

חופש הביטוי והעתונות:

דברים בערב הוקרה לשלום רוזנפלד – 24.3.2005

מאיר שמגר

people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

(ההדגשות שלי – מ.ש.).

הקונגרס לא יחוקק חוק בקשר לכינונה של דת או בעניין איסור חופש הקיום שלה; או (חוק) המצמצם את חופש הדיבור או חופש העיתונות או בדבר זכותם של אנשים להתאסף בדרכי שלום או להגיש בקשות לממשלה לשם תיקון עוולות.

הספרות אשר נסבה על הדוקטרינה החוקתית השרירה, כביטוייה בתיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית, בה מובאת הפרשנות השגורה לתיקון האמור, מתייחסת כיום לחופש הדיבור והעיתונות כנושא שהוא נפרד ושונה מאותו חלק של התיקון הראשון לחוקה הנ"ל, אשר דן בכינונה של דת-מדינה ובחופש הקיום של דת.

אולם, הדבר לא היה תמיד כך. בראשיתה של ההתייחסות לחופש הביטוי, בתחום החוקתי, נתפרשה הקביעה החוקתית האמורה של חופש הביטוי כמעט לחלוטין, כמי שנוגעת בעיקרה לביטויים או לפרסומים בתחום הדתי או האנטי-דתי.

ב-"*Areopagitica* של מילטון (1644) אשר בה מצויה אולי אחת מן ההתייחסויות הראשונות להגנה על חופש הביטוי, התמקד הכותב כמעט באופן בלעדי, בחשיבותו של הפטור מחובת קבלת ההרשאה לאותם כתבים אשר סוטים מן התורות הדתיות המקובלות. אגב, כמו ג'ון לוק, אחריו, ב-"*Essay Concerning Toleration* (1667) וכן ב-"*Letters Concerning Toleration*, לא העלה מילטון את דבר הענקתו של חופש הביטוי לקתולים או לבני דתות בלתי פרוטסטנטיות אחרות, שהרי ראה את אלה כמצויים "מחוץ לתחום".

מכל מקום, במשך שנים רבות, במהלך המאה השבע-עשרה, היו הדיונים סביב חופש הביטוי ותחומיו, באנגליה ובצפון אמריקה, בגדר טיעונים שהתרכזו, בעיקרם ולפי מהותם, לכפירה ולחילול השם (heresy and blasphemy), ובהקשר זה, על הרצוי או הבלתי רצוי בחיוב האזרחים להימנות על דת רשמית.

מנגד, ב-1690 כתב לוק את ה-"*Second Treatise on Civil Government*, ובה דן בהרחבה בנושאים של אנשי ציבור נבחרים או פקידי ציבור להשתמש לרעה בסמכותם, נושא אשר, בעקבותיו ובהקשר אליו, עלה עניין חירות הביקורת על פקידי ציבור כאמצעי

אדוני נשיא האוניברסיטה, פרופ' איתמר רבינוביץ, פרופ' יוסף גורני, ראש המכון לחקר העיתונות והתקשורת היהודית, ואחרון חביב, שלום רוזנפלד, חתן הערב.

לפני דברי ומעבר להם, אני מבקש לברך את חתן המסיבה ידידי מר שלום רוזנפלד ליום הולדתו, לאחל לו בריאות טובה ולהביע לו הערכה רבה מאוד וחיבה רבה מאוד שכולנו רוחשים לו.

הוא שימש דוגמה ומופת, כעיתונאי וכעורך בהיר ורהוט, מעניין ומאלף, מחנך ומוביל, הוגן, נאה דורש ונאה מקיים – ואנו חבים לו כולנו חוב; ומקצת פרעונו של החוב הוא בהערכתנו הרבה ובכבוד הרב אשר אנו רוחשים לחתן המסיבה.

לדידי, הוא מעבר לכך לוחם ומגשים, ומי שנשא ברמה את הבשורה על עצמאות ישראל שתיכון בימינו; אני מאושר על כי זכיתי לברכו, מכל לב, במסגרת זו.

נקודת המוצא של סקירה זו היא כי חופש הביטוי הוא זכות יסוד בעלת חשיבות מרעפת בקביעת אופיו של המשטר השורר במסגרת מדינית או חברתית נתונה. הוא אף, כידוע, תנאי יסוד להבטחת קיומן של רבות מזכויות היסוד האחרות העלולות להתערער או אף להיעלם אם יאבד חופש הביטוי. ההגנה על חופש הביטוי היא לכן חיונית לקיום הדמוקרטיה.

בסקירה זו אעבור במעוף הציפור על תקופות התגבשות רעיון חופש הביטוי אשר בו מדובר, הגבלתו הראשונית אף לפי הבנתם של התומכים בו, ופרשנויות שנתלוו להכללתו במגילת הזכויות של ארצות-הברית, אשר בשעתו נשאו עימן פרשנות מצמצמת לתחולתו, ומכאן לתמצית תולדותיה והתפתחותה, עד לימינו.

עוד ב-1670, במאמר התאולוגי-מדיני של ברוך שפינוזה, הופיע סיכום השקפתו אשר לפיו "במדינה חופשית כל אדם רשאי לחשוב כרצונו, ולומר את אשר הוא חושב".

כמאה שנה ומעלה לאחר מכן קבע התיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית מ-1791 כי –

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the

אשר לפרשת וילקס: בתקופון *The North Briton*, No. 45 מ-1763 נכללה התקפה חריפה על נאום של המלך האנגלי ג'ורג' השלישי. נגד וילקס הוגש אישום על המרדה והסתה (seditious libel), ואף נעצרו עשרות אנשים שהיו בדרך כלשהי מעורבים בפרסום ובהפצה.

נערך חיפוש במשרדו של וילקס, ניירותיו נתפסו ואף הורו לשרוף את גיליון מס' 45 של התקופון הנ"ל. וילקס היה חבר הפרלמנט, אך עקב הפרסום הופסקה חברותו בבית. בעקבות הפרסום הוא ברח לצרפת והמשיך משם בהפצה של דבריו ושל טענותיו. בדרך זו בנה לעצמו תדמית של קרבן נרדף. הוא כתב:

The liberty of the press is the birth-right of a Briton, and is justly esteemed the firmest bulwark of the liberties of this country. It has been the terror of all bad ministers; for their dark and dangerous designs, or their weakness, inability, and duplicity, have thus been detected and shewn to the public, generally in too strong and just colours for them long to bear up against the odium of mankind... A wicked and corrupt administration must naturally dread this appeal to the world; and will be for keeping all the means of information equally from the prince, parliament and people.

