוכם רכיב בלתי נפרד של הערכה נורמטיבית. ספציפית, רבים מהמושגים שלנו הם מושגים פונקציונליים, כלומר הם מסבירים אובייקט על ידי ביאור הפונקציה שאותו אובייקט אמור לשרת. על כן הם כוללים התייחסות לדרך הנכונה או הטובה של תפקוד מבחינתו של אותו אובייקט, מה שכמובן מסתיר רכיב נורמטיבי מפורש. לדוגמה, מקינטייר חושב שאי אפשר להסביר מהו שעון מבלי להתייחס לפונקציות שאותן הוא אמור למלא. לדוגמה, שעון

them, all he does is utter words or makes gestures. We might characterize such facts as
institutional facts, and contrast them with noninstitutional, or brute, facts"

91 מה שחשוב בסיטואציה הזו הוא העובדה של הוצאת הכרטיס האדום ולא שום דבר אחר נורמטיבי, כגון שהשופט סבור שראוי ש־א ירד מהמגרש, או משהו דומה.

92 ראו JOHN SEARLE, SPEECH ACTS 132–136, 175–198 (1970). לתיאור מודרני ואוהד של התאוריה הזו ראו Frank Hindriks, *Collective Acceptance and the Is-Ought Argument*, 16 ETHICAL THEORY & MORAL PRACTICE 465 (2013).

93 התאוריה הזו מזכירה את "תאוריית ההבטחה" של צ'רלס פריד. ראו CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE (2nd ed. 2015).

אמור להראות את השעה, לעבוד רוב הזמן, להיות קל מספיק כדי לשאת אותו לתקופה ממושכת וכו'. אך מרגע שהגדרה של שעון מכילה רכיב פונקציונלי כזה, הרי שהמושג שלנו של שעון מתייחס גם לרעיון של שעון טוב, כאשר "טוב" הוא הערכה נורמטיבית של אותו המושג.⁹⁴ בדומה לזה, גם "חקלאי" הוא מושג פונקציונלי בעיני מקינטייר, במובן זה שהרעיון של מהו חקלאי מסתמך על הפונקציות שחקלאי ממלא ברגיל. לפיכך אנו מתייחסים בהכרח גם לרעיון של חקלאי טוב כרכיב בתיאור שלנו את מושג החקלאי. יוצא מכל זה שמתוך העובדה ש-א הוא חקלאי ניתן להסיק מסקנות נורמטיביות, לדוגמה שראוי ש-א ינהג בצורות מסוימות, שהן התכלית של כל פעולה חקלאית טובה.⁹⁵ דבריו של מקינטייר על הנושא מזכירים מאוד את הטיעון של סיריל על אודות הקשר שבין פרקטיקות לבין משמעויות נורמטיביות:

A practice involves standards of excellence and obedience to rules as well as the achievement of goods. To enter into a practice is to accept the authority of those standards and the inadequacy of my own performance as judged by them. It is to subject my own attitudes, choices, preferences and tastes to the standards which currently and partially define the practice.⁹⁶

אם כן, ההתקפה השנייה על ההבחנה של יום מסתמכת על הרעיון שפרקטיקות אנושיות רבות יכולות לייצר משמעויות נורמטיביות ישירות, ובכך לערער את העצמאות של הרובד הנורמטיבי. לכך יש משמעות דרמטית לשאלת גבולות היכולת הקונספטואלית במישור הנורמטיבי. ניטול לדוגמה אדם, א, שהופך להורה. על פי מקינטייר וסיריל, הורות היא (ככל הנראה) מוסד, או מושג פונקציונלי, וככזה היא מייצרת חובות נורמטיביות ישירות בעצמה. א אינו רשאי אפוא להמשיך כאילו מבחינה נורמטיבית "הכול כרגיל" – העולם הנורמטיבי שלו השתנה, אבל לא בעקבות הפעלת הרצון שלו (אדם יכול להפוך להורה גם בלי רצונו במקרים מסוימים) אלא בעקבות עובדות מסוימות בעולם, שמשנות את החובות המוסריות החלות עליו. אותו היגיון יכול, עקרונית, לחול על המחוקק, בצורה שתביא לכך שהמחוקק יתואר כחלק מרשת עובדתית-נורמטיבית מורכבת שאיננה תלויה רק בו. ואכן, בחלקים הבאים נמשיך לפתח את התזה הזו על מנת לבאר את גבולות היכולת הקונספטואלית של המחוקק.

כסיכום ביניים, הרעיונות היסודיים שאנו מבקשים ליטול מתת-הפרק הנוכחי הם אלה: קיימים קשרי גומלין מורכבים בין המציאות לבין עולם הנורמות, במובן זה שפעולה במציאות יכולה לחולל שינוי בעולם הנורמות. בעקבות זאת, השאלה מהם גבולות היכולת של כל סוכן

94 ראו ALASDAIR MACINTYRE, AFTER VIRTUE 58 (3rd ed. 2007).

95 שם, בעמ' 188. מה שמקינטייר טוען לו הוא שלפרקטיקות אנושיות יש "goods internal to the practice", כלומר ערך מוסרי שהוא פנימי לאותה פרקטיקה שראוי שאותה פרקטיקה תמלא.

96 שם, בעמ' 190.

אנושי (כולל המחוקק) אינה יכולה להישאל על עולם הנורמות או המציאות, בנפרד, ויש לבחון כיצד פעולות במציאות מחוללות שינוי בפועל בעולם הנורמות.⁹⁷

2. כיצד חקיקה משפיעה על עולם הנורמות?

אנו מבקשים, כעת, לקדם טיעון פוזיטיבי שנשען בצורה חלקית על התוכנות של סיריל ומקינטייר ומשלב אותן עם זרם הכתיבה בפילוסופיה של המשפט המכונה משפט כמוסר. מדובר בתאוריה שמקבלת הרבה תשומת לב אינטלקטואלית בשנים האחרונות, ותאורטיקנים בולטים רבים מביעים בה תמיכה.⁹⁸ בתת-פרק זה נסכם את העקרונות של משפט כמוסר מבלי להיכנס לעובי הקורה בכל הקשור לניואנסים שמאפיינים תיאורים שונים של התאוריה. הסקירה שלהלן מוגבלת ללב התאוריה שמקובלת, כך נראה, על חלק הארי של הכותבים בתוך הזרם. תאוריית משפט כמוסר מניחה שגם במנותק מהמשפט, חלות על בני אדם ברגיל נורמות מוסריות מסוגים שונים: ראשית, חובות מוסריות, כגון החובה להימנע מפגיעה באחרים ללא הצדקה או החובה הפוזיטיבית לנסות לסייע לאדם שנמצא בסכנת חיים, ככל שהדבר אפשרי; שנית, הרשאות, כלומר נתיבי פעולה שהם מותרים מבחינה מוסרית (אין חובה לבצע אותם ואין

97 בהנחה שהטיעון שלנו משכנע, כלומר כי הראינו שעובדות הן גם נורמטיביות, אין צורך לדעתנו לבחון את "כיוון ההשפעה" בין העובדתי לבין הנורמטיבי (הווה אומר, אין צורך להראות כיצד העובדתי משפיע על הנורמטיבי). הטעם לכך הוא שהטענה שלנו מקריסה את ההבחנה החדה בין עובדה לנורמה, שעליה מתבססות שאלות של "כיווני השפעה".

