

1

מבוא

1. שפה, נורמטיביות ומשפט

בחוברת שמחלק אחד מבתי הספר למשפטים בארה"ב לתלמידי השנה הראשונה כתוב: "אין למשפטן אלא השפה בלבד".¹ זו טענה מוזרה: הלוא לרשות עורכי דין עומדים כלים רבים לביצוע מלאכתם – משרדים ומחשבים, ידע והון חברתי ומהלכים במסדרונות השלטון. ייתכן שיש להם גם ערכים, שאיפות, דמיון; מה שמרתק כאן איננה השאלה אם האמירה נכונה או לא, אלא העובדה שכך משפטנים חושבים על עצמם – בראש ובראשונה, כסוכנים לשוניים. במידה משמעותית, זה נכון. משאביו של עורך/ת הדין ושל השופט/ת מתכווננים לפעולת קצה לשונית: ניסוח חוזה, טיעון בבית משפט, מתן פסק דין. בסופו של דבר הממשק היחיד של המשפטן עם המשפט הוא הממשק הלשוני, והממשק היחיד של המשפט עם העולם הוא לשוני. תובנה זו הביאה, במאה החמישית לפני הספירה, את הסופיסטים ההלניים למחשבה הרדיקלית, שפעולה המתרחשת בחלל הציבורי – כמו משפט, או פעילות פוליטית – מתמצית כולה ביכולת השכנוע הרטורית של הדוברים וביכולתם לבצע מניפולציות על תודעת השומעים (שופטים, אסיפות פוליטיות), ובכך להשפיע עליהם: אם השפה היא הכול, אין טעם לעסוק במה שהיא מתיימרת לייצג (כגון צדק, אמת, אשמה) אלא בה בלבד – בתקשורתיות שלה. אבל עיון מעמיק יותר אינו מחויב לציניות ספקנית שכזו. אנו עושים בשפה הרבה דברים שאינם טקטיים או מכשיריים בלבד: אנחנו חושבים, טוענים, מייצגים, מתלבטים. כשאדם צעיר הולך ברחוב ומחשבה קודחת במוחו: "האם אני מאוהב?" – הוא מדבר אל עצמו, והוא זקוק לשפה לצורך זה, אפילו

כשנושא הברור שלו הוא החוויה האינטימית ביותר שניתן להעלות על הדעת! השפה מתווכת לו, מפרשת לו את חוויותיו, את רגשותיו, והוא זקוק לה כדי להכיר לא רק את ההיבטים הלשוניים של עצמו, אלא גם את אלה הלא-לשוניים. בשפה אנו מבטאים את האנושיות שלנו ותובעים מהזולת את ההכרה בה. אנחנו מתווכחים ומתלבטים ומתחרטים ומייצרים את אותו סוג של "תבונה קולקטיבית" שהדמוקרטיה הדליברטיבית מבוססת עליה, תוך שהיא דוחה בשאט נפש את המטפורה של "שוק של רעיונות", לפיה כל מה שאנו עושים הוא לקנות ולמכור מוצרים אינטלקטואלים מוגמרים על גרף של היצע וביקוש. לכן, ייתכן שבמובן עמוק אין לנו אלא את השפה בלבד. אבל אם כך, זה משום שהשפה מבטאת כה הרבה מן האנושיות שלנו.²

הדבר שבדרך כלל איננו חושבים עליו כשאנו פועלים באמצעות השפה, זו השפה. בשימוש יומיומי, השפה נוכחת מבלי להיות "דבר", מבלי שאנו חווים את הנוכחות שלה.³ כל כך התרגלנו להשתמש בה עד שהמפגש איתה הפך לחלק מן העצמיות שלנו, תוך שאנו חרשים למורכבות ולבעייתיות של הדומיננטיות של השפה בחיינו.

אך אנחנו קיימים בעולם כיצורים לשוניים, ואנחנו חיים ביחד כישויות נורמטיביות – ואנו יצורים נורמטיביים בתור יצורים לשוניים. הבנת עצמנו כיצורים נורמטיביים היא לשונית, והאופנים בהם אנו פועלים בחלל הנורמטיבי והמשפטי הם לשוניים. אין לנו גישה אחרת לשאלות של ערכים, נורמות, לזולת ואפילו לעצמנו, מלבד מה שהשפה מאפשרת לנו. ספר זה מבקש לחקור היבטים של טענה זו, ככל שהיא חלה על הנורמטיביות הממוסדת במסגרת של קהילה פוליטית – היינו המשפט. משפטים מקיימים יחס מוזר לשפה: הם בה־בעת אובססיביים ביחס אליה ומתעלמים ממנה, כאילו לישויות נורמטיביות (חוקים, חוזים, "אינטרסים מוגנים") – אותם הם מכירים באופן לשוני בלבד – יש קיום עצמאי בעולם, והשפה מתייחסת אליהם מבחוזן, באמצעות מנגנונים של ייצוג. הרבה פעמים אנו שומעים אנשים מדברים על המשפט לעומת "העולם האמיתי", כאילו המשפט אינו חלק מהעולם האמיתי; ובהיסטוריה של החשיבה האנושית על השפה קיים זרם, תיאולוגי במקורו, המתייחס לשפה כקיימת באופן אידיאי (או מנטלי), נבדל מהעולם האמפירי בו אנו חיים ובלתי תלוי בממשק עמו. השלכות הראייה הזו ינותחו בספר ויבוקרו בו ישירות ובעקיפין, אבל כוונתי אינה להתמודד אתה כטענה

עצמאית, אלא לבחון כיצד היא משפיעה – ומעוותת – את היכולת הביקורתית שלנו, כאזרחים חופשיים, להבין מה המשפט עושה, איך הוא חושב, ולמה כל זה חשוב.

אנחנו עושים בשפה המון דברים: מתווכחים ומשכנעים, כורתים חוזים ומפירים אותם, מייצגים מציאויות לא־לשוניות, אוהבים, פוגעים, חולמים וחושבים. אם נעצור לרגע ונחשוב (בשפה כמוכּן), נגלה שהיותנו יצורים החיים חיים לשוניים הינה עובדת תשתית של הקיום האנושי, לא פחות מעובדת ייחודו של כל אדם – מהזרות הרדיקלית של הזולת – או מהיותנו אורגניזמים מבוססי פחמן. כמעט כל מישורי ורובדי חיינו, הפרטיים והקולקטיביים (אבחנה מפוקפקת שהינה כשלעצמה לשונית) מכוננים על ידי היותנו יצורים לשוניים. הטענה שאבקש לבסס ולאפיין, גם אם לא אתיימר להוכיח, הינה כי לכל המימדים הללו יש תפקיד מכונן ביחס למשפט, שהינו תופעה מורכבת הרבה יותר ממרבית העמדות הרדוקטיביות, המנסות לצמצם את הגדרת המשפט לסדרה מוגדרת היטב של נורמות, מוסדות ופרקטיקות.

היחסים האינטימיים בין משפט ולשון הוכרו כבר בתרבויות העולם העתיק. התובנה, שאנו יוצרים עולמות נורמטיביים באמצעות השפה – כלומר שהשפה לא רק מייצגת תכנים אלא גם יוצרת את אפשרויות השימוש בהם ומכניסה אותם אל תוך מכלול ההקשרים האנושיים – חוצה תרבויות ועמדות תורת־משפטיות. היא משותפת לסופיסטים היוונים, לחכמי המשפט העברי, לפוזיטיביזם של המשפט הרומי, לתיאולוגים הביניים של המשפט הטבעי, למבקרות פמיניסטיות של המשפט הפטריארכלי ולמעצבי דיני ניירות ערך, המבקשים להבין כיצד משקיעים מפרשים סימנים המתייחסים לביצועי הפירמה. ועם זאת, בחינה ביקורתית של יחסי המשפט והשפה הוגבלה בעבר על ידי הידע המדעי המצומצם של הבנת המגוון העצום של פעולותינו האנושיות וקיומנו בעולם כיצורים לשוניים. השפה היא היצירה המורכבת ביותר של האדם, וויכוחים עזים על המאפיינים הבסיסיים ביותר שלה – למשל, איזה ממרכיביה הנם ביולוגיים ואיזה תרבותיים – נמצאים עדיין במחלוקת מדעית, על אף הדומיננטיות היחסית של האסכולה החומסקיאנית מאז שנות ה־50 של המאה שעברה. הבנתנו את השפה עלתה כמה וכמה קפיצות מדרגה במאה העשרים, שהיא המאה של "המפנה הלשוני" במדעי החברה והרוח, המאה שבה מכונות, ולא

אורקולים, מדברות ואולי אפילו חושבות. תכלית מדעי הלשון היא בראש ובראשונה לקיים ולשכלל חשיבה רפלקסיבית וביקורתית על התיווך הלשוני ביננו לבין העולם, על הכינון הלשוני של האנושיות. הרלוונטיות המיידית של ביקורת הלשון למשפט צריכה להיות מובנת כבר מאמירה זו.

לספר זה יש תכליות ביקורתיות מוצהרות, לא רק עיוניות טהורות. כלומר, הוא מבקש להשפיע על פרקטיקות ולא רק לאתר, לתוך, לייצר ולתקשר ידע. הטענה שאני מעלה כמעט בכל פרק, ובמגוון הקשרים, היא שהבנה של איך הלשון עובדת הינה חיונית להתווייה ראויה של ההיבטים של המשפט התלויים בלשון – שזה, כאמור, כמעט כולם. במילים אחרות: נוכל לעשות משפט כהלכה רק על בסיס תובנות תקפות על אופני הפעולה של הלשון. לעתים המשפט מגיע לתובנות כאלה מתוך ההיסטוריה המוסדית האינקרמנטלית הפנימית שלו, ולעתים להיפך – הוא מניח הנחות שגויות, לפעמים באופן הרסני. הדבר נכון, כמובן, לא רק ביחס ללשון. המשפט מניח הרבה מאוד הנחות, ברובן מובלעות, לגבי איך דברים בעולמנו עובדים: הנחות פסיכולוגיות לגבי התנהגות אנושית והנחות סוציולוגיות ופוליטיות ביחס להתנהגויות של קולקטיבים, הנחות לגבי אופייה של המדינה והנחות נורמטיביות ביחס לטבעם של הצדק ושל האדם, בין השאר. המשפט, החל על כל הפעילויות האנושיות, תלוי ונוהה אחר שיחים מדעיים מסוגים שונים, כדי שיסבירו לו את העולם. מבחינה זו הפרויקט של "משפט ולשון" משתלב בפרויקט הריאליסטי הכללי יותר של הגישה האמפירית למשפט, הגורסת שאחד מהתנאים הראשונים במעלה להשגת צדק הוא שהמשפט יפעל על סמך הנחות אמיתיות, לא מוטעות, ולא מוטות או פיקטיביות, ביחס לגורמים הדומיננטיים שמכתיבים הן את הדוקטרינות שלו והן את אופני התממשותן בעולם. כאמור, בשל התלות של המשפט בלשון, תשתית לשונית ביקורתית תקפה מבחינה מדעית היא הכרח של ממש בכל מערכת נורמטיבית שאכפת לה מצדק במובן האמיתי שלו, כלומר של התממשותו בחיי אדם, קהילה ומדינה – לא רק במובן הפורמליסטי של מערכת קוהרנטית סגורה, שניתן אולי להתרשם מהאסתטיקה ומן התחכום האינטלקטואלי שלה, אך היא כלל לא רלוונטית לאופנים דרכם אנו ניגשים לחווייה האנושית ולמה שחשוב בה.

2. על הספר: מה יש ומה אין בו

ספר זה נכתב לקהלים מגוונים. השתדלתי לכתוב ספר נגיש לכל מי שהשאלות שהוא מעלה מעניינות אותו ולא הנחתי ידע מוקדם כלשהו, בכלשנות, בפילוסופיה או במשפטים. הוא מיועד לא רק לקהל המשפטנים, האתיקנים, הבלשנים והפילוסופים של המשפט ושל הלשון – אף שאני מקווה מאוד שגם מומחים ימצאו בו עניין ממשי – אלא לכל מי שעיון בפרמטרים המאפשרים את קיומנו כיצורים חברתיים ופוליטיים מעניין אותו. שאלת היסוד המוצגת בו הנה עצומה במימדיה והשלכותיה, והספר משתדל לעורר הבנה עשירה ומורכבת יותר של יכולתנו האנושית להיות לשוניים, ולפיכך נורמטיביים. הפניה לקהלים שונים ומבוזרים אלה מכתבים כתיבה לא אחידה, שונה מהכתיבה האקדמית הסטנדרטית – גם זו שלי – הנאלצת להכביד על הקוראים בדקדקנות טכנית ומתאפיינת לעתים ביובש מסוים. האתגר כאן היה, אפוא, לכתוב בלשון נגישה, ככל הניתן נטולת עגה אקדמית מכבידה, מבלי לוותר על הדייקנות והתובענות ששיח ביקורתי מחויב בהן.

ועם זאת, זה אינו ספר תיאורי או מבואי, העוסק בסקירה של תחום המשפט ולשון. יש בו סקירות לא מעטות, כמובן, אך במהותו זהו ספר ארגומנטטיבי, נשכני, שלפחות חלק מהטענות שבו נמצא במחלוקת עזה. הוא חריג גם במתודולוגיה שלו מבחינה זו שהוא אינו מתייחס למשפט כאל תופעה "יישומית", שמסבירים אותה על ידי רדוקציה חד כוונית לצורות פעולה אחרות, או על ידי נטילה "מן המדף" של מודלים שפותחו על ידי מדעי החברה והרוח האחרים, כפי שעושות במידה רבה, למשל, הגישה הכלכלית או הגישה הקוגניטיבית למשפט.

ספר זה נוטל שאלות, תכנים, גישות והקשרים מפרספקטיבות מחקריות שונות על השפה, ובהמשך אפרט את רקעו המתודולוגי. נקודת המוצא שלי הינה כי הפילוסופיה ומדעי הלשון האחרים יכולים ללמוד מן המשפט – העיוני והאמפירי – לא פחות מאשר הוא מהם. הידע הוא סינרגטי: הוא נוצר ומתפתח מתוך אתגור מתמיד של הדוגמות המתודולוגיות והנחות היסוד שלו עצמו. זהו המובן של ידע "ביקורתי" (לפחות כפי שאני מבין את המושג): הבנה המאתגרת את יכולותיה ואת תנאי קיומה-שלה. אי אפשר לעשות זאת כל הזמן, אבל אסור לא לעשות זאת באף זמן.

דוגמה למימד הדור-כיווני של יחסי משפט ולשון – הבא לא רק ליישם תובנות לשוניות על המשפט, אלא גם לברוק מה גילה המשפט על הלשון לפני הפילוסופיה או הבלשנות – היא התפתחות ההדרגתית של התיאוריה "האובייקטיבית" של כריתת חושים, או של מצגים בכלל, שהמשפט המקובל החל לקבל כבר באמצע המאה התשע עשרה, ואשר תלמידי משפטים בכל העולם לומדים כדוגמה בשנה הראשונה של לימודיהם. גישה זו, לפיה המשמעות הקובעת של אמירות בשפה (או של התנהגויות נושאות-משמעות) נקבעת על פי ההבנה ההקשרית של הנמען – לא על פי כוונת הדובר – פותחה לא בעקבות עיון פילוסופי שיטתי, אלא כפתרון פרגמטי לבעיות של פערים והתרסקות של תקשורת. היא מקדימה כמעט במאה שנה גישות פרשניות מודרניות, כהרמנויטיקה הפנומנולוגית או מודל ה-*reader response* בביקורת הספרות,⁴ המתייחסות למשמעות לא כנתון קבוע שיש לחשפו באמצעות מתודה מדעית, אלא כפרי של מפגש פרשני קונקרטי בין אובייקט (נביח, אמירה בשפה) לבין תודעה מפרשת או קהילה פרשנית. התיאוריה האובייקטיבית (למעשה זו תיאוריה אינטרסובייקטיבית, כפי שאסביר בהמשך) מצאה חן בעיני בתי משפט לא מטעמים עיוניים, אלא כי היא מבטאת פתרון פרגמטי אטרקטיבי לשאלה על מי יש להטיל את הסיכון, או העול, של תקשורת פגומה. מרבית ההוגים רואים בדוקטרינה זו הפנמה של הלוגיקה הכלכלית של מונע הנזק היעיל, היינו, לדובר קל יותר להבהיר את כוונתו מאשר לנמען לחקור אותה, ועל כן יעיל יותר להטיל את הסיכון על פערים בתקשורת על דוברים מאשר על נמענים. אבל היא גם גילתה, בעקיפין, משהו בסיסי לגבי תקשורת בכלל: שהשפה אינה שקופה לכוונת הדוברים, שאין לנו ערוץ ישיר שאינו מתווך על ידי הלשון למצבים המנטליים שלנו, ושמה שקובע את משמעות ההיגד וההתממשות שלו הנו מפגשו עם סביבה הקשרית שהופכת ממדיום שקוף לבעלת רלוונטיות נורמטיבית.

הנטילה "מן המדף" של עמדות תיאורטיות ממדעי החברה והניסיונות ליישם אותן על תופעות משפטיות הינה פעולה הרמנויטית מורכבת, מכיוון – כפי שהסביר הפילוסוף הנס-גאורג גדמר (Gadamer) – שכל יישום הנו פעולה פרשנית, המוכוונת בתורה על ידי קדם-הנחות (פרסופוזיציות) של השיח במסגרתו היא מתקיימת.⁵ לשיח המשפטי יש אינטרסים אינטלקטואליים ומעשיים שונים,⁶ נפרדים מן התחומים

מהם נלקחות התוכנות הללו, וקדם-הנחות שונות מבטאות עמדות אידיאולוגיות שונות בשאלות "מהו ידע?" ו"מה נחשב לצורך שיח זה?"⁷ לכן כתיבה אינטרדיסציפלינרית כמעט לעולם אינה "חיבור" או "ייבוא" בלבד של תוכנות או עמדות תיאורטיות משיח אחד לשיח אחר כמות-שהן, אלא טרנספורמציה שלהן לשיח חדש, בו הן צריכות להצדיק את עצמן במונחי פוריות תיאורטית או מעשית, אם בעיצוב-מחדש של השיח הקודם וקדם-ההנחות שלו (פעילות "ביקורתית" ולעתים "מפרקת"), ואם במונחי התקדמות בפתרון בעיות מסורתיות, באופן שהשיח הקודם יכול לקבל גם ללא רביזיה דקונסטרוקטיבית (פעילות "קונסטרוקטיבית"); יש למהר ולציין שאֵלה מאפיינים של פעילות אינטלקטואלית, ולא הגדרות, ושהם אינם מוציאים זה את זה לא מבחינה תיאורטית ולא מבחינה מעשית.

שם הספר טעון הסבר קצר: מדוע "שפות" ולא שפה. המשפט המודרני הנו תוצר של היסטוריות מצטלבות, תופעה מבוזרת, אקלקטית שהפלורליזם – הערכי, הלוגי, והלשוני – ניכר כמעט בכל מופעה. כוונתי אינה לחקור את הז'רגון המשפטי, שלעתים מוציא מהדעת בסרבולו הארכאי ולפעמים מפעים ביכולתו לעשות כל כך הרבה עם כל כך מעט (לא פחות מאשר שירה). עוד פחות מזה בכוונתי להגדיר או להנהיר את השפה של המשפט כסוגה קוהרנטית אחידה. להיפך – ההיבט שאני מבקש להדגיש הנו הפלורליזם הלשוני והאידיאולוגי של הפעילות המשפטית. הצדק מדבר הרבה שפות, מייצר הרבה שפות והוא צרכן של הרבה שפות. אחד הביטויים החזקים לכך הנו הפלורליזם הלשוני של מתדיינים לא מיוצגים (pro se litigants) הנגישים ופועלים בבית המשפט באמצעים הלשוניים הרגילים הנגישים להם, כולל העובדה שכל אחד מאתנו מדבר קצת אחרת בהקשרי החיים השונים בהם אנחנו פועלים – תופעה שבעבודתי המדעית כיניתי "מונופוליופניה", היינו הפוליופניה המוכלת בכל דובר/ת, להבדיל מפוליופניה מוסדית.⁸ גם האופנים הלשוניים בהם עורכי דין ושופטים פועלים, והשפה של החקיקה והפעילות החוזית לרבדיהן, מגלים מגוון עצום של אסטרטגיות ומבנים לשוניים. בעקבות ה"מפנה הלשוני", המתואר בקצרה בפרק העשירי, אני מתייחס לשפה רק כאל כלי שהמשפט משתמש בו – הממשק שלו עם העולם ועם הידיעה – אלא כמכוננת את מה שהמשפט עושה והאופנים בהם הוא פועל; לא מדיום שקוף, אלא אוסף של אידיאולוגיות מתחרות. טענת-על זו נחקרת ומאותגרת, למעשה, בכל פרקי הספר.

אפיון נוסף של הספר הוא – כך אני מקווה – שהוא לא נועד לסגור את השית, אלא לפתוח אותו. הוא שואל יותר שאלות מאשר מספק תשובות, ומתמקד לעתים בתנאי הרקע לצמיחתן של עמדות ודעות, ובתנאים ההופכים שיח לרציונלי, לא פחות מאשר בעמדות המהותיות אותן הוא מפתח. לכן אין בכוונתי לפתוח בספר זה בהרצאת דברים מקדמית ארוכה על תיאוריה לשונית. ענייני כאן הנו השיח שישם הספר מצהיר עליו. אף על פי כן, שיח כזה אינו אפשרי ללא הבהרות רקע עיוניות, ובמקומות אחדים אין מנוס מהארכה מסוימת. הפרק החרגי בספר הנו ה"נספח", הפרק העשירי, שהוא למעשה פרק מבואי, ובו הצגה קצת אישית של חלק מהזרמים המחשבתיים המרכזיים בחשיבה על הלשון והלשון הביצועית במיוחד, שהשפיעו עלי ויידעו אותי בכתיבתי. הוא יסייע לאלה שזהו מפגשם הראשון עם מדעי הלשון והפילוסופיה של הלשון, אך אינו חיוני לארגומנטים המהותיים של שאר חלקי הספר. טבעו של מחקר אינטרדיסציפלינרי שהוא מתכתב עם אנשים ששליטתם בדיסציפלינות השונות אינו אחיד. אני מקווה שהקטעים העיוניים הללו לא יכבידו על הקורא/ת, ואלה ימצאו בהם עניין עצמאי, מעבר ליישומם בשיח הביקורתי של המשפט.

