

אלימות והמילה*

מאת
רוברט מ. קאבר**

I. מבוא: האלימות של פעולות משפטיות

פרשנות משפטית¹ מתרחשת בשדה של כאב ומוות. זה נכון בכמה מובנים. פעולות פרשניות משפטיות מציינות את השתת האלימות על אחרים וגורמות לה:

* ROBERT M. COVER, *VIOLENCE AND THE WORD*, 95 YALE L.J. 1601 (1986), תרגום: מיקי זר. עריכת תרגום: מוטי פוגל. תרגום המאמר המובא כאן מודפס באישור דיאן ואבידן קאבר ובאישור THE YALE LAW JOURNAL COMPANY INC. © 2019 BY THE YALE LAW JOURNAL COMPANY, INC. ALL RIGHTS RESERVED.
הערות המתרגמת מסומנות ב-°. המתרגמת מבקשת להודות לדורין לוסיטיג, רועי קרייטנר, נירית פוטרמן, עילי סופר ודבי אילון על תרומתם לתרגום המאמר, וכן לחברי מערכת עיוני משפט על הערותיהם המציניות. תודה מיוחדת למוטי פוגל, עורך התרגום, ולעמר עין-הבר, עורך עיוני משפט, על עבודת עריכה מעולה.

** תמיד ישנן אגדות על אלה שהגיעו ראשונים, שכינו דברים בשמותיהם הנכונים וייסדו בכך את תרבות המשמעות שלתוכה אנו, המאחרים, נולדנו. צ'ארלס בלאק היה אגדה כזו, פוסע בין נופי החוק ונותן שמות לדברים, מְדַבֵּר "בסמכות" ואנו, שבאנו אחריו, אסירי תודה לנצח.

ברצוני להודות להרלון דלטון, סוזן קוניאק והארי וולינגטון, שקראו טיוטות של מאמר זה והעירו עליהן. כמה מהרעיונות במאמר זה פותחו מוקדם יותר, ב"הרצאת בראון" שנתתי בכנס על פרשנות בבית הספר למשפטים של ג'ורג'יה, במרץ 1986. אני אסיר תודה למילנר בול, אבי סופר, ריצ'רד וייסברג וגיימס בויד ווייט על הערותיהם בתגובה לאותה הרצאה, שסייעו לי בעיבוד הרעיונות כאן.
אני אסיר תודה במיוחד לעוזרת מחקר הקיץ שלי, טריסי פסנדן, על סיוע מחקרי, עריכת ומאותי מהמעלה הראשונה.

¹ השתמשתי במונח "פרשנות משפטית" לכל אורך המאמר, למרות שהטענתי שלי מכוון בעיקר לפעולות פרשניות של שופטים. ניתוח הפעולה המוסדית שלי חל ביתר שאת על פרשנות שיפוטית במפורש זו. אף על פי כן, אני מאמין שהמונח הכללי יותר, "פרשנות משפטית", מוצדק, מכיוון שעמדתי היא שהאלימות ששופטים נוקטים, כשלוחי מדינת-לאום מודרנית, משתפת בהכרח את מי שמפרש את החוק בהתנהלות הגוררת את ביצועה של אלימות זו או את הסבל הנגרם בעטייה.

שופטת⁰ מנסחת את האופן שבו היא מבינה טקסט כלשהו, וכתוצאה מכך מישהו מאבד את חירותו, את רכושו, את ילדיו, אפילו את חייו. פרשנויות במשפט הן גם הצדקות לאלימות שכבר התרחשה או שעומדת להתרחש. כאשר הפרשנים מסיימים את מלאכתם, הם בדרך כלל מותירים מאחוריהם קורבנות שחיהם נקרעו לגזרים בידי פרקטיקות חברתיות מאורגנות אלה של האלימות. אי אפשר להבין כהלכה את הפרשנות המשפטית, או את האלימות שהיא מחוללת, בנפרד זו מזו. כל זה ברור, אך הספרות הגדלה והולכת המצדדת במרכזיותן של הפרקטיקות הפרשניות במשפט ששה להתעלם מכך.²

⁰ הערת המתרגמת: במקומות בהם השתמש קאבר בציון מגדרי מפורש, התרגום נצמד לכך. במקומות בהם אין סמנים לשוניים המצביעים על מגדר מסוים, התרגום נוקט גישה אורתודוקסית והמגדר הוא זכר. הסיבה לכך היא הרצון לאפשר זיהוי המקומות בטקסט בהם קאבר ציין מפורשות שהמגדר הוא נשי.

² לאחרונה הוצפנו במחקר משפטי המציב את הפרשנות כלב המפעל המשפטי. מדגם מייצג של עבודה זו אפשר למצוא במאמרים הרבים שהופיעו בשני סימפוזיונים. *Symposium: Law and Literature*, 60 TEX. L. REV. 373 (1982); *Interpretation Symposium: Law and Literature*, 58 S. CALIF. L. REV. 1 (1985). (פורסם בשני כרכים). העניין הרב ב"פרשנות" או ב"הרמוניטיקה" בספרות המשפטית העכשווית הוא תופעה שונה למדי מסדרת השאלות המסורתית לגבי התיקוף של מילים, ביטויים ומכשירים מסוימים בהקשרים שונים. ליתר דיוק, זהו חקר מה שכיניתי "יקום נורמטיבי... הנשאר שלם בכוחן של... מחויבויות פרשניות..." Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term* " Forward: *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 7 (1986). או, במילותיו של רונלד דבורקין, זהו חקר המאמץ "לכפות משמעות על המוסד... ואז לעצבו מחדש לאורה של משמעות זו." RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 47 (1986) (ההדגשה במקור). דבורקין, ב-*Law's Empire*, כתב את תורת המשפט המשוכללת והמתחכמת ביותר מבין כל אלה המציבות את ההיבט הקונסטרוקטיבי, מעניק-המשמעות של הפרשנות בלבד של המשפט. ג'יימס בויד ווייט (Boyd White) היה קול רהוט נוסף שטען לעלינות מה שהוא כינה "תרבות הארגומנט". ווייט רומם את הרטוריקה לפסגת תורת המשפט. ראו JAMES BOYD WHITE, *WHEN WORDS LOSE THEIR MEANING* (1985); JAMES BOYD WHITE, *HERACLES' BOW* (1984).

צדו האלים של המשפט והקשר שלו לפרשנות ולרטוריקה נעדר הן מעבודתו של דבורקין והן מזו של ווייט, או שערכו הומעט בהן בעקביות. הפרק התשיעי של *Heracles' Bow*, הוא הקרוב ביותר בכתביו של ווייט לעניינים המעסיקים מאמר זה. הוא פותח בביקורת הפרקטיקה של המשפט הפלילי, הנטול מובן כ"מערכת משמעות" בהיעדר רפורמות משמעותיות. ווייט אינו רואה באלימות אלמנט מרכזי בהתמוטטות מערכת המשמעות. אך הוא כן מעמת את מה שהשופט אומר עם מה שהוא עושה באמרו זאת. ועדיין, ווייט חוזר בספר זה על טענתו המרכזית, ולפיה "הדרך הטובה ביותר להתייחס למשפט... אינה כאל מונחה לשליטה חברתית, אלא כאל מה שאני מכנה מערכת של רטוריקה מכוונת: סדרת משאבים שנועדה לתבוע משמעות, להתנגד לה ולהצהיר עליה." שם, בעמ' 205. אני מכחיש שהמשפט הוא כל אותם דברים שווייט טוען, אך אני מתעקש על כך שהוא כזה בהקשר של הפרקטיקה החברתית המאורגנת של אלימות. וה"חשיבות" או המשמעות המושגת נחווית או מוכנת באופנים שונים במידה ניכרת, התלויים בהכרח בשאלה אם מישהו סובל מאלימות זו או לא. גם

כשלעצמה, המילה "פרשנות" עשויה להולך שולל. "פרשנות" מצביעה על הבניה חברתית של מציאות בין-אישית באמצעות השפה. אבל לכאב ולמוות יש השתמעויות שונות לגמרי. למעשה, כאב ומוות משמידים את העולם ש"פרשנות" מזמנת. מובן מאליו שהמוות משמיד את היכולת של האדם לבנות מציאויות בינאישיות, אבל במקרה הזה, מה שנכון בנוגע למוות נכון גם בנוגע לכאב, מכיוון שכאב משמיד, בין השאר, את השפה עצמה. איליין סקארי (Scarry) מנתחת את הכאב באופן מבריק המבהיר נקודה זו:

עבור האדם השרוי בכאב הנוכח באופן כל כך בלתי ניתן לערעור או לתיווך, "יש לי כאב" עשוי להיחשב לדוגמה החיה ביותר ל"יש לי ודאות", בעוד שעבור האדם השני הדבר חמקמק עד כדי כך שלשמוע על כאב עשוי להיות הדגם הראשוני של "יש לי ספק". כך כאב נכנס לתוכנו בלי שנוכל לחלוק בו, פְּמָה שהוא בו בזמן מה שאי אפשר להכחישו ואי אפשר לאשרו. כל מה שכאב משיג הוא משיג באמצעות, בין השאר, אי-ניתנותו לשיתוף, והוא מבטיח את אי-הניתנות לשיתוף הזו בין השאר באמצעות התנגדותו לשפה... כאב ממושך לא רק מתנגד לשפה, הוא משמיד אותה באופן פעיל, מביא לנסיגה מיידית למצב הקודם לשפה, לצלילים ולקריאות שמשמיע יצור אנושי בטרם רכש שפה.³

להסבה המכוונת של כאב לשם השמדת העולם הנורמטיבי של הקורבן ויכולתו ליצור מציאויות משותפות אנו קוראים עינוי. החקירה שהיא חלק מהעינוי, מציינת סקארי, מכוונת רק לעיתים רחוקות לחילוף מידע. בדרך כלל, בחקירתו, המענה מתכוון להפגין את קץ עולמו הנורמטיבי של הקורבן – קץ הערכים של הקורבן, קיצן של הזיקות המכוונות את הקהילה שבה ערכים אלה נטועים. לפיכך, מסכמת סקארי, "בכפיית הודאה, המענה כופה על האסיר לתעד ולהמחיש את העובדה שכאב

נומוס ונאדטיב הדגשתי את אופיין בונה-העולם של מחויבויות פרשניות במשפט. עם זאת, התמצית של *נומוס* הייתה שיצירת משמעות משפטית היא למעשה פעילות תרבותית המתרחשת (או מתרחשת באופן מיטבי) בקרב קבוצות קטנות למדי. פעילות יוצרת-משמעות שכוז אינה מתקיימת באופן טבעי במקביל למגוון צורות האלימות האפקטיבית המשמשות להשגת שליטה חברתית. לפיכך, מכיוון שהמשפט הוא הניסיון לבנות עולמות עתידיים, המתח המהותי במשפט הוא בין שכלול המשמעות המשפטית, לבין הפעלת האלימות של השליטה החברתית או של ההתנגדות אליה. Cover, "נומוס ונאדטיב", שם בעמ' 18: "קיים פיצול רדיקלי בין הארגון החברתי של המשפט ככוח לבין הארגון של המשפט כמשמעות." [התרגום שלי, מ.ז.] המאמר הנוכחי מפרט את המובנים שבהם הצורות המסורתיות של החלטה משפטית אינן ניתנות להבנה פשוטה באמצעות הרעיון של פרשנות, כפי שפרשנות מובנת בדרך כלל בספרות, באמנויות או במדעי הרוח.

³ ELAINE SCARRY, THE BODY IN PAIN 4 (1985).

אינטנסיבי הוא משמיד-עולם.⁴ זו הסיבה שמענים כמעט תמיד דורשים בגידה – מפגן לכך שעולמו הנורמטיבי המופשט של הקורבן רוסק בידי המציאות החומרית של הכאב ושל גרורתו, הפחד.⁵ בסופו של דבר המענה והקורבן אכן יוצרים "עולם" נורא משלהם, אבל משמעותו של עולם זה מושתתת על אפרו של עולם אחר.⁶ הלוגיקה של עולם זה היא שליטה מוחלטת, אם כי ייתכן שהמטרה לא תתממש לעולם.

בכל פעם שעולמה הנורמטיבי של קהילה שורד פחד, כאב ומוות בצורותיהם היותר קיצוניות, הישרדות זו עצמה מובנת, פשוטה כמשמעה, כנסית, הן על ידי אלה שחוו את הסבל והן על ידי אלה שדמיינו או שִׁחְזְרו אותו בחיות. לפיכך, על סבלם של קדושים מעונים קתולים נכתב:

עלינו לכלול גם... את מעשי הקדושים שבהם יקד ניצחונם מבעד לצורות העינוי הרבות שבהן התנסו ואת הצהרת האמונה הפלאית שלהם. שכן איזה קתולי יפקפק בכך שהם סבלו יותר מכפי שיוכל בן אנוש לשאת, ושעמדו בכך, לא באמצעות חוסנם הם, אלא באמצעות חסדו ועזרתו של האל?⁷

4 שם, בעמ' 29.

5 שם.

באופן בלתי נמנע כאב וחקירה מתרחשים יחד, חלקית כיוון שהמענה והאסיר חווים אותם כהפכים. במסגרת העמדת הפנים הפוליטית, עצם השאלה, שהיא כה משמעותית עבור המענה עד כדי שהיא מביאה אותו לברוטאליות גרוטסקית, משמעותית כה מעט עבור האסיר החווה את הברוטאליות, עד כדי שהוא ימסור את התשובה. עבור המענים, העובדה המוחלטת והפשוטה של ייסורים אנושיים הופכת לבלתי נראית, והדחיפות והחשיבות המדומות של השאלה הופכות את העובדה המוסרית של גרימת ייסורים אלה לניטרלית. עבור האסיר, העובדה המוחצת, הפשוטה, המוחלטת של ייסוריו תהפוך לניטרלית ולבלתי נראית את חשיבותה של כל שאלה, כמו את חשיבות העולם שאליו השאלה מתייחסת... מסיבה זו, בעוד שתוכן תשובתו של האסיר חשוב למְשַׁטֵר רק לפעמים, הרי צורתה של התשובה, עצם העובדה שהוא משיב, היא תמיד מכרעת... בהודאה, אדם בוגד בעצמו ובכל אותם היבטים של העולם – חבר, משפחה, ארץ, מטרה – שמהם מורכב העצמי.

שם. בעוד שכאב הוא הצורה הקיצונית של השמדת עולם, פחד עשוי להיות רב עוצמה באותה מידה, גם אם אינו כרוך בכאב פיזי ובעינוי. מענה לשאלות והצורך ב"השמדת עולם" באמצעות בגידה היו מרכזיים גם לשלטון הפחד של המקארתיזם. ראו, למשל VICTOR NAVASKI, NAMING NAMES 346 (1980) (המלשין משמיד "את עצם אפשרותה של קהילה... מכיוון שהמלשין פועל בהתאם לעקרון הבגידה, בעוד שקהילה שורדת בהתאם לעקרון האמון").

6 על "הפיקציה של כוח" שמייצר העינוי, ראו SCARRY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 56-58.

7 PETER BROWN, THE CULT OF THE SAINTS 79 (1981) (מצטט מתוך DECRETUM (GELASIANUM, PATROLOGIA LATINA 57.171) (ההדגשה הוספה).