98 Mark Greenberg, *The Standard Picture and its Discontents*, OXFORD STUDIES IN PHILOSOPHY OF LAW 1, 39–104 (Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011); Mark Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, 123 YALE L.J. 1288 (2014); Steven Schaus, *How to Think About Law as Morality: A Comment on Greenberg and Hershovitz*, 124 YALE L.J. F. 224 (2015); FREDERICK SCHAUER, *THE FORCE OF LAW* (2015); Lewis A. Kornhauser, *Doing Without the Concept of Law*, (New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Working Paper no. 15–33, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2640605); Scott Hershovitz, *The End of Jurisprudence*, 124 YALE L.J. 1160 (2015); Mark Greenberg, *How to Explain Things with Force*, 129 HARV. L. REV. 1932 (2016) ג'רמי וולדרון מביע תמיכה בתאוריה הזו ומספק פרשנות של דוורקין שהופכת גם אותו לתומך במשפט כמוסר, ב: Jeremy Waldron, *Jurisprudence for Hedgehogs* (New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Working Paper no. 13–45, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309). דוד אנוך גם הוא מביע תמיכה (מסויגת) בתאוריה ב: David Enoch, *Reason-Giving and the Law*, 1, 35 OXFORD STUDIES IN THE PHILOSOPHY OF LAW (Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011); David Enoch, *Is General Jurisprudence Interesting?*, https://www.academia.edu/11623290/Is_General_Jurisprudence_Interesting? מכיוון שאנו מקבלים את לוז הביקורת של אנוך על המשפט אינו מייצר רק טעמים מוסריים (ראו להלן ה"ש 100 והטקסט הצמוד לה), אנו רואים גם בו תומך בגישה שאנו מציגים כאן. באשר לשוואר, הוא מאמץ גישה דומה לזו של גרינברג אך סבור שהמשפט עושה לרוב הבדל נורמטיבי באמצעות טעמים פרודנטיים מאשר על ידי שימוש בטעמים מוסריים. ההבדל הזה איננו רלוונטי לטענות שלנו במאמר הזה.

חובה להימנע מהם). כל אלו הן נורמות שחלות ישירות על בני אדם בלא כל קשר למשפט, והן לרוב כלליות מאוד ומנוסחות ברמת הפשטה גבוהה.⁹⁹

בצורה מצרפית, ניתן לדבר על הפרופיל המוסרי של אדם כסך כל החובות וההרשאות המוסריות שיש לו ברגע נתון. לכל אדם יש פרופיל מוסרי שונה, כפונקציה של נסיבות חייו, מאחר שחובות מוסריות הופכות לקונקרטיות בהינתן עובדות מסוימות ש"מפעילות" אותן (מה שמכונה במשפט כמוטר *triggering*). "הפעלה" של חובה היא הפיכת החובה לאופרטיבית בסיטואציה הרלוונטית, או בניסוח טכני – הופעתו של טעם קונקרטי לפעולה (*reason for action*) שמורכב מחובה כללית ומנסיבות ספציפיות שהופכות את החובה לרלוונטית. לדוגמה, נניח שקיימת חובה כללית לנהוג בהגינות ובכבוד באנשים אחרים. כשאדם מסוים (א) מבטיח הבטחה, החובה לנהוג בהגינות ובכבוד "מופעלת" והופכת לטעם קונקרטי לפעולה – הטעם לקיים את ההבטחה (כאמור, אצל סיריל החובה המוסרית "מופעלת" משום שהבטחה היא עובדה מוסרית, אבל השוני בתיאור הזה אינו רלוונטי לענייננו). על כן, אף שהחובה המוסרית העקרונית שחלה על א זהה לזו שחלה על ב, הפרופיל המוסרי של א שונה מזה של ב, כי ל-א יש טעם קונקרטי נוסף – לקיים את ההבטחה – של-ב אין. הסיבה לכך עובדתית: א הבטיח הבטחה ש-ב נמנע מלהבטיח. במילים אחרות, במישור הנורמטיבי יש הבדל בין א ל-ב, וההבדל נובע מכך שהעובדות הנכונות ל-א שונות מאלה הנכונות ל-ב. ההבדל הגדול בין א ל-ב הוא במישור העובדתי, והעובדות משנות לבדן את הפרופיל המוסרי הרלוונטי.

כבר כאן אנו יכולים לראות כיצד התאוריה הזו מתקשרת לרעיונות של מקינטייר וסיריל שנסקרו בתת-הפרק הקודם, שכן גם לדידם הכניסה – העובדתית – למוסד ההבטחה היא שמחוללת שינוי בעולם הנורמות. אך משפט כמוסר רחבה יותר, מכיוון שהיא מניחה שניתן להפוך נורמות מוסריות לקונקרטיות גם מבלי להיכנס למוסד חברתי. לדוגמה, החובה המוסרית הכללית שיש לנו לעזור לאחרים הופכת לטעם מעשי לפעולה כאשר אנו רואים אדם טובע בנהר, ואנו סבורים שאנו יכולים להציל אותו מבלי לסכן את חיינו. כאן אין מוסד שאנו נכנסים לתוכו במודע וברצון, והחובה המוסרית "מופעלת" ישירות על ידי העובדות שמתקיימות בענייננו ושאונו פסיביים בעניינן (לא בחרנו לראות את האדם טובע).

ככלל, ניתן לומר שכל טעם מוסרי קונקרטי, כלומר *reason*, לעשות או להימנע מעשיית דבר – מה – נובע מחובה מוסרית כללית, שהופכת לאופרטיבית בנסיבות החיים הקונטינגנטיות שלנו. ואף שלכולנו פרופיל מוסרי עקרוני זהה, במובן זה שלכולנו יש חובה עקרונית לנהוג בהגינות,

99 משפט כמוסר אינה דורשת החזקה בתאוריה מטא-אתית מסוימת. היא עובדת עם האינטואיציה שאנו מחויבים לסטנדרטים מוסריים מסוימים ביחס שלנו לאחרים, היא הניתוח המטא-אתי של החובות האלה אשר יהא. היחידים שיכחישו את משפט כמוסר על בסיס התיאור שלה את המוסר הוא מי שמכחיש את קיומן של חובות מוסריות בכלל. ראו לדוגמה RICHARD JOYCE, *THE MYTH OF MORALITY* (2001); Richard Joyce, *Morality, Schmorality, in MORALITY AND SELF-INTEREST* 51 (Paul Bloomfield ed., 2007); John P. Burgess, *Against Ethics*, 10 *ETHICAL THEORY AND MORAL PRACTICE* 427 (2007). כאן אנו מניחים שהתיאור של משפט כמוסר את החובות המוסריות שלנו הוא סביר והגיורי.