עלי להבהיר, כי עניין שהספר ממעיט לעסוק בו באופן ישיר הוא פרשנות משפטית. זו אמירה שיתכן שתיתפס כמוזרה, לאור הדומיננטיות של שיח הפרשנות בפילוסופיה ובתורת המשפט של העשורים האחרונים. הרוב המוחלט של העיסוק הלשוני המסורתי בקריאת טקסטים משפטיים עושה זאת דרך פרשנות, עם התייחסות מסוימת לפעולות שחזור טקסטואלי אשר מבנות משמעות באמצעים אינטרטקסטואליים וקו־טקסטואליים כציטוט, הסתמכות, פרפרזה וכדומה. אלא שמנעד שיח הפרשנות הוא עצום. אילו הייתי כולל בספר דיון לשוני רציני בפרשנות משפטית, זה כל מה שהספר היה עושה, ולא היה נותר מקום לעיסוק בנושאים אחרים. הלוואי שגם לכך אגיע. התמזל מזלה של הקוראת העברית, ועומדת לרשותה יצירתו המונומנטלית של פרופסור אהרן ברק, פרשנות במשפט, המאחדת תחכום פילוסופי עם שיח משפטי קונקרטי הנטוע עמוק במתחים הנורמטיביים שמעלה המשפט המודרני, והמשפט הישראלי במיוחד. ברק דוחה תיאוריות של פרשנות משפטית הרואות בפרשנות מעין פעילות מדעית של חשיפת משמעות שאינה תלויה במפגש הפרשני בין הפרשן, הטקסט, והסביבה הנורמטיבית בה מתבצעת

הפרשנות. כפי שהוא מפרט בפסק דינו בפרשת אפרופים הידועה, זו דחיה שהוא נוקט בה הן מטעמים עיוניים והן מטעמים נורמטיביים.⁹ כלומר, ברק רואה פרשנות "חושפת" או "מצהירה" כבלתי קוהרנטית מבחינה תיאורטית וכבלתי רצויה מבחינה ערכית. במידת-מה בעקבות ג'דמר ודבורקין המאוחר (Dworkin), הוא רואה את הפרשנות כפעולה קונסטרוקטיבית, הקשרית ונטועה בזמן, ואשר הכרעה נורמטיבית כרוכה בה בהכרח, גם אם השיח המשפטי והמטפוריקה שלו מסתירים זאת מטעמי לגיטימציה. ברק אינו ריאליסט משפטי מוצהר, אבל הוא חולק עם הריאליסטים את התביעה לכנות, ולכך שהלגיטימציה של המשפט צריכה להתבסס על הכרה באופיו האמיתי כמדיום פרשני, ולא בהסתרתו בשמה של לגיטימציה פוליטית. מודל הפרשנות התכליתית שברק עיצב גורס שאין כל משמעות – למעשה אין אפשרות – לבצע פרשנות ברובד לשוני טהור שהמשפט "יחול" עליו אז כשיח נורמטיבי חיצוני. למדתי מגדמר, מאוטנר וברק תובנה זו, ואחדים ממופעיה מנותחים בפרק השביעי להלן.

מושג מרכזי של שיח הפרשנות הוא המשמעות, וההישגים העיקריים של הגישה הפרשנית למשפט הנם בין השאר בתחום של פיתוח תורות משמעות מתוחכמות. ספר זה יוצא מנקודת מוצא שונה. מושג המשמעות הלשונית או הטקסטואלית אינו מושג המפתח בו, והוא מתנגד לראיית המשפט – שהוא אחד השדות המורכבים ביותר של פעילות אנושית – כמכונה לייצור של טקסטים (כגון פסקי דין, דברי חקיקה וכדומה), וראיית טקסטים בתורם רק כנשאים של משמעויות. המשפט עושה המון דברים ויש לו הרבה תוצרים, שרק חלקם טקסטואליים ורק חלקם ניכרים דרך הייצוג הטקסטואלי. ספר זה מתייחס לשימוש בלשון בעיקר במונחים של פעולה, של ביצועיות (או "פרפורמנס"), של פעולה בחלל חברתי-קשורתי, וראייה זו תלויה ותפתח את כל פרקיו: מה עושה המשפט כשהוא מדבר? גישה זו ממסגרת בין השאר את מחקר האלימות של השפה, את השאלה מה טקסטים משפטיים "עושים" לנו (לא רק מה המשמעות שלהם, שהיא שאלה אחרת לגמרי!), כיצד מטפורות מכתובות שיפוט וכיצד תבניות נרטיביות ורטוריות מארגנות "עובדות" בצורה שמתירה מעט מאוד לשיפוט. זו גם הגישה שתמסגר בספר זה את הדיון ביחסים בין משפט וצורות שיח אחרות, ככלכלה, אמנות, ורגשות. אטען, כי השיח המסורתי והדומיננטי של המשפט – ממנו אני מבקש לחרוג –

מתייחס בעיקר לפונקציה הייצוגית של הלשון, היינו ליכולתה לבטא משמעויות שהקוראים או השומעים מסוגלים (או לא) להסיק ולהפיק מן ההיגדים שהם נחשפים אליהם. ההתמקדות הדומיננטית בייצוג הלשוני, ראיית הלשון כמדיום מתווך בינינו להכרת העולם, מחמיצה את היותה מדיום של פעולה, לא רק של משמעות. אפשר לעשות הרבה דברים בשפה, וייצוג של מציאות – היינו, התמקדות ב"משמעות" – הנו אחד מהם, ואחד החשובים. אבל התמקדות דומיננטית או אקסקלוסיבית בו מחמיצה את כל הדברים האחרים שאנחנו עושים בשפה, במשפט ומחוצה לו. בעיקר היא מחמיצה את הפונקציות הביצועיות של השפה: את האופנים בהם אנחנו יוצרים דברים באמצעות הלשון, ולא אלה בהם אנחנו רק מייצגים דברים שקיימים ממילא. מיקום השפה כבסיס לראייה רחבה, חברתית ופוליטית, של תקשורת, הנו נקודת מוצא להבנה עשירה וביקורתית של המשפט (וצורות שיח נורמטיביות אחרות) המשחררת אותנו מהתלות המסורתית בשאלות של ייצוג גרידא. הרי כששני צדדים כורתים חוזה (דוגמא שאחזור עליה כמה פעמים), הם עושים יותר מאשר לייצג את כוונותיהם או את ההסכמה שלהם: הם יוצרים, באמצעות השפה, דבר שלא היה קיים לפני כן: מסגרת הדדית של חיובים. לפני כינונו הלשוני של החוזה הם היו מה שקוראים בשפה טכנית "זרים" זה לזה מבחינה משפטית; כעת הם חייבים דברים מסוימים זה לזה; מתקיימת ביניהם הדדיות ("יריבות"). עולמם הנורמטיבי השתנה. איך הדבר קורה ברמה הלשונית-תקשורתית? למרבה ההפתעה, לשאלה בסיסית זו לא קל למצוא הסברים מספקים, וספר זה יעסוק בכמה מהם.

יש עניינים נוספים שהספר אינו עוסק בהם, לא כי אינם חשובים, אלא כי לא חשבתי שלי עצמי יש איזה אופן מיוחד להציג אותם. מבחינה זו ניתן לבוא אלי בשורת טענות: לא כתבתי על מחברת פלונית החשובה ולא הזכרתי את ספרו המכונן של פלמוני – לכל אחד, כמעט, יש איזו השראה בסיסית שקיבל בשלב מסוים של חייו או מחשבתו, שהוא מאוכזב כאשר הזולת אינו שותף לה או מתרגש ממנה. גם הבחירות שלי כיצד להציג את הסוגיות המרכזיות – למשל, בשאלות של המתח בין ראיית השפה כמערכת של ייצוגים לבין ראייתה כמערכת של פעולות – מאופיינות במידה מסוימת של שרירותיות מודעת. אני מקווה שזו שרירותיות פורייה, במובן זה שהיא חושפת את דרכי החשיבה והטיעון של עצמה, ושאינה דוגמטית או צרה, אך יש גבול למידה בה כל חוקר מסוגל לפרק

את השיבת-שלו ובה בעת שתיוותר תקשורתית ומוכנת לזולת. טקסט יכול לעשות דקונסטרוקציה לעצמו חלק מן הזמן, אבל אם יעשה זאת כל הזמן, זה יהיה כל מה שיעשה. "כתוב במילותיך שלך" מתבקשים תלמידים בבית ספר יסודי; כשלעצמי, אני משתמש באותן מילים שהכול משתמשים בהן. בניגוד למסורות פילוסופיות מסוימות, בעיקר של האידיאליזם הגרמני, ולהפטי דמפטי באליס בארץ המראה, אין לי עניין להמציא את השפה מחדש.¹⁰

3. אינטרמצו מתודולוגי

השפה היא ההמצאה האנושית המורכבת ביותר ותופעה עצומה במימדיה. חוקרים מגיעים לעסוק בה מתוך שלל דיסציפלינות אקדמיות: פילוסופיה של הלשון, בלשנות תיאורטית, אנתרופולוגיה לשונית, פסיכולוגיה, פילוסופיה של המדע, ומה שמכונה קצת בשוגג "ביקורת הספרות" (literary criticism), שהינה אוסף של גישות תיאורטיות וטכניקות לטיפול בטקסטים. על השפה אנו למדים מאפיקים מחקריים נוספים: ממחקר החירשות ומדעי המחשב ועד תורת המשחקים, רטוריקה, תיאולוגיה וביולוגיה. החלוקות הדיסציפלינריות נחוצות לעתים, אך יש לזכור שהן פרי של היסטוריות קונטינגנטיות מסוימות של הידע האנושי. היתרון של מי שמגיע לדיון זה מתחום כמשפט הנו שאינו מחויב לדוגמטיקה של אף אחת מדיסציפלינות אלה. הוא זוכר שלכל אחת הנחות יסוד משלה, שכל אחת שואלת שאלות מטעמים אחרים ותוך שימוש באפיסטמולוגיה שונה, המכוונת אותה לאתר ולנסח תשובות ספציפיות לה, שערכן יכול להיות מוגבל בשיח ביקורתי רחב יותר. לתומס אקווינס (1225–1274), הדמות המונומנטלית של הרציונליזם הנוצרי וההוגה המשפיע ביותר בתחום המשפט הטבעי הקלאסי, מי שסינתז את הפילוסופיה האריסטוטלית עם דת ההתגלות, מיוחסת האמירה *hominem unius libri timeo*: "אני פוחד מאדם של ספר אחד", היינו, מפני מי שחושב שהחוכמה נעוצה כולה בסמכות או במקור דיסציפלינרי יחיד.¹¹

שעל כן הרקע המדעי של ספר זה אינו אחיד. מבחינה מתודולוגית הוא אינו ניוון או פועל מתוך מחויבות לדיסציפלינה מחקרית ספציפית מתוך מגוון המדעים והגישות העוסקות בלשון. הקביעה המרכזית שספר זה מבקש לבסס הינה כי מדעי הלשון הם קריטיים להבנת המשפט ולעיצובו, כמו גם להבנת סדרת התנהגויות ופרקטיקות אנושיות הקשורות למשפט;

אך החוכמה אינה נמצאת כולה בתחום אחד, ומבחינת השאלה כיצד ללמוד את הלשון ואת יחסה למשפט אין שום סיבה לבצע רדוקציה של הידע הביקורתי לדיסציפלינה מסוימת. מבחינה זו התחום "משפט ולשון" שונה מתחומים הנהנים – או סובלים – מאחידות יחסית של תחום הידע הבסיסי הרלוונטי, ככלכלה הקלאסית או הפסיכואנליזה. מדעי הלשון הנם מולטידיסציפלינריים כבר ברובד המדע הבסיסי.

במידת מה הספר משקף בכך את הכשרתי שלי, שעירבה מתודולוגיות ותחומי לימוד שונים במדעי הרוח והחברה, ושאלף הוכשרתי בהם במוסדות שונים. אינני מכחיש שהספר מנסה לקדם אג'נדה מחקרית-ביקורתית, בשני מובנים אליהם אתייחס להלן, אך הוא אינו "אידיאולוגי" במובן זה שהוא מנסה למצוא בכל מחיר תימוכין לדוגמות אקדמיות. המחקר שלי הוא במידה מסוימת אופורטוניסטי: אני מזהה סוגיה הנראית לי חשובה, ומאתר – או במידת הצורך, מתאים או מפתח – כלים שיסייעו להנהיר ולהבין אותה טוב יותר; לעתים הדבר מאפשר לפתח טיעון נורמטיבי, או מוסדי, או דוקטרינרי-משפטי, ולעתים השיח נותר ברמה האפיסטמולוגית בלבד. כך למשל, הדיונים בדיני חוזים, באלומות תקשורתית ובמה שאני מכנה "צדק נרטיבי", מבקשים במפורש להביא לידי רביזיה במשפט הקיים או בהבנתו. לעומת זאת העיסוק בשפה של מתדיינים בלתי-מיוצגים בבתי משפט חוקר בעיקרו את המפגש הטרגי של המתדיין המצויד בשפתו הרגילה עם הרטוריקה המגבילה של המשפט, ומנסה להבין את המאפיינים הפוליטיים, החברתיים והאישיים של האינטראקציה הזו; הוא אינו כולל המלצות נורמטיביות ברובד המוסדי, רק ברמת הפתיחות של שופטים לצורות חריגות (מבחינתם) של שיח ושל טיעון.

במקומות אחדים בספר אני פותח דיון מושגי – נניח, במטפורות, או באלומות, או בנרטיביות – מבלי לספק לקוראים הגדרה של המושג או הסבר עיוני על טבעו – הללו מגיעים בהמשך הדיון, לא בתחילתו. הטעם לכך הנו הערך שבהגעה להנהרה מושגית מתוך המורכבות של השימושים הממשיים שלו – כיצד המושג הנדון מתפקד במשפט – ולא כהקדמה להם. בכלל, כשהדבר ניתן אני מעדיף להימנע מהגדרות כפתיח לדיון. הראייה (אברהם יצחק הכהן קוק), אחד ההוגים הנועזים של היהדות המודרנית, כתב פעם כי "הגדרה היא אלילות רוחנית" (היא מסוכנת עוד יותר כשהיא מתיימרת למונותאיסטיות). אני מוצא שהגדרות סוגרות שיח

יותר מאשר הן פותחות אותו, ואלה הנוקטים בהן כמעט תמיד מתחרטים עליהן כשהם מגיעים ליישומים, או נתקלים בכשלים שההגדרה אינה מטפלת בהם היטב; או שהיא נותרת כה פתוחה והקשרית, עד שהיא חדלה לתפקד. ועם זאת, לעתים קשה להיכנס לדיון ללא הגדרה טנטטיבית, ושכאלה נמצאות ברשימת המונחים שבסוף הספר.

במסורת המשפט המקובל, אגב, הרתיעה מהגדרות אינה עמדה חריגה. המושג "חוזה" למשל, אינו מוגדר בשום מקום בדיני החוזים הישראליים החרותים. אנו מבינים מהו החוזה מתוך פרשנות הפרקטיקה של דיני החוזים; איננו מעצבים את הפרקטיקה על פי הגדרה א־פריורית של חוזה, איננו מחפשים משמעות ל"חוזה" כדי להבין מה חוזים עושים ומהן ההשלכות הנורמטיביות של כריתת חוזה, או הפרתו, או התנגדות לו. חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, פותח במשפט "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול" – כלומר הוא מדלג על השאלה המהותית מהו חוזה, ובמקום זאת נדרש לאופן יצירתו, ואף זאת באופן חלקי ומהוסס, כי אליבא דמרבית המלומדים שנתנו דעתם לעניין, אין לסעיף זה מעמד נורמטיבי כלל (כלומר הוא אינו מחייב ואינו מגביל את אופן יצירתם של חוזים דווקא למודל התקשורתי של "הצעה וקיבול"). חוק החוזים גם אינו מגדיר מושגי סתום כגון "תום לב" או "תקנת הציבור" וזאת מטעמים דומים – ההעדפה הינה לאפיון מתמשך ההולך ונבנה על פני זמן ומתוך הכרות עם המציאות, על ידי בתי המשפט וסוכני משפט אחרים הנמצאים במגע רציף ומיודע עם נסיבות החיים (המשתנות), המהוות את הסביבה הנורמטיבית בה על מושגים אלה לתפקד. כך גם מושג-העוגן של המשפט הישראלי, כבוד האדם, אשר אינו מוגדר לא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולא בשום מקום אחר בחקיקה. ההגדרה, ככל שהיא נחוצה, נשאבת מהפרקטיקה שלו, יישומיו והשלכותיו בפועל, כאשר ה"בפועל" כולל כמובן גם את התכנים והאופנים בהם סוכני המשפט השונים מדמינים, טוענים ומספרים אותו. זו תהילתו של המשפט המקובל (common law) וגם חולשתו: שהוא מצוי במגע יום-יומי עם המציאות ומתעצב מתוך התחככות בה, לא במנותק ממנה.¹²

לעומת זאת, יש במשפט עניינים פתוחים פחות ופורמליים יותר, בהם השימוש בהגדרות סגורות, גם אם הוא יוצר מלאכותיות מסוימת או שרירות ביחס של המשפט לחיים, משרת רמה ברוכה של ודאות. הגדרות צרות, אפילו אם הן מערבת רמה של שרירותיות, נחוצות כאשר

אנו מבקשים להמעיט ככל האפשר ברמת הסיכון המשפטי של מי שנוקט בפעולה או מעורב ביחס משפטי מסוים. דוגמא בולטת לכך הינה דיני שטרות ומסמכים שחירים המקיימים את דוקטרינת ה"מיזוג" (merger doctrine), לפיה החפץ – השטר – אינו רק סימן של ערך, או זכות לקבלת ערך, אלא הערך ממוזג בחפץ עצמו (דרגת המיזוג הגבוהה ביותר מקוימת על ידי שטרות כסף מזומן, וגם שם המיזוג אינו מוחלט). בשל דוקטרינת המיזוג – האוחז בשטר אוחז בערך – איננו רוצים שום אי-ודאות, לדוגמא, בשאלה מה הנו צ'ק ומה אינו צ'ק ("שטר חליפין" במשפטית), ומה ההשלכות של הסטטוס המשפטי הזה, כי אנו רוצים שצדדים המקבלים צ'קים יהיו חשופים למינימום של סיכונים משפטיים, כמעט כאילו קיבלו שטרות כסף, שהם בעצם צ'קים של הבנק המרכזי (יש כמובן סיכונים לא משפטיים, כגון הסולבנטיות של המושך – המשלם – וגם דיני השטרות עצמם אינם מחסנים לחלוטין מסיכונים משפטיים). תחום דיני הצ'קים הנו מצומצם יחסית, ומכונן כל-כולו על ידי המשפט (זו אינה טענה היסטורית אלא אנליטית, ואני מגן עליה במקום אחר),¹³ והמחיר של הגדרה מצומצמת ומדויקת ל"מהו צ'ק" הנו נמוך יחסית. לעומת זאת, חוזים צריכים לתפקד כמעט בכל הקשרי חיינו, לתת תוקף משפטי ולטפל בסוגי יחסים לאין מספר. לכן הגדרה מצמצמת של "חווה", על אף יתרונות מסוימים של ודאות הכרוכים בה, תהיה בעלת עלות עצומה מבחינה זו שהיא תחמיץ שלל הקשרי חיים שדיני חוזים גמישים ופתוחים, מונעי יחסים ולא מונעי הגדרות, מסוגלים לטפל בהם. בין השורות, מתייחס ספר זה בספקנות תורת-משפטית לצורת דיון שאכנה מודל ה"על" ("aboutness"). על פי מודל שיח זה, המשפט הנו מערכת נורמטיבית החלה על התנהגויות קדם-משפטיות: אנשים מפעילים אלימות כלפי אחרים, מבטיחים להם, מולידים אותם, גורמים להם נזקים ומוצאים חפצים ברחוב, בין אם קיימת מערכת משפטית המסדירה, בהתאמה, יחסים פליליים, חוזיים, הורות, נזיקין וקניין ובין אם לאו.¹⁴ גישה זו נתמכת על ידי גישות מסוימות מן הפילוסופיה של הלשון ושל המוסר: למשל "הבטחה", כך נטען, הינה ישות לשונית-חברתית, והמשפט, שהנו לכאורה חיצוני לה, מסדיר את ההתייחסות החברתית להבטחות משיקולי מדיניות, מוסר וכדומה.¹⁵

ספר זה יוצא מנקודת מוצא מורכבת יותר באשר ליחסים שבין משפט ופעולה. לפי הנחה זו כל מערכת חברתית-תרבותית רוויה נורמות,

באופן שאינו מאפשר להבחין בחדות בין נורמות לבין התנהגויות קדם-נורמטיביות, עליהן אמורות הנורמות "לחול".¹⁶ אי אפשר למצוא חפץ ברחוב ללא הבנה קניינית אלמטרית של פעולת המציאה, או של קיומם הדיסקרטי של חפצים או דברים, res במשפט הרומי. הנחה זו מאפיינת גם את יחסי משפט-חברה, כלומר: האופנים בהם מתייחס המשפט לפעולות ולהתנהגויות מסוימות הנם רלוונטיים לאפיון הנורמטיבי שלהם (אחת ההשלכות הנה ערעור על חדות האבחנה בין רעות אסורות (mala prohibita) ורעות כשלעצמן (mala in se)). לכן לא אפשר לתופעות חברתיות כגון הבטחות, מחילה, אלימות או אלימות מילולית (שתעניין אותי במיוחד), הגדרה או אפיון שהם לחלוטין קדם-משפטיים. השאלה, אם אנשים מתייחסים לפעולות מסוימות כאלימות או לא, מושפעת בין השאר מן המשפט המיידע של תרבותם. המשפט אינו "ראי החברה" המשקף את מה שקיים ממילא, ללא תלות בו, אלא מערכת תרבותית מורכבת של כוח ונורמטיביות החיה ומתמודדת עם מערכות פרשניות אחרות בחברה, ושיש לה תפקידים מכוננים בעיצוב החברה וערכיה. בכואו לדון בהבדלים שבין מדעי הטבע ומדעי החברה, מציין הברמס (Habermas) שהאחרונים מאופיינים בכך שהמטרה שלהם – לדוגמא, מנהגים או מוסדות חברתיים – הינה קדם-מפורשת על ידי השחקנים הפועלים במסגרתה, וכי עלינו לקחת בחשבון שלחברים בחברה יש תודעה המתייחסת לפעולות ולהתנהגויות שהיא מנתחת. מדע חברה ביקורתי מתאפיין בין השאר בכך שהוא מפעיל על התודעה של השחקנים הרלוונטיים תובנות ביקורתיות, היינו, הוא מבקש לחשוף את האופנים בהם מצבים תודעתיים מסויימים (למשל של קורבנות (victimization)) או של נחיתות של מיעוטים – הנם פרי יחסי כוח, אידיאולוגיה והגמוניה. ספר זה, שאינו עוסק ישירות בפסיכולוגיה או בסוציולוגיה, מציע כלים לניתוח התשתית הלשונית של המצבים התודעתיים הללו ואחרים, היווצרותם והאפשרויות להתמודד עימם.