והיהודים, בכל שנה ביום כיפור, זוכרים –

רבי עקיבא... שהיה מקהיל קהילות ברבים ועוסק בתורה [למרות גזירת הרומאים שלא יעסקו ישראל בתורה]. בשעה שהוציאו את ר' עקיבא להריגה זמן ק"ש היה והיו סורקים את בשרו במסרקות של ברזל והיה מקבל עליו עול מלכות שמים אמרו לו תלמידיו רבינו עד כאן אמר להם כל ימי הייתי מצטער על פסוק זה בכל נפשך אפילו נוטל את נשמתך אמרתי מתי יבא לידי ואקיימנו ועכשיו שבא לידי לא אקיימנו היה מאריך באחד עד שיצתה נשמתו באחד יצתה.⁸

מות-קדושים, על כל זרותו לעולם החילוני של המשפט האמריקני העכשווי, הוא נקודת פתיחה הולמת להבנת טבעה של הפרשנות המשפטית. בדיוק מכיוון שמות-קדושים הוא תופעה כה קיצונית, הוא מסייע לנו לראות מה מתקיים, בדרגה פחותה, כאשר הפרקטיקה של שליטה אלימה מצטרפת אל הפרשנות. קדושים מעונים מתעקשים, לנוכח כוח מוחץ, שאם החיים יימשכו, אל להם להימשך בכפוף לתנאיו של חוק העריץ. החוק הוא ההיטל של עתיד מדומיין על המציאות. קדושים מעונים דורשים שכל עתיד שהם יהיו שותפים לו יתקיים בתנאי החוק שאליו הם מחויבים (חוק האל). ונס סבלם של הקדושים המעונים הוא התעקשותם על החוק שאליו הם מחויבים, גם לנוכח כאב מחריב-עולם.⁹ ניצחונם – שבהחלט ייתכן שהוא דמיוני בחלקו – הוא הניצחון המדומיין של היקום הנורמטיבי – של התורה, נמוס – על העולם הגשמי של מוות וכאב.¹⁰ מות-קדושים הוא צורה קיצונית של התנגדות

⁸ הציטוט לקוח מתוך "אלה אזכרה", או הקינה על עשרה הרוגי מלכות המסורתית של יום כיפור. ציטטי מהתרגום המצוי ב MAHZOR FOR ROSH HASHANA AND YOM KIPPUR, A PRAYER BOOK FOR THE DAYS OF AWE 555-57 (J. Harlow ed. 1972). [הערת המתרגמת: למרות דבריו של קאבר, ניסוח זה אינו מופיע בקינה "אלה אזכרה" אלא לקוח מתוך מסכת ברכות, דף ס"א עמוד ב'.].

⁹ מקור המילה "martyr" בשורש היווני *martys*, "עד", ומהשורש הארי *smr*, "לזכור". מות-קדושים מתפקד כחיבור-מחדש (באנגלית – *re-memebering*) כאשר הקדושה המעונה, בפעולת העדות, מקריבה את עצמה בשם היקום הנורמטיבי שבכך מכונן מחדש, נולד מחדש, או נוצר מחדש. אחד המקורות המוקדמים ביותר שעסק בקדושת השם כתופעה דתית, *מקבים ב*, מדגיש כמאפייני התופעה את ההתעקשות על שלמות החוק של הקדוש המעונה, ואת המחויבות שלו לחוק זה לנוכח אלימות מצמיתה. בנקודה מסוימת, הספר מתאר את העינוי והרצח המחרידים של שבעה בניס לנגד עיני אמם, כל מוות מחריד יותר מקודמו. הילד האחרון והצעיר ביותר, בעידודה של אמו, משיב לדרישת המלך לאכול חזיר במילים: "לא אכנע לפקודת המלך; אני מציינת לפקודתו של החוק שניתן על ידי משה לאבותינו." מקבים ב 7.30.

¹⁰ במקרים קיצוניים שואפים במוצהר למות-קדושים, משום שזוהי ההוכחה הסופית ליכולתה של הרוח לגבור על הגוף. אפשר לראות בניצחון זה ניצחון האהבה או החוק או שניהם, תלוי במוטיבים השולטים בעולם הנורמטיבי והדתי של הקדושה המעונה

לשליטה. ככזה, הוא מזכיר לנו שבניית-העולם הנורמטיבית המכוננת "חוק" לעולם אינה פעולה רוחנית או נפשית בלבד. עולם משפטי נבנה רק במידה שבה ישנן מחויבויות המציבות בשר ודם בקו החזית. עינוי הקדוש המעונה הוא צורה דוחה וקיצונית של האלימות המאורגנת של מוסדות. הוא מזכיר לנו שהמחויבויות הפרשניות של נושאי המשרות אכן ממומשות בבשר. כל עוד זה כך, המחויבויות הפרשניות של קהילות המתנגדות לחוק הרשמי חייבות להתממש אף הן בבשר, ואפילו יהיה זה בשר נאמניהן.

מות-קדושים אינו התגובה האפשרית היחידה של קבוצה שלא הצליחה להסתגל או לקבל את השלטון של מי שעמו היא חולקת מרחב פיזי. מרד ומהפיכה הן תגובות חלופיות, כאשר התנאים הופכים פעולות כאלה לבנות-ביצוע וכאשר ישנה נכונות לא רק למות, אלא אף להרוג למען הבנה - שונה מזו של הכוח השולט - של העתיד הנורמטיבי.¹¹

ההיסטוריה החוקתית שלנו עצמנו מתחילה עם פעולת מרד כזו. צורתה של הפעולה הייתה מאמר בפרשנות חוקתית המאשר את הזכות לעצמאות פוליטית מבריטניה הגדולה:

לפיכך אנו, נציגי ארצות-הברית של אמריקה, המכונסים בקונגרס כללי, פונים לשופט-העליון ריבון-העולם להעיד על טוהר כוונותינו, ומפרסמים ומכריזים בחגיגות בשם העם הטוב הזה וברשותו, כי המושבות המאוחדות האלה הן מדינות חופשיות ועצמאיות, ומן הדין שכך יהיו: כי הן משוחררות מכל נאמנות לכתר הבריטי, וכי כל קשר פוליטי למדינת בריטניה הגדולה מנותק לחלוטין, ומן הדין שכך יהיה.¹²

ושל קהילתה. למשפטן והמיסטיקן הדגול יוסף קארו (1578-1488) היו חלומות אקסטיים על מות-קדושים, ו"מגיד" – שליח שמימי שדיבר דרך פיו ונגלה לו בחיזיון – הבטיח לו את הפריבילגיה של מות קדושים. (ההבטחה לא מולאה. הוא מת מזקנה מופלגת.) ראו R.J.Z. WERBLOWSKI, JOSEPH KARO: LAWYERS AND MYSTIC 151-54 (2d ed. 1977). ראויה לציון גם התופעה של קהילות ששחטו את עצמן בפני אויב. השו"ת המיתוס המורכב של קדושים מעונים יהודים טרם הצלבנים, המפורט אצל SHALOM SPIEGEL, THE LAST TRIAL: ON THE LEGENDS AND LORE OF THE COMMAND TO ABRAHAM TO OFFER ISSAC AS A SACRIFICE: THE AKEDAH (J. Goldin trans. 1969), עם מיתוס האביר הלבן שנחקק בימינו אנו בידי ג'ונסטאון, ועליו מסופר אצל JONATHAN Z. SMITH, IMAGINING RELIGION: FROM BABYLON TO JONESTOWN 102-20, 126-34 (1982).

11 הארכיטיפ של המעבר ממות-קדושים להתנגדות מופיע במקבים א, עם ההרג הדרמטי שמבצע מתתיהו הכהן במודיעין. מקבים ב 1, 19-28. פעולתו מקבלת חשיבות דרמטית בטקסט, בין השאר, כיוון שהיא ניצבת בניגוד ניכר לפעולות קידוש השם ההרואיות המתוארות במקבים ב. ראו ה"ש 9.

12 הצהרת העצמאות (1776), תרגם לעברית אמנון גטפלד. על המובנים בהם יש לראות את ההצהרה כמפרשת את מעמדה החוקתי של אמריקה באימפריה, ראו Barbara A.

אלא שפעולה פרשנית זו כללה גם את המודעות לסכנה של כאב ומוות הנוכחת באירוע פרשני משמעותי כל כך:

הננו ערכים הדדית בחיינו, ברכושו ובכבודנו הקדוש.¹³

חיים, נכסים וכבוד מקודש היו, כמובן, בדיוק המחיר שהיה נגבה מן הקושרים אילו נכשלה פעולתם. לעיתים קרובות מדי אנו שוכחים שמהפרספקטיבה של החוקה האנגלית, מנהיגי המרד היו ללא ספק בוגדים. והרשעה בבגידה גררה עמה מוות מחריד ומשפיל, חילוט הרכוש, והפקעת זכויות.¹⁴ סוגיות גדולות בפרשנות חוקתית המשקפות שאלות יסודיות של נאמנות פוליטית – המהפכה האמריקנית, פרישת מדינות הקונפדרציה, או התקוממות האינדיאנים תושבי הערבות – נושאות בבירור את זרעי האלימות (כאב ומוות) לפחות מהרגע שבו הבנת הטקסטים הפוליטיים נטמעת ביכולת המוסדית לפעול באופן קולקטיבי. אבל בדיוק היטמעות זו של ההבנה של טקסט פוליטי באופני פעולה מוסדיים היא המבחינה פרשנות משפטית מפרשנות של ספרות, מפילוסופיה פוליטית, ומביקורת חוקתית.¹⁵ או שפרשנות משפטית מתרחשת בשדה של כאב ומוות, או שהיא משהו שהוא פחות (או יותר) מחוק.

Black, *The Constitution of Empire: The Case for the Colonists*, 124 U. PA. L. REV. 1157 (1976).

הצהרת העצמאות, שם.

ראו IV BLACKSTONE'S COMMENTARIES, §92-93*.

בדרך כלל העונש על בגידה מדינית הוא חמור ונורא ביותר. 1. שהעבריינין ייגרר אל הגרדום, ולא יינשא או יצעד; אם כי בדרך כלל (באמצעות הסכמה שבשתיקה, שהאנושיות הביאה להבשלתה האטית לכדי חוק) מגררה או שבכה מותרת, כדי להגן על העבריינין מהעינוי הקיצוני שבהיגררות על הקרקע או המדרכה. 2. שייתלה מהצוואר, ואז ייקצץ בעודו חי. 3. שקרביו יוצאו ויישרפו, כשהוא עודנו חי. 4. שראשו ייערף. 5. שגופו יכותר לארבעה חלקים. 6. שראשו וארבעת חלקי גופו יועברו לרשות המלך. על חילוט ושלילת זכויות, ראו שם, 388-396*. לפיכך אין זה מפתיע שעל קומץ ההגנות הספציפיות ששולבו בגוף החוקה המקורית נמנו אלה שהגדירו בקפדנות בגידה, קבעו הגנות פרוצדורליות להרשעה בבגידה, ואסרו על הרחבת ההפקעה ושלילת הזכויות לכדי ענישה עקיפה של משפחתם או צאצאיהם של אלו שהורשעו בבגידה.

כל פרקטיקה פרשנית מתרחשת בתוך הקשר כלשהו. בין המבקרים של העת האחרונה, סטנלי פיש התעקש לא פחות מאחרים בנוגע לשליטתם של הקשרים מוסדיים גם בהבנת טקסטים ספרותיים. ראו באופן כללי STANLEY FISH, IS THERE A TEXT IN THIS CLASS? (1984); 36 STAN. L. REV. 1325, 1332 (1980); Stanley Fish, *Fish v. Fiss*, עכשיו ותמיד, עם ובתוך הנורמות, הסטנדרטים, ההגדרות, השיגרות והמטרות הברורות שמגדירות הקשר זה וגם מוגדרות על ידיו. ("איני מעוניין לחלוק על הנקודה המרכזית של פיש בנוגע לספרות. אני כן חושב, עם זאת, שמוסדות שנועדו לממש עתידים נורמטיביים באמצעות, בין

הבנות חוקתיות מהפכניות הן לעיתים קרובות הימור בדם. אלימותו של החוק לובשת בהן את צורתה הכוטה ביותר. אבל הקשר בין פרשנות משפטית להסכת כאב עומד בעינו גם בפעולות המשפטיות השגרתיות ביותר. פעולת גזירת דינו של נאשם מורשע היא מאותן פעולות שגרתיות ביותר ששופטים מבצעים.¹⁶ ועדיין היא שופכת אור רב על האופן שבו פרשנות מעוצבת באופן מובחן על ידי אלימות. ראשית, בחנו את האירוע מנקודת מבטו של הנאשם. עולמו של הנאשם מאוים. אבל הוא יושב, בדרך כלל בשקט, כמי שלוקח חלק בשיח תרבותי. אם הוא מורשע, נהוג שהנאשם הולך – כשהוא מלווה – למאסר ממושך, בדרך כלל ללא הפרעה משמעותית לחזות המתורבתת של האירוע. יהיה זה כמובן גרוטסקי להניח שהפסאדה התרבותית היא "רצונית", פרט למובן שבו היא מייצגת את הכרתו האוטונומית של הנאשם במערך האלימות המוחץ המכוון נגדו, ובחוסר התקווה שבהתנגדות או במחאה.¹⁷

השאר, הפרקטיקה של אלימות קולקטיבית, ניצבים על בסיס שונה למדי מהמוסדות שיש להם קשר מרוחק או מקרי לאלימות של החברה. אני מוכן לשקול רעיונות כמו אלה של פרדריק ג'יימסון הטוען ל"קדימותה של הפרשנות הפוליטית של טקסטים ספרותיים".¹⁸ FREDRIC JAMESON, THE POLITICAL UNCONSCIOUS: NARRATIVE AS A SOCIALLY SYMBOLIC ACT 17 (1981). אלא שהשקפות כאלה, בעודן עומדות על מקומה המיוחד של קריאה פוליטית של המציאות החברתית שלנו, בשום אופן אינן טוענות בנוגע לפרשנות הספרותית את אשר טוען אני בנוגע לפרשנות משפטית – שהיא חלק מן הפרקטיקה של אלימות פוליטית.

לאורך מאמר זה השתמשתי בדוגמאות מהמשפט הפלילי מסיבה פשוטה. אלימותו של המשפט הפלילי היא ישירה יחסית. אם הטוען שלי אינו משכנע בהקשר הזה, הוא יהיה פחות משכנע במרבית ההקשרים האחרים. אני מוכן לטעון שלכל חוק הנוגע לקניין, לשימושיו ולהגנה עליו, יש בסיס אלים באופן דומה. אבל בהרבה מההעסקאות המשפטיות הבולטות הנוגעות לזכויות קניין, ואולי במרביתן, יסוד אלים זה אינו הסוגיה המיידית שבמחלוקת. הטוען שלי אינו דורש, אני מאמין, שלכל אירוע פרשני במשפט תהיה אותה השפעה אלימה ישירה על המשתתפים כמו שיש למשפט פלילי. דינו בכך שנסכים שבמקום בו לאנשים אכפת מאוד מהתוצאות והם מוכנים לפעול לטובת מה שחשוב להם, סוכני החוק הרשמיים של מדינת הלאום בדרך כלל מוכנים ויכולים להשתמש בסנקציות פליליות או בסנקציות אזרחיות אלימות כדי לשלוט בהתנהגות.

כמה נאשמים שהגיעו להבנה משלהם בנוגע לסדר המשפטי ניסו בגלוי להכחיש את הפיקציה ולפיה המשפט הוא אירוע תרבותי, קהילתי או משותף, שבו בוחנים ומעדינים פרשנויות של עובדות ושל מושגים משפטיים. מימושה של דרך פעולה גלויה כזו מוביל לכבילתו הפיזית ולחסימת פיו של הנאשם. בובי סיל (Seale) לימד את אלה מאיתנו שחיו בשנות הששים ששליטתו הפיזית של בית המשפט בגוף הנאשם מצויה בלב ההליך הפלילי. לפיכך, "התנהגותו התרבותית" של הנאשם אינה יכולה לסמן לעולם הבנה משותפת של האירוע; היא עשויה לסמן את הפחד שלו מכך שכל הפגנה פומבית של הבנתו את האירוע כ"בולשיט" תסתיים באלימות שתכוון נגדו, בכאב שיוסב לו. המשפט החוקתי שלנו, באופן טבעי למדי, קובע את השימוש המכויל בדרגות הולכות וגדלות של אלימות גלויה לשם שימור ה"סדר" של המשפט הפלילי. ראו למשל Michael E. Tigar, *The Supreme*; Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970)

ישנן חברות שבהן חרטה או בושה שולטות בהתנהגות הנאשם במידה גדולה משעושה זאת אלימות. חברות כאלה מצריכות צורת ניתוח הייחודית להן, ואותה אכן קיבלו.¹⁸ אבל אני חושב שאין ספק בכך שבארצות הברית מרבית האסירים צועדים אל הכלא כיוון שהם יודעים שאם לא ילכו, הם יוכו או ייגררו אליו. הם אינם אוספים כוח נגד גרירתם כיוון שהם יודעים שאם יערכו קרב מסוג זה הם יפסידו – קרוב לוודאי יפסידו את חייהם.

