

אוסטין וכוח הריבון

מאת

ד"ר י. רוז

מן המפורסמות הוא כי מושג הריבונות כפי שאוסטין מפתחו הוא מושג של גוף בעל כוח חקיקה בלתי מוגבל ושאנו ניתן להגבלה משפטית: "Supreme power limited by positive law is a flat contradiction in terms."¹ בכך הוא קובע הן שהריבון אינו יכול להיות בעל זכויות וחובות והן שאין כוח החקיקה שלו יכול להיות מוגבל בחוק. קביעה אחרונה זו מתפרשת בדרך כלל כמסקנה ישירה מהקביעה כי אין חובות יכולות לחול על הריבון. אוסטין לא הכיר את מושג הכוח המשפטי כפי שהבהירו הופלד – אומרים המפרשים – וסבר כי הגבלת כוח פירושה הטלת חובה לא להשתמש בו. כך הוא ערב העדר כוח עם קיום חובה להמנע ממעשים שהם בגדר שימוש בכוח. לגביו הקביעה כי הריבון אינו יכול להמצא כפוף לחובה משמעה, בין היתר, שכוח החקיקה שלו אינו ניתן להגבלה.

כך אנו מוצאים את הארט אומר:

"Austin's argument against the possibility of a legal limitation on the power of the sovereign rests on the assumption that to be subject to such a limitation is to be subject to a duty."²

ועוד זמן רב לפני כן כתב סלמונד בדומה לכך (בהתייחסו למדינה במקום לריבון): "It is considered that to limit by law the exercise of the state's legislative function is... impossible... This principle is not commonly distinguished from the very different doctrine that the state cannot be subject to legal duties: the two are treated together and supported by the same arguments. And indeed there is no room for any such distinction in a system, which defines law as the command of the state, and regards every rule as creating and corresponding to a legal duty. On this view of the nature of law, to be subject to a rule of law is the same thing as to be subject to a legal duty, and the distinction between the liability of the state to legal sanctions, and the legal limitation of its legislative powers disappears."³ אין ספק שטעונו המפורש של אוסטין לבסוס תחת אי ההגבלה של הריבון תורם ליצירת הרושם שלדעתו כוח חקיקה בלתי מוגבל לריבון פירושו העדר חובות החלות

1. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*; The Nooday Press, New York, 1954, p. 254.

2. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, O.U.P. 1961, p. 242.

3. J. Salmond, *The First Principles of Jurisprudence*; Stevens & Haynes, 1893, p. 137.

על הריבון. מבחינה זו יש ממש בדברי הארט. אף על פי כן הם עשויים להטעות שכן, כפי שאנסה להראות: (1) אף כי אוסטין לא הכיר את מושג הכוח כפי שהסבירו הופלד הוא פתח מושגים אחרים הראויים לדיון רציני ושנועדו להסביר תופעות אותן הסביר הופלד בעזרת מושג הכוח; (2) כך למשל כוח חקיקה משנה מתבאר על ידי אוסטין כזכות ממין מיוחד; (3) אולם כוח חקיקה רבוני אינו ממין הזכויות אלא הוא מין לעצמו. הרשימה תסתיים בדיון בטעמים הכצדיקים את התווה: א – לריבון האוסטיניאני כוח חקיקה בלתי ניתן להגבלה, על פי פירושה החדש של תווה זו; ב – כוח החקיקה של הריבון אינו זכות אלא מין לעצמו.

א

הנטיה לראות את אוסטין כמוזה העדר כוח עם קיום חובה נסתרת על ידי פירוש מטעה אחר לאוסטין, פירוש הנוטה לראותו מזהה הענקת כוח עם הטלת חובה. המחוקק כביכול מעניק כוח חקיקה על ידי שהוא מטיל חובה חקיקה.

