

## החירות הפוליטית וחופש המימון

אוון פיס\*

### מבוא

"האכילו את ידידיכם והרעיבו את אויביכם". אומנם מימרה מוכרת זו הייתה מאז ומתמיד נר לרגלי משטרים אוטוריטריים שמנהיגיהם תפסו את השלטון בכוח הזרוע, אך ההיסטוריה מלמדת שהמימרה מנחה גם מנהיגים שנבחרו כחוק. מנהיגים כאלו ופקידיהם שולטים במשאביה הכספיים העצומים של המדינה, שמקורם בעיקר במיסים, והם מקצים כספים אלו ליוזמות ולמוסדות על פי בחירתם, בעוד הם מונעים אותם מאחרים.

כשהמנהיגים הנבחרים מפעילים את כוחם באמצעות שליטה במימון, אל לנו להניח שהם פועלים ממניעים פוליטיים גסים. אכן, חלקם מפעילים את כוחם בדרך זו – כדי לתגמל את אלו שתמכו בהם בבחירות קודמות, לגייס תומכים חדשים, או להעניש את מי שהעז לבקר אותם ולהפגין התנגדות. לא קל להרוות את הצמא לניצחון אלקטורלי. אולם תהיה זו טעות להניח שההסבר למניעיהם של מנהיגים נבחרים הוא כה ציני. ניתן להניח באותה המידה שהבחירות שעשו מנהיגים אלו בהקצאת כספי המדינה מבוססות על רצון כן לקדם את המדיניות שבגינה נבחרו, וכי הם מאמינים שתשפר את חייה של האומה.

מערכת שלטון דמוקרטית מניחה שמנהיגיה הנבחרים יהיו חופשיים להפעיל את הכוח העומד לרשותם, ובכלל זה כוח המימון, כדי לקדם את מדיניותם המוצהרת ואת האינטרס הציבורי על פי תפיסתם. גם אם מתנהל ויכוח ער על הסיבות האמיתיות להחלטות המימון ועל מידת התבוננות של המדיניות שאותם נבחרים מבקשים לקדם, התפיסה הדמוקרטית מניחה שמוטב להכריע ויכוחים אלו במערכות בחירות. אולם, הנחת מוצא בדמוקרטיה היא שהריבונות נותרת בידי האזרחים מהשורה – הם אלו שמוכרחים לבחור את מנהיגיהם ולשפוט את ביצועיהם. הנחה נוספת היא שלאותם מנהיגים נבחרים אסור להשתמש בסמכויות שבידיהם כדי לתמרן את ציבור הבוחרים או לשלוט בו. אין להציג בפני הציבור רק את גרסתו של הממשל בדיון ציבורי, וגם אין למנוע ממנו הזדמנות מלאה והוגנת לשקול גם את טיעוניה של האופוזיציה. כך, בעוד שבמשטר דמוקרטי ניתן למנהיגים נבחרים שיקול דעת רחב בתחומים רבים – ובכלל זה בשאלה כיצד יוקצו כספי ציבור – דרושות מגבלות על פעילות שלטונית שסותרת הנחות יסוד מרכזיות של דמוקרטיה כשלטון עצמי, או חותרת תחתיהן. בדמוקרטיה רבות, אם לא ברובן, קיימת חוקה המכילה הוראות המגילות מפני פעולות נבחרים ציבור אשר מאיימות על אופייה הדמוקרטי של המערכת הפוליטית. במקרים אלו, האכיפה והיישום של אותן ההוראות יהיו בידי רשות שופטת שאינה לוקחת חלק בהתנצחויות של הפוליטיקה האלקטורלית. יש לראות את הסדרים המבטיחים את חופש הביטוי כמממשים תכלית זו. הסדרים אלו אינם מגינים מפני כל האיומים על הדמוקרטיה, אלא רק מפני אלו שמהווים התערבות בהתבטאויות המכוונות

\* פרופסור אמריטוס למשפטים בקתדרה על שם סטרלינג, אוניברסיטת ייל. תודה מיוחדת לברנדון סדובסקי ממחזור 2018 של בית הספר למשפטים של ייל, על סיועו המעולה בעריכה ובמחקר.