אם הפגנתי מידה מסוימת של אהדה לקרבנותיה של אלימות זו, הדבר מטעה. לעיתים קרובות, מאזן האימה בעניין זה הוא בדיוק כפי שהייתי רוצה שיהיה. אך איני רוצה שנעמיד פנים שאנו מוליכים את אסירינו אל הכלא בדיבורים. ה"פרשנויות" או ה"שיחות" שהן התנאים המקדימים לכליאה אלימה – הן עצמן כלים של אלימות. טשטוש עובדה זו הוא אנלוגי במדויק להתעלמות מהצרחות ברקע או ממכשירי העינוי הגלויים לעין בחקירתו של אינקוויזיטור. חווייתו של האסיר, מלכתחילה, היא חוויית היותו נשלט באלימות, והיא נצבעת מראשיתה בַּפְתָּד שִׁינְהֵגוּ בוּ בְּאֵלִימוֹת.¹⁹

האלימות שבפעולת גזירת הדין מובנת מאליה בעיקר כאשר בוחנים אותה מנקודת מבטו של הנאשם. לפיכך, כל דין וחשבון שיבקש להמעיס בערך האלימות או לרומם את האופי או המשמעות הפרשניים של האירוע בתוך קהילה בעלת ערכים משותפים, יטה להתעלם מהאסיר או הנאשם ולהתמקד בשופטת ובפעולת הפרשנות השיפוטית. החל בקטגוריות פרשניות רחבות כמו "אשמה" או "ענישה", נוצרת משמעות לאירוע, המצדיקה את השופטת, בפני עצמה ובפני אחרים, ביחס לחלקה במעשי האלימות. איני מבקש להמעיס בחשיבות הפונקציות האידיאולוגיות הללו של המשפט. אבל הפונקציה של האידיאולוגיה משמעותית הרבה יותר בהצדקת הסדר עבור אלה שעקרונית מרוויחים ממנו וצריכים להגן עליו, מאשר בהסתרת טבעו של הסדר מאלה שהם קורבנותיו.

האידיאולוגיה של הענישה אינה, כמובן, נחלתם הבלעדית של שופטים. מושג זה פועל בתרבות בכללותה והבנתו משותפת לאסירים, עבריינים ומהפכנים, כמו גם לשופטים. מדוע, אם כך, לא נסיק שפרשנות היא מושג-העל של המשפט, שאפשר

Court, 1969 Term – Forward: Waiver of Constitutional Rights: Disquiet in the Citadel, 84 HARV. L. REV. 1, 1-3, 10-11 (1970) (מגיב, חלקית, לאלן).

18 על ההבחנה בין "תרבויות בושה" לבין "תרבויות אשמה", ראו באופן כללי E.R. JAMES M. REDFIELD, NATURE AND CULTURE IN THE ILIAD (1975) AND DODDS, THE GREEKS AND THE IRRATIONAL (1951). לניתוח של "תרבות בושה" מודרנית, ראו RUTH BENEDICT, THE CHRYSANTHEMUM AND THE SWORD: PATTERNS OF JAPANESE CULTURE (1946).

19 על נקודה זו, ועל אחרות שדומות לה מאד, עומדת באופן שגרתי הספרות היוצאת מתוך ELDRIDGE CLEAVER, SOUL ON ICE 128-30 (1968); JEROME WASHINGTON, A BRIGHT SPOT IN THE YARD: NOTES & STORIES FROM A PRISON JOURNAL 5 (1981).

לראות בעבודה הפרשנית של הבנת ה"ענישה" כמה שמתווך את הפעולות והחוויות המנוגדות של השופט והנאשם במשפט הפלילי, ומעניק להן משמעות? מטבע הדברים, ענישה עשויה לגרור עמה כפייה. ועונש, אם הוא "צודק", מעניק לכאורה לגיטימציה לכפייה או לאלימות שננקטת. האידיאולוגיה של הענישה עשויה, אם כך, לפעול בהצלחה להצדקת הפרקטיקות של המשפט הפלילי לעצמנו, וייתכן שאפילו לאלה שאותם המשפט מעניש או עשוי להעניש.

על כל פנים, יש הבדל יסודי בין האופן שבו "ענישה" פועלת כאידיאולוגיה בספרות הפופולרית או המקצועית, בוויכוח פוליטי, או בדיון כללי, לבין האופן שבו היא פועלת בהקשר של עשיית משפט, גזירת דין והוצאתו לפועל. מפני שכאשר השופטת מפרשת, באמצעות מושג הענישה, היא גם פועלת – באמצעות אחרים – לרסן את האסיר, להכאיב לו, להפוך אותו לחסר ישע, אפילו להרוג אותו. כך, כל מכנה משותף של פרשנות שאפשר או שאי-אפשר להשיג, הוא כזה שמשמעותו המשותפת הושמדה בידי החוויות הסותרות שכוננו אותו. כשם שהמענה והקורבן מכוננים עולם "משותף" רק מכוח חוויותיהם המקוטבות, כך השופטת והאסיר מבינים "ענישה" באמצעות חוויות מקוטבות של פעולת הענישה. לחלוטין לא רלוונטי אם המענה וקורבנו חולקים תפיסה תיאורטית משותפת בנוגע להצדקת עינויים – מחוץ לחדר העינויים. בסופו של דבר, הם הגיעו להודאה באמצעות השמדה במקרה של הראשון, ובאמצעות היות מושמד במקרה של השני. באופן דומה, אם השופטת והאסיר חולקים את אותה פילוסופיה של ענישה ואם לאו, הם מגיעים לפעולת הענישה המסוימת כשהאחת שולטת והאחר נשלט באלימות, בהתאמה.

II. פעולותיהם של שופטים: פרשנויות, מעשים ותפקידים

אנו מתחילים, אם כך, לא במה שהשופטים אומרים, אלא במה שהם עושים. השופטים ממיטים כאב ומוות.

זה לא כל מה שהם עושים. אולי זה לא מה שהם עושים בדרך כלל.

אבל הם כן ממיטים מוות, וכאב. מג'ון ווינטרופ (Winthrop), דרך וורן ברגר (Burger)⁴¹ הם ישבו במרומי פירמידה של אלימות, והמיטו...

⁴¹ הערת המתרגמת: ג'ון ווינטרופ, 1588-1649, היה משפטן אנגלי ומהמנהיגים הבולטים של הפורטינים במסצ'וסטס. ווינטרופ היה ממובילי גל ההתיישבות השני בניו-אינגלנד ושימש מושל קולוניאלי במשך שנים רבות. חזונו עיצב במידה רבה את המושבות שצמחו בניו-אינגלנד. *מנומס ונראטיב* קאבר מזכיר את מושבת מפרץ מסצ'וסטס כדוגמה לאופן שבו קהילות משמרות את לכידותן כישויות בוראות חוק – באמצעות הדרה והגליה של מתנגדים. Cover, לעיל ה"ש 2, בעמ' 16, בה"ש 41.

וורן ארל ברגר, 1907-1995, היה הנשיא ה-15 של בית המשפט העליון האמריקני, בין השנים 1969-1986. ברגר מונה לתפקיד על ידי הנשיא ריצ'רד ניקסון, ונודע בדעותיו השמרניות ובגישתו השיפוטית הפרגמטית. שנותיו של קאבר כמרצה למשפטים חפפו

בכך הם שונים ממשוררים, ממבקרים, מאמנים. אין טעם להתעקש על האלימות של שירה חזקה, ושל משוררים חזקים. אפילו אלימותם של שופטים חלשים היא אמיתית לגמרי – מציאות נאיבית אך מיידית, שאינה זקוקה לשום פרשנות, לשום מבקר שיחשוף אותה.²⁰ כל אסיר מציג את חותמה. הנקודה אינה אם האלימות של השופטים מוצדקת או לא – אלא רק שהיא מתקיימת בפועל, ושהיא נבדלת מהאלימות הקיימת בספרות או באפיונים המטפוריים של מבקרי ספרות ופילוסופים. כתבתי במקום אחר ששופטי המדינה הם קוטלי-חוק (jurispathic) – שהם קוטלים את המסורות המשפטיות השונות המתחרות עם המדינה.²¹ כאן, על כל פנים, איני כותב על האיכות קוטלת-החוק של התפקיד, אלא על הפוטנציאל הרצחני שלו.²²

במידה רבה את שנות כהונתו של ברגר כנשיא. אואן פיס (Fiss) השתתף עם קאבר בפאנל על פרשנות חוקתית שנערך בינואר 1984. קאבר פתח את דבריו במילים "השופט ברגר הוא איש אלים". ראו Owen M. Fiss, *Tributes to Robert M. Cover*, 96 YALE L. REV. 1717, 1720 (1986).

על האלימות שבה נוהגים משוררים חזקים באבותיהם הספרותיים, ראו HAROLD BLOOM, *THE BREAKING OF THE VESSELS* (1982), וברוב עבודתו של בלום אחרי *Anxiety* [הערת המתרגמת: (1973) *THE ANXIETY OF INFLUENCE*], עבודתו הגדולה של מבקר הספרות הרולד בלום, העוסקת ביחס האמביוולנטי של משוררים למקורות (השראתם) שופטים, ככל קוראים או כותבים של טקסטים, נוהגים באלימות באבותיהם – רוצה לומר, המשפטיים – הקדמונים. ליישום מעניין של התזה המרכזית של בלום על המשפט, ראו David Cole, *Agon and Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition*, 95 YALE L.J. 857 (1986). קול מכיר בכך שהקשר של המשפט לאלימות מברידל פרשנות משפטית מפרשנות ספרותית, למרות שלרוע המזל הוא אינו מפתח נקודה זו. שם, בעמ' 904.

החרדה מהשפעה משפטית נוסחה מעט קודם לכן בכישרון לא מבוטל ובחן על ידי לרנד הנד (Learned Hand) במחווה שלו לקרדו: Mr. Justice Cardozo, 39 COLUM. L. REV. 9 (1939). הנקודה שלי כאן אינה ששופטים אינם פועלים באותו סוג אלימות פיגורטיבית כלפי הורים ספרותיים, כשם שמשוררים עושים, אלא שהם מבצעים – בנוסף – צורה מפורשת בהרבה של אלימות באמצעות פרשנויותיהם, מה שאינו נכון בנוגע למשוררים. העובדה שמיידיות הקשר בין שופט לבין אלימות הענישה השתנתה במהלך המאות היא משמעותית, וכבר צוינה רבות. ראו לדוגמה MICHEL FOUCAULT, *DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON* (A. Sheridan trans. 1977). אין ספק שבאוצות הברית כיום, אחריותו המובנת מאליה של השופט לאלימות הענישה דורשת הבנה – שכל מי שחי בחברה זו רוכש – של צורתה המוסדית של פעולה. במובן זה למציאות "נאיבית" אין משמעות גדולה במיוחד. לא צריך להיות מתוחכם כדי להבין את האלימות שבשיפוט, אבל זו גם אינה צורת אלימות נאיבית כפי שיכלה להיות אילו שופטים היו מבצעים בעצמם את גזרי הדין שלהם. על ההשלכות של נקודה זו, ראו להלן, בעמ' 16-17.

²¹ Cover, לעיל ה"ש 2, בעמ' 44-40.

²² אלימותם של סוכניו הרשמיים של סדר חוקתי נתון ושל שופטיו מובנת על פי רוב כמובלעת בפרקטיקה של משפט ושלטון. אלימות כל כך טבועה בפעילות זו, כל כך מובנת מאליה, שאין צורך להזכירה. לדוגמה, קראו את החוקה. בשום מקום אין היא מצהירה, כעקרון כללי, על המובן מאליו – שלמשל שבזאת נוסד והוסמך, יש הכוח

הדגש הכפול על הפעולות של שופטים ועל האלימות של פעולות אלה, מוביל לעיון בשלושה מאפיינים של המימד הפרשני של התנהגות שיפוטית. פרשנות משפטית היא (1) פעילות מעשית (2) שנועדה לייצר איומים תקפים ומעשי אלימות ממשיים (3) באופן אפקטיבי. על מנת לחקור את הקשר הבל-יינתק בין פרשנות משפטית לאלימות, יש לבחון כל אחד משלושת היסודות הללו בתורו.

א. פרשנות משפטית כפעילות מעשית

פרשנות משפטית היא צורה של תבונה מעשית.²³ במיטבה, היא שואפת "לכפות משמעות על המוסד... ואז לעצבו מחדש לאורה של משמעות זו."²⁴ עם זאת, תהום

להפעיל אלימות על נתיניו. את זה, כטענה כללית, אין צורך לציין, כיוון שהדבר מובן מעצם הרעיון של שלטון. כמובן שהדבר גם משתמע ישירות מרבות מהסמכויות הספציפיות המוענקות לממשל הראשי או לכמה שלוחות או סוכנים מסוימים שלו. ראו למשל U.S. Const. art. I § 8, cl. 1 ("הכוח להטיל ולגבות מיסים... ולהעמיד לרשות ההגנה המשותפת"); שם, cl. 6 ("להעמיד לרשות ענישת זיוף"); שם, cl. 10 ("להגדיר ולהעניש מיני פיראטיות"); שם, cl. 11 ("להכריז מלחמה"); שם, cl. 15 ("להעמיד לרשות זימון המיליציה לשם הוצאה לפועל של חוקי האיחוד, לדיכוי התקוממויות ולהדיפת פלישות"); שם 2-3, art. IV, § 2, cls. 2-3 (להעמיד לרשות החזרתם הכפויה של נמלטים מהחוק ומשירות).

על תבונה מעשית, ראו ARISTOTLE, THE NICOMACHEAN ETHICS 1140a(24) to 1140b(30).²³

Dworkin, לעיל ה"ש 2, בעמ' 47. יצירתו של דבורקין, המהללת את מה שהוא מכנה "היושרה" של פרשנות עקבית וקוהרנטית, ניצבת בתוך מסורת ארוכה של עבודה המשכללת את התבונה היסודית של אריסטו בנוגע לטבעו של שיקול הדעת. אריסטו ייחד את התחום הנרחב של שיקול דעת נורמטיבי, שאליו שייכת הפרשנות המשפטית, לתבונה המעשית או *phronesis*, שאותה הבחין מידע ספקולטיבי. Aristotle, לעיל ה"ש 23, ב-1139b(14) to 1140b(30). על *phronesis*, ראו גם HANNAH ARENDT, WILLING 59-62 (1977). תבונה מעשית, לפי אריסטו, היא צורה של הבנה יישומית; אין היא מורכבת, כמו ידע, מאמיתות שקיימות כבר. היא גוררת שיקול דעת – פעילות שהיא חסרת מובן ביחס לאמת לוגית. שיקול דעת מביא את הרלוונטיות של תובנות מן העבר אל תובנות ההווה, באמצעות "גילוי" רפלקסיבי של מה שמשתמע מתובנות העבר. גם לידע טכני יש אופי שימושי, אבל תבונה מעשית, המצויה בספירה הנורמטיבית, אינה יכולה להימדד באמצעות סטנדרט חיצוני כמו שימושיות, כיוון שהיא נבנית מיישומה של ההבנה על עיצוב העצמי.

הנס גאורג גאדאמר רומם אפיונים אלה של התבונה המעשית אל פסגת מה שכינה "מדעי האדם", HANS GEORG GADAMER, TRUTH AND METHOD 5-10 and *passim* (G. Barden & J. Cumming eds. 2d ed. 1975). גאדאמר מצא פעולות הבנה קונסטרוקטיביות, בינאישיות אלה – הרמנויטיקה או פרשנויות – מודגמות באופן ברור ביותר במה שהוא כינה "דוגמות משפטיות". הפרוייקט של גאדאמר עשוי להיות מובן במידה מסוימת כניסיון לתפוס כל הבנה אנושית במונחי ה-*phronesis*; כלומר, לקחת את הקטגוריה של חשיבה שימושית המגדירה את מצבנו כשחקנים מוסריים,

תמידית פעורה בין מחשבה ובין פעולה. להבין מה צריך להיעשות הוא עניין אחד, ולעשות אותו הוא עניין אחר לגמרי. עשייה מחייבת פעולה של רצון, ועשויה לדרוש אומץ והתמדה. כשמדובר בפעולות של אינדיבידואל, אנו נוהגים לחשוב שאיכויות כאלה הן פונקציות של מוטיבציה, אופי, או פסיכולוגיה.