ההנחה שאוסטין ראה הענקת כוח כהטלת חובה נראית כמתחייבת מטענתו כי "Laws are sometimes sanctioned by nullities". אמירה זו נשארה סתומה על ידי אוסטין שאינו מאריך לדון בה אך היא נראית כאילו באה לבאר חוקים המעניקים כוחות כגון כוח לעריכת חוזה, כוח למכר, ושאנם נראים כפקודות מלוות בסנקציות. לפי פירוש זה חוקים כגון אלו וחוקים המעניקים כוחות בכלל הם פקודות, שהפרתם היא שימוש בכוח שלא לפי הפרוצדורה שהוכתבה בחוק והסנקציה להפרתם היא בטלות החוזה, המכר, הצוואה או החוק שכביכול נעשו על פיהם. אף שאוסטין לא הרבה לדון בבטלות כסנקציה נתקבלה משנה זו על ידי אחדים מתלמידיו⁴ וזכתה לפרסום רב.

ברור כי אין כל אפשרות לראות בטלות כסנקציה והנסיון לעשות כן מופרך מעיקרו⁵. אולם מעניין לציון כי פירוש זה סותר את הגרסה לפיה העדר כוח חקיקה משמעו חובה שלא לחוקק. שהלא אם קיום כוח חקיקה לפלוגי פירושו קיום חובה חקיקה על פלוגי הרי העדר חקיקה פירושו העדר חובה חקיקה, ולא קיום חובה שלא לחוקק. המבקש לקבל שני פירושים אלו כאחד, ולטעון כי כוח החקיקה הוא חובה לחוקק והעדרו הוא חובה שלא לחוקק, מתחייב בסתירה שלאדם שאין עליו חובה לחוקק ולא חובה לא לחוקק יש כוח חקיקה ואין כוח חקיקה בעת ובעונה אחת.

המטותף לשני פירושים סותרים אלו של אוסטין היא ההנחה כי אוסטין לא יכול היה לפרט כוחות אלא כחובות אלו או אחרות או כהעדרן, ולא היא. יתכן כי שורש הטעות ברושם, שודאי כי דברי סלמונד שהובאו לעיל משקפים אותו, כאילו כיוון שאוסטין סבר שכל חוק מטיל חובה הרי הוא יכול להתייחס לאנשים רק על ידי הטלת חובה עליהם. אך דעה זו מופרכת בברור. החוק יכול להתייחס לראובן על ידי הטלת חובה על שמעון

⁴ Austin, Lectures on Jurisprudence, 5th ed. 1885, p. 505.

⁵ השוה למשל: T. E. Holland, The Elements of Jurisprudence, 10th ed. 1906, p. 85 f.

⁶ ראה בקורת על הרעיון אצל הארט The Concept of Law pp. 33 ff. מסקנת הדיון במאמר זה היא כי תורתו של אוסטין תהא שלימה גם מבלי להוקק לחות הבטלות כסנקציה, שכן, כוחות ליצירת חוק או שאינם מוענקים כלל בחוק (כוח הריבון) או שמוענקים ע"י חוקי ציות שסיבם יבואר למטה. כוחות החלת משפט, לעומתם, מכוארים למשל ע"י מושג הכפיפות, שידון להלן.

לתת דבר לראובן וכו'. במקרים כגון זה יאמר אוסטין שהחוק מעניק זכות לראובן בדומה לכך יכול החוק לקבוע כי הטלת חובה על שמעון או הענקת זכות לראובן תלויות במעשה מסויים של לוי. במקרים אלו נאמר אנחנו כי החוק מעניק ללוי כוח להטיל חובה או להעניק זכות. ניתן איפוא למצוא מקום לכוחות במסגרת תורת אוסטין. יתכן שלא כל כוח ניתן לבאר במסגרתה, ויתכן שהביאור לוקה. אולם טעה סלמונד כשסבר כי כלל אין אפשרות להגדיר כל מושג של כוח במסגרת תורת אוסטין. האפשרות קיימת. השאלה היחידה היא האם אוסטין עמד עליה והשתמש בה.