לא לפגוע באחר וכו', במציאות הטעמים ה"מופעלים" – אלו שרלוונטיים לנו כאן ועכשיו – שונים מאדם לאדם, מכיוון שאנשים חווים נסיבות עובדתיות שונות. זה המקום לציין שהפרופיל המוסרי שלנו מכיל גם סט נוסף של טעמים נורמטיביים לפעולה מלבד אלו המוסריים. הטעמים הללו הם טעמים פרודנטיים (prudent reasons), כלומר טעמים של אינטרס-עצמי. לדוגמה, ל"א יכול להיות טעם פרודנטי להימנע מאכילת מאכלים חלביים מכיוון שהוא אלרגי לחלב, ול"ב יכול להיות טעם פרודנטי לצאת לטיול שטח בסוף השבוע הקרוב, מכיוון שהוא אוהב במיוחד טיולי שטח. אלו אינם טעמים מוסריים, מכיוון שהם אינם כלליים ואינם קשורים לעיקרון מוסרי. במקום זאת מדובר בטעמים שמתגבשים רק אם ידוע של"א ר"ב יש טעם כללי לשמור על האינטרס הפרטי שלהם ולקדמו, בצירוף עובדות מסוימות על אודות ההעדפות שלהם. טעמים פרודנטיים הם הכרחיים על מנת שנוכל לתאר את המצב הנורמטיבי הרגיל שחל עלינו בצורה מציאותית, שכן אנו יצורים בעלי רצונות ודחפים ואיננו פועלים אך ורק לפי החובות המוסריות החלות עלינו. אבל גם כאן המבנה הנורמטיבי זהה: לבני אדם יש טעם כללי (במקרה הזה, לדאוג לרווחה הפרטית שלהם), והוא "מופעל" בהינתן עובדות מסוימות (כגון אלרגיה לחלב או אהבה לטיולי שטח).¹⁰⁰ במובן הזה, הפרופיל המוסרי הוא לא רק מוסרי – הוא מכיל יותר מטעמים מוסריים לפעולה – והוא למעשה הפרופיל של כל הטעמים הנורמטיביים שיש להם משקל בהנחיית הפעילות שלנו. אנו משתמשים במונח "פרופיל מוסרי" מכיוון שזהו המונח המקובל בזרם כתיבה זה, אך אנו מדגישים שגם טעמים פרודנטיים מרכיבים את הפרופיל המוסרי.

כיצד קשור התיאור המורכב הזה למשפט? הרעיון של פרופיל מוסרי מספק לנו מסגרת מושגית כדי להבין מהי השפעתו של המשפט על העולם הנורמטיבי. ההנחה של משפט כמוסר, שאנו מקבלים, היא שהיקף ההשפעה של נורמות משפטיות מוגבל ליכולת שלהן לשנות את הפרופיל המוסרי. המשפט מחולל שינוי בעולם הנורמות לא בשינוי הנורמות המוסריות הבסיסיות עצמן – אלו כאמור חלות במנותק מהשאלה מהו המצב המשפטי – אלא באמצעות שינוי הפרופיל המוסרי של הפרטים.¹⁰¹ הדרך לעשות זאת היא באמצעות מניפולציה של עובדות בעולם בדרכים מגוונות, בצורה ש"מפעילה" חובות מוסריות או טעמים של אינטרס עצמי:

100 להבחנה בין טעמים לפעולה מסוגים שונים ראו למשל JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS (2002).

101 בחלק מן הפעמים היכולת לשנות טעמים פרודנטיים תעבור גם דרך הרשות המבצעת, האוכפת את הנחיות הרשות המחוקקת. אולם יש לתת את הדעת לכך שלפחות בחלק גדול מן המקרים שבהם הרשות המבצעת פועלת, או מאיימת לפעול, הסיבה היא שהיא קיבלה הוראה לפעול כך מן המחוקק. מדוע שהרשות המבצעת תטיל קנס על אדם שנוהג במהירות של יותר מתשעים קמ"ש בכביש מסוים? התשובה לכך היא שקיים חוק אשר אוסר על התנהגות כזו. לפיכך כאשר נחקק החוק בדבר איסור על נסיעה במהירות של יותר מתשעים קמ"ש, הוא משנה את הטעמים הפרודנטיים לפעולה (נוסף אולי על טעם מוסרי לפעולה) – מכיוון שהפרט עתה מבין כי החוק מטיל על הרשות המבצעת הנחיות מסוימות שיכולות להיות רלוונטיות לו. הקשר הסיבתי עובר אפוא גם דרך הרשות המחוקקת וגם דרך הרשות המבצעת.

“legal institutions can take actions that change the relevant circumstances. Given various background moral principles, these changes in circumstances generate changes in the moral profile”¹⁰².

כדי להסביר את הרעיון הזה, ניטול דבר-חקיקה ונסביר מהו היקף ההשפעה הנורמטיבית שלו על פי משפט כמוסר.¹⁰³ הדוגמה הזו תמחיש כיצד משפט כמוסר מספק לנו כלי לבחון את השפעתו של המחוקק על העולם הנורמטיבי.

הניחו אפוא חוק תנועה שקובע מהירות מרבית של 90 קמ"ש בדרך מסוימת. כיצד ניתן להבין את השפעתו של החוק על עולם הנורמות? על פי משפט כמוסר, החוק משנה את הפרופיל המוסרי שלנו בשתי צורות: ראשית, החוק עושה קונקרטיזציה לחובה המוסרית הבסיסית שלנו לפעול בזהירות ולא לסכן אחרים יותר מן הנדרש. חובה זו קיימת במנותק מהמשפט, אך היא כללית מאוד. קביעת המהירות המותרת איננה מייצרת מעצמה נורמה יש מאין, אלא חשיבותה בעובדות שהיא משנה (הווה אומר: חשיבותו של החוק היא בשינוי המציאות ולא בשינוי העולם הנורמטיבי ישירות).¹⁰⁴ כעת, בשל הידיעה שלנו על רמות הציות הגבוהות של כלל האוכלוסייה לחוק, בצירוף העובדה החדשה של חקיקת החוק, נוצר לנו טעם לתאם את הפעילות בכביש המסוים הזה בניסיון לשמור על ביטחון הנהגים כולם. השתתפות במאמץ התיאום על מנת להימנע מפגיעה בבני אדם הופכת לחובה מוסרית קונקרטית להימנע ממעבר על המהירות המותרת, שכן ברי כי נסיעה בכביש שבו תנאי הנהיגה הם מתואמים תהיה בטוחה יותר. על כן נוצר טעם לנהוג לפי החוק, אבל לא משום שהחוק יצר נורמה משפטית חדשה שלא הייתה קיימת קודם לכן, אלא מכיוון שהוא אימץ נתיב פעולה מסוים שמתאם את הפעילות בכביש, ועובדה זו "מפעילה" את (עושה triggering ל-) החובה הכללית לנהוג בזהירות במגענו עם אחרים.

