

פתח דבר

יצחק אנגלרד

ספר זה כולל תרגום לעברית של שלושה כתבים מאת הנס קלזן. הראשון, "אלוהים ומדינה", הוא מאמר שפורסם בשנת 1923 העוסק במה שאפשר לכנות "תאולוגיה פוליטית"¹. החיבור השני מכיל את שני הפרקים האחרונים בספרו של קלזן שפורסם בשנת 1922 "המושג הסוציולוגי והמשפטי של המדינה: בחינה ביקורתית של היחס בין מדינה למשפט"². פרקים אלה עוסקים שוב בתאולוגיה פוליטית אך ביתר הרחבה. אפשר לראותם כהעמקה חשובה ומאלפת של נושא המאמר המאוחר במקצת על אלוהים ומדינה. החיבור האחרון, "היסודות הפילוסופיים של תורת המשפט הטבעי ושל הפוזיטיביזם המשפטי", הוא ספרון שפורסם בשנת 1928.³ אפתח במילים מספר על חיי המחבר ועל תורתו. הנס קלזן הוא בעיני רבים גדול המשפטנים של המאה העשרים; איש אשכולות פורה בתורת המשפט, בפילוסופיה, בסוציולוגיה, במדע המדינה, בהיסטוריה, בפסיכולוגיה, בספרות, בתאולוגיה, בלוגיקה ובמדעי הטבע. חיבוריו, כארבע מאות במספר, שחלקם תורגמו לשפות רבות, השפיעו השפעה רבה על עולם המשפט. גם מתנגדי תורתו העריכו את גאוניותו ואת

- 1 פורסם במקור הגרמני *Logos: Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur* 11 (1922/23), pp. 261-284. המאמר תורגם לאנגלית בשם *Essays in Legal and Moral Philosophy*, P. Heath (trans.), Dordrecht 1973, pp. 61-82. "God and the State," in: O. Weinberger (ed.), H. Kelsen, *Essays*
- 2 H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen 1922, pp. 219-253
- 3 H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg 1928. במקור הגרמני *General Theory of Law and State*, H. Kraus (trans.), Cambridge, Mass. 1945, pp. 389-446. "Natural Law Doctrine and Legal Positivism," in: H. Kelsen,

השכלתו העצומה. אף אני הושפעתי רבות מתורת המשפט המיוחדת שלו – תורת המשפט הטהורה – ונמשכתי לרעיונותיו מאז ימי לימודי באוניברסיטה העברית, מרגע שקראתי לראשונה את ספרו על עקרונות המשפט הבין-לאומי. בהירותו, קו מחשבתו העקבי וניתוחו המעמיק קנו את לבי, וגישתו העקרונית שימשה נקודת מוצא חשובה הן בעבודתי המחקרית הן בתפקידי השיפוטי. שניים ממורי באוניברסיטה העברית היו תלמידיו, פרופ' בנימין אקצין ופרופ' יצחק הנס קלינגהופר.⁴

הנס קלזן נולד בפראג בשנת 1881 למשפחה יהודית מתבוללת.⁵ מוצא אביו מברודי שבגליציה, ואמו מבוהמיה. המשפחה עברה לווינה כשלוש שנים לאחר לידתו. קלזן למד בבית ספר יסודי נוצרי וב-1900 סיים את בחינות הבגרות בגימנסיה האקדמית בווינה. הוא התעניין במיוחד בספרות ובפילוסופיה וגילה כישרון במתמטיקה, אך לבסוף נרשם ללימודי משפטים. הוא היה מיווד עם אוטו ויינינגר ועם משפחתו. בשנת 1906 סיים קלזן את לימודיו באוניברסיטת וינה וקיבל את התואר "דוקטור למשפטים". שנה לפני כן המיר את דתו מטעמי נוחות לנצרות אף שהיה אגנוסטי לחלוטין. עם עליית הימין לשלטון באוסטריה ובגרמניה שימש מוצאו היהודי מטרה להתקפות חריפות ביותר עליו. חשוב לציין שב-1940, לפני הגירתו לארצות הברית, הצהיר קלזן – בתשובה על שאלת רב⁶ – שהוא רואה את עצמו יהודי.⁷ אחת מבנותיו חיה שנים רבות בישראל.

4 על חייו של פרופ' קלינגהופר ועל השתייכותו לחוגו של קלזן ראו C. Klein, "Hans Kelsen – Ein Leben im Schatten der Juden," in: R. Walter, C. Jabloner, and K. Zeleny (eds.), *Der Kreis um Hans Kelsen*, Wien 2008, pp. 175-184

5 R. A. Métall, *Hans Kelsen – Leben und Werk*, Wien 1969. בינתיים פורסמו שני המקורות החשובים שעליהם הסתמך מטאל, והם האוטוביוגרפיות של קלזן משנת 1927 ומשנת 1947. ראו *Hans Kelsen Werke*, Band 1, M. Jestaedt (ed.), Tübingen 2007, pp. 19-91

6 שם הרב אינו ידוע. מן העיר ז'נווה.

7 עובדה זו מופיעה בזיכרונות על קלזן שפרסם מקס נייט (Knight) במאמר בעקבות מותו של קלזן, בעיתון היהודי-הגרמני המתפרסם בניו יורק *Der Aufbau*, ביום 4.5.1973. לדברי המחבר ראה קלזן בהצהרה זו את שיבתו הלא רשמית ליהדות. ראו גם נ' פיינברג, "הנס קלזן ויהדותו", **מולד**, סדרה חדשה, כרך ה (כח), תשל"ד, עמ' 638-640; B. Akzin, "Hans Kelsen – In Memoriam," *Israel Law Review* 8 (1973), pp. 325-329

ספרו הראשון של קלזן שהתפרסם ב-1905 עסק בתורת המדינה של דנטה אליגיירי, וב-1911 הוא פרסם ספר חשוב ומקיף על בעיות היסוד של תורת משפט המדינה, שהכשיר אותו להיות מרצה למשפט ציבורי ולפילוסופיה של המשפט.⁸ הוא התחיל להורות באוניברסיטת וינה. במלחמת העולם הראשונה שירת כיועץ משפטי של הצבא האוסטרי ושל שר ההגנה. לאחר המלחמה נתמנה לפרופסור מן המניין למשפט ציבורי ולמשפט מנהלי באוניברסיטת וינה. הקנצלר האוסטרי, הסוציאל-דמוקרט קרל רנר, הזמין את קלזן להשתתף בניסוח החוקה האוסטרית, והוא תרם תרומה חשובה לעיצוב החוקה שנכנסה לתוקף ב-1920 וחלה גם היום. הוא הגה את הרעיון לעגן בחוקה את הקמתו של בית משפט חוקתי שיהיה מוסמך לערוך ביקורת חוקתית על חקיקת הפרלמנט. קלזן עצמו התמנה לשופט בבית המשפט החוקתי, והשפעתו על הפסיקה הייתה ניכרת. הוא נמנע מטעמים עקרוניים להיות חבר במפלגה כלשהי, אך פוליטית ואישית היה מקורב למפלגה הסוציאל-דמוקרטית. פסיקה של בית המשפט החוקתי בנושא דת ומדינה בסוגיה של נישואין קתוליים⁹ עוררה סערה בקרב מפלגות הימין, והן הצליחו בשנת 1929 להעביר בפרלמנט תיקון לחוקה בעניין מינוי שופטי בית המשפט לחוקה. קלזן סולק מבית המשפט לחוקה וסירב מטעמים עקרוניים לקבל מינוי חדש מטעם המפלגה הסוציאל-דמוקרטית.¹⁰ אירוע זה וההתקפות האישיות נגדו הניעו אותו לקבל ב-1930 מינוי באוניברסיטת קלן בגרמניה, ושם לימד בין היתר משפט בין-לאומי. בתקופה זו התנהל הוויכוח המפורסם בינו לבין המשפטן החשוב קרל שמייט, ששנים אחדות לאחר מכן

8 H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen 1911

9 הרקע לפסיקה היה ריב סמכויות בין רשויות המנהל לבין בתי המשפט האזרחיים. רשויות המנהל נהגו (על פי הסכם בין המפלגות) לתת היתר נישואין לבני זוג שהתחתנו בנישואין קתוליים ונפרדו בלי יכולת להתגרש, בהיעדר גירושין אזרחיים. בתי משפט האזרחיים הצהירו שהיתר הנישואין המנהלי הוא בלתי חוקי. בעקבות פנייה אליו הכריע בית המשפט לחוקה שאין לבית המשפט האזרחי סמכות להכריז שהאקט המנהלי הוא בלתי חוקי.

10 C. Neschwara, "Kelsen als Verfassungsrichter – Seine בהרחבה Rolle in der Dispenschen-Kontroverse," in: S. L. Paulson and M. Stolleis (eds.), *Hans Kelsen – Staatsrechtler und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2005, pp. 353-384

התגלה ברבים כנאצי-אנטישמי; הוויכוח נסב על זהות המוסד שמתפקידו לשמור על קיום החוקה.¹¹

עם עליית הנאצים לשלטון ב-1933 סולק קלזן ממשרתו באוניברסיטת קלן בשל יהדותו ובשל תורתו המדעית. הוא עבר לז'נווה שבשווייץ ולימד משפט בין-לאומי במכון האוניברסיטאי ללימודים גבוהים בין-לאומיים. ב-1934 פרסם את המהדורה הראשונה של ספרו המפורסם על תורת המשפט הטהורה, אבן היסוד לֶאסכולה הנקראת על שמו. ב-1936 קיבל קלזן מינוי מקביל באוניברסיטה הגרמנית בפראג, אך נתקל שם בהתנגדות אנטישמית אלימה מצד סטודנטים נאצים. לאחר פרוץ מלחמת העולם השנייה, ב-1940, היגר קלזן לארצות הברית מחשש שגרמניה הנאצית תפלוש גם לשווייץ. הוא לימד תחילה באוניברסיטת הרוורד ולאחר מכן החל להורות באוניברסיטת קליפורניה בברקלי, במחלקה למדעי המדינה. בקליפורניה שהה עד למותו ב-1973.

מן הראוי להזכיר שב-1950 נענה קלזן להזמנת האוניברסיטה העברית בירושלים להיות מרצה אורח בפקולטה למשפטים למשך סמסטר אחד, אך התכנית לא יצאה לפועל בשל קשיים תקציביים של האוניברסיטה.¹² ב-1953 הוצעה לקלזן משרה כיועץ כללי למשפט בין-לאומי ולמשפט ציבורי מטעם משרד המשפטים בירושלים, אולם קלזן לא היה מוכן לקבל תפקיד מעין זה בגילו.¹³

כאמור, פוריותו המדעית הייתה עצומה. פרסומיו העיקריים עסקו בתחומים אלה: משפט חוקתי, משפט בין-לאומי, תורת המשפט, מדע המדינה, סוציולוגיה, פילוסופיה של המשפט.¹⁴ אחת המטרות המרכזיות של המאמץ האינטלקטואלי שלו הייתה להפריד הפרדה ברורה וחדה בין מדע לבין אידאולוגיה, בעיקר בכל

11 על ויכוח זה ראו במאמרי I. England, "Nazi Criticism Against the Normativist Theory of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies,"

Israel Law Review 32 (1998), pp. 183, 202-208

12 פרוטוקול ישיבה ב' (תשי"ב) של מועצת הפקולטה למשפטים. שמעתי ממייסדי הפקולטה למשפטים בירושלים, בהם פרופ' נ' פיינברג, שהופנתה לקלזן הצעה לשמש דיקן הפקולטה בירושלים.

