

פתח־דבר ◀ א. המגבלות של ההצדקות הרציונליות בייצוג המציאות החברתית ◀ 1. חשיפת האמת ◀ 2. שלטון עצמי ◀ 3. דמוקרטיה השתתפותית (deliberative democracy) ◀ 4. הגשמה עצמית ◀ ב. ביקורת מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי ◀ 1. ההצדקה כסיפור מובנה ומבנה של המציאות ◀ 2. ליוטאר ומאבקו בייצוג המציאות החברתית ◀ 3. משבר הייצוג של השפה ◀ 4. מסקנת־ביניים: לייצג פירושו לאבד ◀ ג. גישה פרגמטיסטית לשאלת חשיבותו של חופש הביטוי ◀ 1. העמדה הפרגמטיסטית ◀ 2. תשובה פרגמטיסטית לשאלה מדוע חופש הביטוי חשוב לחברה הדמוקרטית ◀ ד. תחולתו ויישומו של עקרון חופש הביטוי במשפט ◀ 1. ניתוח היקפו הראוי של חופש הביטוי ◀ 2. יישומו של עקרון חופש הביטוי במשפט ◀ סיכום

”ואיך יכולה האמת המוחלטת והבלתי־מעוררת להשתנות משפה לשפה?”<sup>1</sup>

### פתח־דבר

קבוצת אנשים “פולשת” לכיכר המדינה בתל־אביב, שאדמותיה מצויות בבעלותם של בעלי הון מקומיים, ומקימה שם מאהל־קבע במחאה על המדיניות החברתית של הממשלה. מתפתח מאבק ציבורי ומשפטי בין הרשות המקומית לבין “הפולשים”. במאבק זה בית־המשפט דוחה את טענת “הפולשים” שלפיה חופש הביטוי גובר על האינטרס הציבורי בשמירת הסדר, מאחר שחופש זה אינו חל על “פלישה” ממושכת, בעיקר כזו אשר מהווה מטרה לציבור.<sup>2</sup>

\* תלמיד לתואר שני בבית־הספר למשפטים באוניברסיטת ייל, בוגר התוכנית המשותפת למשפטים ולכלכלה באוניברסיטת חיפה. תודה לקורא האנונימי, לחברי המערכת דרור גרניט, לורה הרשקו, יריב ליסאואר ועדי מנחם, לסגנית העורך מיכל פרי ולעומד בראשה מיכאל בירנהק על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת ליונתן יובל על שהכיר לי את הסוציולוגוויסטיקה.

1 פול אוסטר המצאת הבדידות (משה רון מתרגם, תשנ”ו) 172.  
 2 עת”מ (ת”א) 1112/03 טוויטו נ’ עיריית תל אביב, תק”מח 2003(2), 2562. כן ראו ב”ש (ת”א) 13467/03 טויטו נ’ ליאופולד (טרם פורסם, ניתן ב־21.8.2003). לסיקור העניין ראו אבי כהן “בית המשפט: העירייה רשאית לפנות את ‘כיכר הלהם’” Ynet 29.5.2003 [http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-2638515,00.html]. עם סילוקם מ”כיכר הלהם” (כיכר המדינה) עברו “הפולשים” לירושלים, אל מקום סמוך לקריית הממשלה ובקרבת בית־המשפט העליון והכנסת. גם מאבק זה הסתיים בסילוקם, לאחר כשנה של

מפלגה המתמודדת בבחירות לכנסת מחלקת נרות-נשמה וקמעות לקהל-היעד שלה, ומפלגה אחרת מבטיחה לברך את בוחריה בברכת האל. מעשים אלה נפסלים על-ידי יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, באשר הם עלולים להשפיע על החלטת הבוחר ביום הבחירות.<sup>3</sup> בדומה למקרה "הפולשים", ההכרעה המשפטית אינה מייחסת לחופש הביטוי משקל ממשי. מדוע, אם כן, סכסוכים אלה מוצאים אל מחוץ למרכז השיח המשפטי של חופש הביטוי, בזמן שסכסוכים אחרים – דוגמת איסור הפגנה, מניעת פרסום של ביקורות חריפות בעיתון או מניעת הצגתו של מחזה פרובוקטיבי – נתפסים בעין המשפטית כמקרים פרדיגמטיים של חופש הביטוי? בצורה כללית יותר, כיצד סכסוכים משפטיים מסוימים מסווגים כחוסים תחת היקפו או הגנתו של עקרון חופש הביטוי?

תשובה לשאלות אלה מצויה בסיפור שהמשפט מספר לנו על חופש הביטוי. סיפור כזה מספק מסגרת עיונית לחופש הביטוי, המהווה הצדקה למשטר המשפטי של חופש הביטוי. למשל, לפי ג'ון סטיוארט מיל (Mill), תחרות חופשית בין דעות שונות תביא לידי גילוי האמת. סיפור זה מנביע מסקנות ביצועיות בקשר למידת המעורבות הראויה ולדרך המעורבות הראויה של המדינה בתהליך גילוי האמת. במשפט המערבי מקובלות הצדקות נוספות דוגמת זו של מיל, וכל הצדקה מספרת סיפור שונה על חופש הביטוי ומבקשת בהתאם גם ליצור משטר משפטי שונה.

אף שכל הצדקה שונה בבסיסה העיוני ובתכניה, המשותף לכולן הוא היומרה לייצג (represent) את החוויה האנושית המגולמת בהתבטאות ("המציאות החברתית") באמצעות שיח רציונלי. ההצדקה המיליאנית, למשל, טומנת בחובה ייצוג של חברה שמתקיים בה שוק חופשי שבו כל אחד רשאי ויכול להציע את דעותיו בשוק. הדעות נאבקות במסגרת השוק, אך לעולם אינן מקיימות התייחסות-גומלין חברתית בין מְבטאיהן, במובן זה שעצם התייחסות-הגומלין החברתית בין "מוסר" הרעיונות השונים אינה מקבלת ביטוי של ממש במסגרת סיפור ההצדקה המיליאני (להבדיל מהצדקות אחרות שיובאו להלן, דוגמת הדמוקרטיה ההשתתפותית). כמו הצדקה זו, גם הצדקות נוספות של חופש הביטוי מקפלות בתוכן סיפור המייצג מציאות חברתית. מכנה משותף זה יוצר את מה שאכנה לאורך כל הרשימה "מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי": אוסף כל ההצדקות של חופש הביטוי שמספקות תשובה רציונלית – קרי, תשובה מנומקת, עקבית וממצה – לשאלה "מדוע ראוי להגן על חופש הביטוי" או "מדוע חופש הביטוי כה חשוב לחברה המערבית".<sup>4</sup>

שיבת-קבע, מנימוקים זהים בעיקרם. ראו ע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, תק"ע 2004(4), 2130. וראו בעיקר את פסק-דינו של השופט רובינשטיין. להערה ביקורתית על פסק-הדין ראו מיכאל ד' בירנהק "כשהמפגינים הם מטרד" הארץ 8.12.2004. עתירה לדיון נוסף נדחתה (ביום 20.12.2004) – דנ"מ 11230/04 טויטו נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם).

3 תב"ע 11/01, 18/01 פינס'פז נ' סיעת ש"ס (קובץ "החלטות והנחיות" מהבחירות לראשות הממשלה, תשס"א-2001, 114); תב"כ 4-16 פינס'פז נ' תנועת "אהבת ישראל" (טרם פורסם, ניתן ביום 15.12.2002) [http://www.knesset.gov.il/elections16/heb/]. החלטה זו אושרה בבג"צ 526/03 מפלגת אהבת ישראל נ' חשין, דינים עליון, כרך סג, 788. כן ראו צבי נוח "לא מקובל" גלובס 21.1.2003.

4 כוונתי היא לתשובה שתנסה לספק הסבר מנומק, עקבי וממצה לשאלה מדוע חופש

יומרה זו – לייצג את המציאות החברתית באמצעות סיפור מצדיק – מאפשרת, מצד אחד, ניתוח אנליטי ועקבי של המשפט בהקשר של סכסוכים הקשורים לחופש הביטוי (בין שהסכסוך הוא בין המדינה לאזרח ובין שהוא בין אזרחים), אולם מן הצד האחר, המחיר המשתלם כבד: החמצת העושר הטמון בהתייחסות הגומלין שבין משתתפי השית. בנייתו של סיפור הממסגר את חופש הביטוי מונע את המשקיף מבעד למשקפי סיפור זה מלפתח רגישות לאי-יכולתו של מנגנון הייצוג הלשוני לבטא את המציאות החברתית. במילים אחרות, הניסיון לייצג מציאות חברתית באמצעות סיפור הצדקה רציונלי מחמיץ את מה שאינו ניתן לייצוג בשפתו של סיפור זה.

נטישת נסיון ייצוג זה פותחת את הדרך לפני תיאור אחר של חופש הביטוי. תיאור זה, המושפע בעיקרו מההגות הפרגמטיסטית, אינו תר אחר הצדקה רציונלית, אלא מבקש ליישם את התובנה בדבר המימד החברתי של השפה, בדרך להבניה מחודשת (reconstruction) של השיח המשפטי הסובב את חופש הביטוי.<sup>5</sup>

מטרתו של פרק זה כפולה: ראשית, ביקורת של מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי כנסיון ייצוג (כושל) של המציאות החברתית;<sup>6</sup> שנית, ניסיון להציע גישה פרגמטיסטית לחופש הביטוי המבטאת רגישות לחוויה האנושית (המורכבת) הכרוכה בהתבטאות.

פרק זה יתקדם כלהלן: החלק הראשון יסקור בקצרה את ההצדקות של חופש הביטוי הנפוצות במשפט ואת המציאות החברתית המיוצגת במסגרת הצדקות אלה. החלק השני יעסוק בביקורת מוסד ההצדקה של חופש הביטוי כנסיון ייצוג (כושל) של החוויה האנושית. הביקורת תתבסס בעיקרה על תובנות מהגותם של פילוסופים שיצאו נגד הניסיון לייצג מציאות חוץ-לשונית באמצעות הלשון. לאחר הצגת הביקורת על מוסד

הביטוי הינו עיקרון כה חשוב לחברה, תוך יכולת לזהות הסבר מסוים כנכון ואמיתי יותר מהסבר אחר. הסבר כזה הינו על-יכן א-היסטורי. ניתן אומנם לטעון כי גם הסבר רציונלי יכול להיות תלוי בהקשר ובנסיבות וכי לפיכך הוא בהכרח היסטורי, אולם טענה זו תקפה רק אם ההסבר הרציונלי ניתן מתוך מודעות להיותו קונטינגנטי. אלא שבכך ההסבר אומנם אינו א-היסטורי (אלא היסטורי) אך הוא כבר אינו רציונלי. זאת, משום שברגע שההסבר ה"רציונלי" הינו קונטינגנטי, הוא בהכרח אינו יכול לספק הסבר (מנומק) עקבי וממצה לשאלה מדוע חופש הביטוי הינו עיקרון כה חשוב לחברה.

5 כוונתי במושג "הבניה מחודשת" קרובה לשימוש שהברמס (Habermas) עושה במושג זה. איני מתיימר להציע שפה חדשה, כי אם לבנות שיח המושתת על עיבוד ושחזור של תובנות הלקוחות מהשיח העכשווי של חופש הביטוי, תוך שימוש בתובנות מן השיח הפילוסופי. מובן שעיבוד זה מצריך רפלקסיביות כלפי השימוש בסוגי שיח שונים הבנויים על הנחות-יסוד שונות. על כך ראו להלן הערה 7.

6 יוער כי סטנלי פיש (Fish) מבקר אף הוא את מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי. עם זאת, ביקורתי אינה דומה לזו המוצגת על-ידיו. פיש מבקר את ההנחה כי הצדקה מסוימת מובילה למשטר מסוים של חופש ביטוי. לטענתו, אין תלות הכרחית בין הצדקה כזו או אחרת לבין הדרך שבה ניתן ליישם את עקרון חופש הביטוי במשפט. רשימתי מבקרת את שיח ההצדקות של חופש הביטוי מכיוון אחר: לשיטתי, ההצדקות של חופש הביטוי ממסגרות תמונת מציאות מסוימת שאינה יכולה לבטא את העושר הטמון בחיינו ובחיי הסובבים אותנו (זאת, לנוכח טבעה של הלשון ואופן השימוש בה). לכן ביקורתו של פיש רלוונטית לענייננו רק בשלב שבו תגיע רשימתי למסקנה דומה לשלו (כאמור, מכיוון ומטעמים שונים משלו). לעניין אחרון זה ראו להלן חלק 4.

ההצדקה הרציונלית, יבקשו שני החלקים האחרונים להציע גישה פרגמטיסטית לחופש הביטוי במקומו של המוסד המבוקר. במסגרת זו אבקש להצביע על כיוון התפתחות אפשרי של חופש הביטוי, המושתת על בחינת התייחסות הגומלין הלשונית-החברתית, וזאת מבלי להזדקק למוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי.<sup>7</sup>

### א. המגבלות של ההצדקות הרציונליות בייצוג המציאות החברתית

בחינה ביקורתית של מוסד ההצדקה של חופש הביטוי מחייבת הנחתה של תשתית בהירה לדיון. לפיכך, בחלק זה אסקור בקצרה את ההצדקות המרכזיות של חופש הביטוי ואת המציאות החברתית שהן מתיימרות לייצג.

חופש הביטוי, כעניין שאין (כמעט) לערער עליו, נהנה ממעמד בכורה במשפטן של מדינות המערב.<sup>8</sup> הבסיס העיוני המצדיק את היחס המועדף שחופש הביטוי זוכה בו מצוי במחלוקת בקרב משפטנים והוגים רבים. לצד הצדקות מכשירניות (אינסטרומנטליות) המכירות בחופש הביטוי כמכשיר לקידום ערכים אחרים, קיימות הצדקות הרואות בחופש הביטוי כשלעצמו תכלית סופית.<sup>9</sup> בצורה סכמתית, ולצורכי פשטות, ניתן לסווג את

7 מאחר שרשימה זו מהווה "ערבוב תחומין" בין השיח המשפטי-הפוליטי לבין השיח הפילוסופי, חשוב להבהיר כי לכל שיח יש הנחות-יסוד ומטרות שונות. יישום של תובנות מן השיח הפילוסופי אל תוך השיח המשפטי-הפוליטי אינו פעולה של מה-בכך, כי אם פעולה פרשנית לכל דבר ועניין, המושתתת על הנחות-היסוד של השיח שאליו נעשה היישום הבין-תחומי. לצד מודעות לבעייתיות הקיימת ביישום כזה, נדרשת הצדקה של פעולת היישום. הצדקה כזו יכולה לבוא, בענייננו, בדמות פתיחתו מחדש לדיון של הבסיס העיוני של חופש הביטוי במשפט, ובדמות הרחבת נקודת-המבט של שיח זה אל עבר קולות "אחרים". הבהרה זו מבוססת על תורת ההרמנויטיקה של גדמר. ראו: Hans G. Gadamer *Truth and Method* (New York, 2nd ed., Joel Weinsheimer & Donald G. Marshall trans., 1975); יונתן יובל "אלימות מילולית" פלילים י (תשס"ב) 241, 273-274.

בעוד יישום תובנות מהשיח הפילוסופי אל השיח המשפטי אפשרי, אליבא דגדמר, כל עוד נשמרת המודעות לשוני בין הנחות-היסוד וכל עוד יישום זה מצדיק את עצמו, סטנלי פיש סובר כי יישום ביקורת מהשיח הפילוסופי (הגישה הפרגמטיסטית בפילוסופיה) אל תוך עולם המשפט נידון לכישלון. כך, גורס פיש, הפרגמטיזם של פוזנר, כמו-גם זה של רורטי, אינם יכולים לבוא לידי ביטוי בשיח המשפטי הפוזיטיבי. ראו: Stanley Fish "Almost Pragmatism: The Jurisprudence of Richard Posner," *There is No Such Thing as Free Speech* (Oxford, 1994) 200, 213-214.

8 ראו: Kent Greenawalt *Speech, Crime, and the Uses of Language* (New York, 1989). הטקסט המרשים ביותר ברטוריקה שלו וביחסו האוהד לחופש הביטוי מצוי, לדעתי, בפרק ב של על החירות. ראו ג'ון סטיוארט מיל על החירות (אריה סימון מתרגם, תשנ"ח) 31.

9 לדיון נרחב בהצדקות של חופש הביטוי ראו: Frederick Schauer *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge, 1982); גיא פסח "הבסיס העיוני של עקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא (תשס"א) 895; אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377. חשוב

ההצדקות של חופש הביטוי לארבעה סיפורים מרכזיים: השיפת האמת, שלטון עצמי, דמוקרטיה השתתפותית והגשמה עצמית. חלק זה יביא בקצרה את ההצדקות של חופש הביטוי בהתאם לארבעה סיפורים אלה ואת המציאות החברתית המיוצגת במסגרתן. בנקודה זו חשוב להבהיר כי ההצדקות של חופש הביטוי חלות במישור הנורמטיבי (הראוי). ניתן לראותן כמעין מורות־דרך המנחות את סוכני המשפט לייצר תוצאות צודקות, טובות או מוסכמות, אף־על־פי שאין הן תואמות את המצוי. לדוגמה, שוק הרעיונות המיליאני משמש מעין אידיאל שעלינו לשאוף אליו, הגם שהגשמתו בלתי־אפשרית לרוב. לכן, ניתן לטעון, למגבלות הייצוג של ההצדקות של חופש הביטוי יש מימד חשוב – הצבת יעד אידיאלי. אולם טענה זו אינה מתמודדת עם ההשלכות של השימוש בלשון לייצוג מציאות חברתית. העובדה שההצדקות של חופש הביטוי חלות במישור הראוי אינה שוללת את התיימרותן לייצג את המציאות החברתית באמצעות הסיפור המקופל בתוכן. כלומר, ניסיון זה לייצג מציאות חברתית, בין שהוא מופנה אל עבר המציאות החברתית הנוהגת ובין שהוא מופנה לעבר המציאות החברתית שאותה אנו מקווים לראות, אינו אלא שימוש בלשון כדי לייצג ולתאר מציאות חוץ־לשונית. זאת, בין שהניסיון לייצג מציאות חברתית נערך במסגרת שימוש בהצדקה אחת בלבד ובין שהוא נערך במסגרת גישה אקלקטית העושה שימוש בכל ההצדקות במקביל.<sup>10</sup> במילים אחרות, בעצם המשגתן של ההצדקות הרציונליות של חופש הביטוי נעשה שימוש בלשון לייצוג מציאות חברתית (ממשית או אידיאלית). שימוש זה הוא שעומד במרכזו של חלק זה.<sup>11</sup>

## 1. חשיפת האמת

הצדקתו של חופש הביטוי וההגנה על חופש זה מתבססות על הרציונל של יצירת שוק רעיונות שיביא לידי גילוי האמת. חוסר יכולתה של המדינה להבחין בין אמירת אמת לאמירת שקר, על־פי סיפור זה, מביא לידי הדרתה מתהליך חשיפת האמת ומשאיר את

---

להדגיש כי ההצדקות הללו הינן חלק מהשיח ההגמוני של הליברליזם, כך שמקומן של קבוצות "אחרות" (דוגמת הפמיניזם) נפקד מהצדקות אלה. על כך ראו הדיון בחלקים ג ו־ד לפרק זה.

10 כלומר, גם עמדה אקלקטית אינה נמנעת מייצוג של מציאות חברתית, הגם שהיא "רחבה" ועשירה יותר מהצדקה יחידה. להצגה בהירה של העמדה האקלקטית במשפט ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) 277.

11 עוד יוער כי השאלה אם המציאות החברתית המיוצגת היא המציאות הנוהגת או המציאות החברתית הרצויה הינה שאלה לא־פשוטה. אם התשובה היא האפשרות הראשונה (המציאות החברתית הנוהגת), וכך אני סבור, אזי הקושי הטמון במגבלות הייצוג של ההצדקות הינו ניכר. מכל מקום, פרק זה אינו עוסק בשאלה זו, אלא בעצם השימוש בלשון לייצוג מציאות חוץ־לשונית (נוהגת או אידיאלית). לביקורת על תפיסת המציאות החברתית הנוהגת במסגרת ההצדקות של חופש הביטוי ראו, למשל: Richard A. Posner *Law, Pragmatism, and Democracy* (Cambridge, 2003) 131–143; Michael J. Sandel *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* (Cambridge, 1996) 321–381; Edward L. Rubin "Getting Past Democracy" 149 *U. Pa. L. Rev.* (2001) 711, 732, 749, 753.

חשיפת האמת בידי הפרטים בחברה.<sup>12</sup> הצדקה זו מזוהה בעיקר עם מיל.<sup>13</sup> במסגרתה מקופלות, בין היתר, ההנחות בדבר העדר יחסי כוחות בין הפרטים וקיומה של אמת אוניוורסלית על-תרבותית.

סיפור הצדקה זה מייצג מציאות חברתית שבה קיים שוק שלתוכו "נזרקות" הדעות. שוק כזה מזניח את התייחסות-הגומלין החברתית (האינטרסובייקטיבית) שבעטייה נוצרה ההתבטאות, וכן מוחק לחלוטין את הזהות התרבותית המלווה את עצם קיומו של האדם (מתוך כוונה להגיע לאמת אוניוורסלית). נוסף על כך, סיפור זה מייצג חברה נטולת מאבקי כוחות: כל אחד יכול, אם רצונו בכך, להגיע אל השוק ו"למסור" לעושי השוק את דעתו. הדעה עצמה תימצא אפוא כלואה בתוך השוק הווירטואלי, נטולת כוח לבצע פעולות במערך החברתי (כלומר, השפעתה היא רק בהיבט הרטורי – כוחה של הדעה להניע אנשים לחשוב או לפעול בצורה מסוימת – ולא בהיבט הביצועי). השמעת הדעה, במסגרת סיפור זה, משמשת לכל-היותר מצע לפעילות חברתית ותרבותית, ואינה מכוננת אותה.

## 2. שלטון עצמי

הצדקה מכשירנית נוספת של חופש הביטוי מגיעה מכיוונו של אלכסנדר מייקלג'ון (Meiklejohn). מייקלג'ון הושפע מאספות של תושבי עיירות בניו-אינגלנד של המאה התשע-עשרה, שבהן דנו תושבי העיר הבוגרים (רק הגברים הלבנים) בענייני ניהול העיריה. על בסיס דגם זה הציג מייקלג'ון<sup>14</sup> להצדיק את חופש הביטוי כמכשיר להבטחת שלטון עצמי של העם (self-government). כך, חופש הביטוי יבטיח את זמינותו ואיכותו של המידע, ויאפשר לפרטים לבסס החלטות ראויות במישור הפוליטי (בעיקר בקשר לבחירות לפרלמנט ובביקורת על נבחרי העם ופקידי השלטון). אליבא דמייקלג'ון, הדגש הוא בדעות השונות והמגוונות שיישמעו, ולא בכך שלכל דובר תעמוד החירות (המיליאנית) להתבטא.<sup>15</sup> בנקודה זו עלול להופיע הכשל הרובני: היות שהצדקה זו מתבססת בעיקרה על שלטון הרוב (popular sovereignty),<sup>16</sup> מתעורר החשש מפני

12 חריג לכלל (האוסר על המדינה להתערב בשוק הרעיונות) הוא מצב של "כשל שוק", שבו התערבות המדינה מוצדקת ככל שהיא נוגעת בהבטחת התנהלות התקינה של תהליך חשיפת האמת. ראו בג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד מט(2) 529, 542-543 (להלן: עניין כהן).

13 ראו מיל, לעיל הערה 8. ג'ון מילטון נחשב אף הוא לאחד מהוריה של ההצדקה, אך חופש הביטוי המילטוני מסווג יותר: קתולים וכופרים לא ייהנו מהחופש לבטא את עמדותיהם. ראו: John Milton *Areopagitica* (J.C. Suffolk ed., 1968).

14 Alexander Meiklejohn *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* (New York, 1965). הצדקה זו כבר הופיעה, אם כי בצורה מגובשת פחות, בהגותו המדינית של שפינוזה. ראו: Benedict De Spinoza *Tractatus Theologico-Philosophicus* (Samuel Shirley trans., 1989) chapter xx.

