

נקודת המבט המשפטית של רוברט סמק / רות גביזון*

* תדפיס מתוך עיון, רבעון פילוסופי, כרך כ"ח, חוברת א' טבת תשל"ח

1. כללי

פרופ' סמק אינו הולך בקטנות. אין הוא מסתפק בהתפלמסות עם מחבר זה או אחר לגבי השאלה "מהו המשפט". בהקדמה לספר הוא אומר כי מטרתו היא להנהיג "מושג מארגן" חדש ולהוכיח כי הוא עדיף על המודלים המסבירים המקובלים כיום להסברת התופעה המשפטית. המושג המארגן, האמור לקיים תפקיד זה, הוא נקודת המבט המשפטית: the legal point of view. "נקודת המבט המשפטית" אמורה לקחת את מקומם של הניסיונות לחפש אחרי מהותו של המשפט, ניסיונות שלדעת סמק חייבים להיכשל מפני שהם מחייבים העמדה של התופעה המשפטית המורכבת על אחד או חלק מהיבטיה.

בחלק הראשון של הספר מציג סמק את היסודות הפילוסופיים של עמדתו. יסודות אלה שאובים מן המסורת של הפילוסופיה האנאליטית וניכרת בהם השפעת כתביו המאוחרים של ויטגנשטיין. ההצגה של העמדות הפילוסופיות נעשית במכוון בצורה ההולמת את צרכיו של קורא משכיל שאינו מצוי בספרות פילוסופית. לגבי משפטים זהו בדרך כלל יתרון, אך לגבי פילוסופים תיראה ההצגה במקרים רבים טריוויאלית או פשטנית.

סמק מבחין בין "מושג פשוט" (ordinary concept), המבוסס על צורות השימוש בשפה המקובלת, ובין "מושג דגם" (model concept), אשר כשמו, מבוסס, לפחות בחלקו, על הדגם אליו הוא משתייך. טענתו היא כי צורות השימוש המקובלות במושג ה'משפט' הן כה רבות שאי-אפשר לבנות מכולן מושג פשוט אחד, ולכן יש לבנות למשפט מושג דגם (19). אולם, הוא מוסיף, נטייתנו היא לייחס למונחים משמעות קבועה ולשכוח שמשמעותם עשויה להשתנות ב"משחקי שפה" שונים. כדי להתגבר על נטייה זו, שתוצאותיה קשות הן במשפט והן בהקשרים אחרים, מציע לנו סמק תיאור חילופי: מושגים רגילים "מתעוותים" (are bent) על-ידי השימוש שלהם בשפה; הם מושפעים גם מנקודת המבט שממנה משתמשים בהם. מושגי דגם, לעומתם, מקבלים חלק ממשמעותם מן הדגם אליו הם שייכים, וחלק אחר – מן ההקשר של השימוש (20). טענתו לגבי משפט תהיה, אם כן, שאפיון נקודת המבט המשפטית עדיף, כגורם מארגן לחשיבה בתחום, על בניית מושג דגם של משפט.

* R. A. Samek, *The Legal Point of View*, New York, Philosophical Library, 1974. 343 p.

סמק ממשיך ומבין בין ארבע פונקציות של דיון: הפונקציה האסרטיבית (22), הפונקציה המעריכה (24), הפונקציה המצווה (27) והפונקציה הפרפורמאטיבית (32), ועוסק ביחס שבין פונקציות אלה ובין דיונים מנקודות מבט (פרק 3). הוא מסיים את החלק הפילוסופי של הספר בניתוח ביקורתי של מושגי הנורמה ומערכת נורמות (פרק 4), המבוסס במידה רבה על משנתו של פון רייט.