אלא שפרשנות משפטית היא פעילות מעשית במובן שונה לגמרי. המילה השיפוטית היא הרשאה למעשיהם של אחרים. לולא היה זה כך, מטרותיו המעשיות

ולהכליל מצב זה כך שיכיל את כל תחומי החיים. "הבנה היא, לפיכך, מקרה פרטי של יישום דבר-מה אוניברסלי על סיטואציה פרטית." שם, בעמ' 278.

עבור גאדאמר, אריסטו הוא המקור – האחד הממקם פעולה ושאיפה במרכז הפילוסופיה של המוסר. "תיאורו של אריסטו את התופעה המוסרית ובמיוחד את הסגולה של ידע מוסרי... הוא למעשה מעין מודל של בעיות ההרמנויטיקה... יישום אינו תוצאה ואף אינו חלק מקרי בלבד של תופעת ההבנה, אלא משתתף, מלכתחילה, בהגדרתה כמכלול." שם, בעמ' 289. גאדאמר ממשיך מאריסטו באמצעות שילוב התובנה היסודית של היידגר לפיה אנו תמיד ממוקמים בעולם, בונים את העולמות העתידיים שבהם יהיה עלינו לשכון. אנו עושים זאת באמצעות פרשנות, שהיא בו זמנית גילוי של מה שאנו יודעים, והבנה חדשה של אותו "ידוע" המאפשרת לנו לגלות עוד על מה שאנו יודעים. בהסתמכו על היידגר, גאדאמר מניח את אחדות ההרמנויטיקה כולה, הפעילות הפרשנית כולה. כיוון שכל הבנה היא בנייה, הן של העצמי והן של העולם, היא במידה מסוימת מעשית וחברתית, ולפיכך לעולם אינה מנותקת מן המוסר.

הפרקטיקה של פרשנות משפטית של שופט אינה שונה מכל פעילות הרמנויטית אחרת. היא מדגימה את ההשפעות הבונות, באופן הדדי ורפלקסיבי, של טקסט, של הבנה קודמת של טקסט (מסורת), של יישום בהווה ושל הבנה כפי שיושמה, ושל מחויבויות עתידיות. ודוגמות משפטיות הן עבור גאדאמר "המודל לאחדות העניין ההיסטורי והדוגמתי ולכן גם לאחדות ההרמנויטיקה כולה." JOEL WEINSHEIMER, GADAMER'S HERMENEUTICA, A READING OF *Truth and Method* 194 (1985).

העובדה שגאדאמר ממקם את הדוגמות המשפטיות במרכז המפעל הכללי של הבנת מדעי האדם מייצגת הזמנה – או שמא פיתוי – לאלה מחברי האקדמיה המשפטית התופסים את המשפט כבנייה של מערכת משמעות נורמטיבית. אם אפשר להתחיל להבין את עולם מדעי הרוח כולו, כלומר את הצורות הרבות של פעילות פרשנית, במונחי המשפט, אזי מיקום רכיב משותף זה של פרשנות בלב המשפט עצמו עשוי להיות אפשרי. אכן, נראה שזהו האפקט של החלחול האיטי של רעיונות בנוגע לפרשנות לאקדמיה המשפטית באמריקה.

רונלד דבורקין מיוזג רעיונות פרשניים אלה בעבודתו החדשה, *Law's Empire*, ראו Dworkin, לעיל ה"ש 2. אימפריית החוק היא הרחבה חשובה של הצורה הרפלקסיבית, העיונית, של תבונה מעשית ששורשיה ב-*phronesis* של אריסטו. היא נשענת בנוסף על ביקורת הפוזיטיביזם המשפטי המוקדמת יותר של דבורקין עצמו, כדי להפוך את ה"פרשנות" לפעילות המרכזית של הפעולה השיפוטית, תוך כדי הותרת הפעולה השיפוטית מרכזית למשפט. אני מסכים לגמרי שהצורה השלטת של מחשבה משפטית צריכה להיות פרשנית במובן הרחב של המושג. עם זאת, הופעתה של הפרשנות כמוטיב מרכזי אינה משקפת, בפני עצמה, את האופן בו פעולותיהם הפרשניות של שופטים הן בו זמנית מבעים ביצועיים (performative) בתוך מסגרת מוסדית של התנהגות אלימה.

של התהליך הדיוני היו ניתנות להשגה, אם בכלל, רק באמצעים עקיפים ומסוכנים יותר. הקשרו של מבע שיפוטי הוא התנהגות מוסדית שבה אפשר לצפות ממי שמאיישים תפקידים מוגדרים מראש, לפעול, להוציא לפועל, או במקרים אחרים להגיב באופן מסוים לפרשנות השופט. כך, ההקשר המוסדי קושר את הפעולה הלשונית של הבנה מעשית אל פעולותיהם הפיזיות של אחרים בדרך שגם אם אינה הכרחית מבחינה לוגית, היא ניתנת לחיזוי.²⁵ פרשנויות אלה, אם כך, אינן רק "פרקטיות"; הן, עצמן, פרקטיות.

פורמלית, הן ברמה הנורמטיבית והן ברמה התיאורית, ישנם או עשויים להיות כללים ועקרונות המתארים את הקשר בין הפעולות הפרשנויות של שופטים למעשים שאפשר לצפות שינבעו מהן. כללים ועקרונות אלה הם מה שה.ל.א. הארט כינה "כללים משניים" (secondary rules).²⁶ לפחות כמה כללים ועקרונות משניים מצביעים על תנאי שיתוף הפעולה בין מומחי-פרשנות לשחקנים אחרים בארגון חברתי כלשהו. חומרים נורמטיביים (prescriptive) משניים מתיימרים לקבוע את הנורמות בנוגע לאופיים הרצוי של יחסים אלה; כללים ועקרונות משניים תיאוריים (descriptive) ייצרו ניבוי מדויק של תנאי שיתוף הפעולה בפועל. כמובן, בכל מערכת נתונה, אין הכרח שתתקיים מידה כלשהי של התאמה בין שתי מערכות הכללים הללו.

כללים ועקרונות משניים מספקים את התבנית הנדרשת להפיכת שפה לפעולה, מילה למעשה. ככאלה הם תופסים מקום מכריע בניתוח של פרשנות משפטית המוצע כאן. הפילוסוף של המשפט עשוי לנופף לפנינו במודל של שופט היפותטי המסוגל להשיג הבנה הרקוליאנית של מכלול הטקסטים המשפטיים והחברתיים הרלוונטיים למקרה מסוים, ומהבנה זו לגזור את ההחלטה המשפטית הנכונה היחידה.²⁷ אבל פעולת פרשנות מנטלית זו אינה יכולה להעניק לעצמה תוקף. הפרקטיקה של פרשנות דורשת הבנה של מה יעשו אחרים עם מבע משפטי כזה, ובמקרים רבים היא דורשת

²⁵ אפשר לומר שמוסדות יוצרים את ההקשר הדרוש להפיכת הקונטינגנטי להכרחי. ראו

Arendt, לעיל ה"ש 24, בעמ' 14. ראו גם JOHN SEARLE, SPEECH ACTS (1969).

²⁶ H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 77-106 (1961). דבורקין ערער במיומנות על

תפקידם המרכזי לכאורה של כללים משניים בתיאוריה של המשפט. RONALD

DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977). ביקורתו של דבורקין מאלפת ביותר

בחירתה תחת הרעיון לפיו כללי זיהוי מסוגלים להסביר כראוי אי אלו עקרונות בעלי

אפקט של חוק. ראו גם Cover, לעיל ה"ש 2. עם זאת, מספר כללי זיהוי משניים אינם

מעוצבים לשם זיהוי תוכנם של כללים או עקרונות, אלא לשם זיהוי תוצאות שיש

להשיגן. כלומר, מספר כללים משניים מארגנים שיתוף פעולה חברתי במעשים

האלימים של המשפט. על פי רוב, הכללים המשניים שמארגנים את אלימות המשפט

ברורים והיררכיים יותר מאלה המארגנים את התוכן הרעיוני של המשפט. לסקירה

מצוינת של חשיבות עמדתו של דבורקין ליכולת הקיום של הפוזיטיביזם המשפטי

כשיטה, ראו Jules L. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, 11 J. LEG. STUD. 139

(1982).

²⁷ Dworkin, לעיל ה"ש 26 בעמ' 105-130; וכן ראו בהמשך בה"ש 61.

את התאמת הפרשנות להבנה זו, ואין זה משנה עד כמה התגובה המוסדית הצפויה עשויה להיראות מוטעית בעיני הפרשן. אם ייכשל בכך, יקריב הפרשן את הקשר בין ההבנה של מה שצריך להיעשות לבין המעשה עצמו. אלא שגישור על התהום הפעורה בין מחשבה לפעולה במערכת המשפטית אף פעם אינו רק עניין של רצון. הפער בין הבנה לפעולה מקביל במידת מה להבדלים שבין תפקידים מוסדיים לבין חלוקת העבודה והאחריות שאותם מייצגים תפקידים אלה. כך, מה שביחס לאינדיבידואל עשוי להיות מתואר כבעיה של רצון, הופך, בהקשר מוסדי, בראש ובראשונה לבעיה בארגון חברתי. במקום אחר כיניתי את ההבנה המיוחדת של יחס זה, בין הפרשנות של השופט לבין הארגון החברתי הנדרש לשם הפיכתה למציאות, ההרמנויטיקה של הטקסטים של השפיטה.²⁸ הבנה מיוחדת זו חייבת לשכון בלב השפיטה הרשמית.

ב. פרשנות במערכת שנועדה לייצר אלימות

הפער בין מחשבה ופעולה מתרחב כאשר מדובר באלימות חמורה, כיוון שאצל רובנו שיקולים אבולוציוניים, פסיכולוגיים, תרבותיים ומוסריים מעכבים הסבה של כאב לאנשים אחרים. כמובן שאילוצים אלה אינם מוחלטים או אוניברסליים. יש בנמצא אי אלו אינדיבידואלים חריגים שהתנהגותם אינה מתיישבת עם עכבות אלה.²⁹ יתר על כן, כמעט כל בני האדם מוקסמים ונמשכים לאלימות אף על פי שבו-זמנית היא דוחה אותם.³⁰ לבסוף, וחשוב ביותר לענייננו, בנסיבות מסוימות, כמעט אצל כל בני האדם איתותים חברתיים עשויים לבטל או לדכא את הסלידה מאלימות.³¹

²⁸ Cover, לעיל ה"ש 2, בעמ' 53-60.

²⁹ ישנם אנשים שהתנהגותם אלימה כלפי אחרים, וכנראה גם פזיזה, בהתעלמותה מתיאור אלימות ביחס לעצמם. יתר על כן, התנהגות זו מלווה לעתים קרובות בהיעדר תמוה של התרגשות (affect). סיווגם של אנשים כאלה כסובלים ממחלה נפשית הוא עניין שנוי מאד במחלוקת. אף על פי כן, בעת הנוכחית ישנן מגוון תוויות שאפשר ליישמן בהתאם לקביעותיהן של רשויות כאלה או אחרות. ראו, למשל AM. PSYCHIATRIC ASSOC., DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS 317-21 (3d ed. 1980) (המאבחן אנשים הדומים לאלה שתוארו לעיל כסובלים מ"הפרעת אישיות אנטי-חברתית"). למספר סיווגים מוקדמים יותר, ראו WILLIAM MAXWELL MCCORD & JOAN MCCORD, THE PSYCHOPATH 39-55 (1964).

³⁰ ראו, למשל, CLELLAN S. FORD & FRANK A. BEACH, PATTERNS OF SEXUAL BEHAVIOR (1951) 64-65 (תגובות תרבותיות משתנות לקישור בין כאב ומיניות). השאלה אם קיימת משיכה סאדו-מזוכיסטית עמוקה יותר לכאב או לאלימות הכרוכה בצורות רציניות יותר של השתת כאב או של סבל מכאב, ושהיא אוניברסלית באופן דומה, שנויה במחלוקת. המשיכה לאלימות יכולה להיות מוסכרת גם במונחים של דחף ל"תוקפנות". ראו באופן כללי K. KONRAD LORENZ, ON AGGRESSION (M. Wilson trans. 1966).

³¹ ראו, למשל, STANLEY MILGRAM, OBEDIENCE TO AUTHORITY (1974). ניסוייו של מילגרם נדונים וממוקמים בהקשר של גוף רחב בהרבה של עבודה ניסויית וחומר אנקדוטלי על קבלת החלטות אצל IRVING L. JANIS & LEON MANN, DECISION

מגבלות אלה אינן מכחישות את כוחן של העכבות נגד האלימות. אכן, אלה גם אלה יוצרות יחד את התנאים שבהיעדרם יהיה המשפט בלתי נחוץ או בלתי אפשרי. אילו העכבה נגד האלימות הייתה מושלמת, המשפט היה בלתי נחוץ; אילו היה בלתי אפשרי לנצחה באמצעות אותות חברתיים, המשפט היה בלתי אפשרי.

כיוון שפרשנות משפטית כפרקטיקה אינה שלמה ללא אלימות – כיוון שמימושה היעיל תלוי בפרקטיקה החברתית של האלימות – היא חייבת להיות קשורה באופן הדוק לאיתותים העוקפים או מדכאים את אותם מנגנונים פסיכו-חברתיים שבדרך כלל מונעים מבני האדם להסב כאב או מוות. פרשנויות שמביאות לאלימות נבדלות מהפעולות האלימות הנגרמות בעטיין. כאשר שופטים מפרשים את החוק בהקשר רשמי, אנו מצפים להיחשפותם או לביסוסם של יחסי קירבה בין מילותיהם לבין המעשים שהן מורות לבצע. כלומר, אנו מצפים ממילותיהם של השופטים לשמש מעורר וירטואלי לפעולה. לא היינו מצפים, לדוגמה, שהרהוריהם או שיקול דעתם של סוהרים ומפקדי כלא יפריעו לפעולה שמילים משפטיות העניקו לה את סמכותה. אך הפיכה כזו של התנהגות אלימה לשגרה דורשת צורת ארגון הפועלת, בו-זמנית, במרחב הפעולה ובמרחב הפרשנות. על מנת להבין את האלימות של פעולת הפרשנות של שופט, עלינו להבין גם את האופן שבו היא הופכת למעשה אלים למרות ההתנגדות הכללית למעשים כאלה; על מנת להבין את משמעותו של מעשה אלים זה, עלינו להבין גם באיזה אופן פעולת הפרשנות של השופט מאשרת אותו ומעניקה לו לגיטימציה.