15 Meiklejohn, *ibid*, at p. 26

16 Schauer, *supra* note 9, at pp. 40-44

עריצותו של הרוב. מייקלג'ון הכיר בסכנה זו, וסבר כי השלטון חייב לנקוט ריסון עצמי ואיפוק על-מנת למנוע כשל זה.<sup>17</sup> סיפור ההצדקה המייקלג'וני מייצג מציאות חברתית שבה כולם שווים בכוחם וכל חברי הקהילות השונות מעוניינים או מסוגלים ליטול חלק פעיל בקבלת ההחלטות. כמו-כן, בחברה זו אין לביטוי מקום בכינונה של התייחסות-גומלין אינטרסובייקטיבית, מכיוון שהביטוי הינו מכשיר אינפורמטיבי בלבד. כלומר, כמו בסיפור השיפת האמת, גם הצדקה זו מייצגת מציאות שבה ללשון אין יכולת ביצועית של ממש לשנות מערכים חברתיים (מעבר להיותה מכשיר להעברת העדפות, רעיונות ומידע) ולכונן את דרכי ארגון הידע של חברי הקהילה.

### 3. דמוקרטיה השתתפותית (deliberative democracy)

על-פי הצדקה זו, חופש הביטוי הוא הכלי המרכזי שבאמצעותו הפרטים בחברה נוטלים חלק של ממש בעיצוב חייהם המשותפים, הן כמתבטאים והן כמאזינים הנחשפים לדעות חדשות. רק השתתפות פעילה של כל חברי הקהילה תוכל להביא לידי גיבוש ועיצוב מוסכמים של רצון הכללי (discursive will formation).<sup>18</sup> לכן חופש הביטוי הוא המוסד החברתי שבאמצעותו תוכל הקהילה לעצב את רצונותיה. הצדקה זו הינה למעשה הרחבה ושכלול של ההצדקה מבית-מדרשו של מייקלג'ון, שנושאי-הדגל החשובים שלה כיום הם, בין היתר, סנסטין,<sup>19</sup> פיס<sup>20</sup> ודוורקין.<sup>21</sup> בעוד מייקלג'ון מתמקד בבחירות לפרלמנט ובביקורת על נציגי השלטון, ההצדקה האחרונה מרחיבה את אופני ההשתתפות הפוליטית של החברה. מרכז-הכובד המייקלג'וני, הממוקם בתוכן הביטוי, עובר אל הדובר עצמו, ובכך הצדקה זו מעצימה את הגישה (access) של הדובר אל תוך השיח הפוליטי. קשה לא להבחין בדמיון שבין הצדקה זו לבין התיאוריה הפוליטית של יורגן הברמס.<sup>22</sup> (למעשה, ניתן "לתרגם" את "המצב שבו מתרחש עיצוב

17 Meiklejohn, *supra* note 14, at p. 16  
 18 Seyla Benhabib "Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jurgen Habermas" *Habermas and the Public Sphere* (Cambridge, C. Calhoun ed., 1992) 73, 86  
 19 Cass R. Sunstein *Democracy and the Problem of Free Speech* (New York, 1993)  
 20 Owen M. Fiss *The Irony of Free Speech* (Cambridge, 1996)  
 21 Ronald Dworkin "Free Speech and the Dimensions of Democracy" *If Buckley Fell* (New York, E. Joshua Rosenkranz ed., 1999) 63  
 Ronald Dworkin: *trumps* בוכיות-היסוד. ראו: Ronald Dworkin *A Matter of Principle* (Cambridge, 1985) 386; Ronald Dworkin "Introduction" *The Philosophy of Law* (Oxford, Ronald Dworkin ed., 1977) 1  
 אף-על-פי שדוורקין מנסה ליישב את הסתירה (בע' 67 למאמרו), איני משוכנע בהצלחתו, אולם הסברת טענתי חורגת מגדרי פרק זה.  
 22 הבסיס של הברמס לדמוקרטיה ההשתתפותית מצוי בעבודתו המרכזית ביותר: Jurgen Habermas *The Theory of Communicative Action* (Boston, Thomas McCarthy trans., 1984) (hereinafter: Habermas *The Theory of Communicative Action*)

רצון הכללי של סנסטין ושל דוורקין ל-ideal speech situation של הברמס - מצב אידיאלי שבו כוחו הרציונלי של הטיעון הוא שישכנע, במנותק מכוחו ומהשפעתו של המתבטא.<sup>23</sup>

סיפור ההצדקה של חופש הביטוי כמרכיב בדמוקרטיה ההשתתפותית מייצג מציאות שבה מתנהל בכל עת שיח פורה בהשתתפות ישירה של כל חברי הקהילות השונות, כך שפערי הכוחות וקבוצות האינטרסים - כתופעות חברתיות שליליות - אינם באים לידי ביטוי בשיח המתנהל, שכן לפי הצדקה זו כוחו של הטיעון הוא שיכריע בשיח הציבורי, ולא כוחו של הדובר.<sup>24</sup> השיח הציבורי עוסק, תמיד, בנושאים שכל אחד ואחת מתעניינים ורוצים להביע את דעתם לגביהם. מתוך הצדקה זו נובעת גם ההנחה שקיימת שפה משותפת או משחק לשון יחיד בין כל החברים, המאפשרים להגיע לקונסנזוס (ולו מינימלי). עניין נוסף המקופל בהצדקה זו הוא ייצוג מציאות חברתית שבה כל חברי הקהילות נהנים משעות פנאי המאפשרות השתתפות פעילה משמעותית בשיח הציבורי, מעבר להשתתפות סבילה דרך צפייה בתוכניות האירוח השונות.<sup>25</sup> לבסוף, כל חברי הקהילות השונות נהנים מנגישות מספקת למקורות המידע ומנגישות אפקטיבית לשיח הציבורי עצמו.

הברמס המשיך בפיתוחה של תיאוריה פוליטית (וכן פיתח תורת משפט) תוך התבססות על ההשלכות של תיאוריית הפעולה התקשורתית. ראו: Jürgen Habermas *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, William Rehg trans., 1996) (hereinafter: Habermas *Between Facts and Norms*). הברמס רואה בדמוקרטיה ההשתתפותית מודל-ביניים המצוי בין מנגנון הטכנוקרטיה של Luhmann, שאליו הוא מתנגד עקרונית, לבין מודל של דמוקרטיה עם זכות וטו לכל אזרח, שאותו הוא רואה כמודל לא-מציאותי המתקרב לאנרכיזם.

Habermas *The Theory of Communicative Action*, *ibid*, at pp. 25–26. 23

זה ה-ideal speech situation של הברמס. עם זאת, הברמס, בניגוד לסנסטין ולדוורקין למשל, הכיר בקושי הגלום בדרישה אידיאלית זו, ולפיכך מיתן את עקרון השיח (discourse principle) ואת העיקרון הדמוקרטי (democratic principle) לכלל יכולת להגיע להסכמה היפותטית בדבר הכללים הפרוצדורליים של השיח הציבורי (להבדיל מהסכמה ממשית לגבי התכנים המהותיים שמתגבשים בשיח הציבורי), וכן הכיר בחשיבותו המעשית של מוסד הפשרה (הסותר, עקרונית, את הרעיון של שיח שבו הטיעון הרציונלי ביותר הוא שגובר). לניסוחו של עקרון השיח ראו: Habermas *Between Facts and Norms*, *supra* note 22, at p. 107. *Ibid*, at p. 110. לעידון של עקרונות אלה לכלל עקרונות פרוצדורליים ראו: *Ibid*, at pp. 151, 296.

קריאה בספרות המצדדת בחופש הביטוי במסגרת המודל הדליברטיבי מעלה תהיות אחדות שאינן באות על סיפוקן: האם משפחה שנאלצת להשקיע את מרבית זמנה בעבודה ובפרנסת ילדיה אכן נוטלת חלק פעיל ומשמעותי בשיח הציבורי? האם קולה אינו חשוב דיו? ובאופן עקרוני (וחתרני) יותר - את מי המודל הדליברטיבי משרת? אילו אנשים או גופים יוכלו לעשות בו שימוש אפקטיבי ואילו לא יוכלו לעשות זאת? מעבר לאתוס האמריקני הדומיננטי בספרות הדליברטיבית, נראה כי מודל זה לא יוכל להתממש במציאות שבה קשה מאוד לגשר על הבדלי הכוחות החברתיים (במישורים הכלכלי, העדתי, הדתי, המגדרי והלאומי).



#### 4. הגשמה עצמית

על־פי הצדקה זו, חופש הביטוי הינו ערך כשלעצמו, הנוגע בהגשמתם ובמימושם של רצונותיו ובחירותיו של הפרט. הצדקה זו מתמקדת לכן בסובייקט עצמו (להבדיל מההצדקות המיליאנית והמייקלג'ונית, הרואות את טובת הכלל לנגד עיניהן). בסיס מוצק להצדקה זו ניתן לראות הן בתורה האריסטוטלית בדבר מימוש ה־virtue והן בתורה הקנטיאנית, המחייבת, באופן קטגורי, לראות באדם (לענייננו – הסובייקט המתבטא) תכלית, ולא אמצעי.<sup>26</sup>

סיפור הצדקה זה מייצג מציאות חברתית שבה החברה מורכבת מאטומים בדידים המעוניינים להתבטא,<sup>27</sup> יהא תוכנו הסמנטי של הביטוי אשר יהא, תוך זניחת ההיבט האינטרסובייקטיבי של ההתבטאות ותוך ביטול הקשר התרבותי והזהותי של המתבטא אל הקהל של נמעני הביטוי. גם בהצדקה זו המציאות החברתית המיוצגת אינה מכירה – לפחות לא באופן מוצהר – באופי הכוחני של החברה, המשפיע על יכולתו של המתבטא להגשים את עצמו דרך התבטאותו. נוסף על כך, הצדקה זו מייצגת מציאות חברתית שבה אין מימד ביצועי־מכונן לביטוי שהדוברים מבטאים, שכן הדגש הוא בהשלכות של הביטוי על הדובר עצמו (הגשמתו האישית), ולא בהשלכות הכרוכות ביצירת מציאות חברתית באמצעות הלשון.

כל אחת מארבע ההצדקות הנזכרות לעיל נוטלת חלק בוויכוח התיאורטי המתנהל סביב חופש הביטוי. המשפט הישראלי – כמו־גם המשפט במדינות מערביות נוספות – אינו מבכר הצדקה מסוימת תוך דחיית ההצדקות האחרות.<sup>28</sup> עם זאת,

26 ראו: Schauer, *supra* note 9, at pp. 67–68; Martin H. Redish "The Value of Free Speech" 130 *U. Pa. L. Rev.* (1982) 591. בסיס נוסף להצדקה המתייחסת להגשמה עצמית ניתן למצוא בתיאוריה החשובה והמרתקת של תומס סקנלון (Scanlon). הלה יוצא מתוך הנחה כי לכל אדם יש יכולת מוחלטת לממש את רצונו. כך, כל אדם יכול לבחור אם לציית לחוק או לא לציית לחוק (ואו להיענש). על־ימנת שיוכל להפעיל יכולת מוחלטת זו, גורס סקנלון, על הפרט לדעת את כל הדעות הנשמעות באותה עת. לכן מוצדק לאסור על השלטון להגביל את התכנים השונים מלהגיע אל ידיעתו של הפרט (הנמען של ההתבטאות). כלומר, חופש הביטוי נהפך לזכות של הפרט לנגישות למידע, מכיוון שרק כך יוכל הפרט להגשים את עצמו. תיאוריה זו היא של סקנלון המוקדם: Thomas Scanlon "A Theory of Freedom of Expression" 1 *Phil. and Pub.* (1972) 204. להשגות של סקנלון המאוחר על תיאוריה זו ראו: Thomas Scanlon "Freedom of Expression and Categories of Expression" 40 *U. of Pitt. L. Rev.* (1979) 519.

27 השימוש במונח "אטומים" נעשה בעקבות הפילוסוף צ'רלס טיילור (Taylor), שמכנה את התרבות הליברלית בשם־הגנאי "אטומים".

28 כפי שמציינת דיין־אורבך במאמרה, לעיל הערה 9, בע' 384–391, אותן ארבע הצדקות מרכזיות משמשות בערבוביה בשאלות של חופש ביטוי בפסיקה הישראלית. יתרה מזו, גישתו של הנשיא ברק היא אקלקטית, כך שהוא אינו מחויב להכריע מהי ההצדקה הבכירה (השוו את ע"א 105/92 ר.א.מ. מהנדסים בע"מ נ' עיריית נצרת, פ"ד (5) 189, 201, שבו תמך ברק בהגשמה עצמית כהצדקה של חופש הביטוי, עם תמיכתו בהצדקה הדמוקרטית של חופש הביטוי (בדעת המיעוט) בבג"צ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה, פ"ד (1) 750, 762–763). יוצא־דופן

לכל מדינה יש תפיסה (פוליטית) שונה לגבי מקומו של חופש הביטוי במרקם המשפטי הפוליטי.<sup>29</sup> לאחר הנחת התשתית בדמותן של ההצדקות המרכזיות של חופש הביטוי והמציאות החברתית שהן מייצגות, אבקש לבחון בחלק הבא את השימוש במוסד ההצדקה לנוכח יומרתו לייצג את המציאות החברתית.

### ב. ביקורת מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי

"העיר אומרת את כל מה שעליך לחשוב, מכריחה אותך לחשוב כל מה שעליך לחשוב, מכריחה אותך לחזור על המילים שלה, ובעוד אתה סבור שאתה מבקר בתמרה, אינך אלא רואה את השמות אשר בהם היא קוראת לעצמה ולכל חלקיה."<sup>30</sup>

כל אחת מההצדקות של חופש הביטוי, כפי שהוצגו בחלק הקודם, מקפלת בתוכה גם סיפור על החברה. במסגרתו של הסיפור מיוצגת המציאות החברתית כפי שהיא נתפסת בשפה של ההצדקה הרלוונטית. ייצוג זה, בעזרת השפה, ממסגר את החוויה האנושית ואת דמותה של החברה. מסגור זה, כך אטען, מוביל הן להחמצתן של נקודות-מבט "אחרות"<sup>31</sup> והן להסתתת תשומת-הלב והרגישות של המשפטן (והמחוקק) מתופעות חברתיות המשפיעות ישירות על כל התייחסות-גומלין חברתית. נוסף על כך – וזה העיקר – בכוונתי להראות כי כל הצדקה רציונלית של חופש הביטוי תיכשל בניסיונה לייצג את המציאות החברתית. אם כן, חלק זה יפתח בטענה, הלקוחה מענף המחקר "משפט כספרות", כי כל סיפור, ובכלל זה גם סיפור הצדקתו של חופש הביטוי, ממסגר מציאות חברתית, כך שכל מה שאינו מופיע באותו סיפור לא יהיה חלק מאותה מציאות שהובנתה על-ידי הסיפור. המשכו של חלק זה יוביל אל לב הטיעון, הנובע מתובנות מרכזיות בפילוסופיה של הלשון, שבו

בעניין זה הוא הנשיא שמגר, אשר קרוב בהשקפתו להצדקה הדמוקרטית של חופש הביטוי, כפי שזו באה לידי ביטוי בפסק-דינו (בדעת המיעוט) בעניין כהן, לעיל הערה 12, בע' 541–547, ובמאמרו "חופש הביטוי במבחנו של המאבק הפוליטי" כוח המילים וחולשת הדעת (מ' קונפינו עורך, תשס"ג) 55, 92. לדיון בעמדתה של דיין-אורבך, שלפיה ייתכנו מקרים שבהם יתעורר צורך לבכר הצדקה אחת על רעותה, ראו להלן חלק ד.

29 ראו, למשל: A Michel Rosenfeld "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis" 24 *Cardozo L. Rev.* (2003) 1523.

30 איטאלו קאלווינו הערים הסמויות מעין (גאיו שילוני מתרגם, 1984) 19.

31 הבחירה במושג "אחרות" הינה מודעת, ונעשית על רקע חוסר היכולת למצות את כל נקודות-המבט המוחמצות כיום על-ידי ייצוג המציאות החברתית. גילוי וחשיפה של מה שמסתתר מאחורי ה"אחר" עומדים בסתירה למהותו של ה"אחר", שכן אם ה"אחר" יכול להתמצות במספר ברור ומוגדר של מופעים, אזי כבר אין מדובר ב"אחר", אלא בחלק מהשיח הקיים. המובן האינסופי של ה"אחר" לקוח, כמובן, מהגותו של הפילוסוף עמנואל לוינס. ראו: Emmanuel Levinas *Totality and Infinity: An Essay on Exteriority* (The Hague, Alphonso Lingis trans., 1979) 211.

אנסה להסביר מדוע כל הצדקה רציונלית של חופש הביטוי אינה יכולה – ואף לא תוכל – לייצג מציאות חברתית (חוץ-לשונית) באמצעות הלשון.

### 1. ההצדקה כסיפור מובנה ומבנה של המציאות

תנועת "המשפט כספרות" (law as literature) מאפשרת התבוננות על תופעת המשפט ובחינה שלה באמצעות שימוש בידע הלקוח מעולם הספרות.<sup>32</sup> בעקבות Jane Baron, נראה כי תנועה זו מחולקת, באופן גס, לשלושה זרמים מרכזיים:<sup>33</sup> זרם אחד עוסק בהיבט ההומני של הספרות כאמצעי לפיתוח רגישות ואמפתיה (moral uplift);<sup>34</sup> זרם נוסף מפעיל את כלי הפרשנות הספרותית על הטקסט המשפטי;<sup>35</sup> וזרם שלישי מדגיש את קיומו של הסיפור (narrative) במשפט.<sup>36</sup> תרומתו המרכזית של הזרם האחרון מתבטאת בחשיפת תופעת המשפט כידע שמאורגן בצורה סיפורית: סיפור אחד גדול שמכונן את המשפט, וסיפורים הנשזרים בתוכו שאחראים לכינונם של דינים (כגון דיני חופש הביטוי) ודוקטרינות משפטיות.<sup>37</sup> סיפורים אלה מייצגים את המציאות (החברתית והפיזית) בצורה מאורגנת בהתאם למטרם: סיפור המשמש להצדקת חופש הביטוי מתרכז בייצוג החברה וקשרי-הגומלין בין חבריה, בעוד סיפור המשמש להצדקת זכות הקניין הפרטי מתמקד בייצוג החברה וקשרי-הגומלין בינה לבין משאבים. מתוקף היות הסיפור המצדיק מכשיר לארגון הידע, הוא משמש, בין היתר, להבניית המציאות אצל "משתמשיו" (שופטים ומשפטנים).<sup>38</sup>

- 32 ראו, למשל: James Boyd White "What Can a Lawyer Learn From Literature?" 102 *Harv. L. Rev.* (1989) 2014.
- 33 חלוקה זו נועדה לצורכי נוחות בלבד, ואינה משמשת אותי ליותר מאשר פילוח מלאכותי של קטגוריות לצורך הבהרת הטיעון המועלה בחלק זה.
- 34 רם זה מכונה Humanist Law and Lit, ראו: Jane B. Baron "Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity" 108 *Yale L. J.* (1999) 1059, 1063–1064.
- 35 *Ibid.*, at pp. 1064–1065; ראו: Hermeneutic Law and Lit, ראו: Robin West *Caring for Narrative Law and Lit Justice* (New York, 1997) 207–215.
- 36 ראו: Susan Bandes "Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements" 63 *U. Chi. L. Rev.* (1996) 361, 385. אין טרנט, נרטיב ומשפט" משפט וממשל ו (תשס"ג) 357, 363.
- 37 על הבניית המציאות באמצעות הסיפור במשפט ראו: Peter Brooks "The Law as Narrative and Rhetoric" *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in The Law* (New Haven, Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996) 14; Joseph H. Miller "Narrative" *Critical Terms for Literary Study* (Chicago, 2nd ed. by Frank Lentricchia & Thomas McLaughlin, 1995) 66; Jane B. Baron & Julia Epstein "Is Law Narrative?" 45 *Buffalo L. Rev.* (1997) 141, 148. בפסקי-הדין על-ידי השופטים, ראו מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז (תשנ"ט) 11. להשלכות הנורמטיביות והביצועיות של הסיפור ראו: Jonathan Yovel "Running Backs, Wolves, and Other Fatalities: How Manipulations of Narrative Coherence in Legal Opinions Marginalize Violent Death" 16 *Cardozo Stud. L. & Lit.* (2004) 127.

ההסבר נעוץ בכך שייצוג המציאות בסיפור המשפטי מתיימר לבטא (במילים) את המציאות כפי שהיא, מחוץ לאותו סיפור (out there).<sup>39</sup> ייצוג המציאות בתוך הסיפור יוצר מסגרת שתוחמת את המתבונן אל תוך גבולותיה, שכן ייצוג המציאות מבנה תמונה x, ולכן כל מה שאינו x אינו חלק מהמציאות (במסגרת הסיפור).<sup>40</sup> התוצר של תהליך זה הוא יצירת "stock stories",<sup>41</sup> שביכולתם להדיר (exclude) קבוצות שונות בחברה וכן להסיט את תשומת-הלב מתופעות חברתיות כגון כוח, תודעה כוזבת והעדר שפה משותפת.<sup>42</sup> הספרות המשפטית רוויה ביקורת על ייצוג המציאות בתחומי משפט רבים.<sup>43</sup> כך היא, למשל, המציאות החברתית המיוצגת במשפטי אונס – הדרת מימד התוקפנות (של האנס), והתמקדות בשאלת ההסכמה (של הנאנסת) ובשאלת המיניות המוחצנת (של הנאנסת).<sup>44</sup> הסיפור של עברת האיננו מייצג מציאות שבה נשים מסתובבות בעולמנו כשחלקן לבושות בלבוש פרובוקטיבי. הגבר שנמשך אל אישה כזו מתקשה לשלוט ביצריו. האישה, כך מיוצגת מציאות זו, משדרת מסרים נוגדים – מצד אחד, היא אינה מביעה הסכמה מפורשת, ולעיתים היא אף אומרת "לא"; מצד אחר, מיניותה המוחצנת (בלבוש) הינה סוג של הסכמה. כאן נכנס המשפט ומכריע אם

- 39 כוונתי היא כי השפה שהסיפור נכתב בה מתיימרת לייצג את המציאות (החוץ-לשונית). יומרה זו קרובה לתורת התמונה של ויטגנשטיין (Wittgenstein) המוקדם (בספרו מאמר לוגי-פילוסופי) – תורה שבה המילה מייצגת מציאות חוץ-לשונית. משבר הייצוג של השפה יידון בהרחבה בהמשך פרק זה, ראו להלן חלק ב3.
- 40 Lynne N. Henderson "Legality and Empathy" 85 *Mich. L. Rev.* (1987) 1574, 1591; Joan C. Williams "Critical Legal Studies: The Death of Transcendence and the Rise of the New Langdells" 62 *NYU L. Rev.* (1987) 429, 495. ראו: Baron & Epstein, *supra* note 38; Brooks, *supra* note 38; Miller, *supra* note 38
- 41 הכוונה בתמונה "stock stories" היא ל"סיפור-מדף" מכונן הממסגרת מציאות חברתית או משפטית מסוימת. לדיון נרחב ומעניין בתפקידם של stock stories בחברה ובמשפט, ראו: 1 *Gerald Lopez "Lay Lawyering" 32 UCLA L. Rev.* (1984) 1. כן ראו ביקורתם של ניטשה וויטגנשטיין על תהליך זה להלן בחלק ב3.
- 42 השימוש במילה "להסיט" הוא שימוש פנומנולוגי בלבד, ללא כוונות להצביע על מהלך חברתי מתוכנן.
- 43 לביקורת על הסיפור ה"רשמי" של דיני החוזים, המספר על רצון ויכולת בחירה חופשיים, ראו: Clare Dalton "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine" 94 *Yale L. J.* (1985) 997, 999–1000. להצגת הסיפור של דיני הירושה כייצוג של מציאות חמדנית וחוסר אכפתיות בכל הקשור לתרומות מתוך הצוואה, ראו: Jane B. Baron "Gifts, Bargains, and Form" 64 *Ind. L. J.* (1989) 155. ברוס אקרמן מראה כיצד דיני הקניין בארצות-הברית מספרים סיפור על בעלות כשליטה פיזית במשאב, כך שבהעדר אותה שליטה פיזית לא תיתכן בעלות. לפיכך נטילה שלטונית של זכות קניינית שאינה מערבת שליטה פיזית במשאב (כגון זיקת הנאה וזכות קדימה) לא תיתפס כהפקעה מנקודת-מבטו של האיש הפשוט. ראו: Bruce A. Ackerman *Private Property and the Constitution* (New Haven, 1977). לביקורת על הצגת הסיפור של תופעת המשפט בכללותה כייצוג של מציאות רציונלית, ללא מקום לאמפתיה, ראו: Henderson, *supra* note 40. ביקורתה של הנדרסון קרובה מאוד להשקפתה של נוסבאום, המתנגדת להדרת האמפתיה מתחומי המשפט ולעצם הדיכוטומיה הנוגדת בין רציונליות לרגשות (ואמפתיה). ראו: Martha C. Nussbaum *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* (Boston, 1995) 53–79.
- 44 ראו: Susan Estrich "Rape" 95 *Yale L. J.* (1986) 1087.