בחלק השני של הספר עושה סמק שימוש בכלים שהנהיג בחלק הפילוסופי לניתוח המשפט. ראשית, הוא טוען, השאלה "מהו משפט", המטרידה זה דורות את העוסקים בפילוסופיה של המשפט, היא שאלה מטעה. היא מרמזת על אפשרות לענות עליה באמצעות הצבעה על מאפיין מרכזי אחד של מהות המשפט. אולם, למעשה, השאלה היא "פילוסופית" ואין עליה תשובה אחת נכונה (85). הכרה בכך, אומר סמק, אין משמעה שעלינו לחדול להשתמש בביטוי "מהות המשפט". הביטוי יכול בהחלט להופיע במשחקי-שפה רגילים, או אף לשמש אותנו כאשר אנו בונים דגמי הערכה למושג המשפט. אולם עלינו להכיר בכך שאין הביטוי מתאר את התשובה הנכונה לשאלה "מהו המשפט", הן כאשר הוא מופיע במשחק-שפה-מקובלת, והן כאשר הוא חלק ממושג דגם שנבנה על-ידינו. עלינו להכיר בכך שהדגמים שאנו בונים מתארים רק חלק מן ההיבטים של התופעה המשפטית, ושהצידוק לאימוצם איננו בכך שהם משקפים את "המהות האמיתית" של המשפט, אלא שהם מספקים לנו הארות מועילות למסגרת דיון מפרה.

סמק עצמו מעדיף לרכז את מאמציו לא בבניית מושג דגם זה או אחר של המשפט, אלא בתיאור נקודת המבט המשפטית, שאף היא מושג דגם. 'נקודת מבט' היא קנה-המידה שקובע באופן בלעדי את תחום העיון הנוגע בדבר. לטענתו, כאשר עוסקים בנקודת המבט המשפטית גדל הסיכוי להשתמש באופן חיובי בהארות שסופקו לנו על-ידי מושגי הדגם השונים ל"משפט" שהוצעו על-ידי הוגים בעבר. לאחר שהציג את נקודת המבט המשפטית, עובר סמק לדיון ביקורתי בכמה תורות משפט, המאופיינות כולן על-ידיו כמנסות לתת מושג דגם של מהות המשפט.

"נקודת המבט המשפטית" מוגדרת כך:

I shall say that the exclusive field of interest marked out by the legal point of view, or more accurately by my evaluative model of it, is that mode of institutional social control which is enforced through the effective application of a norm-system by courts or tribunals acting as norm-authorities of the system (87-88)

להשלמת התמונה אומר לנו סמק גם מהו חוק, מהי מערכת משפטית ואיך נקבע תוכן של נורמות משפטיות במסגרת אותו מושג דגם הערכתי.¹ הנורמות נגזרות מערכים הנשאבים מנקודות מבט שונות, בעיקר נקודת המבט המוסרית, ומותאמות (adapted) למטרת ההסדרה החברתית. מושגי הדגם של חוק ומערכת משפטית, השונים מן המושגים הרגילים שבהם אנו עושים שימוש, הם :

A legal norm system is a norm-system that falls within the exclusive field of interest marked out by the legal point of view, and a legal norm is an atomic unit of such a norm-system (88, his italics).

היתרונות של התרכזות בנקודת המבט המשפטית הם שנים : ראשית, כאמור, מתבטלת תחושת המחויבות למצוא את מהות המשפט. שנית, הדבר מאפשר לנו, למשל, לבחון את המוסר מנקודת המבט המשפטית, ולבחון את המשפט מנקודות מבט אחרות (90).

מכאן עובר סמק לדיון במשנותיהם של הובס, בלקסטון, בנטאם, אוסטין, קלזן, הארט ופולר. זהו דיון מעניין, שבמקרים רבים הוא טוב יותר מזה המצוי בספרות היוריספרודנטית. סמק מביא עמו כלי-ניתוח של הפילוסופיה האנליטית, וזהו ציוד משובח מזה שיש לרוב המשפטנים העוסקים בתחום. לעתים לא ברור מספיק היחס בין הצגת עמדותיהם של האנשים ועמדותיו הביקורתיות של סמק, אולם זוהי בהחלט קריאת-מבוא מומלצת על גדולי הפילוסופים של המשפט. בפרק האחרון של הספר (פרק 11) חוזר סמק לתזות כלליות ועוסק בשאלת מעמדן של תיאוריות משפט טבע, כשהוא שב ועושה שימוש במונחים שהנהיג: נקודת המבט המשפטית ונקודת המבט המוסרית.

