

רוברט קאבר

נומוס ונראטיב

ספריית לויתן

מיכאל אוקשוט – הרציונליזם בפוליטיקה

הנס בלומנברג – אַנייה טרופה וצופה

אדמנד ברק – מחשבות על המהפכה בצרפת

פרידריך האייק – הדרך לשעבוד

גיאורג וילהלם פרידריך הגל – פילוסופיה של המשפט

תומס הובס – לויתן

מקס הורקהיימר – ליקוי מאורות התבונה

המילטון, מדיסון וג'יי – הפדרליסט

ג'מבטיסטה ויקו – המדע החדש

אלקסיס דה־טוקוויל – הדמוקרטיה באמריקה

כסנופון – דיאלוגים סוקרטיים

ק"ס לואיס – ביטול האדם

ג'ון סטיוארט מיל – על החירות

ניקולו מקיאוולי – דיונים

ניקולו מקיאוולי – הנסיך (עם הוצאת דביר)

אלסדייר מקינטאייר – מַעְבָּר למידה הטובה

ריינהולד ניבור – בני האור ובני החושך

קרל פופר – דלות ההיסטוריציזם

קרל פופר – החברה הפתוחה ואויביה

תומס פיין – שכל ישר

רוברט פילמר – פטריארכה

גוטלוב פרגה – כתב מושגים

מילטון פרידמן – קפיטליזם וחירות

ליאו שטראוס – הזכות הטבעית וההיסטוריה

ספריית לויטן – ספרי מופת בפילוסופיה

רוברט קאבר

# נומוס ונראטיב

בצירוף

להביא את המשיח באמצעות החוק

עורך יוסף א' דוד

תרגום אביעד שטיר

הוצאת שלם, ירושלים התשע"ב

© כל הזכויות שמורות

ROBERT COVER

NOMOS AND NARRATIVE  
AND  
BRINGING THE MESSIAH THROUGH THE LAW

*The Founding Leadership Gift for the publication of Great Texts  
was provided to Shalem Press by the Gilbert & Elisa Palter Family  
Endowment in Toronto, Canada.*

עורך סדרה: ברק בן-נתן  
עורכת לשון: כנרת עזריאל  
הפקה: מרינה פיליפודי  
סדר ועימוד: רונית גולדברג

© 2012

כל הזכויות של המהדורה העברית שמורות למרכז שלם

“Nomos and Narrative” was first published as “The Supreme Court, 1982  
Term—Foreword: Nomos and Narrative,” *Harvard Law Review* 97:4 (1983).  
Translated with permission of Harvard Law Review Association conveyed through  
Copyright Clearance Center, Inc. Copyright © 1983 by the Harvard Law Review  
Association.

The unfinished essay “Bringing the Messiah Through the Law: A Case Study,”  
was published posthumously in J. Ronald Pennock and John W. Chapman, eds.,  
*Religion, Morality, and the Law: Nomos XXX* (New York University Press, 1988).  
Translated with permission of New York University Press. Copyright © 1988 by  
New York University.

עיצוב עטיפה: אריקה הלבני

Cover Picture: Bill Jacklin, “Prima della Tempesta 1” (2004, oil on canvas)/  
Private Collection/The Bridgeman Art Library/ASAP Creative

הפצה:

מרכז שלם, רחוב יהושע בן נון 13, ירושלים

טל' 560-5555 (02), פקס 560-5578 (02)

E-mail: [shalemorder@shalem.org.il](mailto:shalemorder@shalem.org.il)

[www.shalempress.co.il](http://www.shalempress.co.il)

מסת”ב 978-965-7052-84-6 ISBN

דאנאקוד 496-1091

Printed in Israel

# תוכן העניינים

ז	מבוא מאת יוסף א' דוד
	נומוס ונראטיב
1	א. הקדמה
7	ב. עולמות משפטיים ומשמעות משפטית
42	ג. מחויבות
56	ד. מעלותיה של האימפריאליות
64	להביא את המשיח באמצעות החוק
77	הערות
114	מפתח



## מבוא

### האנרכיסט שאהב את החוק

”חובתו של המלך לצוות את הראוי ולאסור את שאינו ראוי; ציווי הדברים שיש לעשותם ואיסור הדברים שאין לעשותם – הרי זה יעודו המיוחד של החוק. מכאן שהמלך הוא החוק החי, והחוק – המלך הצדיק”. (פילון, על חיי משה, II:4)

**ק**אבר אפיין את עצמו כאנרכיסט אוהב חוק,<sup>1</sup> ואכן – אפיון זה הולם את הגותו, אשר מחד גיסא קוראת תיגר על הפעלת העוצמה המשפטית ומאידך גיסא איננה חוסכת מאמצים להגנת מערכת המשפט. חייו המקצועיים הוקדשו להבנה טובה יותר של פרדוקסים ומתחים פנימיים בהיסטוריה החוקתית של ארצות־הברית, ופעילותו הפוליטית ביטאה מחויבות עמוקה למאבק נגד הממסד על זכויות אזרח, על חירויות ועל צדק חברתי.<sup>2</sup> כאנרכיסט הוא העמיק חקור את העולמות הנורמטיביים החוץ־מדינניים,<sup>3</sup> ולצד זאת טען להגנת כוח השלטון, המגן על זכויות האדם. הוא הזהיר אותנו לא להסתכל על החוק בלבד, אלא להשחזר את התבוננותנו במונח הפנימי של הערכים, וזאת באמצעות העמקת מודעותנו להבחנה שבין האלימות הנלווית ליישום החוק ולאכיפתו ובין האלימות שאותה החוק ממגר לכאורה.<sup>4</sup>

רוברט קאבר (1943-1986) היה מהמשפטנים המבריקים ביותר בדורו. הוא נולד בבוסטון ולמד באוניברסיטת פרינסטון ובבית הספר למשפטים

של אוניברסיטת קולומביה, אשר בה גם היה חבר סגל בשנים 1968-1971. קאבר שימש מרצה אורח באוניברסיטה העברית בשנים 1971-1972, ומאז ועד מותו לימד בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל.

ספרו המוקדם של קאבר, שופט נאשם,<sup>5</sup> הוא אבן דרך ביישומן של תובנות מתורת המשפט על התרחשויות היסטוריות. בעבודה זו ניתח קאבר את הפעילות השיפוטית סביב מוסד העבדות בתקופה שקדמה למלחמת האזרחים, והציע לראות בהתנהגותם של השופטים באותה עת ביטוי לדילמת שיפוט מודרנית. בניגוד לדרכה של הלמדנות המשפטית, המנתחת את היחס שבין חוק למוסר כשאלה מושגית צרופה, הוא הציע לבחון את השאלה גם במונחים של חקירה היסטורית ופסיכולוגית. הוא שאל: כיצד שופטים בעלי שם, שבעצמם צידדו בביטול העבדות, הגנו בפועל על האינטרסים של בעלי העבדים ועל חוקי הסגרת עבדים? מדוע במקרים שהובאו להכרעתם נקטו השופטים גישה של פורמליזם שיפוטי, בניגוד לעמדתם המוסרית ובניגוד לאקטיביזם השיפוטי שציידו בו בהקשרים אחרים? מחקרו של קאבר ניסה להראות שחוקי העבדים הנמלטים<sup>6</sup> יצרו למעשה דילמה מוסרית-פורמלית לשופטי הצפון, אשר נקרעו בין מחויבותם המשפטית-פורמלית ובין אמונתם המוסרית. בניגוד לעמדתו הנחרצת על אחריותם המוסרית של השופטים בתקופת מלחמת וייטנאם,<sup>7</sup> התכוננותו ביישום השיפוט של חוקי העבדות התמקדה אך ורק בניתוח מורכבות הדילמה המוסרית-פורמלית, ולכן הביקורת שמתח על שופטי הצפון מתונה יחסית, והוא אף נמנע מלקבוע מפורשות מה היה עליהם לעשות.<sup>8</sup>

קאבר מצביע על כך שההיגיון המשפטי השליט באותם ימים בקרב אליטת השופטים היה הפוזיטיביזם המשפטי,<sup>9</sup> ואשר על כן, לא עמדה בפני השופטים דרך אחרת מאשר לדחות את האינטואיציות המוסריות שלהם. את התנהגות השופטים הוא הציע להבין במונחים פסיכולוגיסטיים; לפי גישה זו, היישום המצפוני של הפוזיטיביזם יצר אצל השופטים דיסוננס קוגניטיבי ותגובה כפולה.<sup>10</sup> ראשית, הם הגזימו בהפעלה הטכנית של החוק, והכחישו את יכולתם ליהנות משיקול דעת שיפוטי, ובכך תרצו את כישלונם לפעול לפי עמדתם המוסרית. שנית, הם העלו על נס אידיאולוגי את הפורמליזם, בטענה שחדירת ערכים מוסריים ופוליטיים אל תהליכי השיפוט תשחוק את סמכות המדינה.<sup>11</sup>

ניתוח ההתנהגות השיפוטית בסוגיית הסגרת העבדים מייצג את גישתו העשירה והמעמיקה של קאבר בסוגיות מתורת המשפט. אכן, שילוב של ידע



בינ־תחומי, תעוזה מחקרית, ניתוח היסטורי ועושר מושגי ניכר גם במסתו המובאת כאן בפני הקורא העברי – "נומוס ונראטיב". במקורה פורסמה המסה כמאמר סקירה על פעילות בית המשפט העליון של ארצות־הברית בשנת 1982, והיא משרטטת את קווי הדמיון בין הפעילות השיפוטית של ראשית שנות השמונים של המאה העשרים ובין זו של טרום מלחמת האזרחים. כמבוא תיאורטי לניתוח ביקורתי של החלטת בית המשפט העליון – מבוא שאורכו רק כשביעית מאורך המסה – קאבר מציג לא פחות מאשר תיאוריה מקיפה ומקורית של תורת־המשפט.