לציבור ואשר עוסקות במדיניות ובסוגיות ציבוריות. לדוגמה, זמן רב פורשו הוראות המבטיחות את חופש הביטוי באופן שמגביל את יכולתם של נבחרי ציבור להביא להעמדה לדין של אנשים שמתתפים במחאה לא אלימה נגד מדיניות שהבחרים אישרו לאחרונה בקלפי. מניסיון חוקתי זה ניתן להפיק לקחים חשובים לגבי המגבלות שיש להטיל על החופש של נבחרי הציבור להקצות כספי ציבור לארגונים או לאנשים המעורבים בדין ציבורי. כדי להבין מדוע, עלינו לפנות תחילה לכתובתו של אלכסנדר מייקלג'ון ולרעיון החירות הפוליטית שפיתח, ואז לבחון את התפקיד שמילא רעיון זה בעיצוב פעילות בית המשפט העליון של ארצות הברית – דמוקרטיה ותיקה, אולי הוותיקה בעולם.

### א. אלכסנדר מייקלג'ון ורעיון החירות הפוליטית

מייקלג'ון היה מחנך מוערך והוגה פוליטי שחי ופעל בארצות הברית במאה העשרים. הוא כיהן כנשיא קולג' אמהרסט בשנים 1912–1924, ובשנת 1948 פרסם את ספרו "חופש הביטוי והיחס בינו לבין שלטון עצמי", שזכה, בצדק, לפרסום רב.<sup>1</sup>

בספרו זה ניסה מייקלג'ון לתת עיגון תיאורטי לאידיאל הפוליטי של הדמוקרטיה ולהצילו משתי רעות חולות שהעיקו באותה העת עליו ועל החברה האמריקנית. הראשונה הייתה האוטוריטריות הכה מוכרת של ברית המועצות. השנייה הייתה האנרכיזם, שהיה המוקד של הרדיקליזם האמריקני בראשית המאה העשרים, והיה מזוהה עם דמויות היסטוריות כדוגמת אמה גולדמן, ניקולה סאקו וברתולומיא ונצטי. אפילו בשנות הארבעים של המאה העשרים, האנרכיזם, והאדרתו את חירות הפרט, נתפס על ידי אחדים כחלופה היחידה לאגרוף הברזל האכזרי של המשטר הסובייטי.

מייקלג'ון דחה דיכוטומיה זו ודיבר בשבחה של צורת שלטון שלישית – הדמוקרטיה – אשר תשמור על כוחה של המדינה בה בשעה שתספק סוג מסוים של חירות אזרחית. מחד גיסא, בניגוד לאנרכיזם, מייקלג'ון הגן על הלגיטימיות של הכוח המדינתי, והכיר בכך כי לשלטון – גם לשלטון דמוקרטי – ישנה הסמכות "להכריח אנשים לעשות מה שלא היו עושים מרצונם החופשי".<sup>2</sup> מאידך גיסא, בניגוד למשטרים אוטוריטריים, ראה מייקלג'ון במדינה הדמוקרטית כלי להשגת שלטון עצמי ומשום כך גם חירות פוליטית. על פי השקפתו, כאשר אנשים מושלים בעצמם, כקהילה או כקולקטיב, הם "חופשיים פוליטית".<sup>3</sup> החירות שעליה דיבר מייקלג'ון אינה החירות האנרכיסטית, כלומר יכולתם של פרטים לעשות ככל העולה על רוחם כשהם מוגבלים רק על ידי תחושת האחריות האישית שלהם, אלא חירות פוליטית – חירות השייכת לעם כעם.

המדינה הפכה לכלי לשלטון עצמי ורכשה את אופייה הדמוקרטי, על פי מייקלג'ון, בכך שנענתה לרצונות ולאינטרסים של העם שנתפס כקהילה או כקולקטיב. היענות שכזאת דורשת שהפקדים המפעילים את כוחה של המדינה יהיו נתונים לבחירות סדירות ותקופתיות, שבהן יוכלו אזרחים מן השורה לבטא את תמיכתם בפעילות הנציגים או את התנגדותם לפעילותם זו, וכן לבחור את אלו שימשלו בהם בעתיד. זאת ועוד, מייקלג'ון האמין גם שריון חופשי ופתוח בסוגיות ציבוריות הינו הכרח במדינה דמוקרטית, שאם לא כן יחסרו לאזרחים היסודות – הרעיונות והעובדות – הדרושים להם כדי לממש את זכותם האזרחית באורח נכון ומושכל. הוא סבר כי "יש לאפשר למצביעים [...] להיות נבונים ככל האפשר. רווחת הקהילה מותנית בכך שאלו שמכריעים בסוגיות יבינו אותן. עליהם לדעת על מה הם מצביעים".<sup>4</sup> דבר זה, הוסיף מייקלג'ון, "דורש שככל שיאפשר הזמן, כל העובדות והאינטרסים הנוגעים לעניין יוצגו באופן מלא והוגן".<sup>5</sup>