ניסיונו של סמק הוא שאפתני. אם מבחנו הוא הצלחתו, נראה שעד היום לא זכה הספר לתשומת לב רבה. רוב הביקורות שנכתבו עליו, בידי משפטנים, לא התמודדו כלל עם יעדו מרחיק-הלכת.² נראה, אפוא, שאין מנוס מלנסות להעריך את ניסיונו של סמק לפי קני-מידה אחרים. האם מצדיק ניתוחו הביקורתי את הקביעה שגישתו מאפשרת לנו ראייה חדשה של הבעיות הנצחיות של היוריספרודנציה? האם יש משהו מאי-עיניים במערכת המושגים החדשה שהוא מנהיג, המצדיק הסתת הדיון למטבעות לשון חדשים? האם יש באמת באפיונה של נקודת המבט המשפטית משהו

¹ איני רוצה להיכנס לפרטים, אך יש להסביר כי סמק רואה את נקודת המבט המשפטית כמושג דגם הערכתי (evaluative model). דגם זה מורכב מטענות המבטאות את עמדתו החיובית או השלילית של המחזיק בו כלפי מצב מסוים. תנאי לקבילתו של הדגם הוא שעמדות אלה הן מוצדקות. בכך שונה דגם הערכתי מדגם אסרטיבי, שקבילותו מותנית באמיתות הטענות הכלולות בו.

P. Slayton, *McGill Law Journal* 21 (1975): 164

² ראה, למשל, דיונו של סליטון,

נוסף על מושגי הדגם השונים של מהות המשפט שהוצעו בעבר? האם לא ניתן היה להשיג פשטות גדולה יותר על-ידי אינטגרציה של כל ההארות למושג דגם חילופי של המשפט?

בשארית דיון זה אנסה לרמז על התשובות לחלק מן השאלות החשובות האלה. לתת מושג דגם נאות למשפט, ואף סמק עצמו ער לכך. הטעם לביקורתו של סמק על ניסיונות אלה הוא בנטייה שלנו "להרכיב" את מושג הדגם שיצרנו על המושג הרגיל ולומר שהראשון ממצה את האחרון. כך, למשל, כל דגמי הפקודה (command) או הנורמה, ואף הדגמים הפוזיטיביים המתוחכמים יותר המעבירים את ההדגש מן החוק הבודד אל מערכת החוקים, מעלימים את תוכן הנורמות, מקורן, והיחסים הפנימיים ביניהן, לטובת ההדגש של האורגן היוצר את הנורמה או מפיעל את מערכת הנורמות. הריאליזם האמריקאי מדגיש את האלמנט הפסיכולוגי של הליך השפיטה על חשבון החשיבות של כללי המשפט ועקרונות המשפט המקובל.

אין ספק שהנטייה להעמיד תופעות מורכבות על אחד מהיבטיהן היא נטייה קיימת (ואף פורה לעתים, כל עוד ערים לקיומה ומפעילים אותה באופן מבוקר). חשוב להצביע עליה בהקשר המשפטי ולנסות להעמיד את הדעות השונות בפרספקטיבה יותר רחבה. נדמה לי שהפתרון שמציע סמק הוא דרך מעניינת ומבטיחה לגישה אל הנושא, וחבל שהוא לא טרח לצמצם את דיונו הביקורתי במשנותיהם של אחרים רק לאותן נקודות שבהן ניתן להדגים את יתרונותיה של גישתו המקורית.³ צמצום כזה היה מחדד את יתרונות הגישה המוצעת ומדגיש את מידת סטייתו של סמק מהנחות היסוד המקובלות. בהצגה הנוכחית קשה שלא לטבוע בתוך ההערות הביקורתיות הרבות שמשמיע סמק על מושגי הדגם שהוא בודק (הערות מעניינות כשלעצמן). הערות אלה יכולות להוות בסיס להצעה כיצד לשפר מושגי דגם של מהות המשפט, אך לעתים קשה לראות מדוע הן קשורות להמלצה להחליף את נקודת המוצא, להפסיק לחפש אחר מהות המשפט, ולעבור לאפיונה של נקודת המבט המשפטית.