ניתנה הסכמה אם לאו. סיפור כזה, אם כן, מייצג מציאות שבה התוקפנות של האנס, המאיינת כל יכולת ממשית של האישה להתנגד, מוצאת אל מחוץ לעברת האינסוס.<sup>45</sup> כלומר, סיפורים המכוננים דינים ודוקטרינות במסגרת המשפט (שהינו בעצמו סיפור המאגד לתוכו סיפורים אלה) עלולים להדיר ממסגרתם פרספקטיבות שונות על החברה. אל מול בעיית ההדרה עשויה לעלות הטענה כי ארגון הידע באמצעות סיפור יוצר משטר משפטי ודאי ויעיל. כך, סיפור עברת האינסוס ינפק, כל פעם מחדש, תוצאות משפטיות דומות (ולכן שוויוניות) בבתי המשפט השונים, ויאפשר לכל אחד לדעת מהו המעשה האסור שמכונה בשיח המשפטי "אונס" (דרישת הוודאות). נוסף על כך, שופטים לא יידרשו לפתח דוקטרינות חדשות סביב עברות האינסוס כל אימת שייפתח משפט בנושא זה (יעילות שיפוטית). אולם לצד תועלת זו, יש להבין כי היומרה להציג את המציאות כפי שהיא נתפסת במסגרתו של הסיפור (בין שזה הסיפור של עברת האונס ובין שזה סיפור המצדיק את חופש הביטוי) גורמת לתהליך של הבניית "מציאות" מסוימת שנתפסת בעיני המתבונן כמציאות "אמיתית".

נגד תהליך זה יצא הפילוסוף פרידריך ניטשה, שביקש להראות כיצד השימוש בלשון לצורך ייצוג המציאות החוץ-לשונית מוביל לתהליך שבו בני-האדם תופסים ייצוגים שונים (תיאוריות, הסברים, קטגוריות, מושגים) כאמיתות.<sup>46</sup> ניטשה מדגים כיצד המושג "עלה" (leaf) נהפך בעיני הבריות למושג המייצג מציאות (מציאות של דבר ירקרק שמחובר לעצים וצמחים ואשר מכונה "עלה"): המושג "עלה" נוצר באופן שרירותי דרך הפשטה ושכחה של ההבדלים בין "עלה" לבין "עלה" ושל העובדה שאין בעולם שמחוץ ללשון "עלה" (כי "עלה" שייך לשפה, ולא לצומח). כלומר, "עלה" הינו מטפורה שבני-האדם המציאו לצרכים מעשיים, כגון הישרדות.<sup>47</sup> מנגנון זה גורר עם הזמן את האמונה המוצקה כי "עלה" הוא אכן מושג המייצג, אחד לאחד, את אותו דבר ירקרק שניתן לראות בצמחים ועל ענפי העצים.<sup>48</sup> זה ההסבר הגניאלוגי שניטשה מציע לתהליך שבו ייצוג המציאות באמצעות הלשון נהפך עם הזמן לדבר שאין לערער עליו.

45 אך ראו את עברת האונס הישראלית בסעיף 345(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, וכן: ע"פ 5612/92 מ"י נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 346-347; רון שפירא "דיני עונשין: מהתמקדות בפרט להכרעה במאבקים בין-קבוצתיים" ספר השנה של המשפט בישראל (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ו) 629; דפנה ברק-ארוז "האשה הסבירה" פלילים ו (תשנ"ח) 115; יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אישה (על יסוד אי-הסכמה בעבירת האונס) פלילים ו (תשנ"ח) 187.

46 ראו: Fridrisch W. Nietzsche "On Truth and Lie in an Extra-Moral Sense" *The Portable Nietzsche* (New York, Walter Kaufmann ed. and trans., 1977) 42, 46-47. מאמר זה מופיע בגרסה מקוצרת בסעיף 111 לספרו המדע העליון (ישראל אלדד מתרגם, 1969).

47 לגבי ניטשה, השפה בכללותה היא אוסף של מטפורות. כל מילה היא למעשה מטפורה. זאת, להבדיל מהתפיסה האריסטוטלית שלפיה המטפורה מהווה השאלה של מילה לצורך שונה מהמשמעות הטבעית לה.

48 בספרו המדע העליון, לעיל הערה 46, בסעיף 111, מסביר ניטשה את תהליך הפיכתו של המושג המטפורי (כלומר, השפה) לייצוג "אמיתי" של המציאות ברצון לשרוד ("מי שלא השכיל, למשל, לגלות עד מהרה את ה'שווה' בתחום המזון או בתחום בעל החיים העויין

בדומה לדוגמת העלה, ניתן לראות בהצדקה של חופש הביטוי סיפור המתיימר לייצג את המציאות החברתית. כך, המנגנון הניטשאי יביא, בסופו של יום, לידי תפיסת המציאות המיוצגת מבעד למשקפי סיפור זה כמציאות ממשית (לצורכי השיח המשפטי), כך שכל מה שאינו נמצא ב"מציאות" זו לא יבוא לידי ביטוי במסגרת דיני חופש הביטוי.<sup>49</sup> אם כך, ניתן לטעון, עלינו לבדוק את המציאות החברתית שמייצג כל אחד מסיפורי ההצדקה של חופש הביטוי – חשיפת האמת, שלטון עצמי, דמוקרטיה השתתפותית והגשמה עצמית – על־מנת לדעת מהי ההצדקה שמייצגת את המציאות בצורה המדויקת ביותר<sup>50</sup> או לחלופין לבנות הצדקה רציונלית חדשה. למעשה, השיח העוסק במוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי התפתח, בחלקו לפחות, על־פי פרדיגמה זו. כך, ניתן לראות את התיאוריה של שלטון עצמי כביקורת על ההצדקה המיליאנית, ואת הדמוקרטיה ההשתתפותית – כשיפור והשלמה של ההצדקה של מייקלג'ון וכביקורת על התיאוריה של מיל.<sup>51</sup> בהצגה כזו אפשר לראות את הניסיון להגיע להצדקה שתייצג את המציאות בצורה המדויקת ביותר כפרויקט שחרור מתמשך. אכן, הנסיובות למצוא הצדקה רציונלית שתייצג את המציאות החברתית המורכבת בצורה מדויקת יותר לא הגיעו עדיין לקיצום.<sup>52</sup>

- 49 אותו. משמע, מי שסיווג על דרך איטית מדי, מי שזהיר מדי היה במלאכת הסיווג, סיכויי התקיימותו פחותים היו מסיכוייו של מי שמיהר להסיק מן הדומה־בכל על השווה".
- 49 ויטגנשטיין המאוחר מבקר אף הוא את ההסתכלות על מה שנמצא "בחוק" מבעד למשקפי הסיפור האידיאלי. ראו לודוויג ויטגנשטיין חקירות פילוסופיות (עדנה אולמן־מרגלית מתרגמת, תשנ"ה) סעיף 103.
- 50 טיעון מסוג זה קרוב מאוד להיפותזה האסתטית בתורת הפרשנות של דוורקין – תיאור והצדקה של פרקטיקה חברתית (ביטוי) באור הנכון ביותר בהתאם לסוגה (ז'נר) המסוימת.
- 51 ראו: Joseph Raz "Free Expression and Personal Identification" 11 *Oxford J. Legal Stud.* (1991) 303; Kent Greenawalt *Fighting Words: Individuals, Communities, and Liberties of Speech* (Princeton, 1995) 3–6; Sunstein, *supra* note 19, at pp. 249–250; Cass Sunstein *Republic.com* (Princeton, 2001) 153–154; Habermas *Between Facts and Norms*, *supra* note 22, at pp. 1–3; דיין־אורבך, לעיל הערה 9.
- 52 פרדריק שאוואר, למשל, סבור כי ההצדקות הקיימות לחופש הביטוי אינן מספקות הסברים משכנעים להתפתחותם של דיני חופש הביטוי בארצות־הברית, ומבקש להרחיב את השיח התיאורטי של חופש הביטוי אל עבר תופעות חברתיות המנותחות במדעי החברה (פסיכולוגיה, כלכלה, סוציולוגיה). ראו: Frederick Schauer "The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience" 117 *Harv. L. Rev.* (2004) 1765, 1784–1788. בלקין טוען כי התפיסה התיאורטית של חופש הביטוי צריכה להשתנות לנוכח התנאים הטכנולוגיים המתקדמים. ניתן לומר כי בלקין מציע מעבר מהצדקה של דמוקרטיה השתתפותית להצדקה של חופש הביטוי כדמוקרטיה הידודית (אינטראקטיבית). ראו: Jack M. Balkin "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society" 79 *NYU L. Rev.* (2004) 1. ניבה אלקין־קורן מבקשת להרחיב – ובכך לשפר – את תפיסת הדמוקרטיה ההשתתפותית של הברמס כך שגם המציאות הכוחנית בחברה תיוצג על־ידי סיפור ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי. ראו: Niva Elkin-Koren "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright in Cyberspace" 14 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1996) 215

טיעון זה אומר למעשה כי מעצם העובדה שהצדקה כזו או אחרת כושלת בנסיונה לייצג את המציאות החברתית בצורה נאמנה לא נובע כי אין בנמצא הצדקה של חופש הביטוי שתוכל לייצג נאמנה את המציאות החברתית. לכאורה, טיעון זה נכון: כל שחלק זה הראה עד כה הוא כי סיפור הצדקתו של חופש הביטוי ממסגר מציאות חברתית, כפי שהיא מיוצגת בסיפור, כך שמציאות מיוצגת זו נהפכת (באמצעות המנגנון הניטשאי) למציאות שעולם המשפט יתפוס כנכונה. אבל אם נצליח ליצור סיפור שמייצג את המציאות בצורה ראויה, אזי אין קושי בכך שסיפור זה ימסגר ייצוג זה וייהפך, עם הזמן, לייצוג נכון ואמיתי. אולם המשך חלק זה מגלה את הכשל בטענה זו. הביקורת של ז'ן-פרנסואה ליוטאר (Lyotard) בדבר חוסר היכולת לייצג את המציאות המורכבת באמצעות תיאוריה מכלילה אחת,<sup>53</sup> וההסבר לביקורתו הלקוח מפילוסופיית הלשון, מנביעים את המסקנה כי מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי – דהיינו, אוסף כל הסיפורים המשמשים להצדקתו הרציונלית של חופש הביטוי – אינו יכול, בהכרח, להימנע מהדרתן של קבוצות ותופעות חברתיות מרכזיות.

## 2. ליוטאר ומאבקו בייצוג המציאות החברתית

תמה חשובה בהגותו של ליוטאר מתמצית בניתוחן של תיאוריות מכלילות על-אודות טבע האדם והחברה. ברצוני להציע פרשנות הרואה את הגותו של ליוטאר כביקורת עקבית ובלתי-מתפשרת – הנפרשת על-פני רוב כתביו – נגד הניסיון לייצג את המציאות החברתית במסגרת סיפור מכליל.

בספרו *Libidinal Economy*<sup>54</sup> יוצא ליוטאר נגד התיאוריה המרקסיסטית. ביקורתו המרכזית עוסקת בחוסר היכולת של מרקס לייצג את החברה הקפיטליסטית על יצריה הליבידינליים. הן תיאורו של האדם כייצור שלם (organic body) והן תיאור החברה כגוף שלם (great organic body) מייצגים מציאות המוחקת את העובדה שהאנשים מונעים על-ידי דחפים ויצרים באופן שאינו מאפשר לאוספם תחת "קורת-גג תיאורטית אחת".<sup>55</sup> בניגוד לסטרוקטורליזם (מבית-מדרשם של דה-סוסיר ולוי-שטראוס), ליוטאר טוען כי

53 ליוטאר לא ראה את עבודתו כביקורת הפילוסופיה או כביקורת התרבות, מכיוון שהוא ראה את הביקורת כסוג של אחיזה של המבקר בשדה הידע הדוגמטי של המבוקר. כחלופה לביקורת, ראה ליוטאר את עצמו כמי שעוסק בקריאת טקסטים (reading) ומגיב באמצעות כתיבה. עמדה זו שאובה מהזרם הפוסט-סטרוקטורליסטי, הכופר בקיומה של ביקורת מכיוון שזו מניחה את קיומו של טקסט "יציב" המשמש בסיס לביקורת עליו. ראו: Jean-Francois Lyotard *Libidinal Economy* (Bloomington, Iain Hamilton Grant trans., 1993) 95–96. עם זאת, איני רואה את עצמי מחויב לתפיסה זו.

54 הספר נפתח בתיאור מזועזע של פשיטת עורו של אדם והוצאת איבריו (כולל "הוצאה" של מנגנון התחביר וכל אוצרי-המילים שאותו אדם ביטא אי-פעם). התיאור המזועזע הוא המחשת יצר הליבידו, תרתי משמע. ליוטאר מאתת בכך כי תיאוריה פוליטית המייצגת את המציאות לא תוכל לעשות כן מבלי שדחפיו ויצריו הפנימיים ביותר של האדם ייוצגו – דבר שאינו אפשרי, כמובן (*ibid.*, at pp. 1–6). לדיון במקומם של היצרים הליבידינליים במסגרת תיאוריה פוליטית, ראו, למשל, הרברט מרקוזה ארוס וציוויליזציה (יוחנן עומרי מתרגם, תשל"ח).

55 ראו: *Ibid.*, at pp. 95–154, esp. 109, 131–132.

אי-אפשר לייצג את הדחפים באמצעות מסמנים לצד שאר המסמנים ה"רגילים" המשמשים בכתיבת התיאוריה המרקסיסטית. לפיכך הוא מציע סוג של מעין-מסמן, הנקרא tensor, שתפקידו להזהירנו מפני החמצת הדחפים והיצרים הבלתי-ניתנים לסימון: היות שאי-אפשר לייצג את היצרים באמצעות הלשון, ה-tensor שובר את הרצף הלשוני ולכן מאיין את האפשרות לשזור סיפור המייצג מציאות חברתית.<sup>56</sup> במילים אחרות, ליוטאר רואה את הייחודיות (singularity) והשוני היצרי כבלתי-ניתנים לייצוג באמצעות הסיפור המרקסיסטי. אף-על-פי שביקורתו מופנית כלפי הסיפור המרקסיסטי, ניתן להפנותה נגד כל סיפור מודרניסטי המתימר לייצג את המציאות החברתית מבלי להיות ער לחוסר היכולת לייצג את המארג האנושי המורכב של יצרים ודחפים.

מחקר מרכזי נוסף בהגותו של ליוטאר מתרכז בחלום,<sup>57</sup> שמהווה את העיסוק הפרדיגמטי של ענף הפסיכואנליזה. ליוטאר מגלה חשד כלפי התהליך של העלאת שברי הזכרונות מהחלום, רישומם ופרשנותם על-ידי המטפל. ליוטאר רואה בחלום, הנשלט על-ידי הלא-מודע, פעילות חזותית חוץ-לשונית (וזאת בניגוד לפסיכואנליטיקאי ז'ק לקן (Lacan), הרואה את הלא-מודע כמבנה לשוני, וכן בניגוד לוויטגנשטיין המאוחר, היוצא, באופן כללי, נגד היתכנותה של שפה פרטית). אי-לכך, ליוטאר שולל את היכולת לייצג את החלום באמצעות הלשון (של המטפל והמטופל). ביקורת זו מקבילה לביקורת העולה מן ה"Libidinal Economy", אלא שכאן החלום הוא המציאות הליבידינלית, והטיפול הפסיכואנליטי (התיאוריה המרקסיסטית) הוא הניסיון לייצג את החלום (המציאות הליבידינלית) באמצעות הלשון.

ספרו החשוב ביותר של ליוטאר, *The Differend*,<sup>58</sup> ממשיך ומרחיב את המגמה הביקורתית כלפי ייצוג המציאות, כפי שעלתה בביקורת המרקסיות והפסיכואנליזה. חשיבותו של הספר מצויה ביסוד הפוזיטיבי שליוטאר מכניס בו לראשונה: תשתית לתיאוריה פוליטית המבוססת על הכרה במצבי wrong. במונח זה מגולמת סיטואציה של סכסוך בין צדדים המשוללים יכולת לגשר על חילוקי-הדעות ביניהם באמצעות כלל שפטיה ושפה משותפים, וזאת להבדיל ממצב של tort, שבו הצדדים לסכסוך "מצוידים" בשפה וכללי שפטיה משותפים, המאפשרים התדיינות והכרעה בין הצדדים.<sup>59</sup> מצב wrong

56 על תפקידו של ה-tensor ראו: *Ibid.*, at pp. 43–94. השימוש ב-tensors קודם במובן מסוים לשימוש במושג differend כביטוי לחוסר היכולת של השפה לייצג את המציאות בצורה אחדותית. על ה-differend ראו להלן את הטקסט סביב הערה 58 ואילך.

57 מחקר זה הינו חלק מספרו *Discourse, Figure* שלא תורגם לאנגלית (ואשר הופיע לפני הספר *Libidinal Economy*). לכן פסקה זו מבוססת על אותם חלקים מספרו שתורגמו לאנגלית ואשר עוסקים בביקורת הפסיכואנליזה. ראו: Jean-Francois Lyotard "The Dream-Work Does Not Think?" *The Lyotard Reader* (Oxford, Andrew Benjamin ed., 1989) 239. כן ראו: Jean-Francois Lyotard "The Connivances of Desire with the Figural" *Lyotard Driftworks* (New York, 1984) 57.

58 Jean-Francois Lyotard *The Differend: Phrases in Dispute* (Minneapolis, Georges Van Den Abbeele trans., 1988). אף שנהוג לזהות את ליוטאר עם ספרו המצב הפוסטמודרני, להלן הערה 67, נראה לי כי ספר זה הולך צעד אחד קדימה ומעניק יסוד פוזיטיבי אפשרי לפיתוחה של תיאוריה פוליטית המבוססת על רגישות למצבי differend.

59 ראו: *Ibid.*, at p. x. הפילוסוף ריצ'רד רורטי יצא נגד ה-differend כמתאר מצב של שפה



יוצר את השוני (differend) הבלתי-ניתן לגישור בין ההיגדים המבוטאים על-ידי שני הצדדים.<sup>60</sup> זהו, למעשה, היסוד הפוזיטיבי שליוטאר מציע כבסיס לבנייתה של תיאוריה פוליטית.<sup>61</sup>

העיסוק במושג differend משמש את ליוטאר לביקורת ייצוגה של המציאות באמצעות ביטויים. אחד הביטויים שליוטאר מדגים באמצעותם את ה־differend הוא אושוויץ ומחנות־ההשמדה. כך, לגבי היסטוריונים, השם "אושוויץ" אינו יכול להתחבר לכלל ביטוי הנוטל חלק "טבעי" בתוך הסבר היסטורי כוללני מבלי לעורר תחושת אי־נוחות צורמת.<sup>62</sup> גם לגבי פילוסופים הגליאניים, השם "אושוויץ" אינו יכול ליטול חלק בדיאלקטיקה של הרוח.<sup>63</sup> כלומר, אושוויץ – כמו־גם differends אחרים<sup>64</sup> – מבטא למעשה את העדר המכנה המשותף (incommensurability) שבין ביטויים ושמות שונים בשפה, אשר מבטל כל אפשרות לכתוב סיפור על־אודות המציאות החברתית. ניתן אם כן לפרש את ליוטאר כמי שטוען כי לנוכח ההטרונגניות של החוויה האנושית המובעת באמצעות הלשון, אין לנו יכולת להמציא שפה שבה נוכל לייצג מציאות חברתית מורכבת מבלי שנגרום wrongs.<sup>65</sup>

- שאינה ניתנת ללמידה (unlearnable), כך שנגרם wrong. רורטי מבקש להבחין בין הטענה העולה מתורתם של ויטגנשטיין ותומס קוהן (Kuhn), כי אין שפה משותפת הידועה מראש שבעזרתה ניתן לתרגם ולהבין תיאוריות ותרבויות אחרות, לבין טענתו של ליוטאר כי יש שפות שאינן בנות־למידה. רורטי גורס כי הטענה השנייה מנוגדת לתרבות הליברלית, המדגישה את המעבר משימוש בכוח לשכנוע באמצעות מילים, מתוך רצון להגיע לקונסנזוס. רורטי גורס כי אין שום סיבה להניח, אפרורית, כי אי־אפשר ללמוד שפה חדשה ולהביע באמצעותה תחושות ורעיונות לפני דוברי שפה זו. ראו: Richard Rorty "Cosmopolitanism Without Emancipation: A Response to Jean-Francois Lyotard" *Objectivity, Relativism, and Truth* (Cambridge, 9th ed., 1991) 211
- תגובתו של ליוטאר על ביקורתו של רורטי מתמקדת בהבחנה של רורטי בין שתי הטענות (ההבחנה בין שפה שאינה ניתנת ללמידה לבין שפה שאינה ידועה אך ניתנת לתרגום). ליוטאר טוען כי גם אם נקבע שכל השפות ניתנות לתרגום, עדיין אין הדבר מנביע יכולת לקיים דו־שיח ממשי שבו הליברל יוכל למסור ל"אחר" את דעותיו ולהבין את טיעונו של אותו אחר. לכן יכולת התרגום אינה מונעת בהכרח differend בין בני־שיח רחוקים זה מזה. ראו: Jean-Francois Lyotard "A Bizarre Partner" *Postmodern* (Minneapolis, Georges Van Den Abbeele trans., 1997) 123
- 60 ההיגד (phrase) הוא המבנה הלשוני הבסיסי היוצר משמעות, אליבא דליוטאר. (גישה זו סוטה מגישתו בספר המצב הפוסטמודרני, להלן הערה 67, שבו אימץ ליוטאר את משחקי הלשון של ויטגנשטיין המאוחר כמבנה הבסיסי להפקת משמעות.)
- 61 זו הפרשנות שלי לליוטאר. השוו ליסוד הפוזיטיבי המוצע על-ידי רורטי: Richard Rorty "Solidarity" *Contingency, Irony, and Solidarity* (Cambridge, 1989) 189
- השוו: Richard Rorty "On Ethnocentrism: A Reply to Clifford Geertz" *Objectivity, Relativism, and Truth* (Cambridge, 9th ed., 1991) 203
- 62 ראו: Lyotard, *supra* note 58, at p. 57.
- 63 הדיאלקטיקה ההגליאנית היא תהליך (היסטורי) מתמשך שבו תזוה והאנטיטזה מתהווים לכלל סינתזה שמתעלה לרמת ביטוי גבוהה יותר. ראו: *Ibid*, at pp. 92–93
- 64 לדוגמה, השיח הכלכלי הממוסחר (commodified), שרואה בעובד גורם ייצור לכל דבר ואשר מייצג את העולם במונחים של הון ותפוקה, יוצר differend בין מציאות חיו של העובד לבין השיח הכלכלי השגור בפיו של מעבידו. ראו: *Ibid*, at p. 13
- 65 ליוטאר מסיים את ספרו על ה־differend בהשראה ניטשאית מובהקת, כאשר הוא מפתה

מבלי לנטוש גישה זו, ליוטאר מחולל תפנית מסוימת בעניין תפיסתו את תופעת הפוסטמודרניזם.<sup>66</sup> ליוטאר יוצא נגד ראייתו הקודמת את תופעת הפוסטמודרניזם כ"מצב" (condition).<sup>67</sup> כנגד השקפה זו, ליוטאר מציע תהליך תרפויטי של שכתוב (rewriting) המודרניות. במושג "שכתוב" אין הכוונה לחזרה (repetition) אל נקודת ההתחלה של התקופה המודרנית ובנייתה מחדש<sup>68</sup> או לתהליך של הזכרות (remembering) הגורר עימו היאחזות בעבר;<sup>69</sup> הכוונה היא לנטרל את ההווה מנטיות העבר לבסס שיח רציונלי המדיר מתוכו את הרגעיות והייחודיות של החוויה האנושית (working through).<sup>70</sup> תהליך ה־working through צועד יד ביד עם הביקורת על נסיון הייצוג של המציאות, שכן ליוטאר רואה בשכתוב המודרניות תהליך שגורר את נטרול הכתיבה התיאורטית המספרת על שחרור האדם, בצורה המחמיצה את הייחודיות והרגעיות של החיים האנושיים.<sup>71</sup>

לסיכום חלק זה, ניתן לראות כי הגותו של ליוטאר מתמקדת, לאורך מחקריו השונים והמגוונים, ברצון להפריך את היומרה לייצג את המציאות החברתית, בין שייצוג זה נעשה במסגרת הסיפור המרקסיסטי, הפסיכואנליטי, ההגליאני או כל סיפור אחר המשמש מנגנון מצדיק לארגון הידע ולהפעלת כוח באמצעות הלשון. להגותו של ליוטאר יש תפקיד מרכזי בחשיפת העושר המוחמץ במסגרת הניסיון לייצג מציאות חברתית באמצעות תיאוריה מצדיקה. ביקורתו מהווה תמרור אזהרה חשוב מפני העדר הרגישות של השימוש בלשון ככלי לייצוג מציאות חברתית. אך לצד עקביותו של ליוטאר בביקורתו על נסיון ייצוג המציאות, קשה להימנע מהתחושה כי טיעונו אינם שלמים.<sup>72</sup> כלומר, ביקורתו של ליוטאר אינה מסבירה מדוע אין כל אפשרות לייצג מציאות חברתית באמצעות תיאוריה מכלילה אחת, להבדיל מהצלחתו להראות היכן כשלו אותן תיאוריות קודמות שניסו לעשות זאת. במילים אחרות, ליוטאר מציג מקרים שבהם נכשל נסיון ייצוג המציאות החברתית, אך אינו מסביר מה גרם לכך. ההסבר – מדוע אי־אפשר לייצג מציאות חברתית בתיאוריה מכלילה אחת – ימצא בבחינה של נסיון הייצוג בראי פילוסופיית הלשון. בחינה זו מצביעה על המעבר של הפילוסופיה העכשווית מפרדיגמה של ייצוגיות לפרדיגמה של ביצועיות, על רקע חוסר האפשרות לייצג מציאות באמצעות הלשון.