”וכך תיאר אותו וינסנט בלאסי במאמרו *The Checking Value In First Amendment Theory*”¹:

(Wilkes was) a shrewd propagandist, he built a large following in England and the colonies.

להגנת וילקס יצאו שניים שהסתתרו מאחורי שמות העט של *Junius* ו-*Father of Candor*. יוניוס כתב כי יש לפרוס יריעה רחבה לדיון בנושאים ציבוריים, כדי שחופש העיתונות לא יהיה חסר ערך לחברה. לא יהיה לשרים המושחתים ממה לפחד אם לא תהיה ביקורת על ידי העיתונות. כדבריו:

The liberty of exposing and opposing a bad administration by the pen is among the necessary privileges of a free people, and is perhaps the greatest benefit that can be derived from the liberty of the press.

בתגובה, השלטונות נקטו באמצעים משפטיים כדי למנוע את הפצת המכתבים של יוניוס.

כדי להבין את הקשר של אירועים אלה עם הלכי הרוח שעודדו את חופש הביטוי במושבות באמריקה, מן העניין לפנות לספרו של ברנרד בוליאן, *The Ideological Origins of the American Revolution*.² נאמר שם:

To say simply that this tradition of opposition thought was quickly transmitted to America and widely appreciated there is to understate the fact. Opposition thought, in the form it acquired at the turn of the seventeenth century and in the early eighteenth century, was devoured by the colonists. From the

לתיקון דרכיהם. ניתן על כן לומר כי מראשית המאה השמונה-עשרה התפתחה המחשבה, הנפרדת מן הדיון בדת, של אי-ההסכמה המדינית (Political Dissent), וממנה צמחה במושבות אשר באמריקה ובארץ האם, באנגליה, התפיסה על חופש העיתונות כאמצעי להגבלת פעלם השליילי של פקידי ציבור. סיעו לכך האירועים, מעוררי דעת הקהל, סביב פרסומיהם של מי שכוננו בשם "קטו", ולאחר מכן פרשתם של ג'ון וילקס וג'ון פיטר זנגר, אשר אליהם אתייחס בהמשך הדברים. כפי שצינתי, חופש הביטוי הפוליטי כפשוטו, קיבל דחף נוסף על ידי עט של שני מחברים משותפים *John and Thomas Gordon* ששמרו על אלמוניותם ואשר ב-1720 פרסמו סדרת מאמרים, אשר בהן תקפו את ההתנהגות המתנשאת והמניפולטיבית של ראש הממשלה הבריטי דאז, רוברט וולפול). דבריהם נקראו רבות הן באנגליה והן ב"מושבות" באמריקה. דברי "קטו" כוונו אל הצורך או אף ההכרח בפעולת הציבור נגד עובדי ציבור רמי דרג (civil officials) הסוטים מדרך המותר. כדבריו:

Whoever would overthrow the Liberty of a Nation must begin by **subduing the Freedom of Speech**; a Thing terrible to publick Traytors.

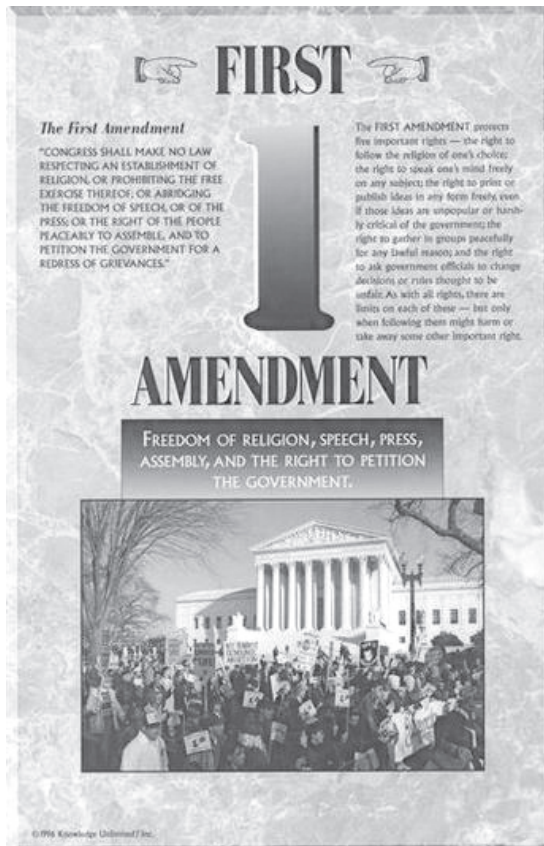
...
That Men ought to speak well of their Governours, is true, while their Governours deserve to be well spoken of, but to do publick Mischief without Hearing of it is only the Prerogative and Felicity of Tyranny....

קרי, ראשית פעלם של אלה המבקשים לפגוע בחירותה של אומה היא בדיכוי של חופש הביטוי. זאת ועוד, רק "מושלים" הראויים לכך זכאים להבעת דעה חיובית עליהם; אם לא יפורסמו מעשי עוולה תיווצר בכך זכות יתר של העריצים.

Freedom of Speech is the great bulwark (חומת מגן) of Liberty; they prosper and Die together... Freedom of Speech therefore being of such infinite importance to the Preservation of Liberty; every one who loves Liberty ought to encourage Freedom of Speech.

כלומר, כל מי שאוהב את החירות מן הראוי שגם יתמוך בחופש הביטוי. על כן, דנו המאמרים בהרחבה בהסברת חשיבותו של חופש הביטוי.

צינתי כבר, בעת התיאור של הרקע להתפתחותה של חירות היסוד של חופש הביטוי, כי מן הנכון להזכיר גם את משפטיהם של ג'ון וילקס באנגליה ואת משפטו של ג'ון פיטר זנגר במושבות האמריקאיות, כדי להוסיף ולהדגים איך התפתחה המסורת המודרנית של חופש העיתונות, עקב השאיפה למתן ביטוי לאי-ההסכמה המדינית. בכך שימשה כלי למניעת שימוש לרעה בסמכויותיהם של המושלים לדרגותיהם.



earliest years of the century it nourished their political thought and sensibilities. There seems never to have been a time after the Hanoverian succession when these writings were not central to American political expression or absent from polemical politics (p. 43).