היות ונשאלתי על כך לא אחת, עלי להבהיר ספציפית את היחס המדעי והיישומי בין גישתי לבלשנות התיאורטית, ובמיוחד לאסכולה החומסקיאנית בבלשנות, שלא מעט ממושגי היסוד שלה מופיעים כאן (שפה-E, כשירות, דקדוק, דקדוק גנרטיבי, דקדוק אוניברסלי, מצבים מנטליים ועוד). תרומת הבלשנות התיאורטית לסוגיות הנידונות בספר זה מצומצמת. חומסקי וממשיכיו מתייחסים לשפה כאל יכולת מנטלית

בעיקרה, והבלשנות לשיטתם חוקרת תופעה אשר, באופן עקרוני, מוכלת בשכלו (mind) של הרובר הילידי הבודד.¹⁷ מובן, שלא כשירות לשונית אי אפשר להכנות את התקשורת האינטרסובייקטיבית; אך כפי שהמשפט מתקיים ופועל בחלל האינטרסובייקטיבי ואינו מתמצה בייצוג מנטלי בתודעת הרובר הבודד, כך גם האינטראקציות הלשוניות דרכן הוא פועל טעונות הסבר – לא רק תיאור, להדגיש את האבחנה החומסקיאנית – ברובד התקשורתי, לא התפקודי בלבד. בעקבות חומסקי אני מניח את קיומה של כשירות לשונית אוניברסלית, אך להנחה זו יש השלכות מצומצמות כאשר אנו בוחנים יכולות תקשורתיות, טיעוניות, ייצוגיות, פערי כוח, פרשנות, אידיאולוגיות, שאלות של זהות ומימדים קונסטיטוטיביים אחרים שהלשון המשפטית לעתים מעצבת ולעתים כפופה להם. למעשה, מרבית השאלות של הבלשנות התיאורטית אינן בעלות רלוונטיות מיידית לספרי, מפני שהן עוסקות בשאלות כיצד ייתכן שאנו יודעים (ככל שאנו יודעים) שפה וכיצד ייתכן שאנו מסוגלים להבין וליצור משפטים ויחידות לשוניות אחרות נושאות משמעויות על בסיס הכרות מוגבלת עם חלקי שפה קודמים, או האם השפה הנה התנהגות נלמדת, האם היא ידע, האם הינה יכולת קוגניטיבית מולדת ולפיכך יש מנטלי, וכדומה.¹⁸ הבלשנות התיאורטית מגדירה את האופק של כל מה שניתן להאמר, אבל מחקר ביקורתי של המשפט רוצה לדעת מה נאמר בפועל – ולמה. השאלות העולות בספר מחברות בין שפה וכוח, זהות, ביוגרפיה, תבניות תרבותיות ופסיכולוגיות, דמיון וצורות פואטיות. נטייתן אפוא היא לכיוון הסוציולינגוויסטיקה, הדקונסטרוקציה והפילוסופיה של הלשון – בעיקר ה־"ordinary language philosophy" שפרצה את גבולות שיח המשמעות בשנות החמישים והשישים של המאה הקודמת, ערערה על הדומיננטיות של הפרדיגמה הייצוגית והתחילה לחשוב על השפה כמונחים של פעולה, כפי שציינתי לעיל ועוד אפרט בהמשך.

עניין נוסף הוא העיסוק המשולב של הספר במשפט ובתורת המשפט. תורת המשפט אינה ענף של המשפט, אלא מקבץ של גישות תיאורטיות המנסות להסביר, באופנים שונים, את התופעה המשפטית, בין ברמת המקרו של תיאוריות של המשפט כתופעה כוללת (פוליטית, חברתית, פסיכולוגית וכדומה, או העומדת בזכות עצמה) והן ברמת המיקרו, החוקרת את שכלו הפנימי של המשפט, "איך המשפט חושב". ההיסטוריה של תורת המשפט נעוצה בעיקר בפילוסופיה, אך תורת המשפט המודרנית

מבצעת שילובים וזיגזוגים ניכרים בין מתודות פילוסופיות לאחרות, מתחומי מדעי החברה, הרוח, מדעים מדויקים ואף הנורופסיכולוגיה. היא שונה מן ההיסטוריה של המשפט בכך שאינה מנסה לספר את סיפור היווצרותו של המשפט, אלא להבין איך המשפט "חושב" ואיך הוא פועל, ובמידה שהיא מגיעה מכיוונים נורמטיביים – לבקר ולשפר אותו (או להרוס אותו, אם המסקנה היא שהוא נגוע ללא תקנה). מלומדי תורת המשפט לעתים קרובות אינם אוהבים לעסוק בשיח המשפטי עצמו, ודאי שלא בשיח משפטי דוקטרינרי או טכני. אבל אני כן,¹⁹ ואני מתנצל בפני מי שחושב שהערבוב בין משפט ותורת המשפט שבספר זה מבלבל; אני חושב שהוא מועיל.

4. שפה

האדם, כפי שמטעים אריסטו, הוא חיה פוליטית, ויסוד הפוליס – הפוליטיקה ויומרתה לצדק – היא הלשון בה מתבצעת מלאכת הפוליס. אפשר לפלח התייחסויות ללשון באופנים רבים, כמובן, אך כמה מהם חשובים במיוחד לענייננו. ארצה לעמוד על שלושה מאפיינים פילוסופיים סמויים, מוסוויים, בשרטוט מקדמי זה של יחסי משפט, לשון ואדם. שלושתם מתייחסים לא רק לאונטולוגיה של השפה אלא גם לזו של המשפט, היינו טענות ביחס למבנה העולם הלשוני שתורת המשפט מתבססת עליהן.

המאפיין הראשון עוסק ביחס הבסיסי של השפה לעולם, ממנו נגזר יחסה למשפט – האם השפה היא חלק מהעולם או שמנגנוני ייצור המשמעות הלשוניים קיימים באיזה אופן נבדל מהעולם אליו המשמעויות מתייחסות. השני הוא התובנה שלשימוש בשפה יש מימד אתי אינהרנטי, הנבדל מאתיקות שהשפה מתארת או מבטאת באמצעי ייצור משמעות – כלומר, האתיקה קודמת למשמעות. השלישי הוא ביקורת ראיית השפה כמכשיר בלבד, הנובעת מתפישה ביקורתית כללית יותר של טכנולוגיה. אלה שלוש התובנות, בתמצית:

1. משמעות כשימוש ומשחקי לשון: את המאפיין הראשון ניתן להדגים על פי האופן שבו פותח ויטגנשטיין את ספרו רב ההשפעה, חקירות פילוסופיות. בפתח הספר הוא מעמת את ראיית השפה כמערכת ייצוגית, המתקיימת "במקביל" לעובדות

העולם, לעומת השפה כתוצר מתמיד של העולם. על פי הראייה הראשונה השפה אינה חלק מן העולם, אינה משתתפת בו, אלא מספקת שיטה לייצוג משמעויות – היינו מושגים – המתייחסים אל העולם. הדוגמא שהוא נותן היא פרגמנט של אוגוסטינוס, בו מתייחס הקדוש למילים כשמות של דברים (מושגים או עצמים), לא כדברים בפני עצמם. על פי גישה זו, אף שלשפה יש קיום אמפירי כמובן – השפה עצמה היא עובדה – יש לה יחס ייצוגי, אינדקסיאלי ולא אינטראקטיבי, לעולם. המשמעות של מילה היא מה שהיא מייצגת. בראייה כזו השפה יכולה לייצר את כל המשמעויות שהיא מבטאת גם ללא עולם כלל, או לחליפין ללא תורת הכרה (אלגוריתם קומבינטורי שמבצע סימולציה של דקדוק גנרטיבי מסוגל להגיע לרמת דובר ילידי של יצירת ביטויים תקינים בשפה ללא נונסנס).²⁰

ויטגנשטיין "המאוחר" מבקר ראייה זו כטעות חמורה. השפה אינה מערכת ייצוגית עצמאית ביחס לעולם. פעילות לשונית היא השתתפות ונטילת חלק בעולם, ומשמעויות של מילים ומשפטים אינם "דברים שמילים מייצגות" או צירופים קומבינטוריים-דיקרוקיים, אלא תוצרים של שימוש, של אינטראקציות תקשורתיות. כלומר, זה לא שאנו יכולים לדבר כי למילים יש משמעות (ולכן ראשית לכל צריך להבין כיצד זה שלמילים יש משמעות), אלא המשמעויות הן השימוש במילים: "המשמעות של מילה היא השימוש בה בלשון".²¹ ויטגנשטיין מוסיף כי "מה שאנו קוראים לו המשמעות [של מילים – י.י.] אינו שום דבר שיש בתוכו, או שמחובר אליהן ללא קשר לשימוש שאנו עושים בהן".²² רעיון מרכזי אצל ויטגנשטיין המאוחר הנו זה של "משחק הלשון", פעילות מוכוונת כללים התובעת נטילת חלק, השתתפות בפרקטיקה. לא מלמדים ילד מהי המשמעות של המילה "בבקשה", ולא מלמדים אותו כללים יוצרי משמעות: מלמדים אותו לבקש. השפה לפיכך אינה מערכת של משמעויות נתונות שאנו משתמשים בהן כדי לייצג את העולם, אלא מערכת של סימנים שבאמצעותם אנו פועלים בעולם. פעולת התקשורת לפיכך אינה רק צרכנית של השפה אלא גם יצרנית שלה. עמדה זו של ויטגנשטיין הייתה קריטית ביחס לפיתוח הפרגמטיקה, היינו,

- תאוריות של משמעות הרואות את המשמעות כנטועה תמיד בהקשרי שיח קונקרטיים בעולם, להבדיל מעמדות סמנטיות טהורות (אם עמדות כאלה אפשריות בכלל) המבחינות בין משמעות פסוקים בשפה לבין העולם שהשפה מתייחסת אליו.
2. **אתיקת שיח:** ראיית השפה כמיזם קולקטיבי של השתתפות ויצירה החורגת מגבולות תיאוריות של משמעויות כלשהן – פרגמטיות או סמנטיות. השימוש בלשון חורג מגבולות התיאור והמשמעות. התקשורת באמצעות הלשון הופכת להיות בעצמה פעולה אתית. אם יש לנו השפעה לא רק על מה שנגיד באמצעות השפה (למשל, נגיד אמת או שקר, נעליב או נשבח וכו'), אלא על עצם תהליך יצירת המשמעות, הרי שהשימוש בשפה הוא הפעלת כוח, ולכן יש לו בהכרח מימד אתי מכוון, לא פחות משיש לו דקדוק או אוצר מילים. עצם פעולת הדיבור היא פעולה אתית (ובמרבית ההקשרים, גם פוליטית). תובנה זו, שפותחה על ידי הפילוסוף והתאורטיקן יורגן הברמס (Habermas) תחת הכותרת "אתיקת שיח" (discourse ethics), מוצאת ביטוי במרבית הדיונים שבספר זה, והעיסוק בה אינו top-down, באופן עיוני מופשט, אלא מתוך התמודדות עם הדילמות הקונקרטיות שהמשפט מאתגר בהן את השפה.
3. **"השפה מדברת"** ("Die Sprache spricht") כתב מרטין היידגר בטקסט של הרצאתו **השפה משנת 1950**.²³ מי שנתקל באמירה לראשונה עשוי לחשוב שזו טאוטולוגיה או התחכמות, כי הרי אנו רגילים לחשוב שלא השפה היא שמדברת (איך תדבר?) אלא בני אדם הם המדברים (ואולי גם חיות ומחשבים) – **באמצעות שפה**. ככל שהקריאה בספר זה מתקדמת, אני מקווה שעומק התובנה הביקורתית של היידגר יתברר גם כן. כמי שהיה אחד הפילוסופים הראשונים לכתוב על טכנולוגיה כבעיה פילוסופית, האמירה "השפה מדברת" מרסקת את המודל של הסובייקט האנושי המשתמש בשפה כסוג של מכשיר טכנולוגי הנמצא בשליטתו. השפה לוקחת את דובריה למקומות שהם הרבה מעבר להתכוונותם הראשונית, באמצעות הדקדוק שלה והנחותיה המטאפיזיות, המטפוריקה והפואטיקה שלה, אופקי המשמעויות שלה, פיתויה והכחשותיה, והיחס הדיאלקטי שלה להיעדרה-שלה,

כלומר לשתיקה. השפה מנכיחה: עולם, את הישם המעורבים בתהליך ההנכחה (דוברים, שומעים, מדיומים, נעדרים), ואת עצמה. בעוד שלדוברים נדמה שהשפה משרתת אותם באמצעות ביטוי המשמעויות שהם מבקשים לבטא, מסתבר שהיא אינה משרתת דבר מלבד את עצמה, ושכוחה לערער ולהרוס משמעות זהה ליכולתה לכונן.²⁴ את השפה לא ניתן ללמוד כאמצעי בלבד. היות שכך, היחס שלה לצדק אינו כאל דבר חיצוני לה, שהיא מתארת. התנאים הלשוניים לצדק הנם חלק מתנאי ההיתכנות של צדק – זו אולי האמירה המאחדת את פרקי הספר כולם.

5. ביצועיות לשונית, סיבוב ראשון

היות שרבים משמעותיים בספר מושפעים מחשיבתו של הפילוסוף ג'.ל. אוסטיין (J.L. Austin) ושל כמה מממשיכיו – גם בכיוונים שאוסטיין לא דמיין והיה אולי מתנגד להם, כאלה של סטנלי קאוול (Cavell) ופול גרייס (Grice) – כדאי להקדים כמה מילים על המודל הבסיסי שלו. אתיחס למודל זה ולביקורות עליו בפירוט בפרק העשירי, המהווה מעין מסגרת עיונית לשאר פרקי הספר; אך כפי שאי אפשר לפתוח ספר על פרשנות משפטית בלי להתייחס למנגנוני הייצור של משמעות, ואי אפשר להתחיל ספר על הפסיכולוגיה של השפה מבלי להתייחס למנגנוני הייצור של חשיבה, ספר זה ייפתח בכמה מילים על מנגנוני ההיתכנות של פעולה לשונית.

אוסטיין, שכתב בעיקר בשנות החמישים של המאה העשרים, טען כי המסורת המערבית של החשיבה על הלשון נגועה בכשל מחשבתית: היא שבויה בפרדיגמה של ייצוגיות (representationalism) בהניחה שכל מה שהשפה עושה זה לייצג דברים. עמדתו של אוסטיין הייתה, שאת היחידה הבסיסית של הלשון אין לתפוס במונחים דקדוקיים (מילה, משפט וכדומה), ולא במונחי משמעות, סמנטיים או פרגמטיים או אפילו כשימוש אצל ויטגנשטיין המאוחר, אלא כביצוע של פעולה. לומר דבר־מה אינו רק לתאר או לדווח דבר־מה לא־לשוני ("הספינה שטה"), אלא לעשות, או לבצע דבר־מה בחלל החברתי באמצעות הלשון. אמירות מסוימות הנן ביצועיות (performative) באופן המובהק ביותר: למשל לומר "אני מבטיח" אינו רק לדווח על פעולת הבטחה, אלא בעת ובעונה אחת לבצע אותה (ובלשונו הציורית של אוסטיין, "When I say 'I do'").

(sc. take this woman to be my lawful wedded wife) I am not reporting (on a marriage, I am indulging in it).²⁵ כשאני אומר "אני מבטיח לבוא בחמש אחר הצהריים" אני אמנם מתאר את מה שאני עושה – את זה שאני מבטיח – אבל לא זה העיקר: אני מבטיח, אני יוצר באמצעות ההיגד דבר שלא היה קיים קודם בעולם, היינו את המחוייבות שלי לבוא בחמש אחר הצהריים ואת זכאותו של הזולת להסתמך עליה. שופט שאומר לנידון: "לך לכלא!" אינו מתאר את חובתו של הנידון ללכת לכלא: הוא יוצר אותה באמצעות גזר הדין.

על פי אוסטין ניתן לזהות שלוש פרדיגמות לשוניות הנבדלות בביצועיות שלהן, אך לא במבנה הצורני או הדקדוקי שלהן או אפילו בתוכן הסמנטי. בעוד שהמסורת הלשונית עד ימיו של אוסטין (כמעט) התייחסה כאמור לשפה כאל מערכת שיטתית של תיאור המציאות, אוסטין – שקרא לכך "הכשל התיאורי", The descriptive fallacy, הציג את השפה כאופן לפעולה בעולם, וליתר דיוק, מטריצה של שלושה אופנים: היגד תוכני או תיאורי (locutionary) שהביצועיות שלו הינה ייצוג מצב עניינים (כולל ייצוג רפלקסיבי, היינו, היגד החל על עצמו); היגד בעל כוח ביצועי (illocutionary, ובהקשרים מסוימים (performative), המבצע פעולה בעולם, כגון להבטיח או לצוות; והיגדים הנבחנים באפקט שלהם על השומעים (perlocutionary), כהיגדים רטוריים שפעולתם הינה לשכנע את השומע, ולפי ההקשר להניע אותו לפעולה.²⁶ היות שהיגדים הם מולטיפונקציונליים (זו תכונה כללית של הלשון), במובן שהם עשויים לקיים כמה מן המימדים הפרדיגמטיים הללו (אף שאין זה הכרחי – למשל, להיגד "בוא!" אין תוכן תיאורי), השאלה אינה מהי המהות של היגד כלשהו, אלא איזה כוח ביצועי (או כוחות) הוא מפעיל בהתממשותו בהקשר נתון.²⁷

במשך תקופה מסוימת הבחין אוסטין בין לשון תיאורית (constative) ולשון ביצועית (performative). המהפך שביצע הושלם כאשר החיל את עיקרון הביצועיות על כל אינטראקציה לשונית, כאשר הקריטריון המבחין בין סוגים שונים של דיבור הנו סוג הביצועיות שלו – עמדה שפותחה לאחר מותו בעיקר תחת הכותרת "Speech act theory" ("תורת ההיגדים"). גם לתאר משהו בעולם הוא פעולה ביצועית, יצירתית, שיש לה השלכות ותנאי התממשות משלה, וחלקים נרחבים בספר זה, בעיקר בפרק השני, עוסקים בכך. בתחום המשפטי, תיאוריות של

מצגים, הסתמכות, וסוגים שונים של השתקים ומניעויות, מבוססים על הביצועיות של ההיגד הלוקוציוני והשלכותיה הנורמטיביות כפי שנדרון להלן בהקשרים שונים.

על העצמאות של האילוקוציוני והפרלוקוציוני מהלוקוציוני ומתנאי אמת של פסוקים בכלל, למדתי ערב אחד מבני בנימין שהיה אז בן שלוש. שיחקנו בחוץ עם כמה ילדים ואכלנו עוגה לכבוד יום ההולדת של ידידתו גאיה, כשאביה ניגש להגיד לה שבעוד חמש דקות צריך להיכנס הביתה ולהתארגן לשינה.

גאיה: "אבל היום יום ההולדת שלי".

אבא של גאיה: "אז עשר דקות".

כעבור כמה דקות שמתי לב שיורד הערב ואמרתי לבנימין, "מאוחר, צריך לעלות הביתה". ובנימין הסתכל בי בעיניו החומות והצלולות וכלי להתבלבל לשנייה אמר, "אבל היום יום ההולדת שלי".

בנימין גילה את החיבור המרתק בין תכונת ההישנות (reiterability) של הלשון לעיקרון התקדים: כפי שמלגלג יונתן סוויפט בגוליבר, המשפט הוא מדיום בו כל מה שנאמר בעבר ניתן לומר שוב ושוב. אשוב לכך מייד, בינתיים אני רוצה להבין את האספקט הלשוני של מה שקרה שם בחצר. לכאורה, גם גאיה וגם בנימין ביצעו היגד לוקוציוני: למה ששניהם אמרו היה תוכן ייצוגי, ושניהם התיימרו לייצג מצב עניינים ולטעון טענה הנובעת ממנו בצורה של היקש אריסטוטלי קלאסי (היינו: בימי הולדת מותר לחוגג לשחק בחוץ עד מאוחר; היום יום ההולדת שלי; מכאן שמותר לי לשחק בחוץ עד מאוחר). אבל את שני הדוברים הללו לא עניין להציג היקש לוגי, אלא הם ביקשו להשפיע על המציאות. כהיגד פרלוקוציוני, ההיגד של גאיה הצליח (הוא גרם לאביה לנהוג באופן מסוים) כי בתור היגד לוקוציוני הוא היה אמיתי. ההיגד של בנימין כהיגד פרלוקוציוני לא צלח, בין השאר כי בתור היגד לוקוציוני הוא לא היה אמיתי. אבל להבנתי, בנימין לא התייחס אליו כלוקוציוני כלל, אלא כאילוקוציוני (ופרלוקוציוני): לבסס את זכאותו לשחק בחוץ עד מאוחר יותר, ובאופן כזה להשפיע עלי. השאלה אם יום ההולדת שלו חל באותו יום או לא כלל לא עניינה אותו, והוא לא ניסה לטעון זאת או לשכנע אותי בכך – למעשה הוא לא ניסה לטעון או לייצג דבר. בנימין לא ניסה להטעות אותי והוא לא שיקר. הוא לא ניסה לספק טעם לפעולה,

אלא לבצע את הפעולה. הוא ניסה לבצע היגד ביצועי טהור, להשתמש באמירה הזו כפורמולה טקסטית שעצם אמירתה תעניק לו כמה דקות נוספות לשחק בחוץ. הוא עשה בשפה שימוש גנרטיבי, היינו כזה המפיק מתבניות מוכרות תבניות חדשות – לא מבחינת יכולות דקדוקיות ליצור משמעויות חדשות (היא תגליתו המרכזית של חומסקי), אלא ביצוע חדש. הוא לא הצליח בכך בין השאר בגלל שתנאי התממשות טיפוסי של היגד אילוקוציוני הוא ההסמכה של הדובר לבצע אותו (זה תנאי שברוך כלל אינו נדרש ביחס להיגדים לוקוציוניים או פרלוקוציוניים, בדיוק כי הם אינם מניחים מראש כוח אילוקוציוני). הבעיה של בנימין לא הייתה במבנה של ההיגד או באמיתות שלו, אלא בכך שכתור היגד אילוקוציוני הוא בוצע בחוסר סמכות, *ultra vires*. מקומו במסגרת ההיררכיה המשפחתית הנובעת ממוסכמות חברתיות ומבני כוח מסוימים – וגם מן המשפט – לא הסמיך אותו לבצע היגד אילוקוציוני כזה אלא, כמו גאיה, פרלוקוציוני בלבד (כמו עורך דין שאינו יכול לתת פסק דין אלא רק לגרום לשופט לתת פסק דין). בנימין, מהיר תפיסה כברק, עשה שימוש גנרטיבי במה שנחשף אליו כמה דקות קודם לכן וניסה להפוך את הפרלוקוציוני לאילוקוציוני. אבל האוזורפציה, תפיסת השלטון הזו, על כל היצירתיות הלשונית הגלומה בה, לא הצליחה לו (או אולי דווקא כן, כי בסוף באמת נשארנו לשחק עוד כמה דקות).

ללשון יש אספקט טקסי, שאינו מתבסס בהכרח על הכרזה על אירוע מכונן (אף שגם זה אפשרי), אלא הרגל וחזרה שיוצרים חיבור בין ההקשרים בהם היא מופיעה. לעתים האספקט הזה משתלט על הפונקציה הקוגניטיבית של השפה. חשבתי על כך יום אחד כאשר אוריאל, בני הבכור, אז בן שש, ניסה להסביר משהו לאחיו הצעיר, בנימין. באותה תקופה דרכו של בנימין לדווח שהבין דבר מה, או לציין שהוא מסתפק בתשובה שניתנה לשאלה ששאל בין אם הבינה או לא, הייתה להגיד "אוו" ארוך, בהבהרה פתוחה, שנשמע כאילו יש W בסופו. אוריאל ששוחח עימו על ענין כלשהו היה קצת חסר סבלנות ורצה כבר לעבור הלאה וכשסיים להסביר את מה שהסביר לאחיו הצעיר הוסיף: "הבנת? תגיד 'אוו'".