דרך שנייה שבה החוק משנה את הפרופיל המוסרי עוברת דרך טעמים פרודנטיים. עבור מי שמבקש להימנע ממגע מיותר עם רשויות החוק נוצר טעם פרודנטי להימנע מנסיעה במהירות הגבוהה מן המהירות המותרת באותו מקטע בכביש. גם במקרה הזה הטעם החדש שנוצר איננו יש מאין, אלא הוא קונקרטיזציה של הטעם הפרודנטי שיש לנו לקדם את רווחתנו האישית.¹⁰⁵ וגם כאן מקור השינוי הוא בשינוי המציאות – כעת אנו יודעים לנבא, תיאורית, בדרגת הסתברות גבוהה, שהתנהגות מסוימת (נהיגה מהירה מ-90 קמ"ש) תביא לתוצאה מסוימת (קנס או עונש אחר). הדבר משפיע ישירות על הטעמים הפרודנטיים שלנו לפעולה.

102 Greenberg, *How to Explain Things with Force*, לעיל ה"ש 98, בעמ' 1964.

103 לדוגמה נוספת דומה (בתחום דיני המיסים) ראו שם, בעמ' 1965.

104 יש להזכיר כמובן כי חריגה ממהירות נהיגה נחשבת *Mala prohibita* ("רעות כי נאסרו") ולא *Malum in se* ("רעות כשלעצמן"), כגון רצח, אונס, גנבה, שבהן קיימת חובה קונקרטית פרה-משפטית למנוע אותן, והמשפט מוסיף להן חובה פרודנטית. להבחנה בין סוגי העבירות ראו למשל ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק, פ"ד מט(5) 705 (1996).

105 לדיון נרחב יותר ראו Ben-Zvi, לעיל ה"ש 25.

אם כן, החוק אכן מחולל שינוי נורמטיבי ניכר, מכיוון שהוא משנה את תוכן הפרופיל המוסרי של אזרחים רבים בצורות מגוונות. העולם הנורמטיבי אפוא השתנה בעקבות החוק.¹⁰⁶ תיאורית משפט כמוסר נותנת לנו הסבר כללי בנוגע לדרך שבה מעשי משפט (פסקי דין, הוראות אדמיניסטרטיביות, חוקים וכו') משפיעים על העולם הנורמטיבי. על מנת לבדוק מה ההשפעה של מעשה משפט פלוני על עולם הנורמות, יש לבחון אילו נורמות כלליות – בין מוסריות ובין פרודנטיות – הוא "מפעיל", וזאת באמצעות שינוי נתוני היסוד במציאות. אך כיוון ההסבר איננו ממעשה המשפט ישירות אל הנורמה החדשה:

חוק חדש ← נורמה חדשה בעולם הנורמות

הסבר על פי הסכמה שלמעלה יניח, בטעות, כי אפשר לתאר את עולם הנורמות בצורה שמנותקת מהמציאות. במקום זאת, ההסבר של משפט כמוסר אודות ההשפעה הנורמטיבית של המשפט עובר בהכרח דרך המציאות כדי להסביר את השינוי בעולם הנורמות:

חוק חדש ← שינוי עובדות במציאות ←

קונקרטיזציה של טעמים כלליים לפעולה ← שינוי בעולם הנורמות

נעבור עתה לבחון כיצד ניתן להשתמש במשפט כמוסר על מנת לחשוב מחדש על גבולות היכולת הקונספטואלית של המחוקק.

3. המחוקק כמוסר מוגבל מבחינה נורמטיבית

הדיון במשפט כמוסר מלמד אותנו שני דברים חשובים על אודות יכולתו הקונספטואלית של המחוקק: ראשית, שינוי בעולם הנורמות הוא תמיד טפילי, במובן זה שהוא נסמך על החובות, ההרשאות והאינטרס הפרטי הקיים שלנו. לא ניתן ליצור נורמה חדשה יש מאין; במקום זאת נורמות משפטיות מחוללות שינוי בעולם הנורמטיבי באמצעות "הפעלה" של נורמות שקיימות קודם לכן ברמת הפשטה גבוהה;¹⁰⁷ שנית, "הפעלה" נעשית באמצעות שינוי הנתונים העובדתיים הרלוונטיים בסיטואציה. על כן, ההשפעה המרכזית של מעשה משפט בכלל ושל חקיקה בפרט איננה חלה ישירות על העולם הנורמטיבי אלא על עולם המעשה. הנקודה חשובה להדגיש לענייננו היא שהתשובה לשאלה אם חקיקה מסוימת מתחברת לפרופיל המוסרי הנוכחי שלנו בצורה הנדרשת על מנת "להפעיל" חובות מוסריות או טעמים פרודנטיים – היא

106 לדיון בחקיקה שמרמז על תוצאה דומה, אף שהטרמינולוגיה שונה, ראו Adrian Vermeule, *Connecting Positive and Normative Legal Theory*, 10 J. CONST. L. 387,391 (2008) ("many normative approaches are partially fact-dependent: they support no prescriptions at all unless .(and until facts are plugged in, although facts are only necessary, not sufficient"

107 ראו Enoch, *Reason-Giving and the Law*, לעיל ה"ש 98.

קונטינגנטית לגמרי. אין הכרח א-פריורי שכל חקיקה תעשה זאת, ואי אפשר להבטיח "הפעלה" של נורמות לפני שהחקיקה החדשה נבחנת סובסטיביית. לפי תפיסה זו, מה נותר מחוץ לגבולות היכולת הקונספטואלית של המחוקק? ניתן לדבר על שני מובנים של אי-יכולת, המסמנים סוגים שונים של גבולות עבור המחוקק: ראשית, אי-יכולת מוחלטת: למחוקק יש אי-יכולת מוחלטת לחוקק נורמה מסוימת אם חוק שמכיל את אותה הנורמה אינו מספק לשום אזהרה טעם מכל סוג שהוא לנהוג בצורה המסוימת שהנורמה מבקשת לייצר. מכיוון שתנאי הכרחי על מנת ליצור שינוי בעולם הנורמות הוא רכיבה-על-גבי נורמות מוסריות או פרודנטיות קיימות, הרי שאם נורמה פוטנציאלית אינה מתחברת נכון לנורמות הקיימות על מנת להביא להתנהגות המצוינת בנורמה, היא איננה מצליחה לייצר עבורנו טעם נורמטיבי רלוונטי חדש – ומכאן שלמחוקק אין יכולת לגרום לצבר המילים שמרכיב טכנית את החקיקה להשפיע על העולם הנורמטיבי.