במושבות המשיכו את הקו המנחה שלידתו באנגליה, וטיפחו את הרעיון לחסום את דרכו של השימוש לרעה בסמכויות שלטוניות באמצעות קידומו של חופש העיתונות. התיקון הראשון לחוקה ב-1791 היה, אפוא, במידה רבה פרי של הלך המחשבה המתואר. הקשר הרעיוני אשר בו מדובר מצא את ביטויו לא רק בתיקון הראשון לחוקה מ-1791 אלא בכל הספרות האמריקאית על חופש הביטוי וחופש העיתונות במאה השמונה-עשרה.

מן הראוי להשלים את התיאור לעיל של המערכה הציבורית על חופש הביטוי על ידי תיאור משפטו של המדפיס זנגר ב-1735, והשפעת הלוואי שלו על הציבור בארה"ב. זנגר הדפיס בבית הדפוס שלו את ה-*New York Weekly Journal*, שהיה שופרה של האופוזיציה בניו-יורק.

עורך העיתון היה עורך הדין ג'יימס אלכסנדר שהירבה בפרסומים על חופש העיתונות, וכלל בכך את מאמריו הנ"ל של קטו. בעקבות מאמר חריף נגד הממשל המקומי בניו-יורק, הואשם זנגר בהסתה. במשפטי הסתה היתה דרושה לצורך ההרשעה רק הוכחה בדבר זהות המפרסם. זנגר שכר שירותיו של עורך דין פילדלפי ידוע בשם אנדריו המילטון, שהגן בנאומו בפני המושבעים על זכותו של אדם חופשי לבקר את השימוש לרעה בסמכויות על ידי בעלי שררה. המושבעים פסקו כי הפרסום על ידי זנגר לא הוכח והחליטו כי אינו אשם. הקהל שנוכח במשפט פרץ במהיאות כפיים סוערות.

כפי שכותב בלאסי במאמרו הנ"ל, החלטתם של המושבעים צויינה מאז כאחד מן האירועים הבולטים בתולדות חופש העיתונות.

ג'יימס מדיסון היה מנסחו העיקרי של התיקון הראשון הנ"ל לחוקת ארצות-הברית. בסוף שנות התשעים למאה השמונה-עשרה הגיש את ה-*Virginia Report* ששיקף את דעותיו והשקפותיו על יסודות השלטון. לדעתו הדוקטרינה הבריטית של חופש העיתונות, הושתתה בעיקר על איסור ההגבלה מראש של פרסום כלשהו, אך הרשתה הגשת תביעה לאחר הפרסום, באישום של המרדה (seditious libel). לטעמו של מדיסון תורה זו לא שיקפה את תפיסת חירות הביטוי שדגל בה והוא סבר כי היא אינה ישימה לשיטת הממשל האמריקאית. על פי הסברו – אשר עליו אפשר לחלוק – חברי הרשות המחוקקת דאז באנגליה הם השומרים על זכויות בוחריהם מפני הסכנות העולות מן הרשות המבצעת, ואילו הפקידים בארה"ב אינם נחשבים למי שמחוסנים מפני משגים (infallible), וגם, להבדיל מאנגליה, אין רואים את הרשות המחוקקת בארה"ב ככל יכולה. הן הרשות המחוקקת והן הפקידים הם נבחרים והם אחראים למעשיהם. קיומה של ביקורת על פקידי ציבור היא חיונית. מכאן טענתו, לפיה רק הגיוני הוא כי בתנאים אלה תידרש מידה שונה של שימוש בחופש העיתונות באנגליה מחד גיסא, ובארה"ב מאידך גיסא.

עיקר התנגדותו של מדיסון היתה, כאמור, לאבחנה בין היעדר הגבלה מראש על פרסום לבין נקיטת צעדים משפטיים נגד המפרסם או המדפיס באשמת המרדה, לאחר מעשה. לטעמו היתה בכך משום אירוניה של הביקורת היעילה.

הוא מצא בג'פרסון תומך בהשקפתו. הלה סבר כי היסוד הרעיוני לחופש הביטוי נובע ממגוון של ערכים. אולם, הוסיף, כי לא יכול להיות ספק בכך שייסוד חשוב הוא לא רק הכוח החוסם או המגביל של הביקורת החופשית מול מעשי עוולה של הפקידות ושל רשויות השלטון. הצורך בביקורת אכן נובע מרצונם של האזרחים להגביל את הנטייה הטבעית של פקידי ממשל להשתמש לרעה בכוחות שהוענקו להם. אולם, נתלוותה לכך גם ההכרה בחשיבותו של חופש הביטוי, בדרך כלל.

בתקופתנו, היינו ב-1985, התלקח ויכוח בין ליאונרד לוי לבין צ'פי (Chafee), סביב השאלה אם בעת התיקון הראשון (1791) אכן נתקבלה בארה"ב התפיסה הרחבה של חופש הביטוי, להבדיל מן הגישה המצמצמת הדוגלת בהיעדר הגבלה מראש על פרסום כלשהו, אולם מאפשרת לנקוט בצעדים משפטיים לאחר הפרסום.

The common law crime of seditious libel forbade malicious criticism of the government. It embraced defamation or ridicule of public officials, laws, or policies – anything that tended to lower the government in the public esteem. Truth was no defense to the charge of libel. Indeed, truth made the libel worse, because it exacerbated the scandal.

At the trial of a seditious libel the jury decided only the fact of publication — i.e., whether the defendant published the remarks charged, and whether they carried the innuendo alleged. The judge decided as a matter of law whether the remarks were seditious—i.e., whether they were maliciously intended and had a bad tendency.

תנא דמסייע לתיזה של לוי נמצא במכתבו מ-1789 של השופט קאשינג, שכיהן כשופט בית המשפט העליון ולפני כן כנשיא בית המשפט העליון של מסצ'וסטס, אל הנשיא אדאמס כדברי קשינג, תקיפתו המילולית של נושא תפקיד – אינה יוצרת חיסיון אם מדובר על injuring the public or individuals by propagating falsehoods.