נחזור לרגע לתגלית של בנימין ביחס לאופייה התקדימי של הנורמטיביות ושל השפה. המשפט בנוי על תכונת ההישנות של השפה, היכולת לשעתק אמירות להקשרים ומקרים חדשים. טיעון משפטי הנסמך

על הישנות יכול להיות אנכי, היינו כזה הנובע ישירות מהישנות של הנורמה, והוא יכול להיות אופקי, היינו שיעתוק ממקרה קודם של יישום משפטי, היינו תקדים. בנימין השתמש במבנה הראשון. הוא לא התייחס לאמירה של גאיה כתקדים, אבל הוא למד את היתכנות היישום האנכי מן התקדים. אם זה לא היה עובד, ייתכן שהיה עובר למבנה השני ומתייחס למקרה של גאיה כתקדים. "אבל לגאיה מרשים!" גם התקדים מבטא אסטרטגיות נורמטיביות שונות: במבנה האנכי התקדים מהווה טיעון לפיו זהו היישום הנכון של הנורמה על המקרה, שהעבודה הנורמטיבית כבר בוצעה בקיים הקודם, כמו בניסוי מדעי שמהימנותו תלויה ביכולת לבצע רפליקציה של הממצאים בתצפיות חדשות. במבנה האופקי של תקדים השאלה אינה אם היישום הקודם נכון או לא, אלא טענה נורמטיבית עצמאית לפיה לאנשים יש זכות להיות כפופים לא רק לאותן נורמות, אלא לאותם יישומים של הנורמות במקרים דומים. אילו בנימין היה אומר "אבל לגאיה מרשים" הוא היה טוען טענה מכוח הזכות להחלה שיווינית של הדין שהיא עצמאית ביחס לשאלה אם ראוי או לא להרשות לילדים לשחק בחוץ עם חשכה.²⁸

לתורה הביצועית של הלשון יש השלכות משפטיות נרחבות כמעט בכל תחום. בתחום דיני החוזים למשל היא מאפשרת המשגה חדשה של האינטראקציות הלשוניות המעורבות בכינון יחסים חוזיים, שינויים וניהולם. בדיני חופש הביטוי וההגנה מפני פשעי שטנה (hate crimes) היא מסוגלת לספק בסיס תיאורטי לאבחנה בין סוגים שונים של פעולות מילוליות, היינו כאלה שיחשבו ל"ביטוי" וכאלה שעל אף שהן עושות שימוש בלשון הנן בעיקר בעלות ביצועיות אלימה ותוכן ייצוגי כה מינימלי, עד שכבר אינה, אולי, בגדר "ביטוי" לוקוציוני כלל ולא יחולו עליה ההגנות המקובלות על חופש הביטוי; בארה"ב, למשל, כונן בית המשפט העליון בשנת 1942 את דוקטרינת ה"מילים הלוחמות" "fighting words" אשר כשלעצמן אינן ביטוי של שום רעיון: "עלכונות או 'מילים לוחמות' אשר עצם ביטויים גורם לפגיעה".²⁹ (בהמשך אני מסביר מדוע קיימת הבחנה מטאפיזית בין "מילים לוחמות" למילים סתם, וכי הטענה ש"עצם ביטוי" היא אגרסיבית היא טעות, כי להבנת האלימות של דיבור נדרש מודל סיבתי-קוגניטיבי מורכב הרבה יותר מאשר "עצם ביטוי").

בדיני ההטרדה המינית, התורה הביצועית של הלשון היא הבסיס להכרה בקיומה של הטרדה מינית באמצעים מילוליים, שאינה רק הזמנה או פתח

להתנהגות פיזית, אלא מהווה פעולת הטרדה מינית שלמה ומלאה בפני עצמה וכן הלאה.³⁰

אוסטין וממשיכיו התעניינו בעיקר בהיגד האילוקוציוני לסוגיו, וקיימת ספרות ענפה העוסקת בקלסיפיקציות וחלוקות: מה הופך היגד להבטחה, פקודה, שאלה, בקשה, רמיזה, קללה או העלבה? כתחביב, אוסטין היה אספן קומפולסיבי של היגדים, אבל כפילוסוף, קטגוריזציות עניינו אותו פחות מאשר את ממשיכיו, או את מי שראו עצמם כממשיכיו. אחת הסיבות המרכזיות לכך שאין טעם להגדיר מילה מסוימת כבעלת כוח ביצועי ואחרת לא, היא התובנה שצוינה לעיל – שלעתים אין תואם בין תנאי ההתממשות של היגד כפי שמבינים אותם הדובר והנמען (או צד שלישי). כשבני אוריאל היה בן ארבע התנהל ביננו הדיאלוג הבא, המוכר ללא ספק להורים רבים:

אבא: אוריאל, לילה טוב. לך לישון.

אוריאל: תבוא לספר לי סיפור?

אבא: כן.

אוריאל: אתה מבטיח?

אבא: כן.

אוריאל: תגיד שאתה מבטיח.

אבא סבר שכבר ה"פן" הראשון שלו הנו בבחינת הבטחה; ואם לא, אז השני בוודאי. אבל דעתו של אוריאל לא נחה, כי שני ה"פנים" היו רק תשובות שאבא נתן לשאלות שנשאל, ולא היגדים אילוקוציוניים עצמאיים.³¹ מבחינתו של אוריאל, רק ההיגד "אני מבטיח" עמד בתנאים הריטואליסטיים והייצוגיים של ביצוע ההבטחה, כי רק הוא מבטא את כוונתו של אבא להבטיח, עצמאית ולא רק כמהלך ראקטיבי בשיח (טוב, זה ילד שכשאבא פיהק ערב אחד ואמר "אני עייף", אוריאל נתן בו מבט חוקר ושאל בספקנות: "אתה בטוח?" – עד אז אף אחד לא פקפק באופן כה גלוי ביכולות ההכרה העצמית שלי. זה לא השתנה מאז).

קיים סוג של מקרים, בהם שאלת הביצועיות הלשונית הינה שאלה עובדתית, פרה־משפטית – המשפט צריך להיכנס אז לפעולה רק לאחר הניתוח הסוציולינגוויסטי, ולבית המשפט אין ברירה אלא להפעיל ניתוח סוציולינגוויסטי עוד לפני השלב הנורמטיבי. הבעיה היא שאופייה של הביצועיות הלשונית הנו לעתים (מזומנות) כה בלתי נהיר לבית המשפט,

עד שהוא מסוגל להחמיץ את הנקודה הזו ולחשוב שהניתוח המדעי הוא חלק מהיישום המשפטי. בנוסף, לבתי משפט יש אוכססיה כלפי פרשנות, והם טועים לחשוב שניתוח פעולה לשונית הנו תמיד פרשני, כלומר קביעה של משמעות, במקום הבנת הביצועיות הלשונית. דוגמא תסייע להבין את הבעיה ולמה היא חשובה.

בעניין אייד נ' חברה קדישא נתבעה חברה קדישא בנתניה על כך שהרב שניהל הלוויה מטעמה פנה לאבלים בדברים כדי שיקיימו הפרדה בין גברים לנשים ברחבת ההספדים ובמהלך מסע ההלוויה.³² לטענת התובעת, אשה חילונית, הרב ביצע פעולה של כפייה דתית והפלה אותה בכך שכפה עליה לקיים במקום ציבורי הפרדה מגדרית הנוגדת את השקפת עולמה. טענת ההגנה של החברה קדישא הייתה כי לא היו דברים מעולם: הרב אמנם ביקש מהנוכחים לעמוד בנפרד, אך מלבד הבקשה עצמה לא נעשתה פעולה כלשהי, ואין במקום מנגנון אכיפת הפרדה כלפי מי שאינם נענים לבקשה.

הצדדים מסכימים על מה שהרב אמר אבל נחלקים באשר למה שהרב עשה. כלומר: הם מסכימים על המילים, אבל נחלקים בשאלה מהו ההיגד האילוקוציוני שביצע: הוראה או בקשה. חשוב להדגיש שאיני שואל שאלה פרשנית, היינו מהי המשמעות הסמנטית של הדברים שהרב אמר.³³ המשמעות של "נא לעמוד בנפרד משני צדי האדניות" היא די ברורה; השאלה היא מה הרב עשה באמצעות ההיגד, מהי הפעולה שנקט, לא מהי המשמעות של האמירה בשפה. הרב ציווה או ביקש? אלה שני היגדים שונים לגמרי, גם אם האמירה היא זהה. ציווי מגיע מעמדה של סמכות התובעת ציות, ובקשה – מעמדה של כפיפות. ציווי הנו הפעלה של כוח, ובקשה הינה הכפפה לכוחו של המתבקש, הזכאי להיענות או לסרב לה. הציווי תובע ציות ויש בו קדם־הנחה (פרה־סופוזיציה) שהמצווה כפוף למצווה, לפחות בעניין זה. הכפיפות הזו עשויה לגרור עמה, מבחינתו של בעל הכוח – המצווה – חובות כלפי המצווה, הנובעות מעצם היחס של סמכות וכפיפות, כגון החובה שלא לצוות בשרירות, או שלא להפלות. אך בקשה אינה כוללת הנחה מקדמית כזו. ציווי, ככל שהוא מגובה במבנה מוסדי, מהווה פעולה משפטית, כי הוא מפעיל – או לפחות מתיימר להפעיל – כוח. הציווי מתבסס על כך שמי שמשלתך בפרקטיקה (מרצונו או בעל כורחו) אינו מתבקש לפעול בהתאם לכללי הפרקטיקה, הוא מחוייב לעשות זאת (או "מחוייב לכאורה", במובן שייתכנו טעמים

שיגברו על חובת הציות הזו). בקשה, לעומת זאת, אף שיתכן שתיצור טעם לפעולה (reason for action), אינה מתבססת על חובת ציות אלא להיפך, על הזכות לסרב. הפעלה של כוח יכולה להעשות תוך הפליה, אבל בקשה גרידא, שאינה כרוכה בהפעלה של כוח, לא.

האנליזה המושגית היא רק חלק מהתמונה. בהקשרים מסוימים, בקשות יכולות להיות חזקות מאוד מבחינה פרלוקוציונית, וציוויים – חלשים. התובעת טענה שבהלוויה, "דרישת הרב במעמד שכזה נתפסת על ידי הציבור כדרישה שיש לציית לה". החברה קדישא כפרה בכך: לשיטתה "המדובר בבקשת הרב ולא בציווי". זכותה, גרסה, לבקש מהמשתתפים לקיים נוהג החשוב לה, אבל אין בכך כל מימד של הטלת מרות ולכן לא של הפליה. טענת התובעת הייתה שבהקשר של בית קברות, כל אדם – כולל היא, וכולל הרב – יבינו את ההיגד כדרישה או ציווי ולא כבקשה גרידא.³⁴

בבואו לרון בעניין, בית המשפט מתעלם מהצורך לבצע ניתוח סוציולינגוויסטי של האינטראקציה: הוא קובע כי אין מחלוקת על העובדות, ולכן השאלה היא משפטית בלבד (כלומר האם התקיימה הפליה או לא?). זו טעות כמובן, כי הניתוח הלשוני דלעיל הוא בלב המחלוקת העובדתית שבתיק, לא המשפטית. הניתוח הלשוני אינו עוסק בנורמטיביות של המשפט אלא בנורמטיביות הטבועה בלשון עצמה. מהקביעה העובדתית שהרב בבית הקברות אמר מילים מסוימות, בית המשפט עבר לשאול אם התקיימה הפליה – שאלה משפטית מובהקת. בית המשפט דילג על השאלה מה הרב עשה באמצעות המילים הללו. השאלה אם הרב ציווה או ביקש – שהיא השאלה העיקרית שבמחלוקת – אינה שאלה משפטית, אלא קודם כל שאלה לשונית, תקשורתית. לכן בית המשפט היה צריך להקדיש דיון להבנת הביצועיות הלשונית של האינטראקציה. אם יקבע שמדובר בבקשה בלבד, שאלת ההפליה תיפול כנראה מאליה. אם מדובר בדרישה או ציווי, הרי שיתכן שהתבצעה הפליה וייתכן שלא – אז יכנס לתמונה המבחן המשפטי הרלוונטי. בית המשפט קבע כי בהיעדר מנגנון אכיפתי, "אין די באמירה בלבד או בבקשה בלבד של הרב מנהל הטקס להפרדה בין המינים במעמד הטקס [כדי לבסס הפליה]."³⁵ ייתכן שקביעה זו נכונה וייתכן שלא, אך בית המשפט כלל אינו מנמק אותה. הוא קובע ש"שבתיק זה אין למעשה מחלוקת עובדתית", אפילו שברור שיש.³⁶

אחד הדברים המעניינים בפסק הדין הוא מה שאין בו: דיון בשאלת הכוונה. אף אחד לא שאל את הרב מה הוא התכוון לבצע. זה מעניין מאוד, כי הרב הרי ללא ספק התכוון לבצע משהו; הייתה תכלית אותה ביקש להשיג באמצעות ההיגד. זו לא שאלה שהייתה מייצרת את הדיון או מסיימת אותו, כי ייתכן שהוא רצה לבצע דבר אחד (בקשה) ובפועל עמד בתנאי ההתממשות של דבר אחר (ציווי): הרי "השפה מדברת", אם לחזור להיידגר. במאמר חשוב, "Signature Event Context"³⁷, מבחין הפילוסוף ז'אק דרידה (Derrida) בין שתי משמעויות של כוונה בהקשר של היגד: הכוונה לבצע היגד מסוים, והיכולת – או היומרה – לשלוט במשמעות הפרפורמטיבית של האמירה. יש לנו בדרך כלל שליטה בראשון, אך כפי שאוסטין מראה, היות שתנאי ההתממשות של ההיגד, כמו תנאי היצירה של משמעות, אינם בשליטתנו – כי אין לנו שליטה במשמעויות הביצועיות של המילים שאמרנו – בהחלט יתכן שהתכוונו להיגד אחד וביצענו היגד אחר. אדם יכול לגלות שציווה גם כשהתכוון לבקש, כפי הוא יכול לגלות שהעליב כשהתכוון להחמיא או ניסה לתת שם לאוניה ולא הצליח (אוסטין קורא לכך בביטוי הציווי "misfire", החטאה). רק אלוהים, בהיגד הראשון מכולם, "יהי אור", שלט באופן מוחלט הן באמירה והן במשמעותה האילוקוציונית, בין השאר בשל שליטתו במשמעויות של "יהי" ושל "אור". לנו אין אומניפוטנטיות כזו, ומבחינה פרפורמטיבית פעורה תהום בין שפה אלוהית לשפה אנושית, גם כשהקדוק, אוצר המילים ושאר מרכיבי השפה לכאורה זהים לחלוטין (להרחבה ראו בפרק הרביעי להלן).

בפרשנות משפטית קונסטרוקטיבית נהוג לחשוב שתכלית או תכליות הנורמה הן נתון רלוונטי בפרשנותה. אך בניתוח סוציולינגוויסטי, אנו מודעים לכך שלפחות לפעמים תנאי ההתממשות של היגדים אילוקוציוניים הם עצמאיים ביחס לכוונת הדוברת, לתכלית מדומינת כלשהי או למה שמנסים להשיג באמצעות הדיבור. פעולה מתבצעת, אף שהדוברת לא התכוונה לכך שתבצע, בשל חוסר השליטה שלה בתנאי ההתממשות של היגדים (כמו גם בתנאי המשמעות, ככל שהמשמעות רלוונטית לביצועיות).³⁸ ברומן הנפלא של ז'בוטינסקי שמשון, מפטיר הגיבור, ברגע קשה של חימה, כלפי אשתו הפלישתית סמדר אליה ערג ויערוג כל ימיו, את המילים "סורי ממני". כשדעתו מתקררת והוא מבקש לשוב אליה מודיע לו חמו, ברגם נשוא הפנים, כי לפי דיני

פלשת אמירת "סורי ממני" בנוכחות עדים הנה אחת הפורמולות בהן בעל מגרש את אשתו ומתיר את קשר הנישואין. שמשון סבור תחילה שזו הלצה, אבל לא: ההיגר האילוקוציוני בוצע ולאסונו, הוא התגרש מסמדר מבלי שהתכוון לכך. שמשון חושב שזו שערוריה, מלכודת אליה תומרן, מבוך לשוני של עם נכלולי שדרכיו נפתלות וזרות. וכך הוא טוען בפני ברגם:

"האם זה צודק – לתפוס אותך בדיבור לא זהיר באמצע משתה?"
 "היו שם מאה איש. נחשב לא מה שאמר הדובר אלא מה ששמעו מאזיניו. זרקתי אבן לשמיים: אם היא נפלה על הארץ – התלוצצתי; ואם נחתה על ראשו של אדם – אני רוצח. פליטת פה בארבע עיניים היא פליטת פה, ואילו בפרהסיה – גזר דין".³⁹

מעניין מה שמשון היה חושב על פסק דין של בית המשפט העליון שתלמידי משפטים נתקלים בו בשבועות הראשונים ללימודיהם בדיני חוזים, ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל,⁴⁰ במסגרת הכרת התיאוריה ה"אובייקטיבית" של כריתת חוזים. כך היה המעשה: במהלך מלחמת יום כיפור, גוף של המדינה המכונה "משק לשעת חרום" היה אחראי לגיוס ושימוש בכלי רכב אזרחיים במסגרת המאמץ המלחמתי (בני אותו דור זוכרים את המערכון האלמותי "המכונת המגוייסת" שכתב ניסים אלוני עבור הגשש החוור: "היה מנוע?"). קצין מיחידה זו שחיפש מקום להחנות בו כמה כלי רכב כאלה, הכניסם לחניון ציבורי לא מאויש בתל אביב. למחרת, בעל החניון דרש תשלום עבור השימוש בחניון, בטענה שמרגע שהוכנסו אליו כלי הרכב נכרת חוזה מחייב בין הצדדים (הועלו גם טענות חליפיות מטעמי עשיית עושר ולא במשפט שאינן נחוצות לדיוננו). המדינה טענה שבשום שלב לא הייתה לקצין שהחנה שם את המכונות כוונה לכרות חוזה מחייב, ואין שום סיבה לכפור בכך: סוף סוף הימים ימי מלחמה, עליו למצוא פתרון אחראי למכונות שברשותו, ולא עלה בדעתו ולו לרגע שבכך שהחנה את המכונות בחניון ריק ביצע פעולה משפטית מחייבת כגון קיבול בהתנהגות של הצעה חוזית, לפיו הוא מתחייב לשלם תמורת השימוש בחניון. בית המשפט קבע שלא הכוונה הסובייקטיבית של הצד קובעת, אלא מה רשאי היה הצד השני להסיק מההתנהגותו; ואדם סביר היה מסיק שמי שמחנה כלי

רכב בחניון התכוון לקבל בכך את הצעתו של מפעיל החניון לספק שירות זה תמורת תשלום. כלומר, הצד לחוזה מחצין כוונה, אף אם אין לו אותה – דבר שתקשורת מסוגלת לעשות בין אם היא מילולית ובין אם היא בהתנהגות. ניתן איפוא לכרות חוזה גם כאשר לפחות לאחד הצדדים אין כוונה לכרותו, כל עוד תהליך הכריתה עומד בתנאי ההתממשות האוסטיניים של הפעולה המשפטית הרלוונטית. כריתת החוזה נעשית באופן תקשורתי, ומסתבר שניתן לבצע היגדים ללא כוונה לבצעם, כל עוד הכוונה אינה אחד מתנאי ההתממשות של ההיגד – כמו שניתן לבצע פעולות אחרות, פיזיות, ללא כוונה לבצען. שוב התבונה של דרידה: גם כשיש לנו שליטה בפעולה התקשורתית שאנו מבצעים, אין לנו תמיד (או אולי אף פעם לא) שליטה בהתממשות האילוקוציונית, הפרלוקוציונית ואולי אף הלוקוציונית של ההיגד.⁴¹

כאשר היא שואלת: כיצד נכרת חוזה בין צדדים זרים זה לזה, שלפני רגע לא היו חייבים זה לזה דבר? – התיאוריה האובייקטיבית (או האינטרסובייקטיבית) של כריתת חוזים, השוררת בוריאציות שונות במשפט המקובל מאז חלקה השני של המאה ה-19, אינה שואלת "מה הצד לחוזה חשב?" או "למה הצד התכוון?" כפרמטר הקובע בשאלה אם באמצעות היגד או פעולה מסוימים נכרת חוזה או לא. היא מתרגמת את השאלה העובדתית הזו לשאלה נורמטיבית: לא "למה מנאל התכוונה?" אלא "מה הייתה עביר רשאית להסיק ממה שמנאל אמרה?" (או תקשרה באופן אחר, למשל במחווה כניד ראש או הושטת שטרות כסף). השאלה שוב אינה שאלה של סיפור עובדתי אלא של יחסים נורמטיביים בהקשר בו הם מובנים ומתרחשים. כשאנחנו מתנהגים, מדברים, אנחנו נוטלים סיכונים להתממשות האילוקוציונית של פעולותינו, ששליטתנו בהן מוגבלת. אחד הסיכונים הללו הוא ביצירת מצג מחייב (promissory estoppel) או אף כריתת חוזה בהיעדר כוונה או רצון לעשות זאת.

לכן, אף שהיא מכירה בקיום העצמאי, האינטרסובייקטיבי של תקשורת, התיזה של ש.ג.מ חניונים אינה לשונית אלא נורמטיבית. בית המשפט לא כתב מאמר אקדמי לפיו בתקשורת באופן כללי קובעת המשמעות שמוסקת על ידי הנמען, ולא המשמעות שהתכוון לה הדובר. התיזה שונה ומצומצמת יותר: במקרה של פער בין הכוונה הסובייקטיבית והכוונה המוחצנת, הכוונה המוחצנת בדרך כלל תגבר, כי זו אחריותו של הדובר לדאוג להחצנה נאותה של כוונותיו. הסיבה לכך שזו אחריותו

אינה קביעה בעלמא, אלא היא נסמכת על הרציונל של "מונע הנזק היעיל": בדרך כלל פשוט, זול ויעיל יותר להשית את העלות של הבהרת כוונות על הדובר, המודע לכוונותיו (כך אנו מניחים), מאשר על הנמען, שיצטרך להפליג בחקירה ובדרישה ביחס לכוונת הדובר. ההעדפה של בית המשפט "רוכבת" איפוא על התשתית הלשונית האוסטינית, אך הטעם לה נובע מכלכלה של תקשורת ומיחסי עלות-תועלת. בית המשפט לא פתר את החידה כיצד תקשורת מתרחשת: הוא סיפק מבחן מעשי לפתרון סכסוכים, כאשר התקשורת קורסת. היות שהמבחן הנו תקדימי והכלל הקובע מעדיף כוונות מוחצנות על פני כוונות אותנטיות חל מעתה והלאה, הרי שבאופן תיאורטי (או היפותטי) כל דובר יודע *ex ante* שהסיכון לכך שיווצר פער בין כוונתו הסובייקטיבית לכוונה שהוא מחציץ ייפול עליו, והוא ישתדל שפערים כאלה לא יחולו. זו לפחות ההנחה הסטנדרטית של המשפט – שכללים כאלה של התנהגות רציונלית מופנמים על ידי אנשים, שכללים המשפטיים יש מימד לא רק של פיתרון סכסוכים אלא של הכוונת התנהגות מעתה והלאה, במקרה זה של התנהגות לשונית.