המקרה שנידון בבית המשפט העליון, והוא העילה לפרישה התיאורית של "נומוס ונראטיב", הוא קבילתה של אוניברסיטת בוב ג'ונס נגד רשות המסים; רשות המסים שללה מהאוניברסיטה את הפטור ממס שניתן למוסדות צדקה, חינוך ודת, בשל מדיניות ההפרדה הגזעית שנקטה האוניברסיטה. טענת האוניברסיטה התבססה על ההגנה על חופש הדת המעוגנת בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית. לאחר מסע תלאות בין הערכאות השונות, הכריע בית המשפט העליון כי בסמכותה של רשות המסים לבטל את הפטור ממס לארגונים שמדיניותם נוגדת את המדיניות המקובלת בענייני הציבור, גם ללא אישור הקונגרס.<sup>12</sup> במהלך מרהיב של יושר אינטלקטואלי ומחויבות מוסרית בלתי מתפשרת, קאבר מנתח עד דק את האמביוולנטיות שהכרעה זו מעוררת. חרף היותו לוחם חסר לאות נגד האפליה הגזעית בארצות־הברית של שנות השישים, הוא חשש מפני כפיית נורמות נוגדות אפליה ומפני פגיעה בשגשוגן של קהילות מיעוטים מכוח סמכותו של בית המשפט. קאבר תמך באוטונומיה של קבוצות מיעוטים, והאמין שקיום עולם של משמעות נורמטיבית חייב להותיר מקום גם לקבוצות שהשקפותיהן אינן עולות בקנה אחד עם השקפתה הנורמטיבית של המדינה, ואפילו לקבוצות המתנגדות לאותה השקפה. על כן, הוא עמל רבות לחדד את ביקורתו על פסיקת בית המשפט ולהציג באופן אוהד את עמדתה של אוניברסיטת בוב ג'ונס. בעיקרו של דבר, קאבר מבקר את בית המשפט על כך שהעדיף לדחות את טענת הקיפוח של אוניברסיטת בוב ג'ונס ולאשרר את מדיניות רשויות המסים משיקול ניהולי טהור, במקום לדון במשמעות של הערכים החוקתיים. במקום שבית המשפט ינצל את סמכות ההכרעה השיפוטית המוקנית לו וישתמש בפסיקתו להפגנת עליונות משפטית, היה עליו, לדעת קאבר, להעז ולקבל על עצמו מחויבות פרשנית לגבי השלכות הפסיקה על המציאות הנורמטיבית הנוגעת לכל. בלשונו של קאבר, היה על השופטים להשליך את

הכנתם המשפטית על העתיד (להלן, עמ' 63). בהציגו את כשלי בית המשפט ביטא קאבר את אמונתו בכך שאנשי מערכת המשפט יוכלו, למרות תפקידם, להיות מעורבים בפעילות הנוגעת במשמעות הנורמטיבית ולא לעקוף את הדיון בה.

מבחינה תיאורטית, הגותו של קאבר מגלמת מהלך פילוסופי רבי-חשיבות על פי כל אמת מידה. היא מעמידה למבחן מחודש את הנחות היסוד המסורתיות, מפתחת נקודת מבט מהפכנית באמצעות העמדת מושגי מפתח חדשים, ואף מצביעה על הנגזרות המתבקשות. האימוץ הנרחב של רעיונותיו בספרות האקדמית העכשווית מלמד על הרלוונטיות שלהם לענפים רבים של הלמדנות המשפטית – משפט וספרות, משפט ודת, משפט מינהלי, תיאוריות שיפוטיות, משפט חוקתי, משפט בינלאומי, דיני הגבלים עסקיים; וכן לתחומי ידע חוץ-משפטיים – כלכלה, לימודי תרבות, חינוך ומדעי היהדות.<sup>13</sup>

אף ש"נומוס ונראטיב" פורסם לפני קרוב לשלושים שנה, ההתעניינות בו כמקור השראה מעולם לא פסקה ואף צוברת תאוצה בשנים האחרונות.<sup>14</sup> קשה לחשוב על דוגמאות מקבילות של מסה יחידה, לא ארוכה במיוחד, שהשפיעה והצליחה לעורר תגובות כמו "נומוס ונראטיב". מאז פרסומה הראשון נעשתה המסה למושאו של מחקר רחב ונמרץ, המבקש להנהירה ולבחון את השלכותיה ואת אפשרות יישומה. משום כך רבים רואים את "נומוס ונראטיב" כאחת המסות החשובות והמזהירות ביותר שנכתבו בספרות האינטלקטואלית בת זמננו.<sup>15</sup>

## יסודות "נומוס ונראטיב"

"נומוס ונראטיב" איננו מתמקד בתכונות ספציפיות של מערכת המשפט, אלא מעודד את קוראיו לראות את החוק כעולם ומלואו, לא פחות; כל עולם כזה הוא תוצר של נראטיב אשר בו בזמן מעצב את זהותם של השוכנים בו, נותן לה ביטוי, ובסופו של דבר גם חותר תחתיה. קאבר אינו רק מציג מושג חדש של חוק; הוא עושה הרבה מעבר לכך – מפתח נקודת מבט חדשה על ריבוי התצורות של החוק, ומצליח להחיות רגישות דקה לנוכחות המורכבת והחובקת-כל של החוק ולכוחם של מפעלים נורמטיביים שאינם חלק מהמערכת המדינית הרשמית. מן הבחינה הזאת, "נומוס ונראטיב"



5. Robert M. Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (New Haven: Yale University, 1975). דוֹהֵמְשָׁמְעוֹת שֶׁל כּוֹתֵרֵת הַסֵּפֶר מִסְמַנֵּת בּוֹ בּוֹמֵן אֶת הַצֶּדֶק הַנֶּאֱשָׁם וְגַם אֶת הַשׁוֹפֵט הַנֶּאֱשָׁם. בְּכֵךְ הִיא גַם מִקְפֵּלֶת בְּתוֹכָהּ אֶת תְּמִצִּית הַתּוֹזָה שֶׁל קֶאֱבֵר עַל הָאֲמִבְיוֹלֵנְטִיּוֹת שֶׁל הַשׁוֹפְטִים, שֶׁהִיא לְמַעֲשֵׂה אֲמִבְיוֹלֵנְטִיּוֹת מִבְּנֵי־תֵּל מֵעֵרַכְתְּ הַמִּשְׁפָּט וְהַצֶּדֶק (לְהֵלֵךְ שׁוֹפֵט נֶאֱשָׁם).

6. חֻקֵי הָעֲבָדִים הַנִּמְלָטִים (The Fugitive Slave Acts of 1793, 1850) יִצְרוּ מְעוֹרְבוֹת פִּדְרִלִּית בְּלִכְיֶדֶת עֲבָדִים בְּמִדִּינוֹת הַצֶּפּוֹן; הַפְּקִידִים נֶאֱלָצוּ לִהְיוֹת מְעוֹרְבִים בְּלִכְיֶדֶת הָעֲבָדִים וּבִעֲנִישַׁת הַמִּסִּיעִים לָהֶם.

7. Robert M. Cover, "Reviewing Richard Hildreth, *Atrocious Judges: Lives of Judges Infamous as Tools of Tyrants and Instruments of Oppression* (New York, 1856)," *Columbia Law Review* 68 (1968), pp. 1003-1008.

8. הֵימְנֵעוֹתוֹ מִלְגֹּזֵר מִסְקִנּוֹת נֹרְמָטִיבִיּוֹת מִסוּגִיָּה זֶה עוֹרֵרָה עֲלָיו בִּיקוּרוֹת רְבוּת. רֵאָה Michael Stokes Paulsen, "Accusing Justice: Some Variations on the Themes of Robert M. Cover's *Justice Accused*," *Journal of Law and Religion* 7:1 (1989), pp. 33-97; Derrick A. Bell, Jr., "Book Review," *Columbia Law Review* 76:2 (1976), pp. 350-361; E. Nathaniel Gates, "Justice Stillborn: Lies, Lacunae, Incommensurability, and the Judicial Role," *Cardozo Law Review* 19 (1997), pp. 971-1034.

9. פּוֹזִיטִיבִיזְם מִשְׁפָּטִי כּוֹלֵל מְגוּוֹן שֶׁל תִּיאוֹרִיּוֹת מִשְׁפָּטִיּוֹת אֲשֶׁר לִפְיֵהֶן קִיּוּמוֹ שֶׁל הַחֻקֵּי וְתוֹקְפּוֹ תְלוּיִים עֲבוּבֵדוֹת חִבְרָתִיּוֹת וְלֹא בְּתוֹכֵנּוּ שֶׁל הַחֻקֵּי. הַפּוֹזִיטִיבִיזְם הַמִּשְׁפָּטִי אֵינּוּ גוֹרֵם שְׁתוֹכְנּוֹ שֶׁל הַחֻקֵּי אֵינְנוּ חֹשֵׁב, אֲלֵא שֶׁאֵינְנוּ הוֹא קוֹבֵעַ לֹא אֶת קִיּוּמָם שֶׁל הַחֻקִּים וְלֹא אֶת תּוֹקְפָם. לְפּוֹזִיטִיבִיזְם הַמִּשְׁפָּטִי שׁוֹרְשִׁים בְּפִילוֹסוֹפִיָּה פּוֹלִיטִית הֶעֱתִיקָה. לְמַעֲשֵׂה, הַמוֹנַח נִטְבַּע וְנִדוּן בְּמַחֲשֶׁבֶה הַמִּשְׁפָּטִית וְהַפּוֹלִיטִית בִּימֵי הַבִּינְיָיִם. הָאֲסִכּוּלָּה הַמּוֹדֵרְנִית שֶׁל הַפּוֹזִיטִיבִיזְם הַמִּשְׁפָּטִי פּוֹתַחַה בִּיַּדֵי הוֹגִים בְּנֵי הַמָּאָה הַתְּשׁוּעָעֶשְׂרָה (ג'רְמִי בְּנֵתָאם, 1748-1832; ג'וֹן אוֹסְטִין, 1790-1859), מֵתוֹךְ זִיקָה לְתוֹרוֹת הָאֲמִנָּה הַחִבְרָתִית שֶׁל הוֹבֵס וְיָוִם וְלֵאפִיּוֹן הַחֻקֵּי כִּי"פְקוּדַת הַרִיבּוֹן הַמְּגוּבָה כּוֹחֵ". מֵאֲמִצֵּעַ הַמָּאָה הָעֶשְׂרִים נוֹסַח הַפּוֹזִיטִיבִיזְם הַמִּשְׁפָּטִי מְחֻדָּשׁ, תוֹךְ הַדְּגִשָׁתְּ מוֹסְדוֹת יִישׁוּם הַחֻקֵּי וְהַמְּמַד הַשִּׁטִּיתִי וְהַנּוֹרְמָטִיבִי שֶׁל הַחֻקֵּי (הַנֶּסֶךְ קֶלְזוֹן, 1881-1973; הַל"א הָאֵרֶט, 1907-1992; יוֹסֵף רוֹז, בֶּן־זְמַנּוֹ). חֲשִׁיבוֹתוֹ שֶׁל הַפּוֹזִיטִיבִיזְם הַמִּשְׁפָּטִי אֵינְנָה מוֹגְבֵּלֶת רַק לְפִילוֹסוֹפִיָּה שֶׁל הַמִּשְׁפָּט. הִיא מִשְׁתַּקְפֶּת גַּם בְּתִיאוֹרִיּוֹת חִבְרָתִיּוֹת (כְּתִבְיָהֶם שֶׁל מָרְקֶס, וּוֹבֵר וְדוֹרְקֵהִיִּים) וּבְגִישׁוֹת נוֹסְפוֹת הַמְּקַבְּלוֹת אֶת אִפְיוֹן הַחֻקֵּי כְּתוֹפְעָה חִבְרָתִית.