הנשיא אדמס השיב למכתב הנ"ל כי יש לקבל ראיות על האמת שבהאשמות ואם המושבעים ימצאו אותן אמיתיות והן פורסמו לטובת הכלל, הנאשם יזוכה. היינו – ה"no restraint" אין פירושו אי-הגשת תביעה בעקבות הפרסום, להבדיל מאיסור ההגבלה מראש. התביעה לאחר הפרסום נותרה אפשרית. כדברי קשינג:

Falsehoods and scandals against the government should be punished with becoming rigour.

גירסתו של לוי נתמכת גם בדבריו בזמן הרלבנטי של James Wilson, שהיה מן המנסחים העיקריים של חוקת ארה"ב. כדברי לוי:

At the Pennsylvania ratifying convention of 1787 Wilson had occasion, like his fellow Framers in other state ratifying conventions, to deny an Anti-Federalist accusation that the failure to guarantee freedom of the press meant that oppression of opinion was constitutionally possible.

הוא היפנה לדברי וילסון שכתב:

I presume it was not in the view of the honorable gentleman to say that there is no such thing as libel, or that the writers of such ought not to be punished. The idea of the liberty of the press is not carried so far as this in any country — **what is meant by liberty of the press is that there should be no antecedent restraint upon it**; but that every author is responsible when he attacks the security or welfare of the government, or the safety, character and property of the individual.

ולוי מסיק מכך:

Did the Framers of the First Amendment intend 'to wipe out

הוויכוח צמח מתוך התייחסות לכללי המשפט האנגליים דאז, לפיהם נתבססה אבחנה בין ההגבלה מראש – שאסורה על פי כללי חופש הביטוי – לבין העמדה לדין לאחר מעשה, המותרת באנגליה. התיזה המשפטית האנגלית באה לידי ביטוי בדבריו של בלקסטון³.

Where blasphemous, immoral, treasonable, schismatical, seditious, or scandalous libels are punished by the English law... the liberty of the press, properly understood, is by no means infringed or violated. The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state; but this consists in laying **no previous restraints** upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter **when published**. Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public: to forbid this is to destroy the freedom of the press: but if he **publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequences of his own temerity**'.

(ההדגשות שלי – מ.ש.)

כדבריו של לוי:

"Blackstone's Commentaries maintained that seditious libel was entirely consistent with freedom of the press".

צ'פי חלק על כך וטען כי התיקון הראשון בא לבטל את תחולתו בארה"ב של המשפט המקובל, לפיו מותרת האשמה בהמרדה על אף התיקון הראשון.

לוי סבר כאמור שצ'פי שגה במסקנתו בדבר חופש ביטוי מוחלט, היינו בקשר לשאלה אם התיקון הראשון לחוקה נתכוון לבטל לחלוטין את האפשרות לפתוח בהליכים עקב המרדה (sedition), בעקבות דברי ביקורת על רשויות הציבור, נקיטת הליכים שהיתה אפשרית לפי המשפט המקובל.

לחיוזוק התיזה שלו, לפיה נשתמרה בארה"ב – במסגרת חופש הביטוי – תורתו של בלקסטון, הצביע לוי על כך כי 12 מדינות מתוך 13 המושבות הראשונות שהתאחדו לארה"ב אימצו את שיטת המשפט המקובל. למשל, וירג'יניה (שחוקקה ב-1776 סעיף הדומה לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט שלנו) קבעה בהצהרת וירג'יניה על הזכויות (Declaration of Rights) כי –

the freedom of the press is one of the greatest bulwarks of liberty **and can never be restrained**.

לוי שאל מה פירוש התיבה restrained. האם זוהי הגבלה המבטלת מכללא את הסמכות להגיש תביעה לאחר מעשה, כפי שסבר בלקסטון? והשיב על כך בשלילה.

בקרווליינה הצפונית, בסעיף הנ"ל של החוקה, הושמטה אפילו המילה can ונגמטה לשון ought. לוי גרס כי ביטוי זה אינו מבטא יותר מ-ideal. זוהי תקווה ולא איסור חוקתי.

לוי מצביע על המשפט המקובל – שהמשיך לחול בארה"ב, ואומר:



שלום רוזנפלד

and present (בהירה ונוכחית, קרי מידית). אם אין סיכון כאמור שהוא clear and present – חופש הביטוי חל במלואו ואין להגבילו.

ההיגיון של מבחן הסיכון הברור והמידי (clear and present) אשר לפיו – ולפיו בלבד – נקבע אם פרסום פוליטי מסוים מהווה סיכון לשלום הציבור, שימש לרשויות ולבתי המשפט האמריקאים כאמת מידה יחידה במהלך השנים מאז פסק דין שנק (1919),⁶ והוסבר על ידי השופט הולמס בפסק-דין שנק בדבריו הבאים:

We admit that in many places and in ordinary times the defendants in saying all that was said in the circular would have been within their constitutional. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done... The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theater and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that have all the effects of force... The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear

the common law of sedition, and make further prosecutions for criticism of the government, without any incitement to law-breaking, forever impossible in the United States of America'? The immediate history of the drafting and adoption of the First Amendment's freedom of speech and press clause does not suggest an intent to institute broad reform.

(ההדגשה שלי – מ.ש.)

אכן, קשה להסיק כי מנסחי התיקון הראשון לחוקה התכוונו לבטל את האפשרות להגיש תביעות בשל הסתה או המרדה בעקבות פרסום. לגירסת לוי, הם סברו שחופש הביטוי מונע ביקורת או צנזורה מוקדמים אך אינו אוסר תביעה בשל תוכן הדברים.

השנים שקדמו למלחמת העולם הראשונה היו בארצות הברית שנים של אי-שקט חברתי ושל פעילות רדיקלית, כולל רצח הנשיא מקינלי בשנת 1901. היתה התנגדות להגירת המונים, ומבחינה חברתית התרחשה פרשת מאבוקיה של אמה גולדמן.

אולם חופש הביטוי לפי התיקון הראשון לחוקה כהבנתנו בימינו אלה, מתחיל, לדעת המלומדים של תקופתנו, רק החל מן הפסיקה בעקבות ה־Espionage Act 1917, היינו בעקבות המשפטים שנוהלו בימיה האחרונים של מלחמת העולם הראשונה ואחריה.

עד לעת ההיא היתה נטיית בית המשפט העליון להכיר בתיקון הראשון לחוקה במובנו המלא, שלילית למדי. אף היו שכינו זאת Judicial Insensitivity.