מרגע שדוקטרינה כלשהי חלה, ניתן לשאול מהו הערך או מערך האינטרסים שהיא משרתת, וניתן לשאול זאת במנותק מההיסטוריה שלה, כלומר מהסברים אבולוציוניים או פונקציונליים שמסבירים את התהוותה (זו האבחנה הידועה של פוקו בין המקור של כל תופעה לפונקציה שלה, המקבילה לאבחנה של דה-סוסיר בין סמנטיקה סינכרונית למשמעות דיאכרונית).⁴² ברור שהתיאוריה האובייקטיבית התפתחה בשל העיוותים הברורים בתיאוריית הרצון שקדמה לה, שראתה את כריתת החוזה כ"מפגש רצונות" קוגניטיביים, סובייקטיביים, שהשפה אמורה לבטא, אך אין לה במסגרתו מעמד מכונן. אבל מה תכלית הדוקטרינה כיום? האם אנו משתמשים בדוקטרינה האובייקטיבית כי כוונות הפסיקו לעניין אותנו בכלל, או כי דווקא בגלל שהן מעניינות אותנו אך אין לנו גישה בלתי-מתווכת אליהן אנו זקוקים למערכת של תמריצים שיגרמו לכך שאנשים ישתדלו להחציץ את כוונותיהם האמיתיות? פרק זה אינו המקום לברר שאלה מרתקת זו בדיני כריתת חוזים, אלא רק להציף את היתכנותה. ארמוז רק, שהמשפט המודרני ממשיך להשתמש ברטוריקה של כוונות אותנטיות בהקשרן הקונקרטי ונמנע לעתים קרובות מביסוס הדוקטרינה על החצנות ריטואליסטיות בלבד.

בפרשת פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט כפר בוחבוט, בעלים של נכס, בכך שהתחייב למכרו לחברה שטענה שרכשה אותו ממנו. זה לא היה פשוט: הוא הגיע מרצונו למשרדי החברה וחתם שם על חוזה מכר תמורת תשלום. זו החצנה חזקה מאוד של כוונה סובייקטיבית להתקשר בחוזה. בדיעבד הסתבר שהמוכר כמעט לא ידע קרוא וכתוב עברית, שהובטח לו סכום של 1,000 ₪ "על המקום" תמורת חתימתו המיידית בעוד שאת המו"מ לרכישה ניהלה החברה עד אז לא אתו אלא עם בנו. בנסיבות אלה, קבע הנשיא שמגר, הצד השני אינו רשאי להסיק שאכן הייתה כוונה ממשית להתקשר בחוזה מכר.⁴³ ההקשר נושא אינפורמציה משלו (טענה שאני מרחיב בפרק השביעי), וזו גברה במקרה זה על מה שניתן להסיק מן "הסרט האילם" של החתימה הריטואליסטית על החוזה.

מה שמרתק בדיון בפסקי הדין ואירועי השיח האחרים הללו, בעיני, הוא שהם מראים שכפי שהלשון קובעת את התנהלותו של המשפט, לעתים המשפט קובע את התממשותה התקשורתית של הלשון.⁴⁴ הדבר תואם לחלוטין את המודל של אוסטיץ, שגרס שתנאי ההתממשות של היגדים לשוניים הם בחלקם לא-לשוניים אלא סביבתיים (הוא כינה תנאים אלה "פרוצדורות" כדי להדגיש את אופיים הקונבנציונלי והקונטינגנטי). הביקורת הזו גם משקפת עד כמה הבלשנות המסורתית, התיאורטית, המתמקדת בהבנת השפה כמערכת של יצירת אמירות תיקניות או כאַפְרָט מנטלי (בעיקר בבלשנות החומסקיאנית), אין בה די כדי להסביר את ההיבט של ההתממשות האקטואלית של היגדים בהקשרי שיח שונים.

יש לציין שהמודל של אוסטיץ רחוק מלהיות שלם או – על פי פקפוקיו של אוסטיץ עצמו – אפילו קוהרנטי לחלוטין. סוגיה מרכזית שאוסטיץ התלבט בה הייתה שההבחנה בין שלוש הפרדיגמות חדה רק לכאורה, כי לגיטימי לשאול, למשל, אם האילוקוציוני הוא באמת עצמאי ביחס לפרלוקוציוני. אם לחזור לדוגמה שצוינה קודם: האם השופט "יוצר" אי-פעם חובה של הנידון ללכת לבית הסוהר, או רק, במסגרת משחק הלשון המשפטי, גורם באופן לשוני לאנשים מסוימים – כולל הנידון – לפעול כך שהנידון יוחזק בבית הסוהר? האם אני עושה משהו נוסף, או שונה מאשר משכנע אותם לפעול? בנוסף, נדרשת פרדיגמה רביעית, שאוסטיץ החמיץ ושימושג כבוד האדם תובע – זו של הביטוי העצמי, שאיננו פרלוקוציוני ושאין תכליתו לייצג דברים בעולם, אלא

הוא ביטוי טהור לעצמיות האנושית בתור סובייקט, יש פועל (זו ההצדקה המעניינת ביותר לחופש הביטוי, והיא מנותקת מתכליותיו המכשיריות ותלותו במושג האמת או המטפורות של "שוק הרעיונות" וכדומה).

בנוסף, אוסטיין לא נתן תשובה מספקת לשאלה איך היגדים פועלים – האם הם תלויים במה שהנמען של ההיגד מסיק לגבי התכוונותו של הדובר, שהיא עמדתו של פול גרייס (Grice), או ביכולתה של הלשון להפגין (to manifest) התכוונות ביצועית (שהיא עמדתו של ג'ון סרל (Searle)), או אם היא תלויה, במקום באינטנציונליות בלבד, בנורמטיביות של התקשורת האינטרסובייקטיבית החורגת מהקשר ההיגד הספציפי (שהיא עמדתו של הברמס ומכיוון אחר לחלוטין, של דרידה). גם התיאוריה שלי ביחס לנורמטיביות של השפה, שהיא טכנית מכדי לפרטה כאן, חורגת מהמודל האוסטייני; בעקבות היידגר אני טוען שבניגוד לראיית הכוחות הביצועיים כאנליטיים, הם הקשריים בעצמם ומניחים תיאוריית אדם ותיאוריית פעולה מסוימת.⁴⁵ תרבות המחשיבה מאוד ביטוי עצמי לא־מכשירי, ואף רואה בו את הבסיס החזק ביותר לחופש הביטוי, לא תמצא אצל אוסטיין מקום מתבקש (ודאי שלא בפרדיגמה הפרלוקוציונית). אברהם יהושוע הֶשֶׁל (Heschel), בעיוניו בסוגיית לשון התפילה, מדגיש את אופייה הבלתי־רטורי של התפילה, שאינה בדיוק דיבור ואינה בדיוק שתיקה.⁴⁶ כנציג של תרבות אקטיבית, טכנולוגית ודמוקרטית, אוסטיין כמעט שאינו מאתר מקום תאורטי לשתיקה, אלא כסוג של העדר, של אלם. שאלות אלה נידונות בפרק העשירי; אך המטריצה של אוסטיין כה חזקה, על אף אי־שלמותה, והיא בעלת כוח הסברי כה פורה בהקשרים כה רבים ובמיוחד במשפט, עד שגם כאשר מה שיעניין אותנו בספר זה רחוק מאוסטיין שנות דור, התובנות הבסיסיות וההמשגה שטבע יידעו אותנו לאורך הדיון.

אגב, מעניין שאוסטיין עצמו – שמלבד ויטגנשטיין קשה לחשוב על פילוסוף שהשפיע יותר ממנו על החשיבה על הלשון במאה העשרים – מספר שהגיע לתובנה הבסיסית שלו בדבר האבחנה בין לשון ביצועית ללשון מתארת בעקבות שיחה שהייתה לו עם לא אחר מאשר ה.ל.א. הארט (H.L.A Hart), הפילוסוף הידוע ביותר של המשפט במאה העשרים, כשהשניים לימדו במשותף סמינר בימי שבת בבוקר באוניברסיטת אוקספורד. בין השאר הם שוחחו על חוזים והבטחות, והארט ציין לפני אוסטיין את האבחנה המקובלת בין תניות חוזיות מצוות

(למשל "אני מתחייב להעביר ל־ב' את הבעלות על המכונת עד יום שלישי") לבין תניות מתארות או "מצגים" ("המכונת היא משנת 2018 ובמצב מכני מצוין"). זו הייתה ההתחלה של האבחנה בין האילוקוציוני ללוקוציוני! ויש בה משהו אירוני, על חשבוננו של הארט: כי במסגרת כל תיאוריה של מצגים חוזיים, ברור שהאמירה "המכונת הנה משנת 2018 ובמצב מכני מצוין" כלל אינה היגר לוקוציוני בלבד אלא גם – ולמעשה בעיקר – אילוקוציוני. אמנם היא מבטאת טענה אמפירית שיש לה ערכי אמת, ומבחינה זו הינה משפט חייווי, אבל, כפי שמסביר מנחם מאוטנר במאמר קלאסי, מאחר והיא מתפקדת כחלק מחוזה, היינו, במסגרת מחייבת של יחסי חליפין, היא מהווה גם התחייבות לנכונות האמור.⁴⁷ כדובר המעביר את זכויותי במכונת אינני רק מדווח שנתוני המכונת הם כאלה וכאלה, אלא אני יוצר דבר בעולם שלא היה בו קודם: אחריות לנכונות האמירה, אשר במונחים משפטיים חושפת אותי לסיכון במידה והאמירה הינה שקרית. למעשה, החוזה יכול להתקיים רק כי יש בו ביטויים לשוניים משני סוגים: יוצרי־חיובים (אילוקוציוניים) ומצגים (לוקוציוניים) היוצרים חיובים עצמאיים ולפיכך הנם אילוקוציוניים בור־בעת (תופעה חשובה שאוסטין כינה המולטיפונקציונליות של הלשון). ההקשר הוא הקובע כאן: הרי באופן כללי אין לי חובה משפטית לומר אמת למאן־דהו ואפילו לא להתרשל באמירת אי־אמת; אני רשאי לשקר כאוות נפשי, השקר מוגן על ידי חופש הביטוי בעולם הכללי ממש כמו האמת. נדרשת זיקה נורמטיבית ספציפית, במסגרתה השקר גורר חשיפה לסנקציה, שתהפוך פעולות לשוניות מסוימות לפעולות בעלות נפקות משפטית. כלומר, לעתים ייצוג עובדה היא פעולה שיש לה משמעות משפטית ולעתים לא; וזאת לא בשל פעולת הייצוג עצמה אלא בגלל שההיגר מאפשר לנמען לפעול בהסתמך עליו. היינו, קיים קשר סיבתי בין ההיגר לתוצאה, שעובר דרך תודעת הנמען המסתמך.⁴⁸ בהקשר החוזי, בניגוד לדברים שאוסטין מייחס להארט, השילוב הלשוני בין האילוקוציוני לפרלוקוציוני (אבל גם האבחנה הלוגית ביניהם) פועל ברובד אותה אמירה עצמה. אם לקבל את הדיווח של אוסטין על השיחה הזו כפשוטו (וייתכן שלא הביא כלשונם את דבריו של הארט או בחר לקחת משיחתם מה שבחר), זכינו באחת מן התובנות החשובות ביותר בפילוסופיה של הלשון בזכות טעות בהיסח הדעת של אחד מגדולי הוגי המשפט בכל הדורות...

6. פעולה לשונית ופעולה משפטית

בתחומים רבים במשפט נשאלת השאלה: מתי פעולה לשונית הופכת להיות בעלת נפקות משפטית? מתי דיבור על הזולת הופך להוצאת לשון הרע, מתי גילוי מידע הופך לגילוי ידיעה אסורה, מתי כתיבת טקסט היא פלגיאט או הפרת זכות קניין רוחני, מתי קללה היא העלבת עובר ציבור, מתי הוקוס-פוקוס נופל תחת האיסור הפלילי על כישוף (המשפט והכישוף היו תמיד מתחרים ואויבים מרים),⁴⁹ מתי דיבור פוליטי נחשב להסתה לאלימות או לגזענות או להמרדה, איזו שיחת נפש היא שידול להתאבדות, והאם התפארות כחלק ממשחק חיזור יכולה לגרום להאשמת המתרכב בתרמית?

אף שכל אלה הן התנהגויות לשוניות שמעניינות את המשפט – וזהו רק מדגם קטן – השאלה הכללית המעניינת יותר הינה מתי פעולה לשונית הופכת להיות לא רק נשואת רגולציה משפטית, אלא פעולה משפטית בעצמה. נגדיר: פעולה לשונית הינה פעולה נושאת משמעות. בהגדרתה הצרה, פעולה משפטית הינה פעולה שעושה משהו בעולם: היא משנה את מערך הזכויות, החובות, הכוחות, הכפיפויות ושאר היחסים הנורמטיביים, או חלקם, כלפי אנשים מסוימים (in personam) או כלפי כולי עלמא (in rem).⁵⁰ הדוגמא הידועה של אוסטין הייתה האמירה "I do" במסגרת טקס נישואין. אדגים את היחס מתחום כללי יותר ואקזוטי פחות, דיני החוזים.

בדיני החוזים קיימת אבחנה נורמטיבית ואנליטית חדה – אך קשה ליישום במציאות – בין מתן הצעה חוזית להזמנה להציע הצעות. שתיהן הן פעולות נושאות משמעות, לשוניות או מובעות בהתנהגות אחרת. ההצעה החוזית מכפילה את המציע לכוח הקיבול של הניצע,⁵¹ היינו מעניקה לו כוח חד-צדדי להביא לידי כריתת החוזה, ובכך משנה את מערך היחסים הנורמטיביים ביניהם (השינוי הוא מורכב, כי למעט במקרה של הצעה בלתי חוזרת, המציע – הכפוף כאמור לכוח הקיבול – שומר בידו את הכוח לחזור בו מהצעתו, שהניצע כפוף לו כל עוד לא קיבל את ההצעה).⁵² הצעה משפטית הינה לפיכך אילוקוציונית – היא ביצועית, יוצרת דבר שלא היה קיים קודם, היינו את כוח הקיבול של הניצע כלפי המציע.

ההזמנה להציע הצעות (invitation to trade), לעומת זאת, אינה

מעניקה לניצע כוח קיבול אלא מזמינה אותו להציע הצעה, כך שהמזמין יהא זה שכוח הקיבול יהיה בידיו. ההזמנה אינה משנה דבר במעריך היחסים הנורמטיביים בין המזמין למוזמן, מאחר והמזמין כפוף ממילא לכוחו הכללי של המוזמן להציע לו הצעות: אני תמיד יכול להציע לזולת הצעה חוזית, כלומר להכפיף את עצמי לכוח הקיבול שלו (בסייגים אחרים, כגון כשירות משפטית וכד'). לכן לכאורה ההזמנה החוזית אינה פעולה משפטית. צדדים מעדיפים, כברירת מחדל, להזמין הצעות על פני להציען – כך הם יוצרים מצב שבו כוח הקיבול, היינו הכוח לכרות את החוזה, נותר בידיהם. המזמין יכול לציין מראש לאלו הצעות יש סיכוי להתקבל מבחינתו, וכך המזמין משמר בידו את שני האספקטים של חופש החוזים – חופש ההתקשרות, המצוי בידי הניצע, היינו הוא-עצמו, וחופש העיצוב, הנמצא בידי המציע, אבל מציע שנאמר לו מה להציע ומה לא. כל מי שאי פעם עיין במכרז הבין מיד את המכניזם הזה כשהגיע לשורה המדגישה כי "זו אינה הצעה חוזית" אלא הזמנה להציע הצעות, שמשתלטת על תכני ההצעה.

למה כתבתי שההזמנה "לכאורה" אינה פעולה משפטית? כי למעשה, זה לא נכון – היא כן. בדין הישראלי, מאז שנת 1973, גם ההזמנה להציע הצעות הינה פעולה לשונית אילוקוציונית. בשנה זו נחקק חוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973, אשר הפך על פניהן כמה מן הדוקטרינות המרכזיות של דיני החוזים הישראליים שהיו מבוססות על המשפט המקובל הבריטי (חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) התשל"א-1970, החל במהפכה כמה שנים קודם לכן). אחת ההוראות החשובות ביותר בחוק החוזים (חלק כללי), המצויה בסעיף 12 לחוק, קובעת חובת ניהול משא ומתן בתום לב – חובה הלקוחה ישירות מהמשפט הגרמני, ושאינה קיימת, לפחות לא כחובה כללית, במשפט המקובל הקלאסי, למשל באנגליה ובארצות הברית. חובה זו "ממשפטת" את השלב הטרום חוזי – היא קובעת שבין אם נכרת חוזה ובין אם לאו, משא ומתן לקראת כריתת חוזה הנו פעילות תקשורתית עצמאית, הראויה לדגולציה משפטית במונחים של חובה לפעול בתום לב של כל המשתתפים במשא ומתן, ושהמפר אותה מסתכן בחשיפה לסעדים, כגון פיצויים או אף לסעד כמוראכיתפי. אלו סעדים טרום-חוזיים, לא חוזיים, שהרי לא בהפרת חוזה עסקינן (הוראת סעיף 12 האמור אדישה לשאלה אם המשא ומתן הבשיל ונכרת חוזה או לא), אלא בהפרת חובה לשאת ולתת בתום לב. הפסיקה

הישראלית ה"אקטיביסטית" פיתחה לדוקטרינת תום הלב במשא ומתן קטלוג תרופתי עשיר, כמעט כמו זה של מקרי הפרת חוזה כרות. סעיף 12 גורם אפוא לכך, שכל פעולה תקשורתית במשא ומתן חוזי כפופה לחובה (היינו חושפת את הפועל לסיכון משפטי) – מכאן, שאף ההזמנה להציע הצעות, למרות שאינה מעניקה למוזמן כוח לכרות את החוזה, מעניקה לו זכות שיישאו ויתנו מולו בתום לב. אין דרך לצאת ממצב זה. כבר הצעד הראשון בשפה, הפניה, הנו אילוקוציוני.⁵³ הדרך היחידה של מאן־דהו להימנע מהחובה הזו היא אי־השתתפות במשא ומתן בכלל – ולא ברור שאפילו מהלך כזה תמיד יעבוד. לפעמים אפילו שתיקה וניתוק מגע לא יפטרו אותו מהחובה לשתוק בתום לב.

בית המשפט העליון החמיץ את המימד ההתנהגותי של נקודה זו בפסק הדין **טפחות נ' צבאח**.⁵⁴ באותו עניין עמד בנק טפחות בפני דילמה: הוצע לו לתפקד כבנק המלווה של פרויקט נדל"ני, הן מול הקבלן המבצע והן מול חברי קבוצת הרכישה שעמדו לרכוש את יחידות הדירור בפרויקט ולמעשה לממן אותו (על פי הטכניקה הנהוגה בישראל, הרוכשים קונים דירות "על הנייר" ולמעשה מעמידים לקבלן את האשראי הנחוץ לו להקמת הפרויקט). הבעיה הייתה שהבנק היה מודע לכך שהקבלן מצוי בקשיים פיננסיים ניכרים – בין השאר בחובות מסופקים לבנק עצמו – ושקיימת הסתברות גבוהה שהרוכשים שמים את כספם על קרן הצבי, כי הקבלן השקוע בחובות לא יצליח לממש את הפרויקט. עמידה בחובות תום לב במשא ומתן מתבטאת פעמים רבות במילוייה של חובת גילוי, וודאי שלרוכשים יש אינטרס מהותי במידע שבידי הבנק. אלא שלבנק אסור לספר לרוכשים על מצבו הפיננסי של הפרויקט, בשל חובת הסודיות הבנקאית שלו כלפי הקבלן, שאף הוא לקוח. מה לעשות?

בית המשפט העליון קבע כי על אף חובת הסודיות שלו כלפי הקבלן, חובת תום הלב של הבנק כלפי הרוכשים מחייבת אותו להזהירם מפני הסיכון הלא־ידוע להם. אבל האזהרה צריכה להיות כזו שלא תישא עמה כל תוכן לוקוציוני – עליה להיות אזהרה פרלוקוציונית בלבד. כלומר, נזהיר את הקונים שיש בהתקשרות עם הבנק סיכון מיוחד, אבל לא נגלה להם את הסיבה. זה רעיון טוב, אך קשה לביצוע. בית המשפט קבע שאופן מילוי חובת תום הלב יהיה בכך שהבנק ידווח לרוכשים שהוא – הבנק – מצוי במצב של ניגוד אינטרסים בעסקה זו, ולתת להם להסיק את המסקנות לבד. במילים אחרות, הבנק צריך לרמוז להם שיש בעיה, לא להגיד להם – ורמז

הנו היגד לוקוציוני ופרלוקוציוני שונה לחלוטין מבחינת רמת האינפורמציה שהוא נושא ומבחינת השפעתו על הנמענים, מאשר אמירה.

אלא שיתכן שרמזו כזה לא יועיל כלל, כי בית המשפט מתבסס על הנחה לא ריאליסטית ביחס להתנהגות של נרמזים פוטנציאליים: הרי הרוכשים ממילא יודעים שקיים ניגוד עניינים פוטנציאלי בעסקה זו, ולו מכוח העובדה שהבנק עובד מול שני הצדדים במקביל – הרי הקבלן הוא שהביא אותם לבנק! מבחינה אינפורמטיבית הרמז יהיה ריק לחלוטין, ובמונחיו של יעקובסון (Jakobson) הוא נטול מסר. את ה־caveat, האזהרה של הבנק, ייתכן שהנמענים יפרשו דווקא כהקפדת יתר מצדו, כאקט פורמלי נטול משמעות – או שאף יתרשמו בכוון ההפוך, שיתפעלו מהשקיפות ויסברו שעם בנק קפדן כזה כדאי מאוד לעבוד, ומבחינה פרלוקוציונית הרמז יפעל אז באופן הפוך למה שבית המשפט מניח. לכן הפתרון המשפטי הנכון בסיטואציה זו – לדאבון הבנק – חייב להיות אילוקוציוני, במקום פרלוקוציוני בלבד, ובעל ערך לוקוציוני שאינו רק נמוך (כגון רמיזה) אלא אפסי: על הבנק לסרב לתת את השיירות, מבלי לנמק את הסירוב. אסור לו לשתוק ואסור לו להגיד. רק בנק אחר יוכל לקיים מול הרוכשים את חובת תום הלב מבלי שיפר את חובת הסודיות כלפי הקבלן. כמובן שהבנק אינו מעוניין בכך – לבנק יש אינטרס בכך שהעיסקה תצא לפועל כי כספי הרוכשים יכסו אז את חובות הקבלן לבנק וכך הבנק יגלגל חוב רע שחייב לו הקבלן על הרוכשים התמימים. אך רק כך יוכל לקיים את שתי החובות המקבילות החלות עליו.