13 Métall, לעיל הערה 5, עמ' 85.

14 לרשימה ביבליוגרפית לפי התחומים ולפי סדר כרונולוגי ראו R. Walter, *Hans Kelsen: Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*, Wien 1985

הקשור למדע המשפט. לפי תפיסתו מדע המשפט הוא תחום אוטונומי שיש להפרידו ממדעי החברה האחרים. עולם המשפט הוא נורמטיבי, דהיינו עולם של דרישות להתנהגות אנושית רצויה המתבטאות בכללי התנהגות. הקיום האובייקטיבי של דרישות ההתנהגות הוא־הוא תקפותן. מקור התוקף בכל מערכת נורמטיבית הבנויה באופן מדורג הוא אחיד ונמצא בהנחה המוקדמת המכונה בפי קלזן "הנורמה הבסיסית". לשם המחשה, הנורמה הבסיסית במשפט הישראלי היא שיש לציית לחוקי היסוד של הכנסת. כל מערכת נורמטיבית היא אחידה ובלעדית. מכאן ההפרדה הברורה בין מערכת המשפט, כהסדר של כפייה פיזית מאורגנת, לבין מערכת המוסר. מכאן גם ביקורתו החריפה של קלזן על הרעיון של משפט טבעי העומד בכיכול מעל המשפט הפוזיטיבי. המהות האוטונומית של מדע המשפט מחייבת הפרדה נוספת, והיא ההפרדה בין הממד הנורמטיבי לבין המציאות. אחת המסקנות מהפרדה זו היא שתוקפה של נורמה משפטית אינו נובע מן המציאות החברתית ולכן גם אינו מותנה באכיפת הנורמה בפועל. יתרה מזו, ההכרה המדעית של המציאות מבוססת על רעיון הסיבתיות, ואילו ההכרה של העולם הנורמטיבי מתבססת על רעיון ייחוס האחריות. מבחינה פילוסופית הושפע קלזן בהקשר זה מהאסכולה הנאו־קנטיאנית מבית מדרשו של הרמן כהן.¹⁵

15 בהקשר זה יש עניין רב בשיחה שהתקיימה בברקלי, ביום 30 באפריל 1968, בין קלזן לבין פרופ' אביגדור לבונטין, שהיה מורי בלימודי המשפט באוניברסיטה העברית. פרופ' לבונטין שאל את קלזן שלוש שאלות בדבר השפעה יהודית אפשרית על תורת המשפט הטהורה שלו. השאלה הראשונה: האם יש השפעה יהודית (מודעת או לא מודעת) בעצם הנטייה לתפיסה מופשטת של "מדע" משפטי, שאינו תוצר מובהק של גניוס לאומי־תרבותי פרטיקולרי אלא הוא "טהור" ומנותק (למעשה קוסמופוליטי)? קלזן לא הסתייג מכיוון השאלה, אך אמר שלדעתו ההשפעה האוסטרית על תורתו הייתה דומיננטית יותר בשל היותה של אוסטריה מדינה רב־לאומית. השאלה השנייה: האם יש השפעה יהודית (מודעת או לא מודעת) בחיפוש אחר אסמכתה "מוקדמת" (או "בסיסית") ככל האפשר, כגון בהדגשת נביעתם של דיני החוזים במשפט הפרטי מנורמה בסיסית במשפט הציבורי? הסיבה לשאלה זו היא שבמורשת ישראל דווקא ככל שהאסמכתה קדומה כן רב משקלה, כגון בדברים מדאורייתא לעומת דברי חכמים. לדברי פרופ' לבונטין, דומה שקלזן הסכים עמו והפעם בלי לציין השפעה דומיננטית אחרת. השאלה השלישית נגעה ליחס שבין תורתו של קלזן ובין זו של אוסטין: האם עיקר ההבדל בתורות אינו בכך שאוסטין הוא במובן מסוים רואליסט ואילו קלזן הוא מוניסט? הווה אומר: לידו של אוסטין, מחד

תורת המשפט הטהורה של קלזן – הדוגלת בהפרדה חדה בין משפט למציאות, בין משפט למדיניות, בין משפט למוסר – וכן הנחותיה הפילוסופיות המבססות את המסקנות העיוניות – נתקלו מראשיתן בביקורת מצדדים רבים ושונים. נוצרה ספרות בעלת היקף עצום בשפות רבות, ולא זו בלבד אלא שהעיון בתורת קלזן והמחלוקת בין חסידיה למתנגדיה טרם תמו, והיצירה הספרותית ממשיכה לפרוח.¹⁶

כאמור, הנושא הראשון בספר – שבו דנים המאמר על "אלוהים ומדינה" ושני הפרקים האחרונים מתוך הספר "המושג הסוציולוגי והמשפטי של המדינה" – עוסק במה שמכונה "תאולוגיה פוליטית". אבל דא עקא, משמעותו של מושג זה רחוקה מלהיות מוסכמת ואחידה. בשנים האחרונות מרבית לעוסק בסוגיית היחס שבין תאולוגיה לפוליטיקה, ובין היתר אף נוסדו כתב עת ושנתון המוקדשים לה במישרין. משמעות מקובלת של המושג נוגעת לשאיפה לעצב משטר מדיני על פי דרישותיה של דת כלשהי. בהקשר זה התאולוגיה מייצגת את הלכות הדת המתמייחסות לצורת המשטר המדיני ולהנהגותיו. משמעות קרובה נוספת מבטאת את העובדה ההיסטורית שהדגם של שלטון האל בעולם,

גיסא נמצא הריבון, ומאידך גיסא – העם; הראשון מצווה על השני, והשני אמור לציית לראשון. לעומת זאת קלזן הוא מוניסט הרואה מישור משפטי מאוחד ורצוף, ולא שניות של ריבון-עם. אם כן, האין כאן השפעת המונותאיזם היהודי? גם כאן נדמה לשואל שקלזן הסכים עמו, ואף הפעם בלי להצביע על השפעה דומיננטית יותר. אני מודה למורי, פרופ' אביגדור לבונטין, על מידע זה.

16 מתוך הספרות החדשה מן הראוי להזכיר את אלה: *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, S. L. Paulson and B. Litschewski Paulson (eds.), Oxford 1998; *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, C. Jabloner and F. Stadler (eds.), Wien 2001; A. Artosi, *Hans Kelsen e la cultura scientifica del suo tempo*, Bologna 2006; M. Motta, *Kelsen e il Leviatano*, Palermo 2006; L. Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, New York 2007; השוּו גם לביקורת על ספרו של וינקס, *Legitimacy*, New York 2007. עמדתה הדוגלת בתורתו של קלזן, שקיבלה ביטוי בספרי **מבוא לתורת המשפט**, ירושלים תשנ"א, זכתה לביקורת עקרונית מאת ד' סטטמן, "אנגלרד על הנורמה הבסיסית, המוסר והדת", בתוך: ד' ברק-ארז וג' ספיר (עורכים), **ספר יצחק אנגלרד**, רמת גן תש"ע, עמ' 265-276.

או הדגם של שלטון רשויות הדת – כגון המבנה השלטוני של הכנסייה הקתולית – השפיעו על עיצובו של השלטון המדיני. ברוח זו נתפס למשל משטר המונרכיה. משמעות נוספת הקרובה במידה מסוימת לקודמות מכוונת להגדרת מהותה של המדינה מבחינה תאולוגית ונוגעת בין היתר גם למעמדה מבחינה אסכטולוגית, דהיינו מקומה בחזון אחרית הימים. ביטוי לתפיסה מעין זו אפשר למצוא בתפילה לשלום מדינת ישראל שבה מתוארת המדינה כ"ראשית צמיחת גאולתנו".

תפיסתו של קלזן כפי שהיא באה לידי ביטוי בכתבים הנזכרים שונה לחלוטין. נקודת המוצא שלו היא שאלת מהותה של המדינה, ובעיקר שאלת יחסה של המדינה למערכת המשפט שלה. התזה שלו היא שיש הקבלה מעניינת בין התשובות שחכמי התאולוגיה נתנו לשאלות של מהות האל, של יחסו לעולם ושל יחסו לחוקי הטבע, לבין התשובות שנתנו חכמי המשפט לשאלות של מהות המדינה ויחסה למערכת המשפט שלה. כוונתו של קלזן אינה להשפעה הדדית אלא לזהותן של הבעיות שהביאה למתן תשובות מקבילות. מטרתו הבסיסית היא להראות שכפי שהתשובות התאולוגיות המסורתיות אינן עומדות בפני הביקורת העיונית, כך גם תשובותיהן המקבילות של חכמי משפט רבים הן מופרכות מבחינה עיונית. המטרה היא אפוא אפיסטמולוגית, באשר היא נוגעת להכרה העיונית של מהות המדינה והמשפט. סוגיה אחרונה זו הייתה אקטואלית מאוד במאה התשע עשרה במערב אירופה, במיוחד בגרמניה.

אתאר תחילה בקצרה את פיתוח הרעיונות במאמר "אלוהים ומדינה". המאמר פותח בהקבלה מבחינת ההיבט הפסיכולוגי בין חוויית האל לחוויית החברה מצד הפרט. קלזן הושפע ממשנתו הפסיכואנליטית של פרויד, אם כי בסוגיות אחדות הייתה ביניהם מחלוקת.¹⁷ נקודת המוצא שלו היא ראיית הפרט את המכלול שבתוכו הוא חי, המביאה אותו להכרה בסמכות הנורמטיבית

17 C. Jabloner, "Kelsen and His Circle: The Viennese Years," *European Journal of International Law* 9 (1998), pp. 368, 382-384; H. Kelsen, "The Conception of the State and Social Psychology – With Special Reference to Freud's Group Theory," *International Journal of Psychoanalysis* 5 (1924) pp. 1-38; C. R. Schuett, "Freudian Roots of Political Realism: The Importance of Sigmund Freud to Hans J. Morgenthau's Theory of International Power Politics," *History*

העומדת מעליו. עם זאת הסמכות והמכלול, שהוא הקהילה, אינם שני דברים שונים אלא הם מתמזגים ליחידה אחת. רעיון האלוהות מקבל את משמעותו הסופית והחוויה הדתית מגיעה לשלמותה רק ביצירת קהילה, בשותפות של כל היצורים כילדי האל וכאחים באל. ככל שהחוויה הדתית מתעמקת, הדימוי של האלוהות הנמצאת מעל הפרטים מתמזג באופן פנתאיסטי ליחידה אחת עם הדימוי של קהילה אלוהית המכילה בתוכה את כל היצורים. מהותה של החוויה הדתית היא יסוד חברתי. הקבוצה החברתית הקדומה – שעדיין מכונה אצל קלזן פרימיטיבית – היא בד בבד קהילה דתית. שתי המערכות מתמזגות משום שבעיני האדם הקדום המלך זהה עם האל, או על כל פנים נחשב נציגו, בנו, עבדו, שליחו, והצו שלו נתפס כרצון האל. לכן מנקודת ראות פסיכולוגית אפשר לתאר את החוויה הדתית באופן מלא כחוויה חברתית. יסודות הסמכות והשותפות שווים בשתי החוויות.

לפי פרויד היחס לסמכות זהה בשתי הגישות – הדתית והחברתית; זהו היחס של הילד כלפי אביו המייצג עבורו את הסמכות בכללותה. בהקשר זה מעיר קלזן, בהסתמכו על מחקריו הפסיכואנליטיים של פרויד, שכפי שאהבה היא בעת בעונה אחת גם שנאה, כך גם כל תאוה לכניעה עצמית לסמכות היא בד בבד גם בקשה להכניע אחרים. דבר זה נכון הן בתחום הדת הן בתחום החברתי: גם האדם התרבותי המודרני עשוי לראות כזכותו העליונה את כוחו להכריח אחרים, לשלוט בהם או אף להורגם בשמו של האל, בשמה של האומה או בשמה של המדינה. מאחורי המסכה של אלוהיו, של אומתו או של מדינתו, האדם נותן פורקן לכל אותם האינסטינקטים שעליהם הוא חייב להתגבר בתוך קבוצתו שלו.

בשלב מסוים של התפתחות החברה והדת הדימויים של האל והמדינה מתמזגים: האל הלאומי הוא ההתגלמות של האומה; ואז הארגון הדתי והמשפטי מזדהים. אמנם בנצרות הייתה מגמה לנתק את מושג האלוהות מן הקהילה הלאומית בפיתוח של רעיון החברה העל-לאומית. אך כפי שציין פויברך, כל זמן שקיימים עמים רבים קיימים גם אלים רבים, משום שלדעתו אלוהיו של

of the Human Sciences 20 (2007) pp. 53, 64-65; M. G. Losano, "Rapporti tra Kelsen e Freud," *Sociologia del Diritto* 1 (1977), pp. 142-151

עם אינו דבר אחר מתחושתו הלאומית של אותו עם או העם עצמו. על הרקע הפסיכולוגי הזה לא מפתיע שתורת המדינה מגלה התאמות בולטות ביותר עם תורת האל, מאחר שהעמדת השאלות בתורת המדינה, והפתרונות לשאלות אלה, מקבילים הקבלה מדהימה לאלה של התאולוגיה.

כאן עובר קלזן לבחינה הכרתית-ביקורתית של הסוגיה. נקודת המוצא שלו היא השקפתו הבסיסית בדבר אחדות מערכת העולם ואחדות המערכת המשפטית. הבעיה ההכרתית נוצרת כאשר המחשבה האנושית הופכת את המערכת האחידה, בדרך של התגלמות מוחשית (Hypostasis), לאישיות ממשית. בכך מוכפל מושא ההכרה לשתי ישויות. ההתגלמות של מערכת העולם היא האל; ההתגלמות של מערכת המשפט היא המדינה. כך נוצרת בעיית היחס שבין האל לעולם ובין המדינה למשפט. האל הוא יוצר העולם, והמדינה היא יוצרת המשפט. לדעתו של קלזן בעיות היחס האלה הן מדומות, משום שלאמתו של דבר האל זהה עם העולם (פנתאיזם) והמדינה זהה עם המשפט. אך כאשר מעמידים את המדינה כאישיות נפרדת מעל למשפט, נוצרת אחת לאחת הבעייתיות של התאולוגיה המעמידה אל טרנסצנדנטי מעל לעולם.