במאמרו של דוד רבן⁵ מובא התיאור הבא לפעילותו הביקורתית של תאודור שרדר שהיה מראשי ה־Free Speech League שנוסדה ב־1902.

Schroeder was the most vitriolic in his criticism of judicial decisions. 'Judicial history', he concluded, 'abundantly shows that courts have destroyed and evaded the constitutional guarantee of freedom of speech and of the press' by 'dogmatically' creating 'new exceptions and limitations, which are not represented by a single word in the constitution itself'. Judges, in Schroeder's opinion, had suffered from 'an epidemic of respectable hysteria' that 'incapacitate[d] them for critical thinking', as demonstrated by their reliance on 'stupid' and 'meaning-less epithets' such as 'licentiousness'. When judges complained that free speech could not be defined, they undertook 'authoritatively to make their own intellectual bankruptcy the limit of the intellectual evolution of the race'.

יוזכר כי גם פסק דין של השופט הולמס בפרשת פטרסון (1907) Colorado הלך בדרכו של בלקסטון והוא שיקף את דעת הרוב דאז. אולם ב־1919 ניתן פסק הדין בפרשת שנק (Schenck) בו עיצב השופט הולמס את אמת המידה החדשה, שלפיה קובעים אם מותר או אסור למנוע פרסום ברבים למרות תחולת העיקרון של חופש הביטוי. הכלל שנקבע על ידי הולמס היה כי ניתן לאסור פרסום או לנקוט בצעדים משפטיים רק אם קיימת סכנה לשלום הציבור שהיא clear

ברנן בפסק דינו, כי הערובות החוקתיות המבטיחות חופש ביטוי ותקשורת חופשית אינן מתירות למדינה להטיל איסור על ההטפה לשימוש בכוח או הפרת חוק, אלא אם כן כוונת הטפה זו (directed) להסית או להביא לידי פעולה בלתי חוקית מיידי (imminent), העלולה (likely) להסית או להביא למעשה כזה.

משמע, הטפה (advocacy) בלבד אינה מספקת כדי להגביל את חופש הביטוי ורק הסתה מכוונת, העלולה להביא לפעולה מיידי (imminent), היא בת עונשין. למבחן של הסיכון "הברור והמיידי" הוסיפו, אפוא, בדרך הפרשנות השיפוטית את שני אלה: "הטפה או הסתה מכוונת", וכן "סיכון מיידי אשר עלול להביא למעשה על אתר".

בית המשפט העליון של ארה"ב סבר לאור הנתונים הנ"ל כי החוק הנ"ל של אוהיו בלתי חוקתי. בית המשפט ציין, כי באירוע נכחו רק חברי ה-Klan פרט לעיתונאי ולצלם. לא היה סיכון (איום) מיידי לאיש. הנאום היה בגדר מעשה של הוראה מופשטת (abstract teaching) של אלימות גזענית, שהוצג בנאום כמעשה אשר "הולם מוסרית". אין לאסור הטפה כזאת, אלא אם כן היא מכוונת להסית או ליצור פעולה בלתי חוקית על אתר (imminent) ועלולה להביא לפעולה כזאת (likely). כאמור לעיל נתוסף יסוד של כוונה (intent).

המבחן המורחב של ברנדנבורג מבטא את הגירסה המודרנית המקובלת של הסכנה, שהיא clear and present. משמע, הולבשה פרשנות מגבילה על הפרשנות של המילים clear & present. משמע, אדם מוגן אם איננו מניע אחר לפעולה על אתר (imminent lawless action).

ברוח דברים אלה פסקו בשנת 1973 בפרשת *Hess v. Indiana*: בעת הפגנה נגד מלחמת ויטנאם אמר מנהיג ההפגנה: We'll take the fucking street later (היינו, נשתלט על הרחוב מאוחר יותר). לדעת בית המשפט, הוא ביטא בכך כוונה שהמעשה יבוצע ב-future time. כתוצאה מכך זוכה בדין.

ישראל פיתחה, בשיטת המשפט שלה, אמת מידה שונה מזו הנוהגת בארצות הברית. אך מובן שגם בשיטה זו התחייבה קביעתו של מבחן שישמש את הרשויות הנדרשות לקבוע אימתי מותר לפגוע בחירות הביטוי: אמת המידה שלנו היא זו של "הוודאות הקרובה". דהיינו, אם נוצרת וודאות קרובה לסיכון החיים או לשלום הציבור, מותר למנוע את חירות הביטוי. להבדיל מאמת המידה האמריקאית של הסיכון שהוא – clear and present ומיידי (אימיננט), עיצב השופט אגרנט בפרשת העיתון "קול העם"⁸ את אמת המידה של "הקרוב לוודאי".

השופט אגרנט דן בפסק הדין האמור בשאלה אימתי רשאי שר הפנים לסגור עיתון, קרי לפגוע בחופש הביטוי, בשל כך שיש בפרסום, לדעתו, כדי לסכן את שלום הציבור; במילים אחרות, מהי אמת המידה המשפטית הישימה למצבים, אשר בהם ניתן לפגוע בחופש הביטוי במסגרת האיזון החינוכי בין זכות היסוד האמורה לבין אינטרס לגיטימי אחר – שלום הציבור.

השופט אגרנט הסביר, כי קנה המידה שעל פיו חייב שר הפנים לשקול את דבר קיומו של התנאי לסגירת העיתון לפי פקודת העיתונות הוא קנה המידה של "הקרוב לוודאי". שומה עליו להשתכנע לפני

and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. When a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and no Court regards them as being protected by any constitutional right.

השופט שרטט קו הפרדה שימושי והגיוני בין זכויות הפרט לחופש הדיבור לבין זכויותיה של החברה: ההפרדה נוצרת ברגע שמעשיו של מביע הדעה יוצרים סיכון שהוא כה ברור ומיידי עד כי הרשות בידי השלטון למנוע את הבעת הדעה.