10. לְדַעַת קֶאֱבֵר אֵינְנוּ לְרֹאוֹת אֶת הַדִּיִּסוֹנָס הַקּוֹגְנִיטִיבִי כְּתוֹפְעָה מְגוּבָה אוֹ חֲרִיגָה, אֲלֵא כְּנוֹבְעַת מִהַחֲשֵׁשׁ מִפְּנֵי פִּלּוֹג לְאוֹמִי. בְּמוֹבֵן הַזֶּה, מוֹרֶשֶׁת מִלְחַמַת הָאוֹרְחִים שֶׁחֲרָרָה לֹא רַק אֶת הָעֲבָדִים אֲלֵא גַם אֶת הַתּוֹדְעָה הַמוֹסְרִית שֶׁל הַשׁוֹפְטִים מִתְּנַגְדֵי הָעֲבָדוֹת.

11. דבורקין, בביקורתו על שופט נאשס, מגן על גישת האקטיביזם השיפוטי, ודוחה את טענתו של קאבר בדבר הכרחיותה של הדילמה. לשיטתו, שופטים צריכים לפרש את החוקה מתוך נאמנות לעקרון החסד, המעדיף את הפרשנות הטובה ביותר מבחינת המוסר הפוליטי. אילו עשו כך, גרס דבורקין, היו השופטים פוסלים את חוקי העבדים הנמלטים ורואים בהם הפרה של החוקה. ראה Ronald Dworkin, "The Law of the Slave-Catchers (Book Review)," *Times Literary Supplement* (Dec. 5, 1975), p. 1437 של דבורקין ראה Anthony J. Sebok, "Judging the Fugitive Slave Acts," *The Yale Law Journal* 100:6 (1991), pp. 1835-1854.

12. פסק הדין של אוניברסיטת בוב ג'ונס נתפס כאבן דרך חשובה בשאלת גבולות חופש הדת, ומשום כך צוטט ונותח רבות. יש לציין שבשנת 2000 הסירה האוניברסיטה את האיסור על תלמידיה לנהל מערכת יחסים בין-גזעית.

13. משפט וספרות: Marie Ashe, "Beyond Nomos and Narrative: Unconverted Antinomianism in the Work of Susan Howe," *Yale Journal of Law and Feminism* 18 (2006), pp. 1-60.

משפט ודת: Howard J. Vogel, "In the Cause of Justice: Reflections on Robert Cover's Turn Toward Narrative," *Journal of Law and Religion* 7:1 (1989), pp. 173-186.

משפט מינהלי: Paul Schiff Berman, "A Pluralist Approach to International Law," *Yale Journal of International Law* 32 (2007), pp. 301-329.

תיאוריות שיפוטיות: Ronald R. Garet, "Judges as Prophets: A Coverian Interpretation," in *Judicial Independence and Accountability Symposium, Southern California Law Review* 72 (1998), p. 385; Franklin G. Snyder, "Nomos, Narrative, and Adjudication: Toward a Jurisgenetic Theory of Law Reply," *William and Mary Law Review* 40 (1998), p. 1623.

משפט חוקתי: Robert A. Burt, "Constitutional Law and the Teaching of the Parables," *The Yale Law Journal* 93:3 (1984), pp. 455-502; Suzanne Last Stone, "In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory," *Harvard Law Review* 106:4 (1993), pp. 813-894. "התפנית לעבר הדגם היהודי": Judith Resnik, "Living Their Legal Commitments: Paideic Communities, Courts, and Robert Cover," *Yale Journal of Law and the Humanities* 17 (2005), pp. 17-54. "לחיות את התחיבויותיהם המשפטיות": Penelope Pether, "Comparative Constitutional Epics," *Law and Literature* 21:1 (2009), pp. 106-128; Marco Goldoni, "Robert Cover's Narrative Approach to Constitutionalism," *Italian Society of Law and Literature* 3 (2010), pp. 1-21. "הגישה הנראטיבית של קאבר".

- משפט בינלאומי: Paul Schiff Berman, "A Pluralist Approach to International Law" (2007), *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, Paper 69, [http://lsr.nellco.org/uconn\\_wps/69](http://lsr.nellco.org/uconn_wps/69).
- דיני הגבלים עסקיים: Nickolai G. Levin, "The Nomos and Narrative of Matsushita," *Fordham Law Review* 73:4 (2005), pp. 1627-1710.
- חינוך: Joseph Lukinsky, "Law in Education: A Reminiscence with Some Footnotes to Robert Cover's *Nomos and Narrative*," *The Yale Law Journal* 96:8 (1987), pp. 1836-1859 (להלן "חוק והשכלה").
- מדעי היהדות: Steven D. Fraade, *Legal Fictions: Studies of Law and Narrative in the Discursive Worlds of Ancient Jewish Sectarians and Sages* (Leiden-Boston: Brill, 2011); Steven D. Fraade, "Nomos and Narrative Before Nomos and Narrative," Symposium: Rethinking Robert Cover's *Nomos and Narrative*, *Yale Journal of Law and Humanities* 17 (2005), pp. 81-96 (להלן "נומוס ונראטיב לפני נומוס ונראטיב"); Samuel J. Levine, "Halacha and Aggada: Translating Roberts Cover's *Nomos and Narrative*," (1998) 465 *Utah Law Review*; Beth A. Berkowitz, "Negotiating Violence and the Word in Rabbinic Law," Symposium: Rethinking Robert Cover's *Nomos and Narrative*, *Yale Journal of Law and the Humanities* 17 (2005), p. 125.
14. ראה לדוגמה את הסימפוזיון "חשיבה מחדשת על נומוס ונראטיב של קאבר" שפורסם ב־2005 (*Yale Journal of Law and the Humanities* 17); ואת הסימפוזיון שהנך את The Berkeley Electronic Press, *Issues in Legal Scholarship*, <http://www.bepress.com/ils/cover/>, בינואר 2006.
15. ראה, למשל, "כשקראתי לראשונה [את "נומוס ונראטיב"] אמרתי לבוב קאבר: זהו לא המאמר הטוב ביותר שקראתי על אודות X או Y; זהו המאמר הטוב ביותר שקראתי על אודות כל דבר" (לוקינסקי, "חוק והשכלה", עמ' 1836); "נומוס ונראטיב הוא אחד המאמרים המשפטיים המצוטטים ביותר בשנים האחרונות, ועוטר בכינויים הבאים: 'מכונן', 'פורץ דרך', 'מבריק' ו'משכנע ביותר'" ("נומוס, נראטיב ופסיקה", עמ' 1625).
16. נקודת המוצא המשחזרת (restorative) של קאבר לגבי הנומוס דורשת הבהרה כדי למנוע בלבול עם המובנים השגורים של "נומוס" כמונה נרדף ל"חוק". המשמעות המקורית של נומוס (νόμος) היא לחלק או להקצות שטח בצורה הולמת או צודקת. בכתביהם של הסיודוס והרודוטוס כבר מוזכר הסדר בחייהם של בני אדם ובעלי חיים. אף שמאוחר יותר זוהה הנומוס עם החוק הכתוב, המשמעות הראשונית איננה דבר חוק אלא הסך הכולל של מה שהכל מחשיבים כמסורת חיה של המותר והאסור. אצל הסיודוס, סילון, הרקליטוס ושאר הפילוסופים הטרומ־סוקרטיים, אין הבחנה מהותית בין נומוס

# נומוס ונראטיב

א. סדר אלים הוא אי־סדר; ן־  
ב. אי־סדר גדול ןרב הוא סדר. ושני  
הדברים האלה חד הם. (דפי הבאורים).  
— וולאס סטיבנס<sup>1</sup>

## א. הקדמה

**א**נו שוכנים בתוך נומוס — יקום נורמטיבי. ללא הרף אנו יוצרים ומתחזקים עולם של מותר ואסור, של חוקי ולא־חוקי, של תקף ובטל.<sup>2</sup> הסטודנט למשפטים עשוי לבוא לידי כך שיזהה את העולם הנורמטיבי עם האבזורים המקצועיים של הפיקוח החברתי. החוקים והעקרונות של הצדק, המוסדות הרשמיים של החוק ומוסכמות הסדר החברתי אכן חשובים לאותו עולם; אלא שאין הם אלא חלק קטן מן היקום הנורמטיבי שראוי לנו להקדיש לו את תשומת לבנו. שום קבוצה של מוסדות משפטיים או של פּרסקריפציות אינה יכולה להתקיים בנפרד מן הנראטיבים המקצים לה מקום ומקנים לה משמעות.<sup>3</sup> לצד כל חוקה קיים אפוס, לצד כל עשרת דיברות קיימים כתבי קודש.<sup>4</sup> החוק, מרגע שמבינים אותו בהקשרם של הנראטיבים המקנים לו משמעות, אינו נעשה סתם מערכת של כללים שיש לקיים, אלא עולם שבתוכו אנו חיים.