מסתבר כי אוסטין לא הנהיג שום מושג כללי המקביל לכוח ההופלדי, אולם הוא הנהיג מושג הדומה להיפוכו. בהרצאותיו מסביר אוסטין את המושג יכולת (capacity) כדלקמן:

"A person is capable of a given right, or is capable of a given duty, if, on the happening of a given event, the law would invest the person with that given right or would impose on the person that given duty".⁷

יכולת לפי הסבר זה דומה לכפיפות (liability) של הופלד.⁸ האדם בעל היכולת לרכוש זכויות וחובות הוא האדם הכפוף לכוחו של מישהו (יכול להיות של עצמו) להקנות לו זכויות וחובות.

אולם שני המושגים אינם הופפים. מצד אחד לא כל יכולת היא כפיפות. יכולת היא כפיפות רק במידה שהמאורע בו תלויה רכישת הזכויות והחובות הוא למעשה של בעל היכולת או של אדם אחר (כגון היכולת לרכוש בעלות בדרך של מכר), סאו עשיית אותו מעשה היא שימוש בכוח של הקנית או יצירת הזכויות והחובות האמורות. אולם יכולת קיימת גם אם הזכויות והחובות יהיו מוקנות בגין מאורע טבעי בלבד (כגון במקרה של ירושה על פי דין). מצד שני, לא כל כפיפות היא יכולת. רק כפיפות ראובן לכוח שהשימוש בו יקנה לראובן חובות וזכויות היא יכולת. כפיפות לכוח שישלול ממנו זכויות או יפטר אותו מחובות אינה יכולת לפי הגדרת אוסטין.

כללו של דבר, מושג היכולת האוסטיניאני הוא ממין הכפיפות של הופלד, אך אינו זהה עמה. הרי ידאף כי אוסטין לא היה מודע את מושג הכוח ההופלדי הוא הכיר במושגים דומים וקשורים. עם זאת, אמת היא כי מייזנו של הופלד עדיף, אלא שהנמקת טענה זו חורגת ממסגרת המאמר.

ב

ראינו כי מושג היכולת של אוסטין הוא ממין מושג הכפיפות של הופלד. ניתן היה, איפוא, להסביר סוגי כוח אחדים בעזרת מושג היכולת, כשהכוח מהווה משלים ליכולת. אולם, אף שמושג היכולת עשוי להסביר סוגי כוח אחדים, אין די בו להסברת כוח חקיקה. יכן אף כי לא נאמר הדבר בפירוש נראה כי היכולת האוסטיניאנית היא היכולת לרכוש זכויות וחובות על פי החוק הקיים ולא היכולת להיות לבעל זכויות וחובות בגין העובדה שחוק חדש עשוי להעניקן או להטילן. שהלא יכולת אחרונה זו שונה ובלתי מוגבלת אצל כל חברי החברות הפוליטיות (למעט הריבון שאינו יכול להיות בעל

7 Austin, Lectures on Jurisprudence, p. 710
8 השווה: Foundational Legal Conceptions, Yale University Press, 1964, pp. 50 ff.

זכויות או חובות במדינתו בכלל), דבר שהוא פועל יוצא מכוח החקיקה הבלתי מוגבל של הריבון. לכן אין אצל אוסטין "כפיפות" לחוק העלול להיווצר, ולא ניתן להסביר באמצעות "היכולת" שלו את הכוח לשנות את החוק הקיים.

אולם היתה לאוסטין משנה שלמה ועצמאית על כוחות חקיקה. משנה זו פתח בדיונו בחקיקת משנה. הריבון הוא מחוקק כל החוקים במדינה אולם לא את כולם הוא מחוקק במישרין. חלקם הוא מחוקק ע"י שליחיו, דהיינו, ע"י מחוקקי משנה. הללו, היינו אנו אומרים, יכולים לחוקק שכן הוענק להם כוח חקיקה על ידי הריבון. במערכת מושגיו של אוסטין לא כוח הוא המוענק להם אלא זכות:

"Numerous positive laws proceed directly from subjects through rights conferred upon their authors by supreme political superiors".⁹

נמצא כי חוקי שטח נוספים נבחרים בזהירות...