מקובל לראות את הריבונות בתור התכונה העיקרית של המדינה. משמעותה הבסיסית של הריבונות היא שהמדינה היא בעלת הכוח העליון. תכונה זו ניתנת לתיאור רק בדרך השלילה: אין מעליה כוח גבוה יותר ומשום כך כוחה אינו מוגבל. בצורה דומה של תארים שליליים מגדירה התאולוגיה את כול יכולתו של האל. אחדות האל התאולוגי מאשרת את ההתאמה המלאה בין המבנה ההגיוני של מושג זה לבין המושג של המדינה הריבונית.

התאולוגיה, בשימה את הדגש על הטרנסצנדנטיות של האל – במיוחד כנגד הפנתאיזם – נתקלת באותו הקושי שבו נתקלת התורה של משפט המדינה בשל טענתה בדבר הטבע העל-משפטי של המדינה. המצב הבלתי אפשרי הוא ששתי מערכות נבדלות ובלתי תלויות – האל והעולם, המדינה והמשפט – מופיעות בתחום הכרה אחד ויחיד. המגמה העקרונית של כל הכרה היא לאחדות שיטתית. האל, לפי מהותו, אינו חלק של העולם, אך אי-אפשר לתאר את האל ללא עולם ואת העולם ללא אל. הוא הדין באשר למדינה: אי-אפשר לחשוב על מדינה ללא משפט ועל משפט ללא מדינה.

התשובה הניתנת לבעיית היחס שבין המערכות – שהיא כאמור לדעת קלזן בעיה מדומה – זהה בשני התחומים. האל מכפיף את עצמו לסדר העולם שהוא

עצמו קבע, הן לסדר המוסרי הן לסדר הטבעי החוקי. לפנינו הגבלה עצמית של אל כול יכול. המדינה היא היוצרת או המקיימת את המשפט, ובכך היא עומדת מעל המשפט, אך מן הצד האחר היא גם בעלת טבע משפטי וכפופה למשפט. גם היא מגבילה אפוא את כוחה מרצונה; על פי הרעיון של התחייבות עצמית, היא רואה את עצמה כאישיות משפטית הכפופה למערכת המשפט. במילים אחרות: המדינה מקימה מערכת משפטית ולאחר מכן מכפיפה את עצמה מרצונה החופשי למערכת "שלה". נגד רעיון ההגבלה העצמית בשני התחומים הועלו ספקות חמורים שלא הותרו.

השניות של מדינה ומשפט אינה רק סתירה הגיונית אלא גם מקור לשימוש לרעה בתחום המדיני. היא מאפשרת למדינה לנהוג בניגוד למשפט הפוזיטיבי, בנימוק של טובת המדינה ואינטרס המדינה. הדרך היא לייחס למדינה שאינה נושאת באחריות פעולות של אנשים יחידים. כך צמחה על קרקע המונרכיה החוקתית הדוקטרינה שמעשים שבוצעו בניגוד למערכת המשפט, על ידי המונרך או על ידי אורגנים שלו, נחשבים לפעולות מדינה מוצדקות מטעמים של אינטרס המדינה. כך הצליחו לבצע את הלהטוט של עשיית משפט מתוך אי-משפט. המטרה הייתה לאפשר את הגשמתן של דרישות פוליטיות שאינן מוכרות במערכת המשפט. מגמה מעין זו ישנה גם במדינה הדמוקרטית השומרת על הניגוד שבין מדינה למשפט.

מצבה של התאולוגיה דומה: מן הצד האחד היא מניחה שהאל יסד את הטבע ואת חוקיו; מן הצד האחר אין היא יכולה להניח שהאל קשור לחוקים אלה. החירות של האל מחוקי הטבע מתבטאת במושג הנס. זהו אירוע שאין להבינו לפי חוקי הטבע ולשם קביעתו מוכרחים להסתמך על המערכת העל-טבעית של רצון האל. זו גם המתודה של תורת המדינה: אם המדינה השונה מן המשפט יכולה לפעול מחוץ למערכת המשפט – שהיא יציר רצונה – היא מחוללת בכך נס משפטי. ההנחה היא אפוא שאישיות המדינה האחידה רוצה בעת ובעונה אחת את המשפט ואת שלילתו – דבר שהוא משום סתירה מניה וביה. התאולוגיה נתקלת בבעיה דומה: כיצד יכול האל שרצונו כולו טוב לרצות את הרע הקיים בעולמו? במערכת המשפט ניתן תוקף לפסק דין סופי אף על פי שהוא עשוי להיות מוטעה מבחינה עובדתית. יש מי שדימה מצב זה לדוגמה הקתולית שלפיה האפיפיור אינו יכול לטעות בהוראתו הדתית.

הקבלה אחרת בין התאולוגיה לתורת המדינה נוגעת לראיית הפרט. בראשונה האדם שנברא בצלם האלוהים, בצלמה של ישות רוחנית, נתפס לא כיצור פיזי אלא כבעל נשמה. בתורת המשפט היחיד אינו מופיע כיחידה ביולוגית-פסיכולוגית אלא בתור "אישיות משפטית", כנושא זכויות וחובות. בין תורת הנשמה התאולוגית ובין התורה המשפטית של האישיות המשפטית יש קווי דמיון רבים. המטרה המשותפת היא להראות שהשניות היא בעצם אחדות. המזיגה בין אינדיווידואליזם לאוניברסליזם היא הדגם הבסיסי לפתרון הן בתאוריה הדתית הן בתאוריה המדינית.

בחלק האחרון של המאמר קלזן בוחן את ההקבלה בין האתאיסט, השולל את קיומו של האל, ובין האנרכיסט, השולל את קיומה של המדינה. מלכתחילה יש הבדל ביניהם משום שהאתאיסט שולל מכל וכול את קיומו של האל, ואילו האנרכיסט מכיר בקיום המדינה בפועל אך גורס שמן הראוי שלא תתקיים. עם זאת גם האתאיסט מודע לכך שבפועל קיימת אמונה באלוהים, ובאשר לה הוא גורס כי מן הראוי שלא תתקיים. קלזן מסיים את מאמרו בקביעה שתפיסה פנתאיסטית המזהה את האל עם הטבע הייתה התנאי המוקדם למדעי הטבע האמתיים המשוחררים מכל מטפיזיקה. בדומה לכך זיהוי המדינה עם מערכת המשפט היה התנאי המוקדם למדע משפט אמתי, שהוא המדע של המשפט הפוזיטיבי הנקי מכל משפט טבעי, דהיינו תורת המשפט הטהורה. המילים האחרונות במאמרו הן: "כל משפט הוא משפט מדינה, משום שכל מדינה היא מדינת חוק". לקביעה זו שעוררה תגובות חריפות אשוב בהמשך דבריי.

חלקו השני של ספר זה הוא, כאמור, תרגום שני הפרקים האחרונים בספר "המושג הסוציולוגי והמשפטי של המדינה: בחינה ביקורתית של היחס בין מדינה למשפט", שפורסם בשנת 1922, דהיינו שנה לפני המאמר שבו עסקנו קודם. העניין המיוחד בפרקים אלה נובע מהדיון המהווה העמקה ניכרת של התאולוגיה הפוליטית במובנה המיוחד אצל קלזן. לאחר סעיף מבוא קצר עוסק קלזן בטרנסצנדנטיות של האל לעומת הטבע בהסתמך על ספרות תאולוגית נוצרית, וכן בתופעה המקבילה של טרנסצנדנטיות המדינה לעומת המשפט. אחדותו של האל ובלעדיותו מקבילות לרעיון הריבונות של המדינה (סעיף 37). בסעיף הבא פותח קלזן ומציין כי בשל תפיסת הטרנסצנדנטיות של האל כלפי העולם התאולוגיה נתקלת באותו הקושי כמו התורה של משפט המדינה הטוענת כי למדינה טבע מטה-משפטי. התאולוגיה הנוצרית פותרת

את הקושי העיוני של שתי הוויות בלתי תלויות – אל ועולם – בכך שהיא מכניסה את האל לעולם על ידי הפיכתו לאדם, האל-הבן. תורת המדינה פותרת את הבעיה המקבילה באמצעות פתרון דומה: המדינה המטה-משפטית הופכת למשפט בכך שהיא מכפיפה את עצמה למשפט בתור סובייקט של המשפט. לדעתו של קלזן הפתרון העיוני-הגיוני בתאולוגיה נמצא בתפיסה הפנתאיסטית המזהה בין האלוהות לבין העולם; ובתורת המדינה הפתרון הוא בתפיסה הפוזיטיביסטית המזהה בין המדינה לבין מערכת המשפט. אך במציאות לא התאולוגיה המסורתית ולא תורת המדינה העכשווית אינן מקבלות במלואן את הפתרון הזה, ומכאן ניסיונותיהן לפתור את הבעיה בצורות אחרות.

אחת התאוריות שמנסה לפתור את בעיית השניות היא תאוריית הדר-צדדיות. לפי תאוריה זו המדינה בהיותה מעל המשפט מכפיפה את עצמה למשפט מתוך התחייבות עצמית; התאולוגיה מצדה פיתחה את "תורת שני הטבעים" באל-האדם, ישו, הכפוף לרצון האלוהי גם הוא מתוך התחייבות עצמית (סעיף 39). בתאוריה זו של שני טבעים, שני צדדים, יש קשיים גיוניים גדולים, והיא נתקלה בהתנגדות הן בתאולוגיה הן בתורת המדינה. לדעת המונופיזיטים הדוגלים בטבע אחד של ישו הרעיון של שני טבעים יוצר יצור כלאיים שאין הדעת סובלת. קלזן הגדיר את הדימוי – שלפיו המדינה היא כלפי חוץ ישות בעלת כוח ועוצמה אך כלפי פנים נושא של משפט – כהפיכת המדינה ליצור אגדתי גרוטסקי. אך לפי הגישה העיונית השלטת למדינה שני צדדים הנתפסים על ידי שתי תורות שונות המשלימות זו את זו. בדומה לכך יש לדוגמטיקה הנוצרית שני חלקים: תורת השילוש והכריסטולוגיה.

בסעיף הבא (סעיף 40) מנתח קלזן את ההקבלה בין שתי סוגיות המעסיקות את תורת המדינה ואת התאולוגיה: בעיית המעשה הבלתי חוקי של המדינה, ובעיית הרע בעולם. בכל הקשור למדינה הבעיה היא כיצד אפשר לייחס לה מעשה בלתי חוקי אף שהיא נתפסת כזוהה עם מערכת המשפט? בכל הקשור לאל השאלה היא כיצד אפשר לייחס לו את החטא, שהוא הרע שבעולם, אף שהאל הוא מקור הטוב? מעשה בלתי חוקי סותר את מערכת המשפט; חטא סותר את מערכת האל. התשובה הניתנת בשני התחומים היא למעשה זהה: המעשה הבלתי חוקי מיוחס לא למדינה גופה אלא לבני האדם המשמשים אורגנים שלה; החטא מיוחס לא לאל אלא לאדם המבצע אותו על פי רצונו החופשי. אולם מאחר שגם הפרט הוא חלק ממערכת המשפט, בתור סובייקט משפטי, המעשה

הבלתי חוקי מצדו אינו יכול מבחינה הגיונית לעמוד בסתירה למערכת הזאת. סתירה זו נמנעת כאשר העברה נתפסת כתנאי מוקדם להחלת הסנקציה, ובכך הופכת להיות חלק אינטגרלי של הכלל המשפטי עצמו. תשובה דומה ניתנה לדעת קלזן באשר לבעיית החטא בתאולוגיה, שבה הרע מיוחס לאל רק באותה מידה שהוא טוב הנטמע בטוב של מכלול הבריאה.

בסעיף הבא (סעיף 41) מפתח קלזן את ההקבלה בין הבעיה התאולוגית של היחס אלוהים-אדם לבין הבעיה של היחס מדינה-פרט. בתאולוגיה האדם שנברא בצלם נתפס כישות רוחנית, כנשמה. מול האל כנפש אוניברסלית עומדים בני האדם לא במובן הביולוגי אלא בתור "נפשות". בדומה לכך מול האישיות של המדינה עומד האדם לא במהותו הפיזית אלא כאישיות משפטית, שהיא "הנפש" המשפטית. בשל כך הפתרונות שהוצעו באשר לבעיית היחס שבין הפרט למדינה מקבילים לספקולציות התאולוגיות בדבר היחס שבין האל לבין הנפש היחידה.