בעוד שכמעט בלתי אפשרי לספק סקירה מקיפה של הדרכים האפשריות שבהן ארגון המערכת המשפטית פועל כדי לאפשר התגברות על עכבות נגד אלימות תוך-מינית (intraspecific), ברצוני להצביע על כמה מהקודים החברתיים המגבילים עכבות אלה. כאן הספרות של פסיכולוגיה חברתית תהיה לעזר. המחקר והתיאוריה המוכרים ביותר על קודים חברתיים ותפקידם בהתגברות על העכבות הרווחות נגד הסבת כאב באמצעות אלימות הוא *ציות לסמכות* של מילגרם (Milgram).³² בניסוייו של מילגרם, נבדקים הכו במה שלסברתם היה מכות חשמל מכאיבות, את מי שלמיטב ידיעתם היו מושאי המחקר. הדבר נעשה תחת הדרכתם או הוראותיהם של מפעילי הניסוי המדומה. הנבדקים האמיתיים בניסוי – אלה שגרמו את השוקים החשמליים – גילו רמה גבוהה באופן מטרד של ציות לדמויות סמכות, למרות הכאב הגלוי שהפגינו נבדקי המחקר המדומים. מתוצאות ניסוייו, מילגרם גזר תיאוריה שבכמה מובנים אינה שלמה. החלק המפותח ביותר של התיאוריה מסתמך במידה רבה על ההבחנה שמילגרם משרטט בין פעולה במצב "אוטונומי" לבין פעולה במצב של "שליחות". מילגרם מניח שהנטייה האנושית לפעול באופן "שליחותי" בתוך היררכיות היא אבולוציונית, כיוון שמסורתית סיכויי ההישרדות של חברים

MAKING: A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS OF CONFLICTS, CHOICE, AND COMMITMENT
268-71 (1977)

Milgram, לעיל ה"ש 31. ³²

בהיררכיות מאורגנות היו גבוהים מאלה של חברים בקבוצות חברתיות מאורגנות פחות. במקביל, ה"מצפון" או ה"סופר-אגו" התפתח בתגובה לצורך בהתנהגות או שיפוט אוטונומיים, בהינתן האבולוציה של מבנים חברתיים. התנהגות אוטונומית זו היא המעכבת את הסבת הכאב לאחרים. אבל כאשר פרטים פעלו בתוך מבנה היררכי, היה על הנקטתם של התנהגות אוטונומית אינדיבידואלית להצליח להיות מודחקים או מוכפפים למאפייני ההתנהגות השליחותית.³³ בנוסף לתיאוריות שלו על מנגנונים אבולוציוניים ייחודיים-למינים (species-specific), מילגרם גם מצביע על הצורות של לימוד והסתגלות להתנהגות שליחותית בתוך מבנים היררכיים, הייחודיות-לפרט והייחודיות-לתרבות. כך, בהסבר של מילגרם ל"מצב השליחות", "מערכות מוסדיות של סמכות" משחקות תפקיד מרכזי בסיפוק האיתותים הנחוצים כדי להביא למעבר מהתנהגות אוטונומית להתנהגות השליחותית המאפשרת להיררכיות לפעול באופן קיברנטי.³⁴ לפי מילגרם, האיתותים להתגברות על התנהגות אוטונומית או "מצפונית" כוללים פקודות, ציוויים או אותות של סמכויות בעלות לגיטימיות מוסדית, האופייניות לארגון היררכי אנושי.³⁵

ישנן, כמובן, מגוון דרכים חלופיות להמשגת אֶפְשׁוֹר האלימות באמצעות תפקידים מוסדיים. אפשר להצביע, לדוגמה, על התיאוריה לפיה לבני אנוש יש נטייה טבעית, דחף יצרי, לתוקפנות, ושמגוון של התנהגויות נרכשות שומרות על התוקפנות מתוחמת. בדרך זו, אפשר לראות את ההזדמנויות המוגדרות-מוסדית לאלימות, כשסתום לחץ לתוקפנות שהיינו מבקשים לממש לולא המעצורים. מספר מלומדים שיערו, מפרספקטיבה פסיכואנליטית, שמסגרות פורמליות לביצוע אלימות מאפשרות

³³ שם, בעמ' 135-138. מילגרם אפילו מעלה אפשרות לקיומם של וְקָטִים נוירו-כימיים לכפיות זו.

³⁴ שם, בעמ' 123-164.

הערת המתרגמת: אמנם מאמרו של קאבר פורסם בשנת 1986, כלומר כשנתיים לאחר שהשימוש במושג "קיברנטי" קיבל את משמעותו העכשווית הרווחת המצביעה על הספירה הממוחשבת ומאוחר יותר, המקוונת, מעת יציאתו לאור של הרומן "Neuromancer" של ויליאם גיבסון ב-1984. למרות זאת אני סבורה שקאבר לא התכוון להרים את תרומתו לתרבות הסייברפאנק המתפתחת, והשימוש שלו במושג "קיברנטיקה" מכוון, קרוב לוודאי, לחקר מערכות בקרה ותקשורת בין אורגניזמים, ארגונים ומכונות, בביולוגיה ובמתמטיקה שימושית. המושג בשימושו זה נטבע על ידי המתמטיקאי נורתברט וינר בספרו "קיברנטיקה" משנת 1948.

³⁵ שם, בעמ' 125-130, 143-148. מילגרם גם מכפיף את התיאוריה שלו, במידה רבה של צדק, לשאלה אם ההתנהגות שעוררו ניסוייו עשויה להיות מוסברת טוב יותר באמצעות הנחת קיומו של דחף או נטייה כלליים לתוקפנות, המוכנים בתוך בן אנוש והמודחקים ברגיל על ידי גורמים חברתיים. ניתן אפוא להבין את הניסויים כהזדמנויות שנוצרו על ידי הסרת האילוצים החברתיים נגד אלימות, ואפשרו את הופעת התוקפנות הקיימת מכבר. שם, בעמ' 165-168. לא ברור אם שתי התיאוריות הללו סותרות.

לפרטים רבים להימנע מסיפוק משאלות תוקפניות באמצעות "האצלת" הפעילות האלימה לאחרים.³⁶

יש הבדל עצום בין התיאוריות של אלימות מוסדית של מילגרם, אנה פרויד או קונרד לורנץ, ובין ההנחות השונות בנוגע לטבע האנושי שעליהן תיאוריות אלה מתבססות. אולם המשותף לכל התיאוריות הללו הוא הבחנה התנהגותית הדורשת הסבר. בני אדם הפועלים בתוך ארגונים חברתיים שמפעילים סמכות, פועלים באלימות בלי לחוות את העכבות הרגילות או את מידת העכבה הרגילה המווסתת את התנהגותם של מי שפועלים באופן אוטונומי. כאשר שופטים מפרשים, הם מעוררים התנהגות שליחותית בתוך ארגון חברתי או מוסד כזה בדיוק. במישור אחד שופטים עשויים להיראות כמי שמגישים לקהל היעד שלהם את האופן שבו הם מבינים את העולם הנורמטיבי, ואולי הם גם עושים כך בפועל. אבל במישור נוסף הם מפעילים מנגנון אלים שבאמצעותו חלק ניכר מהקהל שלהם מאבד את יכולתו לחשוב ולפעול באופן אוטונומי.

ג. פרשנות והארגון היעיל של האלימות

גורם שלישי מפריד את מתן הסמכות לאלימות כפעילות פרשנית, שקולה, מן המעשה. נדיר שקורבן יסבול ממעשי אלימות במנותק מתפאורה של שליטה.³⁷

³⁶ אנה פרויד, בעקבות טון, מכנה את התופעה "האצלה". "הפרט שולל מעצמו את הגשמת המשאלות התוקפניות אבל מעניק רשות לכך לנציגות גבוהה יותר כלשהי, כמו המדינה, המשטרה, הצבא או רשויות משפטיות." Anna Freud, *Comments on "Aggression"*, in *PSYCHOANALYTIC PSYCHOLOGY OF NORMAL DEVELOPMENT* 161 (1981) (Vol. VIII of *THE WRITINGS OF ANNA FREUD*) על הפניה זו.

³⁷ עמיתי הרלון דלטון (Dalton) מדווח על דעה רווחת בקרב מספר אנשים שהתמחו אצל שופטים בבית המשפט לערעורים של המחוז השני, ולפיה נראה שכאשר השופטים מאמינים שהנאשם נמצא באולם, הם מסתייגים מאישור הרשעות בשבתם מאחורי הדוכן. דלטון מציע שתי סיבות לנטייה להימנע מהחלטה במקרים כאלה. ראשית, השופטים חפצים להעניק מראית עין של שיקול דעת, על מנת למזער, במידת האפשר, את חוסר שביעות רצונו של המפסיד בנוגע לתוצאה; שנית, וחשוב יותר, השופטים חפצים להימנע מנאשם ממורמר (שהעכבות שלו נגד ביצוע אלימות אינן כפי שהן אמורות להיות) המחליט "לגשת לדוכן", כביכול. דלטון מקשר לכך את הסצנה לה היה עד, כאשר התמחה אצל שופט מחוזי חדש-למדי-דאו שעשה את הטעות שבהכרזת גזר דין בחדר ההלבשה הקטן שמאחורי אולם המשפט. (האולם היה לא פנוי זמנית, מסיבה זו או אחרת). בקשת הנאשם שמשפחתו תהיה נוכחת בעת מתן גזר הדין התקבלה כמובן. כתוצאה מכך, השופט נאלץ להתמודד עם אישה מתייפחת, ילדים מדוכדכים, עורך דין שקיבל פתאום במה אינטימית לביטויי רגשות, ונאשם שהצליח לשאת את נאום ההקלה בעונש שלו בגובה העיניים של השופט ממרחק של, לכל היותר, שלושה מטרים. לפיכך, לא הייתה לשופט כל אפשרות להסתתר או לבודד את עצמו מהאלימות שתזרום מהמילים שאותן הוא עמד לבטא, והוא היה מעורער בעליל בעת הקראת גזר

תפאורה זו עשויה להיות כופה ואלימה בעליל, או שהיא עשויה להיות התוצר של היסטוריה של אלימות המתנה את ציפיות השחקנים. האפקטיביות של השתת האלימות תלויה בעמידה בתנאים המקדימים החברתיים. מעטים מאיתנו אמיצים או נמהרים מספיק כדי לפעול באלימות מתוך עיקרון נטול פשרות, בלי להתחשב בתגובותיהם האפשריות של אלה שעליהם נכפה את רצונותינו.³⁸ לפיכך, אם פרשנות משפטית גוררת פעולה בשדה של כאב ומוות, עלינו לצפות למצוא בפעולת הפרשנות תשומת לב לתנאיה של שליטה אפקטיבית (effective domination). כאשר שליטה אפקטיבית אינה מתקיימת, אזי או שהבנתנו את החוק תותאם כך שהוא ידרוש רק מה שסביר לצפות מאנשים במצבים כמו התנגדות, פעולת תגמול או נקמה,³⁹ או שיתרחש משבר אמינות. עם הזמן, המשפט עלול להעיד על קשר מעורפל בלבד למעשים המיושמים באופן ממוסד מתוקף אישורו. יש מערכות, בעיקר דתיות, שעשויות להנציח פיצול קוטבי בין חוק אידיאלי לבין חוק בר מימוש, ואפילו לצאת נשכרות מכך.⁴⁰ אולם אם פיצול כזה יובנה לתוך המשפט, יהיו לכך

הדין. למרות זאת, גם הוא וגם דלטון לא היו מוכנים למה שקרה בהמשך. הנאשם החל לצעוק על השופט, ולהתחנן בפניו לשנות את דעתו, לסירוגין; אשתו החלה להתייפח בקול רם; הנאשם כשל קדימה ללא מטרה נראית לעין מלבד, פשוטו כמשמעו, להגיע אל השופט שעשה לו את הדבר הנורא הזה. מכיוון שהשיבה בחדר ההלבשה לא תוכננה מתוך מחשבה על ביטחון, לקח לשומר רגע או שניים – רגע או שניים ארוכים – לרסן את הנאשם. לאחר מכן, מכיוון שהיציאה היחידה מהחדר נמצאה מאחורי מקום מושבם של הנאשם ומשפחתו, השופט נאלץ להמתין עד שהם, לפי סדר זה, אולצו ונדחקו לעזוב לפני שיכל לצאת בעצמו, ובכך להיות עד ממקור ראשון לתרגום מילותיו למעשים. אני מכיר טובה להרלון דלטון על תיאורים אלה.

הפנטזיה לנהוג כך היא המסבירה את כוח המשיכה של גיבורים אלימים כה רבים. במקום שבו מערכות הרתעה וצדק תלויות בפועל, או היו תלויות, במעשי אלימות עם סיכון גבוה, הפיתוי להימנע מעקרונות נעלים מדי היה עצום. בחברות מסוכסכות רבות נראה שהבעיה החברתית העיקרית לא הייתה כיצד להפסיק סכסוכים, אלא כיצד לגרום לפרוטגוניסטים סרבנים לפעול באופן כזה שיגן על חברים פגיעים, או ינקום את מותם. William Ian Miller, *Choosing the Avenger: Some Aspects of the Bloodfeud in Medieval Iceland and England*, 1 LAW AND HIST. REV. 159, 160-62, 175 (1983)

ראו את הקורפוס של עבודתו של מילר על סכסוכי הדמים האיסלנדיים. שם, בעמ' 194-175. ראו גם William Ian Miller, *Gift, Sale, Payment, Raid: Case Studies in the Negotiation and Classification of Exchange in Medieval Iceland*, 61 SPECULUM 18-50 (1986); השו': EDWARD L. AYERS, VENGEANCE AND JUSTICE: CRIME AND PUNISHMENT IN THE 19TH CENTURY AMERICAN SOUTH 18 (1984) ("כבוד וחוקיות ... אינם עולים בקנה אחד...").

לדוגמה, תיאור המחלוקת בתוך התיאוריה המשפטית השיעית בנוגע לשאלה אם היה מותר להקים ממשלה שיעית-במוצהר בטרם התגלות שנים עשר האימאמים, משקפת פיצול קוטבי זה בקונטקסט דתי. ראו ROY MOTTAEDEH, *THE MANTLE OF THE PROPHET: RELIGION AND POLITICS IN IRAN 172-73* (1985). לפי האמונה השיעית, רק התגלותו של אותו "אימאם של הדור" עשויה להביא לאפשרות של קהילה פוליטית מוסלמית מושלמת. שם, בעמ' 92-93.

השלכות עצומות. במערכת המשפט החילונית שלנו, חייבים להניח שזו התפתחות לא רצויה.

ד. פרשנות משפטית כפרשנות כבולה

לפיכך, פרשנות משפטית לעולם אינה יכולה להיות "חופשייה"; היא לעולם לא תוכל להיות רק הפונקציה של הבנת הטקסט או המילה. היא גם אינה יכולה להיות פונקציה פשוטה של מה שהפרשן תופס כקריאה של "הטקסט החברתי" בלבד, כקריאה של כל הנתונים החברתיים הרלוונטיים. פרשנות משפטית חייבת להיות מסוגלת להפוך את עצמה לפעולה; היא חייבת להיות מסוגלת להתגבר על עכבות נגד אלימות כדי לייצר את המעשים הדרושים לה; היא חייבת להיות מסוגלת לרכז מידה מספקת של אלימות על מנת למנוע פעולות תגמול ונקמה.

על מנת לשמר את הקשרים הללו, הקריטיים להתנהגות אלימה אפקטיבית, הפרשנות המשפטית חייבת לחשוב באופן רפלקסיבי על הארגון החברתי שלה עצמה. בעצם הרהוריו אלה הפרשן מוותר על חלק מעצמאותו המחשבתית ומאוטונומיית השיפוט שלו, כיוון שהמשמעות המשפטית שאותה עשוי להרכיב הרקולס היפותטי (היפורקולס) כלשהו מתוך ים הטקסטים החברתיים והמשפטיים שלנו, היא רק רכיב אחד של הפרקטיקה המוסדית שאנו מכנים "משפט". משמעות משפטית קוהרנטית היא רכיב של פרשנות משפטית. אולם זהו רכיב המצוי במתח אפשרי מול הצורך לייצר פעולה יעילה בהקשר אלים. ואי אפשר לשמר פעולה יעילה או משמעות קוהרנטית, ביחד או לחוד, ללא מבנה שלם של שיתוף פעולה חברתי. לפיכך, פרשנות משפטית היא צורה של פרשנות כבולה, כבולה בעת ובעונה אחת ליישום מעשי (למעשים המשתמעים ממנה) ולאקולוגיה של תפקידים שיפוטניים (מצבי השליטה האפקטיבית). הכבלים הדדיים. כיוון שמעשי האלימות החברתית דורשים גם הם, כידוע, לקבל מובן – להיות מושא הן לפרשנות והן לצורות ההתנהגות המקצועיות והתחומות המהוות "תפקידים". וההתנהגות לה אנו מצפים מבעלי תפקידים במסגרת ביצוע תפקידם אינה יכולה להתקיים ללא הפרשנויות המסבירות את הדפוסים של פעולה תקיפה והיעדר-פעולה, שאחרת יהיו חסרי משמעות, והיא גם חסרת מובן ללא הבנת המעשים שאל הוצאתם לפועל מכוונת הפרשנויות.