לדוגמה, נדון בקצרה בחקיקה שקובעת: "בימי שלישי, על כל תושבי המדינה ששם משפחתם מתחיל באות ג' – לשרוק בדרך לעבודה". הניחו שאין סנקציה על אי-עמידה בנורמה הזו (חברתית או משפטית). טענתנו היא שבתנאים חברתיים סבירים (כלומר, אם נניח דמוקרטיה ליברלית המתפקדת בצורה המוכרת לנו מהעולם המערבי היום), הנורמה הזו אינה מצליחה להתחבר לפרופיל המוסרי שלנו כנדרש בכל הקשור להתנהגות "שריקה בדרך לעבודה". נראה שאין בעיות של הגינות, תיאום או כבוד שהיא פותרת, וכמו כן אין טעם מוסרי שעומד מאחורי החקיקה ו"מופעל" על ידי העובדה שהמחוקק מייצר חקיקה כזו.¹⁰⁸ כמו כן, מאחר שאין סנקציה חברתית או משפטית בגין הפרת החקיקה, הרי שלא נוצר טעם פרודנטי לעמוד בדרישותיה.¹⁰⁹ על כן נראה שהיא אינה מייצרת שום שינוי רלוונטי בפרופיל המוסרי של האזרחים, ועל כן אפשר לסכם ולהגיד שהחקיקה, גם אם מוצלחת ברמה הטכנית, לא הצליחה ליצור שינוי בעולם הנורמות.¹¹⁰

108 זו הנחה שלנו לשם ההדגמה. מי שאינו מסכים עם הדוגמה מוזמן להמציא דוגמה אחרת שבה אין טעם מוסרי חזק לעשות כפי שהחקיקה מבקשת.

109 אין זה מצב יוצא דופן במידה כזאת שנורמה משפטית לא תלווה באיום על הפעלת כוח בגין אי-עמידה בה. ראו לדוגמה SCHAUER, לעיל ה"ש 98.

110 אנו סבורים כי אין קיים טעם מוסרי לציית לחוק רק מכיוון שהוא חוק. אילו היה טעם כזה, כל חוק היה מייצר לפחות טעם אחד מוסרי לפעולה, ולפיכך לא היה ניתן לאתר אי-יכולת מוחלטת של המחוקק. אולם אנו סבורים, כאמור, שהטעון שתומך בקיומו של טעם מוסרי כזה הוא חלש במיוחד. אולם חלק גדול מאוד מן הפילוסופים המודרניים שדנו בנושא זה, אף שהם חלוקים זה עם זה בנושאים רבים, מסכימים שהעובדה שנורמה מסוימת היא החוק – אינה מייצרת טעם מוסרי לציית לאותה הנורמה רק בגלל עובדה זו. ראו M.B.E. Smith, *Is There a Prima Facie Duty Obligation to Obey the Law?*, 82 YALE L.J. 950 (1973); ROBERT PAUL WOLFF, *IN DEFENSE OF ANARCHISM* (1976); A. JOHN SIMMONS, *MORAL PRINCIPLES AND POLITICAL OBLIGATIONS* (1979); David Lyons, *Need, Necessity and Political Obligation*, 67 VA. L. REV. 63 (1981); JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* (1986); LESLIE GREEN, *THE AUTHORITY OF THE STATE* (1988); Kenneth Einar Himma, *Positivism, Naturalism and the Obligation to Obey the Law*, 36 SOUTHERN JOURNAL OF PHILOSOPHY 145 (1998); Patrick Durning, *Joseph Raz and*

חשוב להבהיר שלושה עניינים בנוגע לאי-יכולת מוחלטת: ראשית, ברור לנו שנורמה מהסוג שתואר לעיל היא נדירה, וייתכן שהיא נראית מוזר בהקשר הישראלי המודרני. אך בכך אין כדי לפגוע בטיעון שלנו, שכן אנחנו מבקשים להפריך עמדה שסבורה כי אין כל חסם קונספטואלי בפני המחוקק. על כן גם כמה מקרים נדירים יחסית מספיקים כדי להראות שעמדת המחוקק הכל-יכול איננה יכולה לעמוד במבחן הביקורת (וברי כי גם לשיטתנו כוחו של המחוקק הוא גדול, גם אם הוא מוגבל). מלבד זאת, השאלה אם נורמות מסוג "חוק השריקה" שתואר לעיל הן נדירות או לא – היא שאלה אמפירית שהתשובה עליה יכולה להשתנות ממקום למקום ומעת לעת, ואיננו רואים מקום להסיק כי תמיד יהיה מדובר בדוגמאות זניחות.¹¹¹

שנית, אנחנו מבקשים להפנות את תשומת הלב לכך שמצב של אי-יכולת מוחלטת משתכלל רק כאשר נורמה אינה מצליחה לייצר טעמים לפעולה אשר קשורים לפעולה הספציפית שהנורמה מציינת. התנאי הזה נדרש מכיוון שנורמות יכולות לייצר טעמים לפעולה אשר קשורים לפעולות אחרות, שאינן מצוינות בנורמה, כגון הטעם להתנגד לפעולה שמצוינת בנורמה, מכיוון שהיא רעה מאוד מוסרית. אך גם אם "חוק השריקה" מייצר טעמים מסוג זה, הרי שהוא לא שינה את עולם הנורמות בכל הקשור לפעולה של שריקה בדרך לעבודה. מכיוון שהחקיקה מכוונת בדיוק למטרה זו, ניתן לכנות מצב שכזה מצב של אי-יכולת מוחלטת כל עוד ברור שאי-היכולת היא באשר לפעולה מסוימת בעולם (והרי זו כל מטרתה של החקיקה – להביא לכינונם של טעמים לפעולה שמתקשרים לאקט שהנורמה מציינת).