כאן עובר המחבר לשאלת חופש הרצון. הרעיון שהרצון האנושי חייב להיות חופשי נובע בתאולוגיה מן הצורך שלא לייחס את החטא לאישיותו של האל. הרצון החופשי הבא בחשבון עבור תורת המשפט – וכן עבור המוסר והתאולוגיה – הוא נקודת ייחוס במישור הנורמטיבי. אולם הפסיכולוגיה המודרנית המבוססת על מדעי הטבע והמכוונת לסיבתיות אינה נזקקת לרצון חופשי. בעיניה הרצון אינו חופשי אלא נגזר מראש, ובתור שכזה הוא מושג מיותר משום שהוא תוצר של גורמים נפשיים אחרים. במישור הנורמטיבי הרצון הוא חופשי משום שמייחסים לו אחריות. בשל תפיסה שונה זו אין כל ניגוד בין הדטרמיניזם הסיבתי לייחוס האחריות הנורמטיבי במערכת המשפט או המוסר.

הסעיף האחרון בפרק זה (סעיף 42) מתאר את ההקבלה בין אמונת הנסים התאולוגית לאמונת הנסים המשפטית שאת עיקריה סיכמתי לעיל כחלק מן הדין במאמר על אלוהים ומדינה.

הפרק הבא הוא הפרק השנים עשר והאחרון בספרו הנזכר של קלזן. המחבר מפתח בו תחילה את רעיון ההתגברות על המתודה התאולוגית המבוססת על שניות, כלומר על מערכות כפולות – אלוהים ועולם, מדינה ומשפט (סעיף 43). הדרך הנכונה לביטול מתודה תאולוגית זו ולהשגת אחדות של המערכת בכל הקשור לאל ולעולם היא הפנתאיזם, שמשמעותו שלילת האל; האל נבלע

בעולם. בדרך זו השתחררו מדעי הטבע מכבלי התאולוגיה. בתורת המדינה התוצאה של אחדות המערכת היא הזהות שבין המדינה לבין מערכת המשפט. בסעיף הבא (סעיף 44) מצביע קלזן על כך שבין "אלוהים" לבין "מדינה", וכן בין "טבע" לבין "משפט", יש לא רק הקבלה אלא גם יחסים ממשיים. המלך המנהיג את בני האדם באמצעות צווים חוקיים הוא הדגם המקורי לאלוהות המנחה את הטבע. חוקי הטבע נתפסו תחילה כחוקים משפטיים. כמו כן בשלב מסוים של ההתפתחות הדתית והמדינית הדימויים של אלוהים ומדינה מתמזגים: האל הלאומי הוא האלהת אישיות המדינה. גם במדינות נוצריות יש יחס בין הרגש הדתי לבין הפטריוטיזם. דבר זה מתגלה גם בעובדה שכאשר האמונה באל נסוגה המדינה משמשת תחליף. כל האינסטינקטים של האדם המכוונים להקטנה עצמית, לויתור על עצמו ואף להשמדה עצמית, מוצאים את סיפוקם בהאלהת המדינה. במקום הרעיון הדתי בא רעיון המדינה. בהקשר זה מפנה קלזן בהערה ארוכה לספרו של פרויד "טוטם וטאבו" כדי לבסס את טענתו שישנו שורש נפשי משותף לרעיון המדינה והאלוהות.

בסעיף האחרון המסיים את הספר (סעיף 45) מפתח קלזן את גישתו המדעית לתורת המשפט – תורת המשפט הטהורה. כפי שתפיסת האל העל-טבעי שאינו קשור לחוקי הטבע והמחולל נסים היא – על פי פוירבך – תוצר של מילוי משאלות לב, כך מושג המדינה העל-משפטית הוא ביטוי לדרישות פוליטיות מסוימות שאינן מוכרות על ידי מערכת המשפט; מטרתו לאפשר סיפוק אינטרסים פוליטיים שהמערכת המשפטית אינה מכירה בהם – אינטרסים העומדים בניגוד למערכת המשפט. כאמור, ביטול השניות אלוהים-טבע מוביל למדע טבע טהור. אולם ביטול זה יכול להוביל גם לתאולוגיה "טהורה", שהיא בבחינת אתיקה טהורה. ביטול השניות מדינה-משפט מוביל לתורת משפט טהורה מחד גיסא, ולפוליטיקה טהורה מאידך גיסא. מדובר בשחרור תורת המשפט מיסודות מוסריים-פוליטיים ומיסודות של מדעי הטבע. מול מערכת המשפט הנורמטיבית, שהיא תחומה של תורת המשפט הטהורה, עומדת המציאות הטבעית של האירועים החברתיים, שהיא תחומה של הסוציולוגיה המדעית-טבעית של המדינה ושל המשפט. אם התאולוגיה מופיעה בתור תורה של מערכת נורמות דתיות גרדא – כלומר בתור אתיקה – אין להכחיש את קרבתה המתודית לתורה של נורמות משפטיות. קטע הסיום של הספר זהה לזה שבאמר "אלוהים ומדינה".

קודם שאעבור לחיבור השלישי, העוסק ביסודות הפילוסופיים של תורת המשפט הטבעי ושל הפוזיטיביזם המשפטי, מן הראוי לעצור ולבחון את תפיסתו המיוחדת של קלזן בדבר היחס שבין תאולוגיה לבין תורת המשפט והמדינה. נקודת המוצא שלו היא כאמור התורה של משפט המדינה כפי שהייתה מקובלת באימפריה הקיסרית של גרמניה במאה התשע עשרה ובראשית המאה העשרים. תורה זו הסתמכה על שלוש הנחות עיקריות: המדינה קודמת למשפט בהיותה המקור לו; המדינה היא אישיות משפטית הכפופה למשפט; הכפיפות של המדינה למשפט מבוססת על הרעיון של התחייבות עצמית מרצונה החופשי.¹⁸ לדעת קלזן שלוש ההנחות האלו – הלוקות בסתירה פנימית – מקבילות להנחות המקובלות בתאולוגיה הנוצרית בנוגע ליחס שבין האל לבין העולם: האל הטרנסצנדנטי העומד מעל העולם שהוא בוראו; האל הוא אישיות הכפופה לחוקי הטבע שהוא יצר; כפיפותו לחוקי הטבע באה מרצונו החופשי. כפי שהאל יכול לפעול מחוץ לחוקי הטבע, בחוללו נס, כך המדינה יכולה לפעול מחוץ למערכת המשפט ובניגוד לה בחוללה "נס משפטי". לדעתו של קלזן מקור הבעיה ההגיונית הוא בתפיסה של שניות המערכות המאפיינת את שני התחומים.

בהקשר זה ראוי להזכיר תקרית מביכה בין קלזן לבין אחד מתלמידיו המבריקים פריץ סנדר (Sander). האחרון, שהיה בעל אופי מורכב ביותר, נטה – על אף מוצאו היהודי – ללאומנות גרמנית קיצונית ולפשיזם.¹⁹ סנדר טען כי קלזן שאב ממנו את כל הרעיונות בדבר ההקבלה שבין התאולוגיה לבין תורת

18 ראו את הסקירה המאלפת אצל V. Neumann, "Theologie als staatsrechts-wissenschaftliches Argument: Hans Kelsen und Carl Schmitt," *Der Staat* 47 (Jellinek), pp. 163-169 (2008); המחבר מזכיר בהקשר זה את המלומדים גאורג ילינק (Laband) וקרל פרידריך פון גרבר (von Gerber) שביססו, כל אחד בדרכו המיוחדת, את התורה של משפט המדינה על הנחות אלה. יצוין כי גם היום תפיסתו של קלזן בדבר אחרות המדינה והמשפט אינה מקובלת על רוב המלומדים. בדבר היחס שבין המדינה למערכת המשפט בגרמניה של היום ראו: J. Isensee, "Staat und Verfassung," in: I. Isensee and P. Kirchhof (eds.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3rd ed., vol. II, Heidelberg 2004, pp. 3-106

19 על סנדר ותורתו ראו C. Kletzer, "Fritz Sander," *Der Kreis um Hans Kelsen: Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Wien 2008, p. 445-470

המדינה ואף נתן פומבי לטענה זו במילים חריפות בספר שכוון נגד תורתו המשפטית של קלזן.²⁰ קלזן לא ראה מנוס אלא להגיש לאוניברסיטת וינה תלונה משמעתית כלפי עצמו, ובעקבותיה זוכה זיכוי מלא מגנבת רעיונותיו של סנדר. על אף כל זאת עזר קלזן לסנדר לקבל מינוי בפראג. סנדר מצדו פעל נגד מינויו של קלזן באוניברסיטה הגרמנית בפראג ולאחר הגעתו של קלזן לפראג תמך בהפגנות הנאציות נגדו.²¹ חודשים אחדים לאחר הכיבוש הנאצי של צ'כוסלובקיה, בשנת 1939, מת סנדר בפתאומיות, ולפי שמועות שרווחו בפראג סיבת המוות הייתה התאבדות.²²

אחד המתנגדים הגדולים לקלזן היה קרל שמיט (1885–1985), משפטן והוגה דעות בעל השקפה אנטישמית ונאצית.²³ גם שמיט עסק בהרחבה במה שכינה "תאולוגיה פוליטית", אך למטרה שונה לחלוטין. קלזן עסק בהקבלות המושגיות-פורמליות בין תאולוגיה לתורת המשפט מנקודת ראות

20 F. Sander, *Kelsens Rechtslehre: Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz*, Tübingen 1923, pp. 62-67. סנדר מסיים את התקפתו על התנהגותו של קלזן כלפיו בשיר של גתה שתוכנו מעליב מאוד. השיר נלקח מתוך יצירתו של גתה "דיוואן מערבי-מזרחי": J. W. Goethe, "Wanderers Gemütsruhe," *West-östlicher Divan*, 1918. ניסיונו של Kletzer (**לעיל** הערה 19) להפחית מחומרת האשמות של סנדר כלפי קלזן נראה בעיניי לא מבוסס, השוו **שם**, עמ' 447-446. ראו גם את הערותי במאמרי, **לעיל** הערה 11, עמ' 198.

21 קלזן מתאר באוטוביוגרפיה שלו את יחסו המורכב של סנדר כלפיו; הוא הבין – בעקבות פרויד – את היחס הזה של שנאה-אהבה כלפיו כביטוי של תסביך אדיפוס. לדבריו הוא המשיך להיות בקשר ידידותי עם סנדר גם בפראג. ראו *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*, M. Jestaedt (ed.), Tübingen 2006, pp. 64-68.

22 Kletzer (**לעיל** הערה 19, עמ' 448) מציין שההנחה שסנדר התאבד אינה ניתנת בעת הזאת לאישור או להכחשה. המחבר מזכיר גם כי סנדר ביקש בכל כוחו לשרת את המשטר הנאצי, אך הוסבר לו כי בשל מוצאו הלא ארי אין רוצים בו. השוו בעניין זה גם לדבריו של קלזן, **לעיל** הערה 21, עמ' 67-68.

23 במאמרי הנזכר, **לעיל** הערה 11, ניתחתי בהרחבה את ביקורתו של שמיט על תפיסתו של קלזן ואת הוויכוח ביניהם, ראו **שם**, עמ' 190-229. ראו גם את המקורות המובאים **שם**. בנוגע ליחסו של שמיט כלפי היהודים ראו: R. Gross, *Carl Schmitt and the Jews: The Holocaust and German Legal Theory*, J. Golb (trans.), Madison 2007; השוו גם לביוגרפיה החדשה R. Mehring, *Carl Schmitt – Aufstieg und Fall: Eine Biographie*, München 2009.

אפיסטמולוגית, כדי להראות את הסתירות הפנימיות שלהן, ואילו המטרה של שמיט נראית סוציולוגית-היסטורית. למען האמת, המושג "תאולוגיה פוליטית" אצל שמיט עמום למדי, כפי שקורה לעתים בכל הנוגע למושגיו של הוגה דעות זה.²⁴ אולם אין כל ספק שתפיסותיהם של שני ההוגים שונות מהותית, הן באשר למקומה של המטפיזיקה בתורת המשפט והמדינה והן באשר לעצם מהותה של המדינה ויחסה למערכת המשפט.²⁵

נשוב לרעיונותיו של קלזן כפי שבאו לידי ביטוי בכתביו. בסמוך לפרסומו של המאמר "אלוהים ומדינה" נמתחה עליו ביקורת מקיפה וחריפה על ידי ונצל פוהל (Pohl), פרופסור לתאולוגיה באוניברסיטת וינה. ברשימה שכותרתה "ההקבלה של קלזן: אלוהים ומדינה – הערות ביקורתיות של תאולוג" תוקף המחבר בחזית רחבה את הנחותיו של קלזן.²⁶ אביא בקצרה את טענותיו העיקריות.