מייקלג'ון כתב בתקופה שבה בחירות תקופתיות של עובדי ציבור היו מאפייני ותיק ומבוסס של החברה האמריקנית, אשר ככלל לא נתפס כמצוי תחת איום מידי כלשהו. לא כך הדבר בנוגע

לאידאל – המהווה גם הוא דרישת סף לדמוקרטיה – שלפיו יש לאפשר דיון פתוח וחופשי בסוגיות ציבוריות חיוניות. בשעה שכתב את הדברים החלה להתבסס הדינמיקה שעד מהרה הובילה אל המלחמה הקרה ולמסע הצלב האנטי־קומוניסטי בראשותו של הסנטור ג'וזף מקארתי. הקומוניזם ואף הסוציאליזם המתקדם הוכתמו כ"רעיונות מסוכנים" וגבר הלחץ לדכא אותם.<sup>6</sup> ספרו של מייקלג'ון, וההרצאות הציבוריות שהיו הבסיס לכתיבתו, גינו צעדים כאלו כאיום, במונחים שלו, על שלמותו של הדיון הציבורי, ולכן כאיום על הדמוקרטיה. על פי מייקלג'ון, "ככל שהקהילה המושלת בעצמה מבקשת לרכוש תבונה באמצעות פעולת ההצבעה, ביכולתה למצאה [את התבונה] רק במחשבתם של אזרחיה האינדיבידואליים. אם הם כושלים, כושלת גם היא. משום כך אין להגביל את חופש הדיון שלהם".<sup>7</sup>

בנושא חופש הביטוי היה מייקלג'ון אבסולוטיסט ודחה את הרעיון של איזון. בדחותו את האיזון, לא הציג מייקלג'ון טיעון מתודולוגי כללי על האופן שבו ראוי ליישב מחלוקות בדבר חופש הביטוי, אלא הצהיר על חשיבותו של הדיון הציבורי בשלטון עצמי דמוקרטי. הוא האמין שלמדינה הזכות והחובה להגביל ביטויים מסוגים מסוימים. כפי שאמר: "אפשר וצריך לאסור ולהעניש על דברי דיבה".<sup>8</sup> הוא אף הכיר בכך שניתן להעניש בדין הפלילי אדם שצועק לשווא "שריפה!" בתיאטרון צפוף, מפני שמדובר בניסיון לזרוע בהלה אשר עלולה להוביל לפציעה ואף למוות של אנשים בתיאטרון.<sup>9</sup> מה שאין להגבילו, על פי מייקלג'ון, הוא הדיון הציבורי בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית מכרעת – למרות הסכנה המשוערת שדיבור כזה טומן בחובו. בנוקטו עמדה אבסולוטיסטית זו בדבר שלמות השיח הציבורי, דחה מייקלג'ון את התפיסה, שרווחה בשעתו, כי את ההכרח לשמור על פתיחות הדיון הציבורי ניתן "לאזן" אל מול צורכי הביטחון הלאומי או למתן ביחס אליהם.