...positive law... is a creature of the sovereign... having been established immediately by the monarch or supreme body... or having been established immediately by a subject individual or body as exercising rights or powers of direct or judicial legislation which the monarch or supreme body had expressly or tacitly conferred".¹⁰

או שהם נחקקים במישרין על ידי הריבון או שהם נוצרים על ידי נתיניו מכוח זכויות שהוענקו להם על ידו. ממילא הגבלת כוח חקיקה מתבטאת לא על ידי הטלת חובה לא להשתמש בכוח אלא על ידי מגיעת זכויות חקיקה, ואוסטין יודע זאת היטב כפי שמעיד הקטע הבא:

"If a member [of a sovereign body]...be wholly or partially free from legal obligation, that legally irresponsible... individual is restrained or debarred in two ways from an unconstitutional exercise of its legally unlimited power: 1. [moral obligation]... 2. If it affected to issue a command which it is not empowered to issue... its unconstitutional command would not be legally binding, and disobedience to that command would therefore not be illegal".¹¹

קטע זה מגלה ברורות כי (1) אוסטין מבחין בין העדר זכות חקיקה ובין חובה שלא להתיימר לחוקק כעבר לזכויות החקיקה הקיימות. (2) זכויות חקיקה לעתים מלוות בחובות שלא לחרוג מהן, אך לא תמיד. לעתים אין אדם מוגבל על ידי חובה שלא לחרוג מזכויות החקיקה שלו ובכל זאת זכויות החקיקה שלו מוגבלות. (3) לעתים, אך לא תמיד, אוסטין משתמש בביטוי "בלתי מוגבל בחוק" (legally unlimited) כמציין העדר חובות בלבד. עובדה זו יכולה להסביר כיצד הוטעו פרשנים שונים בהבנת תורתו בדבר אי ההגבלה של הריבון, אולם תוכנו של קטע זה וקטעים אחרים דומים יי מבהירים לגמרי כי תורת אוסטין מבחינה בין העדר כוח לבין חובה שלא להשתמש בכוח.

.Province p. 159 9

.Lectures on Jurisprudence p. 53 10

.Province p. 265 11

.Province p. 254 12 ראה למשל

.Province pp. 266/7 13 למשל

זכות מוענקת לאדם על ידי הטלת חובה על אחר¹⁴. אילו חובות מטיל הריבון ועל מי כשהוא מעניק לגוף או לאדם כלשהוא זכות לחקיקת משנה? אוסטיין סותם ואינו מפרש, אולם יש רק פירוש אחד מתקבל על הדעת. החובה מוטלת על אותו ציבור שביחס אליו מוסמך מחוקק המינה לחוקק, והיא החובה לציית למחוקק המשנה באותם עניינים בהם הוסמך לחוקק. כוחות חקיקת משנה מוענקים על ידי מה שניתן לקרוא חוקי ציות, דהיינו חוקים המטילים חובה לציית לאדם או גוף מסויים אם וכאשר יתן פקודות בעניינים מסויימים.