פוהל טען שההנחה של קלזן שהחוויה הדתית היא ביסודה חוויה חברתית אינה נכונה. לשם הבנת החוויה הדתית, לדעתו, נקודת המוצא חייבת להיות חוויה זו אצל עמים בעלי תרבות עכשווית ולא עמים פרימיטיביים. אין לגשת לחוויה הדתית בדעות קדומות, שליליות או חיוביות, ואף לא מתוך ההנחה שהתפתחות הדת בכל מקום הייתה מדרגה נמוכה ולא מושלמת לדרגה גבוהה יותר ומושלמת יותר. לא נכון שהדת התפתחה מאנימיזם פרימיטיבי ומתורה של כישופים למונותאיזם מוסרי. נהפוך הוא, תחילה הייתה תפיסה מונותאיסטית-מוסרית של בורא עליון ורק לאחר מכן התנוונה הדת לרעיונות של אנימיזם

24 ראו על כך במאמרי, **לעיל** הערה 11, עמ' 197-202.

25 ראו בהקשר זה גם את המאמרים החדשים יותר העוסקים בהשוואה בין תפיסותיהם של שני המלומדים S. Baume, "On Political Theology: A Controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt," *History of European Ideas* 35 (2009), pp. 369-381; V. Neumann, "Theologie als staatsrechtswissenschaftliches Argument: Hans Kelsen und Carl Schmitt," *Der Staat* 47 (2008) pp. 163-186 גם עם P. O. Espejo, "On Political Theology and the Possibility of Superseding SSRN (Social Science Research Network), *It*" (October 2007) <http://ssrn.com/abstract-1029609>

26 W. Pohl, "Kelsens Parallele: Gott und Staat – Kritische Bemerkungen eines Theologen," *Zeitschrift für öffentliches Recht* 4 (1925), pp. 571-609

וכישוף.²⁷ עוד לאדם הקדמון הייתה תפיסה של סיבתיות שהביאה אותו להכרת הגורם הראשון והעליון של העולם כחלק מהשקפה דתית מוסרית. רק לאחר מכן ירדה תפיסת הדת המוסרית – מתוך מניעים תועלתניים – לרמה הנמוכה של שדים ואלילים. בניגוד לדעתו של קלזן, אין כל סתירה בין ראיית האל כסיבה ראשונה וסופית של העולם וראייתו כערך המוחלט, כתכלית העליונה. תורתו של אמיל דורקהיים (Durkheim), שעליה מסתמך קלזן, הופרכה במחקרים מאוחרים יותר שהצביעו על היותה מבוססת על דעות מוקדמות וספקולטיביות שיסודן בפוזיטיביזם קיצוני. הדת אינה רק תופעה חברתית אלא היא בתחילתה עניין אינדיווידואלי.²⁸ פוהל דוחה בתוקף מיוחד את ההיבטים הפסיכואנליטיים של הקנאות הדתית שמציין קלזן בהסתמך על פרויד. הוא מתקומם נגד טענתו של קלזן, שאיש התרבות מרשה לעצמו לנהוג – מאחורי המסכה של אלוהיו, של אומתו ושל מדינתו – בצורה חייתית. על כך הוא משיב ומשיג:

משפטים אלה של קלזן, המבזים את הדת ואינם אלא חזרה על הטענות האפריוריות של הפוזיטיביסט הקיצוני דורקהיים, אינם ראויים להפרכה מיוחדת [...] לא, הדת אינה מסכה שמאחוריה הפרט רשאי להתמכר ללא עונש לאינסטינקטים וליצרים החשוכים ביותר; היא אינה אידאולוגיה שהומצאה ללא יסודות אובייקטיביים: מכל המקורות של המחקר הדתי-פסיכולוגי מתגלים השורשים הרציונליים של הדת. החוויה הדתית מבוססת על השקפת עולם בעלת יסודות הכרטיים ברורים. תמוה לשמוע חוקר, שבדרך כלל הוא כה רציני, מדבר בצורה כזו על הדת שממנה יצא [...] הטוב ביותר שתולדות המין

27 המחבר מסתמך על המחקרים של החוקר הסקוטי אנדרו לנג (Lang; 1844-1912) ועל אלה של ההולכים בעקבותיו, וכן על המחקר של הבלשן והאנתרופולוג הגרמני וילהלם שמידט (Schmidt; 1868-1954) שהיה כוהן דת קתולי ולימד באוניברסיטת וינה עד עליית הנאצים. הרעיון שאמונת הייחוד קדמה לאלילות ולעבודה זרה היה מקובל בימי הביניים. דעה זו הובעה על ידי הרמב"ם במשנה תורה, הלכות עבודה זרה א, א: "בימי אנוש טעו בני האדם טעות גדול ונבערה עצת חכמי אותו הדור ואנוש עצמו מן הטועים היה" וכולי. גם בהקשר זה מסתמך המבקר על כתביו של וילהלם שמידט הנזכר בהערה הקודמת.

האנושי יכולות להראות. קלזן, כך עלינו לסיים בירור זה, לא עשה צדק עם האופי של החוויה הדתית.²⁹

בהמשך טוען פוהל שהזרמים החדשים בפילוסופיה דחו את הפוזיטיביזם ואת הביקורתיות הנאו־קנטיאנית וחזרו למטפיזיקה ולתאיזם. גם התאולוגיה המודרנית אינה עוד כפי שמתאר קלזן. האל אינו כפוף לעולם. להקבלה בין המדינה ויחסה למשפט לבין האל ויחסו לעולם אין תוקף. קלזן משתמש בתפיסה המונופיזיטית כדי להראות את הסתירה בהפיכת האל לאדם, אך תפיסה זו נדחתה על ידי התאולוגיה הנוצרית. לדעת פוהל אין בקבלת רעיון הנס משום סתירה פנימית. הטבע הוא המעשה הרצוני של האל המסדיר גם את הנס. הנס הוא חלק מסדר העולם. הרע בעולם הוא תוצאה של חופש הרצון. האל מרשה את הרע אך אינו הסיבה לו. נכון ששאלת היחס שביין חופש הרצון האנושי לבין מהות האל היא עמוקה ביותר, אך אין לדבר על סתירה תאולוגית. סתירה זו היא תוצאת הנחתו של קלזן בדבר אחדות האל והעולם. רעיון האל הטרנסצנדנטי אינו מקור הבעיה אלא פתרונה.

לדעתי, ביקורת זו מחטיאה במידת מה את התובנות הפסיכולוגיות של קלזן. כפי שנזכרנו לדעת בתקופת הנאציזם, מאחורי מסכות של גזע, עם ואינטרס לאומי התבצעו פשעים מחרידים נגד האנושות. וגם כיום מתבצעים מאחורי מסכת הקנאות הדתית המוסלמית, ומתוך כניעה מוחלטת למנהיג הרוחני, מעשי התאבדות מחרידים. יתרה מזו, מה שהיה בתקופתו של פוהל הזרם המרכזי של האנתרופולוגיה, הועמד לאחור מכן בסימן שאלה.³⁰ כפי שמעיר אחד מתלמידיו של קלזן, לאוניד פיטמיק (Pitamic; 1885-1971), בביקורת על ספרו. גם אם ההקבלה בין מדינה לאל אינה שלמה יש עניין רב בתרגיל המחשבתי הזה.³¹

29 Pohl, **לעיל** הערה 26, עמ' 590 (התרגום שלי).

30 ראו את הסקירות המקיפות על הזרמים השונים "The Study and Classifications of Religions," *The New Encyclopedia Britannica*, 15th ed., vol. 26, Macropedia, pp. 509-529; "Systems of Religious and Spiritual Belief," *ibid*, pp. 530-577

31 L. Pitamic, "Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-, Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen," *Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1922/23),

עם זאת לדעת פיטמיק מדע ואמונה משלימים זה את זה. אין השוואה מלאה בין האל שהוא מושג על-רציונלי לבין המדינה שהיא מושג רציונלי.³² אשוב כעת לחיבור השלישי – תרגום הספרון של קלזן על היסודות הפילוסופיים של תורת המשפט הטבעי ושל הפוזיטיביזם המשפטי. מטרתו של קלזן להראות את הניגוד בין שתי הגישות וכן את הרקע הפילוסופי והפסיכולוגי הנמצא ביסוד ניגוד זה. הוא פותח את דיונו בהערה היסטורית. לדבריו תורת החברה הייתה במקורה דיסציפלינה נורמטיבית, משום שעסקה בשאלת ההסדר החברתי הצודק מבחינה ערכית. רק במאה התשע עשרה השתנתה תורת החברה והפכה למתודה מדעית-סיבתית, כלומר לסוציולוגיה, שמטרתה להסביר באופן סיבתי את ההתנהגות החברתית. בדומה לתורת המדינה גם תורת המשפט הפכה מתורה של המשפט הטבעי לתאוריה של המשפט הפוזיטיבי ולפרשנותו. בכך ניתק הקשר בינה ובין שאלת הצדק. זו ההבחנה בין הפילוסופיה של המשפט ובין מדע המשפט.

משפט טבעי ומשפט פוזיטיבי נבדלים הן בעקרון התקפות הן ביסוד הכפייה. המשפט הטבעי מבוסס על עקרון תוקף מהותי בהיותו מבחינת תוכנו טוב, נכון וצודק. בשל מהותו זו אין הוא זקוק לכפייה. לעומתו מקור התוקף של המשפט הפוזיטיבי הוא בעיקרון הפורמלי של סמכות אנושית. בשל כך הכפייה היא יסוד חיוני של המשפט הפוזיטיבי. בשל היעדר הכפייה תורת המשפט הטבעי הטהור חייבת להיות אנרכיזם אידאלי. כל אנרכיזם הוא ביסודו תאוריה של המשפט הטבעי.

גם המשפט הטבעי וגם המשפט הפוזיטיבי הם מערכות של נורמות, של ה"צריך להיות". אך ה"צריך להיות" של המשפט הפוזיטיבי הוא היפותטי גרדא לעומת הערך המוחלט של הנורמה של המשפט הטבעי הנובעת מן הטבע, מן האלוהים או מן התבונה. הנורמה של המשפט הפוזיטיבי תקפה רק בהנחה של קיום נורמה בסיסית המכוננת סמכות עליונה ליצירת המשפט; תקפותה של

idem, השוּו גם לביקורתו של פיטמיק לרגל ההדפסה השנייה של הספר, pp. 548-554

Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1928), pp. 644-645

32 על תפיסת המשפט של לאוניד פיטמיק ראו M. Pavčnik, "An den Grenzen der Reinen Rechtslehre," *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 81 (1995), pp. 26-40

הנורמה הבסיסית הזאת נשארת בלתי מבוססת. הנורמה הבסיסית היא הגורם לכך שפעולה אנושית מסוימת, שהיא נתון עובדתי (כגון עסקה או פסק דין), מתפרשת כפעולה משפטית בעלת משמעות אובייקטיבית. כלומר, הדרישה הסובייקטיבית הכלולה בפעולה זו הופכת לבעלת ממד אובייקטיבי של זכות וחובה חוקית. הנורמה הבסיסית מבטאת את הרעיון שהפוזיטיביזם המשפטי אינו חורג אל מעבר לחוקה ההיסטורית הראשונה לשם מציאת צידוק מהותי ומוחלט למערכת המשפט אלא נעצר בה. לכן הנורמה הבסיסית הזאת מקנה תקפות היפותטית בלבד. בוויטור זה על הצדקה מוחלטת ומהותית של הנורמה הבסיסית נמצא סימן ההיכר המהותי ביותר של הפוזיטיביזם לעומת תאוריית המשפט הטבעי. הפוזיטיביזם והיחסיות (ההכרתית-עיונית) שייכים זה לזה כמו תורת המשפט הטבעי והמוחלטות (המטפיזית).

עם כל זאת מערכת של משפט טבעי – בהנחה שהיא קיימת – הופכת בהכרח לפוזיטיבית בעת החלתה על העובדות המוחשיות של החיים החברתיים. הסיבה לכך היא שנורמה אינדיוידואלית יכולה להיות רק נורמה פוזיטיבית, משום שהיא נקבעת על ידי פעולה אנושית. בכך יש מגבלה על רעיון המשפט הטבעי. אך גם על רעיון המשפט הפוזיטיבי יש מגבלה, משום שההנחה (ההיפותטית) של הנורמה הבסיסית היא שתקפותה באה לה מכוח תוכנה, בדומה לנורמה של המשפט הטבעי.