בעולם הנורמטיבי הזה, החוק והנראטיב אחוזים זה בזה לבלי הפרד. כל פרסקריפציה מתעקשת ותובעת כי ימקמו אותה בתוך השיה — כי יספקו לה היסטוריה וייעוד, ראשית ואחרית, הסבר ומטרה.<sup>5</sup> וכל נראטיב מתעקש ותובע לו טעם פרסקריפטיבי, המוסר שלו. ההיסטוריה והספרות אינן יכולות להימלט ממיקומן ביקום הנורמטיבי,<sup>6</sup> וכך גם הפרסקריפציה, אפילו

כשהיא מגולמת בטקסט משפטי, אינה יכולה להימלט מראשיתה ומאחריתה הנעוצות בחוויה, בנראטיבים שהם מסלול־המעוף שמשרטט דמיוננו על גבי הממשות החומרית.<sup>7</sup>

הנומוס הזה הוא "העולם שלנו" לא פחות מאשר היקום הפיזי העשוי מטה, אנרגיה ותנע. ואכן, תפיסת מבנה העולם הנורמטיבי בסיסית לא פחות מהערכת מבנה העולם הפיזי. ממש כשם שמרגע הלידה אנו מתחילים לפתח תגובות למאפייניו הפיזיים של עולמנו, ואלה הולכות ונעשות מורכבות יותר ויותר – כך, מאותו רגע עצמו, אנו מתחילים לפתח גם את התגובות לאחרותם של אנשים, תגובות אשר מגדירות את העולם הנורמטיבי.<sup>8</sup>

התרבויות המשפטיות הגדולות הצטיינו אפוא במשהו מעבר לוורטואוזיות טכנית גרידא בטיפול בעניינים מעשיים, מעבר לאלגנטיות ולעוצמה רטורית בחיבור הטקסטים שלהן, ואפילו מעבר לגאונות בהמצאת מסגרות חדשות לבעיות חדשות. תרבות משפטית גדולה מצטיינת בעושרו של הנומוס שהיא ממוקמת בו ומסייעת לכינונו.<sup>9</sup> חומריו המגוונים והמורכבים של אותו נומוס מכוננים פרדיגמות של מסירות, הסכמה שבשתיקה, סתירה והתנגדות. החומרים האלה אינם מציגים רק קורפוס של כללים או דוקטרינה שיש להבין, אלא גם עולמות שיש לשכון בהם. כדי לשכון בתוך נומוס עלינו לדעת איך לחיות בו.<sup>10</sup>

בעיית המשמעות בחוק – בעיית הפרשנות או ההרמנויטיקה המשפטית – מקושרת לעתים קרובות לסוג אחד, צר למדיי, של בעיה המעסיקה את עובדי הציבור ואת אלה המבקשים לחזות את התנהגותם של עובדי הציבור, לפקח עליה או לצאת נשכרים ממנה:<sup>11</sup> יש צורך בהחלטה לגבי תחולתו של מכשיר משפטי. "האם מטוס או עגלת תינוק הם בגדר 'כלי רכב' במשמעותם האמורה בחוק האוסר על כניסת כלי רכב לפארק?"\*

\* ההתייחסות המרומזת כאן היא לדוגמה המפורסמת בתורת השיפוט של הארט, אשר באמצעותה מוסברים האי־היקבעות של החוק והצורך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי, ראה (להלן מורגן החוק). האיסור "להשתמש בכלי רכב בפארק" בוודאי חל על שימוש בכלי רכב ממונעים, אך מה לגבי צעצועים בעלי מנוע חשמלי? ואם הגודל עומד בבסיס האיסור, עד כמה צריך הצעצוע להיות גדול כדי שהאיסור יחול עליו? ומה לגבי אופניים? כיסאות גלגלים? גלגליות? מכאן מסיק הארט ששיקול הדעת השיפוטי מכיל בחירה של השופט: האם להכליל בכלל הקיים מקרים חדשים בשל דמיונם וקרבתם למושא המקורי של הכלל? הארט מתאר, דרך השניות של "גרעין של ודאות" לעומת "צללים של ספק" (penumbra of doubt), את העובדה שלכללים ולמושגים משפטיים נלווה תחום אפור של עמימות, או "מרקם פתוח"



"האם הדרישה הסטטוטורית לשכר מינימלי לשעה שוללת חירות או רכוש ללא הליך נאות?" יש הבנה המוסכמת על הכל, אשר לפיה קיימת השלכה מסוימת לכך שהמכשיר המשפטי מסווג משהו כ־x. יש חילוקי דעות בעניין הקריטריונים הראויים לסיווג.<sup>12</sup> בעיות כאלו, הנוגעות ליישום ציוויים משפטיים על ידי הרשויות, מהוות קורפוס חשוב של שאלות בנוגע למשמעות בתחום החוק. אבל אני רוצה להדגיש קבוצה שונה מאוד של סוגיות.

מה שמחזיק את היקום הנורמטיבי כמקשה אחת הוא כוחן של מחויבויות פרשניות – חלקן קטנות ופרטיות, אחרות עצומות וציבוריות. מחויבויות אלו – מצד עובדי ציבור ומצד אחרים – קובעות גם קובעות מה משמעות החוק ומה יהיה החוק.<sup>13</sup> אילו היו בנמצא שתי מערכות משפט, ובשתיהן אותם ציוויים משפטיים ואותם דפוסים צפויים מראש של אכיפה בכוח, בכל זאת היה הבדל מהותי בין המשמעויות שלהן אם באחת המערכות נהנו הציוויים מהעוצה כללית, ואילו בשנייה רבים ראו אותם כלא־צודקים ביסודם.<sup>14</sup> עליו להדגיש כי מה שאני מתאר איננו ההבחנה בין "החוק שבפעולה" ובין "החוק שבספרים".\* אין ספק כי חוק יכול להיאכף בהצלחה, ועם זאת לעורר עליו טינה אקטיבית. עובדה עגומה היא בעולמנו שלנו כי אזרחים רבים סבורים שבית המשפט העליון, בפסיקת רואו נ' וייד,<sup>15</sup> התיר להרוג בני אנוש חפים מפשע לחלוטין. אחרים מאמינים כי הביטול בפועל של פסק הדין פורמן נ' ג'ורג'יה<sup>16</sup> החל תקופה של רצח רשמי בידי המדינה. אפילו אם האימה והסלידה שחשים אנשים אלו אינן באות לידי ביטוי בדפוסים של פסקי הדין ואכיפתם, הרי משמעותו של העולם הנורמטיבי משתנה עם

(בניגוד לסמנטיקה, שבה הסימנים מדויקים ובעלי משמעות אוניברסלית, כגון במתמטיקה ובמוסיקה).

\* ההבחנה בין "החוק שבפעולה" (law in action) ובין "החוק שבספרים" (law in books), שטבע רוסקו פאונד (1870-1964) לפני כמאה שנה, מסמנת את ראשית המגמה הריאליסטית בתורת המשפט, ראה Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action," *American Law Review* (1910), pp. 12-36. (להלן פיקוח חברתי באמצעות החוק). ביסוד ההבחנה, שנועדה לצדד בביטוי המעשי של החוק, ניצבת הטענה שהחוק איננו נבחן רק בצורתו הסטטוטורית או בפסיקה של הערכאות השיפוטיות, אלא באופן שבו הוא מיושם בפועל בחברה. על המשפטן, לפי ההשקפה הריאליסטית, להיות מודע לכך שהחלטות שיפוטיות אינן מתקבלות רק על פי לשון הוראת החוק, אלא על פי מה שנראה לשופטים כתוצאה הוגנת וראויה בנסיבות העובדתיות. הכללים והנימוקים המשפטיים, לפיכך, אינם אלא הצדקות אדי-הוק להחלטות המבוססות על שיקולים שאינם דווקא משפטיים.

האירועים הללו. גם בעיני מתנגדי ההפלות וגם בעיני מתנגדי עונש המוות, לבש העיקרון "לא יישללו חייו של אדם ללא הליך משפטי נאות" \* לבוש אירוני. עתידו של הציווי המסוים הזה שרוי בצלה של האירוניה ההיא, לא פחות משהוא שרוי בצל התקדימים רואו נ' וייד ופורמן נ' ג'ורג'יה עצמם. ממש כפי שמשמעותו של החוק נקבעת מתוך הבנת המחויבויות הפרשניות שלנו, כך גם איאפשר להבין רבים ממעשינו אלא ביחס לנורמה. ציוויים ועקרונות משפטיים אינם רק דרישות כלפינו מצד החברה, העם, השליט או אלוהים. הם גם סימנים שבאמצעותם כל אחד מאתנו מתקשר עם אחרים. יש הבדל בין שינה עד שעה מאוחרת ביום ראשון ובין סירוב להשתתף בטקסי הקודש של הכנסייה;<sup>17</sup> בין אכילת משהו קטן ובין חילול יום הכיפורים;<sup>18</sup> בין הפקדת צ'ק בבנק ובין סירוב לשלם מס הכנסה. בכל אחד מהמקרים הללו, המעשה מסמן משהו חדש ורבי-עוצמה כשאנו מבינים כי הוא מתייחס לנורמה. בשל המאפיין הזה בכמה סוגים של עבירות, עולה הדרישה להעניק לאי-ציות אזרחי מעמד מיוחד. אבל יכולתו של החוק להאציל משמעות על פעולות אינה מוגבלת לתחום ההתנגדות או האי-ציות. החוק משמש כמשאב לצורך משמוע, משאב המאפשר לנו להכפיף את עצמנו,<sup>19</sup> לשמוח, להיאבק,<sup>20</sup> לעוות, להלעיג,<sup>21</sup> להמיט חרפה, להשפיל או להעניק כבוד.<sup>22</sup> המובן שאנו מוצאים בעולם הנורמטיבי שלנו, אפוא, אינו מתמצה בכך שאנו מפרטים את דפוסי הדרישות מאתנו – אפילו אם הרקולס עצמו יראה כי כל אחת מהן היא חבילה מוצדקת ועקבית-בתוך-עצמה. \*\* אנו

\* התיקון החמישי לחוקה האמריקנית הקובע את הזכות להליך הוגן: "שום איש... לא יקופח מחייו, חירותו או קניינו בלי הליך משפטי תקין". המילטון, מדיסון וג'יי, הפדרליסט, תרגם אהרן אמיר (ירושלים: שלם, 2001), עמ' 471. זכות זו מופיעה לראשונה ברשימת הזכויות של המגנה כרטה ליברטסום משנת 1215 (סעיף 39). במרוצת השנים היא נוסחה כזכות יסוד במרבית שיטות המשפט ובהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם בשנת 1948 (סעיפים 7, 10 ו-11).