כאשר בודקים במקובץ את הדיונים הביקורתיים אנו מוצאים את ההתייחסויות הבאות לעדיפותה של ההתבוננות מתוך נקודות מבט:

(א) סמק טוען כי הדיון במשנתו של הובס היה קל יותר וברור יותר אם היינו מאמצים את גישתו שלו. לדעתו נובע המתח בין משפט הטבע וכוחו הבלתי מוגבל של הריבון מכך שתורתו של הובס אינה בנויה מנקודת מבט אחידה. מטרתה העיקרית היא פוליטית (הצדקת כוח הריבון), אך בעת ובעונה אחת יש בה בסיס של תורת משפט, המבוססת מצדה על תורת-רצון פסיכולוגית של פקודות (108).

³ כך למשל מבקר סמק את אוסטין ובנטאם על שמודל הריבון שהציעו היה כבר נעדר כוח מסביר בתקופתם, שבה נעשה חלק גדול מן החקיקה על-ידי הפרלמנט (93). אבל זוהי ביקורת על מושג הדגם שלהם, שהושמעה כבר על-ידי הארט ואחרים, ולא ביקורת על עצם ההחלטה להעמיד את המשפט על מושג דגם של מהותו.

מכאן ניתן ללמוד כי סמק רואה את התופעות החברתיות כמכלול אחד, שניתן לתארו בהדגשים שונים מנקודות מבט שונות. רק בתוך נקודות המבט ניתן לדרוש עקביות. הניסיון לפתח תורה כוללת של התופעות החברתיות מתוך נקודות מבט שונות נדון למתח פנימי ובלתי-נמנע בין נקודות מבט אלה.

(ב) נקודות מבט מוזכרות שוב אגב הדיון בקלזון (מכן, שהן אינן מוזכרות אגב הדיון בהוגים חשובים כמו בלקסטון, בנטאם ואוסטין). סמק קובע (198-99) שקלזון עושה את ההבחנה שלו בין משפט ומוסר במונחים של נקודות המבט המשפטית, אולם הבחנתו זו אינה הולמת מנקודות המבט המוסרית. מכיוון שהוא אינו ער באופן חד להבחנה היסודית בין שני תחומי העניין המרומזים על-ידי נקודות מבט אלה (סדר חברתי נאכף לעומת מערכת חיובים שאינה תלויה בקיום ובאכיפה) – יוצא דיונו בבעיית הנורמטיביות של המשפט בלתי-ברור. יתרה מזאת, אומר סמק, הבחנתו של קלזון בין החיוב המשפטי ה"אובייקטיבי" לחיוב המוסרי ה"סובייקטיבי" והיחסי מטעה. ההכרה בקיומן של נקודות מבט שונות אך שוות-מעמד הייתה מבהירה שהן החיוב המשפטי והן החיוב המוסרי תקפים בתוך מושגי הדגם שלהם, באופן שווה-מעמד. ומכיוון שהן מושגי הדגם והן נקודות המבט הם דגמי-הערכה שאת אימוצם יש להצדיק לפי תרומתם לפוריות המחשבה והדיון, אין לדבר על אובייקטיביות וסובייקטיביות בהקשר זה (200). משנתו של קלזון קרובה במידה רבה לזו של סמק גם בגלל טענתו של הראשון שאין אפשרות להתנגשות הגיונית בין ציווי המשפט והמוסר, מסקנה שאליה מגיע גם סמק עקב כך שתחומי העניין המשורטטים על-ידי נקודות המבט הם מוציאים זה את זה (202). סמק משתמש במערכת המושגים שהנהיג גם כדי לבקר את ניסיונו של קלזון לזהות את המשפט ואת המדינה. לדידו של סמק, נקודות המבט המשפטית והפוליטית הן שונות, ואין זה רצוי להעמידן זו על זו (214).