פרשנות משפטית עשויה להיות פעולתם של שופטים או אזרחים, מחוקקים או נשיאים, סרבני גיוס או מפגינים נגד הפלות. כל סוג של פרשן מדבר מתוך מיקום מוסדי מובחן. לכל אחד יש נקודת מבט שונה על השלכותיה המוסריות והעובדתיות של כל הבנה נתונה של החוקה. מספר ההבנות כמספר התפקידים והמחויבויות המוסריות. אבל שיקולים של מילה, של מעשה ושל תפקיד יהיו נוכחים תמיד, במידה זו או אחרת. מערכות היחסים בין שלושת השיקולים הללו נוצרות על ידי ההקשר האלים, המעשי, של הפרקטיקה של פרשנות משפטית, ולפיכך מהוות את ההיבט המשמעותי ביותר של התהליך הפרשני המשפטי.

III. פרשנות ופעולה אפקטיבית: המקרה של גזירת דין פלילי

אפשר להעריך טוב יותר את אופייה הכבול של הפרשנות המשפטית באמצעות פירוק נוסף של פעולה שיפוטית שגרתית – השתת גזר דין בתיק פלילי – הפעם מנקודת מבטו של השופט. לפעולה כזו יש מעט מאותם סיבוכים בעייתיים של תפקיד ושל סעדים, שהעסיקו פרשנים של התפקיד השיפוטי כאשר מדובר במתן צווים בהתדיינות משפטית על רפורמה מוסדית,⁴¹ או במקרים מורכבים של "שאלות פוליטיות".⁴¹ בהשתת גזרי דין בתיקים פליליים, שופטים עושים משהו שהוא בבירור בתחומי אחריותם. איני מתכוון לרמוז שאין בנמצא חילוקי דעות בנוגע לאופן ביצוע הפעולה – שמא תוך הפעלת שיקול דעת רב או מועט, שמא תוך מתן משקל גדול יותר לקריטריונים אובייקטיביים וניתנים לכימות, או לכאלה שהם סובייקטיביים ואיכותיים (qualitative). אבל הפעולה הינה, וכך היא מזה זמן רב, פעולה שיפוטית, וכזו שאינה דורשת צורות זרות או חדשות של אינטראקציה עם אזרחים או נושאי תפקידים אחרים.

מה שנלקח כמובן מאליו בפעולה שיפוטית זו הוא מבנה שיתוף הפעולה המבטיח, יש לקוות, את השליטה האפקטיבית בקורבן הנוכחי או העתידי של אלימות המדינה – הנאשם המורשע. אכן, תפקיד השופט נעשה מסוכן בהיעדר התנאים לשליטה באסיר ובבני בריתו. במהלך ההיסטוריה ראינו את תוצאותיה של שליטה לא אפקטיבית, בכמה הזדמנויות במשפטים בארצנו ובמקרים רבים באומות אחרות.⁴² כך, השתת גזר הדין כרוכה בתפקידי המשטרה, הסוהרים, או אוכפי חוק אחרים שירסנו את האסיר (או שישחררו אותו בכפוף לתנאים אפקטיביים לריסון עתידי) עם

⁴⁰ הערת המתרגמת: בהליכי רפורמה מוסדית (Institutional Reform Litigation) עותר פונה לבית המשפט בטענה להפרת החוקה או חוקי זכויות האזרח האמריקניים (Civil Rights Statutes) במוסד כלשהו, ציבורי או פרטי. במסגרת הליכים אלו, אם בית המשפט השתכנע שהמוסד הנתקף אינו פועל לסיום ההפרה, הוא עשוי לפתוח בהליך של פיקוח הדוק על אותו מוסד עד לאיתורו של סעד אפקטיבי לטובת העותר, לעיתים בדרך של ניסוי וטעייה.

⁴¹ הטיעון שלי אינו אך ורק שבאיוזושהי תת-קבוצה של מקרים קיימים שיקולים נבונים שהופכים את כניעתו של השופט למשאלותיהם או למדיניות משוערת של שחקנים פוליטיים נוספים לחכמה, או לפוליטית, או לחיונית. ליתר דיוק, הנקודה שלי כאן היא שבכל פעולה – אפילו כזו הנחשבת כ"שייכת" לשופטים – קיים רכיב חיוני של כניעה למה שנדרש לצורך הפיכת מחשבה שיפוטית לפעולה אלימה.

⁴² שליטה לא אפקטיבית הביאה, לדוגמה, לאמצעי הזהירות הביטחוניים יוצאי הדופן שננקטים במשפטי המאפיה היותר חשובים באיטליה. היא משתקפת בכישלונות המשפט הוויימארי. ראו PETER GAY, WEIMAR CULTURE: THE OUTSIDER AS INSIDER (1968) 20-21. אל לנו להניח שהמערכת המשפטית שלנו חופשייה לחלוטין מבעיות כאלה. בעוד שכללית, בהינתן מספר האנשים שבהם הם פגעו, שפר מזלם של שופטים באופן ראוי לציון, ישנם אירועים מקריים של אלימות המכוונת כלפי שופטים. והבעיה של הגנת עדים היא בעיה תמידית וחמורה עבור מערכת הצדק הפלילי.

מתן צו השופט, ושומרים שימנעו מהאסיר להימלט ויגנו על השופט, התובעים, העדים והסוהרים מפני נקמה.

בדרך כלל, בהשתתפות גזר הדין לוקח השופט כמובן מאליו את מבנה התפקיד, שאותו אפשר להקביל ל"תמסורת" של מנוע הצדק. ההסמכה הפרשנית לביצוע גזר הדין ה"ראוי" של השופט יכולה להתממש כמעשה רק בשל אותם אחרים; הזיקה בין מילה ומעשה מתקיימת רק בשל קיומה של מערכת שיתוף פעולה חברתי. מערכת זו מבטיחה שלרשות השופט יעמדו כמויות אדירות של כוח – תנאי השליטה האפקטיבית – במידת הצורך. היא מבטיחה – או אמורה להבטיח – היצמדות נאמנה יחסית למילתו של השופט בביצוע המעשים נגד האסיר.

א. חשיפת מקדמי-תפקיד סמויים

אם המבנה המוסדי – מערכת התפקידים – מקנה להבנתו של השופט את השפעתה, ובכך מתמיר את ההבנה ל"חוק", אזי באותו אופן הוא מעניק משמעות למעשים המשפיעים על התקרה זו, ובכך נותן להם לגיטימציה כ"חוקיים". הטיפול בהיבטים הבעייתיים של האינטגרציה בין תפקיד, מעשה ומילה הוא משימה מרכזית של הפרשן המשפטי, לא רק במקום בו לאלימות (כלומר לאכיפה) חסרה משמעות, אלא גם במקום שבו למשמעות חסרה אלימות.

באומה כמו שלנו, שבה נדיר שלא יימצאו התנאים לשליטה מדינתית, קל מדי להניח שיימצאו סוכנים רשמיים נאמנים שיבצעו את גזרת השופטים, ושופטים הזמינים להפוך את פעולותיהם לחוקיות. אפשר להעריך כמה מכריע הוא מבנה זה, הנלקח-כמובן-מאליו, באמצעות בחינת מקרה שבו הוא חסר. החלטותיו של השופט הרברט סטרן (Stern) ב-*United States v. Tiede*⁴³ מפגינות מודעות צלולה באופן יוצא דופן לחשיבות הקשרים המוסדיים בין המילה השיפוטית והמעשים האלימים שהיא מסמיכה לבצע.

השופט סטרן היה (ועודנו) שופט מחוזי פדראלי בניו ג'רזי. ב-1979 הוא מונה מתוקף הפרק השני⁴⁴ לשופט בית המשפט האמריקני לענייני ברלין. אירוע ייחודי זה, כינוסו היחיד של בית המשפט לענייני ברלין, היה תגובה לסירובה של גרמניה המערבית להעמיד לדין שני חוטפי מטוס שאיימו באקדח צעצוע על צוותו של מטוס פולני שהיה בדרכו מגדנסק למזרח ברלין, ואילצו אותו לנחות במערב ברלין. מעמדה

⁴³ 86 F.R.D. 227 (U.S. Ct. for Berlin 1979). חוות הדעת שנמסרה כוללת רק שאלות פרוצדורליות מסוימות שעלו במהלך המשפט, בראש ובראשונה השאלה האם הנאשמים היו זכאים למשפט מושבעים. תיאור מקיף של המשפט ושל ההחלטות השונות שניתנו במהלכו ניתן למצוא אצל HERBERT JAY STERN, JUDGMENT IN BERLIN (1984).

⁴⁴ הערת המתרגמת: הפרק השני של חוקת ארצות הברית עוסק ברשות המבצעת. בין השאר מונה הפרק את סמכויות הנשיא למנות שופטים ופקידים פדראליים.

הרשמי של ברלין כעיר "כבושה" איפשר לגרמנים להעביר את האחריות להעמדתם לדין של החוטפים-פליטים אל האמריקנים.⁴⁴

סטרן כתב דיווח נוגע ללב של המשפט יוצא הדופן שהתנהל, הכולל את מאבקו הממושך בשלטונות ארצות הברית סביב השאלה הכללית, האם ינוהלו ההליכים בהתאם לחוקת ארצות הברית. לאחר משפט מושבעים, שהתביעה התנגדה לו, והרשעה באחד מסעיפי האישום, סטרן נדרש לבצע את הפעולה הפרשנית "הפשוטה" של השתת גזר הדין המתאים. כעניין של פירוש החומרים הרלוונטיים לעניין גזירת דין, זו אכן עשויה הייתה להיות פעולה "פשוטה" – כזו שבה יש ליישם באופן חד משמעי יחסית, חוק גרמני חד משמעי יחסית, מכוח החוק האמריקני השורר בבית משפט של כיבוש.⁴⁵

סטרן האיר באופן מבריק את הפגמים בשרשרת היסקים כזו. פעולת הפרשנות המשפטית שבגזירת דין מולידה מעשה – הביצוע הממשי של אלימות הענישה נגד הנאשם. אך שני אלה – מילה שיפוטית ומעשה ענישה – קשורים רק באמצעות שיתוף הפעולה החברתי של רבים אחרים, שבמסגרת תפקידם כעורכי דין, שוטרים, סוהרים, מנהלי כלא ושופטי ערכאות נמוכות מבצעים את המעשים שמילים שיפוטיות מסמיכות אותם לבצע. בדרך כלל, קיומו של שיתוף הפעולה בין בעלי תפקידים מונח כדבר המובן מאליו, אבל, כמובן, התנאים שברגיל מבטיחים את הצלחת שיתוף הפעולה הזה, עשויים להכשילו במגוון דרכים.

זהו דיווחו של השופט סטרן על גזירת דינו של הנאשם, הנס דטלף אלכסנדר טייד (Hans Detlef Alexander Tiede):

רבתי [אל עורכי הדין של מחלקת המדינה ומשרד המשפטים], לא אתן בידכם נאשם זה... החזקתי אותו עבורכם במעצר במשך תשעה חודשים, בקירוב... שכנעתם אותי. אני מאמין, כעת, שאינכם מכירים בשום מגבלות של הליך הוגן...

איני צריך להיות נביא גדול כדי להבין שככל הנראה לא צפוי עתיד מזהיר לבית המשפט של ארצות הברית לענייני ברלין. [סטרן בדיוק "הצטווה" רשמית שלא לפעול בתיק אזרחי נגד ארצות הברית שהוגש לבית המשפט של סטרן. המקרה היה ניסיון נואש אחרון בהליכים מורכבים, שבהם שלטונות ברלין המערבית רכשו אדמת פארק – לכאורה תוך הפרה של החוק הגרמני – לשם בניית מתחם דוור עבור מפקדת צבא

⁴⁴ Stem, לעיל ה"ש 43, בעמ' 61-63.

⁴⁵ כמה נושאים פרשניים משמעותיים נדונו בגזר הדין מלבד זה הנדון כאן: לדוגמה, האם הצעת עסקה לנאשם על ידי התביעה בתמורה ליותור על הדרישה למשפט-מושבעים, צריכה לפעול כך שתגביל כל גזר דין שיושת לכזה שאינו חמור יותר מזה שהוצע בעסקה, שם, בעמ' 344-345, והאם השופט היה מחויב ליישם את החוק הגרמני שהכיל עונש מינימום הכרחי של שלוש שנים על העבירה שבה הורשע טייד, שם, בעמ' 355-350.

ארצות הברית בברלין. פקידי הכיבוש האמריקנים סירבו להתיר לבתי המשפט הגרמנים לשפוט בתיק, כיוון שהדבר השפיע על האינטרסים של רשויות הכיבוש. השגריר האמריקני ולטר סטוסל (Stoessel) כתב לסטרן רשמית יום לפני מתן גזר הדין ש"המינוי שלך לשופט בית המשפט של ארצות הברית לענייני ברלין אינו חל על עניין זה."⁴⁶

....

בנסיבות אלה, מי יהיה כאן כדי להגן על טייד אם אמסור אותו לכם לארבע שנים? אתם, שבעיניכם החוקה אינה קיימת, המחשיבים את עצמכם כמי שדבר אינו עומד בדרכם, מי יעמוד ביניכם לבינו? איזה שופט? איזה שופט עצמאי יש לכם כאן? איזה שופט עצמאי תרשו כאן? כאשר שופט גוזר דין, הוא מפקיד את הנאשם במשמורת – בארצות הברית הוא אומר "אני מפקיד אותך במשמורת התובע הכללי של ממשלת ארצות הברית" – וכולי. כאן אני מניח שהוא אומר, אני מפקיד במשמורת המפקד הכללי, או מזכיר המדינה, או מה שלא יהיה... לא אעשה זאת. לא בנסיבות אלה ...

אני גוזר את דינו של נאשם זה לזמן שכבר ריצה. אתה.. אדם חופשי החל מרגע זה.⁴⁷

גזר הדין יוצא הדופן של הרברט סטרן אינו רק תחינה מרגשת ואפקטיבית לעצמאות שיפוטית, תחינה נגד ההתרפסות שממשלתו של סטרן ניסתה לכפות. הוא נתיחת האנטומיה של הענישה הפלילית במערכת חוקתית. ככזה, הוא חושף את התפקיד הפנימי של המילה השיפוטית בגזירת העונש. הוא חושף את נחיצותו של מבנה-תפקיד סמוי בהענקת מובן מוסרי למבע השיפוטי. והוא מצהיר על היעדר המובן המוסרי של מבע שיפוטי שגרת, כאשר המבנה כבר אינו בנמצא. כמעט כל מבע שיפוטי הופך למעשה באמצעות פעולותיהם של אחרים – פעולות שמוטמעות בתפקידים. על השופט לראות, כשם שראה סטרן, שמשמעות מילותיה עשויה להשתנות כאשר תפקידיהם של אחרים אלה משתנים. אנו נוטים להניח באופן גורף שאלימות חוקתית מבוצעת תמיד בתוך גבולות מאושרים-מוסדית, ושהיא כפופה לפעולותיהם תלויות-התפקיד והמוגבלות-מוסדית של אחרים. סטרן חשף את חוסר האמינות של הנחה זו בהקשר של ברלין ו"פירש מחדש" את גזר הדין שלו בהתאם.⁴⁸

46 שם, בעמ' 353.

47 שם, בעמ' 370.