\*\* הרקולס היא דמות מטפורית המופיעה בכתביו המוקדמים של דבורקין, ומטרתה לאפיין את הליך השיפוט האידיאלי ולתמוך ב"תזת התשובה הנכונה". ראה Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University, 1977), pp. 105-130. תזה זו מושתתת על ההנחה שהחוק הוא "רשת חלקה" (seamless web) שבה תחומי החוק השונים קשורים זה בזה. לפיכך, החלטה שיפוטית נכונה צריכה להתאים הן לתפיסת החוק כמכלול הן להצדקה הטובה ביותר של החוק. הרקולס הוא שופט אידיאלי, מעין שופט-על, הניחן בידע משפטי שאין דומה לו, חכם לאירישיעור, וזמנו עומד לו באופן בלתי מוגבל כדי לעקוב אחרי מקורות המשפט וההשלכות של יישום החלטותיו השיפוטיות. בשל יכולתו להקיף את מכלול הקשרים הפנימיים של החוק הוא מבין באופן מלא את מטרת החוק, ולפיכך החלטותיו מיישמות את החוק באופן המוצלח ביותר בהתאם למטרות החוק. קאבר משווה את תורת השיפוט והפרשנות השיפוטית הדבורקיאנית עם

בונים משמעות בעולמנו הנורמטיבי באמצעות שימוש באירוניה של סמכות השיפוט,<sup>23</sup> בקומדיית המניירות ששמה "רע מכוח איסור החוק"<sup>24</sup> ובתורת ההכרה הסוריאליסטית של ההליך הנאות.<sup>25</sup>

מכאן נובע שמסורת משפטית היא חלק בלתי נפרד מן העולם הנורמטיבי המורכב. המסורת כוללת לא רק קורפוס יוריס,\* אלא גם שפה ומיתוס – נראטיבים שבהם הגורמים המפעילים רצונותיהם על הקורפוס יוריס מקצים לו מקום. המיתוסים הללו מכוננים את הפרדיגמות להתנהגות. הם בונים את היחסים בין העולם הנורמטיבי לעולם החומרי, בין מגבלות הממשות לדרישותיה של האתיקה. המיתוסים הללו מכוננים רפרטואר של צעדים – לקסיקון של פעולה נורמטיבית – שאפשר לשלב ביניהם כדי ליצור דפוסים בעלי משמעות, שלוקטו מבין הדפוסים רבי-המשמעות של העבר. את המשמעות הנורמטיבית ששכנה בדפוס העבר נוכל למצוא בתולדות הדוקטרינה המשפטית הרגילה שפעולתה ניכרת בעסקי היומיום; בכמהות אוטופיות ומשיחיות – אותן צורות דמיוניות שניתנו למציאות הפחות עמידה; בדברי הסנגוריה על כוח וזכות-יתר, ואף בביקורות העומדות בשורה אחת עם ההצדקות של מפעלות החוק.

אפשר לראות את החוק כמערכת של מתחים, או כגשר המחבר בין מושג של ממשות ובין חלופה מדומיינת – כלומר, כקשר בין שני מצבי עניינים, שאת שניהם אפשר לייצג במונחם הנורמטיבי רק באמצעות כלי הנראטיב.<sup>26</sup> מכיוון שכך, אחד המרכיבים המכוננים של הנומוס הוא התופעה שג'ורג' שטיינר נתן לה את השם "חילופיות": "ה'מלבד המקרה שלפנינו', טענות נוגדות-מציאות, דימויים, צורות רצון והתחמקות המטעינים את קיומנו המנטלי ובאמצעותם אנו בונים את השינוי, סביבה פיקטיבית למדי לקיומנו הגופני והחברתי".<sup>27</sup>

אבל מושג הנומוס אינו מתמצה ב"חילופיות" שלו; הוא אינו אוטופיה וגם לא חזון ותו לא. הנומוס, כעולם של חוק, כולל בתוכו את הפעלת הרצון

תפיסת הנומוס שלו (להלן הערה 45, עמ' 86), ומבקר את השאיפה להרמוניזציה ואת ההתעלמות מיחסי הגומלין שבין אפשרויות הפרשנות הלגיטימיות.

\* המונח "קורפוס יוריס" משמעותו בלטינית גוף החוק. במקורו, במשפט הרומי, הוא כלל כמה אוספי חוקים בתחומים משפטיים שונים. היום הוא מציין אוספים אנציקלופדיים של חוקים, מקרי פסיקה ופרשנויות מקובלות בארצות-הברית ובמדינות נוספות. במסגרת האיחוד האירופי מציין "קורפוס יוריס" את רעיון האיחוד המשפטי, אשר לפיו יוגדר שטח שיפוט אירופי, תביעה ציבורית וחוק פלילי אחיד לכל המדינות החברות.

האנושי על מצב עניינים קיים ואת החזון שלנו לגבי עתידים חלופיים. נומוס הוא עולם נוכח המורכב ממערכת של מתחים בין ממשות לחזון. החזונות שלנו מציגים בפנינו את המציאות ככזו הזקוקה לגאולה. כשלעצמם, העולמות החלופיים שבחזונותינו – הזאב הגר עם הכבש, שמיטת החובות אחת לשבע שנים, המדינה הנובלת ונעלמת לה – אינם מכתיבים סדרה של תמורות או של ניסיונות לחולל תמורה. אבל החוק מקנה לחזון "עומק שדה", בכך שהוא מעמיד חלק אחד שלו באור הזרקורים – דרישה עיקשת ומיידית – ומותיר חלקים אחרים שלו בין צללי אחרית הימים. החוק הוא המתיר תמורות מסוימות באמצעות שפיכות דמים, ואילו אחרות הוא מאשר רק בהסכמה פה-אחד. החוק הוא כוח, כמו כוח הכבידה, אשר באמצעותו מפעילים העולמות שלנו את השפעתם זה על זה, כוח המשפיע על מסלוליהם של העולמות הללו בחלל הנורמטיבי. והחוק הוא השומר על הממשות בנפרד מן החזונות שלנו ומציל אותנו מן האסכטולוגיה, שהיא ההתנגשות בתוך עולמנו החומרי והחברתי בין המבנים שיצרנו לנו בשכלנו.

הקודים המייחסים את המערכת הנורמטיבית שלנו למבני החברה הממשיים מחד גיסא ולחזונות שלנו לגבי העולם כפי שהיה יכול להיות מאידך גיסא – הם הנראטיב. עצם ההטלה של כוח נורמטיבי על מצב עניינים, אמיתי או מדומיין, הוא מעשה של בריאת נראטיב. הסוגות השונות של הנראטיב – היסטוריה, סיפורת, טרגדיה, קומדיה – דומות זו לזו בכך שכולן מתארות מצב עניינים אשר מושפע משדה-כוח נורמטיבי. על מנת לחיות בעולם משפטי נחוץ להכיר לא רק את הציוויים, אלא גם את הקשר בינם לבין מצבי-עניינים אפשריים או מתקבלים על הדעת. נחוץ ליצור תמונה ששלובים בה לא רק ה"כך הוא" וה"כך צריך להיות", אלא ה"כך הוא", ה"כך צריך להיות" וה"כך עשוי להיות".\* בדרך זו משלב הנראטיב את התחומים הללו לכלל שלם אחד. נראטיבים הם מודלים אשר דרכם אנו חוקרים וחווים את התמורות המתחוללות כשגורמים למצב עניינים מפושט נתון לעבור דרך שדה הכוח של קבוצת נורמות, ממושטת גם היא.

המובנות של התנהגות נורמטיבית טבועה באופי הקהילתי של הנראטיבים המספקים את ההקשר לאותה התנהגות. מישהו שיחיה חיים נורמטיביים אידיוסניקריטיים לחלוטין יהיה משוגע למדי. התפקיד שאתה

\* what might be<sup>1</sup> ought, is, בהתאמה.

או אני בוחרים לשחק עשוי להיות ייחודי, אבל העובדה שאנו יכולים למקם אותו בתוך "תסריט" משותף עושה אותו ל"שפוי" – כתב ערובה לכך שאנו חולקים בינינו נומוס.<sup>28</sup>

את הפרק השני של חיבור זה אני פותח בהנגדה בין הצורה האידיאלית ליצירת נומוס – עולם משפטי אשר נתפס אך ורק כמשמעות משפטית – ובין הרעיון המוכר יותר של החוק כפיקוח חברתי.\* אחרי כן, אני נכנס לעומק הרעיון הלא־מוכר של הנומוס, בכך שאני מציג דוגמה מורחבת תוך שימוש בטקסטים מקראיים. בחרתי בחומר הזה משום שהתנ"ך הוא קורפוס מתוחם על פי המוסכמה, הכולל חומרים פרסקריפטיביים ונראטיביים, ויכול לשמש כמודל מפוּשט באופן מלאכותי. הפרקים שיבואו לאחר מכן מיישמים את המודל על הבעיות הסבוכות יותר של יצירת משמעות חוקתית – בעיות שאנו נתקלים בהן בעולמנו שלנו – אבל מתרכזים ביצירתה של משמעות כזאת מחוץ לבתי המשפט הרשמיים. אתבונן בשתי גרסאות מובחנות של נומוס – האינסולרית והגאולתית. הפרק השלישי מביא את תפקידה המיוחד של המחויבות ביישום המשמעות המשפטית בפועל; הוא בוחן את טבען של המחויבויות הדרושות לקהילות הדוגלות במשמעות משפטית המנוגדת לזו של המדינה, ומעמת אותן עם טבעה של המחויבות אצל שופטים רשמיים. הפרק הרביעי מסכם את הנאמר בעזרת ביקורת של פסיקת אוניברסיטת בוב ג'ונס נ' ארצות־הברית,<sup>29</sup> ביקורת המתבססת על העקרונות והשיטות שפותחו לאורך החיבור הזה כולו.

## ב. עולמות משפטיים ומשמעות משפטית

לנומוס שתיארתי לא נחוצה מדינה כלל. ואכן, זו התזה שחיבור זה מבקש להעמיד: יצירת משמעות משפטית – בריאת־חוק – מתחוללת תמיד

\* תפיסת החוק כמנגנון פיקוח חברתי קשורה לגישה הסוציולוגית בתורת־המשפט, אשר אינה בוחנת את החוק רק כמערכת של כללים ועקרונות, אלא מתייחסת אליו בעיקר על רקע הידע הנרכש מתחומים חוץ־משפטיים של מדעי החברה. גישה זו צמחה בראשית המאה העשרים לצד גישות אנטי־מטפיויות נוספות, כדוגמת ההיסטוריציזם והפוזיטיביזם המשפטי. מייצג נודע של גישה זו הוא רוסקו פאונד; נוכח שחיקת הדת, המשפחה והחינוך באכיפת נורמות מוסריות, ראה פאונד את החוק כמנגנון תועלתני ראשוני להבטחת הפיקוח החברתי, ראה פאונד, פיקוח חברתי באמצעות החוק. קאבר מנג'יד אפוא בין הגישה הסוציולוגית המושתתת על זיקת חוק־חברה, ובין תפיסת הנומוס וזיקת חוק־משמעות.