(ג) דיון מפורט למדי בהארט ומבקרו מביא אותנו לעימות בין ביקורתו של דבורקין על הפוזיטיביזם המשפטי נוסח הארט לבין נקודות המבט המשפטית. סמק טוען כי הנקודה התקפה בביקורתו של דבורקין (שכלל הזיהוי אינו יכול להיות כלל חברתי) אינה שומטת את הקרקע לאפיון נקודת המבט המשפטית המוצע על-ידי סמק (293). אבל זהו דיון באפיון נקודת המבט המשפטית, אליו נעבור בפסקה הבאה, ולא בעצם העדיפות של אימוצה כעקרון מארגן.

מדוע לא נאמץ לנו מושג דגם על מהותו של המשפט שיכלול את כל האלמנטים המוזכרים על-ידי סמק בין מאפייני נקודת המבט המשפטית? מדוע לא נאמר שהמשפט הוא צורה של ארגון חברתי ממוסד, הנאכף באמצעות יישום יעיל של מערכת נורמות על-ידי טריבונאלים הפועלים כרשויות מוסמכות בשיטה, ושהתוכן של הנורמות נקבע מתוך מערכת הערכים של החברה, שרובם (אף כי לא כולם) הם ערכים מוסריים? סמק אומר, וחוזר ואומר, שדיון מנקודות מבט

הוא עדיף. כאמור, הרעיון מעניין ויכול להיות פורה. אך נדמה שסמק אינו עושה די לביסוסו. סמק מדבר הרבה על נטייתנו לחפש מהויות ולהעמיד מושגים רגילים על מושגי דגם. הוא שוכח את הנטייה שלא לעבור ממערכת חשיבה אחת לשנייה, נטייה שיש לה לפחות צידוקים מעשיים. המציע מסגרת חשיבה חדשה צריך להסביר היטב לא רק מדוע היא טובה, אלא גם איך יתרונותיה מכסים על הטורח שבהעברת הדיון ממערכת חשיבה אחת לשנייה. חוששני שסמק משאיר מלאכה חשובה זו לאחרים. הטענה המרכזית בזכות המושג המארגן הדש (ממעבר לשחרור מן הנטייה לראות במושג הדגם של מהות המשפט תיאור ממצה של התופעה המשפטית) היא היכולת שהיא נותנת לנו לראות בעיות ישנות מנקודת ראות חדשה, המאפשרת לנו פרספקטיבה טובה יותר (90). על איזה סוג בעיות מדובר – בעיות הנוגעות למהות המשפט? ליחס בין משפט למוסר? לתבונה בשימוש במושגים מסוימים בהקשרים מסוימים? למטרתו המעשית של הוגה-הדעות? האם היסט מסגרת הדיון מספק יתרונות לגבי כל הסוגים? האם היתרון הוא ביכולת להצביע על סיבות לכישלונן של תורות שהוצעו בעבר, או גם ביכולת להציג פתרונות קיימים בצורה חזקה יותר כך שחולשותיהם ייראו כנובעות מחוסר מסגרת דיון מתאימה? כדי לבסס את הטענה בדבר עליונותה ופוריותה של נקודת המבט המשפטית צריך סמק להציג את הבעיות הישנות, להראות כיצד הביא החיפוש אחר מהות המשפט לטעויות ולעיוותים בפתרונות שהוצעו, וכיצד משחררת אותנו הפרספקטיבה החדשה מטעויות ועיוותים אלה. סמק לא עושה את כל אלה באופן שיטתי, וחבל.

3. אפיונה של נקודת המבט המשפטית

סמק מסביר ומדגיש את החיוניות של כל אחד מן האלמנטים שהוא מכניס לאפיון נקודת המבט המשפטית. אלמנטים אלה קובעים את מה שנראה לו כמיוחד את תחום העניין המשפטי ומבחיין בינו לבין זה המוסרי, הסוציולוגי, הפוליטי והפסיכולוגי. צירוף האלמנטים האלה מבוסס, כפי שאומר סמק עצמו, על ההארות שנרכשו במהלך שנים של ניסיונות לענות על השאלה "מהו משפט?". כדאי, אפוא, לסקור בקצרה את האלמנטים האלה ואת היחס בין הצירוף המוצע על-ידי סמק ותורות משפט אחרות.