הסבר זה של כוחות חקיקת משנה מבאר כמה אספקטים מוקשים בתורת אוסטיין. כך למשל נוכח הכמות העצומה של חקיקת המשנה שאין הריבון יכול כלל לדעת את תוכנה נשאלת השאלה האם ניתן לאמר, כפי שאוסטיין אומר, כי כל חוקי המדינה הם בטיוי לרצון הריבון? האם ניתן לאמר כי האזרח המציית לחוק עוזר עידוני המצווה עליו להתקין מתקן מיוחד לפחי אשפה בפתח ביתו כציית בכך לריבון שכלל אינו יודע על קיום חוק עוזר זה? מסתבר שאפשר. הריבון הסמך, על פי דוגמתנו, את מועצת העיריה להתקין חוקי עזר בענייני תברואה על ידי שחייב את תושבי העיר לציית להוראות שתוציא מועצת העיריה בענייני תברואה. בכך הוא הביע רצונו כי כל שתפקוד מועצת העיריה בענייני תברואה יקויים. הוא אמנם לא הביע רצון שאנשים יתקינו מתקני אשפה בתור יטאלו, אולם הוא הביע מכלל רצון שיעשו זאת אם ובמידה שהדבר מהווה ציות להוראות העיריה. וכך האזרח הגונה כחוק מציית לעיריה ע"י שהוא מתקין מתקן לפחי האשפה, והוא מציית גם לריבון ע"י שהוא מציית לעיריה. אין זאת אומרת שהסבר זה לחקיקת משנה אינו מעורר בעיות חדשות בה בשעה שהוא מסייע בפתרון בעיות יינות. אולם דיון באלו אינו מעניינו במסגרת זו.

1

אם כוחות חקיקה בדרך כלל מתפרשים כזכויות, מה דינו של כוח החקיקה הריבוני? עמדתו של אוסטיין ברורה לחלוטין: הריבון אינו יכול להיות בעל זכויות על פי שיטת המשפט שלו¹⁵. המסקנה מכך אינה שאין הוא בעל כוח חקיקה משפטי בכלל אלא שהוא בעל כוח חקיקה מיוחד במינו, כוח חקיקה ריבוני. כוח משפטי אין להגדיר ככוח המוענק בחוק אלא ככוח לשנות את המשפט או את תכולתו. כוחו של הריבון הוא כוח משפטי משום שהוא כוח לחוקק חוקים חדשים ולבטל חוקים ישנים, וזאת למרות שהוא נקנה לריבון לא על ידי חוק כלשהו אלא על ידי עובדה – עובדת ציות האוכלוסיה לריבון ולפקודותיו.

כללו של דבר – כוחות חקיקה הם מיני מינים: (א) זכויות לחוקק; (ב) כוח חקיקה ריבוני. כוחות מן הסוג הראשון מוענקים על ידי חוק וממילא נתונים להגבלה. הם קיימים במידה ובמסגרת בה הוענקו. העדר או שלילת זכויות חקיקה פירושה הגבלת כוחות החקיקה. כוח החקיקה הריבוני אינו מוענק בחוק אלא נובע ומתבטא בעובדת הרגל הציות של האוכלוסיה בכללה לריבון. כוח זה אינו ניתן לשיעורין: או שהאוכלוסיה בכללה מצייתת ברגיל לאדם או גוף מסויים או שאין כלל האוכלוסיה רגיל לציית לאותו

14 ראה למשל Province p. 158.

15 הוא יכול להיות בעל זכויות על פי שיטות משפט ורות.

אדם או גוף. במקרה הראשון יש לאותו אדם או גוף כוח חקיקה בלתי ניתן להגבלה והוא ריבון, במקרה השני אין לאותו אדם או גוף כל כוח חקיקה, אלא במידה שהוענק לו כוח כזה בחוק, ואין הוא ריבון. וראוי להדגיש כי אין פירוש הדבר כי כל חוק של הריבון זוכה לציות כללי מצד האוכלוסיה, אלא רק כי חוקיו בדרך כלל זוכים לציות כזה. אולם כוח החקיקה של הריבון אינו מוגבל לאותם עניינים בהם האוכלוסיה רגילה לציית לו. די בכך כי האוכלוסיה רגילה לציית לו במרבית העניינים כדי שיהא לו כוח חקיקה בכולם. נמצאנו למדים כי מושג הריבונות של אוסטין מחייב כי כוח הריבון אינו ניתן לשיעורין, אינו יכול להימצא מוגבל.