# הערות

## הערות למאמר "נומוס ונראטיב"

ברצוני להודות לבוריס ביטקר, רוברט פֶרֶט, הרלון דלטון, מרים דמסקה, פְּרִי דִיין, אוֹוֶן פִּיס, ג'ק גטמן, פול גבירץ, מיכאל גראץ, הנרי הנסמן, ג'פרי הזרד, ליאון ליפסון, ג'רי מְשׁוֹ, פיטר שֶק, אבי סוֹיפֶר, הארי ולינגטון, סטאן וילר וסטיב ויזנר על עזרתם הנדיבה בשלבים שונים של הכנת חיבור זה. נעזרתי רבות גם בהערותיהם של עמיתים רבים במפגשי עבודה של הסגל באוניברסיטת ייל. אני אסיר תודה לתלמידות הדוקטורט סון גְיוֹנְג הוֹנְג (Yale J.D. 1985) ואֶלִיין סאקס (Yale J.D. 1986) על עזרתן במחקר לקראת כתיבת החיבור הזה.

Wallace Stevens, "Connoisseur of Chaos," in *The Collected Poems of Wallace*. 1  
*Stevens* (New York: Knopf, 1954), p. 215  
תרגמה טובה רוזן-מוקד, בתוך עכשיו 60 (1993), עמ' 131-133.

2. בעניין הרעיון של "בניית עולם", על השלכותיו הנורמטיביות, ראה, למשל,  
Peter Berger, *The Sacred Canopy: Elements of a Sociological Theory of Religion*  
(להלן האפיריון הקדוש) (Garden City, N.Y.: Doubleday, 1967)  
Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge* (New York: Doubleday, 1966); John Gager, *Kingdom and Community: The Social World of Early Christianity* (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1975)  
מאנהיים, אידיאולוגיה ואוטופיה, תרגם אביעד שטיר (ירושלים: שלם, 2012). והשווה גם אצל ברגר, האפיריון הקדוש, עמ' 19 ואילך (המעלה את רעיון ה"נומוס" או "הסדר רביהמשמעות").

3. אין בכוונתי לרמוז כאן כי ישנו קנון רשמי ומיוחס של נראטיבים ולו זכויות-יתר כלשהן. אדרבה, אף על פי שקנונים מסוימים, כגון התנ"ך, משלבים חומר משפטי

עם טקסטים נראטיביים, הרי טקסטים משפטיים מודרניים (אולי למעט חוות דעת של שופטים) אינם עושים זאת על פי רוב. דווקא האופי רחב היריעה ומשולל זכויותהיתר של הנראטיב בעולם מודרני, לצד חיוניותו לצורך החיפוש אחר משמעות, הוא המוקד העיקרי של חיבור זה.

4. טקסטים פרסקריפטיביים משנים את משמעותם כל אימת שאנו לוקחים אפוס חדש והופכים אותו רלוונטי להם. כל אחד מנוסחיה של חוקת ארצות-הברית יוצר טקסט חדש במובן הזה. כשמתברר כי הטקסט אינו יכול עוד להטמיע את משמעויותיהם של נראטיבים חדשים, שיש להם בכל זאת חשיבות מכוננת, האנשים אכן יוצרים טקסטים חדשים – הם מתקנים את החוקה. אפשר לראות אפוא את התיקונים השלושה-עשר, הארבעה-עשר והחמישה-עשר לחוקה כיצירה של טקסטים חדשים שיתאימו לאפוסים מכוננים חדשים. אבל דרכים אחרות ליצור טקסטים עשויות להיות רשמיות פחות ומסוכנות יותר. חילוקי דעות עמוקים בשאלת האפוסים המכוננים עלולים להביא לטקסטים פרסקריפטיביים בדלניים – פרסקריפציות מתחרות שנועדו להתאים לנראטיבים מתחרים. השווה למשל בין חוקת הקונפדרציה, סעיף ג, פסקה 2 (א) (המורה כי עבד אינו יכול להפוך לחופשי על ידי מעבר בטריטוריה שאין בה עבדות) ובין חוקת ארצות-הברית, סעיף ג, פסקה 2 (סעיף העבד הנמלט). בעניין ההקשר הנראטיבי של קונפליקט פרסקריפטיבי זה, ראה Robert Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (New Haven: Yale University, 1975), pp. 86-88, 284 n.10 (להלן שופט נאשם).

5. טענה דומה, ואולי אף זהה ממש, העלה גם לון פולר המנוח בספרו Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself* (Chicago: Foundation Press, 1940).

6. ראה, לדוגמה, Hayden White, "The Value of Narrativity in the Representation of Reality," in William John T. Mitchell, ed., *On Narrative* (Chicago: University of Chicago, 1981), pp. 1, 20 ("הדרישה לסיגור בסיפורים היסטוריים היא דרישה, כך אני סבור, למשמעות מוסרית, דרישה לאמוד את ערכה של שרשרת מאורעות אמיתיים בהתאם לחשיבותם כאלמנטים של דרמה מוסרית"); ראה גם שם, עמ' 23 (טיעון כי הדרישה לסיגור בייצוגם של "מאורעות אמיתיים" "עולה מן הרצון כי מאורעות אמיתיים יפגינו קוהרנטיות, שלמות, מלאות וסיגור ההולמים דימוי של החיים, דימוי שאינו יכול אלא להיות מדומיין").

7. כל הסיטואציות המוסריות ניהנות בהקשריות גדושה. השווה עם קליפורד גירץ, פרשנות של תרבויות: לקראת תיאורית תרבות פרשנית, תרגם יואש מייזלר (ירושלים: כתר, 1990), עמ' 17 ("האדם הוא בעל חיים האחוז ברשתות משמעות שטווה הוא עצמו"). לדיונים בטקסטים החברתיים היוצרים את ההקשרים הללו, ראה Clifford Geertz, *Negara: The Theatre State in Nineteenth-Century Bali* (Princeton: Princeton University, 1980) (להלן נג'אר); Owen M. Fiss, "Objectivity and Interpretation,"

על *Stanford Law Review* 34:4 (1982), pp. 739-773 (להלן "אובייקטיביות ופרשנות"). על הנסיבות האגוניסטיות שבכל פרשנות, ראה: Harold Bloom, *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry* (New York: Oxford University, 1973). ההקשר הגדוש בתיאוריה מדינית וספרותית נסקר אצל Quentin Skinner, *Foundations of Modern Political Thought* (Cambridge: Cambridge University, 1978) (להלן יסודות המחשבה הפוליטית המודרנית). על המקום המרכזי שתופסות ההיסטוריה והאישיות האנושית בכל תיאור של החוק, ראה: John T. Noonan, *Persons and Masks of the Law* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 1976).

8. ראה, למשל, אריק ה' אריקסון, ילדות וחברה, תרגם אורי רפ (תל אביב: פועלים, 1960), עמ' 184; Lawrence Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice* (San Francisco: Harper and Row, 1981); Jean Piaget, *Play, Dreams, and Imitation in Childhood* (New York: Norton, 1962). להגדרה תיאורטית מורחבת של השלכות ה"אחרות", ראה John Bowlby, *Attachment and Loss* (New York: Basic Books, 1969-1980), vols. 1-3 (להלן התקשרות ואבדן), ובמיוחד שם, כרך א, עמ' 177-298. מאלף להבחין בדמיון המבני בין תיאוריות התפתחותיות, כגון אלו של פיאז'ה, אריקסון, בולבי וקולברג, הכוללות מרכיבים רגשיים, חברתיים ומוסריים. כולן מדגישות מערכת שבה ההתפתחות היא מתלות סומאטית ופיזיולוגית, או תלות הדדית, למודעות לתוצרים תרבותיים ומופשטים. התפתחות דומה כרוכה ברכישת מושגים כגון חלל. ראה, לדוגמה, Jean Piaget and Bärbel Inhelder, *The Child's Conception of Space* (New York: Norton, 1967).

9. התרבויות המשפטיות של היוונים ושל העברים זכורות לנו היום בעיקר בשל הדרך הנהדרת שבה השתמשו בנראטיב כדי לחקור שאלות נורמטיביות גדולות, שבהשוואה אליהן הטיפול הטכני המדויק בסוגיה הוא בעל חשיבות משנית בלבד. ראה להלן, עמ' 16-20 (דיון בטקסטים מקראיים). להשקפה אחת (אולי אידיוסניקרטית) בעניין שילובם של אידיאלים יוניים של החוק והצדק בהישגים תרבותיים גדולים אחרים של יוון העתיקה, ראה: Werner Jaeger, *Paideia: The Ideas of Greek Culture*, esp. vol. i, *Archaic Greece: The Mind of Athens*, trans. Gilbert Highet (New York: Oxford, 1986).

10. כוונתי כאן היא לרמוז על התאמה, בקווים כלליים, לאופן שבו הבין קוין את "המדע" לא כגוף של טענות על העולם ולא כשיטה, אלא כפרדיגמות המאגדות בתוכן שיטה, אמונה וטענות – כלומר, כעשייה. ראה תומס קוין, המבנה של מהפכות מדעיות, תרגם יהודה מלצר (תל אביב: ידיעות אחרונות, 2005); Michael Polanyi, *Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy* (London: Routledge and Kegan Paul, 1958) (להלן ידע אישי).

11. תיאור כללי של הבעיות המסורתיות מופיע אצל William R. Bishin and Christopher D. Stone, *Law, Language, and Ethics: An Introduction to Law and Legal*



*Method* (Mineola, N.Y.: Foundation, 1972) (להלן חזק, שפה ואתיקה). אפילו אלה שהרחיבו את מושג ההרמנויטיקה ראו לעתים קרובות את ההרמנויטיקה המשפטית כעוסקת במידה רבה בקבוצה של בעיות תפעוליות. ראה, לדוגמה, Hans G. Gadamer, *Truth and Method*, trans. G. Barden and J. Cumming (New York: Seabury, 1975) (להלן אמת ומתודה). גאדאמר, בהערה על מנהג שאני מניח כי ראה בו מאפיין של הלמדנות והדוגמטיקה המשפטית כפי שהיא ננקטת בצורתה האירופית, כתב: "הרמנויטיקה משפטית אינה שייכת להקשר הזה ודהיינו, "תיאוריה כללית של הבנת טקסטים ופרשנותם", מכיוון שאין מטרתה להבין טקסטים נתונים, כי אם להיות אמצעי מעשי שיעזור למלא מעין פער במערכת הדוגמטיקה המשפטית". שם, עמ' 289. כל הדיון בהרמנויטיקה משפטית באמת ומתודה פרוכניציאלי ומאכזב מכמה היבטים. ראשית, הוא מדינני לחלוטין, ולכן אינו מעלה את סוגיית הבעיות ההרמנויטיות המייחדות את כל המערכות של טקסטים נורמטיביים שעברו אובייקטיפקציה (מדינניים ולא-מדינניים כאחד). אבל הוא גם אינו מטפל באופן מספק בסוגיית הרס ההרמנויטיקה במסגרת הפונקציות האפולוגטיות-בהכרח של נציגי המדינה. ולבסוף, באמת ומתודה, הקושי האופייני בעיני גאדאמר הוא בעיית היישום. ולכן, אפילו כשהוא שולל את האפשרות ליישם בפשטות חוקים כלליים על עובדות ספציפיות, הוא דן ב"בעיית" ההרמנויטיקה המשפטית כאילו היא הבעיה הזאת. ראה, לדוגמה, שם, עמ' 471 ("המרחק בין האוניברסליות של החוק ובין הסיטואציה המשפטית הקונקרטית במקרה מסוים כמוכן אינו ניתן לגישור מעצם מהותו").