(א) אכיפה יעילה: הדרישה היא שתהיה מערכת יעילה של סנקציות על אי-ציות או הפרה, ולא רק שאנשים ינהגו בדרך כלל בהתאם לחוק (89). דרישה זו מצויה באופן זה או אחר בכל תורות המשפט המקובלות, ואין היא חידוש של סמק.

(ב) צורות ארגון חברתי ממוסד: גם האלמנטים האלה מקובלים למדי. כאן חשוב לציין שנקודת המבט המשפטית, לפי סמק, מתעניינת בסדר חברתי (social order), בעובדות, ולא

בצידוקים נורמטיביים שלהן. בניסוח המקובל, סמק מקבל לפחות חלק מטענתם של הפוזיטיביסטים בדבר הפרדה בין המשפט למוסר: נקודת המבט המשפטית כוללת אמנם התייחסות לתוכן הנורמות והיחסים ההיסטוריים בין לבין ערכים, מוסריים ואחרים; אך בכל רגע של זמן ניתן להבחין בין זיהוי המשפט הקיים לזיהוי המשפט שצריך להיות קיים לפי קני-מידה נורמטיביים, מוסריים או אחרים.

(ג) תוכן הנורמות כחלק מנקודת המבט המשפטית: פה טמון ניסיוני של סמק לחדש. מערכת הנורמות המשפטיות מזוהה, אמנם, לפי הגופים המיישמים את הוראותיה. יחד-עם-זאת, העובדה שתוכן הנורמות נגזר ומבוסס על ערכים מוסריים מוכללת כחלק מנקודת המבט המשפטית. מטרתו של סמק ברורה. הוא תוקף את העמדה הפוזיטיביסטית המסתפקת בזיהוי מוסדי של החוק (בין לפי הגוף היוצר אותו ובין לפי זה שמפעיל אותו). לטענתו, העמדת החוק על מזהה מוסדי כזה מעוותת את העובדה שאנו רואים בחוק מכשיר לשינוי חברתי, המשקף ערכים משתנים. התוספת של ההתייחסות לתוכן הנורמות נועדה, אפוא, למנוע העמדה שכזו.

אולם, המצליח סמק במקום שנכשלו כל ההוגים שאת משנותיהם הוא מבקר? סמק נותן לנו פשר לביטוי "מערכת משפטית" בתוך מודל ההערכה שלו. המערכת המשפטית היא אותה מערכת נורמות "הנכללת בתוך תחום העניין המסומן על-ידי נקודת המבט המשפטית" (88). אך מהו היחס בין המאפיינים השונים של נקודת המבט המשפטית? סמק כמובן אינו טוען שההוגים המבוקרים על-ידיו, ובעיקר הפוזיטיביסטיים, לא היו ערים לכך שיש קשרים דינמיים חזקים וקבועים בין תוכן הנורמות המשפטיות לבין ערכים מוסריים. הפוזיטיביסטיים שביניהם סברו רק שמוטב לזהות את המשפט כמערכת נורמות הנאכפות ביעילות, ולהדגיש כי העובדה שנורמה מסוימת היא משפטית אינה המילה האחרונה בשאלה אם יש לציית לה. סמק מקבל את העמדה שיש לעודד דיון ביקורתי מנקודת המבט המוסרית במערכת המשפטית. הוא טוען שהגדרת המשפט באופן שהוא נויטרלי מבחינה מוסרית אינה הדרך הטובה להשגת מטרה זו (334-336). ראשית, יש בכך עיוות של התופעה המשפטית: תופעה זו אינה נויטרלית מבחינה מוסרית, אלא היא מבוססת על התאמה מסוימת של ערכים במסגרת סדר חברתי. שנית, למשפט יש כוח מחייב הנובע מכך שבדרך כלל מזהים אותו עם מוסר. זו הסיבה שמערכות משפט מתוחכמות ופלורלאליסטיות מתירות סייגים והגנות לאנשים שיש להם התנגדות מטעמי מוסר לחוקים מסויימים.