את הקוראים להפנים את הקונטינגנטיות וההטרונגיות של המציאות החברתית: "Are you prejudging the Is it happening?" *Ibid*, at p. 181. ראו:

66 ראו: Jean-Francois Lyotard "Rewriting Modernity" *The Inhuman: Reflections on Time* (Cambridge, Geoffrey Bennington & Rachel Bowlby trans., 1998) 24

67 כשמו של המחקר המפורסם של ליוטאר המצב הפוסטמודרני (גבריאל אש ואריאלה אוולאי מתרגמים, 1999).

68 ראו: Lyotard, *supra* note 66, at pp. 26–27.

69 *Ibid*, at p. 29.

70 *Ibid*, at pp. 30–31. השימוש במושג rewriting מהווה, לטעמי, ביקורת סמויה על המושג reconstruction של הברמס: ליוטאר רואה בשימור ושחזור של מהלכי העבר את הנחלתם של משגי העבר להווה.

71 *Ibid*, at pp. 33–34.

72 ליוטאר עצמו היה ער לכך וגילה רפלקסיביות למגבלותיו. ראו: Lyotard, *supra* note 68, at p. 135.

### 3. משבר הייצוג של השפה

אחת התפיסות המושרשות ביותר בפילוסופיה המודרניסטית היא היות השפה מדיום המתווך בין האדם (ולשונו) לבין המציאות המצויה מחוץ לו.<sup>73</sup> תפיסה זו רואה בחיפוש ובייצוג של האמת, הנמצאת "אי-שם", את תכלית הפעילות האנושית. הנחה מרכזית המובלעת בתפיסה זו היא יכולתה של השפה לייצג את המציאות באופן טבעי וניטרלי. כך, השפה נתפסת כלא יותר מאשר אוסף של מסמנים המשקף, כמו בתמונה, את המציאות העובדתית והחברתית. על-פי תפיסה זו, הפילוסופיה היא, בין היתר, פרויקט לגילוייה של "השפה המושלמת" – השפה החותרת לייצוג המושלם.<sup>74</sup> בחלק זה של הרשימה אבקש להציג את העמדה כי בתפיסת הלשון ככלי לייצוג המציאות מצוי כשל. הטענה היא כי תפיסה זו הוניהה את הקושי הטמון בה: גילוי המציאות המצויה "אי-שם" מחוץ לשפה הינו פעולה לשונית מובהקת. "אי-שם" ו"מציאות" אינן אלא מילים, וממילא השימוש בהן אינו נמצא מחוץ ללשון. לכן, כדי "לגלות" ידע חדש (כגון תיאוריה פוליטית או תורה מדעית), דרושים שפה חדשה, אוצר-מילים חדש או המשגה חדשה, שכן הגילוי – או ליתר דיוק, ההמצאה – נעשה באמצעות הלשון. אם מתייחסים לעמדה אחרונה זו ברצינות, מתבקשת המסקנה כי הלשון מכוננת את הידע, ולא אך מייצגת אותו. מכאן שהיא כלי אידיאולוגי, ולא ניטרלי. נפנה אפוא לבחינת הטענה בדבר משבר הייצוג של השפה, כפי שהיא התפתחה, בין היתר, בהגותם של ניטשה, ויטגנשטיין המאוחר ואוסטין. סדק משמעותי בתפיסת הלשון ככלי לייצוג המציאות התחולל על רקע תפיסת הלשון

73 ראו: Richard Rorty "The Contingency of Language" *Contingency, Irony, and Solidarity* (Cambridge, 1989) 3–4. ראוי להבהיר כי תפיסת הלשון כמערכת לייצוג המציאות לא "הומצאה" בתקופת הנאורות. למעשה, המימד הייצוגי של הלשון מצוי כבר באתונה של אפלטון ואריסטו (כתגובת-נגד על התפיסה הרטורית של הלשון בקרב הסופיסטים).

74 כביטוי של אומברטו אקו. ראו: Umberto Eco *The Search for the Perfect Language* (London, James Fentress trans., 1997). רורטי מדגיש את האמת המדעית כפרדיגמה של חיפוש האמת החוץ-לשונית. ראו: Rorty, *ibid.*, at pp. 3–4, 13. במסגרת פרדיגמה זו ניתן למנות, בין היתר, את יומרתו של בייקון להבריאה את השפה מה-idols of the market – ראו: Francis Bacon *Advancement of Learning; Novum Organum* (London, J. Devey ed., 1902) 31. שני אישים אלה ביקשו למעשה, כל אחד בדרכו, לזקק את השפה מכשליה ולפתחה למערכת של ייצוגיות טהורה. במסגרת אותה פרדיגמה ניתן למנות גם את האפיסטמולוגיה של קאנט, שהניח קיומה של הכרה בדמותן של הקטגוריות של התבונה, הקודמת ללשון – ראו: Immanuel Kant *The Critique of Pure Reason* (J. Meiklejohn trans., 1901) – וכן את הפוזיטיביזם הלוגי (שאימץ בחום את תורת התמונה של ויטגנשטיין המוקדם), שראה בשפה לא יותר מאשר מערכת של פסוקים שתפקידם לזהות את המציאות הקדם-לשונית: Ludwig Wittgenstein *Tractatus Logico-Philosophicus* (London, C.K. Ogden trans., 1981) §4.031. לתפיסה זו של הפילוסופיה – ובכלל זה הפילוסופיה של הלשון – חקר וגילוי של הקשרים הקיימים בין המילה לבין האובייקט המיוצג על-ידיה, ראו: Rudolf Carnap *Meaning and Necessity: A Study in Semantics and Modal Logic* (Chicago, 2nd ed., 1956) esp. §4.

של ניטשה.<sup>75</sup> ניטשה יוצא נגד התפיסה האובייקטיבית של המציאות הנורמטיבית (כשם כולל לערכים, מוסר, מחקר מדעי ופילוסופיה). ביקורתו מופנית נגד ראיית מציאות זו כבעלת קיום משל עצמה, במנותק משאלות לגבי ערכה של מציאות זו (כגון מהו ערכו של ה"טוב", ואם ה"טוב" מצוי בדרגה ערכית גבוהה מן ה"רוע").<sup>76</sup> לפיכך ניטשה נוטש את גילוי האמת ועובר לחקירת ה"אמת". המעבר שניטשה עושה הוא מִמְקָר המציאות הנורמטיבית כתופעה בעלת קיום אוטונומי אל חקר התהליך החברתי שבמסגרתו הומצא, בין היתר, המושג "אמת". מעבר זה מתבסס, בין היתר, על תפיסת הלשון כמנגנון לייצור ה"אמת".

השפה, לפי ניטשה, הינה כלי אנושי שהומצא בעיקר לצורך הישרדותו של האדם בעולם. כלומר, תפקידה הוא לשרת את האדם בהתייחסות-הגומלין שלו עם העולם. השימוש בלשון נעשה באמצעות פעולות של מיון וסיווג של אובייקטים חוץ-לשוניים ("פריטים" טורפים מול "פריטים" ידידותיים, למשל). דרך המיון והסיווג הינה במהותה דרך של הכללה: מתן שם אחד לכל האובייקטים שניתן להכלילם תחת שם אחד ("חתול" כמילה המכלילה סוגים שונים של אובייקטים בצבעים וגדלים שונים). אמת-המידה למיון היא, כאמור, הבטחת שרירותו של האדם, ולא החתירה לייצוג אמת של המציאות החוץ-לשונית.<sup>77</sup> במסגרת הסבר זה המילה משוללת משמעות סמנטית הקודמת לשימוש בה. כלומר, אין בעולמנו משמעות אפריורית למילים (לאוסף האותיות חִתּוּל אין משמעות "ראשונית", הקודמת לשימוש באוסף אותיות זה לצורך מיון קבוצת פריטים מעולם החי והכללתם תחת המילה "חתול").

אך זה לא העיקר. ניטשה ממשיך וטוען כי השימוש בלשון – הפעולה של סיווג אובייקטים חוץ-לשוניים – משפיע על אופן הכרתנו את אותם אובייקטים שסווגו על-ידינו. ניטשה מציע מנגנון אפיסטמי המסביר כיצד השימוש בלשון לצורכי מיון וסיווג נהפך, עם הזמן, לייצוג מובן מאליו של המציאות החוץ-לשונית ולדבר שאין מערערים עליו. כך, ניטשה מדגים כיצד השימוש שלנו במילה "כן" (honest) לצורך תיאור של תכונת אופי נהפך לייצוג של מציאות נורמטיבית מסוימת, הגם שאין בין מילה זו לבין המציאות הנורמטיבית ולא-כלום. כאשר אנחנו שואלים מדוע פלוני נוהג כך וכך, ונענים בתשובה כי פלוני כן, איננו יכולים להסיק מכך מה פלוני עשה, לפחות לא באופן ישיר,

75 מובן שהצגת דברים זו אינה כרונולוגית במובן החמור של המילה. כך, למשל, ניטשה קדם לפוזיטיביזם הלוגי. עם זאת, בחינת הדברים בפרספקטיבה של התפתחות אנושית עשויה להצביע על כיוון התקדמות ברור, עם קפיצות זניחות קדימה ואחורה בזמן.

76 "נחוצה לנו ביקורת הערכים המוסריים, מן הדין להציב את סימן השאלה על ערכם של ערכים אלה עצמם – ולשם כך דרושה ידיעת הנסיבות והתנאים שמתוכם הם צמחו, שמתוכם התפתחו, זוו, סטו (מוסר כתוצאה, כסימפטום, כמסכה, כצביעות, כמחלה, כאי-הבנה; אך גם מוסר כסיבה, כתרופה, כגירוי, כמעצור, כרעל), ידיעה אשר עד כה טרם הושגה ואף לא נתבקשה. ערכם של 'ערכים' אלה נחשב כנתון, כעובדה, כדבר שמעבר למוטל בשאלה; הן עד כה לא עלה על קצה הדעת לפקפק ולהטיל ספק בכך ש'הטוב' נמצא במעלת ערכיות גבוהה יותר מן ה'רוע'." פרידריך ניטשה לגניאולוגיה של המוסר (ישראל אלדד מתרגם, 1979) סעיף 6. כן ראו פרידריך ניטשה מעבר לטוב ולרוע (ישראל אלדד מתרגם, 1979) סעיף 228; ניטשה, לעיל הערה 46, בסעיפים 108, 110.

77 ראו לעיל הערה 48.

שכן המילה "כן" שייכת לאוצר-המילים שלנו, ולא לאוסף ההתנהגויות והתכונות. ניטשה ממשיך ומסביר כי כל שאנו מכירים הן התנהגויות שונות ומובחנות זו מזו. האדם, יוצר השפה, מאחד את אוסף ההתנהגויות הללו ומכנה אותן, למרות השוני ביניהן, בכינוי אחד – "כן". עם הזמן, משתמשי השפה תופסים את המציאות הזו – התנהגויות שמעידות על תכונת הפנות – כמצב שבו פלוני כן. כך, השימוש התדיר במילה חודר אל תודעתנו ומשנה את תפיסתנו. הכרתנו מתעצבת ממצב הכרתי שבו התנהגות  $x$  היא  $X$  והתנהגות  $y$  היא  $Y$  למצב שבו התנהגויות  $x$  ו- $y$  הן התנהגויות "כנות", ובסופו של יום אנו מכירים התנהגויות אלה כהתנהגויות "כנות" בלבד (ולא כהתנהגויות מסוג  $x$  ו- $y$ ). כלומר, המנגנון האפיסטמי גורם להכרת השפה כמדיום שמייצג את המציאות החוץ-לשונית, כך שהתנהגות  $x$  של פלוני הינה כנה "בשל כנותו".<sup>78</sup> ערכי האמת,  $x \equiv$  כנה, שמיוחסים לייצוג המציאות החוץ-לשונית הינם על-יכן בגדר אשליה (הכרחית).<sup>79</sup>

למעשה, פילוסופיית הלשון של ניטשה אינה משתחררת לחלוטין מפרדיגמת הייצוגיות של הלשון. זאת, משום שעיקר תפקידה הוא לייצג את המציאות, אם גם באופן מלאכותי. עם זאת, האופן שבו המימד המייצג של הלשון בא לידי ביטוי הינו מהפכני: המילה אינה מייצגת את המציאות, אלא מכוננת את ייצוג המציאות. בכך ניטשה מעביר את מרכז-הכובד הלשוני מן השימוש בשפה הטבעית, כאוסף של מילים המייצגות מציאות חוץ-לשונית (ובכלל זה ערכים, מוסר, מדע, פילוסופיה), אל השימוש בשפה ככלי ליצירת ייצוג של המציאות בהתאם לרצונותיו, לדחפיו ולצרכיו של האדם. תפיסת הלשון ככלי טבעי וניטרלי לייצוג מציאות חוץ-לשונית בדרך של תיווך בין האדם לבין המציאות – נסדקה.

פילוסופיית הלשון של ויטגנשטיין המאוחר הפכה את הסדק שיצר ניטשה למשבר ממשי, שמהווה מוטיב מרכזי בפילוסופיה העכשווית.<sup>80</sup> המאפיין המובהק של מחקריו של ויטגנשטיין המאוחר הוא דחיית הגישה הדוגמטית שלפיה תכלית הפילוסופיה היא גילוי פתרונות (המצויים אי-שם) לבעיות באמצעות ניתוח לוגי, ומעבר אל ניתוח השימושים בלשון ככלי (תרפויטי) לפירוק כשלים שנוצרו, בין היתר, עקב תמונה שגויה של הלשון כשפה טבעית וניטרלית.<sup>81</sup> על-פי ויטגנשטיין המאוחר, למילה אין משמעות אחת המשקפת

<sup>78</sup> Nietzsche, *supra* note 46, at p. 46; ראו: "because of his honesty"

<sup>79</sup> *Ibid*, at p. 47

<sup>80</sup> משבר הייצוג של השפה הינו, ללא ספק, אחד המוטיבים המרכזיים ביותר בהגותו של רורטי. ראו: Richard Rorty *Contingency, Irony, and Solidarity* (Cambridge, 1989) 3–22, 44–69; Rorty, *supra* note 59, at pp. 1–12 על משבר הייצוג של השפה כטריז העומד בין היומרה המודרניסטית (להצדיק כוח על-ידי שימוש בסיפורים מכלילים) לבין החוויה האנושית ההטרונגנית. ראו לעיל חלק ב2. מישל פוקו מתייחס למשבר זה באמצעות המונח "הטרוטופיה", שמציין את הפער בין המרחב הפיזי לבין המרחב הלשוני. ראו אריאלה אזולאי "צאצאי הזמן ודיירי המרחב" אחרית דבר בתוך מישל פוקו הטרוטופיה (אריאלה אזולאי מתרגמת, 2003) 61–64.

<sup>81</sup> מעבר זה מסמן, בצורה כללית, את המעבר מהתקופה המוקדמת לתקופה המאוחרת אצל ויטגנשטיין. מכאן, כמובן, אין להסיק כי הגותו של ויטגנשטיין המאוחר עומדת בסתירה גמורה להגותו המוקדמת. עם זאת, ולענייננו, פילוסופיית הלשון של ויטגנשטיין

מציאות חוץ-לשונית. כך, המילים "מים!", "הלאה!", "או!", "הצילו!", "יופיו!" ו"לא!" אינן מציינות דבר מסוים בעולם, ואין להן משמעות "טבעית" מחוץ לשימוש שהדוברים עושים באותן מילים.<sup>82</sup> ויטגנשטיין מראה כי כל שימוש במילה המתיימר לייצג מציאות חוץ-לשונית מצוי במסגרתו של משחק לשון. מושג זה הוא הבסיס להבנת תורתו של ויטגנשטיין המאוחר. מאחר שהאחרון נמנע ממתן הגדרות,<sup>83</sup> ניתן להסביר את פשר המושג בעזרת הצבעה על פרקטיקות קרובות ("דמיון משפחתי") למשחק הלשון. למשל, משחק השחמט הוא אנלוגיה פרדיגמטית למשחק לשון (וכלי השחמט מקבילים למילים).<sup>84</sup> על-פי חוקי המשחק, מהלך בעל משמעות הוא רק כזה שתואם את כללי המשחק, ומהלך שאינו תואם אותם הינו חסר משמעות. נוסף על כך, תפקידו של המלך נקבע בהתאם לכללי המשחק, כך שהכלי המכונה "מלך" אינו מלך מחוץ למשחק השחמט, כפי שמלך תאילנד אינו "מלך" במשחק השחמט. בצורה זו של הצגה ניתן לראות כי המילים נטולות משמעות ניטרלית (מחוץ למשחק) ולכן אינן מייצגות את המציאות שמחוץ ללשון.<sup>85</sup>

על-כן מצב שבו בני-אדם כותבים סיפור אשר מייצג מציאות ומשמש מנגנון הצדקה, אפשר לראותו כמשחק לשון שיוצרו ומשתמשו מנסחים חוק האומר: לאורך משחק זה נייצג את האובייקט obj במילה xyz.<sup>86</sup> מילה זו (xyz), יאמר ויטגנשטיין, הינה חסרת משמעות מחוץ למשחק הלשון הנוכחי שכן אין לה משמעות ניטרלית מחוץ למשחק, משום ש-xyz הינה מכשיר לביצוע פעולה מסוימת במשחק זה. במובן זה, השימוש במילה xyz מכונן את xyz, בדיוק כשם שכללי משחק השחמט מכוננים את משחק השחמט. כך, באופן כללי, ייצוג "המציאות" מכונן את "המציאות" (במסגרת משחק ההצדקות של חופש הביטוי).

ויטגנשטיין העביר אם כן את מרכז-הכובד של הלשון מכלי סמנטי-ייצוגי לכלי המשמש לביצוע פעולות מכוונות בספרה החברתית.<sup>87</sup> הפילוסוף אוסטין הלך צעד קדימה בהציגו את תורת מעשי ההיגד (Speech Act Theory). במסגרת זו עבר אוסטין מהשאלות

המאוחר, כפי שתוצג להלן, עומדת בסתירה לתפיסת הלשון כמכשיר לייצוג המציאות, תפיסה שבה החזיק בתקופת הגותו המוקדמת.  
 82 ויטגנשטיין, לעיל הערה 49, בסעיף 27. כן ראו לודוויג ויטגנשטיין על הוודאות (עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת, 1986) סעיפים 10, 42-45, 61 (להלן: ויטגנשטיין על הוודאות). השוו ברק, לעיל הערה 10, בע' 142.  
 83 ויטגנשטיין, לעיל הערה 49, בסעיף 67.  
 84 שם, בסעיף 31.  
 85 להקבלות נוספות, ראו, למשל: משחקי כדור, שם, בסעיף 83; משחק בניית מבנה שבו בנאי אחד נותן הוראות לבנאי אחר, שם, בסעיפים 2 ו-86.  
 86 עוד ראו שם, בסעיפים 27-28 ו-454.  
 87 השימוש במילה "פעולה" מקדים את זמנו אך אינו שגוי. תורת הלשון של ויטגנשטיין המאוחר מדגישה את המימד החברתי של השפה. המילים משמשות כלים לשימושים מיוחדים בהתייחסויות-גומלין חברתיות. אחד השימושים הבולטים בדוגמות של ויטגנשטיין הוא מתן פקודות/הוראות במשחק הבנאים. מלבד הבעת המשמעות, מתן פקודה הינה פעולה של ממש. תיאור זה דוחה על-כן את הטענה כי יש לראות בפילוסופיית הלשון של ויטגנשטיין תורת משמעות מעשית בלבד, אשר מתמקדת אך ורק בשאלת השימוש בלשון כשאלה פרשנית-טקסטואלית (כיצד יש להבין את המילה xyz).

המסורתיות על מובנן של המילים אל בחינת הפעולות שעושים עימן. בבסיסה של התיאוריה מצויה התפיסה הרואה בהיגדים מעשים המכוננים את התייחסות-הגומלין החברתית.<sup>88</sup> אליבא דאוסטין, הפונקציה המרכזית של הלשון היא כינונה של המציאות החברתית. דוגמה מובהקת לכך היא פסק-דין. טקסט זה נושא על-גביו משמעות תוכנית (סמנטית) משמעותית: תיאור הנסיבות, סקירת ההלכות הרלוונטיות למקרה, הכרעת הדין וכדומה. אולם אי-אפשר להבין את מיקומו של פסק-הדין בחברה על-פי המימד הסמנטי-הייצוגי האמור. זאת, יאמר אוסטין, משום שההיגד (פסק-הדין) יוצר את המציאות, ולא – או למצער לא רק – מייצג אותה.<sup>89</sup> ראשית, קביעתו של פסק-הדין ש"הנאשם אשם" משנה ומכוננת את המציאות בדיוק כפי שנעיצת סכין בגופו של הקורבן משנה את המציאות (אפקט זה מכונה illocutionary). שנית, עצם כתיבתו של פסק-הדין מהווה פעולה של כינון אוצר-מילים (אפקט מסוג locutionary). פעולה זו מכפיפה, לכל-הפחות, את כל מי שייטול חלק בשיח על-אודות פסק-הדין לאוצר-המילים שהוטבע בו (אם על-ידי קבלת אוצר-המילים, אם על-ידי דחייתו ואם על-ידי התעלמות ממנו).<sup>90</sup> אפקט ביצועי שלישי של פסק-הדין הוא במימד השכנועי שלו – פסק-הדין מהווה פעולת שכנוע של קוראי פסק-הדין בנכונותו (אפקט מסוג perlocutionary).<sup>91</sup> עיקר תשומת-הלב מופנית, מן הסתם, אל האפקט הביצועי הפרדיגמטי (illocutionary). אך כאמור לעיל, לעצם השימוש בלשון – בעיקר לצורך ייצוג של מציאות חוץ-לשונית – יש אפקט ביצועי (locutionary)

- 88 בתחילת דרכו הבחין אוסטין בין היגדים שהינם sayings ולכן אינם מעשים של ממש (למשל: הצהרות ותיאורים), שאותם כינה Constatives, לבין היגדים שהינם doings לכל דבר (למשל: הבטחות, הזהרות), שאותם כינה Performatives. ראו: John L. Austin *How to Do Things with Words* (Oxford, 1962) 1, 6 (hereinafter: Austin *How to Do Things with Words*). אולם לקראת סוף ספרו (אוסף הרצאותיו) חזר בו אוסטין מההבחנה האמורה, וקבע כי גם Constatives הינם היגדים ביצועיים לכל דבר: John L. Austin "Performative-Constative" *The Philosophy of Language* (Oxford, J. Searle ed., 1971) 13, 22.
- 89 תפיסה מוטעית זו, הרואה בלשון כלי לייצוג או לתיאור של המציאות, כונתה על-ידי אוסטין "הכשל התיאורי" (descriptive fallacy). ראו: John L. Austin "Performative Utterances" *Philosophical Papers* (Oxford, 3rd ed. by J.O. Urmson & G.J. Warnock, 1979) 234–235.
- 90 לצורך המחשה ניתן לחשוב על כתיבתו של הנשיא ברק. תורת האיזונים שברק דוגל בה מכפיפה את כל מי שעוסק ביישוב עימותים בין ערכים, זכויות ואינטרסים לאוצר-המילים שהיא יוצרת. המציאות החברתית שחווה מי שכותב ספר על זכויות אדם, למשל, כוללת בתוכה את אוצר-המילים האמור. ראוי להדגיש כי איני טוען שאוצר-מילים זה הינו היחיד אשר ניתן או חובה לעשות בו שימוש, אך הוא בהחלט מעצב ומכונן את התייחסותו של אותו כותב.
- 91 לצד שלושה סוגים אלה של ביצועיות ניתן להצביע גם על מעשי היגד עקיפים (indirect speech acts), שבהם נעשות פעולות שאינן נגזרות לכאורה מהמשמעות הסמנטית של מעשה ההיגד. דוגמה לכך היא מצב שבו אנו נשאלים ברחוב "יש לך שעון?". על-פי תוכנו הסמנטי של ההיגד הייתי מצופה לענות "כן" או "לא". אולם שאלה זו הינה מעשה היגד עקיף שבו אנו מתבקשים לומר לשואל מה השעה. ראו: Francois Recanati "Some Remarks on Explicit Performatives, Indirect Speech Acts, Locutionary Meaning and Truth-Value" *Speech Act Theory and Pragmatics* (Dordrecht, J. Searle, F. Kiefer & M. Bierwisch eds., 1980) 205, 208–211.