כמה מן הבעיות שאני עוסק בהן בחיבור זה טופלו באופן מעורר מחשבה בידי ג'יימס וייט, תחילה בספרו *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (Boston: Little and Brown, 1973) ומאוחר יותר במאמרו James White, "Law as Language: Reading Law and Reading Literature," *Texas Law Review* 60:3 (1982), pp. 415-445. אני אסיר תודה לפרופ' וייט על הדרכים שבהן חקר את מלוא טווח הפונקציות מכוונות המשמעות של השיח המשפטי.

12. ראה בישין וסטון, חזק, שפה ואתיקה (איסוף מקרים וחומרים).

13. בעניין המחויבות ראה להלן, עמ' 42-56.

14. לעתים קרובות אנו מביעים – ולפעמים מבבלים – את מובנו של ההבדל הזה באמצעות הטלה של הבחנה אונטולוגית על ציר הזמן. אנו מדברים על מערכת משפטית אחת כ"מנונת" או "מתפוררת", ולעתים קרובות חושבים כי תכונה זו תביא להיווצרות הבדל – תחולל שינוי לאורך זמן. הקרנה זו על פני ציר הזמן עשויה להיות, כמוכן, תחזית שאין לזלזל בה, אבל סבורני כי לעתים קרובות לא פחות זוהי מטפורה (הטענות כה מעורפלות עד שלעולם אינן ניתנות לבחינה של ממש) לפגם שאנו מאמינים כי הוא חלק בלתי נפרד ממצב עניינים מסוים.

15. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). [הערת העורך: פסק דין זה הוא אבן דרך חשובה ביותר בהיסטוריה המשפטית והפוליטית בארצות־הברית. בית המשפט העליון של ארצות־הברית פסק כי חוק מוקדם של מדינת טקסס שאסר לבצע הפלה מלאכותית במקרים שאין בהם סכנת חיים, סותר את החוקה בשל הפגיעה בזכות לפרטיות ועל כן הוא בטל. החלטה זו עוררה מחלוקת פוליטית הנמשכת עד ימינו. במרוצת השנים נעשו ניסיונות רבים להפוך את הפסיקה. בית המשפט הותיר את הפסיקה על כנה אך הרחיב את אפשרות המדינות להגביל את הזכות להפלה.]

16. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972). [הערת העורך: בפסק דין זה נדרש בית המשפט העליון האמריקני לשאלת החוקתיות של עונשי מוות. בית המשפט לא הצליח להגיע לעמדה אחידה בשאלת החוקתיות, אף כי גובשה בו ביקורת על חוקי עונש המוות הקיימים ועל יישומם. החלטה זו הצריכה בחינה מחודשת של החקיקות המאפשרות עונש מוות ברמת המדינה וברמה הלאומית, כדי לוודא שענישה זו אינה מיושמת באופן גחמני ומפלה. החקיקה הפלילית הנוגעת לעונש מוות שונתה בהתאם לכך, אולם בעקבות זאת התרבו מקרי ההוצאה להורג במגבלות שנקבעו בפסיקה זו.]

17. ראה, לדוגמה, וולאס טיבננס, "בוקר יום א", תרגם צביקה יעקבי, בתוך עכשוו 61 (1995), עמ' 47-51.

18. דוגמה נאה לנקודה הזאת נמצאת לנו אצל ארווין הָאוּ, המתאר את הרדיקליות היידישאית בלואר איסט סייד בניו יורק:

בכך שהאנרכיסטים וחלק מהסוציאלי דמוקרטים בחרו להפגין את שחרורם מאמונות טפלות באמצעות קיום נשפים ותהלוכות בערב יום כיפור, הרגע הקדוש ביותר בלוח השנה היהודי, הם גילו לא רק חוסר רגישות, אלא גם עד כמה האמונה המסורתית שולטת באלה המתכחשים לה.

Irving Howe, *World of Our Fathers* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1976), p. 106.

19. בעניין השליטה והכפיפות, ראה Douglas Hay, "Property, Authority, and the Criminal Law," in Douglas Hay, Peter Linebaugh, John Rule, Edward Thompson, and Cal Winslow, *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England*. (New York: Pantheon Books, 1975), pp. 17-64.

20. ראה, לדוגמה, Richard Kluger, *Simple Justice* (New York: Knopf, 1975).

21. סיפורו של גארי גילמור הוא דוגמה רבת־עוצמה לשימוש בחוק למטרות לעג. ראה Norman Mailer, *The Executioner's Song* (Boston: Little, Brown, 1979).

22. טווח ההבעות של החוק רחב ידיים; וכמו במשאבי שפה אחרים, היחס בין התוכן המוצהר של החוק ובין משמעותו הוא לעתים קרובות יחס סבוך. ראה לדוגמה את סוגיית השימוש בעונש מוות כדי להביע את כבודם של חיי אדם ואת ערכם העליון:

להשקפה זו על הייחודיות והעליונות של חיי אדם יש גם עוד השלכה. היא מעמידה את החיים מחוץ לטווח השגתם של ערכים אחרים. הרעיון כי אפשר למדוד את החיים במונחים כספיים... אינו בא בחשבון. פיצוי מכל סוג שהוא אינו עומד על הפרק. אשמתו של הרוצח אינסופית, משום שאין שיעור לערך חייו של הנרצח... כמוכן, השפעתה של השקפה זו היא פרדוקסלית: משום שאין שיעור לערכם של חיי אדם, נטילת חייו של מישהו אחר מחייבת עונש מוות. אבל אל לפרדוקס הזה לעוור את עינינו מראות את השיפוט הערכי שהחוק ביקש לגלם.

Moshe Greenberg, "Some Postulates of Biblical Criminal Law," in Judah Goldin, ed., *The Jewish Expression* (New York: Bantam Books, 1970), pp. 18, 26 (הערות השוליים הושמטו).

23. ראה, לדוגמה, *Murbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). פסק הדין מארברי נ' מדיסון הוא דוגמה חזקה במיוחד של תופעה כללית. כל שלילה של סמכות שיפוט הבאה מצד בית המשפט היא הצהרה כי יש לו הסמכות לקבוע את סמכות השיפוט ועל ידי כך לכונן נורמה.

24. עם ההכרה – שהייתה כבר מפותחת למדיי בפילוסופיה היוונית העתיקה – באופי היחסי והמותנה-במהותו של חלק גדול מן החומר הציוויי בכל חברה, עולה האפשרות להתבדח על חשבון הציוויים הספציפיים של חברה מסוימת – ובמיוחד על חשבון המשאבים הרבים שמשיקעות הרשויות במה שאין לו שום יחס הכרחי להתנגשויות הגדולות והטרגיות-בכוח בין טוב לרע (מאלום אין סה – הרע כשלעצמו). כאשר השטן הוא מעשה ידינו אנו, הוא נעשה קומי.

25. ראה, Grant Gilmore, *The Ages of American Law* (New Haven: Yale University, 1977), p. 111: "בגיהנום לא יהיה דבר מלבד חוק, ועל ההליך הנאות ישמרו שם בקפידה רבה".

26. ראה וייט, "ערך הנראטיביות".

27. George Steiner, *After Babel: Aspects of Language and Translation* (London: Oxford University, 1975), p. 222. [הערת העורך: ביטוי המקור של שטיינר ל"חילופיות" הוא [alternity

28. הערובה לשפיות אינה שווה יותר משווים התהליכים החברתיים המולדיים אותה. אבל לתפיסתי יש הבדל בין מעשי הנבלה הקולקטיביים שאנו קוראים להם לפעמים בשם טירוף ובין המעשה האידיאליסטי של היחיד.

29. *Bob Jones University v. United States*, 103 S. Ct. 2017 (1983).

30. המדינה נעשית מרכזית בתהליך, לא משום שהיא מותאמת במיוחד לבריאת חוק, ולא משום שהתהליכים החברתיים של מתן משמעות לפעילות נורמטיבית מפסיקים בנוכחותה של המדינה. המדינה נעשית מרכזית, כפי שאטען בפרק ג, רק משום שאקט של מחויבות הוא היבט מרכזי של המשמעות המשפטית, ואלמות היא קנה מידה ומבחן רבי-עוצמה למחויבות. [הערות העורך: ביטוי המקור של קובר ל"בריאת-עולם" הוא [jurisgenesis]

31. משנה אבות א, ב. זהותו המדויקת של שמעון הצדיק אינה ידועה, וכך גם תאריכי לידתו ומותו. רוב החוקרים היום מאמינים כי היה הכהן הגדול שמעון השני – בנו של חוניו השני – אשר תמך בסלווקים בניסיונם לתפוס את השלטון ביהודה מידי בית תלמי. ראה, (1972, Keter, Jerusalem: *Encyclopaedia Judaica*, "Simeon the Just," vol. 14, pp. 1566-1567. למחקר ביקורתי והיסטורי על מכתמו של שמעון הצדיק, ראה Judah Goldin, "The Three Pillars of Simeon the Righteous," *Proceedings of the American Academy for Jewish Research* 27 (1958), pp. 43-58.