48 השופט סטרן עמד בפני סיטואציה בלתי רגילה – היעדר מערכת בתי משפט עצמאית, והיעדר התכחות מפורשת מצד בעלי השליטה על האלימות הרשמית, לכך שכוחם מוגבל חוקתית. במובן מסוים, הסיטואציה הייתה של היעדר-חוק דה-יורה. אבל הנמקותיו של סטרן משתרעות גם מעבר למקרה דנן; הן עשויות לכלול, לדוגמה, את היעדר-החוק דה-פקטו השורר בחיים בין כותלי רבים מבתי הכלא האמריקניים. התדיינות משפטית על רפורמה מוסדית – המיושמת על בתי כלא, בתי ספר או בתי

ב. עונש המוות כפעולת אלימות פרשנית

השאלות האם עונש המוות מותר חוקתית, ואם הוא כזה – האם להשיתו, הן בין הבעיות הקשות ביותר שבהן נתקל שופט. בעוד שהדקדוק של גזר-דין מוות עשוי להיראות זהה לזה של כל גזר-דין פלילי אחר, גזר-דין המוות כפעולה פרשנית יחודי בלפחות שלושה אופנים. השופטת חייבת לפרש את הטקסטים המשפטיים, החוקתיים והאחרים, העוסקים בשאלה מהן הנסיבות ההולמות או המותרות להשתת עונש מוות. היא חייבת להבין את הטקסטים בהקשר של דרישה המצווה על הריגתו של אדם אחר. ועליה לפעול כדי להניע את פעולותיהם של האחרים, שבמהלך הרגיל של העניינים יסתיימו בכך שמישהו אחר יהרוג את הנאשם המורשע. השופטים שלנו לעולם אינם הורגים בעצמם את הנאשמים. הם אינם עדים להוצאה להורג. ועדיין, הם מודעים ביותר למעשה שמילותיהם מסמיכות לבצע.⁴⁹

הסיטואציה המבולבלת והרגשנית הרווחת כעת בארצות הברית ביחס לעונש המוות היא בכמה אופנים תוצר של מה שתיארתי כאופייה הכבול של הפרשנות המשפטית – המבנה המורכב של יחסים בין מילה ומעשה. עבור כל אדם הניחן בעכבות הרגילות נגד השתת כאב ומוות, המעשה של עונש מוות גורר מידה מיוחדת של הרתיעה ושאת הנפש שמכוננים את הפער שיש לגשר עליו, בין פרשנות לבין פעולה. כיוון שבעונש מוות הפעולה או המעשה הם קיצוניים וחסרי תקנה, מוטל לחץ על המילה – הפרשנות המבססת את ההצדקה המשפטית לפעולה זו.⁵⁰ בר זמנית, העובדה שעונש המוות מכונן את הביטוי הגלוי ביותר, השקול ביותר, עתיר המחשבה

חולים – גוררת שאלות מורכבות לגבי כוחם של הסעדים השיפוטיים. לעיתים קרובות מנוסחות שאלות אלה סביב בעיות של שיקול דעת בנוהלי הסעדים. כאשר שופטים פוסקים בשאלת מתן צו מניעה, הם בדרך כלל "מפרשים" את החוק לאור הקשיים המעורבים בביצוע פסקי הדין שלהם. אבל החלטתו של סטרן בשייך פוסעת בנתיב שונה. שופטת אפשר שתוכל ואפשר שלא תוכל לשנות את מעשי האלימות הרשמית, אך היא תמיד יכולה להימנע מהצדקת האלימות הזו. אפשר שתוכל ואפשר שלא תוכל להביא לקיומו של כל אטום, אבל היא יכולה לסרב לגזור על מישהו להיכלא במקום פגום מבחינה חוקתית. מספר שופטים הלכו בפועל בדרך זו. ראו לדוגמה Barnes v. Government of the Virgin Islands, 415 F. Supp. 1218 (D.V.I. 1976).

השוו בין המרחק הזהיר ששופטים שומרים מעונשי מוות כיום, לבין מפגן הראווה של עונש המוות אצל: Douglas Hay, *Property, Authority and the Criminal Law*, in ALBION'S FATAL TREE: CRIME AND SOCIETY IN EIGHTEENTH-CENTURY ENGLAND 28-29 (1975).

לחץ זה, למציאת הצדקה מוחלטת יותר לעונש המוות, עומד מאחורי התפתחות עמדת "ההליך-הסופר-הוגן" בנוגע למקרי עונש מוות. ראו, למשל: Margaret Jane Radin, *Cruel Punishment and Respect for Persons: Super Due Process for Death*, 53 S. CAL. L. REV. 1143 (1980) (המתארת את אמצעי הביטחון הפרוצדוראליים של התיקון השמיני בבית המשפט העליון). אין בנמצא הצהרה חזקה יותר בנוגע להשלכותיה האולטימטיביות של עמדה זו, מזו של CHARLES L. BLACK, JR., *CAPITAL PUNISHMENT: THE INEVITABILITY OF CAPRICE AND MISTAKE* (2d. ed. 1981).

ביותר של פרשנות משפטית כאלמות, הופכת את השתת גזר הדין למבחן עוצמתי במיוחד לאמונה ולמחויבות של הפרשנים.⁵¹ אפילו מראית העין של תרבותיות, כאשר היא קיימת, אינה יכולה לטשטש את אלימותו של עונש מוות. מקרים של עונש מוות, אם כך, מגלים הרבה יותר על מבנה הפרשנות השיפוטית מאשר מקרים אחרים. מה שמסייע לגילוי זה הוא אופיו הפולמוסי של החוק: הנאשם וסנגורו תרים אחר כל חלק של המבנה שעשוי לעבוד לטובתם, ומנצלים אותו. והם עושים כך במידה קיצונית כאשר מדובר בחיים ומוות.⁵²

כך, במקרה הטיפוסי של עונש מוות בארצות הברית, השופט מקבל תזכורת תמידית למה שההגנה מבקשת תמיד לנצל: המבנה של תפקידים שביניהם תלות הדדית, שאת היעדרו האפשרי חשף השופט סטרן בברלין בפרשת טייד. חישובו על כך. השחקנים הממלאים תפקידים אלה לא רק מבצעים את ההחלטה השיפוטית – הם ממתנים לה! כל אחד מהם יודע שהשופטים יתבקשו, שוב ושוב, לשקול באופן ממצה את כל הנתיבים הפרשניים שהסנגור עשוי לבחור בניסיון להימנע מביצוע גזר הדין. והם מצפים לכך שאף גזר דין מוות לא יבוצע בפועל ללא כמה עיכובים ניכרים, שבמהלכם יבחנו השופטים אי אלו הגנות שטרם מוצו לחלוטין בבית המשפט שלהם או בבתי משפט אחרים.⁵³ הפעולה הכמעט מסוגנת של הדרמה דורשת שהסוהרים יעמדו כשהם מוכנים, באופן גלוי לעין, לקבל מידע על הפעולה השיפוטית – גם אם פעולה זו תהיה רק ההחלטה לנקוט פעולה עתידית. השהיית ביצוע גזר הדין – אם כי היא לא כלום – בפירוש לא כלום – כפעולה של פירוש טקסטואלי, מכוננת עם זאת צורה חשובה של פרשנות חוקתית. כיוון שהיא מוכיחה שהאלימות של הסוהר ושל המוציא להורג מקושרות לפעולת ההבנה השקולה של השופט. השהיית ביצוע גזר הדין, קו הטלפון המיוחד הפתוח לאפשרות זו, מתירים, או ליתר דיוק דורשים, הסקת

⁵¹ הקפאתו בת העשור של עונש המוות עשויה להיראות, באופן מובן למדי, ככישלון של רצון מצד הרוב בבית המשפט שהחליט, בנקודה מסוימת בתקופה זו, הן שלא אמורה להיות מניעה חוקתית כללית להשתת עונשי מוות, והן שבית המשפט עדיין אינו ערוך לדאוג לכך שהמדינות תתחלנה בסדרת הוצאות להורג. כמובן, במהלך התקופה, עלו נושאים פרוצדורליים חדשים. אבל כנראה לא מופרך להניח שהייתה גם עדינות נפש מסוימת ביחס להתמודדות עם השלכותיה של עמדת הרוב בנושא החוקתי. ראו: Note, *Summary Processes and the Rule of Law: Expediting Death penalty Cases in the Federal Courts*, 95 YALE L.J. 349, 354 (1985) (העקלקלה והלא וודאית לעתים קרובות" של בתי המשפט במהלך תקופה זו).

⁵² ראו, למשל: *Sullivan v. Wainwright*, 464 U.S. 109, 112 (1983) (דעת יחיד של הנשיא ברגר, בסירוב להשהיית ביצוע גזר הדין) (נשיא בית המשפט העליון ברגר האשים את עורכי הדין במשפט עונש מוות בהפיכתו של "מנהל הצדק לתחרות ספורט").

⁵³ בית המשפט הנוכחי (או מרביתו) עוין ביותר ביחס לעיכובים שכאלה. *Barefoot v. Estelle*, 463 U.S. 880 (1983), *Zant v. Stephens*, 462 U.S. 862 (1983), *California v. Ramos*, 463 U.S. 992 (1983), and *Barclay v. Florida*, 463 U.S. 939 (1983) מסמנים את היפוכה של המגמה להתיר או לעודד שימוע מלא של כל הטענות או ההגנות המתקבלות על הדעת. אף על פי כן, למרות הלהיטות החדשה הזו להגיע כבר אל ההוצאה להורג, ברגע כלשהו לפני ההוצאה להורג ישנם בדרך כלל עיכובים ניכרים.

מסקנות כאשר השהיית ביצוע גזר הדין נכשלת. דבר זה גם הוא הקשר הגלוי לעיני בין מילה ומעשה.⁵⁴ סוהרים אלה, שומרים אלה, רופאים אלה, רוקדים לחלילו של השופט. אם נעשה המעשה, זהו מעשה חוקתי – כזה המשולב בתוך ההבנה הראויה של המילה ומוצדק על ידה. בקצרה, ההשהיה, הִדְרָמָה של אפשרות ההשהיה, היא שהופכת את ההוצאה להורג לאלימות חוקתית, היא שהופכת את המעשה לפעולה של פרשנות.

כיוון שכללות הכל, הוצאות להורג אני יכול למצוא כמעט בכל מקום. אם אנשים נעלמים, אם הם מתים בפתאומיות וללא טקסיות בכלא, במנותק למדי מהצדקה והסמכה מנוסחות כלשהן למותם, אזי בלבו של מעשה זה אין פרשנות חוקתית, וגם המעשה, המוות, אינו בלב החוקה. מבחינה זו, בעיית אי היכולת או אי הרצון להבטיח קישור חזק, כמעט מוחלט, בין מבע משפטי למעשה אליים מאפיינת מערכות משפטיות מסוימות בתקופות מסוימות.⁵⁵ היא אפיינה חלק גדול מהמערכת המשפטית האמריקנית מתחילת המאה ה-20 ושנים רבות לתוכה; מעשי לינץ', לדוגמה, נחשבים מזמן לסקנדל אמריקני במובהק.⁵⁶ סקנדל זה לבש צורות רבות. תכופות הוא גרר את ההוצאה המוחלטת של עונשם של עבריינים-לכאורה מידי בתי המשפט. אבל לפעמים הוא גרר ביצוע גזרי דין מוות בניגוד להליכי הערעור ולסעדים שלאחר-הרשעה (post-conviction remedies) שנקבעו. תוצאה כזו הייתה, לדוגמה, לפרשת "ליאו פרנק" הידועה לשמצה.⁵⁷

העובדה הפשוטה היא שמאז 1914 עברנו כברת דרך לא קטנה ביחס לציפיותינו שאנשים הנאשמים בעבירות הגוררות עונש מוות יזכו למשפט, שדינם ייגזר כיאות, ושהם יחיו עד למועד הנקוב של הוצאת גזר דינם לפועל. למעשה, למדנו לצפות לתיאום קרוב למושלם בין אלה שתפקידם להסב אלימות בכפוף להחלטותיהם

⁵⁴ ראו את חוות הדעת של השופטים השונים ב *Rosenberg v. United States*, 346 U.S. 273 (1953), המבטלים, במושב מיוחד, את השהיית ביצוע גזר הדין שקבע השופט דאגלס. לניתוח הדיונים, ראו Michael E. Parrish, *Cold War Justice: The Supreme Court and the Rosenbergs*, 82 AM. HIST. REV. 805-842 (1977).

⁵⁵ ראו, לדוגמה, RICHARD MAXWELL BROWN, STRAIN OF VIOLENCE, HISTORICAL STUDIES OF AMERICAN VIOLENCE AND VIGILANTISM 144-79 (1975) (הדן בגישות משפטיות לתופעת נטילת החוק לידיים בארצות הברית).

⁵⁶ ראו ROBERT L. ZANGRANNO, THE NAACP CRUSADE AGAINST LYNCHING, 1909-1950, at 9-11 (1980).

⁵⁷ ליאו פרנק היו יהודי מניו יורק שניהל מפעל עפרונות בג'ורג'יה. הוא הואשם בכך שאנס ורצח בת 14 שהועסקה במפעל. המשפט (וההרשעה) התקיימו באווירת אספסוף, שבה בית המשפט נדרש להזוהיר את הנאשם ואת סנגורו מפני נוכחותם באולם המשפט בעת מתן פסק הדין, שמא יותקפו באלימות. לאחר הרשעתו של פרנק הוא הורחק בכוח מקבוצת עבודה בכלא ובוצע בו לינץ'. המקרה הביא לייסוד הליגה נגד השמצה של בני ברית. בית המשפט העליון ב- *Frank v. Mangum*, 237 U.S. 309 (1915) סירב להעניק פיצוי עקיף, על אף התנגדותם החריפה של השופטים הולמס (Holmes) ויוזו (Hughes).

הפרשניות של השופטים. למדנו אפילו לצפות לשיתוף פעולה מתואם שנועד להבטיח שכל הפרשנויות השיפוטיות הסבירות לגבי הנושא יועלו.⁵⁸

צורת אלימות מתואמת-היטב שכזו היא הישג. ההבנות החברתיות הקפדניות המעוצבות לשם מימוש האלימות שהיא עונש מוות, או לצורך הימנעות מהפעולה הזו, אינן מקריות ואינן תוצרים אגביים של נסיבות. הפוך מכך, הן תוצריו של תכנון, הקשורות באופן הדוק לעקרונות ולכללים המשניים המספקים אמות מידה ברורות להכרת פעולות פרשניות כאלה ואחרות, בראש ובראשונה, כפעולות שיפוטיות. "המשמעות" שלהן היא תמיד משנית למוצאן. אף סוהר, שומר או מוציא להורג אינו מחכה לשיחת טלפון מהמלומד, החוקר או המבקר התורן של המשפט החוקתי, בטרם הוצאה להורג של אסירים, ולא משנה עד כמה משכנעות תהיינה הפרשנויות של אחרים אלה. ואכן, הם ממתנינים למילתם של שופטים רק במידה שמילה זו נושאת עימה את האות הרשמי של היותה מדוברת מתוקף התפקיד השיפוטי. שיתוף הפעולה החברתי הקריטי לצורה החוקתית של שיתוף פעולה באלימות מבוסס לפיכך גם על הכרה בתפקיד השיפוטי ועל הכרה במי שהמבע שלו מבצע תפקיד זה.

ישנן, כמובן, כמה סיטואציות שבהן התפקיד השיפוטי אינו מוגדר היטב אלא מאותגר. עם זאת, שיתוף פעולה באלימות החוקתית כפי שאנו מכירים אותה, דורש לכל הפחות שיהיה ברור מאוד מי מדבר כשופט ומתי. הארגון ההיררכי של הקולות השיפוטיים חייב אף הוא להיות ברור או כפוף להבהרה. ביססנו, אם כך, את הצורך בכללים ועקרונות המאתרים את הפרשנים בעלי הסמכות, ומתווים פעולה על בסיס מה שאלה אומרים. הכללים והעקרונות המאתרים קולות סמכותיים לשם פעולה, מצביעים על הפגם במודל של פרשנות שיפוטית שבמרכזו פעולתו של מוח יחיד עקבי וקהרנטי. מפני שכאן בארצות הברית אין מערכת של כללים ועקרונות משניים יסודיים יותר מאלה המבטלים את האפשרות שלשופטת יחידה כלשהי, ואפילו הבנתה את החוק הרקוליאנית ממש, תהיה אי פעם המילה האחרונה בנוגע למשמעות משפטית שיש לה השפעה על מקרים ממשיים. בארצות הברית – עם יוצאים מן הכלל זניחים בלבד – אף שופטת הדנה לבדה בנושא משפטי משמעותי אינה מחוסנת מבחינה נוספת של פסיקה בערעור. לחלופין, בכל עת ששופטת דנה בעניין משפטי משמעותי בערכאה העליונה והסופית, שופטת זו אינה דנה יחידה. מכלול של כללים משניים מגדיר סיטואציה זו. טווח הכללים הללו נע בין החוקים המעניקים בדרך כלל זכות לערעור אחד לפחות על הכרעות סופיות של ערכאות דיוניות, לחוקים מיוחדים הדורשים בחינת ערעור על גזרי דין מוות, ולערובה החוקתית שצו הביאס קורפוס לא

⁵⁸ איני רומז, כמובן, שאלימות לא-מורשית מצד המשטרה, הסוהרים וכו' אינה קיימת יותר. אבל העמדה הכאילו-ציבורית לפיה "הצדק" של האספסוף אמור לתפוס את מקום התהליך המוסדר של בתי המשפט, אינה רווחת עוד. ראו את מאמרו יוצא הדופן של צ'ארלס בונפארט, Charles Bonaparte, *Lynch Law and its Remedy*, 8 YALE L.J. 335, 336 (1899) (הטוען שמטרתו היסודית של הלינין' "אינה להפר, אלא לְפַתּוֹת את החוק; או, אם לדבר ביתר דיוק, ...מבטלים את חלק 'התואר' (adjective) שלו... כך שניתן יהיה לשמר את חלקו 'המאמֵת' (substantive) [כך במקור])."