פסק הדין מזכיר לי את הפרדוקס של הכומר ארתור דימסדייל מן הרומן הידוע של נתניאל הות'ורן (Hawthorne) **אות השני** (1850). דימסדייל הוא חוטא מתייסר, כומר פוריטני נואף הנערץ כקדוש על ידי צאן מרעיתו. תחושות האשם שלו על חטאו גורמות לו להוקיע, בדרשה פומבית לפני הקהילה, את אופיו ומוסריותו־שלו, אך כוחותיו לא עומדים לו להתוודות על ניאופו, והוא מותיר את שומעיו עם וידוי נטול נרטיב: ללא התשתית הלוקוציונית, העוברתית. התוצאה הפרלוקוציונית היא שעדת המאמינים מתמלאת התפעלות על ענוותו והחומרה בה הוא שופט את עצמו, וההערצה אליו גוברת. נדמה לי שאין צורך להבהיר את הנמשל בפרשת טפחות.

שימו לב לכך שבעניין טפחות השאלה איזה פעולה לשונית היא גם פעולה משפטית, אף שהיא רוכבת על תשתית לשונית – ההנחה

של הביצועיות של היגדים – אינה שאלה תורת-משפטית אלא שאלה משפטית לכל דבר ועניין. למעשה, לעתים היא השאלה המשפטית. זו הייתה תובנה מרכזית של אוסטיין – שתנאי ההתממשות של היגד בשפה אינם, לפחות בחלקם, תנאים לשוניים אלא תנאי-רקע חברתיים, מוסדיים, וכו', שעל כן מעמד האונטולוגי הוא קונבנציונלי לגמרי – אין בהם שום דבר הכרחי.⁵⁵ בתחום שלנו, חלק מתנאי ההתממשות של היגדים הם משפטיים, וכבר התייחסתי לכך ששיטות משפט שונות יתנו תשובות שונות, ואף הפוכות, לשאלה מתי פעולה לשונית הופכת להיות פעולה משפטית. המשפט הוא הקובע, לעתים, מתי פעולה לשונית הופכת לאילוקוציונית.

חיוני לפיכך להבין שלא רק שהמשפט תלוי בלשון וכיצד היא עובדת, אלא שבמובן עמוק זהו יחס הדדי: גם המשפט קובע כיצד הלשון מתממשת בעולם, ומהי הפעולה שהיא מבצעת. היגד הופך אילוקוציוני, בין השאר, לא רק כשהוא מציינת למספר תנאים לשוניים, אלא כשהמשפט קובע זאת.⁵⁶ זו תובנה שתלויה אותנו לא מעט בהמשך, כולל כאשר נבקר את המשפט על שאינו מכיר בפעולות לשוניות מסוימות כבעלות נפקות משפטית (בפרק החמישי, על אלימות מילולית) או שנייחס לו היגררות בלתי ביקורתית אחר מטפורות מניפולטיביות כשהוא קובע שפעולות מסוימות גוררות סיכונים משפטיים אף שהן צריכות, אולי, להיות במסגרת חירות הפעולה הכללית שמתקיימת במערכות הליברליות בהן אנו חיים (לפחות כך נדמה לנו). על כך בהרחבה בפרקים השלישי, החמישי והשמיני.

7. אתיקת שיח ותום לב במשא ומתן לכריתת חוזה

מקור אינטלקטואלי מרכזי לניתוח היחסים שבין משפט ולשון הנו תיאוריית אתיקת השיח (discourse ethics) רבת ההשפעה אשר פותחה לראשונה על ידי הפילוסוף והתיאורטיקן יורגן הברמס (Habermas). התובנה הבסיסית של הברמס הייתה כי לתקשורת יש מימד דיאלוגי מכונן, וכי המימד הזה הוא נורמטיבי: לא הנורמטיביות שהשפה מייצגת (כפי שהיא מייצגת כל דבר אחר בעולם) אלא הנורמטיביות הפנימית, האימננטית והאוניברסלית של השפה עצמה, הנובע לא מהיותה מערכת של ייצוג (שיכול, עקרונית, להיות מונולוגי או סוליפיסטי) אלא מהמימד התקשורתי, הדיאלוגי שלה.⁵⁷

בחריג של תקשורת קיברנטית טהורה (כלומר בין מערכות אוטומטיות ללא התערבות אנושית, כ"חוזים חכמים"), כל תקשורת הינה אינטרסובייקטיבית, כלומר מתרחשת בחלל חברתי בין תודעות המתייחסות זו לזו ככאלה. לפיכך אין לה מעמד אובייקטיבי מנותק מהקשרים חברתיים, אך גם לא מעמד סובייקטיבי של התרחשות התלויה לחלוטין בתודעה של אדם אוטומיסטי, בריד. תקשורת מתבססת על מידה הכרחית של קונצנזוס ושיתוף בין הצדדים ברובד ההיגד והקוד המילולי. נקודה זו פותחה בעיקר על ידי הבלשן וחוקר הספרות רומן יעקובסון, אשר אפיין את הלשון כמסגרת תקשורתית-דיאלוגית בה המשתתפים שולחים ומקבלים "מסרים". המסר הוא המשמעות המקודדת באמצעות הקוד הלשוני על-ידי השולחת ומפוענח על ידי המקבלת. זהו מודל מופשט: בדיאלוג ממשי כמובן שתפקידים אלה מתערבבים ומתחלפים ביחס למסרים שונים כל הזמן.⁵⁸ בהמשך לכך, אחד מטיעוניו המרכזיים של הברמס הנו כי תקשורת הפועלת באופן כזה נושאת עמה לא רק אינפורמציה המקודדת במסר, אלא גם אתיקה אינהרנטית (ואוניברסלית) משלה, שאינה תלויה בתורות המוסר המסורתיות ואינה זהה להן, ולכן, לשיטתו של הברמס, אינה חשופה לביקורות החלות עליהן.⁵⁹

ההכרה באתיקת שיח נובעת מעצם אופייה הדיאלוגי של התקשורת האינטרסובייקטיבית. אתיקת שיח אינה מכשירית ביחס לתקשורת והיא אינה תועלתנית באוריינטציה שלה (וזאת בניגוד לנסיגנות לנסח "כללי-על אוניברסליים לתקשורת" או "לוגיקה של תקשורת", למשל על ידי הפילוסוף האמריקאי פול גרייס. לדוגמא, אחד מכלליו של גרייס הנו: "הִיָּה רלוונטי" או "עשה את תרומתך אינפורמטיבית ככל הדרוש". גרייס מתייחס למעשה לרלוונטיות כמעין מדד לפיו מירב התוצר הקוגניטיבי נוצר במזער ההשקעה העיבודית).⁶⁰ אך אתיקת השיח הינה ביטוי לאנושיות של כל השותפים לדיאלוג התקשורתי, היא היבט מכונן של הלשון כמערך אינטראקטיבי (להבדיל מן ההיבטים הסטרוקטורליים שלה, כתחביר ואוצר מילים). היא חלה על כל מתקשר, בין אם יש לה ערך מכשירי או לא, כלומר ללא קשר לשאלה אם ההיגד התממש או לא (היינו, השאלה, הפקודה, הייצוג הלוקוציוני וכו'). אי אפשר לנהל שיח בלעדיה: אפשר לשלוט, לדכא, להפחיד, אבל לא לשוחח.

אתיקת השיח מצומצמת יותר מן הניסוח הסופי של הציווי הקטגורי של קאנט ("עשה מעשיך כך שכל אדם אליו מעשיך מתייחסים יהא

תמיד בגדר תכלית כשלעצמה ולא אמצעי בלבד), אך היא חולקת אתה חלות אוניברסלית: היא חלה על כל אקט תקשורתי, היינו על כל פעולה נושאת משמעות (הברמס, בעקבות ג'ורג' הרברט מיד (Mead) חרג ממסגרת הדיבור המסורתי על שפות טבעיות לדיבור על "פעילות תקשורתית" – communicative acts – שימוש אינטרסובייקטיבי בסימנים נושאי-משמעות, לא רק מילים במסגרת דקדוקית מאורגנת).

אם לחזור לדיון הקצר בחובת תום הלב דלעיל, אתיקת השיח נמצאת בבסיס – ומספקת הסבר – לקוגנטיות, היינו להכרחיות הנורמטיבית של החובה לנהל משא ומתן בתום לב, שהצדדים אינם יכולים לותר או להתנות עליה בהסכם. כזכור, סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) אינו עוסק בכריתת חוזה כשלעצמה, אלא בהתנהגות של משא ומתן, וחלה על כל הנוטלים חלק בפעילות זו, אפילו אם לא הם מיועדים להיות הצדדים לחוזה (לכן זו חובה אישית החלה על כל מי שנוטל חלק במשא ומתן, כגון עורכי דין ומייצגים אחרים). ההשתתפות במשא ומתן הינה פעילות תחרותית אך גם קואופרטיבית. דומינציה מוחלטת של הזולת, התייחסות אליו כאמצעי בלבד ללא כל התחשבות, ולו מינימלית, בכך שהזולת נמצא במשא ומתן לתכליותיו-שלו, מהווה הפרה של חובת תום הלב במקביל, ולעתים בגלל, שהיא מהווה הפרה של אתיקת שיח ("לעתים" – מפני שחובת תום הלב חלה גם על התנהגויות לא לשוניות או שאינן נכללות בשיח בין הצדדים למו"מ; החפיפה הנטענת היא מהותית אבל חלקית).

בדרך כלל, אנו מבינים את החובה לשאת ולתת בתום לב כביטוי לכבוד האדם, שהמשפט הפרטי, העוסק באינטראקציות בינאישיות מחוייב לו ממש כמו (או כאקסטנציה של) המשפט הציבורי העוסק ביחסים פוליטיים. הברמס מסכים לכך, אך המתודה הפילוסופית שהוא נוקט בה שונה מאוד מהשימוש ב"מושגי שסתום" המנתבים תכנים נורמטיביים מן המשפט הציבורי לפרטי. עמדתו אינה "אידיאולוגית" או "פונדמנטליסטית", במובן שהיא יוצאת ממושג כבוד האדם ומאתרת סוגי אינטראקציות להחלתו (במובן זה, הכיוון של חקירתו הפוך לזה של אהרן ברק).⁶¹ השאלה שהוא שואל היא קאנטית רק במבנה שלה: כמו שקלזן שואל מה הכרחי שיתקיים כדי שהמשפט יהיה אפשרי (ועונה: הנורמה הבסיסית), הברמס שואל מה הכרחי כדי שתקשורת לשונית אינטרסובייקטיבית תוכל להתקיים.⁶² תשובתו היא שתקשורת כזו הינה

בלתי אפשרית ללא קונצנזוס בסיסי ברמת הביצועיות הלשונית (כלומר שנסכים מה בכלל נחשב כדיבור או התקשרות) והפרגמטיקה (שיהיה קונצנזוס בסיסי על יצירה של משמעויות), אך בעיקר – אתיקה של תקשורת, התובעת הכרה באנושיות, תודעה, ויכולת תקשורתית של עצמך ושל הזולת. אחרת אין תקשורת – יש משהו אחר: מבנים של דומינציה ודיכוי או ביצועיות מונולוגית במהלכה הדובר מדבר רק אל עצמו, ואולי אפילו זה לא.

סעיף 12 לחוק החוזים אינו מתיימר לנבוע מהדרישה האוניברסלית של תקשורת השיח, וההצדקות הסטנדרטיות וההיסטוריות לו, מאז התפתחותו במאה התשע-עשרה בגרמניה, מיוצגות לחילופין על ידי העמדה קאנטיאנית ועל ידי שיקולים פרגמטיים של נהגי מסחר. הטענה של הברמס, ביישום למשפט, תהיה שעצם קיומה של תקשורת מחייב הכרה באתיקה ובפרקסיס אתי המייצרים מעין "סעיף 12" אוניברסלי, לא על בסיס קביעות פילוסופיות באשר לטבע האדם ותכנים הכרחיים של המשפט, אלא מתוך הפרקטיקה הפרגמטית של השפה, של עצם הדיבור כפעולה אינטרסובייקטיבית.⁶³ המושג "פרגמטית" ניתן כאן בשתי הוראותיו: הן כגישה ללשון, המתמקדת בהתרחשותה במצבי שיח קונקרטיים, הטוענת לפיכך לפונקציה מכוננת של הקשר השיח (בניגוד מסוים לסמנטיקה), והן כעמדה פילוסופית אנטי-פונדמנטליסטית, כפי שמגדירה הפילוסוף ריצ'רד רורטי (Rorty) בעבודה שכל תלמיד משפטים (וכל אדם בכלל) חייב, לדעתי, להיחשף אליה.⁶⁴

ההנחות הנורמטיביות המובלעות בתקשורת לשונית חיוניות אפילו ברובד בסיסי יותר, פונקציונלי. פשוט, אי אפשר להבין איך שפה עובדת בלעדיהן. טלו למשל דווקא פעולה אילוקוציונית "חלשה", כבקשה (להבדיל מפקודה). כמו שאלה, הבקשה כוללת תביעה להתייחסות, לא להתעלמות. זו אינה דרישה של נימוס, אלא תביעה אינהרנטית לרציונליזציה של ההיגד: בלעדיה לא ניתן להבין מה היא בכלל בקשה או שאלה. התביעה אינה להענות לבקשה (זה דבר אחר לגמרי), אלא להתייחס אליה. כך גם ביחס לשאלה: הפעולה של שאלה כוללת תביעה מן הנשאל לענות. אפילו אלוהים כפוף לכך: בענפים מסוימים של התיאולוגיה הפרוטסטנטית, התעלמות של אלוהים מתפילה אינה מתקבלת על הדעת. לכל התפילות הוא מקשיב, וכל התפילות נענות (לעתים התשובה היא "לא").

התביעה לענות, המופנית כלפי זר שעדיין איננו שותף לשיח, עשויה להתנגש באוטונומיה של הנמען המבקש להגן על זרותו ולא להשיב כלל. בדיני החוזים, אדם בדרך כלל רשאי לא להשיב כלל להצעה חוזית – לא לקבלה ולא לדחותה – ולא להסתכן בכך שלשתיקתו יהיה אפקט אילוקוציוני. השתיקה אינה אלם, אינה העדר, אלא מהווה פעולה שלמה: סירוב ליטול חלק, להשתתף בשיח. קביעה בהצעה חוזית לפיה היעדר תגובה מצד הניצע יחשב לקיבולה של ההצעה – למשל: "אני מציע לך להקים עמי עסק, ואם לא תענה אקבל את שתיקתך כהסכמה" – הינה חסרת תוקף.⁶⁵ הכלל הזה מבטא את עצמאותה של השתיקה מהדיבור והוא נחוץ בגלל ששאלות תובעות תשובות, וכל הצעה חוזית מבליעה בתוכה שאלה: האם אתה מסכים?

יש לציין שעבור ליברלים רבים האטרקטיביות המטא-אתית העיקרית של אתיקת השיח ההברמסיאנית נעוצה ב"רזון" שלה – לכאורה, היא פרוצדורלית באופייה, משקפת מודרניות "וּבְרִית" (בניגוד לגיוס של הפרטיות לפרויקט הכללי של המדינה ההיגלית), וכמו סעיף 12 לחוק החוזים מנוסחת כדרישת סף פרוצדורלית, לא כמציינת תוצאה רצויה. אך אחד הדברים המרכזיים שאתיקת השיח תובעת הנה דיספוזיציה דיאלוגית וזה אינו עניין פשוט כלל. מזו ניתן לגזור תביעות קונקרטיות שונות, שהראשונה שבהן הנה כ"השתכנעותיות" (persuadability) – הנכונות הבסיסית להשתכנע מטיעון רציונלי של הזולת, ולייצר משמעויות חדשות על דרך של השתתפות במיזם קולקטיבי של שיח כנגד המטפורה הדומיננטית של "שוק של רעיונות", בו כאמור אנו עוסקים רק ביחסי חליפין. עניין זה מורחב בפרק השלישי, להלן.⁶⁶

* * *

ספר זה נכתב בהנאה ומתוך שמחה. במרבית הימים, אינני שותף לטינה ולאכזבה שמשפטנים ביקורתיים רבים חשים כלפי המשפט, אותו הם רואים כפתולוגיה של הקיום הקולקטיבי המודרני (גם כשהם מעריכים את תחכמו האינטלקטואלי והאסתטי), או לחשדנות העמוקה של הפוסטמודרנה והמאה העשרים בכלל כלפי הלשון. אני מודע כמובן למגבלות הלשון – לפחות לחלקן – לכך שכל אמירה מוקפת שתיקה שלעיתים היא חשובה מהדיבור, לקיבעון המטפיזי של השפה עליו הצביעו ניטשה, היידגר ודרידה באופן כה משכנע, למניפולטיביות שלה

ולנטייה שלנו ולומר ולחזור ולומר את הדברים הקלים והפשוטים ביותר: קלישאות, אמרות נדושות עתירות הטיות ודעות קדומות. העיקרון של ויטגנשטיין שכל חשיבה נעשית בשפה, ושאינ לנו שפה פרטית להחצין באמצעותה משמעויות אידיוסינקרטיות אינו מקומם אותי לא בגלל שאני מקבל או דוחה אותו (אין לי כל בסיס לכפור בו) אלא להיפך: מכיוון שאני מודע לתלות של החשיבה בשפה, ועדיין חושב שמנגנוני השפה הנם נפתלים, מורכבים, ערמומיים ומסתוריים מכפי שאראה בתלות הזו חיסרון אמיתי. אני פוגש את הסובייקטיביות האנושית יום־יום, בזולת ובעצמי: התוכנה של "המפנה הלשוני" (the linguistic turn) לפיה אופק החשיבה שלנו הוא אופק השפה לא הרגה, מבחינתי, את הסובייקט, או את המחבר או את השופט או את הצד לחוזה. כולם חיים וקיימים, מתמודדים ומאותגרים במסגרות תקשורתיות שחלקן יוצרות שיח לשיתוף פעולה ולהתמודדות, וחלקן אנרכיסטיות הרבה יותר. אני מבין למה מימי קדם סוגדת האנושות למשוררים: במסגרת התלות העצומה שלנו בשפה, היכולת שלהם לבטא את מה שאנו מזהים, או מצטעקים כשאנחנו מזהים, כסובייקטיביות האנושית – היכולת שלהם לספר לנו על עצמנו, לא רק מי שהננו ומה אנו חושבים, אלא מי שאנו מסוגלים להיות ומה שאף איננו חושבים אותו – היא הפרקטיקה הלשונית המתקרכת ביותר למעשה כישוף. היחידים העולים עליהם, בעולמי, הם המוזיקאים והמתמטיקאים, רבי־המג של שפות מוכלת־בעצמן ועם זאת תקשורתיות לעילא.

הניסיון של המשפט לבצע כל כך הרבה באמצעות השפה – לצוות ולתאר, לשכנע וליצור, להתמודד עם עולם קיים ומציאות נתונה וכו'־בזמן לדמיין עולמות אחרים תוך שהוא מתווך ביניהם, מגלה ומסתיר, אינו פחות מרתק בעיני מהשירה, גם אם הוא לא מתעלה לאותן איכויות אסתטיות. יש במשפט החילוני המודרני מתח פנימי בין אוטופיזם לבין אהבת המציאות, או אהבת הקיים. אורי צבי גרינברג מבטא את ההיבט הארצי של אהבה זו:

אם גזר הוא מפיך: כל יגע מצחנו בגְבוהות
ולא נעפיל על שלבים בסולם הזהב שבחזון –
תננו ונכרה ברית עם אדמתך החיה
בעמק האדם היפה [...]⁶⁷

ההיבט האוטופיסטי של המשפט – "סולם הזהב שבחזון" – נטוע לא רק ב"גבהות" טרנסצנדרנטית, אלא בדימיון שלו (כלומר שלנו): ביכולתנו לדמיין עולם טוב יותר. רוברט קאבר (Cover), במסתו "להביא את המשיח באמצעות החוק", מחליף את הסולם של אצ"ג במטפורה החביבה עליו, של גשר: "החוק הוא גשר בחלל הנורמטיבי. הוא מחבר את העולם שיש לנו אל העולם שאנו יכולים לשוות בדמיוננו".⁶⁸ אלא שקאבר עצמו מדגיש שיש עולמות מדומיינים שונים, וגם המציאות אינה אחת – אנשים שונים חווים אותה באופנים נפרדים לגמרי. גשרים יש הרבה, חלקם רעועים וחלקם לא מובילים לשום מקום שהיינו רוצים להגיע אליו. הנקודה האנטי-אוטופיסטית היא לדעת איך לחיות על הגשר(ים) עצמו(ם), בין אם אנו חווים אותם כ"עמק האדם היפה" ובין אם כעמק בכא או וריאציה אחרת.

אהבת המציאות מתבטאת בין השאר בהכרה בכך שאת המארג העצום של יחסים ודברים בעלי ערך בחיי אדם לא ניתן לדמיין, או לעשות לו רדוקציה למערכת קוהרנטית של כללי פעולה (בפרק השביעי אני מנסה לתת לכך הסבר עיוני). החיים נחשבים – מה שהם בפועל, לא רק מה שהיו יכולים להיות. שפת המשפט צריכה לדעת לעשות את שני הדברים הללו – ובניגוד למה שאומר קהלת, בבת אחת: לדמיין עולם טוב יותר ולאהוב את המציאות, גם אם זו אהבה קשה, מיוסרת ומייסרת. כמובן לא כל דבר שמתרחש בה, שהרי היא רוויית אומללות ורוע, אלא את המציאותיות של המציאות – את העובדה שהיא אמיתית.

והמציאות היא בלגן. הדברים מעורבבים: מהפכנות בשמרנות, משפט באנרכיזם, דיבור בשתיקה. לא רק השפה היא מולטיפונקציונלית, גם המשפט הוא כזה. אך בעוד שהשפה מתקיימת, משתנה, נוצרת ונגרעת כעניין של היסטוריה ספונטנית שברובה המכריע אינה בשליטת אנוש, השימוש בה הוא פעולה של הרצון האנושי ואינו דטרמיניסטי. גם חלקים משמעותיים של המשפט ניתנים בהחלט להכוונתנו.

כשהמשוררת וויסלבה שימבורסקה (Szymborska) מסנגרת על האנושות בדברה אל הֵיטֵי המיתולוגי בשירה "רשימות ממסע להימליה שלא התקיים" היא מפצירה בו להכיר את האנושות מעבר למה שרואים בחדשות או קוראים בכרכי פסקי הדין, המתעדים את הסנסציוני והמרושע: "רצח אינו כל מה שאנחנו עושים פה / יְטִי, לא כל משפט כאן משמעו מוות". הרבה דווקא כן: אך המשפטנית הביקורתית החושפת ללא רחם את

אִי־הצדק ואת ההשחתה של מנגנוני הכוח והדומינציה – והלשון, כמובן, במרכזם – יכולה לעשות זאת רק מתוך אמונה שהתנאים לצדק קיימים, או יכולים להתקיים, והיא מתעוררת בבקרים בהכרה כי אנחנו חופשיים רק במידה בה יש לנו הבנה עצמית ומידה של שליטה בגורלנו הקולקטיבי. "שום דבר", כתב בֶּלֶז פסקל (אולי באירוניה ואולי כדי לנחם את נפשו המיוסרת, הדוגמטית) "אינו מעניק שלווה מלבד חקר כנה של האמת."⁶⁹ יש להתייחס לקשת המשמעויות הגמישה של משפט זה עצמו: מהו חקר ומהו חקר "כנה"? מה שברור הוא, ש"שלווה" אין פירושה פאסיביות או העדר מאמץ, וכי פסקל מתייחס לפעולה ולתשוקה של החקר, לא לתוצאה של השגת אמת. המטפורה המובילה הינה זו של הענקה, לא של קניין. זוהי שלווה של המצפון היודע שהוא אינו מוכן לקבל כאמיתות דברים מקובלים, ואפילו לא את מה שנטוע במערכי השפה עצמה. החשיבה עצמה אינה נחה לרגע, ולרגע אינה מפסיקה לחשוד בעצמה. הפירוק של השפה (דקונסטרוקציה) אינו פרויקט ניהיליסטי או אנרכיסטי, כפי שנראה למבקרים חסרי סבלנות האמונים על הדיקו והחד משמעויות של מסורות אנליטיות או פוזיטיביסטיות, אלא תנועה של שחרור ולעתים אף של התעלות.