המילה העברית "תורה" תורגמה ל"נומוס" ביוונית בתרגום השבעים, בתרגום היווני של כתבי הקודש ובכתבים שנכתבו בעקבותיהם, ולאנגלית היא תורגמה בצירוף the Law ("החוק"). "תורה", כמו "נומוס" וכמו "החוק", פתוחה לפרשנות במגוון משמעויות, המשמשות גם להעשיר את המונח וגם לערפל כל ניתוח שלו. כל שלושת המונחים מרמזים במיוחד על הפולמוס של פאולוס נגד החוק. המילה העברית "תורה" מתייחסת גם לחוק כמובן גוף של תקנות וגם, במשמעות מורחבת, לקורפוס של כל החומר הנורמטיבי הקשור אליו, וכן ללימוד ולהוראה של אותם מקורות ראשוניים ושניוניים. כמובן המורחב ביותר, המונח כולל בתוכו את החיים עצמם, או לפחות את הממד הנורמטיבי שלהם, והשימוש במילה "תורה" בכתבים רבניים מאוחרים יותר הוא כמובן מורחב ומושאל שכזה. לדיון על מובנים אלו של המילה "תורה" ראה אפרים א' אורבך, "תורה שבכתב ותורה שבעל פה", בתוך חז"ל: פרקי אמונות ודעות (ירושלים: מאגנס, תשמ"ו), עמ' 254-278. קונוטציה נוספת של המילה "תורה" מתייחסת לקנון של חומר בעל סמכות נורמטיבית וללימודו. בעניין הטענה כי בניגוד לאופן השימוש במונח במקורות תנ"כיים מוקדמים יותר, המילה "תורה" מופיעה בכתביה הדוטרינומיסטית תמיד בלשון יחיד "בהתאם למושג התורה שעברה קנוניזציה", ראה Moshe Weinfeld, *Deuteronomy and the Deuteronomistic School* (Oxford: Clarendon, 1972), Appendix A, p. 338 (להלן דוטרנומיה והאסכולה הדוטרנומית). אין ספק כי בכתבים בתרימקראיים הופעת המילה "תורה" בלשון רבים ניחנה בעוצמה יוצאת דופן

## מפתח

בארת, קרל 10	אהרן 17
בירב, רבי יעקב טז, 70-75, 112	אובייקטיפיקציה יד, 42-43, 80, 86
בית המשפט העליון ט, 3, 14-15, 22,	אוניברסיטת בוב ג'ונס נ' ארצות
39-38, 52, 54-55, 57, 60, 81, 91,	הברית ט, כד, 7, 22-25, 49, 58-
104-102, 97	111-107, 100, 63
בנתאם, ג'רמי כג, 48	אוסטין, ג'ון כג
ברגר, וורן 60-62	איגרת אל הגאלאטיים 20
בריאת־חוק טו, יח, ל, 7-8, 11-12, 21,	אייסכילוס 38, 96
37-38, 44, 50, 53-55, 58-59,	אימפריאלי יח-כ, לב, 9-10, 12, 56-63,
101-100, 83, 63-62	86, 84
הברית החדשה לא, 27, 29	אינסולרי ז, 7, 21-23, 27, 29-33, 40,
ברנדייס, לואיס דמביץ 46-47, 98	110, 93, 63-56, 43-42
גאנה 55, 105-106	אי־ציות אזרחי 4, 44-45
גאריסוניים 32-36, 95	אלימות ז, כ, לג, 9, 21-22, 45-56, 66-
גירץ, קליפורד יג, ל, 78, 96	110, 102, 100-99, 96, 83, 67
דאגלס, סטיבן 101	האמיש, בני 22, 24-30, 42-43, 48, 50,
דאגלס, פרדריק 13, 34-36, 95	108, 100, 93-91, 62, 59
דבורקין, ריצ'רד כד, כט, 4, 86, 94, 98	אמנה חברתית כז, 19, 23, 27-29, 51,
דורקהיים, אמיל כג	90
דילמה מוסרית־פורמלית ה	אנאבפטיסטים 22-24, 59
דיסוננס קוגניטיבי ה, כג	אנומיה 61
הדמיון המשפטי יז-יח	אסכטולוגיה יג, 6, 36, 64-65
	אקווינס, תומס כט
	אקטיביזם שיפוטי ה, כד

- התיקון הארבעה-עשר לחוקה 107  
 התיקון החמישי לחוקה 36, 4  
 התיקון הראשון לחוקה 25, 15-13,  
 107, 87, 59, 46  
 התיקון השישי לחוקה 36  
 התיקון השלושה-עשר לחוקה 13,  
 78  
 חוקתיות גאולתית 31-30, 41, 56,  
 63-61  
 חוקתיות רדיקלית 31-36, 95  
 חזון יחזקאל 85  
 חילופיות יב, כה, 5, 82  
 חינוך ט-י, כה-כו, 7, 9, 57-61, 91,  
 107  
 החשיבה הפוויטיביסטית יא-יב, 34,  
 56-55  
 טאפט, ויליאם הווארד 52, 103  
 טוני, רוג'ר 34, 55, 95, 106  
 יאנגר נ' האריס 53  
 היהדות ההלניסטית יו, לא  
 יוטה 49  
 יום, דייוויד יב, כג, כז-כה  
 יום הכיפורים 4, 81  
 יחסי הלכה ומשפט יט-כ  
 יעקב 17-18, 88-89  
 כלל הכרה 19, 27  
 כנסיית ישו המשיח של קדושי אחרית  
 הימים נ' ארצות-הברית 49  
 הכשל הנטורליסטי יב, כה  
 לאטימר, ג'ורג' 32  
 לינקולן, אברהם 13, 55, 90, 101-102  
 מאיר נ' נברסקה 57, 107  
 דרד סקוט נ' סנדפורד 101, 34  
 האו, מרק דהזולף 14  
 האווט נ' קנזס 52  
 הארט, הל"א כג, 2, 19, 86  
 הבל 16-17  
 הולמס, אוליבר ו' כז, 103, 109  
 הליך נאות 3-5, 36, 57-58, 82, 103,  
 107  
 הפרדת הדת מהמדינה 14, 23, 42  
 הצהרת העצמאות 21, 37, 90, 99  
 התגלות האל 19, 85, 90  
 וובר, מקס כג  
 ווקר נ' עיריית ברמינגהאם 52-53, 102  
 ויטגנשטיין, לודוויג טז, ל  
 וייסברוד, קרול 27, 93, 100  
 ויסקונסין נ' יודר 22, 26, 58, 91  
 ויצק, ויליאם 33, 36  
 חופש הביטוי 13, 46, 107  
 חופש ההתאגדות (ראה גם אוניברסיטת  
 בוב ג'ונס נ' ארצות-הברית) 13,  
 28-31, 58-59, 93  
 חופש החזים 27-28  
 חופש הפולחן 24, 27-29, 92  
 החוק כגשר יג-יד, כא, 5, 46, 64-65  
 חוק החברות 28-29  
 החוק הלאומי ליחסי עבודה 59-61  
 חוקי ירושה 16-18, 20, 32, 87, 89  
 חוקי העבדים הנמלטים ח, כג-כד, 32,  
 34, 78, 94-95  
 החוקים (אפלטון) 85  
 חוקת ארצות-הברית ט, כד, 4, 13-15,  
 21, 27, 29, 32-37, 40, 44-46,  
 52, 61-63, 78, 81, 87, 92-93,  
 101-102

עונש מוות (ראה גם פורמן נ' ג'ורג'יה)	מבודד (ראה אינסולרי)
יז, 4-3, 22, 81-82	מגילת הזכויות 87
עיריית לוס אנג'לס נ' ליונס 103, 53	מהפכה 19, 21, 30, 89, 99
רבי עקיבא יז-יה, לב	המועצה הלאומית ליחסי עבודה (ראה גם
עשיו 89, 17-18	המועצה הלאומית ליחסי עבודה נ'
	בישוף קתולי) 108, 61-60
פאולוס 83, 19	המועצה הלאומית ליחסי עבודה נ'
פולינומיה 97, 45, 38	בישוף קתולי 61-60
פולמוס הסמיכה טז	מורמונים 49, 28
פוריטנים 90, 28, 14	מחויבות פרשנית ט, יד, יה, כא-כב, 7,
פורמליות שיפוטי ח, כז	11-9, 13, 24, 42-56, 61-63, 66-67,
פורמן נ' ג'ורג'יה 4-3	110, 104, 98, 83, 72
פידיאי יח-כא, לב, 9-12, 20, 59-56,	מחתסב יה, לב
86, 61	מיסוד הדת 15-14
פיליפס, ונדל 95, 34-32	מנוניטים 92-91, 63-62, 59, 28-22,
פיס, אוון 104, 77, 41	107
פיקוח חברתי יא, 7, 13-12, 44, 66,	מנעשי השליחים 27
100, 84	המצוי והראוי יב-יג, יז, כז-כח
פירס נ' חברת האחיות 57	מרטריות 48, 24, 22
פרשנות משפטית 2-3, 7, 34-35, 38-	מרקס, קרל כג
106, 56-48, 45, 42, 39	משה 76, 69-68, 17
קארו, רבי יוסף 8-9, 72-70, 84, 111-	משיחיות כ-כא, כט, לג-לד, 5, 68-65,
113	113-111, 73-70
קווייקרים 50, 27	משנה תורה (רמב"ם) 8, 69, 71, 111-
קוק, אדוארד 39	113
קטילת-חוק טו, יט, ל, 37-39, 51, 56,	משפט הטבע כט-ל, 21, 36, 55, 92-93
96	המשפט העברי יט-כ, 90
קין 17-16	נורמת-הבסיס כח, 19, 40
קלון, הנס יב, כג, כח, 19	
קתולים (ראה גם המועצה הלאומית	סמית, ג'וזף 49
ליחסי עבודה נ' בישוף קתולי) 22,	סמכות השיפוט טו, 5, 34, 40, 51-57,
61-59	61, 63, 69, 74, 82, 94, 97, 101-
	106-105, 103
רואו נ' וייד 4-3	
רוביות 104-103, 54	עבדות ח, 31-33, 35-37, 65, 78, 94-
רו, יוסף כג	101, 96

- שמעון הצדיק 8, 56, 83
- תורה יז, לא, 8-11, 16, 56, 68-69,  
84-83
- תיקון עולם יג, כ, כב
- תלמוד יז, 38, 68, 111
- התנועה לביטול העבדות ה, כז, 13,  
31-32, 35-36, 95
- התנועה לזכויות האזרח 31, 44, 110
- התנועה לזכויות הנשים 31
- התנועה נגד הפלות 32
- התפיסה המדינית י, יז-יח, כב, 25, 39-  
41, 44, 46, 54, 57, 62, 98, 100
- ריגן נ' מיסוי נס ייצוג 61, 109
- רמב"ם (רבי משה בן מימון) יח, כט,  
לא-לב, 69-73, 111-113
- שטיינר, ג'ורג' כח, 5, 82
- שייקרים 27, 29-30, 92-93
- שיקול דעת שיפוטי ה, 2
- שירות ההגירה וההתאזרחות נ' צ'אדהה  
108
- שלמה המלך 17
- שמואל הנביא 17
- שמיט, קרל יא-יב, כז-כז
- רבן שמעון בן גמליאל 8, 56