שלישית, אם נחזור לרגע להבחנה בין חקיקה בלתי אפשרית (מצד המחוקק) לבין חקיקה שדורשת את הבלתי אפשרי (מצד האזרח), שבה עסקנו בפרק א.1., נראה מדוע חקיקה מהסוג הראשון, שבה אנו דנים, יכולה לדרוש את האפשרי מהאזרח. הדוגמה שניתנה בפסקאות האחרונות היא מקרה שבו המחוקק מנסה, ואינו מצליח, להורות על נורמה שהאזרח מצידו יכול לבצע בקלות. מכאן שבלתי אפשרי עבור המחוקק להורות על פעולה שהיא אפשרית עבור האזרח.¹¹² מנגד, דוגמאות קלאסיות לחקיקה בלתי אפשרית מבחינת האזרח (חובה להימנע ממחשבות מסוימות) יכולה להיות אפשרית לגמרי מצד המחוקק, במובן זה שאם המחוקק יבחר להוסיף אותה לספר החוקים, ייצר הדבר טעמים חדשים בעולם הנורמות. במקרה הזה ייווצרו

the Instrumental Justification of a Duty to Obey the Law, 22 LAW & PHILOSOPHY 597 (2003); CHRISTOPHER HEATH WELLMAN & A. JOHN SIMMONS, IS THERE A DUTY TO OBEY THE LAW? (2005) (וראו שגם Wellman, שמגן בספר הזה על החובה לפעול לפי החוק, אינו סבור שהחובה קיימת בעניינינו של כל חוק רק מן הטעם שזהו החוק); Stephen Perry, *Political Authority and Political Obligation* 2 OXFORD STUDIES IN PHILOSOPHY OF LAW 1 (Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011). לטענה שגם על שופטים אין חובה מוסרית לפעול לפי החוק ראו Charles L. Black, Jr., *Do Judges Have an Obligation to Enforce the Law?*, 29 LAW & PHIL. 159 (2010).
 111 כפי שצ'רלס בלק טען בדבר דוגמאות כאלה: "these are... cartoon illustrations. But the cartoon accurately renders the de jure picture and seems exaggerated only because we now conceive that at least some of these actions have no appeal to anybody" ראו Charles L. Black, Jr., *The Proposed Amendment of Article V: A Threatened Disaster*, 72 YALE L.J. 957, 959 (1963).
 112 ראו Vermeule, לעיל ה"ש 106, בעמוד 395.

טעמים לנסות להשיג את הבלתי אפשרי, או להתקרב אליו, או לגרום לרשויות המבצעות לחשוב שהאזרח מנסה לבצע את ההוראה החוקית החדשה. ומרגע שהתווספו טעמים כאלה, הרי שלא ניתן לדבר על אי-יכולת קונספטואלית מצד המחוקק.

הסוג השני של אי-יכולת הוא אי-יכולת מותנית. למחוקק אין יכולת מותנית לחוקק נורמה אם אותה נורמה אכן מחוללת שינוי כלשהו בעולם הנורמות (קרי היא "מפעילה" טעם כלשהו לפעולה), אולם טעמים אחרים תמיד מביסים את הטעם לפעולה החדש שהיא מביאה לעולם, וכך לעולם לא נשנה את התנהגותנו בגלל הנורמה החדשה. כדי להסביר אי-יכולת מותנית חשוב להוסיף כמה מילים על הדרך שבה טעמים לפעולה פועלים כאשר הם באים במגע אלו עם אלו. התפיסה המקובלת בכתיבה הפילוסופית היא שכל טעם לפעולה, בין שהוא מוסרי ובין שהוא פרודנטי, או אחר, הוא בעל משקל מסוים. לדוגמה, הטעם שיש לנו להימנע מרצח-עם הוא בעל משקל גדול מאוד, והטעם שיש לנו להתנהג בנימוס בארוחת הערב הוא קטן הרבה יותר. כאשר אנו נדרשים להכריע מה לעשות בסיטואציה קונקרטי, אנחנו בודקים את הטעמים לפעולה שיש לנו וכן את המשקל הרלוונטי שלהם (אפשר להגיד שבדיקה כזו היא למעשה סקירה של הפרופיל המוסרי). הכרעה רציונלית בשאלה מה ראוי לעשות בסיטואציה היא שעלינו לפעול בצורה שתואמת את הטעם, או את קבוצת הטעמים, בעלי המשקל הגדול ביותר.¹¹³ לדוגמה נניח שהבטחתי להגיע לפגישה בשעה אחת. כפי שתואר למעלה, הבטחה זו "מפעילה" טעם כללי שיש לי לכבד הבטחות, ועל כן יש לי טעם להגיע לפגישה באחת. לטעם הזה יש משקל מסוים, שאין צורך לכמתו במדויק כדי להבין את הדוגמה. בדרך לפגישה אני רואה אדם טובע בנהר, ואני סבור שאני יכול להצילו אגב נטילת סיכון קטן לעצמי. העובדה הזו "מפעילה" טעם מוסרי כללי לעזור לאנשים בעת צרה. בהנחה שניסיון ההצלה יגרום לכך שלא אוכל להגיע לפגישה בזמן, הרי שאני מצוי בדילמה מוסרית, במובן זה ששני הטעמים שיש לי לפעולה סותרים זה את זה. במקרה הזה עליי לבחון את המשקל היחסי שלהם ולפעול על פי הטעם החזק יותר. במקרה זה גם מבלי לתאר במדויק את המשקל של כל טעם סביר להניח שמשקלו של הטעם לנסות ולהציל את האדם הטובע רב יותר בסיטואציה, ולפיכך עליי לפעול על פיו.

דרך מקובלת אחת להסביר בצורה מושגית את המצב הזה הוא דרך ההבחנה בין טעמים לפעולה שתקפים Pro Tanto, לבין טעמים לפעולה שהם בעלי תוקף מסוג All Things Considered. טעם Pro Tanto הוא טעם קיים, בעל משקל כלשהו. ייתכן שנפעל על פיו, וייתכן שלא – והתשובה לשאלה הזו נעוצה בבחינת המשקל היחסי שלו ביחס לטעמים האחרים הרלוונטיים בסיטואציה, בדומה לדוגמת האדם הטובע שנידונה עתה. לעומת זאת, טעם מסוג All Things Considered הוא הטעם שראוי שנפעל על פיו בסיטואציה, כלומר הוא הטעם שמצאנו

113 ראו Raz, לעיל ה"ש 100. הסיפור של Practical Reasoning הוא מורכב הרבה יותר (לדוגמה לא ציינו כיצד נורמות מוציאות מסדר שני (exclusionary reasons) נכנסות לתמונה), אבל לעניינינו התיאור הזה הוא מספק.

שהוא החזק ביותר בהקשר הנידון, כאשר שקלנו את כל הטעמים הרלוונטיים.¹¹⁴ בדוגמת האדם הטובע, מה שעלי לעשות בשקלול כל הנתונים (כלומר All Things Considered) הוא לנסות ולהציל את האדם הטובע. הטעם להגיע לפגישה נותר כטעם מסוג Pro Tanto – כלומר הוא עדיין טעם תקף לפעולה – אבל טעם אחר, וחזק יותר, התגבר עליו.