אף שאלכסנדר מייקלג'ון לא היה משפטן, הוא הציג את תפיסתו בדבר חשיבות ההגנה על פתיחות הדיון הציבורי כפרשנות של התיקון הראשון לחוקה האמריקנית – "הקונגרס לא יחוקק שום חוק [...] שיגביל את חופש הביטוי". אולם אני סבור שהאבסולוטיזם של מייקלג'ון, בניגוד לזה שמזוהה עם עבודתו של השופט הוגו בלאק, לא נגזר מהניסוח הייחודי של אותו תיקון או התבסס עליו: "הקונגרס לא יחוקק שום חוק". לדעתי הסיבתיות נעה בכיוון ההפוך. מייקלג'ון ניסח תחילה את התפיסה הפוליטית שלו – שמפרטת את התנאים להשגת חירות פוליטית באמצעות שלטון עצמי דמוקרטי – ורק לאחר מכן השתמש בתיקון הראשון כקולב המשפטי שעליו תלה את תפיסתו. כבואו להגן על השיח הציבורי, ביטל מייקלג'ון את ההבחנה בין "ביטוי" לבין "פעולה". הוא הבין שפעולות מסוימות, למשל, מכירת ספר או השתתפות במחאה, מהוות תרומה משמעותית לשיח הציבורי. הוא ראה בתיקון הראשון כמגן על פעולות תקשורתיות מעין אלו, או, כפי שקרא להן, "ביטויים בהתנהגות" ("speech-actions"). אך עם זאת הוא הודה בפה מלא שפעולות תקשורתיות מסוימות אינן תורמות לשיח הציבורי. דוגמה טובה לכך היא פרסומת מסחרית המפצירה בצרכנים לקנות סיגריות או בירה. הוא ראה בפעולות תקשורתיות שכאלו – שלא תרמו לדיון הציבורי בנושאים בעלי חשיבות ציבורית – כחוסות תחת הגנתו של התיקון החמישי לחוקה האמריקנית, לא הראשון.<sup>10</sup> התיקון החמישי אוסר על המדינה לשלול חירות ללא הליך משפטי הוגן,<sup>11</sup> ומייקלג'ון הבין את המילה חירות בתיקון זה ככוללת את הזכות לדבר או לתקשר. בעיניו, חירות זו לדבר, שלא כמו חופש הביטוי המובטח בתיקון הראשון, אינה מוחלטת; ניתן לאזנה כנגד תכליות חברתיות גדולות יותר ומשום כך היא כפופה לאסדרה סבירה.<sup>12</sup> הגם שחלוקה זו של חופש הביטוי בין התיקון הראשון לבין התיקון החמישי עשויה להיראות משונה ואף מלאכותית למשפטן המודרני, היא איננה שונה מאוד מהתפיסה המקובלת, המזהה בתיקון הראשון הגנה מיוחדת על פעילויות תקשורתיות אשר, בניגוד לפרסום מסחרי רגיל, תורמות להבנתן של מחלוקות פוליטיות.

### ב. מתיאוריה פוליטית לדוקטרינה משפטית

בשנת 1964, למעלה מחמש עשרה שנה לאחר שמייקלג'ון פרסם לראשונה את ספרו, היטה בית המשפט העליון של ארצות הברית את הדין לכיוון האבסולוטיזם שבו דגל, ונתן הגנה גם לביטוי פוגעני שהינו חלק חיוני מהשיח הציבורי. הדבר קרה בפרשת ניו יורק טיימס נ' סאליבן, מקרה שעלה מתביעה של פקיד ציבור במונטגומרי, אלכמה, אשר טען שהוצאה דיבתו רעה בפרסומת אשר נפרשה על פני עמוד שלם בעיתון "ניו יורק טיימס"<sup>13</sup>. פרסומת זו הוכנה ומומנה על ידי תומכיו של מרטין לותר קינג והאשימה את חברי מועצת העיר של מונטגומרי בכמה הפרות של זכויות אזרח. חבר המועצה שהגיש את התביעה טען שהיו אי־דיוקים עובדתיים בהאשמות אלו, וטענותיו התקבלו על ידי בתי המשפט של אלכמה.

לפני פסיקת בית המשפט העליון, הניחו רוב עורכי הדין שלשון הרע שגורמת לנזק ממשי למוניטין בשל אמירות כוזבות, מצויה מחוץ טווח הגנתו של התיקון הראשון – כי דברי דיבה אינם בתחום "חופש הביטוי". בעניין ניו יורק טיימס הפריך בית המשפט הנחה זו והטיל מגבלות חוקתיות פדרליות על תביעות דיבה שמוגשות על ידי פקידי ציבור. בית המשפט פסק שעל פקידים אלו להוכיח תחילה שהיו אי־דיוקים עובדתיים בפרסום, ולאחר מכן, שהמפרסם ידע שהעובדות שציין הן כוזבות או שעצם את עיניו ביחס לסיכון זה.<sup>14</sup> הלכה זו, הידועה כהלכת "הזדון בפועל" ("actual malice"), שללה מפקדי הציבור את היכולת לזכות בסעד על בסיס סטנדרט של אחריות מוגברת או אפילו על בסיס הוכחת רשלנות. ההלכה יצרה, כפי שהצהיר בית המשפט, "מרווח נשימה" עבור העיתונות, והתבססה על ההבנה שאין מנוס מהופעתם של אי־דיוקים עובדתיים בלהט הדיווח התקשורתית ובעיצומן של מחלוקות פוליטיות.<sup>15</sup> בית המשפט קבע שמשמעותו המרכזית של התיקון הראשון היא להבטיח שהדיון בנושאים בעלי חשיבות לאומית יהיה "בלתי־מוגבל, ער ופתוח לרווחה".<sup>16</sup>