בהמשך דבריו מועיד קלזן תפקיד נוסף לנורמה הבסיסית: בעזרתה יש להבין את החומר המשפטי שנוצר בדרך פוזיטיבית כמכלול בעל מובן, כלומר שאפשר לפרשו באופן סביר כך שבתוכו לא תהיינה סתירות הגיוניות. עקרון היעדר הסתירה חל, כמו בתחום ה"יש", גם בתחום ה"צריך להיות". שני ההיגדים: "צריך להיות א" ו"צריך להיות לא א" אינם אפשריים בעת ובעונה אחת, בדיוק כפי שאינם אפשריים יחד שני ההיגדים: "יש א" ו"יש לא א". המובן הסובייקטיבי, בעל הסתירה הפנימית, אינו יכול להיפך לאובייקטיבי. כאמור, הסתירות נפתרות בדרך של פרשנות.

כאן עובר קלזן לבעיית היחס בין שתי מערכות נורמטיביות שכל אחת מהן מבוססת על נורמה בסיסית שונה. אין כל אפשרות הגיונית ששתי המערכות יהיו תקפות בעת ובעונה אחת; מערכת נורמטיבית יכולה להיות תקפה רק כאשר נשלל התוקף מכל המערכות הנורמטיביות האחרות החלות על אותו התחום. אחדותה של מערכת משמעותה בלעדיות. מכאן שאין סתירה

נורמטיבית אפשרית בין משפט למוסר. מה שמכנים "התנגשות חובות" אינו הליך המתרחש בתחום הנורמטיבי אלא תחרות בין שני מניעים שונים בעלי כיוון שונה, כלומר מצב דברים שנמצא כולו בתחום היש.

התוצאה היא שאין אפשרות הגיונית של קיום נורמטיבי, זה לצד זה, של משפט פוזיטיבי ומשפט טבעי. כאשר מעריכים מנקודת ראותו של המשפט הטבעי את התאמתו ל"צדק" של המשפט הפוזיטיבי, האחרון אינו נתפס כלל כבעל תוקף נורמטיבי אלא כעובדה גרדא. אולם לא כך ראו חכמי המשפט הטבעי ההיסטוריים את היחס בין שתי המערכות. הם ראו את שתי המערכות כתקפות בעת ובעונה אחת. נטייתם הייתה לראות את המשפט הפוזיטיבי כמקבל לגיטימציה מהמערכת הגבוהה יותר של המשפט הטבעי. מורי המשפט הטבעי הידועים השתייכו לזרם השמרני. שינוי בתפיסה זו חל עם המהפכה הצרפתית שנתנה לתורת המשפט הטבעי של רוסו פרשנות מהפכנית.

הפרק האחרון בחיבורו זה של קלזן מוקדש לניתוח היסודות המטפיזיים והפסיכולוגיים של הגישות השונות. הפרק מרתק משום שהמחבר אינו מצטמצם למישור המשפטי-נורמטיבי אלא מרחיב את עינו לייסודות הפילוסופיים והפסיכולוגיים הנמצאים ביסוד הגישות השונות כלפי עולם המציאות, הטבעית והנורמטיבית. גם כאן מוצא קלזן הקבלה חשובה בין הגישה למציאות הטבע ובין תחום הערכים: הכפלת מושא ההכרה. בתחום מציאות הטבע, האדם יוצר שניות מטפיזית של העולם הזה והעולם הבא, של ניסיון וטרנסצנדנטיות. מאחורי עולם החושים עומד עולם האמת. לא תיתכן הכרה אנושית שלמה של הדברים כפי שהם באמת אלא רק **בבואה** של המציאות האמתית הטרנסצנדנטית. הרקע הפסיכולוגי למצב הכרתי-עיוני זה הוא תחושת אני מופחתת. בתחום הערכים, המשפט הפוזיטיבי אינו אלא **בבואה** של המשפט הטבעי הטרנסצנדנטי. עם זאת בשני התחומים, הטבעי והערכי, יש מגמה אימננטית להתגבר על השניות על ידי הכפלת המושא. השאיפה היא להגיע למדע חופשי ממטפיזיקה, למדעי טבע משוחררים מתאולוגיה; וישנה שאיפה דומה להגיע לתורת משפט ומדינה שהיא חופשית מדוקטרינת המשפט הטבעי.

האדם הפרימיטיבי רואה – בתחושת חוסר אונים – את הטבע הסובב אותו כמלא אלים ושדים. בדומה להשקפת הטבע המיתולוגית שלו הוא תופס גם את המערכת החברתית, את המשפט הפוזיטיבי, כביטוי לרצון אלוהי. השלב הבא הוא הכפלת המציאות לשניות מטפיזית-דתית שמשמעותה קיום

העולם הזה והעולם הבא. עם הכרת הניגוד הזה נולדת כמיהה מתמדת להתגבר עליו. בהתאם לאופן שבו מנסה אדם להתגבר על השניות המטפיזית-דתית אפשר להבחין, לדעת קלזן, בין שלושה טיפוסים יסודיים. הראשון, בעל האופי הפסימי, שם את הדגש על העולם הבא, ונציגו הוא הטיפוס של הנזיר, של הקדוש. בתחום הפילוסופיה של המדינה והמשפט, טיפוס זה שולל את המשפט הפוזיטיבי ואת המדינה הנתונה. הוא דוגל במשפט הטבעי ונוקט עמדה של אנרכיזם אידאלי. אם הוא "טיפוס תוקפני", הוא מהפכן המייחל לגן עדן ארצי עתידי. הטיפוס השני, בעל האופי האופטימי, רואה את המציאות כדבר ממשי שאפשר להסבירו. בין שני העולמות יש קרבה, והעולם הזה גם הוא בעל ערך. האדם רואה את עצמו כנברא בצלם האלוהים. בתחום הנורמטיבי משמעות המשפט הטבעי היא להצדיק את המשפט הפוזיטיבי. ההנחה היא שהמשפט הפוזיטיבי הוא העתק – שגם אם אינו מושלם הוא הקרוב ביותר האפשרי – של המשפט הטבעי. האופי הפוליטי של פילוסופיית המשפט הזאת הוא השמרנות. טיפוס אדם זה הוא אופטימיסט משום שהוא מחייב את ההווה, ולכן הוא פסימיסט בנוגע לעתיד שממנו אין לו כל ציפיות. שאיפתו היא לשמור על הקיים, והוא מבקש לדחות כל שינוי. הטיפוס השלישי הוא המפשר בין הקצוות של אופטימיזם ופסימיזם בעומדו באמצע. הוא מחפש את שיווי המשקל הנפשי והמדיני. הוא דוגל במשפט טבעי יחסי. הוא מחייב עקרונית את העולם ואת המדינה ושולל מהפכה מכל סוג שהוא. עם זאת הוא אינו מתנגד לכל ניסיון לשינוי הקיים. הוא חושב שהתנאים הקיימים ניתנים לשיפור ומאמין באפשרות של התפתחות הדרגתית באמצעות רפורמה.

בפרק האחרון מפרט המחבר את השקפת העולם המדעית-ביקורתית שבה הוא עצמו דוגל. מגמתה להשתחרר מכל מטפיזיקה ולכן להשתחרר בתחום הנורמטיבי מכל תורה של משפט טבעי. אך כאן קלזן מקדים "אני מאמין" מעניין (סעיף 33):

גם פילוסופיה החופשית ממטפיזיקה והנסמכת על ניסיון מדעי בלבד חייבת להיות מודעת לסוד הנצחי המקיף את עולם הניסיון מכל צד. רק עיוורון או סנוור יכולים להתיימר לשלול את חידת העולם, או – בגרסה אחרת של השקפה זו – להצהיר שהיא ניתנת לפתרון באופן מדעי. העמדה של הטיפוס הפילוסופי האידאלי – שאליה אני מתכוון,

ושהוא לבדו זכאי לכינוי "מדעי" – פירושה שהוא נעצר לפני חידת העולם האחרונה שבקיומה הוא מודה ברצון מתוך מודעות לגבולות ההכרה האנושית. מדובר בהגבלה עצמית של הרוח האנושית המודעת הן לכוחה הן לגבולות שאי-אפשר לחצות אותם. בעל העמדה הזאת אמנם אינו יודע אם הדברים בעולם הזה ויחסייהם הם "באמת" כפי שחשיו ושכלו מציגים אותם; אך הוא שולל כל ספקולציה על ה"אידיאות", או על התמונות המקוריות של דברים אלה, כלומר כל ספקולציה על הדברים האלה "כשלעצמם". עם זאת המושג של "הדבר כשהוא לעצמו" נשאר עבורו סמל המתייחס לגבול הניסיון שלו. הוא מכיר בכך שאינו מוכשר לשיטט מעבר לגבול הזה ולכן אינו זכאי לכך. "הדבר כשהוא לעצמו" אינו בשבילו ביטוי למציאות טרנסצנדנטית, אלא נקודת הגבול של ההליך האינסופי של הניסיון. אין הוא יכול להפחית בערכם של ענייני הניסיון, להתייחס אליהם כ"תופעות" וליטול מהעולם הזה את הממשות כשיהפוך למראית עין גרדא. כי העולם – כפי שהוא נראה לנו, ומשום שעבורנו אין אחר ולא יכול להיות אחר – הוא העולם היחיד ולכן העולם היחיד הממשי.

בגישה זו במקום המטפיזיקה באה ביקורת ההכרה, במקום הטרנסצנדנטי בא הטרנסצנדנטלי במובנו הקנטיאני. השקפת עולם זו מתאפיינת בשאיפה להחזיק את ההכרה חופשית מכל ההשפעות הנובעות מן המשאלות והאינטרסים הסובייקטיביים העצמיים. האידאל של האובייקטיביות הוא שקובע כאן, אך בד בבד עם מגמה ליחסיות. בתחום תורת המשפט מכונה גישה זו – המוותרת על כל הנחה של משפט טבעי – פוזיטיביזם משפטי. החקירה מכוונת להכרת התנאים הפורמליים של כל משפט. באמצעות הנורמה הבסיסית, שהיא בבחינת הנחה מוקדמת, אפשר להבין את המשפט הפוזיטיבי, אך אין אפשרות להסיק מהנורמה הבסיסית נורמות מהותיות. עם זאת, כדי להיות פוזיטיבית, חייבת המערכת המשפטית להתאים עד לדרגה מסוימת להתנהגות העובדתית של בני האדם שאליהם היא מתייחסת. ההתנהגות העובדתית הכוללת אסור לה שתעמוד בסתירה מוחלטת למערכת המשפט הבאה להסדירה. משמעותה של הנורמה הבסיסית היא, במובן מסוים, הפיכת הכוח למשפט.

האידיאל של הפוזיטיביזם המשפטי הוא למנוע כל השפעה של מגמה פוליטית על התאוריה של המשפט הפוזיטיבי. הפוזיטיביסט מקבל את המערכת המשפטית בלי להעריכה בעצמו בתור שכזאת. עם זאת הוא מודע לכך שהמערכת המשפטית היא פשרה בין אינטרסים קבוצתיים מנוגדים הנאבקים על כוח השלטון. המדע, כולל מדע המשפט, אינו מסוגל לערוך שיפוט ערכי. הוא יכול להבין נורמות אך לא ליצור נורמות.