שתי שאלות מתבקשות לגבי תורה זו: (א) מדוע לא יבואר גם כוח החקיקה של הריבון כזכות חקיקה? מדוע לפתח שני הסברים של כוחות חקיקה ולא להסתפק בהסבר אחד? (ב) מדוע בנה אוסטין את מושג הריבון כך שלא יהא כוחו ניתן להגבלה? התשובה לשאלה השניה היא המפתח לפתרון השאלה הראשונה, ובה נדון ראשונה.

שני מושגי מפתח עומדים ביסוד כל מפעלו של אוסטין, מושג הפקודה ומושג הרגל הציות. כל חוק הוא פקודה, וכל שיטת משפט היא סך כל הפקודות שמחברן הישיר או העקיף אחד. ההבדל בין שיטת משפט קיימת לזו שאינה קיימת הוא שיש אוכלוסיה הרגילה לציית למחבר חוקיה של שיטה שעברה מן העולם (המשפט הרומי, למשל) או שהיא בגדר הצעה או דוגמה לשיטת משפט. כל המקבל על עצמו עקרונות יסוד אלו מתחייב במסקנה שכוח החקיקה של הריבון כלומר של מחוקק כל חוקי השיטה אינו ניתן להגבלה. הדרך היחידה לקבוע לו גבולות מבלי לחרוג מעקרונות היסוד של אוסטין היא לומר כי הוא בעל כוח בעניינים בהם האוכלוסיה רגילה לציית לו וחסר כוח בעניינים אחרים. אולם קביעה כזו יש בה משום עירוב חוק ועובדה, עירוב קיום חוק ויעילותו. שכן על פיה חוקים קיימים רק אם רגילים לציית להם. וכדי לדעת אם חוק כלשהו תקף או לא עליך לא רק לבדוק אם מחברו ריבון אלא גם אם החוק מקוים הלכה למעשה במרבית המקרים. ברור שאין הדבר כן, ואוסטין הקפיד להבחין בין קיום חוקים ליעילותם. כלל החוקים, השיטה בכללה, קיימת רק אם היא יעילה. אולם משנקבע קיום השיטה אין עוד צורך לבדוק יעילותו של כל חוק כדי לעמוד על קיומו. המחיר שנאלץ אוסטין לשלם כדי שיוכל להבחין במסגרת שיטתו בין קיום חוק ליעילותו היה הנחת כוחו הבלתי ניתן להגבלה של הריבון.

ד

אפילו כך מדוע לא יאמר אוסטין כי כוח החקיקה של הריבון הוא זכות אף כי זכות בלתי ניתנת להגבלה? הסבריו של אוסטין עצמו לקביעה כי אין הריבון יכול להיות בעל זכויות סותרים יותר משהם מפרשים¹⁶. כוונתם הוסברה במלואה על ידי מרקבי: "Between the so called rights of the sovereign to a tax, or a fine, and the right of a citizen to receive a debt from a fellow citizen, there are, ...essential differences. The citizen holds his right to recover his debt, but can only exercise and enjoy that right at the will and pleasure of another,

16 ראה למשל Province p. 284.

namely, the sovereign who conferred it upon him.' The sovereign power, on the other hand, which imposed the tax or fine, is also the power which enforces it. Moreover, the right to payment of a debt, which is possessed by the citizen, is not only dependent on the will of another for its exercise and enjoyment, but it is limited by that will, and nothing but the external sovereign power can change the nature of the legal relation between debtor and creditor. Whereas in the case of a tax or fine, although the sovereign has expressed in specific terms, and therefore for the moment limited, the duty to be performed towards itself, it follows from the nature of sovereignty that by the sovereign will the duty may be at any moment changed... It is impossible to conceive a right of so fluctuating a character... because we cannot conceive a right as changing at the will of its holder".¹⁷