הדיון הטרימינולוגי הזה חשוב לענייננו מכיוון שלמעשה הטענה המרכזית שלנו למעלה בדבר הפרופיל המוסרי ניתנת לניסוח מחדש כך: חקיקה שקונספטואלית היא אפשרית לחלוטין יוצרת טעמים לפעולה מסוג Pro Tanto. לדוגמה, החובה המשפטית לשלם מיסים מייצרת טעם פרודנטטי לשלם כדי להימנע מסנקציות מטעם המדינה (ייתכן שהיא מייצרת טעמים אחרים, מוסריים, משיקולים של הוגנות, אבל נתמקד לרגע בטעם הפרודנטטי). אותו טעם של אינטרס עצמי הוא מסוג Pro Tanto. יש לו משקל מבחינתנו כאשר אנחנו מחליטים מה לעשות, אבל טעמים אחרים יכולים להביס אותו אם יש להם משקל גדול בסיטואציה. לדוגמה, נניח שאני מתלבט אם לתת את מאה השקלים האחרונים שלי לתשלום מיסים או להאכלת משפחתי. אכן יכול להיות שהטעם המוסרי שיש לי לדאוג למשפחתי יגבר על הטעם שנוצר בעקבות החובה המשפטית שלי. במקרה כזה הטעם שנוצר מהחוק יישאר בעל תוקף Pro Tanto בלבד, והטעם לדאוג להאכלת המשפחה שלי יהיה הטעם שעל פיו צריך לפעול, All Things Considered.

איי-יכולת מותנית היא מצב שבו חקיקה חדשה אכן תצליח "להפעיל" את הפרופיל המוסרי שלנו, ובכך ייווצר טעם מסוג Pro Tanto לבצע את הפעולה המצוינת בנורמה, אך הוא יהיה חלש מאוד מבחינת החוזק היחסי שלו, ובשל כך הוא לעולם לא יהפוך להיות מה שאנחנו אמורים לעשות, All Things Considered. לדוגמה, טלו חוק שקובע: "על כל אזרח להמית את חיות הבית הבריאיות שלו או לשלם קנס בסך 10 שקלים". אנו מניחים שאין טעם מוסרי שיכול להיות "מופעל" על ידי החוק הזה – להפך, מדובר בחוק אכזרי שמפר חובות מוסריות חזקות שיש לנו כלפי חיות הבית שלנו.¹¹⁵ עם זאת מכיוון שיש סנקציה בצד החוק, ניתן לטעון שהוא מייצר טעם

114 עיינו Maria Alvarez, *Reasons for Action and Practical Reasoning*, 23 *RATIO* 355 (2010); Antti Kauppinen, *Practical Reasoning*, in *OXFORD HANDBOOK OF REASONS AND NORMATIVITY* (Daniel Star ed., forthcoming)

115 השוו לדוגמה של סיר לסלי סטפנס, שלפיו הפרלמנט מחוקק חוק המורה שכל התינוקות כחולי העיניים יובאו למיתה: LESLIE STEPHEN, *THE SCIENCE OF ETHICS* 145 (1882): "Lawyers are apt to speak as though the legislature were omnipotent, as they do not require to go beyond its decisions. It is, of course, omnipotent in the sense that it can make whatever laws it pleases, inasmuch as a law means any rule which has been made by the legislature. But from the scientific point of view, the power of the legislature is of course strictly limited. It is limited, so to speak, both from within and from without; from within, because the legislature is the product of a certain social condition, and determined by whatever determines the society; and from without, because the power of imposing laws is dependent upon the instinct of subordination, which is itself limited. If a legislature decided that all blue-eyed babies should be murdered, the preservation of blue-eyed babies would be illegal; but legislators must go mad before they could pass such a law, and subjects be idiotic before they could submit to

פרודנטי שמשנה את הפרופיל המוסרי שלנו. במקרה הזה הטעם הפרודנטי הוא חלש, מכיוון שהקנס הוא נמוך מאוד, וכן אין סנקציה חברתית בגין הפרת החוק (כך אנחנו מניחים). טענתנו היא שמשום שיש לנו חובה מוסרית קיימת שלא להתנהג כך, הרי שהיא אמורה לגבור על הטעם הפרודנטי החלש שיש לנו שלא לשלם את הקנס, תמיד או כמעט תמיד. בהנחה שזה המצב, כלומר שעבור כל האזרחים¹¹⁶ נוצר רק טעם מסוג Pro Tanto שלא צפוי להפוך להיות לטעם שאנחנו אמורים לפעול על פיו, All Things Considered – הרי שגם כאן אנו נתקלים במגבלות היכולת של המחוקק. במקרה הזה, חוסר היכולת אינו מתבטא בכישלון ביצירת נורמה חדשה בעולם הנורמות; במקום זאת המחוקק אינו מצליח לייצר נורמה חדשה שתביא לפעולה המבוקשת. הטעם החדש שנוצר לעולם לא ישפיע על הדרך שבה בני אדם ינהגו, והוא תמיד יותר כטעם משני שאינו מוביל לפעולה המבוקשת בנורמה (אף שכאמור ייתכן שהוא ייצר טעמים אחרים לבצע פעולות שאינן אלה שמצוינות בנורמה, כפי שהסברנו בעניין אי-יכולת מוחלטת).

ייתכן שיש מי שירצו לכנות מצב כזה "הצלחה" של חקיקה לחולל שינוי בעולם הנורמות. דעתנו היא אחרת, בעיקר מהסיבה שטעם לפעולה שלעולם אינו בא לידי ביטוי בפועל, בכל הקשור לאקט המתבקש מהנורמה (כגון השריקה בדרך לעבודה וכו') – הוא שקול, הלכה למעשה, לטעם לפעולה שאיננו קיים כלל באשר לאותה הפעולה. אין הבדל פרקטי בין השניים. כאנלוגיה נחשוב על מצבו של נגר שמצליח לייצר רק כיסאות שמתפרקים ברגע שיושבים עליהם. ייתכן שניתן לכנות מצב כזה "הצלחה" ביצירת כיסאות, אבל רק במובן נומינלי מאוד של הצלחה.