בסיום חיבורו מבקר קלזן את קנט על כך ששיטתו סוטה במידת מה מן האידיאליזם הביקורתי. קנט לא הלך עד הסוף במאבקו נגד המטפיזיקה. דבר זה מתגלה באופן הברור ביותר בפילוסופיה המעשית שלו. "המטפיזיקה של המידות" של קנט היא ביטוי של תורת המשפט הטבעי הקלסי כפי שהתפתחה על קרקע הנצרות הפרוטסטנטית במאות השבע עשרה והשמונה עשרה. מן הראוי לחזור כאן על דברי הסיום של קלזן שתוכנתם לא איבדה מאומה מן האקטואליות שלה, כפי שניתן להיווכח מתחיתו המחודשת של המשפט הטבעי לאחר מלחמת העולם השנייה:

בדיוק ברגע שבו היה נדמה שהפוזיטיביזם הביס סופית את הספקולציה של המשפט הטבעי – בעשור השני של המאה העשרים – התחילה **תנועה מודעת של המשפט הטבעי**. היא באה עם תפנית של פילוסופיית הטבע מן הכיוון שנקבע על ידי הביקורתיות של **קנט** אל **מטפיזיקה חדשה** ובלוויית **תחייה של הרגש הדתי**. תנועת הגלים הנצחית של הרוח האנושית מובילה אותה מהשפלה עצמית או מהתנשאות עצמית אל ביטול עצמי, מפסימיות או אופטימיות אל האידיאל של אובייקטיביות, מן המטפיזיקה אל ביקורת ההכרה, ומכאן בחזרה; נראה שהחוויה העצומה של המלחמה הגדולה האיצה במידת מה את תנועת הגלים הזאת. השקפת עולם אנטי-מטפיזית, מדעית-ביקורתית, עם אידאל האובייקטיביות, יכולה לפרוח – כמו הפוזיטיביזם המשפטי – רק בזמנים שקטים יחסית, בתקופות של שיווי משקל חברתי. כאשר היסודות החברתיים, ואתם המודעות העצמית של הפרט, מזדעזעים עמוקות – כפי שקרה בעקבות המלחמה הגדולה – כאשר רוב הערכים שעד עכשיו התקבלו כמובנים מאליהם מוטלים בספק, כאשר הניגוד בין קבוצות האינטרסים מחריף ביותר ובכך מתלקח מאבק על הסדר

חדש – יתעורר בהכרח צורך גדול להצדקה מוחלטת של הדרישות המוצגות במאבק זה. אם אף האדם היחיד חווה באופן נאיבי את האינטרס העכשווי שלו כ"זכות", עד כמה יותר מזה תרצה כל קבוצת אינטרסים להסתמך על "הצדק" למען הגשמת דרישותיה! לכן באה מוקדם יותר ממה שהיה אפשר לצפות התגובה המתבטאת בתחייתה של המטפיזיקה, ולכן גם של תורת המשפט הטבעי.

מתוך המצב הרוחני-היסטורי הזה נוצר הניסיון הנוכחי לחשוף את יסודותיהם של תורת המשפט הטבעי ושל הפוזיטיביזם. הוא השיג את מטרתו אם הצליח להראות ששורשו של הניגוד בין שני כיווני היסוד האלה במדע המשפט נמצא במעמקים הסופיים של השקפת עולם ושל אופי; וכי מדובר בסכסוך נצחי של הרוח שאינו מוכרע לעולם.

קלזן עצמו עסק בתורת המשפט הטבעי בכתבים נוספים שמספרם ניכר למדי, ובהם התרכזו בנקודות מיוחדות של ביקורתו הנוקבת על תורה זו. יש מקום להזכיר אחדים מן חיבורים אלה. אולם מן הראוי לעשות הבחנה מסוימת בין הכתבים שהתפרסמו על יסוד ההנחות העיוניות המקוריות של קלזן לבין אלה שבאו לאחר ששינה אחדות מהנחותיו הקודמות. השינויים נוגעים קודם כולל למהותה של הנורמה הבסיסית. קלזן גרס תחילה כי הנורמה הבסיסית היא היפותזה הנמצאת ביסוד התוקף של המערכת הנורמטיבית, ואילו מסקנתו המאוחרת הייתה – בהשפעת פילוסופיית ה"כאילו" של הנס פיינהנגר (Vaihinger)³³ – שהנורמה הבסיסית היא בבחינת פיקציה של אקט רצוני שאינו קיים במציאות.³⁴ אולם לשינוי זה אין משמעות מיוחדת בכל הקשור למשפט הטבעי. שינוי אחר נוגע לתפיסת ההתנגשות הנורמטיבית, ובתוכה להתנגשות האפשרית בין תוכנן

H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, 9th and 10th eds., Leipzig 1927; *idem, The Philosophy of "As If": A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, C. K. Ogden (trans.), 2nd ed., London 1935

H. Kelsen, *General Theory of Norms*, M. Hartney (trans.), Oxford 1991, 34 p. 256

של נורמות המשפט הפוזיטיבי ובין תוכנן של נורמות המשפט הטבעי. גישתו המקורית של קלזן הייתה כאמור שהתנגשות מעין זו אינה אפשרית מבחינה הגיונית-פורמלית, משום שכל מערכת נורמטיבית היא בלעדית, ולכן נורמה של מערכת אחת אינה יכולה להיות בעלת תוקף מבחינת מערכת אחרת.³⁵ אך היעדר תוקף משמעותו אי-קיום הנורמה. קלזן סבר שאין אפשרות של התנגשות נורמטיבית במלוא מובן המילה משום שהנורמה ה"מתנגשת" אינה קיימת כלל. לכן מדובר בהתנגשות חובות המתרחשת בנפשו של אדם הרואה עצמו כפוף לשתי מערכות נורמטיביות בעת ובעונה אחת. עליו לבחור לאיזו נורמה לציית בידעו שיהיה עליו לשאת בסנקציה של הנורמה המופרת. אך מבחינת המערכות הנורמטיביות עצמן ישנה רק מערכת תקפה אחת.³⁶

אולם בתקופת חייו המאוחרת – בעיקר משנת 1960 ואילך – שינה קלזן את דעתו בעניין האפשרות ההגיונית-פורמלית של התנגשות נורמטיבית, הן בין נורמות של מערכת אחת הן בין נורמות של מערכות שונות. בהקשר שלנו מעניינת בעיקר דעתו על ההתנגשות הנורמטיבית בין מערכות כגון בין משפט ומוסר ובין משפט פוזיטיבי ומשפט טבעי. דעתו המאוחרת של קלזן היא שעקרון היעדר הסתירה חל רק על היגדים שיכולים להיות שקר או אמת, ועל ההיגד הנורמטיבי, הקובע מה צריך להיות, לא חלה קטגוריה זו. העיקרון ההגיוני של היעדר הסתירה אינו חל על העולם הנורמטיבי. מכאן שמבחינה הגיונית נורמות של מערכת אחת עשויות להיות תקפות (קיימות) בעיני מערכת נורמטיבית אחרת.³⁷

- H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2nd ed., Wien 1960, pp. 260-262 35
 H. Kelsen, "Naturrecht und Positives Recht – Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses," *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 2 (1928), pp. 71-94 36
 קלזן נתן ביטוי לשינוי זה בכמה כתבים. ראו Kelsen, **לעיל** הערה 34, פרק 57, עמ' 37
idem, "Recht und Logik," *Forum* 12/142-143 (1965), pp. 421-425, ;225-211
 495-500, תורגם לאנגלית בשם "Law and Logic", בתוך: Weinberger, **לעיל** הערה 1, עמ' 253-228, *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Neue Folge)* 13 (1963), pp. 1-37
 ,תורגם לאנגלית בשם "The Foundation of the Theory of Natural Law", בתוך: Weinberger, **לעיל** הערה 1, עמ' 153-114.

יהא המצב באשר לנורמות סותרות בתוך מערכת אחת אשר יהא,³⁸ לטעמי תפיסתו המקורית של קלזן בדבר היחס שבין נורמות של מערכות שונות עדיפה על תפיסתו המאוחרת. מבחינתה הפנימית של מערכת אחת, הנורמות של מערכות אחרות אינן בעלות תוקף נורמטיבי, אף שהמצב שונה במישור העובדתי ובפסיכולוגיה של אדם הרואה את עצמו כפוף לשתי המערכות גם יחד.³⁹ על כל פנים השינוי שחל אצל קלזן בשאלת תחולתם של כללי ההיגיון בתחום הנורמטיבי לא השפיע במאומה על תפיסתו העקרונית השלילית בעניין קיומו של המשפט הטבעי.

אזכיר בקצרה את הפרסומים הנוספים של קלזן העוסקים במשפט הטבעי. בשנה שבה פורסם הספרון על היסודות הפילוסופיים (1928) הופיעו גם שני מאמרים: האחד "הרעיון של המשפט הטבעי" שבו שב קלזן ומדגיש היבטים אחרים של הניגוד בין המשפט הפוזיטיבי למשפט הטבעי.⁴⁰ הוא עומד במיוחד על רעיון היעדר הכפייה במשפט הטבעי ועל הצורך להחיל את העיקרון המופשט של הצדק (יהא מקורו אשר יהא) על המקרה הקונקרטי. הליך ההגשמה הזה מעורר בעיה חמורה של פרשנות אנושית שיש בה יסודות של פוזיטיביזם. רעיון היעדר הכפייה הוא מצדו עניין אוטופי לחלוטין. המאמר האחר שפורסם באותה השנה הוא "משפט טבעי ומשפט פוזיטיבי – חקירה של יחסם ההדדי".⁴¹ כאן

38 T. Mazzarese, "Kelsen Revisited on Law and Logic," in: L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory: A Diachronic Point of View*, Torino 1990, pp. 139-160; R. Guastini, "Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems," *לעיל*, Paulson and Paulson, בתוך: "Science: Some Epistemological Problems," הערה 16, עמ' 330-317; A. G. Conte, "Hans Kelsen's Deontics," עמ' 341-331; B. Celano, "Norm Conflicts: Kelsen's View in the Late Period and a Rejoinder," *שם*, עמ' 361-343.

39 I. England, *Religious Law in the Israel Legal System*, בהרחבה, Jerusalem 1975, pp. 33-46

40 H. Kelsen, "Die Idee des Naturrechts," *Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1928), pp. 221-250; תורגם לאנגלית בשם "The Idea of Natural Law" בתוך: Weinberger *לעיל*, הערה 1, עמ' 60-27.

41 H. Kelsen, "Naturrecht und Positives Recht – Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses," *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 2 (1928), pp. 71-94

מדגיש קלזן את הבלעדיות של כל מערכת נורמטיבית ואת ההבדל בין מערכת סטטית לבין מערכת דינמית ומשייך את המשפט הפוזיטיבי לאחרונה. בניגוד ל"רעיון הטהור" של המשפט הטבעי, התורה הקלסית של המשפט הטבעי לא זו בלבד שלא שללה את תקפותו של המשפט הפוזיטיבי אלא ראתה בו עניין חיוני וחיובי. כדי לשמור בכל זאת על רעיון אחדות המערכת יש נטייה לראות במשפט הטבעי את סיבת התוקף העליונה של המשפט הפוזיטיבי. אולם הרעיון שהמשפט הטבעי מעביר את כל סמכות החקיקה אל המשפט הפוזיטיבי – פירושו המעשי הוא ביטולו של רעיון המשפט הטבעי. בחלק האחרון של מאמרו פונה קלזן נגד הדעה – שהובעה במיוחד על ידי קרל ברגבוהם (Bergbohm)⁴² – שלתורת המשפט הטבעי היה בעבר תפקיד מהפכני-הרסני. קלזן חוזר כאן על דעתו שהכיוון המהפכני של תורת המשפט הטבעי נוצר רק עם המהפכה הצרפתית, שהסתמכה על רעיונותיו של רוסו.⁴³

המאמר המקיף הבא פורסם באנגלית לאחר מלחמת העולם השנייה: "הדוקטרינה של המשפט הטבעי לפני בית הדין של המדע" (1949).⁴⁴ נקודת המוצא של קלזן במאמר זה היא שביסוד רעיון המשפט הטבעי מונחת ההנחה המוטעית שערך מסוים הוא אימננטי במציאות ובעל אופי מוחלט. רק על יסוד הנחה זו אפשר להסיק נורמה מתוך הטבע. והאמת היא שכל נורמה כזאת מוסקת מערכים סובייקטיביים; עקרון המשפט הטבעי מבוסס על הכשל ההגיוני של הסקת ה"צריך להיות" מן ה"יש". מכאן עובר קלזן לביקורת על הוגי הדעות הקלסיים של המשפט הטבעי ובעיקר הובס, פופנדורף (Pufendorf), לוק ורוסו.

K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: Kritische Abhandlungen*, 42
vol. 1, Leipzig 1892

קלזן מסכים עם ביקורתו המהותית של ברגבוהם על האופי המופשט של עקרונות המשפט הטבעי. הוא גם מביע את הדעה שהאסכולה ההיסטורית של המשפט, מיסודו של פרידריך קרל פון סביני (Savigny), אינה אלא תורה של משפט טבעי. במקום רצון האל, התבונה או הטבע הציבה אסכולה זו את "רוח העם" כדי להצדיק את המשפט הקיים ואת המדינה הקיימת. ראו Kelsen, **לעיל** הערה 41, עמ' 91.