לשון אחרת: לא יתכן כי לאדם תהא שליטה מלאה ובלעדית על זכות. שליטה על זכות היא בלעדית אם שום אדם אחר אינו יכול לשנות על פי חוק את קיומה או הקפה של הזכות, והשליטה היא מלאה אם אותו אדם יכול ליצור לבטל או לשנות את הזכות לרצונו. אין שום טעם ליחס זכויות לאנשים אם יש להם שליטה מלאה ובלעדית עליהן. זכויות משמשות להבחין בין התנהגות מותרת או אפקטיבית מבחינה משפטית לבין התנהגות שאינה מותרת או אינה אפקטיבית. אין שום טעם להבחנה אלא אם היא משמשת קנה מידה קבוע ויציב יחסית באמצעותו ניתן להעריך את ההתנהגות הנדונה. לכן אין טעם להבחנה אם האדם שהתנהגותו נדונה יכול לרצונו לשנות את זכויותיו ובכך את הערכת מעשיו מבלי שאיש מלבדו יוכל להתערב.

הסברו של מרקבי כולל את ההסק הבא: אם הריבון יכול לשנות את זכויותיו כרצונו אזי אינו יכול להיות בעל זכויות. הריבון יכול לשנות את זכויותיו כרצונו; לכן אין הוא יכול להיות בעל זכויות. ההנחה השניה נובעת מהגדרת החוק – כל פקודה של הריבון היא חוק ולכן גם כל פקודה שלו המורה להתעלם מפקודה קודמת שלו היא חוק.

העיקרון שביסוד טעונו של מרקבי תקף. אדם יכול להיות בעל זכויות רק אם אלו חסינות לפחות במידת מה משרירות רצונו. שאם לא כן אין הן יכולות להגבילו או להדריך את התנהגותו על ידי תיהום בין הפעולות המותרות לו או האפקטיביות בידי לאחרות. מרקבי סבור היה כי תנאי חסינות זה מתקיים רק אם אין לאדם שליטה משפטית מלאה ובלעדית בזכויותיו. נראה לי כי למרות שהעדר שליטה משפטית מלאה ובלעדית הוא תנאי מספיק להבטחת החסינות הנדרשת אין הוא תנאי הכרחי. כאשר נעדרת שליטה מלאה ובלעדית בזכויות, מובטחת החסינות הדרושה מכוח המשפט. אולם, דומה שטעה מרקבי שעה שסבר כי חסינות זו יכולה להיות מובטחת רק בדרכים משפטיות. אף כשאין היא מובטחת במשפט היא יכולה להיות מובטחת על ידי גורמים מעשיים. לשון אחרת, יכולה להיות חסינות דהיפקטו. אדם או גוף אף כשהם בעלי שליטה משפטית מלאה ובלעדית בזכויותיהם עשויים להתקל בקשיים מעשיים בבואם לממש שליטתם: הגוף יכול שהוא מתכנס רק אחת לחודש ואין כל דרך לכנסו לעתים תכופות יותר. ממילא זכויות אותו גוף אינן ניתנות לשליטתו המעשית בפרק הזמן שבין פגישת

Markby, The Elements of Law, 5th ed., 1896, pp. 93 f. 17

לפגישה; גם אדם וגם גוף עשויים להיות טרודים מכדי שיתפנו לעשות לשנוי זכויותיהם כל אימת שהאנטרס שלהם מחייב זאת וכד.