ספר זה מנסה לשכנע כי הבנה נאותה של הלשון היא הבנה נאותה של האנושיות שלנו, וכי יחסה של הלשון לצדק במופעיו השונים ובפוטנציאל שלו הוא סיפור שלנו, ועלינו.

* * *

לפני סיום (או התחלה): בספר מצויים עזרים למי שאין להם רקע במדעי הלשון. הראשון כאמור הנו הפרק העשירי, שמלכתחילה תוכנן להיות פרק המבוא של הספר, אלא שחששתי שקוראים המעוניינים פחות ברקע העיוני ויותר בחלקים היישומיים "ייתקעו" בו ולא יעברו לדיונים המרכזיים. העדפתי לכן לצרפו כמעין נספח. בניגוד לחלקי הספר הארגומנטטיביים, הוא מהווה סקירה של כמה צורות חשיבה מרכזיות על הלשון ויחסן למשפט, קצת אישית ואידיוסינקרטית, אבל מועילה לדעתי ורלוונטית לשאר חלקי הספר. הוא כתוב בסגנון שונה משאר פרקי הספר ונועד בעיקר לסטודנטים. ניתן בהחלט לקרוא את פרקי הספר האחרים בלעדיו, אך מי שמעוניין במעט יותר נפח עיוני כרקע לדיונים הספציפיים, מוזמן להיזקק לו.

ההערות, מראי המקומות וההפניות מובאים בסוף כל פרק כדי שניתן יהיה לעיין בהם בצמוד לטקסט. בהפניות משפטיות נקטתי שיטה מעורבת: בתקופה של נגישות מקוונת כמעט אבסולוטית לחקיקה ופסיקה, לא ראיתי צורך בהטרחת הקורא/ת בשימוש קפדני בכללי האזכור האחד של כתבי עת משפטיים, אך דקדקתי בהפניות מפורטות במקרים של חומרים נגישים פחות.⁷⁰

עזר נוסף הוא רשימת המושגים שבסוף הספר, הכוללת אפיונים קצרים ודוגמאות. גם שם העדפתי כתיבה נגישה ומאירה, כמיטב יכולתי, על פני דקדקנות אקדמית. ניתן להיעזר בה במהלך הקריאה בתנאי שלא לוקחים אותה יותר מדי ברצינות.

שלמי תודה

בשנת 2014 הוזמנתי לשמש כחוקר במכון ללימודים מתקדמים של משפט וצדק ע"ש שטראוס באוניברסיטת ניו יורק (NYU). היה זה אז, בעידודם הנמרץ של יוסף ויילר (Joseph Weiler) ומשה הלברטל, שהתחלתי לארגן חלקים ממחשבותיי ומחקריי הקודמים במשפט ולשון למבנה של ספר, שמצד אחד יוכל להציג חלק מהדילמות, המתודולוגיות ונושאי המחקר בתחום לקהל חדש, ומצד שני יהווה פלטפורמה ארגומנטטיבית שתאגד מלומדים וחוקרים. האופן בו ויילר והלברטל שימשו מעין מנטורים עבורי היה יוצא דופן: בשיחות מסדרון ומרפסת אל תוך הלילה, בטיולים רגליים ודיבורים על כמעט כל נושא שבעולם מלבד משפטים, הם גרמו לי לכתוב כאילו אני משוחח עימם. משלב מסוים, התחלתי להרגיש שהספר כותב את עצמו: "השפה מדברת" ("Die Sprache spricht"), הייתי מזכיר לעצמי. בתחילה תכננתי פרויקט באנגלית שהדוגמאות והשאלות שבו לא יתמקדו בהקשר הישראלי דווקא. ההחלטה לשנות כוון ולכתוב בעברית באה בעקבות כמה שיחות נוקבות עם עמיתים בכירים, מהם אזכיר במיוחד את אהרן ברק ויצחק זמיר, שאיתגרו אותי לגבי המחויבות של הוגים ישראלים, ומשפטנים במיוחד, לקיים ולקדם שיח אינטלקטואלי בעברית במקביל להשתתפותנו כחוקרים ב"כנסיית השכל" הגלובלית. נדמה לי שהייתי קל לשכנוע, ושגם שימחתי בכך לפחות אדם אחד קרוב לי במיוחד, שבתורו עשה מאמצים עצומים ליצור שיח אינטלקטואלי עבריי-ישראלי. ההחלטה לשנות את שפת הכתיבה לא השפיעה על המודל התיאורטי שהספר מפתח, אבל ייבאה אל תוכו דוגמאות ודילמות

מהמשפט הישראלי, ושינתה את סגנונו מכתובה אקדמית מובהקת לכתובה פתוחה יותר, המיועדת לקהלי יעד מגוונים.

אם אני כותב, הרי זה בגלל שיש מי שמתעניין ורוצה לקרוא: זכיתי ועמיתים, ידידים ואף זרים היו לי לעזר בגיבוש פרקי הספר, לא רק במה שיש בו, אלא גם במה שהחלטתי להותיר בחוץ. חלקם השפיעו על רעיונותיי יותר מכפי שהם יודעים; חלקם סיפקו לי מקרי בוחן מאתגרים; חלקם "התיישבו" עלי והקשו עלי עד שהפקתי טיעון או הסבר שהשביע את רצונם הביקורתי או שהודיתי, שאין לי כזה. במיוחד אני מבקש לציין את תרומותיהם של שולמית אלמוג, ניבה אלקין-קורן, אריאל בנדר, מיכל גל, שי לביא, מוטי מירוני, דורון מנשה, דני סטטמן, רביע עאסי, רונן פרי, אמנון רייכמן, נויה רימלט ואריאן רנן-ברזילי שהקשיבו, שאלו, קראו, איתגרו והעשירו את חשיבתי בנושאים הכלולים בספר זה ממגוון כוונים. פניה עוז-זלצברגר ועלי זלצברגר, אשר גיבשו עמי ידידות אינטלקטואלית של חיבה, פירגון ואיתגור הדדי, דחפו ותמכו בי במהלך כתיבת הספר והחשיבה עליו, כל אחד מכוונו שלו. ידידי הטוב גדי ברזילי קרא והגיב בחוכמה ובידענות על כל דבר שהיססתי לגביו וביקשתי את עצתו; חלק מהניסוחים בספר נובעים מהצעות שהעלה אגב שיחה.

ניטשה כותב, שיש "אהבה נטולה תשוקה קניינית, וידידות שמה". שנים של ידידות ושל שיחות מרתקות עם דן סיימון ואלכסנדר (סנדי) קדר, שהתמזל מזלי וחיי השתלבו באלה שלהם, סייעו לי לגבש, להשחזר ולהעשיר לא רק את עמדותיי ביחס לשאלות של שפה, נורמטיביות וצדק, אלא את תפיסת והבנת החיים שלי. התמיכה, הגיבוי, וידידותו העמוקה של דן יקרים לי לאין ערוך, וללא דרבנונו – ופה ושם נזיפה על משיכת זמן מיותרת – או שלא הייתי מגיע לגיבוש של ספר כלל, או שהייתי עמל כעת על הערת שוליים בעמוד 600 של חיבור סכולסטי מפותל שלעולם לא היה רואה אור. לא הייתי רוצה לדמיין את חיי בלעדיהם.

ידידי הוותיק טוני סיבוק (Tony Sebok), בסקרנותו וידענותו, הצליח פעם אחר פעם לזהות את נקודות התורפה שבטיעוניי ודחף אותי להתמודדות עימן. שיחותיי הליליות עם כריס מקרדן (Chris McCrudden) ורוברט ייל (Robert Yelle), כשנדמה היה שאך אנו נותרנו בבניין הריק של NYU, נמשכו עוד שעות ארוכות בראשי לאחר שהיינו נפרדים. כריס אחראי לכך שרעיון בוסרי שלי, הביקורת על המטפוריקה והתאולוגיה הפוליטית של עונש המוות, הכלולה כאן בפרק השלישי, פותח לידי תיזה

מאורגנת שלכל הפחות יש לה התחלה, אמצע וסוף. ג'פרי רובינשטיין (Jeffrey L. Rubinstein) קרא ביסודיות טיוטות של הפרק התשיעי ועודד אותי לפתחו לידי חיבור שלם.

אסתר הרלין-קרנל (Ester Herlin-Karnell) קראה חלק מחומרי הטיוטה באנגלית ובקיאיתה הפולימתית בענפי משפט שאיני מוצא בהם את ידי ורגלי והערותיה המחכימות ניכרות בספר. לארי סולן (Larry Solan) לימד אותי משפט ולשון במהלך ארוחות ערב ארוכות לא פחות מאשר באמצעות כתביו ומחקריו החלוציים. ג'ורג' פלטר (George Fletcher) העשיר אותי בתובנותיו והרגיע אותי שניתן לשלב ניתוחים של תרבות פופולרית ואמנות גבוהה בספר אקדמי, ולא לחשוב שלכל בעיה יש פיתרון. נעמי סטולצנברג (Nomi Stolzenberg) והילרי שור (Hilary Schor), ראשות המרכז למשפט היסטוריה ותרבות באוניברסיטת דרום קליפורניה (USC) הזמינו אותי לשבוע קדחתי של הרצאות, סדנאות ודיונים עם תלמידי מחקר על נושאי הספר, שהיו לי לעזר רב. יורם שחר קרא, שוחח, הטיף ובעיקר עודד אותי להתפתח בכוונים שבחרתי ולא לנסות להיות מישוהו אחר. רעי הותיק עדו שחם איתגר אותי פעם אחר פעם לומר דבר מדויק ונהיר יותר, והקשבתו, התעניינותו ותובנותו ביססו ביננו דיאלוג אינטלקטואלי רב שנים שעתידו עוד לפניו. מנחם ברניקר, מנחם היקר, אליו נקשרתי בעיקר בשנים שכיהן כפרופסור באוניברסיטת שיקגו, ייעץ לי בשלבים שונים של חשיבתי וכמו הוריי, חשף בפני את עומקה הפילוסופי של השירה.

ריינר פורסט (Rainer Forst), עמיתי למכון שטראוס בניו יורק ומקור לידידות מרתקת, סייע לי בהערותיו הביקורתיות והעדינות כאחת לנסח מחדש טיעונים מרכזיים שבספר זה, וגם עניינים אחרים שקיוויתי לעסוק בהם אך נאלצתי להשמיט מכתב היד, שהלך והתארך. לוי הייתי מספיק, הייתי מראה כיצד פרויקט הצדק הנרטיבי משתלב ושואב את הרחיפות שלו מתאוריית ה־Right to justification שלו, שהיא הניסוח החזק ביותר של ליברליזם פוליטי בתקופתנו; אני מקווה לעשות זאת בעתיד הלא רחוק.

שיחות עם מארחי־עמיתי בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל, שם המשכתי את כתיבת הספר אגב מחקרים אחרים, ובמיוחד דניאל מרקוביץ (Daniel Markovits), פול קאהן (Paul Kahn), סקוט שפירו (Scott Shapiro) ורוברט פוסט (Robert Post) היו לי למודל של

חשיבה נוקבת ואחראית, המנסחת, מעדנת ומבקרת את עצמה. לאחר שיחות-הליכות ארוכות עם דניאל בכפור של ניו הייבן, אפופי מחשבות ודיבורים, הייתי שב למשרדי, קורע את מה שכתבתי עד כה, ומתחיל מחדש. מורי ריצ'רד ברנשטיין (Richard J. Bernstein), שקרא בעין הנץ שלו חומרים שחלקם נכנסו לספר זה, לימד אותי שנדיבות ואהדת אמת דורשות לעתים ביקורת תובענית, ושכתיבה היא פעילות תקשורתית מחייבת ולא זירה ללהטוטי אגו. פילוסוף ומורה מחונן, דיק סיפק לי בית אינטלקטואלי, ממשי ומטפורי, בו אני בא ויוצא כבר שני עשורים. זו גם הזדמנות להודות בחום לניל כהן (Neil B. Cohen) על קבלה, תמיכה ללא גבול, ויותר עצות טובות מכפי שהוא יודע שהעתיר עלי. ארנסט (ארני) ויינריב (Ernest J. Weinrib), אליו התייחסתי כאל ה"מצפון האקדמי" הוירטואלי שלי, ביקר באהדה קאנטיאנית כל מה שקרא משלי; הקורס "משפט, לשון וספרות" שלימדתי ביוזמתו בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת טורונטו היה עבורי מעבדה חשובה לבחון בה חלק מהתיזות שנדונות בספר זה.

לא הייתי מסוגל אף להתחיל להשתלט על התשתית הבלשנית והאנתרופולוגית שספר זה רוכב עליה (ומשתדל לא להטריח בה יותר מדי) ללא הדרכתה, נדיבותה, וידידותה האמיצה של אליזבת מרץ (Elizabeth Mertz). בת' איתגרה ומאתגרת את חשיבתי על שפה ונורמטיביות כמעט מכל כוון אפשרי, ובכתיבתנו המשותפת אני חש לא אחת כשחקן בייסבול ש-pitcher יצירתי במיוחד משליך לעברו כדורים מהירים שאת מסלולם עליו לנתח, להבין ולאמץ בזמן אמיתי. יותר מכל אדם אחר, בת' אחראית לכך שפיתחתי קול עצמאי בתוך שיח רווי אסכולות, אופנות וז'רגון.

מייקל סילברסטין (Michael Silverstein), שקיבל אותי בנדיבותו לסמינר המתקדם שלו בבלשנות באוניברסיטת שיקאגו, לימד אותי על שפה יותר מכל אדם אחר, ישירות ובאמצעות כתביו (המועטים מדי). יורגן הברמס (Jürgen Habermas) מצא זמן להקשיב ולהגיב לרעיונותי, גם כשהללו היו רחוקים מבשלות. מורי שעל ידיהם יצקתי מים באוניברסיטת תל אביב – הפרופסורים חיים גנז, ענת בילצקי, חנוך דגן, מרסלו דסקל, נילי כהן ואנדרי מרמור, המשיכו להיות מורי ולהגיב בחוכמה ובביקורת בונה על כתיבתי בנושאי ספר זה ובנושאים אחרים, שנים לאחר שחדלתי לשלם שכר לימוד.

תורה מיוחדת אני חייב לשני ענקי רוח שהשפיעו על ואיתגרו את חשיבתו של דור שלם: מנחם (מני) מאוטנר ואהרן ברק. אני מסופק אם ללא המפגשים עמם בשלבים פורמטיביים של עיצובי האישי הייתי מגיע לאקדמיה או מתמיד בה (יש ודאי מי שהיו שמחים על כך). מוריי בכל מימדי היחס המורכב הזה, מאוטנר וברק לימדו אותי לא רק לחשוב משפטים, אלא למה חשוב לחשוב משפטים כל פעם מחדש. מאוטנר, האחראי יותר מכל הוגה למהפך העיוני האינטרדיסציפלינרי שחל בדור האחרון במחקר המשפטי בישראל, שיחרר אותי מכבלי השיח המשפטי הפורמליסטי שניסיתי לאמץ בשלב מוקדם של כתיבתי בשל חוסר ביטחון ביכולתי לפתח קול משלי. ברק, בבקיאותו וחוכמתו חסרות התקדים, עודד ואיתגר את כתיבתי וגם – דווקא בשל ענייני בתאוריה – דחפני ללמוד משפט טכני, להכיר באסתטיקה ובעומק הנורמטיבי שלו, להיות משפטן ולא רק תאורטיקן.

הפרק הרביעי בספר, כמו גם פרוייקט נוסף שפורסם במקום אחר,⁷¹ התחילו בתור "דברי תורה" שנשאתי בביתם הפתוח של טובי ושמולי הֶכְט (Toby and Shmully Hecht) בניו הייבן. בניצוחו העליון, התובעני והסקרן של בעל הבית, טובי ושמולי יצרו בביתם וריאציה ייחודית על המוסד החינוכי של תקופת ההשכלה: הסלון האינטלקטואלי. זו הזדמנות להודות להם ולילדיהם על ידידותם ותמיכתם ועל אירוחי ב־milieu הפתוח והאנרגטי שיצרו.

ביתי האקדמי, הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, הוא בית במלוא מובן המילה: אני ניזון מסקרנותם ומרוחב מחשבתם של עמיתיי לפקולטה, מתלמידי שהדיאלוג עימם הוא עונג נמשך, מתמיכתם ונדיבותם של הדיקנים שעודדו אותי ללמד את מה שרציתי ולא רק את מה שצריך. רבים מהדיונים בספר זה היו נושאים ל"שיחות מסדרון" בפקולטה, סוג של מפגש לא פורמלי שמורא המל"ג טרם נפל עליו, ושלטעמי מהווה את אחת האינטראקציות האקדמיות הפוריות שיש.

אביעד קליינברג, ראש הוצאת הספרים של אוניברסיטת תל אביב, תמך בספר בחום וסיפק לו רוח גבית מרגע שהיה לי כתב יד להציג. קטיה בר לב ניווטה את הפקת הספר והוצאתו לאור בכישרון והחלטיות, וידידי דן שביט, שערך שניים מספריי הקודמים, התגייס לערוך את הטקסט באותו מגע קל ויעיל שלו שמשפר טקסטים במקום להשתלט עליהם. תלמידיי מיתר בן אבו ועילם דובס איתרו שיבושי עריכה וניסוחים

מסורבלים וסייעו בעצה טובה. רפי מוזס העמיד, עיצב, ערך והעיר בעין טובה ובוחנת. הקרן הלאומית למדע וקרן פורד העניקו לי מענקי מחקר בשלבים מוקדמים של הפרויקט. תודתי לכולם.

יש אַפְרָט אינטלקטואלי שצריך לעצב ולשכלל, ויש איכפתיות. במהלך השנים נוכחתי לדעת שהשניים לא תמיד בצוותא חדא ישכונו. וכאן: לשון; צדק. לא היה אדם בחיי שהשפיע יותר על האיכפתיות שלי ביחס אליהם, ושהווה עבורי דוגמא לשילוב ביניהם, מאשר אמי, הסופרת, ההוגה והפעילה הקהילתית שושנה יובל.

על חלק מחומרי הספר הזה שוחחתי בהזדמנויות שונות עם ירמיהו יובל. במיוחד אהבתי לדבר אתו במהלך טיולים רגליים, או בשפת הים, או לאחר רכיבת שטח מאומצת על אופניים. דאגתו העיקרית הייתה לא להשפיע עלי יותר מדי, לאפשר לי להתפתח בעצמי; הייתה בו נדיבות ללא גבול, וכמעט תמיד רציתי יותר מכפי שנתן. אני חושב שהוא היה שמח בספר זה, שעל חלקים ממנו שוחחנו והתווכחנו, אך גם לא היה חוסך ממנו ביקורת. הוא אהב, חשב ולימד פילוסופיה עד יומו האחרון ממש, וכוונתי הייתה להקדיש את הספר לזכרו. אך באזני רוחי אני שומע אותו אומר לי, באותו צרוף מופלא של עדינות, הומור וחומרה שהיה כל-כולו שלו: שספרים כאלה יש להקדיש לחיים, לא למתים.

ספרי מוקדש לשלושת מוריי העיקריים בחיי אלו, בני השיח החכמים, הענוגים והמאתגרים ביותר: אוריאל, בנימין וקול. מי יתן וידעו ויחוו יותר צדק מכפי שאדע אני אי פעם.