בשנת 1927 ניתן פסק דינו של השופט ברנדייס (Brandeis) בפרשת ויטני. בעקבות כנס של מפלגת העבודה הקומוניסטית של קליפורניה (C.L.P.C.) הואשמה הדוברת יחד עם אחרים בגיבוש קבוצה, שאורגנה, התכנסה ולימדה סינדיקליזם פילי ופא סייעה לו. התארגנות זאת הייתה אסורה על פי החוק של קליפורניה. ברנדייס הסכים לדחיית הערעור ופסק דינו היה לאשורו ביטוי לגישה מחדשת ומסתייגת, אשר קבעה סייגים שהגבירו ברבות הימים את ההגנה על חופש הביטוי. לדבריו:

Fear of serious injury cannot alone justify suppression of free speech and assembly... there must be reasonable ground to believe that the **danger apprehended is imminent**. There must be reasonable ground to believe that the evil to be prevented is a serious one... In order to support a finding of clear and present danger it must be shown either that immediate serious violence was to be expected or was advocated, or that the past conduct furnished reason to believe that such advocacy was then contemplated.

Those who won our independence by revolution were not cowards. They did not fear political change. They did not exalt order at the cost of liberty. To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present, **unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion**. If there be time to expose through discussion the fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence.

בתקופה מאוחרת יותר, בשנת 1969, ניתן פסק הדין בעניין ברנדנבורג⁷: ברנדנבורג היה ממנהיגי הקוֹקְלוּקְסְקְלָן; נתקיים כנס של הקוֹקְלוּקְסְקְלָן שצולם ושודר בטלוויזיה. הושמעה בה הקריאה הגזענית והבוטה ש"הכושים יחזרו לאפריקה והיהודים לישראל"; "אם הנשיא שלנו ובית המשפט העליון ימשיכו לדכא את הלבנים (בני הגזע הקווקזי), ייתכן שיהיה צורך בנקמה (some revengeance) (taken)". ברנדנבורג הובא לדין לפי החוק האוסר הטפה בדבר קיום חובה, הכרח או נכונות לבצע פשע, חבלה, אלימות או מעשים בלתי חוקיים של טרוריות כאמצעים לביצוע רפורמה פוליטית. הוא נדון באוהיו לשנה עד עשר שנות מאסר ולקנס. בית המשפט העליון הפדרלי ביטל את הרשעתו. בבית המשפט העליון של ארה"ב הדגיש השופט

המבחן האמיתי לחופש הביטוי הוא בעימות עם תגובות של ביקורת החלטית ובלתי-נעימה לאוזן. זאת ועוד, מעמדם ותפקידם של מוסדות ואמצעי תקשורת המונית לסוגיהם בחברה חופשית אינו נמדד על פי המידה בה ממלא כל מרכיב שלהם וכל חוליה שבהם, במועד נתון, אחרי הציפיות של האזרח השקול והמתון, אלא בעיקרו על פי ייעודם וחשיבותם הכללית במערכת המורכבת של גורמים המסייעים בעיצוב דעתו של האזרח ומאפשרים לו שקילה ובחירה חופשיים, תוך ידיעה של המתהווה ותוך יכולת להעריך טיבו וטבעו של כל אירוע, כל הצעה וכל דבר ביקורת.

עיקרו של דבר, בפרשת חברת החשמל קבעה דעת המיעוט כי דברי ביקורת על איש ציבור בעניין ציבורי לא ישמשו עילה לחיוב בעוולה של איסור לשון הרע כל עוד נעשה הפרסום בתום לב. כל זאת בדומה להלכות הפסוקות בארה"ב ההולכות בעקבות התיקון הראשון לחוקה. הרוב בדיון הנוסף בבית המשפט העליון דחה תיזה זו בהסתמכו, בין היתר, על דברי הביקורת של פרופסור ברון על הפסיקה האמריקאית: פרופ' ברון ראה בהשקפה של בית המשפט העליון בארצות הברית שראה כי התיקון הראשון לחוקה מהווה ערובה לקיום "שוק חופשי של רעיונות", השקפה רומנטית ובלתי מציאותית. הרוב גם סבר כי אי-דיוק כלשהו בעובדות, ויהיה אף שולי (בלתי-דומיננטי), יש בו כדי לשלול טענת תום הלב. המיעוט בדיון הנוסף בבית המשפט העליון חלק על הדברים הללו, ואלה דבריו:

המחוקק לא קבע בצורה חדה וחלקה שכל מי שאינו מדייק במסירת עובדה, קלה כחמורה, חשובה או שולית, מהותית או בלתי-רלוונטית, מתחייב לעולם במעשה עוולה ותו לא. לו כך היה הדבר, אכן לא היה מקום לתזיה שהוצגה על ידי. אך לא כן דרכו של המחוקק: הוא הגדיר את לשון הרע אך גם טבע דפוסים לבירורם ומיונם של דברים שנתפרסמו, נתן משקל לתום-הלב ויצר הגנות והקלות שיחולו על סוגי פרסומים למרות שהם בגדר לשון רע. בין היתר גם הגדיר המחוקק אימתי תיווצר חזקה שפרסום לא נעשה בתום-לב ופתח בכך פתח לכך שבמערכת עובדות נתונה תוסק המסקנה ההפוכה. ההגנות המיוחדות האמורות אות וסימן הן שהמחוקק ראה לבכר בנסיבות מסוימות את חירות הביטוי למרות שיש בפרסום משום פגיעה בכבודו של פלוני.

יש באלה בבואה לגישתיסוד אשר מן הנכון שתמשיך ותעבור לדעתי כחוט השני גם עת נדרש בית המשפט לפירוש של החוק או למשמעותו של פרסום, למשל כאשר כתובים, שהם בגדר ביקורת על רשות ציבורית, יכולים להתפרש בין כהבעת דעה ובין כעובדה. לשם סיכום דעתי אין לי אלא לחזור ולהפנות לחלק מאותם ציטוטים, שהובאו על ידי חברי הנכבד בפסק דינו והם דברי השופט אולשן (כתארו אז) בע"א 90/94, שבהם נכלל הקטע הבא:

'לכן מבדיל החוק בין המקרים הרגילים של פרסום לעז ובין מקרים יוצאים-מן-הכלל, בהם יש להעדיף את טובת הכלל על זכותו של הפרט, אף אם כרוכה בזה מידת מה של אי-צדק ביחס לפרט.'