חשוב. שימוש זה יוצר, משעתק או מנציח את השיח, ובכך אף מביא לידי הדרתן של תופעות מסוימות מאותו שיח (במתכוון או במשתמע).<sup>92</sup> מתוך דוגמת פסק־הדין ניתן ללמוד כי תפיסת הלשון כמערכת לייצוג המציאות כושלת בעניין אחד מרכזי: השימוש שאנו עושים בלשון – כתיבת טקסטים, ניסוח תיאוריות, ניהול שיחות וכדומה – אינו מוחל על מציאות חוץ־(וקדם)־לשונית. כלומר, הלשון אינה מצע לפעילות החברתית או לייצוג מציאות זו. הדגש עובר, בעקבות אוסטין, אל היות הלשון יוצרת של המציאות והפעילות החברתית. לפיכך ניסוחה של תיאוריה או הצדקה הינו לעולם כינון של מציאות חברתית – "מציאות\*", ולא "מציאות". כל יומרה שתאוריה זו תוכל לייצג את ה"מציאות" חותרת תחת טבעה של השפה כמערכת שיוצרת מציאות חברתית.<sup>93</sup>

92 על הביצועיות הטמונה בעצם השימוש בלשון ראו: Michael Silverstein "Metapragmatic Discourse and Metapragmatic Function" *Reflexive Language: Reported Speech and Metapragmatics* (Cambridge, J.A. Lucy ed., 1993) 33 עמדה זו, שלפיה עצם הבחירה במילה ומיקומה במשפט הינם פעולות אידיאולוגיות ולכן נורמטיביות ביסודן, ניכרת בכתיבתו של דוורקין במסגרת ביקורתו על השימוש בתיאוריות מתארות־מציאות (descriptive) בכתיבה המשפטית התיאורטית. ראו: Ronald Dworkin "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy" 24 *Oxford J. L. Stud.* (2004) 1, esp. at p. 9

93 מהצגת דברים זו עלול להצטייר הרושם שהתיאוריה של אוסטין הינה "השלב הסופי" בהתפתחותה של פילוסופיית הלשון. אך למעשה, תורת מעשי ההיגד גררה שלל ביקורות, שהציעו, עם זאת, דרכים לשיפורה ולפיתוחה של התורה. הברמס ביקר את אוסטין על שלא הבחין בין שני סוגים של התייחסויות־גומלין חברתיות: פעילות תקשורתית ופעילות אסטרטגית. אוסטין הסביר את כוחם הביצועי של ה"illocutionary acts" לאור עובדות מוסדיות (institutionally bound speech acts). למשל, מוסד החתונה מאפשר את האפקט הביצועי של ההכרזה "אני מסכים!". אך בכך לא יצר אוסטין הבחנה חדה בין האפקט ה"illocutionary", שיכול להתרחש רק דרך פעילות תקשורתית, לבין התייחסות־גומלין חברתית (אסטרטגית) שגוררת אפקט perlocutionary. הברמס גורס כי רק בפעילות תקשורתית (שבה המשתתפים חותרים להשגת הסכמה) יוכל להיווצר אפקט illocutionary של כינון הסכמה. אפקט ה"perlocutionary", לעומת זאת, יוכל להיווצר רק כחלק מפעולה אסטרטגית (שחותרת למימוש אינטרסים, ולא להבנה בין הפרטים). כלומר, הכוח המכונן של מעשי ההיגד תלוי בסוג הפעילות החברתית שנעשית דרך הלשון, ולא מפני שקיימות עובדות מוסדיות המקנות להיגד כוח ביצועי מכוון. ראו: Habermas *The Theory of Communicative Action*, supra note 22, at pp. 294–295. יובל מבקר את תורת מעשי ההיגד על הדרך שבה היא "מפשיטה" מההיגד את ההקשר הנורמטיבי שבו הוא מצוי, ומתימרת על־כך להציג "שלד" של היגד (במקרה זה הבטחה חוזית) המתבסס על כללים לשוניים ואינטנציונליים המכוננים אותו, במנותק ממשחק הלשון שאליו ישוך ההיגד "בהמשך" (הבטחה חוזית בהקשר המשפטי, הבטחה ג'נטלמנית בין חברים וכדומה). תורת מעשי ההיגד, אליבא דיובל, מחמיצה את המימד הנורמטיבי שאופף כל התייחסות־גומלין חברתית (ולכן גם לשונית). ראו: Jonathan Yovel "What is Contract Law 'About'? Speech Act Theory and a Critique of 'Skeletal Promises'" 94 *Nw. U. L. Rev.* (2000) 937

סטנלי פיש מבקר את ההבחנה שאוסטין עושה בין שיח פיקטיבי (fictional discourse) לבין שיח רציני (שמקיים את תנאי ה"felicity שאוסטין דורש), וכן את ההבחנה בין עובדות מוסדיות לעובדות כשלעצמן (brute facts). פיש גורס כי לאור תורת הלשון של ויטגנשטיין המאוחר, אין שיח פיקטיבי לעומת שיח רציני, אלא יש שיח ספציפי



המסקנה העולה אם כך מפילוסופיית הלשון של ניטשה, ויטגנשטיין המאוחר ואוסטין הינה ברורה: השפה אינה מדיום ניטרלי לייצוג המציאות החוץ-לשונית. במילים אחרות, השפה הינה מכשיר לכינונה של המציאות, ולא תמונה שלה.<sup>94</sup> יתר על כן, המציאות שניתן לכונן באמצעות הלשון אינה המציאות החברתית, כי אם "מציאות חברתית". מסקנה זו תואמת את ביקורתו המרכזית של ליוטר. הלה יוצא למאבק בכל ניסיון לייצג את המציאות החברתית באמצעות סיפורים מצדיקים. בעוד ליוטר מדגיש את הייחודיות (singularity) וההטרונגיות הבלתי-ניתנת להכללה של החוויה האנושית, השלושה שלעיל מדגישים את התהום העמוקה הפרושה בין הלשון לבין המציאות החוץ-לשונית, כעניין שאינו ניתן לגישור. למעשה, ארבעת ההוגים מאוחדים בראייתם את הניסיון (המודרניסטי) לגלות שפה שמייצגת מציאות חברתית מורכבת כניסיון בלתי-צלילי. (לפחות לגבי ניטשה וליוטר ניתן להוסיף כי ניסיון זה נתפס גם כדבר פסול. מבחינת ניטשה, מנגנון השפה החברתי מהווה מעין בית-סוהר לבני-האדם, אשר כלואים בתוך המציאות המיוצגת דרך מנגנון לשוני זה. העל-אדם הניטשאי יבקש להשתחרר מכבליו של מנגנון זה, ולפרוץ לעצמו דרך חפה – עד כמה שניתן – מייצוג לשוני של המציאות החברתית (בעיקר בהיבטים המוסריים שלה). מבחינת ליוטר, ארגון הידע באמצעות ייצוג המציאות החברתית בלשון מוחק ומעלים את העושר המצוי בייחודיות הטמונה בכל תופעה אנושית.)

#### 4. מסקנת-ביניים: לייצג פירושו לאבד

סיפור הצדקתו של חופש הביטוי מצוי במרכזו של דיון סוער בשיח המשפטי העכשווי.<sup>95</sup> דיון זה מתרכז בחשיפת הכשלים הטמונים בהצדקות מסוימות ובמתחת ביקורת עליהן, מתוך ניסיון לבנות הצדקות רציונליות חדשות (או משופרות) חפות

(specific discourse) המתכונן בהתאם למשחק הלשון המסוים. כך, להיגדים המבוטאים במהלך הצגה (או סיפור) יש אפקט ביצועי ממש כשם שלפסק-דין של בית-המשפט המחוזי בחיפה יש אפקט ביצועי. הביצועיות של ההיגד אינה רצינית או פיקטיבית, אלא מקבלת את משמעותה בהתאם למשחק הלשון שההיגד מופיע בו (משחק הלשון של ההצגה ומשחק הלשון המשפטי). ראו: Stanley Fish "How to Do Things With Austin" and Searle: Speech-Act Theory and Literary Criticism" *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities* (Cambridge, 1980) 197, 231–245. לכתבתו של דרידה על המימד הביצועי של הלשון בשיח הפיקטיבי ראו: Jacques Derrida "Signature, Event, Context" 1 *Glyph* (1977) 97.

הדמיון בין שלוש הביקורות מצוי ביומרה של תורת מעשי ההיגד לספק הסבר שלם וממצה לשימוש אינטנציונלי בלשון אשר קודם למערכת החברתית-הנורמטיבית (עולם-החיים ההברמטי). עם זאת, ביקורות אלה אינן שוללות כלל את חשיבותה של התיאוריה ואת התובנה המרכזית בה (הלשון כמערכת מכווננת מציאות, ולא כמערכת מייצגת מציאות), אלא מבקשות לעדן ולהתאים את התיאוריה למערך החברתי האינטרסובייקטיבי.

94 תובנה זו עומדת בבסיסו של המונח המפורסם "the linguistic turn". ראו קובץ המאמרים: *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method* (Chicago, 1992) Richard M. Rorty ed.,

95 ראו לעיל הערה 52.

מכשלים אלה. כלומר, השיח התיאורטי שהתפתח סביב חופש הביטוי מתמקד בניסיון לפתח את ההצדקה הרציונלית הנכונה, הטובה או האמיתית ביותר, תוך בחינה ביקורתית של הצדקות אחרות שאינן מצליחות לתת הסבר רציונלי מספק לשאלה מדוע ראוי להגן על חופש הביטוי. הביקורות המושמעות בשיח זה הינן פנימיות (אינטרה־דיסקורסיביות) במובן זה שהן אינן יוצאות מתחומי הטיעונים ההגמוניים בנוגע לחופש הביטוי. במילים אחרות, משתתפי שיח זה אינם מותחים ביקורת על עצם הניסיון לנסח הצדקה רציונלית לחופש הביטוי, אלא בוחנים את ההצדקות המצויות ובכך מאשרים, כל פעם מחדש, את ההנחה בדבר קיומו ונחיצותו של מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי.<sup>96</sup>

מבלי להמעיט בחשיבותו של דיון זה, סבורני כי קיים כשל בסיסי ומהותי במוסד ההצדקה עצמו. הביקורת העולה מרשימה זו אינה נוטלת חלק באותו שיח הגמוני, אלא מציעה בחינה חיצונית (אקסטררה־דיסקורסיבית) של מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי. בחינה זו נעזרת בתובנות מהשיח הפילוסופי כדי להראות כיצד התשובה הרציונלית לשאלה מדוע ראוי להגן על חופש הביטוי טומנת בחובה ייצוג של מציאות חברתית שאינה יכולה "לגלות" את העושר שטמון בחוויה האנושית. עצם הניסיון להצדיק את חופש הביטוי באמצעות כתיבת סיפור ובו ייצוג של החברה האנושית כושל תחת השבר, הבלתי־ניתן לאיחוי, בין השפה לבין המציאות שמחוץ לה. כשל זה הינו מוסדי, ולא שייך להצדקה ספציפית: כפי שעולה מהגותו של ליוטר ומפילוסופיות הלשון של ניטשה, ויטגנשטיין ואוסטין, לא יהיה אפשר להמציא שפה (הצדקה) חדשה שתוכל לייצג את המציאות החברתית. מבחינה זו, כל ניסיון ייצוג כרוך באיבוד. בין שמדובר באיבוד הייחודיות וההטרונגיות שבחוויה האנושית ובין שמדובר באיבוד השוני בין כל עלה ועלה בטבע, איננו יכולים לספק תמונה של המציאות מבלי שנאבד בדרך חלקים מאותה תמונה. יובהר כי לעניין זה אין הבדל אם ההצדקה הרציונלית מקפלת בתוכה מחויבות לייצוג אמת של המציאות החברתית הנוהגת או מחויבות לייצוג מציאות חברתית אידיאלית. עצם השימוש בלשון לצורך ייצוג מציאות חוץ־לשונית, בין שהיא המצויה או הראויה, אינו עולה בקנה אחד עם אי־יכולתה של הלשון לייצג את העושר הטמון בחוויה האנושית.

מסקנת הביניים – בדבר כשלוננו של מוסד ההצדקה של חופש הביטוי – מצמיחה שת יטענות חדשות, המנוגדות זו לזו. האחת גורסת כי עובדת כשלוננו של מוסד ההצדקה הרציונלית לשמש תיאוריה מכלילה לחופש הביטוי אינה מנביעה את הצורך בנטישתו. במילים אחרות, ייתכן שהיתרונות הגלומים במוסד זה עולים על חסרונותיו (כאמור, מוסד ההצדקה עשוי למלא פונקציה חשובה של סיפוק בסיס עיוני שממנו ניתן לייצר משטר משפטי ודאי ויעיל המאפשר ניתוח אנליטי של סכסוכים משפטיים הסובבים את חופש

96 ראוי לציין כי קיימת גם כתיבה ענפה השוללת את השיח ההגמוני. למשל, הפמיניזם הרדיקלי יוצא נגד השיח ההגמוני בכל הקשור לתפיסת פורנוגרפיה כביטוי. עם זאת, ביקורת זאת אינה מתמקדת במוסד ההצדקה של חופש הביטוי, כי אם בשאלות לגבי תוכנו והיקפו של חופש הביטוי, ומציעה הבחנה – שגויה לטעמי – בין ביטוי למעשה. ראו, למשל: Catharine A. MacKinnon *Only Words* (Cambridge, 1993). סטנלי פיש, לעומת זאת, מבקר באופן ישיר את השיח ההגמוני. לדיון בביקורת זו ראו להלן את הטקסט סביב הערה 100.

הביטוי).<sup>97</sup> הטענה האחרת גורסת כי כשלונו של מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי מצדיק מעבר לתפיסת חופש הביטוי כלא יותר מאשר החלטה פוליטית שגרתית מי יתבטא ולמי לא תינתן הזכות להתבטא. על-פי טענה זו, סוגיות הקשורות לחופש הביטוי יטופלו אד-הוק ובצורה "מקומית", בהתאם למוסד הפוליטי שידון בסוגיה, ללא פיתוח של כללים ודוקטרינות החורגים מהספרה הפוליטית (במובנה הצר). זו למעשה ביקורתו של סטנלי פיש על השיח התיאורטי העוסק בעקרון חופש הביטוי, ביקורת שאינה דומה לביקורת המוצעת ברשימה זו.<sup>98</sup> פיש סבור כי החופש להתבטא אינו נגזר מעקרון-על או מדוקטרינה מבוססת כלשהי אשר מסוגלים להסביר מדוע ביטוי  $x$  מוגן וביטוי  $y$  אינו מוגן. חופש הביטוי, אליבא דפיש, צריך להיות מושא להכרעות אד-הוק בלבד.<sup>99</sup> שתי טענות אלה מצויות בקצוות הרחוקים ביותר על-פני קשת האפשרויות הפרושות לפנינו. כנגד טענתו של פיש ניתן להצביע על כשל העומד בבסיס טיעונו, הלוקה בתבוסתנות אינטלקטואלית: מעצם העובדה שאי-אפשר לגזור את חופש הביטוי מעיקרון או ממשנה תיאורטית לא נובעת המסקנה כי כל שנתר למשפט לעשות הוא לטפל, אד-הוק, במקרים שבהם עולה טענה להחלת חופש הביטוי. במילים אחרות, המסקנה (הראויה לדעתי) כי חופש הביטוי אינו צריך לנבוע מהצדקה רציונלית אינה גוררת עימה השקפה ניהיליסטית השוללת כל יכולת לעסוק בניתוח מושגי או עקרוני של חופש הביטוי, כפי שאציע בהמשך. על הטענה הראשונה, בדבר היתרון הגלום במוסד ההצדקה הרציונלית לעומת החיסרון שבנטישתו, ניתן להשיב, באותו אופן, כי נטישת מוסד ההצדקה הרציונלית לא תביא כשלעצמה לידי פירוק ועיקורו מתוכן של עקרון חופש הביטוי כך שלא יהיה אפשר לייצר משטר משפטי מספק לפתרון סכסוכים (משפטיים) שעניינם חופש הביטוי.

איני סבור, אם כן, כי הכשל שיש במוסד ההצדקה הרציונלית מחייב בחירה בין אימוצו של המוסד למרות הכל לבין פירוקו של חופש הביטוי לגדרו של "פרס פוליטי" הנתון להכרעות אד-הוק, כדברי פיש.<sup>100</sup> הבררה מצויה, בעיניי, באימוצה של דרך-ביניים פרגמטיסטית המתמודדת עם שתי טענות אלה על-ידי נטישתו של מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי, לצד הפנמת חשיבותו של חופש הביטוי בחברה הדמוקרטית ללא הזדקקות למוסד זה (ובלבד שהפנמה זו לא תהיה עיוורת או אוטומטית). כלומר, הדרך הפרגמטיסטית מסכימה עם המצדדים במוסד ההצדקה הרציונלית בכל הקשור לחשיבותו הנעלה של חופש הביטוי בחברה הדמוקרטית, מצד אחד, אך דוחה הן את הניסיון לפתח הסבר רציונלי לחשיבותו של חופש הביטוי והן את הפתרון הניהיליסטי מבית-מדרשו של פיש, מצד אחר.

עם זאת, גישה פרגמטיסטית מספקת תשובה רק לאחת מבין שלוש השאלות המרכזיות של חופש הביטוי – "מדוע ראוי להגן על עקרון חופש הביטוי" (להלן: שאלת הצדקתו של חופש הביטוי). שתי השאלות הנוספות המחייבות התייחסות הן "על מה חל עקרון חופש

97 ראו את הדיון לעיל בטקסט סביב הערות 45–46.

98 ראו לעיל הערה 6.

99 ראו: Fish, *supra* note 7, at pp. 102, 110–112 (esp. 111).

100 הפרס הפוליטי (political prize), לפי פיש, הוא מתן הזכות להתבטא. ראו: *Ibid*, at p. 102.

הביטוי "להלן: שאלת התחולה" וכיצד ניתן לפתור התנגשויות בין עקרון חופש הביטוי לבין אינטרסים וזכויות מתחרים" (להלן: שאלת היישום). כך, לצד שאלת ההצדקה, פתרון סכסוך משפטי בנושא חופש הביטוי מצריך התייחסות לשאלת תחולתו או היקפו של חופש הביטוי – האם ההתבטאות מושא הסכסוך המשפטי היא "ביטוי" לצורך דיני חופש הביטוי. לאחר שהגענו למסקנה כי הביטוי אכן נכלל במסגרת עקרון חופש הביטוי, השאלה השלישית והאחרונה עוסקת במידת ההגנה שתינתן – אם בכלל – לביטוי זה. במילים אחרות, דיני חופש הביטוי מורכבים ממישור ההצדקה, ממישור ההיקף או התחולה של חופש הביטוי (ה־coverage) וממישור ההגנה או היישום על ביטוי שנכלל במסגרת עקרון חופש הביטוי (ה־protection).<sup>101</sup> לפיכך, החלק הבא מציע תשתית עיונית לגישה פרגמטיסטית להצדקתו של חופש הביטוי (שאלת הצדקתו של חופש הביטוי). לאחריו אדון בשתי שאלות־המשנה הנוספות (שאלת התחולה ושאלת היישום), מתוך מטרה להתמודד עם שתי טענות־הנגד שאפשר להעלות לנוכח הצעתי לנטוש את מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי.

### ג. גישה פרגמטיסטית לשאלת חשיבותו של חופש הביטוי

ביקורת מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי מעלה בשיא החריפות את הצורך למצוא מודל שיספק למשפט כלים להתמודדות עם סוגיות הקשורות לחופש הביטוי בצורה שתניח את הדעת. מודל זה, אחרי הכל, חייב להישאר נאמן לביקורות על מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי, ועל־כן עליו להימנע מכתובתו של סיפור המתיימר לייצג את המציאות החברתית. אולם ללא כתיבתו של סיפור כזה מתפוגגת היכולת שלנו לתת תשובה רציונלית לשאלה "מדוע ראוי להגן על חופש הביטוי". למשל, לא נוכל עוד להשיב כי "חופש הביטוי הינו מכשיר לחשיפת האמת" או "מכשיר לשלטון עצמי". חלק זה מנסה לבסס את התשתית הראשונית בדרך לבנייתו של מודל פרגמטיסטי המפנים את הביקורת על מוסד ההצדקה הרציונלית, מצד אחד, אך יודע להעריך את חשיבותו של חופש הביטוי, מצד אחר. לצורך בנייתו של מודל פרגמטיסטי הכפוף לאילוצים שהועלו בחלק הקודם, אפתח בהנחת התשתית התיאורטית למודל פרגמטיסטי כפי שהיא מופיעה בהגותו של הפילוסוף ריצ'רד רורטי.

101 הבחנה אחרונה זו בין היקף (או תחולה) לבין הגנה (או יישום) לקוחה משאואר. ראו: Schauer, *supra* note 9, at pp. 89–92. היא אומצה בפסק־דינו של השופט ברק בבג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 270, 283. ניתן כמובן לטעון כי ההבחנה בין שאלת התחולה לבין שאלת היישום אינה הכרחית מבחינה מעשית. כך, ימשיך הטיעון, במשפט האמריקני, שבו חופש הביטוי זוכה במעמד עליון, שאלת התחולה ושאלת היישום חופפות זו את זו. אולם זו טענה אמפירית (שספק רב אם היא נכונה). הפירוק שאני מציע לשלוש שאלות־המשנה – ובכלל זה ההבחנה בין שאלת התחולה לשאלת היישום – הינו אנליטי, ותוקפו אינו מותנה במציאות אמפירית כזו או אחרת.