הערות למבוא

- 1 כתוב *Texas Law Review Manual on Usage and Style* (Austin, 1991) המקור בכתוב
באנגלית, לכן אין בו הטיה מגדרית כמו בעברית.
- 2 אף שלא הכול. היבטים מרכזיים של קיומנו הם פרה-לשוניים: תחושת היותנו גוף,
תחושת החלל, המודעות לזמן, המודעות לאחרות של הזולת, כאב ועונג. זו כמובן
רשימה חלקית מאוד.
- 3 Jonathan Yovel and Elizabeth E. Mertz, "Metalinguistic Awareness" in Ola
Östman, Jef Verschueren, Jan Blommaert, Chris Bulcaen eds., *Handbook of*
Pragmatics Highlights (Benjamins, 2010) 250. לתאוריה של "הדבר" בהקשר
זה ואחרים ראו את מסתו הידועה של היידגר, "The Thing" in
Martin Heidegger, *Poetry, Language, Thought* (New York: HarperCollins), p. 161
- 4 Stanley Fish, *Surprised by Sin: The Reader in Paradise Lost* (New York: St.
Martin's Press 1967).
- 5 Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, 2nd ed. Rev. (New York: Crossroad, 1989)
ראו: לתאור מקיף וביקורתי של השפעתו של גדרמר על תורת המשפט
ופרקטיות פרשניות ראו: מנחם מאוטנר "גדרמר והמשפט" משפט ותורות 83 (הוצאת
אוניברסיטת בראילן, 2008).
- 6 "מעשיים" במובן האריסטוטלי המרחיב של "practical", היינו המכוון פעולה,
מבלי להתייחס למחויבויות מוסדיות או שיחיות של אפיון זה. האפיון "מעשי"
מתייחס לשיח המוסרי, הפוליטי, המשפטי, כמו גם להקשרים לא שיחיים
כשיקולים פרודנטיאליים-מכשיריים. ראו: Joseph Raz, "Reasons for Action,
Decisions and Norms," 83 *Mind* 481 (1975) ומכוונים שונים בקובץ המועיל
Joseph Raz (ed.), *Practical Reasoning* (Oxford: Oxford University Press,
1978).
- 7 במובן הרלוונטי לענייננו, "אידיאולוגיה" מתייחסת לבחירות והיררכיות טעונות
משמעויות ערכיות ופוליטיות, שהתרבות רוויה בהן, והמוצגות במסווה של שיח
"טבעי", נייטרלי או מובן מאליו מבהינה ערכית. לדיון ראשוני ראו: Terry Eagleton,
Ideology: An Introduction (London: Verso, 1991) ובהקשרים עשירים יותר,
Richard J. Bernstein, *The New Constellation: The Ethical-Political Horizons*
of Modernity/Postmodernity (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1992) ראו גם:
מנחם מאוטנר, "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים",
פילים ז' 11–76 (1998).
- 8 Jonathan Yovel, "Language and Power in a Place of Contingencies: Law and
the Polyphony of Self Representation", 5 *Studies in Language and Society*
27–53 (2013).
- 9 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום, פ"ד מט(2) 265 (1995).
- 10 "When I use a word," Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, "it
means just what I choose it to mean — neither more nor less." Lewis Carroll,
Through the Looking Glass (Macmillan, 1871)
- 11 אינני יודע כמובן מה הייתה כוונתו של אקווינס באמירה הזו והיא ניתנת להבנה

- באופנים שונים. אני בוחר להבין אותה במובן דומה למשל הקיפור והשועל של המשורר היווני ארכילוכוס: "השועל יודע הרבה דברים, הקיפור יודע דבר אחד גדול" – שהפך לפופולרי בעקבות מאמרו הידוע של ישעיהו ברלין, Isiah Berlin, *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*. (London: Weidenfeld & Nicolson, 1953) אני מודה לידידי ועמיתי רונן פרי שהביא את האמירה המיוחסת לאקווינס לידיעתי.
- 12 היוצא דופן לארכיטקטוניקה נורמטיבית זו חל במצבי רביזיה משמעותית ברין, אם בדרך של חקיקה או של פסיקה, כאשר הרפורמטור חושד ביכולת או ברצון של בתי המשפט לפתח את הרפורמה כיאות. למשל, כאשר הכניס קארל ליואלין (Llewellyn) את החובה לקיים חוזים בתום לב לקוד המסחרי האמריקאי ב־1937, הוא נדרש לאמת מידה שתכוון את הדין והגדיר תום לב כ־"honesty in fact", היינו, קריטריון אובייקטיבי של פעולה, לא של כוונה. Uniform Commercial Code. §1–201.
- 13 Jonathan Yovel, "Quasi-Checks: An Apology for a Mutation of Negotiable Instruments", 5 *DePaul Journal of Business and Commercial Law* 579 (2007).
- 14 המשפט הפלילי – אחד התחומים המשפטיים המובהקים ביותר העוסקים באלמות קדם־משפטית – נדמה כמקיים במיוחד את המודל הזה, אך זה אינו התחום היחיד. כך למשל בשיעור הראשון בדיני חוזים בכת־ספר למשפטים בארה"ב נאמר לתלמידים בדרך כלל, שמושא דיני החוזים הנן הבטחות, ושמערכת דיני כריתת החוזים מהווה מעין מסגרת של "תרגום" מהבטחה במובן קדם־משפטי להבטחה אכיפה במובן משפטי. לתפישת המשפט כמערכת של הבטחות ראו: E. Allan Farnsworth, *Contracts*, 2nd ed. (Boston: Little, Brown and Co., 1990) 4; Restatement 2nd of Contracts §1. בישראל עלתה השאלה בהמשגה שונה, המעבר מ"הסכמה" בעלת משמעות קדם־משפטית אך חסרת תוקף משפטי ל"הסכם" או "חווה" אכיפים. ראו לדוגמא ע"א 3833/93 לוי' נ' לוי, פ"ד מח (2) 862 (1994); ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט (1) 485 (1996).
- 15 כך למשל אני מבקר את גישת ה"על" ליחסים שבין משפט ופעולה בדיני החוזים: טענתי הינה, שאין טעם לדבר על הבטחה בהקשר החווי באופן המנותק משאלת האכיפה החוזית, מכיוון שלפחות במובן חזק אחד אכיפת הבטחות (enforceability) היא מה שמבחין הבטחות מפעולות קומניקטיביות אחרות (שאלת סוג מנגנון האכיפה והקשריו החברתיים הינה אכן שאלה נפרדת). ראו Jonathan Yovel, "What is Contract Law 'About'? Speech Act Theory and a Critique of Skeletal Promises", 94 *Northwestern University Law Review* 937 (2000).
- 16 זו עמדה לא־פרויטיביסטית במובן שהיא אינה מקבלת את מאמצי הניכרים של אסכולה זו להבחין בחדות: (1) בין המשפט ונורמות אחרות, (2) בין המשפט וההתנהגויות עליהן הוא אמור לחול.
- 17 אין בעברית תרגום מוסכם ל־mens הלטני. בתקופת ההשכלה הוא תורגם כ"שכל", והמשפט הפלילי מדבר על "היסוד הנפשי" של פעולות אסורות (mens rea). במקומות שונים מצינו "רעת", "תבונה" (שמתאימה יותר ל־reason), "רוח" (שמתאים יותר ל־spirit), ובגרמנית Geist כבשם ספרו המרכזי של הגל, ויש

- אופציות אחרות. בסופו של דבר, ביטויים חיים בתוך שיה והיסטוריות של שיה ולא בחלל סמנטי מופשט, ולעת עתה נותרתי עם "שכל" כקרוב ביותר לביטוי האנגלי.
- 18 לחיבור נגיש הטוען בזכות הגישה של חומסקי ואחרים הרואה את הלשון כיכולת ביולוגית מולדת, סוג של אינסטינקט המיוחד למין האנושי, ראו Steven Pinker, *The Language Instinct* (New York: Harper Perennial Modern Classics, 1994).
- לחיבור המבקר בחריפות עמדה זו ראו Geoffrey Sampson, *The "Language Instinct" Debate* (London and New York: Continuum, 2005).
- 19 לפרוט ארגומנטטיבי ודוגמאות ראו: Jonathan Yovel, "Relational Formalism and the Construction of Financial Instruments", 48 *American Business Law Journal* 371 (2011).
- 20 הביטוי המיתי לגישה זו מצוי בספר בראשית. המילים הראשונות שנאמרו מעולם הן, כזכור, "הי אור". "הי אור" נאמר לפני שהעולם היה קיים, כלומר לפני שהיה אור, שהמילה "אור" תוכל לייצג. מסתבר שהשפה קדמה לעולם, ועצמאות אונטולוגית זו שלה גלשה ממינוס הבריאה המונותאיסטי העברי-נוצרי ("בראשית היתה המילה", קובעת הבשורה על פי יוחנן בברית החדשה), למעין תאולוגיה לשונית שממשיכה להשפיעה על יחסנו לשפה גם כיום, וגם במשפט. זו הסיבה לכך שאנו נוטים להתייחס למילונים כאל כתב קודש לשוני, במקום כאל אוסף דסקרפטיבי של שימושים פרגמטיים.
- 21 לא תמיד – אך זהו המנגנון הנורמלי. לודוויג ויטגנשטיין חקירות פילוסופיות (עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת, הוצאת מאגנס, 1995) סעיף 43.
- 22 Ludwig Wittgenstein, *The Blue and Brown Books: Preliminary Studies for the "Philosophical Investigations"* (New York: Harper & Row 1958), p. 170 ראו גם שם, בעמוד 65. (ויטגנשטיין, כמו חומסקי ובעקיפין אוסטיין, דוחה בכך את האבחנה הסטרוקטורליסטית של סוסיר בין *langue* ל-*parole*).
- 23 מרטין היידגר, **השפה** (דנית דותן ומיכאל פרידמן מתרגמים, הוצאה דו-לשונית, חיפה: פרדס הוצאה לאור, 2016). זו הזדמנות להודות למתרגמים ולהוצאה שסיפקו תרגום כה משובח מלווה בהקדמה מאירת עיניים לאחת המסות החשובות ביותר של המאה ה-20.
- 24 גיא דויטש, **גלגולי לשון** (עמרי אשר מתרגם, הרגול/עם עובד: תל אביב, 2005).
- 25 J.L. Austin, "Performative Utterances", in *Philosophical Papers*, 3rd ed. 233 (Oxford: Oxford University Press, 1979) p. 235.
- 26 ראו ג'.ל. אוסטיין, **איך לעשות דברים עם מילים** (גיא אלגת מתרגם, הוצאת רסלינג, 2009); J.L. Austin, *How To Do Things With Words* (Oxford: Clarendon Press, 1962). אומר מייד שצר לי שהמתרגם הותיר על כנם את הביטויים "לוקוציוני", אילוקוציוני, פרוקוציוני" בטרנסליטרציה ולא בתרגום לעברית. יש פיתוי משמעותי להחליפם בביטויים פשוטים, נגישים ביותר בעברית. אבל יש גם אינטרס בהאחדה פונקציונלית של השיח: היינו שנוכל לדבר זה עם זה, שמי שקורא ספר אחד לא יצטרך ללמוד סט חדש של מושגים (זהים מבחינה תכנית) כשהוא קורא ספר שני. נחיייה עם זה.
- 27 "היגר" משמש כאן חליפות לציין "utterance" (הביטוי שאוסטיין הרכה להשתמש בו) ו-"speech act" (הביטוי שטבע ג'ון סרל (Searle) בספרו בשם זה מ'1969). המתרגם

- לעברית של איך עושים דברים עם מילים, ד"ר גיא אלגת, משתמש ב"מבע". אבל מבע הוא דבר שמביע, וזו כבר קביעה תיאורטית שמתיישבת יותר עם תורתו של גרייס (Grice) מאשר עם תאוריית תנאי ההתממשות (Felicity conditions) של אוסטין (להרחבה ראו בפרק העשירי, להלן). עמדתו של אוסטין הנה כדיוק שפעולה אילוקוציונית יכולה להתממש גם אם אינה מביעה דבר ואינה עומדת בתנאי ההתממשות של הבעה; הניתוק של האילוקוציוני מהלוקוציוני הוא הצעד הנועז ביותר של תורתו. בבחירתו ב"היגד" ראיתי לנכון לשמר את המובן המוצפן של "להיגד" ("to utter") אצל אוסטין ואצל סרל, שבתורו בחר ב"speech act" בין השאר כדי להדהד את "parole" של דה-סוסיר. זאת על אף שהיגדים יכולים כמובן להיות טקסטואליים ולהתקיים ולהתממש בכל מדיום ולהווצר בכל טכנולוגיה. בעניינים אחרים קיבלתי ככל הניתן את בחירותיו של אלגת.
- 28 ערך מוסדי המבוטא בשיטת התקדים הנו לאפשר לבית המשפט "לשים בצד" שאלה נורמטיביות ולא להיזקק לה יותר, לפחות באופן חלקי או זמני. השאלה אז אינה אם התקדים נכון, או אם הוא מבטא שוויון. זהו "מאפיין ההשתקה" (gauge rule) של טיפוסים נורמטיביים מסוימים ובעיקר של כללים משוריינים, כחוקות: עניינים מסוימים חסומים מפני השיח היומיומי, הפוליטי או האחר, והביצועיות הלשונית הרלוונטית הנה להגדיר כלל מסוים ככלל משתיק. ראו William Landes and Richard Posner, "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis", 19 *Journal of Law and Economics* 249 (1976) p. 251
- 29 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). ההלכה פורשה באופן מצומצם במהלך השנים ויש לה מתנגדים רבים הרואים בה סימפטום של תקינות פוליטית, ראו: Kent Greenawalt, "Insults and Epithets: Are They Protected Speech," 42 *Rutgers L. Rev.* 287 (1989–1990).
- 30 סעיף 3 לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998.
- 31 האופן היחיד בו ה"כן" השני יכול לא להיות הבטחה הוא שאבא משקר, ושהוא אינו מבטיח; אבל אם הוא משקר, אין טעם לבקש ממנו לבצע את הפעולה העצמאית של הבטחה.
- 32 ע"א (מרכז) 13–07–1933 סוזן איידן נ' אגודת חב' קדישא גמילות חסד של אמת (פורסם בנבו, 6.8.2014).
- 33 מרבית הבלשנים יבחינו כאן בין Sentence meaning – משמעות המשפט – ו-Utterance meaning, משמעות האמירה. הרובד הפרגמטי שאני מדגיש כאן זהה, אבל האפקט של פעולה אינו ניתן לרדוקציה, לשיטתו של אוסטין, למונחי משמעות.
- 34 יצויין אולי שבמקרה זה בית המשפט, המורגל בשיח המגדרי, החטיא את עניין טענת ההפליה כאשר קבע שאין במקרה זה הפליה מפני שגברים ונשים מתבקשים לעמוד ברחבה משני צדי האדניות ואין העדפה של קבוצה אחת על פני השנייה. אך ההפליה הרלוונטית אינה בין גברים לנשים אלא בין שומרי מצוות – ובגדר זה מקיימי מצוות ההפרדה, ככל שהיא קיימת – לכאלה שאינם שומריהן ואינם מקיימייה.
- 35 חוק איסור הפליה במוצרים שירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, התשס"א-2000 קובע כי: "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום,

- ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות".
- 36 כל זאת בהנחה שהאבחנה הדואליסטית בין שאלות עובדתיות ובין שאלות משפטיות היא אבחנה תקפה, מועילה, או אפילו בעלת משמעות כלל (עיקרו של פרק 7 מוקדש לביקורת הדואליזם התורתי-משפטי הזה).
- 37 Jacques Derrida, "Signature Event Context," 1 *Glyph* (1977) 172, rep. in *idem, Limited Inc.*, (Evanston: Northwestern University Press, 1988) 1
- לדיון מפורט יותר ולהפניות נוספות ראו להלן, בפרק העשירי.
- 38 אדם יכול להתכוון להגיד לזולתו "לך הביתה!" אבל לא להתכוון להעליבו באמצעות האמירה ההתכוון להגיד (בדוגמא זו, הביצועיות הפרלוקוציונית, בניגוד לאילוקוציונית). להרחבה של תובנה חשובה זו ראו הדיון בביקורת של דרידה על אוטטין, בפרק העשירי להלן.
- 39 זאב ז'בוטנסקי, שמשון (פטר קריקסנוב מתרגם, הוצאת כתר, 2007) בעמ' 138.
- 40 ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד לז" 633 (2) (1983).
- 41 בפרק העשירי אני דן בשאלה דומה בהקשר של שחקני קולנוע שתהו, שמא טקס הנישואין שערכו על הסט של הסרט "תופס" גם בעולם – ושמבלי להתכוון לכך, הם נישאו (הדוגמא היא מדרקולה של קופולה). זו אינה סוגיה טריויאלית כלל.
- 42 דה סוסיר, ראו: Ferdinand de Saussure, *Cours de linguistique generale* (ed. Charles Bally & Albert Seshchaye, 1972). (הספר נערך על סמך רשימות של תלמידיו ופורסם לאחר מותו).
- 43 ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט, פ"ד מז" 357 (1) (1993). להרחבה ראו דינאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (תל אביב: רמות, 1991) כרך א' בעמוד 157.
- 44 כך הוא בכל מקרה שחל עליו סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) הקובע כאמור, שכל פעולה לשונית במהלך משא ומתן לקראת כריתת חוזה היא בעלת פונקציה אילוקוציונית מינימלית.
- 45 John Searle, *Speech Acts* (Cambridge: Cambridge university press, 1969); Jürgen Habermas, "Comments on John Searle: Meaning, Communication, and Representation," in Ernest Lepore and Robert van Gulick eds., *John Searle and His Critics* (Cambridge: Blackwell, 1991) p.17; Noam Chomsky, *Reflections On Language* (rpt. in *On Language*, New York: New Press, 1998 [1975]).
- 46 אברהם יהושע השל, התפילה – תשוקת האדם לאלוהים (דרור בונדי מתרגם, תל אביב: ידיעות ספרים, 2016) בעמודים 75–76. אצל חלפי, התפילה היא מקום המרי והמרירות: "אל תרבר אלי בשפת שמך". אני אפר דקרוק לשון תפילות/ הנישאות אליך/ ואלעג. "אברהם חלפי, "עזוב אותי לעד".
- 47 מנחם מאוטנר, "יוצרי סיכונים" ו-"נקלעי סיכונים" – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", משפטים טז 92 (1986). במשפט אלה מכוננות לעיתים "תניות אחריות", warranties, ובז'רגון של חוזי ביטוח "תערובה" וביטויים נוספים.
- 48 הדובר נוטל על עצמו את הסיכון לתוצאות השליליות שיגרמו מכך ש-X אינו אמיתי, סיכון שהמשפט יתרגם לכפיפות לסעד או לסנקציה (למשל חיוב בפיצויים,

- ביטול החוזה וכדומה), אם הסיכון יתממש. למעשה, היות וזו אמירה שברור לדובר שהנמען עשוי להסתמך על אמיתותה, האחריות המשפטית לה מוטלת מכוח מנגנון אלמנטרי יותר מהחוזה, היינו השתק (equitable estoppel). הכללים המשפטיים קובעים את גדר הסיכון (למשל חשיפה לתביעת פיצויים, לביטול העסקה וכדומה) אבל האפקט האילוקוציוני של משפט החיווי רוכב על הנורמטיביות האינהרנטית של השפה, לא על נורמה משפטית חיצונית לשפה. האמירה "X" זהה להתחייבות ש-"X" אמיתי בגלל הנורמטיביות של השפה, לא בגלל המשפט.
- 49 ראו: ז'אן פאברה-סעדה, **מילים, מוות, גורל: כישוף בצרפת המודרנית** (יותם ראובני מתרגם, הוצאת אוניברסיטת תל-אביב, 2004); Sally Falk Moore, *Social Facts and Fabrications: Custom and Customary Law on the Kilimanjaro 1880-1980* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986); Christine A. Corcos (ed.), *Law and Magic* (Carolina Academic Press, 2010).
- 50 מושגים אלה, כמו גם מרבית המושגים הטכניים האחרים שבמבוא ובהמשך הספר, מונהגים ברשימת המונחים שבסוף הספר.
- 51 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 5.
- 52 שם, בסעיף 3(א).
- 53 בעניין ע"א 6025/92 **צמיתות (81) בע"מ נ' חרושת חימר**, פ"ד (1) 826 (1996), קבע בית המשפט העליון כי הזמנה שהגיבה הצעה חוזית יכולה להוות ערוץ השלמה לפרטים החסרים בהצעה (באותו עניין פרסמה חברה משכנת פרוספקט שווקי שכלל פרטים – גודל הדירות – שלא נכללו בהצעה או בחוזה המכר). כלומר, פרטים שנכללו בהזמנה – כשלעצמה אינה מחייבת – הפכו לכרית מחולל מרגע שהמציעה שיכללה הצעה שלא כללה פרטים אחרים.
- 54 ע"א 5893/91 **טפחות נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573 (1994).
- 55 אוסטיץ קרא לתנאי ההתממשות הללו felicity conditions, כדי להבחין בין התממשות ביצועית לבין שאלת תנאי האמת של אמירה בשפה, truth conditions.
- 56 Jonathan Yovel, "What Is Contract Law About? Speech Act Theory and a Critique of Skeletal Promises," 94 *Northwestern University Law Review* 937 (2000).
- 57 Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action* (Boston: ראו: Beacon Press, 1984, trans. Thomas McCarthy).
- 58 Roman Jakobson, *On Language* (Cambridge, Mass.: Harvard university Press, 1990).
- 59 Seyla Benhabib, "Communicative Ethics and Current Controversies: ראו in Practical Philosophy", in Seyla Benhabib and Fred Dallmayr, eds., *The Communicative Ethics Controversy* (Cambridge: The MIT Press, 1990) p. 330–369.
- 60 H. Paul Grice, "Logic and Conversation", in idem, *Syntax and Semantics*, ראו: Vol. 3: *Speech Acts* (Orlando: Academic Press, 1975); Dan Sperber and Deirdre Wilson, *Relevance: הכלכלי של רלוונטיות ראו Communication and Cognition* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986).

- Aharon Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015) 61
- שאלתו הבסיסית של קאנט היא: מה הופך כל יש סינטיטי (היינו לא כזה שמשמעותו גלומה בהגדרתו, כמושגים אנליטיים) – לאפשרי? קאנט החיל את השאלה הזו על כל הפרצפציה האנושית, וגילה את ההכרחיות של הקטגוריות של התבונה הטהורה שאינן נלמדות או נשאבות מן הניסיון (חלל, זמן, כמותיות, סיבתיות וכו'). הברמס אינו קאנטיאני בתשובותיו, אך הוא מחפש את הבסיס האלמנטרי ביותר לאתיקה כפי שקאנט לימד, ומוצא אותה לא במוסדות אנושיים אלא בתופעה התקשורתית עצמה.
- תיאוריה זו תצטרך להתמודד עם הטענה ההשוואתית: בעוד שתקשורת השיח טוענת לאוניברסליות, המצב הרוקטריני באשר לחובת ניהול משא ומתן בתום לב אינו אוניברסלי כלל, וכחובה כללית הוא נדחה במפורש על ידי משפחת מערכות המשפט המקובל; לדיון ראו: E. Allan Farnsworth, "Good Faith Performance: and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code", 30 *University of Chicago Law Review* (1963) p. 666–679. אך זה אינו קושי משמעותי כלל. טענתי אינה שריני סעיף 12 נובעים, או חופפים, לאתיקת השיח ההברמסית, אלא רק שזו ההמשגה הפילוסופית האטרקטיבית ביותר שלהם, בשל מעמדה הפרוגמטיסטי ה"רזה" מבחינת הנחות היסוד שהיא מחייבת.
- ראו: Richard Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* (Princeton: University Press, 1979) 64
- חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 6(ב). בווריאציות שונות, זהו כלל אוניברסלי של דיני כריתת חוזים. החריג הנו "הצעה מזכה". היינו, הצעה שאינה תובעת מהניצע דבר, והנה למעשה מעין מתנה; החוק אינו רואה טעם להגן על ניציעים מפני הצעות שכאלה. ראו שם, סעיף 7.
- השתכנעותיות היא הדיספוזיציה אותה נטש לאסונו התנא הגדול רבי אליעזר בספור התלמודי הנפלא והנורא הידוע כ"תנורו של עכנאי": שם מסופר היאך "באותו היום השיב רבי אליעזר כל תשובות שבעולם ולא קיבלו הימנו. אמר להם: אם הלכה כמותי – חרוב זה יוכיח. נעקף חרוב ממקומו מאה אמה...". לרבי אליעזר, היודע את התורה יותר מכל בני הפלוגתא שלו, נמאס מהשיח שהוא רואה כעקף והוא מבטל אותו: במקום לפעול כחכם הוא עובר לפעול כנביא, פותח בסדרה של מעשי ניסים ומאייץ אפריורית את נכונותו להשתכנע מטיעון רציונלי כלשהו, או לשכנע את זולתו. בכך הוא מחריב את המבנה הדיאלוג של השיח ההלכתי, החשוב יותר מכל עמדה ספציפית שבו. חטאו הנו כנגד אתיקת השיח, והוא מנודה בשל כך מכלל ישראל עד יום מותו. תלמוד בבלי, בבא מציעא ע"ט א'. ראו בפרק התשיעי, להלן.
- אורי צבי גרינברג, "תפילה אחרונה" (כל שירי אצ"ג, כרך א', 162).
- רוברט קאבר, "להביא את המשיח באמצעות החוק", בתוך *נומוס ונרטיב* (אביעד שטייר מתרגם, הוצאת שלם, 2012), בעמ' 64.
- "Rien ne donne le repos que la recherche sincère de la vérité." Blaise Pascal, *Pensées* (Paris: Éditions Lagny, 1870) p. 30
- חוברת כללי האזכור האחד בכתיבה המשפטית של כתבי העת המשפטיים בישראל 70

(מהדורה שנייה ומעודכנת, 2013) כוללת קרוב למאה עמודי הנחיות מפורטות.
החיים קצרים מדי.

Jonathan Yovel, "The Creation of Language and Language without Time: 71
Metaphysics and Metapragmatics in Genesis 1," 20 *Biblical Interpretation: A
Journal of Contemporary Approaches* 205–225 (2012).