יושהה.⁵⁹ בבתי משפט עליונים לערעורים בארצות הברית תמיד ישבו לפחות שלושה שופטים. מספר חוקות מדינתיות נוקבות במספר. אין הוראה מפורשת בחוקה האמריקנית המגדירה את בית המשפט העליון באופן הדורש שיהיה מורכב מיותר משופט יחיד. אבל גם נוהג יציב, וגם הבנות בסיסיות מאז 1789, הפכו את הרעיון של בית משפט עליון של שופט-יחיד לאבסורדי מבחינה מעשית. בהתחשב בבהירותה של הציפייה שגופים שיפוטיים עליונים יורכבו מריכוי, אני מפקפק באפשרות שבית משפט דמיוני כזה יוכל להיחשב כעונה על הדרישה החוקתית לקיומו של בית משפט עליון.⁶⁰

אם שופטת הרקוליאנית היפותטית כלשהי תצליח להגיע להבנה כזו של טקסטים חברתיים וחוקתיים – קרי פרשנות – שתגרום לה להרגיש שעונש המוות הוא עונש הולם ושיש להתירו במקרה מסוים, היא תיאלץ להתעמת באחת עם הבעיה של תרגום שכנוע זה למעשה. עצם הבנתה את חוקתיות עונש המוות ואת נאותות השתתו תישא עמה – כחלק מההבנה – את הידיעה שאין היא יכולה לבצע את גזר הדין בעצמה. ההבנה הבסיסית ביותר של הפרקטיקה החברתית שלנו של אלימות מבטיחה שהשופטת יודעת שהיא עצמה אינה יכולה להפעיל את המתג בפועל. זו אינה קונבנציה זניחה. מפני שמשמעותה היא שלמישהו אחר תהיה החובה והאפשרות לבחון מה עשתה השופטת. אם השופטת דנה בבית משפט, ואם היא פוסקת להוציא להורג, יהיה שופט נוסף שלו ניתן יהיה להגיש בקשה להותיר על כנה את החלטתה או להפוך אותה. העובדה שמישהו אחר צריך לבצע את ההוצאה להורג, משמעה שאותו מישהו אחר עשוי לעמוד בפני שתי פיסות נייר: נניח צו לביצוע גזר דין מוות בזמן ובמקום הנקובים, ועיכוב ביצוע מבית דין לערעורים. מהמישהו האחר – הסוהר, לשם הפשטות – מצפים להחליט על סמך איזו משתי פיסות נייר אלה לפעול, בהתאם לאי אלו עקרונות היררכיים, שרירותיים, שאין להם דבר עם המעלות או המגרעות היחסיות של הטיעונים המצדיקים את העמדות המהותיות השונות.

כאן הכרחי לציין שבמקרה שהסוהר יפסיק לציית באופן אוטומטי יחסית לפיסות הנייר הזורמות מהשופטים בהתאם לאותם כללים ועקרונות שרירותיים ולעיתים

⁵⁹ ראו, לדוגמה (1982) 28 U.S.C. § 1291 (המאפשר ערעורים כחלק מזכות המגנה מפני החלטות סופיות של בתי משפט מחוזיים); שם, § 46(b), 46(c) (המאפשר שימוע על ידי בתי המשפט לערעורים של ארצות הברית בהרכב של שלושה שופטים, אלא אם צווה על שימוע בהרכב מורחב); שם, U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 2 (המגן על צו הביאס קורפוס).

⁶⁰ (1982) 28 U.S.C. § 1 (המאפשר הרכב בית משפט עליון של תשעה שופטים, שמתוכם ששה מהווים רוב), היוצא מן הכלל ההיסטורי המשמעותי למדי, ביחס להכללה שבטקסט, מביא אותי להסס קמעה בנוגע למסקנה בדבר החוקתיות של בית משפט עליון של דן-יחיד. זה נכון, כמובן, שבית המשפט הגבוה לצדק (chancellor) היה, בצורתו, בית משפט גבוה של דן-יחיד. ובעוד שזה לא היה הכלל, מספר מערכות משפט אמריקניות שימרו בית דין גבוה לצדק (chancery), אם כי כאשר דנו לפי דיני היושר, הדבר נעשה לעיתים קרובות באמצעות בתי משפט לערעורים מרובי-שופטים.

היררכיים באופן נוקשה, יאבדו השופטים את כושרם לעשות אלימות. כל שיוותר להם הוא האפשרות לשכנע את הסוהר ואנשיו לעשות אלימות. לחלופין, הסוהר ואנשיו יאבדו את כושרם להעביר אל השופט את האחריות המוסרית הראשונית לאלימות שהם עצמם מבצעים. יהיה עליהם לבחון בעצמם את ההצדקות לאלימות בכל מקרה ומקרה, ובכך להפוך את המשפט למעין שימוע מקדים. אכן, בעולם הזה ישנם בתי כלא רבים הנושאים דמיון מסוים לסיטואציה ההיפותטית הזו. יש מערכות שבהן החלטות הענישה המשמעותיות ביותר נעשות בידי אלה שמבצעים את האלימות בעצמם או שיש להם סמכות פיקוח ישירה על ביצועה.

עשינו דבר מה משונה במערכת שלנו. הפרדנו בנוקשות את הפעולה של פרשנות – של הבנת מה שצריך להיעשות – מהביצוע של דבר זה "שצריך להיעשות" באמצעות אלימות. בו זמנית, לפחות בחוק הפלילי, קישרנו בנוקשות את ביצוע הפקודות השיפוטיות לפעולת הפרשנות השיפוטית, באמצעות היררכיות קשיחות יחסית של מבעים שיפוטיים, ומחויבויות יציבות של סוכני ענישה רשמיים להיענות להן. השופטים מופרדים מהמעשים שהם מורים לבצע, ובאותה עת מקושרים אליהם באופן בל יינתק.

תכונה זו, המשונה ועם זאת מוכרת, של שיפוט באמריקה, מבטיחה שאין שופט הפועל לבד. "השופט כהרקולס"⁶¹ של רונלד דבורקין עשוי להיראות כתבנית שימושית להבנת האופן שבו מוחו של שופט צריך לפעול. אבל הוא מטעה בדיוק מפני שהוא מרמז על הקשר – שלא לומר דורש אותו – שבאמריקה אינו נוכח לעולם. יכול שיהיה או שלא יהיה מובן כלשהו למחשבה על הבנה שיפוטית של החוק, במנותק מיישומו. אבל דבר אחד קרוב לוודאי. יישומה של הבנה משפטית בממלכת הכאב והמוות שלנו, לעולם ידרוש את הסכמתם, הפעילה או הסבילה, של מוחות משפטיים נוספים. אפשר לצמצם נקודה זו להבחנה הנדושה ביותר של פרקטיקה מקצועית. שופטת השואפת להפוך את הבנתה למעשה חייבת, אם היא יושבת בערכאה דיונית, לפעול כדי להבטיח שהחלטתה לא תבוטל. אם היא יושבת בבית משפט לערעורים, היא חייבת לפעול כדי להשיג לפחות שופט אחד נוסף שיצטרף אליה. עניין שבשגרה הוא שדעות "רוב" רבות נושאות את הצלקות או הסימנים של כתיבתן, בראש ובראשונה, במטרה לשמור על הרוב. החלטות רבות של ערכאות דיוניות נושאות את הצלקות של כתיבתן, בראש ובראשונה, במטרה להימנע מביטולן. כעת יש לשאול, מהי הפעולה האמיתית של פרשנות משפטית? ההבנה ההיפותטית של מוח יחיד, הממוקם בעמדה שכולם מודים שהיא היפותטית, שבה הוא מסוגל לתת הכרעות סופיות בגפו? או התוצרים הממשיים של שופטים, הפועלים

⁶¹ הרקולס של דבורקין מופיע לראשונה במאמר "מקרים קשים". Ronald Dworkin, *Hard Cases*, HARV. L. REV., 88(6), 1057 (1975). הרקולס ממשיך להתקיים ב-LAW'S EMPIRE, לעיל ה"ש 2, בעמ' 239-275, שם הוא מניח את המעטה של שופט-"יורשה"- לדוגמה, שנראה שעבור דבורקין אינו איכות פרסונאלית בראש ובראשונה, אלא עמדה פרשנית המוקירה התמדה ועקביות אינטלקטואליות. שם, בעמ' 164-167.

תחת המגבלה של ביקורת קבוצתית אפשרית על כל ההחלטות שיש לממש באמצעות אלימות קולקטיבית? קרוב לוודאי שההחלטה הבודדת של הרקולס היפותטי תהיה רהוטה וקוהרנטית יותר מההחלטה הקולקטיבית של שופטים רבים, העלולים להתפשר כדי להגיע להחלטה הזו. אולם להיפורקולס אין, ולא יכול שיהיה לו, הכוח של אלימות קולקטיבית. פגם זה טבוע בעצם הגדרתה של פרשנות משפטית כפעילות שכלית של אדם, ולא כפעילות האלימה של ארגון של אנשים.

אז הבה נהיה מפורשים. אם המחשבה שמוות וכאב מצויים במרכזה של פרשנות משפטית נראית מחשבה נבזית, ניחא. לא יהיה טוב יותר אילו תתקיים רק קהילה של טיעון, של קוראים וכותבים של טקסטים, של פרשנים. כל עוד מוות וכאב הם חלק מעולמנו הפוליטי, חיוני שיימצאו במרכזו של החוק. החלופה היא באמת בלתי נסבלת – שהם יהיו בתוך המשטר שלנו, אבל מחוץ לדיסציפלינה של כללי החלטה *קולקטיביים* ושל המאמצים האינדיבידואלים להשיג תוצאות באמצעות כללים אלה. העובדה שאנו דורשים ריבוי קולות אינה, אם כך, תאונה או מוזרות של הכללים המשפטיים שלנו. היא טבועה בכל הישג אפשרי שהוא בכייתה של האלימות.

סוף דבר

קיימת מסורת ראויה המביאה אותנו להאזין לשופטת כאל קול ההיגיון; לראות בה את התגלמות העיקרון. העניין האקדמי הנוכחי בפרשנות, תשומת הלב לקהילות של משמעות ומחויבות, אינם אפולוגטיים ככוונתם ואף לא בהשפעתם. המגמה היא, על פי רוב, ניסיון לאחוז באידיאל ראוי לנוכח מה שכולם יסכימו שהוא מציאות שלא נגאלה. לא אריב עם הדחף המוביל אותנו לצורה זו של ביקורת.

ישנה סכנה, עם זאת, בשכחת המגבלות הטבועות בפעילות זו של פרשנות משפטית; בהפרזה בנוגע למידה שבה כל פרשנות שניתנת כחלק מהפעולה של אלימות מדינית, תוכל לכוון אי פעם משמעות משותפת וקוהרנטית. הדגשתי שני סוגים שונים למדי של מגבלות על המכנה המשותף ועל הקוהרנטיות של משמעות אותם אפשר להשיג. סוג אחד של מגבלה הוא מעשי, והוא נובע מהארגון החברתי של אלימות משפטית. ראינו שעל מנת לעשות אלימות זו בצורה בטוחה ואפקטיבית, יש לחלק את האחריות על האלימות; החוק חייב לפעול כמערכת של רמזים ואותות לשחקנים רבים, שאלמלא כך יהיו חסרי רצון, חסרי יכולת או חסרי אחריות בפעולות האלימות שלהם. ארגון חברתי זה של אלימות מפגין את עצמו בכללים והעקרונות המשניים, שבדרך כלל מבטיחים שאף מוח יחיד ואף רצון יחיד לא יוכלו לחולל את התוצאות האלימות הנובעות ממחויבויות פרשניות. אף אינדיבידואל בודד לא יוכל להביא פרשנות כלשהי לפעול כחוק – כהסמכה לפעולה האלימה. בעוד שהתלכדות של הבנות מצד כל השחקנים המשפטיים הרלוונטיים אינה בהכרח בלתי אפשרית, הרי שהיא, בפועל, מאד לא סבירה. וכמובן, איננו יכולים להימלט מריבוי המוחות והקולות שאותם דורש הארגון החברתי של משפט-כאלימות, אל תהליך החלטה היפותטי כלשהו שיכנס את הקולות הרבים ויהפכם לאחד. אנו יודעים שאין בנמצא –

מלבד בדיקטטורה – כלל-כינוס יחיד שישקלל את מערך היחסים בין כל הבחירות החברתיות שנעשו, ויענה בהכרח על תנאי ההיגיון הבסיסיים.⁶² בעוד שכללי ההחלטה החברתיים שלנו אינם יכולים להבטיח עקביות והיגיון של משמעות, הם יכולים לחולל ומחוללים פעולה אלימה, שבהחלט יתכן שתהיה לה משמעות עקבית מובהקת, עבור לפחות אחד מהשחקנים הרלוונטיים. אנו נותרים, אם כך, בעולם ממשי זה של ארגון המשפט-כאלימות, עם החלטות שאם משמעותן משותפת אזי לא סביר שהיא תהיה עקבית, ואם משמעותן עקבית אזי לא סביר שתהיה משותפת.

מגבלה מעשית, קונטינגנטית זו על הפרשנות המשפטית היא, ככלות הכול, הפחות חשובה והפחות עמוקה מבין שני סוגי המגבלות שהצגתי. כיוון שאם אנו מתמודדים בכנות עם פרשנות משפטית כפי שהיא מיושמת בשדה של פחד, כאב ומוות, אנו מגלים שהמכשלה העיקרית העומדת בפני השגת משמעות עקבית ומשותפת היא מגבלה הכרחית, מהותית לפעילות. שופטים, פקיד-רשות, מתנגדים, קדושים מעונים, סוהרים, מורשעים, עשויים לחלוק או שלא לחלוק טקסטים משותפים; הם עשויים לחלוק או שלא לחלוק אוצר מילים משותף, מלאי תרבותי משותף של מחוות וטקסים; הם עשויים לחלוק או שלא לחלוק מסגרת פילוסופית משותפת. בנוף האנושי העצום, יתקיים בכל האמורים לעיל רצף דרגות של מכנה משותף. אבל כל עוד פרשנות משפטית מכוננת התנהגות אלימה, כשם שהיא מכוננת משמעות, כל עוד אנשים מחויבים להשתמש בארגונים החברתיים של האלימות או להתנגד להם כדי להפוך את פרשנויותיהם לממשות, לעולם תהיה מגבלה טראגית על המשמעות המשותפת שאפשר להשיג.

המבצע והקורבן של אלימות מאורגנת יתנסו בחוויות משמעותיות שונות עד כאב. עבור המבצע, הכאב והפחד הם מרוחקים, לא ממשיים, ובמידה רבה אינם ניתנים לשיתוף. לפיכך אין הם נעשים לעולם חלק מהתוצר הפרשני. מחוות הדעת השיפוטית. מצד שני, לאלה המשייתים את האלימות ההצדקה חשובה, ממשית ומטופחת בקפדנות. לעומת זאת, עבור הקורבן ההצדקה לאלימות נסוגה בממשותה ובחשיבותה ביחס לכאב ולפחד שבהם הוא מתייסר.

בין הרעיון לבין המציאות של משמעות משותפת מוטל צלה של אלימות-החוק, הוא עצמו.

⁶² KENNETH J. ARROW, SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL VALUES (1951).