מכיוון שאנו מתעניינים ביכולתו של המחוקק להשפיע על הטעמים לפעולה שאנשים פועלים על פיהם, אנו מכלילים גם מצבים כאלה בחוסר יכולת.¹¹⁷ וחשוב עוד לשים לב שאי-יכולת מותנית היא מצב שכיח יחסית, ודאי בהשוואה לאי-יכולת מוחלטת. לדוגמה, הרבה מצבים שבהם מתרחש אי-יכולת אזרחי (civil disobedience) הם בדיוק מהתצורה הזו: מעשה משפט מסוים יצר טעמים של אינטרס עצמי להתנהג בצורה מסוימת, אך האזרחים התומכים באי-יכולת סבורים כי בתכלול כל הטעמים הרלוונטיים, כלומר All Things Considered, אין מקום לפעול על פי אותו מעשה משפט – מכיוון שטעמים מוסריים חזקים נוגדים ומתגברים על הטעם הפרודנטי.¹¹⁸ גם במישור השיפוטי, תאורטיקנים מדגישים כי ייתכנו מצבים שבהם חקיקה לא

116 .it" ראו גם את הדוגמה של מן, שלפיו המחוקק מחוקק חוק הקובע כי כל אדומי השיער ייאסרו וקניינים יילקח: F.A. Mann, *Britain's Bill of Rights*, 94 L.Q.R. 512, 513–514 (1978). חקיקה שמשנה את מה שחלק מהאזרחים אמורים לעשות, All Things Considered, איננה לוקה באי-יכולת מותנית. לכן בחרנו בדוגמה שבה אין זה המצב, לפחות לשיטתנו.

117 מי שאיננו מסכים עימנו שאי-יכולת מותנית היא באמת אי-יכולת, עדיין יכול להישאר עם אי-יכולת מוחלטת כגבול היכולת הקונספטואלית של המחוקק.

118 ראו JOSEPH RAZ THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY (1979); KENT GREENAWALT, CONFLICTS OF LAW AND MORALITY (1987); JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 383 (1971); RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 105 (1985); Daniel

תפעיל כוח נורמטיבי חזק מספיק על שופטים (לדוגמה בגלל הרוע המוסרי שינבע מפעולה על פי החקיקה), ועל כן במצבים אלה בחינת הטעמים לפעולה של השופט מובילה לתוצאה שבה החקיקה איננה מייצרת טעם קונקלוסיבי, מסוג All Things Considered.¹¹⁹ לשם הבהירות האנליטית חשוב לשמור על ההבחנה בין אי-יכולת קונספטואלית מהסוג שמדובר בו כאן (אי-יכולת מותנית) לחוסר בהצדקה נורמטיבית לחקיקה. כדי לראות שמדובר בקטגוריות נפרדות, ושחוסר יכולת מותנה אינו ניתן לרדוקציה לקטגוריה של חוסר בהצדקה, ניטול את אותו "חוק חיות מחמד" שהוזכר למעלה, אך נניח שהסנקציה בגין הפרת החוק היא עשר שנות מאסר. במצב הזה אין חלה אי-יכולת קונספטואלית משום סוג, מכיוון שהטעם הפרודנטי שנוצר בעקבות האיום בעונש מאסר כבד כל כך, עד שהוא יהפוך ודאי לקונקלוסיבי (הווה אומר, לטעם מסוג All Things Considered), לפחות במקרים מסוימים ועבור חלק מהאנשים. על כן במקרה זה נאמר שנוצרה נורמה חדשה שאין לה הצדקה מוסרית עצמאית. לעומת זאת במקרה של "חוק חיות המחמד" הכולל קנס כספי קטן, הבעיה בחוק איננה (רק) שהוא לא מוסרי, אלא שהוא אינו מצליח לייצר טעם שיתגבר על הטעמים המוסריים החזקים שיש נגדו. על כן הוא אינו מוסיף נורמה שיש לה פוטנציאל להיות קונקלוסיבית לעולם הנורמות.

סיכום

כפי שהראינו, ישנה מסורת ארוכת שנים הרואה בכוח המחוקק כבלתי-מוגבל בהבאת נורמות משפטיות לעולם. מסורת זו נובעת מיסודות תאורטיים שונים, ובהם תאולוגיה פוליטית, שלפיה המדינה המודרנית המירה את האל הכול-יכול במחוקק הכול-יכול; הרעיון של החוק כמבטא את "הרצון הכללי", שמוביל למסקנה שהמחוקק אינו יכול לשגות; והחוק כנורמה עליונה כיוון שהיא יציר האורגן "מייצג" את האומה (הפרלמנט). גישה זו בדבר "המחוקק הכול-יכול" מצאה ביטוי גם במשפט הישראלי, בהשראת המסורת הבריטית של ריבונות הפרלמנט, אך גם מאוחר יותר, ומקורה בהפרדה הדיכוטומית בין עולם המציאות ובין עולם הנורמות. לפיכך בעולם הנורמות יכול המחוקק להפוך גבר לאישה ואישה לגבר, לאסור על עישון ברחובותיה של מדינה אחרת ולהחליט ששתיים ועוד שתיים שווה חמש. וכן, כפי שראינו בדוגמות מן המשפט

Markovitz, *Democratic Disobedience*, 114 YALE L.J. 1897, 1902 (2005). לכתובה ישראלית ראו אי-ציות ודמוקרטיה (יהושע ויינשטיין עורך, התשנ"ט); חמי בן נון מרי אזרחי (מהדורה מחדשת 2014).

119 David Lyons, *On Formal Justice*, 58 CORNELL L. REV. 833 (1973); W. Farnsworth, "To Do a Great Right, Do a Little Wrong": A User's Guide to Judicial Lawlessness, 86 MINN. L. REV. 227 (2001); Anthony R. Reeves, *Do Judges Have an Obligation to Enforce the Law?: Moral Responsibility and Judicial-Reasoning*, 29 L. & PHIL. 159 (2010); Anthony R. Reeves, *Judicial Practical Reason: Judges in Morally Imperfect Legal Orders*, 30 L. & PHIL. 319 (2011); Jeffrey Denys Goldworthy, *The Limits of Judicial Fidelity to Law*, 24 CAN. J. L. & JURIS. 305 (2011).

הישראלי, יכול המחוקק לקבוע כי רכבת היא גם אוניית קיטור, כי דג הוא בהמה, וכי קוף הוא כלב – בעולם הנורמות, כוחו אינו מוגבל. אנו מבקשים לאתגר הבחנה חדה זו בין העולם הנורמטיבי למציאות ולטעון כי קיימים קשרי גומלין מורכבים בין המציאות לבין עולם הנורמות. בשל קשרי גומלין אלו, על המחוקק להיתפס כמוגבל קונספטואלית. גבולות היכולת של המחוקק הם גבולות היכולת של הפרלמנט להתחבר כפי שנדרש לפרופיל המוסרי של אזרחיו. יכולתו הטכנית של המחוקק להוסיף מלל לרשומות שמתעדות את החקיקה במדינה אין משמעה כי למחוקק יש גם יכולת קונספטואלית לעשות כעולה על רוחו. השינוי בעולם הנורמות תלוי במערכת היחסים שבין מעשה המשפט החדש למכלול הנורמות שחלות עלינו במנותק מהמשפט. זו תמונת עולם שבה למחוקק יש כוח רב, במיוחד מכיוון שהוא יכול לייצר עבורנו טעמים פרודנטיים בעצם הצמדת סנקציות לחקיקה. אולם כוח רב אין משמעו כוח בלתי מוגבל.