סמק רואה את הפתרון שלו למחלוקת בין חסידי הפוזיטיביזם לחסידי "תורת משפט הטבע" למיניהם כמשוחרר מן הקשיים של שתי העמדות. לדידו, מערכת המשפט היא מערכת נורמות

המבוססת על התאמת ערכים מסוימים למטרת הסדר החברתי. זוהי מערכת שאינה נויטרלית מבחינה מוסרית אך גם אינה נפסלת מניה וביה אם היא אינה מתיישבת באופן מלא עם ערכים אלה. שלא כמו בתורות משפט הטבע, אין חוק פוסק מלהיות חוק אם אינו מוסרי. שלא כמו בעמדות פוזיטיביסטיות קיצוניות, אין המשפט מתואר באופן שהוא לחלוטין בלתי-תלוי בתוכן הנורמות המשפטיות.

יש בפתרון של סמק לפחות התמודדות עם בעיה חשובה של הפילוסופיה של המשפט: הניסיון לתת דין וחשבון הולם על העובדה שיש במשפט משהו חברתי, המזוהה על-ידי קני-מידה סוציולוגיים, ושיש בו נורמטיביות. אין ספק כי תורת משפט צריכה להתייחס לשני המרכיבים החשובים האלה של התופעה המשפטית, ואינה יכולה להיות מספקת אם תתעלם מאחד מהם. אבל הפיתרון המוצע על-ידי סמק משאיר כמה שאלות חשובות פתוחות. ייתכן כי ניתן לפתור אותן בתוך התורה שהוא מציע, אך סמק עצמו אינו עושה זאת.

ייתכן שאפשר היה לכתוב את הספר הזה בצורה קלה יותר (אם כי המחבר עשה מאמצים מכוונים להפוך את הספר קריא לקהל רחב ככל האפשר, ולעשות את חלקיו השונים בלתי-תלויים. מטרה אחרונה זו הביאה לחזרות רבות בתוך הספר על אותם חלקים שהיו נדרשים לפרק המסויים). ייתכן גם שעריכה קפדנית יותר, ומיון הדיון הביקורתי לפי שתי השאלות שהוצגו כאן, היו עושים את המסר לברור יותר. מיון כזה היה מאפשר גם קיצור, בדרך של הימנעות מדיון ביקורתי בנקודות שאינן קשורות במישרין לתזות המועלות בספר.⁴ אולם אלה הם חסרונות קטנים יחסית בספר מעניין, מקורי ומעורר-מחשבה.

מן הראוי לציין כי סמק אינו היחיד המנסה לפתור את בעיית הנורמטיביות של המשפט באמצעות אפיון "נקודת המבט המשפטית". ניסיון דומה, אם כי מתוך מסגרת חשיבה שונה, מצוי בכתביו של יוסף רז.⁵ רז מפתח את ההארה של קלזן בנקודה זו וקובע כי ראיית הנורמות המשפטיות כתקפות היא ראייה בתוך המערכת המשפטית או מנקודת המבט המשפטית. מושג התקפות "בתוך המערכת" מאופיין לפי דרכי היצירה וההפעלה של הנורמות ומבלי להתייחס לתוכן (האפיון הפוזיטיביסטי-חברתי). בעיית הנורמטיביות, לעומת זאת, אינה יכולה להיות מבוארת מתוך נקודת המבט המשפטית, ויש לדון בה מתוך נקודת המבט המוסרית. נקודת המבט

⁴ נראה למשל, כי הדיון המפורט בתורת הנורמות בפרק הרביעי אינו חיוני לביסוס התזות המרכזיות שבספר. ניתן היה פשוט להנהיג את הביטויים המרכזיים ולא להעמיס את הדיון (שוב – המעניין והחשוב כשלעצמו) במסגרת זו.

⁵ J. Raz, *Practical Reasons and Norms*, London, Hutchinson, 1975, pp. 107-171; Raz, "Legal Validity" *ARSP* 63 (1977): 339-353, esp. 346-350

המשפטית של סמק מנסה לאחד את השנים במושג אחד. והשאלה הנצחית אם אמנם ניתן
לאחדם בלי לאבד יותר מאשר משיגים עדיין מחכה לפתרונה.

הפקולטה למשפטים

האוניברסיטה העברית בירושלים