1. העמדה הפרגמטיסטית<sup>102</sup>

הפרויקט הפרגמטיסטי של ריצ'רד רורטי מבקש להניח גשר על-פני הנהר הסוער שחוצץ בין פרויקט הנאורות לבין ההגות – שנהוג לכנותה פוסטמודרניסטית – השוללת את הגישה המסדנית (foundationalism) של פרויקט זה.<sup>103</sup> בעוד פילוסופים כמישל פוקו (Foucault)<sup>104</sup> וז'ן בודריאר (Baudrillard)<sup>105</sup> מאיינים, כל אחד בדרכו, את האפשרות

102 ורם הפרגמטיזם, שצמח החל במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה בארצות-הברית, אינו דוקטרינה או משנה סדורה הניתנת להגדרה פשוטה שתוכל להקיף את מכלול ההגות שנהוג לשייכה לזרם הפרגמטיסטי ולהציע "מיקום" של הוגים פרגמטיסטים במסגרתו. על רקע זה טען וילרד ון-אורמן קוויין כי "the term 'pragmatism' is one we could do without". ראו: Willard Van Orman Quine "The Pragmatists' Place in Empiricism" *Pragmatism: Its Sources and Prospects* (Columbia, R.J. Mulvaney & P.M. Zeltner eds., 1981) 23. לאחרונה ציין בהקשר זה דייוויד הילדברנד כי "any hope of permanently fixing a single meaning [to pragmatism] went out the window". ראו: David Hildebrand *Beyond Realism and Antirealism: John Dewey and the Neopragmatists* (Nashville, 2003) ix. עם זאת, כדי לתת לקורא "תחושה ראשונית" לגבי מהות הפרגמטיזם, ניתן לאפיינו, במונחים כוללניים, כעמדה שלפיה מעניקים להגדים ערכי אמת על-פי מידת הצלחתם המעשית להניב יתרון או שיפור (בין היתר, בשיח הפוליטי, המשפטי, התרבותי והמדעי). תפיסה כזו יתיר של פרגמטיזם מצויה אצל ויליאם ג'יימס, אחד ההוגים המזוהים ביותר עם ההגות הפרגמטיסטית. לפי ג'יימס: "The pragmatic method is primarily of settling metaphysical disputes that otherwise might be interminable." William James *Pragmatism* (Indianapolis, B. Kuklick ed., 1981) 25. כן השוה עם גישתו של רורטי, הרואה את עצמו כממשיך דרכו של הפילוסוף הפרגמטיסט ג'ון דיואי (Dewey) "Pragmatism, Relativism, and Irrationalism" *Consequences of Pragmatism – Essays, 1972–1980* (Minneapolis, 1982) 162–165.

103 גישה מסדנית היא כזו היוצאת, למשל, מתוך עמדה פילוסופית דאונטולוגית או תועלתנית.

104 פוקו סיפק מחקרים ארכיאולוגיים המוצאים יחסי כוח בכל רובדי החיים ובכל דרכי ארגון הידע בחברה. עם זאת, הוא לא ניסה לבנות תיאוריה פוליטית שתוכל להתמודד עם רשת יחסי הכוחות הדטרמיניסטית שטווה בהגותו, ואף התנגד לכל ניסיון לבנות תיאוריה כזו. ראו: Jim Merod *The Political Responsibility of the Critic* (Ithaca, 1987) 158; Rorty, *supra* note 80, at pp. 61–65.

105 בודריאר מגדיר את המודרניזם כעידן של ייצור קפיטליסטי מואץ ושל הגמוניה בורגנית, בעוד הפוסטמודרניזם הוא עידן ההדמיה (הסימולציה), כלומר, עידן של hyper-reality. ההדמיה מעתיקה את המציאות בצורה כזו שהמציאות שאנו חיים בה נהפכת למחזה-ראווה אחד גדול. סלבוי ז'יז'ק (Zizek), למשל, רואה את אפקט הראווה שבצילומי קריסתם של בנייני התאומים בהתקפת הטרור בספטמבר 2001 כמהותי יותר מן הנוק החומרי שגרמה התקפה זו. להשקפה זו, ראו סלבוי ז'יז'ק "התשוקה אל הממשי, התשוקה אל מראית-העין" ברוכים הבאים למדבר של הממשי – חמש מסות על ה-11 בספטמבר ואירועים סמוכים (רינה מרקס מתרגמת, 2002) 13, 19–20.

כאשר בודריאר מצביע על התיחום בין התקופה המודרנית לפוסטמודרנית (עוד בשנות השבעים), הפרדיגמה של ההדמיה היא הטלוויזיה. ראו: Jean Baudrillard *Critique of the Political Economy of the Sign* (St. Louis, 1987). בודריאר פסימי בקשר ליכולתנו להיחלץ מההדמיה כמו-גם מאובדן המשמעות המוחלט ומהאנתרופיה שנלווים לתופעה זו, ולפיכך אינו מסוגל להציע תיאוריה פוליטית פוזיטיבית. ראו: Jean Baudrillard "After the Orgy" *The Transparency of Evil* (London, James Benedict trans., 1993) 3.

לבנות תיאוריה פוליטית המפנימה את ביקורתם על המודרניזם, רורטי מציע דרך המגשרת בין ביקורת רדיקלית על פרויקט הנאורות לבין בנייתה של תיאוריה פוליטית. רורטי יוצא מתוך נקודת המוצא הוויטגנשטיינית שהשפה אינה מדיום המייצג את המציאות.<sup>106</sup> פועל יוצא מכך הוא כי איננו יכולים להתעלות מעל לאוצר-המילים שלנו לצורך "מציאת" ערכי אמת, שימוש במושגים דוגמת "טבע האדם" ושימוש באמות-מידה כגון רציונליות. אמת, אליבא דרורטי, הינה מילה, וכזו היא אינה יכולה להימצא מחוץ לשפה.<sup>107</sup> לכן השפה היא אוצר-מילים המתפתח בצורה קונטינגנטית בלי יכולת להתגבש לכלל שפה סופית ומושלמת שבאמצעותה נוכל להסביר את המציאות.<sup>108</sup> גישה זו מובילה את רורטי להתנגדות למה שהוא רואה כ־*deep metaphysical need*, כלומר, הצורך האנושי להחזיק בכל אותם הסברים א־היסטוריים המתיימרים לייצג, באמצעים רציונליים, אמת או מציאות אוניוורסלית.<sup>109</sup> עד לנקודה זו יתקבלו טיעוניו של רורטי בברכה על־ידי הוגים כניטשה, פוקו וליוטר. אולם – וכאן נכנס הכינוי "פרגמטיסט" – רורטי אינו עוצר בביקורת זו. הקונטינגנטיות של השפה מובילה את רורטי לראיית השיח המוסרי – ובתוך כך גם לראיית המצפון האישי – כדבר קונטינגנטי, ומכאן גם נובעת תפיסתו את החברה הדמוקרטית כהתפתחות קונטינגנטית.<sup>110</sup> חברה קונטינגנטית זו, אם כן, אינה זקוקה עוד לאותה פילוסופיה מטפיזית שמנסה לתת הצדקות והסברים רציונליים החורגים מאוצר-המילים של אותה חברה. כלומר, החברה הדמוקרטית של ימינו יכולה להמשיך להתפתח ללא הישענות על אותם סיפורים רציונליים ואוניוורסליים של תקופת הנאורות, אשר מתיימרים לייצג את העולם שנמצא מחוץ לשפה במונחים של אמת.<sup>111</sup> במילים אחרות, רורטי רואה בפילוסופיה המודרניסטית לכל־היותר גלגלי־עזר באופניו (חייו) של ילד – לאחר פרק־זמן מסוים יהיה אפשר לרכוב בלעדיהם.<sup>112</sup> כך, רורטי מציע לנו לחדול

106 Rorty, *supra* note 80, at pp. 3–22. על משבר הייצוג של השפה ראו לעיל חלק 3.

107 *Ibid.*, at pp. 7, 21

108 בנקודה זו רורטי מתנגד לאנלוגיה שוויטגנשטיין עושה בין שפה (אוצר-מילים) לכלי־עבודה. רורטי גורס כי בעוד הבנאי יודע מראש איזה שימוש יעשה עם כליו, מציאו של אוצר-המילים אינו יודע מראש מה השימוש שיעשה במילים, מפני שאלה עוד לא הומצאו. ראו: *Ibid.*, at pp. 12–13. לטעמי, ביקורתו של רורטי כושלת בנקודה זו בהבנת השימוש המטפורי שוויטגנשטיין עושה במילה "כלי־עבודה". רורטי מתייחס למטפורה של כלי־העבודה על־פי גישה אריסטוטלית, הרואה במטפורה קישוט לשוני שניתן לערוך בו רדוקציה לשפה פשוטה יותר מבלי לאבד ממשמעות המשפט. אולם הגישה האריסטוטלית למטפורה אינה הגישה היחידה המוכרת כיום בשיח הספרותי. על־פי גישתו של Lakoff, לא בכל מצב ניתן לערוך רדוקציה של המטפורה לשפה נטולת אותה מטפורה מבלי שנאבד בכך את המשמעות המקורית של הביטוי. כך, המטפורה של כלי־העבודה משנה הן את השפה (השפה מקבלת מימד ביצועי־מכונן) והן את המונח "כלי־עבודה" (כלי־עבודה מקבל מובן דינמי ומופשט יותר מאשר פטיש, שתכליתו לתקוע מסמר בקיר).

109 *Ibid.*, at p. 46

110 לקונטינגנטיות של הלשון ראו: *Ibid.*, at pp. 3–22. לקונטינגנטיות של המצפון ראו:

111 *Ibid.*, at pp. 23–43. לקונטינגנטיות של הקהילה ראו: *Ibid.*, at pp. 44–69.

112 Richard Rorty *Objectivity, Relativism, and Truth* (Cambridge, 9th ed., 1991) 218

112 רורטי ממחיש את השקפתו הפרגמטיסטית בצורה הבאה: כשם שהאבות המייסדים ניתקו את השיח התיאולוגי מהספרה הפוליטית, כך ניתן לנתק גם את הפילוסופיה

משאלות כגון "מדוע החופש הוא התכלית המרכזית בארגון החברתי?" משום שאיננו יכולים לספק תשובה "רציונלית" לשאלה זו, ממש כשם שאיננו יכולים להסביר בכלים רציונליים מדוע ג'ונס חבר שלנו, ולא אדם אחר.<sup>113</sup> החברה הדמוקרטית, אם כך, תוכל להמשיך להוקיר ערכים של שוויון וחירות מבלי שיתערר הצורך להחזיק בפילוסופיה של קנט או בדיאלקטיקה ההגליאנית של הרוח. כלומר, רורטי מציע לנטוש את הניסיון לספק תשובות רציונליות וסופיות לשאלות ערכיות.

מסקנה זו אינה צריכה להוביל לראייה כי כל שרורטי מציע הוא שימור הסטטוס־קו.<sup>114</sup> מתוך נאמנות לתפיסת הקונטינגנטיות של השפה ושל הקהילה (הדמוקרטית), רורטי מבקש להציע גישה אירונית כלפי כל שאלה ערכית, כאשר האירוניה מבטאת את חוסר היכולת שלנו לספק תשובות אנליטיות, רציונליות וסופיות.<sup>115</sup> בצורה כזו גם ערכים מבוססים ואמונות מושרשות בקרב הקהילה הדמוקרטית לא ייתפסו כאמת סופית או כעניין שאין לערער עליו. גישה כזו, מאמין הפרגמטיסט, תוכל להתנער מהמטפיזיקה, מצד אחד, ולהוקיר (בצורה אירונית) את הישגיה החשובים של התרבות המודרניסטית, מצד אחר.<sup>116</sup> כלומר, כל תפיסה מקובלת או השקפה מקובלת בחברה – אוצר־המילים הנוהג, בלשונו של רורטי – נתפסות כ"שיווי־משקל" רפלקסיבי ושבירי בלבד, ונתונות בבחינה בלתי־פוסקת. אכן, גישה זו דורשת אומץ – האומץ להכיר בכך שאין תשובות סופיות ומוחלטות, ובפרט האומץ להכיר בכך שעמדותי שלי אינה סופית. אך מרגע שמקבלים את העמדה כי תשובה לשאלה תלויה באוצר־מילים מסוים ולכן אינה סופית, הדרך פתוחה לפני החברה לאמץ גישה אירונית כלפי עמדותיה שלה וממילא פתיחות מלאה וכנה כלפי תשובות אחרות.<sup>117</sup>

אם כך, הקשר בין גישה זו לבין ביקורת מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי הינו מיידית. לאחר שראינו כי מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי נכשל ביומרתו

(המודרניסטית) מהספרה הפוליטית. לטעמי, המחשה זו אינה במקום משום שלהשקפות דתיות יש מקום מרכזי ביותר בעיצוב השיה הפוליטי (והמשפטי) המתנהל בארצות־הברית. לפיכך השימוש שאני מציע במטפורה של גלגלי־העזר נראה בעייתי פחות. על ההקבלה בין ניתוק הדת מהפוליטיקה לבין ניתוק הפילוסופיה מהפוליטיקה ראו: Richard Rorty "The Priority of Democracy to Philosophy" *Objectivity, Relativism, and Truth* (Cambridge, 9th ed., 1991) 175, 181–183.

113 ראו: Rorty, *supra* note 80, at p. 54.

114 טרי איגלטון מבקר את הנטייה הפרגמטיסטית לקבל את המצב החברתי הנוכחי כמות שהוא. נטייה זו משמרת את הסטטוס־קו בקלות רבה מדי לדעתו. ראו: Terry Eagleton *The Ideology of the Aesthetic* (Oxford, 1990) 372. מקס הורקהיימר ותיאודור אדורנו נקטו גישה קיצונית עוד יותר, וטענו כי פילוסופיה פרגמטיסטית תוביל לפירוקה של החברה מכל התחייבות מוסרית בין חבריה. ראו: Max Horkheimer & Theodor W. Adorno *Dialectic of Enlightenment* (New York, John Cumming trans., 1972) xiii.

115 ראו: Rorty, *supra* note 80, at p. 61.

116 רורטי אף מוסיף ובונה את התחלתה של תיאוריה פוליטית בדמות ההכרה בסבלו של האחר, לא מכוח מוסר מטפיזי של חיובים, כי אם מתוך פיתוח נורמות אינטרסובייקטיביות כגון אמפתיה וסולידריות.

117 אינטגרציה זו, בין דחיית המטפיזיקה לבין הוקרת הישגיה, תיושם ותובהר להלן בחלק ד.

לייצג את המציאות החברתית בעזרת סיפור מצדיק, התעורר הצורך המעשי לספק כלים שיאפשרו למערכת המשפטית לדון בסוגיות של חופש הביטוי. בנקודה זו רורטי מציע לנו דרך שבה נוכל לנטוש את מוסד ההצדקה הרציונלית מבלי שצעד זה ישלול את יכולתנו לקיים דיני חופש ביטוי מספקים למערכת המשפט, כלומר, דרך לביסוסם של דיני חופש ביטוי מבלי לנסות לענות בכלים רציונליים על השאלה "מדוע ראוי להגן על חופש הביטוי". דרך פרגמטיסטית זו תאפשר, במילים אחרות, לפתח את חופש הביטוי לאור הצרכים החברתיים אך מבלי שנזדקק לגיבוי של הצדקה רציונלית.

## 2. תשובה פרגמטיסטית לשאלה מדוע חופש הביטוי חשוב לחברה הדמוקרטית

הגישה הפרגמטיסטית, בניגוד למוסד ההצדקה הרציונלית, מספקת תשובה מפתיעה בפשטותה: הצדקתו של חופש הביטוי מצויה בחשיבות שניתנה וניתנת לו זה זמן רב על-ידי החברה הדמוקרטית. ההתפתחות הקונטינגנטית של מדינות המערב הובילה עם השנים ליצירת אוצר-מילים המכיר בצורה רחבה בחופש הביטוי. הכרה זו מתבטאת בחקיקה, בפסיקה ובמוסכמות חברתיות מורששות. הולדתו של חופש הביטוי מצויה אומנם במחוזות החשיבה הרציונלית, אולם ההכרה בחשיבותו, במסגרת אוצר-המילים העכשווי, אינה תלויה בתפיסה שללא עמדה רציונלית וסופית לשאלת הצדקתו של חופש הביטוי לא יהיה אפשר להמשיך להכיר בחשיבותו. במילים אחרות, המוסכמות והפרקטיקות החברתיות שהתפתחו במרוצת השנים בקשר למעמדו של חופש הביטוי אינן כבולות לאוצר-המילים הקונטינגנטי שנוצר בתקופת הנאורות (כמו גם לאוצר-המילים העכשווי). כך, איננו יודעים כיום – ואף איננו שואפים מבחינה אידיאולוגית לדעת – אם חופש הביטוי אכן יחשוף את האמת, יאפשר השתתפות ממשית בקבלת ההחלטות הפוליטיות וכדומה. נוסף על כך, איננו גורסים כי ללא ידיעה זו לא יהיה אפשר להכיר בחשיבותו של חופש הביטוי ובתרומתו לחברה (כשם שאין באי-היכולת לתת תשובה רציונלית לשאלה מדוע ג'ונס חבר שלנו כדי למנוע אותנו מלהיות חברים של ג'ונס ולהבבו). כל שאנו יודעים הוא כי חופש הביטוי נהפך במרוצת השנים לערך מרכזי בתרבות הדמוקרטית, לצד ערכים חשובים נוספים (כגון שוויון, חירות, סובלנות וכדומה). ככה, חופש הביטוי זכה וזוכה במעמד מרכזי במשפט הנוהג.

תשובה פרגמטיסטית זו מתגברת על הכשל העומד בבסיסו של מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי, בכך שאין בה יומרה לייצג "מציאות חברתית" באמצעות הלשון. ההצדקה הפרגמטיסטית פתוחה (וליתר דיוק אדישה) – מעצם טבעה הקונטינגנטי והגישה האירונית שבבסיסה – לכל מציאות חברתית. אין בה ייצוג של "מציאות חברתית" כזו או "מציאות חברתית" אחרת.<sup>118</sup> כל שתשובה זו מוסרת לשואל הוא שחופש הביטוי הינו ערך חשוב, מבלי לאבד או להחמיץ תופעות אנושיות מרכזיות, כגון כוח, אינטרסובייקטיביות, תרבות, זהות קהילתית וכיוצא באלה תופעות שאבדו ויאבדו

118 זאת ועוד, הצדקה פרגמטיסטית אף אינה שוללת מצב שבו חברה דמוקרטית תחליט לשנות, בפרוצדורה החוקתית המקובלת, את סולם ערכיה כך שחופש הביטוי ייהפך לערך משני.



במהלך כל ניסיון של מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי לייצג את "המציאות החברתית".

על רקע ההצדקה הפרגמטיסטית המוצעת לחופש הביטוי, הדיון עובר לשאלות המשנה השנייה והשלישית – שאלת התחולה ושאלת היישום. בנקודה זו עשויה להתעורר הטענה – והחרדה הנובעת מאובדן העוגן המטפיזי – שנוסחה המוצע של ההצדקה הפרגמטיסטית לא יאפשר מתן תשובה ברורה לשאלות אלה. כלומר, ראיית חופש הביטוי כערך חשוב ומרכזי בחברה, יטען הטוען, אינה עוזרת בקביעת היקפו של עקרון חופש הביטוי ובעיצוב ההגנה שתינתן לו במשפט. אכן, מההצדקה הפרגמטיסטית אי-אפשר לגזור תשובה רציונלית לשאלת התחולה. אולם זו בדיוק החשיבות של ההצדקה הפרגמטיסטית. כזכור, מסקנת החלק הקודם הייתה כי בנייתה של הצדקה רציונלית – כזו שמתיימרת לייצג מציאות חברתית – תוביל להחמצת תופעות חברתיות חשובות. הצדקתו הפרגמטיסטית של חופש הביטוי, לעומת זאת, תמנע מצב־דברים זה. לפיכך התשובה לשאלת התחולה, שתידון בחלק הבא, "תיגור" במנותק משאלת הצדקתו הרציונלית של חופש הביטוי.

#### ד. תחולתו ויישומו של עקרון חופש הביטוי במשפט

מאחר שהחלקים הקודמים מציעים לנטוש את מוסד ההצדקה הרציונלית, תוך מתן הצדקה קונטינגנטית לחופש הביטוי, שאלות התחולה והיישום לא יוכלו להיפתר באמצעות הישענות על שאלת ההצדקה, כפי שהיה מקובל לעשות – ללא הצלחה, לדעתי – תחת ההצדקות הרציונליות.<sup>119</sup> היה אפשר להניח, על-כן, כי המסר העולה

119 לחובתם של המחזיקים בהצדקות רציונליות של חופש הביטוי ייאמר כי הצדקות אלה אינן מצליחות להסביר את שאלת החלות בצורה מספקת. למשל, הצדקות מסוג שלטון עצמי ודמוקרטיה השתתפותית אינן יכולות להסביר, בצורה משכנעת, מדוע חופש הביטוי חל גם על אומנות. ראו: Schauer, *supra* note 9, at p. 92; Schauer, *supra* note 52, at p. 1785; Greenawalt, *supra* note 8, at p. 42; Lillian Riemer BeVier "The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle" 30 *Stan. L. Rev.* (1978) 299, 326–327. כן ראו: Robert Bork "Neutral Principles and Some First Amendment Problems" 47 *Ind. L. J.* (1971) 1, 26–28; Alexander Meiklejohn "The First Amendment Is an Absolute" *Sup. Ct. Rev.* (1961) 245, 255–257. ניתן אומנם להרחיב את המסר של הצדקות אלה לכיוון של אומנות פוליטי רחב, אולם הרחבה כזו, לצד הרחבתו של חופש הביטוי לכיוונים נוספים (כגון פרסומות), מחלישה את עוצמתן של ההצדקות הללו. בכיוון כזה צועדת אלקין-קורן, למשל, אשר מבקשת להחיל את חופש הביטוי על כל תהליך של הפקת משמעות (meaning-making). ראו: Elkin-Koren, *supra* note 52. הרחבה כאמור עלולה לעקר את עוצמתו של חופש הביטוי. משמעותו של מהלך זה, בעקבות גדמר, הוא החלת חופש הביטוי על כל פעולת אנוש שניתן לחשוב עליה. לביקורת בכיוון זה ראו: Paul G. Stern "A Pluralistic Reading of the First Amendment and Its Relation to Public Discourse" 99 *Yale L. J.* (1990) 925, 932–933 במיוחד: Greenawalt, *ibid.*, at pp. 51–56.

מנטישת מוסד ההצדקה הרציונלית יביא לידי כך שחופש הביטוי ייהפך לעיקרון אדי-הוק הבוחן כל מקרה כעניין ייחודי בפני עצמו, ללא קביעת אמות-מידה מנחות כלשהן למשימה זו. אך למרות הפיתוי שיש בהשקפה זו – פיתוי שפיש, למשל, לא עמד בו<sup>120</sup> – קשה לקבלה, אידיאולוגית, כאשר מדובר בספרה המשפטית, העוסקת, בין היתר, בהכוונת התנהגות וביצירת משטר משפטי ופוליטי שבו חופש הביטוי לא יהיה נתון, עד כמה שניתן, באי־ודאות תמידית. חלק זה מבקש אם כן להתמודד עם שאלות התחולה והיישום ללא חזרה (recourse) להצדקה רציונלית אך גם ללא הותרת השדה המשפטי חסר כל כלים לביסוסם של דיני חופש ביטוי. התמודדות זו אינה מתיימרת לפרוש תזה כוללנית ושלמה על תחולתו ויישומו של חופש הביטוי. מטרתה, לעומת זאת, היא להראות כי מנטישת מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי לא נובע ניהיליזם משפטי במסגרת עקרון חופש הביטוי.