כשהמדובר בריבון קל לראות כי גורמים מעשיים כגון אלו הם רבי משקל. אם נניח כי הריבונות מצויה בידי גוף בן כמאה חברים השליט במדינה בת מיליונים אחדים נקל לתאר שכמות העניינים הדורשת הכרעת הריבון רבה מכדי שיוכל להתפנות לשנוי זכויותיו בכל מקרה שאזרח מצליח להוכיח בבתי המשפט כי פעולה שלטונית כל שהיא נעשתה תוך הריגה מזכויות הריבון (אם נניח לצורך הדיון כי יש לריבון זכויות ומכוחן הוא פועל). גם אין להניח כי כל מקרה כזה יגיע לידיעת הריבון, ואף אם יגיע עשוי המצב הפוליטי או נוהגים לא משפטיים למנוע מהריבון אפשרות מעשית לשנות זכויותיו. גורמים מעשיים כגון אלו מבטיחים חסינות יחסית דה-פקטו של זכויות הריבון מפני שרירות רצונו למרות שלא קיימת חסינות משפטית לזכויות, דהיינו למרות שלריבון הזכות לשנות כל זכות מזכויותיו כרצונו. בגלל הקשיים המעשיים הללו משמש יחוס זכויות לריבון את מטרתו, דהיינו ניתן לדבר על זכויות כמדריכות ומגבילות את פעולות הריבון למרות כוחו המשפטי לשנותן כרצונו משום שלמעשה נבצר ממנו להשתמש תכופות מדי בכוחו ולשים בכך לאל כל הסתמכות על הגבלת זכויותיו.

בשל שקולים אלו דומני כי על אף כוחו הרב של טעונו של מרקבי אין די בו כדי להוכיח כי אין אפשרות, משום שאין טעם, ליחס כל זכות שהיא לשום ריבון שהוא. בהעדר כל נימוק רציני אחר לטענה זו יש לדחותה ולפסוק כי טעה אוסטין שעה שסבר כי הגיון שיטתו מחייב כי לא יתכן שיהיו לריבון זכויות.

ה

הבעיה שהוצבה בראש הסעיף הקודם היתה, מדוע נמנע אוסטין לבאר את כוח החקיקה של הריבון כזכות חקיקה שאינה ניתנת להגבלה. לצורך בחינתה נדון ונדחה נמוקו של אוסטין כפי שפורש על ידי מרקבי, נמוק המבקש להראות כי אין אפשרות ליחס זכויות כל שהן לריבון וממילא גם לא זכויות חקיקה. אולם נקל להראות כי קיים שיקול אחר, שונה אך מקביל לשיקולו של מרקבי, המוליך למסקנה כי אף כי ניתן ליחס זכויות ממגנים שונים לריבון, הרי אין טעם ליחס לו זכות חקיקה וזאת בשל העובדה כי זכות זו אינה מוגבלת ואינה ניתנת להגבלה.

אמנם זכות חקיקה ריבונית, לו יחסנו כזו לריבון, לא היתה נתונה לשליטתו המלאה. כיוון שהיא בלתי ניתנת להגבלה אין הוא ואין שום אדם יכול לשנותה. אין היא ניתנת לשליטתו של איש. זו זכות הכרחית. זכות הקיימת במתכונת זהה בכל שיטת משפט ולא משום שהוענקה בחוק פוזיטיבי כלשהו אלא משום שבלעדיה אין משפט. אולם זכות כזו כיוון שהיא בלתי מוגבלת ובלתי ניתנת להגבלה אינה משמשת בתפקיד למענו נוצרה שפת הזכויות, דהיינו אינה משמשת להבדיל בין עניינים בהם יש לריבון כוח לחוקק לעניינים בהם אין לו כוח כזה, אינה משמשת להבדיל בין התנהגות באמצעותה הוא יכול לחוקק לבין התנהגות אחרת. לכן אין טעם לדבר על זכות חקיקה ריבונית. לשון זכויות משמשת בתפקיד רק אם הזכויות מוגבלות או לפחות ניתנות להגבלה, רק אם יש ביחוס זכות כדי להבחין בין פעילות מותרת או אפקטיבית לאחרת. לכן יש זרות ופראדוקס בדבור על זכות בלתי ניתנת להגבלה. ולכן, כדי להבהיר את יחודו של כוח החקיקה הריבוני, שבשל היותו בלתי ניתן להגבלה הוא שונה מהותית מכל שאר זכויות וכוחות, צודק אוסטין בסרבו לראותו כזכות.