וכן את דברי השופט אגרנט (כתארו אז) בע"פ 24/50, בעמ' 1160:

'החוק מכיר כי במסיבות ידועות ובתנאים מסוימים דורשת טובת הכלל, כדי שזכות היסוד האמורה (הכוונה לחופש הביטוי - מ.ש.) לא תתרוקן מתוכנה - כי לא ייענש אדם על הפצת דברים המכילים לעז,

ההפסקה של הופעתו של עיתון כלשהו לתקופה מוגדרת, כי פרסום החומר הנדון, בהתחשב בנסיבות שבהן נתפרסם, יצר אפשרות סבירה לצמיחת אחת התוצאות הנכללות במושג "סיכון שלום הציבור". לשון אחרת: הוא קבע כי קיום ודאות קרובה בדבר בואה של התוצאה, שהמחוקק חפץ למנעה, מהווה תנאי דרוש להפעלת הכוח הנ"ל. לא יספיק, לשם כך, גילוייה, בדברים שנתפרסמו, של נטייה רעה (bad tendency) סתם; מדובר בקנה מידה, שהוא, לדעתו, מבחינת "שביל הזהב", דהיינו כי "קרוב לוודאי" שכך יפול הדבר (קרי ייווצר סיכון לשלום הציבור) בשל הפרסום הפסול. זהו מבחן הוודאות הקרובה.

מכאן יוצא כי לפי פסיקת בית המשפט העליון אין להגביל את חופש הביטוי, אלא אם כן קיימת ודאות קרובה לסיכון חי אדם, לסיכון ממשי לשלום הציבור או סיכון חמור אחר כיצא באלה.

המבחן של "ודאות קרובה" אינו מחייב שכנוע בכל מקרה שהסכנה לשלום הציבור עלולה לבוא זמן קצר לאחר שנתפרסמו הדברים. קביעת "הקרוב לוודאי" במונח של Probability, אין פירושה בהכרח, קביעת קרבת הסכנה מבחינת הזמן, כלומר במונח של Proximity. אמנם השיקול, כי עקב הפרסום נוצרה סכנה לשלום הציבור שהיא אימננטית, מחזק את ההערכה, שאותה סכנה היא קרובה לוודאי, כשם שהשיקול, כי הפרסום עלול לתת אותותיו בשלום הציבור רק כעבור זמן רב, מרחיק את האפשרות כי התוצאה אכן תקרה.

סיכומם של דברים, היקף ההגנה על חופש הביטוי אינו פריז של מבחן זה או אחר, העומד שרירותית על רגליו הוא. המבחן הוא ביטוי להשקפת העולם שהולידה אותו. הוא נצר של השיטה, והוא מתפרש על רקע ערכיה המקובלים של שיטתנו המשפטית. שיטת ממשל דמוקרטית נושאת עימה הגנה על הזכויות. אחת מהן - ובין החשובות שבהן - היא חופש הביטוי. זה האחרון מוליד את הדמוקרטיה וזו האחרונה שומרת ומגינה עליו. זהו מעגל קסמים, היינו מערכת של יחסים הדדיים המשלימים זה את זה. אין לתאר דמוקרטיה אמיתית, אשר תוכל לשרוד ללא חופש ביטוי.

בדו-שיח בין המשנה לנשיא לשעבר, השופט חיים כהן ז"ל, לבין כותב שורות אלו, שהתקיים אחרי רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל, הסכמנו שנינו לכך, כי לאור תפיסות היסוד שלנו, אין לשנות דבר לגבי כללי הדיון בעניין חופש הביטוי, מאחר שהתפיסות שלנו צומחות מערכי היסוד שלנו. הן באות כביטוי לאמונתנו בערכי הדמוקרטיה, בערכי כיבוד האדם ובזכותו לבטא את עצמו, כל עוד אין הוא מפר את החוק. בוודאי יש סייגים. אם אמרנו, שאין למנוע את חופש הביטוי אלא מול סכנה ודאית קרובה - כפי שאימץ זאת השופט אגרנט בפסק דין קול העם, וכפי שחזרו על כך בצורות שונות - הרי זו דרך המקובלת עלינו גם כיום.

בפרשת חברת החשמל⁹ כתבתי כי אין מקום להותיר ספק כי אימוץ הכללים, המעניקים מעמד מיוחד לזכות הביקורת בנושאים בעלי עניין ציבורי המתיחסים לנושאי משרה ציבורית, אין בו כדי להתיר לכלי התקשורת לסוגיהם כתיבה שלוחת-ירסן או לשחררם מכל סייג. הכללים בדבר חופש הביטוי נבחנים על פי תועלתם ומשמעותם הכוללת לטווח ארוך ואין להעריכם תחת השפעתם של אירועי הרגע. קיומן של זכויות היסוד אינו נתון למחלוקת כאשר הדברים מתנהלים על מי מנוחות וכאשר הרשויות לסוגיהן זוכות למחמאות בלבד. אך

סעיף 10 לנספח ל־Human Rights Act האנגלי משנת 1998, אשר מביא בנספח שלו את מגילת הזכויות הנוהגת בקהילה האירופית ויצר בכך באנגליה מגילת זכויות (Bill of Rights), קובע:

1. "לכל אחד הזכות לחופש הביטוי. זכות זו תכלול את החירות להחזיק בדעה ולקבל ולמסור מידע ורעיונות ללא התערבות רשויות הציבור וללא התחשבות בגבולות.

סעיף זה לא ימנע ממדינות את הדרישה לרישוי של שידורים, טלוויזיה ומיזמים קולנועיים.

2. מאחר וחירות זו נושאת עימה חובות ואחריות, השימוש בה יכול להיות כפוף לפורמליות, לתנאים, הגבלות או עונשים בחוק ואשר דרושים בחברה דמוקרטית למטרות של ביטחון לאומי, שלמות טריטוריאלית או ביטחון הרבים, כדי למנוע איסורים או פשע, להגנת הבריאות או המוסר, להגנת שמם או זכויותיהם של אחרים, כדי למנוע גילוי של מידע שנמסר בנאמנות או כדי לקיים את הסמכות של מערכת השפיטה ואי־הצדייה (אי נטילת הצד) של מערכת השפיטה".