#### 1. ניתוח היקפו הראוי של חופש הביטוי

הגדרת היקפו של חופש הביטוי הינה משימה נורמטיבית, ולא רק תיאורית. כלומר, השאלה שיש לשאול היא לא "על מה חופש הביטוי חל", אלא "על מה ראוי להחילו". הניסוח הנורמטיבי של השאלה הינו פועל יוצא של פילוסופיית הלשון, הדוחה את ראיית השפה כמערכת לייצוג המציאות, ושל היות המשפט מערכת של היגדים נורמטיביים, ולא תיאוריים. כלומר, השימוש בלשון אינו מגלה עובדות חברתיות הקודמות לניתוח המשפטי, אלא מציע כיצד ראוי ליצור עובדות חברתיות במסגרת השיח המשפטי.<sup>121</sup> הדיון המסורתי במישור תחולתו של חופש הביטוי עוסק, על־פירוב, בשאלות של מה ראוי להיות "ביטוי" לצורכי "חופש הביטוי". הוא מתאפיין בשני פרויקטים מרכזיים. האחד הוא ניסיון לגזור מתוך ההצדקות הרציונליות של חופש הביטוי את שאלת התחולה.<sup>122</sup> ניסיון זה נערך על יסוד בדיקת התאמתו של הביטוי הנבחן להצדקה מסוימת של חופש הביטוי. הפרויקט האחר מתמקד בניסיון להבחין בין ביטויים לבין מעשים.<sup>122</sup> הבחנה זו יוצרת רצף בין פעולות שיש בהן מאפיינים "ביטויים" (expressive) לבין אלה שהפן הביטויי בהן זניח ביחס לביצועיות שלהם.<sup>124</sup>

- 120 ראו לעיל את הטקסט סביב הערה 99. וכן ראו: Stanley Fish "The Dance of Theory" *The Trouble with Principle* (Cambridge, 2001) 115, esp. p. 141.
- 121 John L. Austin *How to Do Things with Words*, *supra* note 88, at p. 4, fn. 2; Ronald Dworkin *Law's Empire* (Cambridge, 1986) 31–33; Joseph Raz *Practical Reason and Norms* (Princeton, 1990) 170–177.
- 122 ראו, למשל: Schauer, *supra* note 9, at p. 92; Greenawalt, *supra* note 51, at pp. 6–7.
- 123 Greenawalt, *ibid*, at p. 152; Martin H. Redish *Freedom of Expression: A Critical Analysis* (Virginia, 1984) 5; Judith Jarvis Thomson *The Realm of Rights* (Cambridge, 1989) 249–271; MacKinnon, *supra* note 96, at pp. 29–41; Greenawalt, *supra* note 8, at pp. 40, 56–57.
- 124 בחינה זו של המימד הביטויי אל מול המימד הביצועי של המעשה מניחה כי אין מחלוקת

ההתמודדות עם שאלת התחולה שברצוני להציע דוחה פרויקטים אלה. בעקבות העמדה הפרגמטיסטית, המצדיקה את חופש הביטוי מטעמים קונטינגנטיים בלבד, אי-אפשר (ואף לא ראוי) לאמץ את הפרויקט הראשון ולגזור את שאלת התחולה מההצדקה של חופש הביטוי. לצד זה, הפרויקט של גזירת היקפו של חופש הביטוי מתוך הצדקתו גם אינו מספק הסבר משכנע להיקפו של חופש הביטוי בפועל.<sup>125</sup> את הפרויקט השני יש לדחות בשל ההנחות המובלעות במסגרתו, אשר אי-אפשר לקבלן במסגרת עמדה הרואה בלשון מימד חברתי מכונן, ולא (אך) מייצג.<sup>126</sup> כך, מתורת מעשי ההיגד עולה כי ביטוי הוא מעשה לכל דבר, ואילו מתיאוריית הפעולה החברתית – שתובהר בהמשך<sup>127</sup> – עולה כי מעשה טומן בחובו מימד ביטויי מורכב: מערכת של טענות אינטרסובייקטיביות לתקפותה של הפעולה. לפיכך הדיון בשאלת התחולה ייערך תוך סטייה מההבחנות העומדות כאמור בבסיס הדיון המסורתי בשאלה זו. אפנה אם כן לדיון זה.

ברצוני לפרק את שאלת תחולתו של חופש הביטוי לשני נדבכים – הנדבך הקונטינגנטי והנדבך הרפלקסיבי. הנדבך הראשון, הקונטינגנטי, נובע ישירות מהגישה הפרגמטיסטית. גישה זו – והנדבך הראשון בעקבותיה – רואה במוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי מעין גלגלי-עזר באופני חופש הביטוי.<sup>128</sup> כך, כל אותם הישגים שהושגו בחסות מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי ייתפסו כתקפים, על-אף נטישתו של המוסד. במסגרת זו, היקפו הנוכחי של חופש הביטוי, כפי שהוא מוכר במשפט הנוהג, ישמש נקודת המוצא – שניתן לערער עליה, כמובן – לכל דיון בשאלת התחולה, כפי שהיא מוצגת תחת ההצדקה הפרגמטיסטית של חופש הביטוי. הפגנות, חופש מצנזורה, חופש ביטוי מסחרי וכיוצא באלה תחומים שהוכרו במשפט הנוהג ייוותרו על כנם כחלק מהיקפו של חופש הביטוי. עם זאת, אימוץ זה של הדין הנוהג בשאלת התחולה אינו יכול להיעשות באופן דוגמטי ונטישת ההבחנה בין ביטוי למעשה תשמש משל לעניין זה),

סביב מובנו של המונח "ביטוי" – דיבור (speech) או ביטוי (expression). עמדה שמרנית עשויה לתמוך במובן הראשון (דיבור). עם זאת, ההשקפה המקובלת בעולם המשפט המערבי היא כי חופש הביטוי אינו מוגבל לדיבור בלבד, ולכן אניח, לצורך הדיון, כי חופש הביטוי אינו מוגבל לדיבור בלבד. לתמיכה בראיית ביטוי כ-expression ראו, למשל: *United States v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989); *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989); *United States v. Eichman* 496 U.S. 310 (1990); *R.A.V. v. City of St. Paul* 505 U.S. 377, 420 (1992); *Virginia v. Black* 538 U.S. 343 (2003); *City of Erie v. Pap's A.M.* 529 U.S. 277 (2000); Schauer, *supra* note 9, at pp. 95–101.

125 ראו לעיל הערה 119.

126 אכן, ההבחנה האמורה ספגה ביקורות רבות בספרות המשפטית העוסקת בחופש הביטוי. ראו, למשל: Frederick Schauer "Speech, Behaviour and the Interdependence of Fact and Value" *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy* (The Hague, David Kretzmer & Francine Kershman Hazan eds., 2000) 43, 45–48; Judith Butler *Excitable Speech: A Politics of the Performative* (New York, 1997) 21–22, 62; Schauer, *supra* note 9, at pp. 10–12; יובל, לעיל הערה 7.

127 ראו להלן את הטקסט סביב הערות 133–136.

128 למטפורה של גלגלי-העזר ראו לעיל את הטקסט סביב הערה 112.

שכן עמדה פרגמטיסטית מחויבת לרפלקסיביות בלתי-פוסקת, בדמותה של אירוניה.<sup>129</sup> רפלקסיביות זו מתבטאת בפתיחות כלפי ביקורות על המשפט הנוהג, מתוך מגמה להעמיק את הכרתו של המשפט את העושר הטמון בהתייחסות-הגומלין האנושית. גיבושה של הרפלקסיביות ימצא אפוא בנדבך השני לשאלת התחולה.

הנדבך השני נובע אם כן מביקורת מוסד ההצדקה הרציונלית. מסר מרכזי העולה מביקורת זו הוא כי על דיני חופש הביטוי לגלות רגישות מרבית לעושר הטמון במציאות החברתית. מסר זה התבקש על רקע המסקנה שסיפורי הצדקה רציונליים ממסגרים מציאות חלקית בלבד. במצב-דברים זה, "כלי-העבודה" של אותם סיפורים אינם אפקטיביים ביחס לתופעות השוכנות מחוץ למסגרתם. אומנם, לאחר נטישתו של מוסד ההצדקה הרציונלית היה אפשר לחשוב כי אותם כלי-עבודה יונחו אף הם מאחור. אולם, כפי שעולה מן הנדבך הקונטינגנטי, לכלי-עבודה אלה יש שימוש מסוים גם תחת ההצדקה הפרגמטיסטית של חופש הביטוי. לכן גיבושו של נדבך רפלקסיבי אפקטיבי מצריך כלי-עבודה נוספים (ואחרים) שבעזרתם יהיה אפשר להשתחרר מהניווט הקונספטואלי שכלי-העבודה הישנים עלולים "למשוך" אליו.<sup>130</sup> במילים אחרות, עיצובו של סדר-יום רפלקסיבי בתחומי חופש הביטוי אינו יכול להיעשות, בצורה משמעותית, בלעדי שפה שתוכל להכיר בתופעות אנושיות שלא הוכרו עד כה במסגרת השפה שבשימושו של מוסד ההצדקה הרציונלית.<sup>131</sup> לפיכך אפנה להצגתם של כלי-עבודה המאפשרים לטעמי את בחינתן, במסגרת הנדבך הרפלקסיבי, של התייחסויות-הגומלין המתרחשות בספירה החברתית.

הספירה החברתית שבה אנו פועלים רוויה התייחסויות-גומלין מסוגים שונים, שעיקרן תיאום פעולות בין הפרטים השונים בחברה. זוהי ספירה אינטרסובייקטיבית המכוננת על-ידי התקשורת (הלשונית והלא-לשונית) שבני החברה יוצרים (מתוך מטרה, כאמור, לתאם ביניהם דרכי פעולה אפשריות).<sup>132</sup> הבסיס התיאורטי לתפיסת הפעולה החברתית

129 ראו לעיל את הטקסט סביב הערה 117. ראוי להבהיר כי המחויבות לאירוניה מבדילה את הגישה הפרגמטיסטית, השוללת את נטישתם של הישגי העבר, מהדיאלקטיקה של הרוח מבית-מדרשו של הגל. כלומר, קבלת ההישגים הקונטינגנטיים והניסיון לפתחם, במסגרת התזה הפרגמטיסטית, אינם מהווים מהלך הגליאני של שימה-לא, וזאת לנוכח הרפלקסיביות הבלתי-פוסקת כלפי הישגי העבר (והווה), ולא רק כלפי כשלינו.

130 במושג "ניווט קונספטואלי" הכוונה לבחינת תופעות מבעד למשקפי סיפור כלשהו. בחינה זו ממסגרת מציאות מסוימת שהינה חלקית מטבעה. המשתמש בסיפור זה עלול על-יכן להחמיץ את כל מה שמצוי מעבר לאותה מציאות חלקית. לניווט הקונספטואלי ראו ויטגנשטיין, לעיל הערה 49.

131 לשפה המשמשת את מוסד ההצדקה הרציונלית ראו לעיל את הטקסט סביב הערות 122-124.

132 אינטרסובייקטיביות הינה תפיסה השוללת את ההתייחסות האטומיסטית לסובייקט כאל נשא של תודעה והכרה נפרדים מהחברה שבה הוא חי. תפיסה זו שוללת גם התייחסות אובייקטיבית שאינה מתוך הקשר חברתי-שיחי כלשהו. התובנה האינטרסובייקטיבית ניתנת להבנה, בין היתר, על רקע המחלוקת של ברמס עם פילוסופים דוגמת מישל פוקו וז'ק דרידה. האחרונים יוצאים נגד קיומו הממשי של הסובייקט כמערכת אטומיסטית של ידע, ובכך מכריזים למעשה על היעלמותו של הסובייקט הקרטזיאני. דרידה עושה זאת על-ידי פירוק (deconstruction) הטקסט מיומרתו לבטא קשר בין מסמן למסומן כאמצעי להבעת משמעות. מהלך זה חושף לפנינו את מנגנוני הכוח שמעצבים

(Social Action Theory) בהמשגתה האינטרסובייקטיבית מצוי בהגותו של הברמס.<sup>133</sup> הלה מעמיד את הפעולה החברתית כמערכת נורמטיבית של טענות המכוננות את השיח שבני החברה נוטלים בו חלק. לדוגמה, כאשר אני מניף שלט המבטא מחאה נגד עוול שהממשלה גורמת, אני מבצע פעולה חברתית. פעולה זו היא למעשה ניסיון לשכנע או להשיג הסכמה בדבר הצורך בשינויו של מצב־דברים קיים (העוול שהממשלה גורמת), והיא תקפה כפעולה חברתית אינטרסובייקטיבית בין שאני עושה אותה בגפי ובין שיש לצידי מפגינים נוספים. המימד האינטרסובייקטיבי שלה מתבטא במערכת של טענות להצדקת תקפותה של הפעולה שאני מבצע (validity claims), המופנות לעבר בחינתם הביקורתית של בני החברה.<sup>134</sup> מערכת הטענות כוללת ארבע טענות מרכזיות להצדקת תקפותה של הפעולה. ראשית, טענה לנכונותו של ייצוג המציאות (validity claim to propositional truth) – פעולתי (הנפת השלט) מהווה, בהקשר שבו היא נעשית, טענה לנכונותן של העובדות שאותן אני מתיימר להציג (הממשלה אכן עושה כך וכך). טענה שנייה הנכללת במסגרת מערכת הטענות המקופלות בפעולתי היא טענה לכונות ולאותנטיות (validity claim to authenticity and sincerity) – פעולת המחאה שאני מבצע מקפלת בתוכה טענה לכונות פעולתי (אני אכן זועק מעמקי נשמתי נגד העוולה הממשלתית). טענה שלישית הטמונה בפעולתי היא הטענה להיותה מוצדקת מבחינה נורמטיבית (validity claim to normative rightness) – פעולתי מקפלת בחובה את הטענה כי היא מוצדקת מבחינה נורמטיבית (מוסרית, דתית, משפטית וכדומה). לצד שלוש טענות אלה גלומה בפעולה שאני מבצע טענה להיותה בעלת כוח שכנוע אפקטיבי (validity claim to effectiveness) – פעולתי מקפלת בחובה את הטענה כי היא

את "המציאות" שבה מופיע הסובייקט הקרטזיאני. ראו: Jacques Derrida *Acts of Literature* (New York, Derek Attridge ed., 1992) 277–278. פוקו, לאורך מחקריו הגניאלוגיים והארכיאולוגיים על מוסדות חברתיים, מראה כיצד הסובייקט הוא למעשה אובייקט המכוון דרך רשת של יחסי כוח. כלומר, הסובייקט הינו תוצר של השיח היוצר אותו. ראו: Michel Foucault *The History of Sexuality* (New York, Robert Hurley trans., 1985) 6.

מול הוגים אלה, מציע הברמס דרך חלופית. אף שהוא מבקר את ההתמקדות של הוגי הנאורות בפילוסופיה של הסובייקט, טענתו היא כי ביקורת זו אינה מנביעה את המסקנה הניהיליסטית של מות הסובייקט. במקום זה, הוא מציע לראות את הפעילות האנושית כאינטרסובייקטיבית, כפי שיבואר להלן, כך שאי־אפשר לערוך רדוקציה של פעילות זו למונחי סובייקט. ראו: Jurgen Habermas *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures* (Cambridge, Frederick Lawrence trans., 1987) 296. למעשה, את תיאוריית הפעולה החברתית שאב הברמס מהסוציולוגיה הווריאנטית, תוך עיבוד מחדש. הברמס עומד על שתי חולשות מרכזיות בתזה של ובר שעליהן הוא מבקש להתגבר: האחת, הגישה המונוליתית שוובר מגלה כלפי פעולתו של הסובייקט בשדה החברתי; והאחרת, התמקדותו של ובר בפעולה התכליתית־האינטרסנטית של הסובייקט. הברמס מבקש לעבד את הפעולה החברתית הווריאנטית לכלל תיאוריה אינטרסובייקטיבית אשר מעמידה במרכזה את תכליתה של התייחסות־הגומלין כחתירה להסכמה כנה אשר אינה טלאולוגית באופייה. ראו: Habermas *The Theory of Communicative Action*, *supra* note 22, at pp. 279–286.

133 Habermas, *ibid*, at pp. 15–18, 307, 326, 329 (figure 16); Habermas *Between Facts and Norms*, *supra* note 22, at pp. 5, 318–319.

134

אפקטיבית כלפי פוליטיקאים, שכן ההון הפוליטי שיוכלו להפיק מהתגייסות למאבקי ישכנעם להתגייס למאבקי.

הנה כי כן, פעולה חברתית מקפלת בתוכה, בו־זמנית, מערכת של (לפחות) ארבע טענות תקפות המופנות להתייחסותם הביקורתית של בני החברה.<sup>135</sup> עם זאת, עוצמתן ומרכזיותן של כל אחת מטענות התוקף משתנות בהתאם למהות הפעולה החברתית. למשל, ציור מופשט המוצג בתערוכה מהווה פעולה חברתית במובן זה שהצייר (והאוצר) מעלים טענות לתקפות הפעולה (הצגת הציור). טענת התוקף המרכזית במסגרת זו היא לכנות ולאונטיות, הנתונות לשיפוטם הביקורתי של צופי התערוכה, וזאת בניגוד לציור של חייל ישראלי המכוון את נשקו אל ילד פלסטיני, ציור המעלה טענה מרכזית לתקפות נורמטיבית (אם החוקק השטחים ראוי). כלומר, פעולה חברתית, המכוונת באמצעות מערכת של טענות תוקף, עשויה להתאפיין בטענת תקפות מרכזית אחת בלבד, ואפיון זה נלמד בהתאם לטיבה של הפעולה החברתית המסוימת ועל־פי ההקשר שבו היא נעשית.<sup>136</sup> על רקע זה ניתן להבחין בין אותן פעולות חברתיות שראוי להחיל עליהן את המשטר המשפטי של חופש הביטוי לבין פעולות חברתיות שאין צורך מעשי בהחלת משטר זה עליהן.<sup>137</sup> אמת־המידה להבחנה זו אינה השיבותה של פעולה חברתית כזו או אחרת, שכן

135 הצגה זו, של (לפחות) ארבע טענות התקפות המקופלות בפעולה החברתית, מהווה עמדה שלי - עיבוד ריאליסטי של תיאוריית הפעולה החברתית של הברמס. מבחינת הברמס קיימת הפרדה ברורה בין פעולה תקשורתית לבין פעולה אסטרטגית, המהוות שתיהן חלק מהפעולה החברתית. ראו: Habermas *The Theory of Communicative Action*, *ibid*, at pp. 286–287. שלוש טענות התקפות הראשונות - שהינן דאוונטולוגיות בטיבן - מועלות במסגרת פעולה תקשורתית המתאפיינת בהתכוונות (attitude) של המשתתפים בה להגיע להסכמה על דרכי פעולה. לעומת זאת, תכליתה של הפעולה האסטרטגית הינה מכשירנית: מימוש האינטרסים של הפרט, ולא חתירה להסכמה. ההבחנה בין שני סוגי הפעולות נעשית באמצעות תורת מעשי ההיגד - לפעולה תקשורתית (על שלוש טענות התקפות שלה) יש אפקט מכונן (illocutionary), ואילו לפעולה אסטרטגית יש אפקט רטורי (perlocutionary). עם זאת, ניתן למצוא חיזוק לגישתי בעמדתו העכשווית של הברמס, אשר מיתן את ההבחנה החדה בין הפעולה התקשורתית (האידיאלית) לבין הפעולה האסטרטגית. לשיטתו הנוכחית, כל ארבע טענות התקפות מצויות על רצף שמכיל מינונים שונים של מאפיינים תקשורתיים ואסטרטגיים. ראו: Habermas *Between Facts and Norms*, *ibid*, at p. 139.

136 ראו: Habermas *The Theory of Communicative Action*, *ibid*, at pp. 308–309. מידת המרכזיות מושפעת מההקשר שבו הפעולה החברתית נעשית. לדוגמה, ההכרזה שכדור־הארץ סובב סביב השמש מהווה פעולה חברתית שבמרכזה מועלית טענה לתקפות של ייצוג המציאות. אולם פעולה זוהי (ההכרזה) שנעשתה בזמנו של קופרניקוס העלתה במרכזה טענה לתקפות נורמטיבית (קריאת־תיגר על הנצרות).

137 כלי־העבודה שתיאוריית הפעולה החברתית האינטרסובייקטיבית מספקת פותחים את שאלת תחולתו של חופש הביטוי לפני הנדבך הרפלקסיבי. הפעלתם מאפשרת לנו לתרגם התייחסויות־גומלין חברתיות שאינן נתפסות כפעולות ביטוי פרדיגמטיות - כמונחי הנדבך הראשון - למסגרת של עקרון חופש הביטוי. עם זאת, אין להסיק מכאן כי ראוי להכיר בכל פעולה חברתית כמי שחל עליה עקרון חופש הביטוי. הכרה כאמור אינה משרתת את פיתוחו של הנדבך הרפלקסיבי משום שהיא גוררת את החלתו של עקרון חופש הביטוי על כל פעולה (כמעט) שנעשית בעולם האנושי (ראו לעיל הערה 119). תוצאה זו תאיין, מן הסתם, כל אפשרות לבסס ולפתח דיני חופש ביטוי לא על בסיס אדי־הוק (ראו לעיל הערה 120).

שאלת התחולה אינה נגזרת מהצדקה רציונלית של חופש הביטוי, כי אם בסיכון הנשקף לאפשרות ניהולה של פעולה חברתית. במסגרת הבחנה זו, פעולות חברתיות שטענות התוקף המרכזיות שלהן הן לייצוג מהימן של המציאות או לכנות ואותנטיות אינן נתונות בסיכון לפגיעה באפשרות קיומן מצד המדינה או גורמי כוח אחרים. קביעה זו אינה מעוררת קושי: התייחסות גומלין שבמרכזה עומד נסיון ייצוג של המציאות או נסיון להשיג אותנטיות אינה מערערת על הסדר החברתי המשפטי המוסרי הקיים, וככזו היא אינה צפויה לעורר התנגדות מצד מי שבכוחו למנוע את התרחשותה. לדוגמה, פרסום מאמר הטוען כי לכוכב שבתאי יש שלושים ושלושה ירחים, ולא שלושים ואחד, אינו צפוי לעורר נסיון דיכוי מצד מי שבידו הכוח להגבילו או למונעו, מבלי שנלווית לטענה זו טענה מרכזית נוספת הנוגעת בסדר החברתי הקיים.<sup>138</sup> זאת, שוב, ללא קשר לחשיבותה של אותה פעולה חברתית להשתתפות בשיח הפוליטי, לשלטון העצמי, לגילוי האמת או להגשמה עצמית.

לעומת זאת, אפשרות קיומן – כחירות שלילית או חיובית – של התייחסויות גומלין שבמרכוזן מועלית טענה לתקפות נורמטיבית ולאפקטיביות במינוחים שונים מצויה, מפעם לפעם, בסכנת דיכוי. אכן, פסיקותיהם של בתי המשפט בסוגיות של חופש הביטוי סבבו סביב התייחסויות גומלין שעסקו בתקפות נורמטיבית ואפקטיבית (ביטוי פוליטי מבובנו הרחב וביטוי מסחרי, במינוחים שונים של פוליטיות ומסחריות).<sup>139</sup> דוגמה טובה למצב דברים זה היא יצירת אומנות. כאשר זו אינה נושאת עימה מסרים נורמטיביים משמעותיים, קשה לחשוב על מצב שבו הצגתה תימנע מטעמים הקשורים להתנגדות למסריה ולתכניה. אולם כאשר היא נושאת עימה טענה בעלת משקל לתקפות נורמטיבית – הקוראת תיגר, למשל, על תפיסת המוסר הפוליטי של קהילה מסוימת – לא יהיה זה דמיוני לחשוב על תרחיש שבו תוגבל או תימנע הצגתה לפני הציבור. בנקודה זו מאפשרים כלי העבודה, בדמותה של תיאוריית הפעולה החברתית, את זיהוין של התייחסויות גומלין החשופות לדיכוי אשר לא נתפסו עד כה כחלק מתחולתו של עקרון חופש הביטוי, כאשר זיהוי זה,

138 ניתן לכאורה לטעון כנגד זה כי קיימות פעולות חברתיות שבמסגרתן טענות תוקף לייצוג נכון של המציאות מעוררות נסיון דיכוי. דוגמות בולטות לכך הן מקרה הכחשת השואה בגרמניה והקרנת הסרט "ג'נין ג'נין" בארץ. בשתי דוגמות אלה קיימות אומנם טענות לייצוג מהימן של המציאות (איון קיומה של השואה כעובדה היסטורית ותיאור טבח שערכו חיילי צה"ל בתושבי ג'נין), אולם הסיבה שבשמה נחשפו מקרים אלה לנסיגות דיכוי היא הטענה המרכזית לתקפות נורמטיבית. מקרים אלה עוררו ביקורת על רקע המימד הנורמטיבי שבו התרחשו. הכחשת השואה מהווה, מעל לכל, טענה בדבר מוסריותו וחוקיותו של המשטר הנאצי. הקרנת הסרט "ג'נין ג'נין" מהווה ביקורת על חוקיותן של פעולות הצבא בשטחים ועל אתיקת הלחימה של הצבא. כלומר, הוכחת האמיתות ההיסטורית בשתי דוגמות אלה רוכבת, בסך הכל, על המטען הנורמטיבי הטמון בהן. למקרה הכחשת השואה ראו: Donald P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, 2nd ed., 1997) 383–386. לפסק הדין בעניין הסרט "ג'נין ג'נין" ראו בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (להלן: עניין בכרי), ובמיוחד דנג"צ 10480/03 בוסידין נ' בכרי, דינים ועוד (44), הלכות 10/04, דינים עליון, כרך סו, 178.

139 כך הדבר לגבי סוגיות של ביטוי פוליטי, ביטוי גזעני, ביטוי אומנותי עם מסרים פוליטיים או מוסריים, פורנוגרפיה, לשון הרע, ביטוי מסחרי.