H. Kelsen, "The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science," *The* 44
H. Kelsen, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays*,
Western Political Quarterly 2 (1949), pp. 481-513
(Berkeley 1957, pp. 137-173, 384-388)

הוא מצביע על המסקנות המנוגדות שאליהן מגיע כל אחד מהוגי דעות אלה על יסוד תפיסתו את "טבע האדם". דוגמה נוספת לממד הסובייקטיבי של מסקנה ערכית המוסקת כביכול מן המציאות היא זכות הבעלות: יש הרואים בה את היסוד העיקרי של משפט הטבע, ויש הרואים בה הפרה בוטה של ההסדר הרצוי על פי טבע החברה. בהמשך מרחיב קלזן את ביקורתו על הסוציולוגים, וכן על הפילוסופים של ההיסטוריה בני המאה התשע עשרה, המבקשים להסיק מחוקי החברה ומחוקי ההיסטוריה את ההסדר הצודק של יחסי אנוש. לדעתו של קלזן הוגי דעות אלה, על אף התנגדותם המוצהרת לתורת המשפט הטבעי הקלסית, נכשלים בכשל ההגיוני האופייני לתורה זו: הסקת מסקנה ערכית מן המציאות. ביקורתו הנוקבת מכוונת נגד הרעיונות המנוגדים של אוגוסט קונט (Comte; 1857-1798)⁴⁵ והרברט ספנסר (Spencer; 1903-1820)⁴⁶ על ההתפתחות החברתית, נגד המטפיזיקה הדיאלקטית של הגל ונגד המטריאליזם ההיסטורי של קרל מרקס. בסיום מאמרו כותב קלזן:

ההסברים הקודמים מראים שהדוקטרינה של המשפט הטבעי – הן כשהיא מציגה את מסקנותיה כנגזרות מחוק הטבע במונחים של תורת המשפט והן כשהיא מציגה אותן כנגזרות מחוקי התפתחות במונחים של סוציולוגיה או היסטוריה – מפעילה מתודה מוטעית מבחינה הגיונית שבאמצעותה אפשר להצדיק, ואף היו מי שהצדיקו בפועל, את השיפטים הערכיים המנוגדים ביותר. מנקודת ראות מדעית, דהיינו מנקודת הראות של בקשת האמת, מתודה זו היא חסרת ערך לחלוטין. אולם מנקודת ראות פוליטית, בתור מכשיר אינטלקטואלי במאבק להגשמת אינטרסים, הדוקטרינה של המשפט הטבעי יכולה להיחשב כבעלת תועלת [...] יומרתה של דוקטרינת המשפט הטבעי שהיא מסוגלת לקבוע את הצודק באופן אובייקטיבי היא שקר, אך הגורסים שהיא בעלת תועלת יכולים להשתמש בה בתור שקר מועיל.⁴⁷

Auguste Comte, *Cours de Philosophie positive* (1830) 45

Herbert Spencer, *Principles of Sociology* (1855) 46

קלזן מעיר בהקשר זה (ככל הנראה באירוניה מסוימת) שלפי אפלטון שקרים מותרים כשהם מועילים לשלטון בכך שהאזרחים – בהאמינם לשקרים – משתכנעים לציית לחוקים.

במאמר אחר חזר קלזן על ביקורתו על ההנחה שאפשר להסיק מסקנות ערכיות מתוך ניתוח אובייקטיבי של המציאות.⁴⁸ הפעם כוונה ביקורתו נגד ספרו של הפילוסוף ג'ון ויילד (Wild) שראה באפלטון מייסד דוקטרינת המשפט הטבעי.⁴⁹ בהרצאה שנשא קלזן בשנת 1961 לרגל קבלת תואר דוקטור לשם כבוד מטעם האוניברסיטה החופשית בברלין הוא חזר על ההבדלים המהותיים בין הפוזיטיביזם המשפטי לבין תורת המשפט הטבעי.⁵⁰ הוא שב והדגיש כי אי אפשר מבחינה הגיונית להסיק מסקנות נורמטיביות מהמציאות האמפירית. הפוזיטיביזם מבוסס על ההנחה שאין ערכים מוחלטים. לפי המתודה הפוזיטיביסטית, בהכרת המציאות אין אפשרות לקבל את ההנחה שקיים מחוקק אלוהי טרנסצנדנטי, או את ההנחה שאפשר להסיק ערכים מוחלטים על יסוד התבונה האנושית. קביעת נורמות היא פעולה של רצון ולא של הכרה. קלזן מעיר שבעקבות מלחמת העולם השנייה – וכתגובה לנאציזם, לפשיזם ולקומוניזם – התעוררה מחדש הספקולציה הדתית-מטפיזית ואתה התורה של המשפט הטבעי.

לבסוף, במאמר מקיף אחרון ששמו "הבסיס של תורת המשפט הטבעי" משנת 1963⁵¹ דן קלזן בהרחבה בגישתו של אריסטו ומגיע למסקנה – בניגוד

- H. Kelsen, "A 'Dynamic' Theory of Natural Law," *Louisiana Law Review* 16 48
'עמ' 597-620 (1956), pp. 597-620 (נרפס גם ב: Kelsen, *What is Justice?*, לעיל הערה 44, עמ' 197-174, 388. למען השלמות אזכיר כתבים נוספים של קלזן, העוסקים במשפט הטבעי מנקודת ראות זהה "Why Should the Law Be Obeyed?", H. Kelsen, בתוך: *Justice? לעיל הערה 44, עמ' 265-257*, Wien; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2nd ed., 1960, pp. 223-227. ראו במיוחד את החלק השני של המאמר המקיף על הצדק, שהופיע כנספח לספר זה על תורת המשפט הטהור ועוסק בתורת המשפט הטבעי, שם, עמ' 402-444.
- J. Wild (1902-1972), *Plato's Modern Enemies and the Theory of Natural Law*, 49
Chicago 1953
- H. Kelsen, "Naturrechtslehre und Rechtspositivismus," *Politische Vierteljahresschrift. 50*
Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft 3 (1962),
pp. 316-327
- H. Kelsen, "Die Grundlage der Naturrechtslehre," *Oesterreichische Zeitschrift 51*
für öffentliches Recht (Neue Folge) 13 (1963), pp. 1-37
"The Foundation of the Theory of Natural Law", בתוך: Weinberger, *לעיל הערה*
1, עמ' 114-153.

לדעה המקובלת – שגישת אריסטו אינה מובילה לתורה אמתית של משפט טבעי. הצדק לפי אריסטו הוא מידה טובה שאדם לומד אותה, ואין הוא עניין של טבע. בהמשך דן קלזן בתומס אקווינס שלדעתו פיתח על יסוד הפילוסופיה של אריסטו תורה של משפט טבעי המבוססת על תבונתו של האל – שהיא רצונו. לדעת קלזן גם האתיקה של קנט מגיעה בסופו של דבר לרעיון תאולוגי זה.⁵²

אין להתפלא שביקורתו החריפה של קלזן על תורת המשפט הטבעי עוררה תגובות חריפות לא פחות מצד תומכיה הרבים של תורה זו. לקלזן עצמו לא הייתה כל אשליה שיצליח לשכנע את מתנגדיו. כפי שניסח כה יפה בסוף ספרו על היסודות הפילוסופיים של תורת המשפט הטבעי הנזכר לעיל: "שורשו של הניגוד בין שני כיווני היסוד האלה במדע המשפט הוא במעמקים הסופיים של השקפת עולם ושל אופי [...] מדובר בסכסוך נצחי של הרוח שאינו מוכרע לעולם". את אחת מהרצאותיו פתח קלזן בדברים אלה: "קיבלתי את הזמנתכם לדבר על המשפט הטבעי כחוג זה של תומכים בתורת המשפט הטבעי לא מתוך כוונה לשכנע אתכם לקבל את השקפתי שמנקודת ראות מדעית-רציונלית אין לאמץ את תוקפו של משפט טבעי. כי אני סובר שאין אפשרות לעשות זאת".⁵³ בהמשך טען קלזן כי ההנחה המוקדמת לקיום משפט טבעי נמצאת באמונה באלוהות בעלת צדק שרצונה אימננטי בטבע. לדעתו אין כל טעם להתווכח עם אמיתות אמונה זו.⁵⁴

ואמנם הוויכוח בין התומכים בפוזיטיביזם משפטי לבין הדוגלים במשפט טבעי נמשך עד עצם היום הזה, והוא נושאם של ספרים ומאמרים רבים מספור. עם זאת יש לזכור שהפוזיטיביזם הנורמטיבי של קלזן הוא

52 תקציר של רעיונות אלה מופיע ברשימה של קלזן שהתפרסמה בשנת 1962 בשם "יסודותיה של תורת המשפט הטבעי": H. Kelsen, "Grundlagen der Naturrechtslehre," *Die neue Ordnung* 16 (1962), pp. 321-327. כתב עת זה הוא מיסודם של דומיניקנים, ובהערות שוליים מציינים חברי המערכת שאינם מסכימים לא עם דעתו של קלזן ולא עם ראיותיו. הם מפנים לפרסומים שיש בהם תגובות ביקורתיות על דעתו של קלזן.

53 הדברים פורסמו במאמר הנזכר לעיל בהערה 51 (במקור בגרמנית ובתרגום אנגלי), וכן ברשימה הנזכרת לעיל בהערה 52.

54 קלזן מוסיף שם שאינו מופיע לפנייהם – כפי שאחדים עשויים לצפות ממנו – בתור פרקליט השטן (*advocatus diaboli*), אלא דווקא להפך, בתור פרקליט האל (*advocatus dei*). דבר זה, כך הוא מקווה, ייטול מן הוויכוח כל עוקץ העלול לפגוע ברגשותיו של אחד הצדדים.

ממין מיוחד, וויכוחים רבים שהתנהלו וממשיכים להתנהל עם הפוזיטיביזם מתייחסים לפוזיטיביזם שאינו זהה לזה הנמצא ביסוד השקפתו של קלזן. מקרב הוויכוחים האלה ראוי להזכיר במיוחד את חליפת הדברים בין הרברט הרט לבין לון פולר;⁵⁵ כן יש עניין בהשקפותיהם השונות של יוסף רו וג'ון פיניס.⁵⁶ מקרב הספרות הענפה העוסקת עיסוק ביקורתי בהשקפתו המיוחדת של קלזן בעניין המשפט הטבעי אזכיר את מאמריהם של אדגר בודנהיימר⁵⁷ ואלברט אהרנצוויג.⁵⁸

לבסוף, הוויכוח על מקומו של המשפט הטבעי התנהל גם במסגרת המסורת המשפטית הדתית היהודית. נושא זה, הקשור לבעיית היחס הכללי בין הדת למוסר, נחקר לאחרונה בהרחבה על ידי הפרופסורים אבי שגיא ודניאל סטטמן⁵⁹ המתייחסים באופן ביקורתי גם לתפיסה המוניסטית של קלזן.⁶⁰

- 55 H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morality," *Harvard Law Review* 71 (1958), pp. 593-629; L. L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law," *ibidem*, pp. 630-672; ראו גם הסימפוזיון "Symposium on the Hart-Fuller Debate at Fifty", *New York University Law Review* 83 (2008), pp. 993-1212
- 56 R. Gavison, "Book Review: Natural Law, Positivism, and the Limits of Jurisprudence: A Modern Round" (Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays in Law and Morality* [Oxford 1979]; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* [Oxford 1980]), *Yale L. J.* 91 (1982), pp. 1250-1285
- 57 E. Bodenheimer, "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science: A Reply to Hans Kelsen," *The Western Political Quarterly* 3 (1950), pp. 335-363
- 58 A. A. Ehrenzweig, "Psychoanalytical Jurisprudence: A Common Language for Babylon," *Columbia Law Review* 65 (2) (1965), pp. 1331-1360
- גם עם הערותיו של H. Dreier, "Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm," *Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften*, Beiheft 7 (2007), pp. 81, 90-92
- 59 ד' סטטמן וא' שגיא, "תלותו של המוסר בדת במסורת היהודית", בתוך: ד' סטטמן וא' שגיא (עורכים), **בין דת למוסר**, ירושלים תשנ"ד, עמ' 115-144, במיוחד עמ' 144, הערה 48; א' שגיא, **יהרות: בין דת למוסר**, תל אביב 1998, עמ' 103-155, 339-342.
- 60 שגיא, **שם**, עמ' 116-120, 346.

תודתי הכנה נתונה למר נועם לסטר ולגב' תמר שקד שקיבלו על עצמם את עריכת הלשון של התרגום. אני אסיר תודה על עבודתם המסורה והיעילה. כן מבקש אני להודות למכון הישראלי לדמוקרטיה שניאות להיות האכסניה להוצאתו לאור של הספר המיועד להביא לקורא הישראלי את הגותו המקורית של אחד מגדולי המשפטנים בתחום פילוסופיית המשפט ומדע המדינה.

יצחק אנגלרד

ירושלים, תשע"א (2010)