זמן לא רב לאחר שניתנה פסיקה זו כתב הארי קלבן, פרופסור באוניברסיטת שיקגו, סדרת מאמרים בשבחה, ואלו הובילו לקיבועה של הנוסחה שבה השתמש בית המשפט לתיאור "משמעותו המרכזית של התיקון הראשון".<sup>17</sup> אף על פי שקלבן התפעל מהשפה הרעננה והמקורית שבה השתמש מחבר פסק הדין, השופט ויליאם ברנן, כדי להגדיר את מטרתו העליונה של התיקון הראשון, הוא ראה בדעה זו אישור של תיאוריית חופש הביטוי ששטח אלכסנדר מייקלג'ון לראשונה בשנת 1948 בניסיון להגדיר את התנאים למשילות דמוקרטית. קלבן, מעריץ וחבר של מייקלג'ון – השניים התנגדו יחד למקארתיזם של שנות החמישים – סיפר שמייקלג'ון תיאר את פסיקתו של בית המשפט בעניין ניו יורק טיימס נ' סאליבן כסיבה לרקוד ברחובות – לא דבר של מה בכך, בהתחשב בעובדה שמייקלג'ון היה אז בן 92 ונפטר חודשים אחדים בלבד לאחר מכן.

פסיקת בית המשפט בפרשת ניו יורק טיימס נ' סאליבן לא הייתה פסיקה בודדת. עקבות של תיאוריית החירות הפוליטית של מייקלג'ון ניכרו בפסיקות בית המשפט העליון בתיקי חופש הביטוי למשך תקופה של כעשרים שנה, החל מהעשור שקדם לפסיקת סאליבן ובמשך כעשור אחריה, המזוהה לרוב עם שמו של נשיא בית המשפט העליון ארל וורן. במהלך תקופה זו, הוצרו ביתר שאת צעדיהם של הצנזורים המדינתיים בניסיונם להגביל את הדיון הציבורי בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית. תביעות המבקשות לצנזר ביטויי תועבה הוגבלו באופן דומה לתביעות דיבה.<sup>18</sup> בית המשפט אף יצא מגדרו על מנת לאסור על העמדה לדין פלילי של משתתפים בתהלוכות ובהפגנות של תנועת זכויות האזרח,<sup>19</sup> ובתוך כך פיתח דוקטרינה ששימשה לאחר מכן להגנה על המפגינים נגד מלחמת וייטנאם.<sup>20</sup> נוסף על כך, התנגד בית המשפט למסע הרדיפה האנטי־קומוניסטי המזוהה עם הסנטור מקארתי ועם ועדת בית הנבחרים לפעילות אנטי־אמריקנית, וכחלק מהאסטרטגיה שלו הטיל מגבלות מחמירות והולכות על היכולת להעמיד לדין אדם בגין קידום רעיונות חתרניים הקוראים לפעולה

נגד מדיניות הממשל (subversive advocacy). בשנת 1969, חודשים אחדים לפני פרישת הנשיא ארל וורן, דחה בית המשפט גרסה מרוככת של מבחן הסכנה הברורה והמיידית, ששימש בשנות החמישים המוקדמות כדי להרשיע בפלילים את ראשי המפלגה הקומוניסטית. בפסיקתו משנת 1969 קבע בית המשפט שניתן להעמיד לדין בגין קריאה לאלימות רק אם היא מכוונת לביצוע "פעילות בלתי-חוקית מיידית" אשר סיכויי הצלחתה טובים.<sup>21</sup>