כאמור לעיל, אינו נובע מחשיבותן של התייחסויות-הגומלין להצדקה רציונלית כלשהי של חופש הביטוי.<sup>140</sup>

המחשה טובה לכך מצויה בדוגמות שהובאו בפתח הרשימה: "פלישה" לכיכר המדינה בתל-אביב וחלוקת קמעות ומתן ברכות למאמינים במהלך מסע בחירות לכנסת. אף-על-פי שפעולות חברתיות אלה אינן נתפסות כ"התבטאויות" פרדיגמטיות במסגרת דיני חופש הביטוי, הן מהוות התייחסויות-גומלין – בין משתתפיהן עצמם ובין לבין החברה בכללותה – שבתוכן מקופלות טענות לתקפות נורמטיבית ולאפקטיביות. השאלה שיש לשאול היא אם טענות אלה שונות מביטויים שנתפסים בשפתו של מוסד ההצדקה הרציונלית ככאלה הנכללים במסגרתו של עקרון חופש הביטוי. כך, האם יש מקום להבחין בין קריאות בגנות מדיניות הממשלה המושמעות במהלך הפגנה מול משרד ראש הממשלה לבין טענות של הפולשים לכיכר לתקפות נורמטיבית ואפקטיבית של מעשה הפלישה והיאחזות-הקבע, ככל שהבחנה זו מתייחסת לטענות התוקף המועלות במסגרתן של שתי פעולות חברתיות אלה? סבורני שלא. האם יש מקום להבחין בין הבטחות של מפלגה מסוימת לשיפור מצב המשק הנמסרות באמצעות כרוז על לוח המודעות לבין טענות של מחלקי הקמעות לתקפות נורמטיבית ואפקטיבית של פעולת החלוקה, ככל שהבחנה זו מתייחסת לטענות התוקף המועלות במסגרתן של שתי פעולות חברתיות אלה? סבורני שלא. ניתוח של פעולות אלה מגלה כי התקשורת המתנהלת בכל אחד מהזוגות המשווים הינה זהה. ההבחנה היחידה ביניהן שניתן לעשות במישור תחולתו של עקרון חופש הביטוי היא ביחס לשניות ביטוי/מעשה. אך מכיוון ששניות זו אינה עולה בקנה אחד עם תפקידה החברתי של הלשון, כפי שעולה מתורת מעשי ההיגד ומתיאוריית הפעולה החברתית, הוא אינו יכול לעמוד כטעם עקרוני להדרת פעולות חברתיות ממסגרת תחולתו של עקרון חופש הביטוי אך בשל היותם מעשים, ולא ביטויים. ההכרעה המשפטית בכל אחד מהמקרים המתוארים עשויה אומנם להיות שונה, מכיוון שלצד עקרון חופש הביטוי קיימים ערכים, זכויות ואינטרסים בעוצמות שונות המספקים טעמים – טובים יותר או פחות – להגבלת התייחסות-הגומלין. אולם מצב-דברים זה אינו משליך על מישור התחולה של עקרון חופש הביטוי, אלא על מישור היישום בלבד.<sup>141</sup>

לצד מגמת הרחבתו של חופש הביטוי באמצעות הנדבך הרפלקסיבי, ראוי להבהיר כי היא עומדת במתח מתמיד עם ערכים נוספים, המצויים בעיקר במשפט הפלילי, ולכן אין היא חסרת גבולות. כאמור, נדבך זה מבקש, בין היתר, לנטוש את ההבחנה בין ביטוי למעשה ולעבור לבחינת כל פעולה חברתית באמצעות טענות התוקף המועלות במסגרתה. מעבר זה מתבקש, לטעמי, לנוכח היות הלשון כלי לביצוע פעולות, ולא אך מצע להעברת משמעויות סמנטיות, ולנוכח העובדה שפעולות חברתיות טומנות בחובן מימד "ביטויי" שאינו שונה עקרונית מכל (פעולת) דיבור. על רקע נטישה זו של ההבחנה בין ביטוי למעשה, עלול להתעורר קושי להבחין בין פעולות חברתיות הנאסרות באיסורים פליליים

140 זאת ועוד, חשיפת התייחסויות-הגומלין שראוי להחיל עליהן את עקרון חופש הביטוי המסחרי (או הפוליטי) אינה מבקשת להעלות את מעמדו המשפטי של חופש הביטוי המסחרי (או הפוליטי), אלא רק להרחיב את ההכרה בו.

141 למישור היישום ראו להלן חלק ד.



לבין אלה שאינן נאסרות. למשל, אדם עשוי להעלות את הטענה כי לשיטתו ניתן להכיר ברצח מטעמים אידיאולוגיים – או בכל מעשה פלילי אחר – כפעולת ביטוי המעלה טענות לתקפות נורמטיבית ואפקטיבית, וכי ככזה ראוי להכלילו במסגרת תחולתו של עקרון חופש הביטוי. כיצד, אם כן, ניתן להבחין בין פעולות ביטוי חוקיות ללא-חוקיות לצורך דיני חופש הביטוי? התשובה לכך לא תמצא, כאמור, בהבחנה בין ביטוי למעשה, אלא ביחסה של החברה (והמשפט) אל הגבול בין הפעולות המותרות לפעולות האסורות. ההבחנה היא, למעשה, בין מה שראוי להיחשב "ביטוי" לבין מה שאינו ראוי להיחשב ככזה, ולפיכך היא אינה הבחנה תיאורית בין סוגי ביטויים.<sup>142</sup> רצח אינו מוכר בחברה כפעולה לגיטימית ולכן אינו יכול להיתפס כחלק מעקרון חופש הביטוי. כך גם באשר למעשים פליליים אחרים שהחברה מעוניינת להרחיק מדיני חופש הביטוי.<sup>143</sup> עם זאת, ניתן להעלות על הדעת מעשים פליליים אשר עוצמת האלימות והסיכון הטמונים בהם הינה נמוכה עד כדי כך שניתן לשקול לגביהם גם שיקולים הנובעים מעקרון חופש הביטוי (עברות ההסתה וההמרדה הינן דוגמות טובות לכך במשפט הישראלי).<sup>144</sup> שיקולים אלה יכולים להישקל הן במסגרת שאלת התחולה והן במסגרת שאלת היישום שתידון בהמשך, כאיוון פנימי או חיצוני בין חופש הביטוי לבין האיסור הפלילי.

לסיכום הדיון בשאלת התחולה, התבוננות על התייחסויות-הגומלין המתרחשות בספירה החברתית לא באמצעות כלי-העבודה המוכרים כיום במסגרת דיני חופש הביטוי פורצת את המסגרות המושגיות הקיימות. בצורה כזו ניתן לשמוע קולות אחרים התובעים את מקומם במסגרת השיח של חופש הביטוי, ואף להרהר, באירוניה, בנחיצותם של ההסדרים הקיימים. הנדבך הרפלקסיבי הולך לפיכך צעד אחד מעבר לנדבך הקונטינגנטי, ומרחיב את היקפה ועומקה של המציאות החברתית הקונטינגנטית שכבר נקלטה במסגרת עקרון חופש הביטוי. מהלך זה מתאפשר על-ידי בחינת התקשורת המתנהלת בין משתתפי הפעולה החברתית. תקשורת זו, המכוננת את הפעולה החברתית, נישאת על-גבי טענות לתקפותה של אותה פעולה. סיווגה ככזו שחשופה לדיכוי מצד גורמי כוח או ככזו שאינה חשופה לכך מספקת שפה חדשה לבחינת שאלת תחולתו של חופש הביטוי. זאת, ללא חזרה אל מוסד ההצדקה הרציונלית ותוך דחיית ההבחנה המסורתית בין ביטוי לבין מעשה.

הצגה זו של שאלת תחולתו של עקרון חופש הביטוי אף עולה בקנה אחד עם עמדה פרגמטיסטית אשר אינה מבקשת להתנער, באופן רדיקלי, מהישגי העבר, אך מבקשת להרחיב את הכרתו של המשפט את אוצר-המילים של החברה, כך שהעושר הטמון בהתייחסות-הגומלין האנושית יתורגם אל תוך מנגנוניה הרשמיים של החברה, ביניהם

142 ראו לעיל את הטקסט סביב הערה 121.

143 ראו בעניין זה רע"פ 5086/97 בן חור נ' עיריית תל אביב, פ"ד נא(2) 625, 643.

144 במשפט הגרמני, לעומת זאת, עברות הסתה לגזענות יוצאו על-פירוב מגדרו של עקרון חופש הביטוי. ראו: Rosenfeld, *supra* note 29, at pp. 1548–1555. דוגמה ליחס הפוך מזה של המשפט הגרמני לדברי הסתה ניתן לראות בפסק-הדין האמריקני *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969). לדיון בהשלכות של עיצוב העברות של הסתה והמרדה על חופש הביטוי, ראו אביחי דורפמן "האיסורים הפליליים המוטלים על חופש הביטוי בראי המודל הכלכלי של אי-ודאות" משפט וממשל ח (תשס"ה) 313.

המשפט. נקודה חשובה נוספת היא רגישותה של הגישה המוצעת, בגדריה של שאלת התחולה, למיהותו של המשפט. בניגוד לעמדות הרסניות כלפי מאמציו של המשפט לייצר רציונליזציה בגדריו של עקרון חופש הביטוי, הגישה המוצעת אינה מותירה את חופש הביטוי להכרעות אד-הוק המשוללות יכולת לפתח את דיני חופש הביטוי כעיקרון משפטי מכוון ומכוון התנהגות. חשוב להדגיש, עם זאת, כי גישה זו מיושמת במישור תחולתו של חופש הביטוי, וכי אין היא משליכה ישירות על מעמדו של עקרון חופש הביטוי ביחס לזכויות אחרות המתעמתות עם עיקרון זה. כלומר, המשמעות המעשית של הרחבת תחולתו של חופש הביטוי, באמצעות הנדבך הקונטיננטלי והנדבך הרפלקסיבי, תיבחן במישור של שאלת היישום. במסגרת אחרונה זו נעשים האיזון וההכרעה של סכסוכים – הכוללים, בין היתר, ביטויים – לאחר שאלה כבר הוכרו כחלק מתחולתו של עקרון חופש הביטוי.

## 2. יישומו של עקרון חופש הביטוי במשפט

לאחר שהגענו למסקנה כי ראוי להחיל את עקרון חופש הביטוי על ההתבטאות הנבחנת, קמה ועולה שאלת היישום. שאלה זו עוסקת בדרכים שבהן ניתן להגיע להכרעות במשפט באותן סוגיות שחופש הביטוי מעורב בהן. הקושי סביב שאלת היישום מתעורר במצב שבו חופש הביטוי מתחרה עם טעמים טובים להגבלתו, שעשויים אף ללבוש צורה של חופש הביטוי של דובר אחר.<sup>145</sup> טעמים אלה יכולים ללבוש צורה של ערכים, זכויות או אינטרסים.<sup>146</sup> השאלה המתעוררת היא, אם כך, כיצד תיעשה הכרעה זו בין חופש הביטוי לבין הטעמים להגבלתו.

תשובה אחת שניתן למצוא אותה בשיח של חופש הביטוי נשענת על חזרה אל ההצדקה הרציונלית העומדת מאחורי חופש הביטוי. על-פי תשובה זו, מתוך ההצדקה של חופש הביטוי נגזרת ההכרעה במצב שבו חופש הביטוי מתנגש בטעמים מתחרים. לדוגמה, כאשר מפגינים מבקשים להיכנס לקניון בבעלות פרטית על-מנת לקיים הפגנה בתוכו, מתעורר הצורך להכריע בין הזכות לקניין של בעלי הקניון לבין חופש הביטוי של המפגינים. בחירה בהצדקת חופש הביטוי מטעם של מימוש עצמי, כך ייטען, תנביע הכרעה משפטית שונה מאשר בחירה בהצדקה מסוג דמוקרטיה השתתפותית.<sup>147</sup>

הגישה העולה ברשימה זו דוחה ניתוח זה של שאלת היישום. דחייתו של הניתוח נעשית באמצעות פירוק הסוגיה לשאלת החלות ולשאלת היישום. כך, לאחר שפעולתם החברתית של המפגינים על שטח בבעלות פרטית תוכר – אם תוכר – כחלק מתחולתו של עקרון חופש הביטוי, רק אז יעבור הדיון לשאלת היישום. במסגרת שאלה אחרונה זו אין עוד צורך בהישענות על מוסד ההצדקה הרציונלית, מכיוון שבמישור נותרת

145 ראו: Fiss, *supra* note 20, at pp. 15–26.

146 ההבחנה בין ערך, זכות ואינטרס נעשית בעקבות מיכאל ד' בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 591, 598–594.

147 טענה זו והדוגמה המובאת במסגרתה לקוחים מתוך דיין-אורבך, לעיל הערה 9, בע' 424.

שאלה של הכרעה בין שתי זכויות (חופש ביטוי מול קניין בדוגמה האמורה). הכרעה זו נעשית על-פי אמת-המידה המשפטית ליישוב "התחרות" בין הזכויות המתנגשות, קרי, איזון (balancing).<sup>148</sup> אומנם, לכל מערכת משפט קיימת מתודולוגיה שונה לעריכת איזון זה, המשפיעה מן הסתם על תוצאת האיזון, אך אין בכך כדי להצריך חזרה אל מוסד ההצדקה הרציונלית.<sup>149</sup> כך, במשפט הישראלי ייערך איזון אופקי בין הזכויות המתנגשות, בהנחה שפעולת המפגינים הינה חלק מעקרון חופש הביטוי.<sup>150</sup> במילים אחרות, שאלת היישום מהווה סוגיה של הפעלת אמת-מידה עקרונית שבמסגרתה מאזנים טעמים מתחרים, ביניהם חופש הביטוי. אמת-מידה זו אינה תלויה בהצדקה רציונלית כזו או אחרת של חופש הביטוי או של זכות אחרת, אלא היא תולדה של המעמד המשפטי שניתן לאותה זכות. כלומר, במצב שבו נוצרת התנגשות בין חופש הביטוי לבין זכות או אינטרס אחרים, יש לבחון מהו המעמד המשפטי של חופש הביטוי (חוקתי-על-חוקי או חוקי) ושל הזכות האחרת (למשל, זכות הקניין החוקתית). על-פי תוצאותיה של "בדיקה" זו ייערך האיזון העקרוני: איזון אופקי בין זכויות שוות-מעמד במשפט, ואיזון אנכי בין זכויות בעלות מעמד משפטי שונה. שאלה זו אינה נגזרת או נובעת על-כך ממוסד ההצדקה הרציונלית

148 השימוש במילה "איזון" אינו מצטמצם לתורת האיזונים הנוהגת במשפט הישראלי – של איזון אופקי ואיזון אנכי. "איזון" הוא שם כולל לאמות-המידה המשמשות בהכרעה בין ערכים, זכויות ואינטרסים מתנגשים. ראוי עוד להוסיף כי בפסיקה הישראלית מסתמן מעבר מאיזון אנכי לעבר איזון הנערך על-פי פסקת ההגבלה במצבים של התנגשות בין זכות-יסוד (כחופש הביטוי) לבין אינטרסים מתחרים. ראו עניין בכרי, לעיל הערה 138; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43-45. לתורת האיזונים במשפט הגרמני ובמשפט זכויות האדם האירופי, ראו: Robert Alexy "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality" 16 *Ratio Juris* (2003) 131. לביקורת על ההכרעות הערכיות המסתרות מתחת לתורת האיזונים, ראו בירנהק, לעיל הערה 146. הברמס רואה בשפת האיזונים סכנה לגיטימציה של בית-המשפט. לשיטתו, איזון אנכי ואיזון אופקי הופכים ויכוח עקרוני על זכויות-יסוד לעניין פוליטי, שוללים מהזכות את כוחה כ-"strict priority", ומהווים מעשה לא-רציונלי ושרירותי. ראו: Habermas *Between Facts and Norms, supra* note 22, at pp. 256-259. לביקורת על השימוש "המכני" בשפת האיזונים ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב (תשס"ב) 623.

149 לאמת-המידה הננקטת בבית-הדין האירופי לזכויות אדם במקרה של התנגשות בין חופש הביטוי לבין זכות הקניין, ראו: *Appleby v. United Kingdom* [2003] ECHR 44306/98. והשוו לאמת-המידה הקנדית במקרים שבהם נתבעת בשם חופש הביטוי הזכות להיכנס למתחם בבעלות של אחרים (המדינה או הפרט): *Harrison v. Carswell* [1976] 62 D.L.R. (3d) 68 (pre Charter); *R. v. Layton* [1986] 38 C.C.C. (3d) 550 (Ontario Provincial Court); *Committee for Commonwealth of Canada v. Canada* [1991] 1 S.C.R. 139. לאמת-המידה האמריקנית ראו ההפניות אצל דיין-אורבך, לעיל הערה 9, בע' 430-434. כן ראו: Jennifer Niles Coffin, Note "The United Mall of America: Free Speech, State Constitutions, and the Growing Fortress of Private Property" 33 *U. Mich. J. L. Reform* (2000) 615.

150 למקרה קרוב, של איזון אופקי בין חופש הביטוי לבין הזכות לפרטיות, ראו בג"צ 2481/93 דיין נ' ניצב וילק, פ"ד מח(2) 456. איזון זה נובע מאמת-המידה האמריקנית של time, place, and manners, הננקטת במצב שבו חופש הביטוי מוגבל בדרך ניטרלית (content-neutral). ראו, למשל: *United State v. Grace* 461 U.S. 171, 177 (1983). כן השוו: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec* [1989] 1 S.C.R. 927.

של חופש הביטוי, כי אם ממיקומו המדרגי של עקרון חופש הביטוי על-פני פירמידת הנורמות (המשפטיות) של שיטת המשפט המסוימת, וממיקומם של הטעמים המתחרים בו על-פני אותה פירמידה.

הנה כי כן, בניגוד לשאלות ההצדקה והתחולה, שאלת היישום אדישה לביקורת על מוסד ההצדקה הרציונלית. הראשונות מבקשות, במסגרת נטישתו של מוסד ההצדקה הרציונלית, להרחיב את היקפן של התייחסויות הגומלין האנושיות הנכנסות לגדר עקרון חופש הביטוי. האחרונה, לעומת זאת, מהווה יישום "קר" של אמת-מידה משפטית על מצבים שבהם חופש הביטוי מצוי במתח עם ערכים, וזכויות ואינטרסים מתחרים. אמת-מידה זו הינה עקרונית, ואינה נובעת מהצדקה (רציונלית) מסוימת של חופש הביטוי.<sup>151</sup> כלומר, העיסוק במישור היישום מניח את קיומה של שאלת התחולה. ביטויים המצויים במתח עם טעמים אחרים נכנסים לזירת האיוון רק לאחר שהוכרו כ"ביטויים" בשלב הקודם – מישור תחולתו של עקרון חופש הביטוי. לפיכך, לנטישת מוסד ההצדקה הרציונלית ולאמוצה של עמדה פרגמטיסטית ביחס לחופש הביטוי אין השפעה על אופן עריכת האיוון במגרש המשפטי בזמן עריכתו. כך, כל שעל המשפטן לבחון בשלב היישום הוא אם ההתבטאות הנבחנת כבר הוכרה כחלק מעקרון חופש הביטוי אם לאו. לאחר בחינה זו מופעלת אמת-המידה לאיוון בין הטעמים שעל-הפרק, פעולה שאינה נובעת מהצדקה כזו או אחרת של חופש הביטוי.

בסיכומו של הפרק ניתן לחזור ולבחון את שתי הטענות שהועלו נגד נטישתו של מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי. כזכור, טענות אלה "קפצו" מהמסקנה כי ראוי לנטוש את ההצדקות הרציונליות של חופש הביטוי אל מסקנה נוספת שלפיה נטישה זו תוביל לפירוקו ולעיקורו מתוכן של עקרון חופש הביטוי. הדיון בשאלות התחולה והיישום, לאחר הצגתה של העמדה הפרגמטיסטית, מהווה התמודדות עם טענות אלה. אין זו אומנם התמודדות מקיפה וכוללת המתיימרת לספק, ברגע אחד, תיאוריה שלמה לעקרון חופש הביטוי, שתהליך התפתחותו ועיצובו נמשך – ועודנו מתמשך – כבר מאות בשנים. עם זאת, דיון זה מבקש להצביע על הכשל הטמון באותה קפיצה מנטישת מוסד ההצדקה הרציונלית אל מצב-דברים ניהיליסטי בגדר עקרון חופש הביטוי. העמדה הפרגמטיסטית המוצעת אינה מבטלת את הישגי העבר, ובוודאי אינה מפחיתה מחשיבותו של חופש הביטוי, וכזו היא אינה מבקשת לשנות לחלוטין את פניו של חופש הביטוי במשפט. הן שאלת התחולה והן שאלת היישום אינן מבשרות מהפכה. להפך, גישה זו מציעה לראות את הישגי העבר כנקודת המוצא לקראת ההמשך. על רקע זה הצעתי את הוספתו של הגדבך הרפלקסיבי, המבקש להרחיב את אופקיו של עקרון חופש הביטוי אל עבר תופעות אנושיות שלא הוכרו עד כה כ"ביטוי". הרחבה זו, כך תקוותי, תוכל לתת (למצער) אינדיקציה טובה לכך שנטישת מוסד ההצדקה הרציונלית אינה זורעת הרס ואינה מותירה את המשפט חסר כלים לעצב ולבסס את דיני חופש הביטוי כיאה לעיקרון חשוב זה.

151 להבחנה בין איוון עקרוני לבין איוון אד-הוק ראו: T. Alexander Alienkoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing" 96 *Yale L. J.* (1987) 943 בירנהק, לעיל הערה 146.

## סיכום

מדוע ראוי להגן על חופש הביטוי?

שאלה זו עמדה ועודנה עומדת בליבה של מחלוקת בין העוסקים בחקירת סיפור הצדקתו של חופש הביטוי. מחלוקת זו מתרכזת בחשיפת החולשות של ההצדקות, מצד אחד, ובנסיונות לשפרן, מצד אחר. רשימה זו, לעומת זאת, ביקשה לנטוש את המחלוקת האמורה ולהצביע על הכשל העומד בבסיס ההצדקות שמבקשות לספק תשובה רציונלית לשאלה זו. הצדקות אלה, שניתן לאגדן בשם "מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי", מתיימרות לייצג את המציאות החברתית כחלק מסיפור ההצדקה שהן מציעות. בחינתו של ניסיון זה מגלה כי אי-אפשר לייצג מציאות חוץ-לשונית באמצעות סיפור (הצדקה). כשל זה אינו נחלתו של סיפור הצדקה כזה או אחר, כי אם עומד בבסיסו של מוסד ההצדקה הרציונלית של חופש הביטוי. כך, מוסד זה גורר, פעם אחר פעם, את הדרתן של תופעות חברתיות מרכזיות מהשיח של חופש הביטוי.

מסקנה זו, כך ביקשתי להראות, אינה סוף-פסוק בכל הקשור לפיתוחם של דיני חופש הביטוי. אימוצה של גישה פרגמטיסטית, המכירה בחשיבותו של חופש הביטוי לחברה המערבית, מאפשרת את ביסוסו ופיתוחו מבלי להישען על סיפורי ההצדקה הרציונליים (או במילים אחרות, מבלי לחפש תשובות רציונליות לשאלה מדוע ראוי להגן על חופש הביטוי). בצורה כזו ניתן לשמוע קולות אחרים התובעים את מקומם במסגרת השיח של חופש הביטוי, ואף להרהר בנחיצותם של ההסדרים הקיימים, דוגמת ההבחנה בין ביטוי לבין מעשה. גישה זו, כך אני מאמין, עשויה להרחיב את יכולתו של המשפט לקלוט את העושר הטמון בהתייחסויות-הגומלין שאנו מקיימים בספרה החברתית.

מלבד העיסוק הישיר בחופש הביטוי, מופיעה, בין השורות של רשימה זו, שאלת היחס בין התיאוריה הפוליטית המודרנית לבין הפילוסופיה שנהוג לכנותה "פוסטמודרנית". מוסד ההצדקה הרציונלית משמש נציג מובהק של התיאוריה הפוליטית המודרנית שכלפיו מופנים חיצונית הביקורת. הדרך שרשימה זו צועדת בה – משלילת מוסד ההצדקה הרציונלית ועד לאימוצה של הגישה הפרגמטיסטית – חושפת למעשה את הדרך הראויה, בעיניי, להתמודד עם שאלת היחס בין המודרנה לבין הביקורת עליה: גיבושה של עמדה ביקורתית נגד כל ניסיון לייצג את המציאות ולבנות סיפורי הצדקה רציונליים, לצד הכרה בהישגיו של פרויקט הנאורות והוקרתם (במנותק מהמימד המטפיזי שלהם). דרך זו – בניגוד לביקורות ההרסניות שמותירות מאחוריהן עיי חורבות – לא תביא לנו את הגאולה (המודרניסטית), אך תמציא לנו ללא ספק יותר מנחמה.