האמנה האירופית אינה משולבת מכוח החוק לתוך המשפט הפנימי האנגלי, אלא החוק האנגלי הנ"ל מביא את מגילת הזכויות כאמור בתוספת שלו והופך סטייה מן האמנה לבלתי חוקית, היינו לפעולה שאינה תואמת את הזכויות (Incompatible) המוקנות בתוספת לחוק שמביא את דברי האמנה האירופית. מהו לכן מעמדן של הזכויות על פי האמנה במשפט הפנימי? הדרך המשפטית הראויה היא זו של הביקורת השיפוטית (Judicial Review). מסתבר כי זכות התביעה היא בעלת אופי מעורב (Hybrid) בעלת משמעות הן במשפט הפרטי (פיצויים) והן במשפט הציבורי (החלטה בדבר אי־התאמה), ולכן ניתן לבחור את אופן נקיטתו של ההליך. אולם, לפני תביעת פיצויים יש לפנות בעתירה נגד הסטייה מן האמנה (incompatibility).

גישתו של בית הדין האירופי מודגמת היטב על ידי דבריו הבאים במשפט *Sunday Times*¹⁰:

While the press must not overstep the bounds set, it is incumbent on it to impart information and ideas on political matters as in other areas of public interest. The freedom of the press also affords one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders; and freedom of political debate 'is at the very core of the concept of a democratic society' (Lingens, above, paragraphs 41 and 42). As well as being important to the press, the Court has held that the principles embodied in Article 10 are equally applicable to the administration of justice, 'which serves the interests of the community at large and requires the co-operation of an enlightened public' (*Sunday Times v. U.K.* (1979) Series A, No. 30; 2 E.H.R.R. 245, para. 65).

כיום מבטאת אצלנו הלכת "קול העם" את ההלכה המחייבת, ובעקבות פסק דין בפרשת חברת החשמל הותוו הגבולות באופן המונע את עקיפתו של עקרון חופש הביטוי על ידי חסימת הדרך לביקורת על רשויות השלטון או על נושאי תפקיד. המקובל הוא כי דעת המיעוט הפכה לדעת הרוב.

הואיל והתקלה שתיגרם לציבור מצמצום־יתר של חופש הדיבור וחופש הכתיבה עדיפה בעיני החוק על גרימת נזק פרטי כלשהו.

בבג"ץ 73/53, כינה השופט אגרנט את חופש הביטוי בשם זכות עילאית, המהווה תנאי מוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות.

אינני חולק על דעת חברי הנכבד כי יש להבחין בין חופש להפקרות וכי יש מבין החירויות, אשר יש צורך לסייגן, בתנאים או בנסיבות נתונים, למען טובתו של הכלל, אולם השאלה היא בכל עת איפה מציבים את החיץ ומהו הקו המנחה במלאכה של תחמת התחומים: אין ללמוד מדברי חברי, אשר דומה כי הציב את הזכות של אדם לכבודו ולשמו הטוב מעל לחופש הביטוי, כי לדעתו אסורה בכל עת ואחת ולתמיד כל הוצאת לעז, יהיו הנסיבות אשר יהיו, כי הרי בכך היה מרוקן מתכנון את ההוראות שבחוק הקובעות הגנות למקרים שבהם יש במילים שהושמעו משום לשון הרע. כך גם אין ללמוד מהענקתו של מעמד מוגן ומועדף לחופש הביטוי, כי לעולם אין לסייגו כהוא זה.

סיכומי של דבר, כאשר החוק קובע הגנות שלפיהן לא יראו בדברים שנאמרו או נכתבו בנסיבות נתונות משום עבירה או עוולה, למרות שיש בתכנון משום לשון הרע, הרי יש חשיבות רבה לגישת היסוד, היינו אם היא מחמירה, דוקנית ומודרכת על ידי קנה־מידה מצמצם ובה למשל, להטיל מוראו של החוק על מקרים שוליים, כגון אלה שבהם עוד נעסוק בהמשך, בהם נשתרבו אי־דיוקים קלי־ערך וחסרי חשיבות מהותית לנוסחו של הכתוב שהוא בעיקרו בגדר הבעת דעה על התנהגות פסולה של נושא תפקיד ציבורי; או שמא יש לפרש את הכתוב, כפי שאפשר, בדרך ליברלית ולראות בהגנות שהוגדרו בחוק החרות, משום ביטוי למגמה שלא לפגוע, מעל למידה המינימלית הדרושה, בביקורת חופשית על נושאים ציבוריים.

דעת המיעוט היא כיום הדעה המקובלת ולפיה פסקו בתי המשפט בשנים האחרונות.

האמור בסקירה זו אומץ בחקיקה של ארצות בעלות שיטת משפט דומה לשלנו, ואלו נתנו ביטוי מפורש וברור לחופש הביטוי. כך אומר סעיף 19 לאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות מ־1948:

Article Nineteen

Freedom of Opinion and Expression

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.
2. Everyone shall have the right to freedom of expression: this right shall include the freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.
3. The exercise of the rights provided in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:
 - (a) For respect of the rights or reputation of others;
 - (b) For protection of national security or of public order (ordre public), or of public health and morals.

- .Univ. Press) (*Legacy of Suppression*)
Commentaries on the Laws of England (London 1765–69) book 4 chap. II, 151–152. .4
- David Rabban, 90 *Yale L.J.* 514 (1981). .5
- Debs (Frohwerk (249 U.S. 204 (1919) פרשת Debs; (1919 U.S. 47 249
 (1919 U.S. 211 (249)); פרשת Abrams (250 U.S. 616 (1919)), אשר בו
 הוליכה אמת המידה הנ"ל לזיכוי, מאחר ולא נוצר, לדעת בית המשפט, סיכון
 מייד (Imminent), ופרשת Gitlow (268 U.S. 652 (1925)). .6
- Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969). .7
- בג"ץ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז' 871. .8
- ע"א 723/74, פ"ד לא (2) 281 ויד"נ 9/77, פ"ד לב (3) 337. .9
- Sunday Times v. U.K.* (1979), Series A. No. 30; 2 E.H.R.R. 245. .10

קיום הנורמה החוקתית תלויה כמובן בעירנות ציבורית מתמשכת, כדי למנוע סרוס או קיצוץ, המשנים כוונת מעצבי הנורמה. אם תתקבל בעתיד חוקה המפרטת את זכויות היסוד, יהיה בכך כמובן עיגון נוסף וחזק יותר של עקרון חופש הביטוי.

הערות

- .1 A.B.F. Res. J. 521. 1977
- .2 Harvard Univ. Press. (1967)
- .3 ראו: Chafee, *Free Speech in the United States* Cambridge Mass. 1948, p. 21
- Leonard Levy, "Emergence of a Free Press" (1985) (Oxford דברי 21