בכל המקרים הללו המדינה מילאה את תפקידה באופן דומה לשוטר – הטלת פקודות המגובות באיום בכוח. באמצעות האיום בהליכים פליליים ניסתה המדינה להשתיק פעילי זכויות אזרח, מפגינים נגד מלחמת וייטנאם, ובעלי דעות קומוניסטיות. במקרה משנת 1969 הגן בית המשפט על משתתפים בעצרת של הקו קלאקס קלן מפני העמדה לדין פלילי. המדינה נהגה כשוטרת גם בפרשת ניו יורק טיימס נ' סאליבן, אף כי שם הפקודה הגיעה מדוקטרינת לשון הרע, וההשלכה של אי-ציות לפקודה זו לא הייתה כליאה או קנס כי אם פסיקת פיצויים.

חרף זאת, חשוב גם להדגיש שהחירות הפוליטית שעליה ניסה מייקלג'ון להגן יכולה להיות מאוימת לא רק על ידי ממשלה הפועלת כשוטר או כרגולטור, המצווה על אנשים לשתוק, היא יכולה להיות מאוימת גם כאשר הממשלה מקצה כספי ציבור. נכון הדבר, שלפעמים הממשלה משתמשת בכוח המימון לשם קידום החירות הפוליטית, כפי שהיא עושה כאשר היא מממנת ספריות ציבוריות, אוניברסיטאות ממלכתיות, מוזיאונים אזרחיים ותקשורת ציבורית, או בעת שהיא מחלקת במישרין מענקים לפרטים ולארגונים שעשויים למתוח ביקורת על המדיניות הקיימת. צעדים אלו עשויים לחשוף את הציבור לרעיונות סותרים ומגוונים באופן שמאפשר את השלטון העצמי הדמוקרטי ומחזק אותו. אך ניתן גם להשתמש בכוח המימון כדי למנוע או לעוות דיון ציבורי כאשר מחד גיסא מונעים מימון באופן סלקטיבי מגורמים שברצונם לקדם רעיונות או נקודות מבט מסוימים, ומאידך גיסא מקצים את אותו המימון עצמו לתומכים במדיניות הממשל.<sup>22</sup>

כאשר בוחנים את פעולות השיטור של המדינה, נראה שהתיקון הראשון לחוקה משמש כמגן על הדובר ובד בבד מרחיב את תחום האוטונומיה של הפרט ומעשיר את השיח הציבורי. מקרים שמאתגרים את המדינה בכובעה המממן הם מאתגרים הרבה יותר, מפני ששני הערכים הללו – חירות הפרט והעשרת השיח הציבורי – עשויים להיות מנוגדים משום שהכספים שניתנים לאחד יישללו מהשני. עקב כך על הרשות השופטת להחליט בכוחם של אילו דוברים להעשיר את השיח הציבורי. כפי שניסח זאת מייקלג'ון, התיקון הראשון אינו מגן על "פטפטנות בלתי-מוסדרת", אלא דורש שכל מה שראוי להיאמר ייאמר. הרשות השופטת לא רק מחויבת להכריע בדבר התנאים והצרכים של השיח הציבורי, אלא עליה גם להנחות את הרשויות המחוקקת והמבצעת כיצד להקצות כספים באופן שיקדם את השיח או את הדיון הציבורי. מטרתה של התערבות מעין זאת היא לוודא, בהתאם לנוסחת ניו יורק טיימס נ' סאליבן, שהדיון בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית יהיה "ער, בלתי-מוגבל, ופתוח לרווחה".

על רקע קביעה זו, פסל בית המשפט העליון בראשות השופט וורן בשנת 1967 חוקים ותקנות של מדינת ניו יורק שחייבו פרופסורים באוניברסיטאות הממלכתיות לחתום על הצהרה שהם אינם חברים במפלגה הקומוניסטית, ושאסרו על הפרופסורים הללו לבטא אמירות "בוגדניות או חתרניות".<sup>23</sup> כעניין טכני בלבד התנגד בית המשפט למעורפלות של אותם חוקים ותקנות, אבל בהביעו התנגדות זו הוא הונע על ידי הצורך לקדם חירות פוליטית. כפי שהסביר בית המשפט, "עתיד האומה תלוי במנהיגים שהוכשרו באמצעות חשיפה רחבה לאותם חילופי דעות ערים, אשר מגלים אמת 'מתוך בלייל רעיונות, [ולא] דרך סלקציה אוטוריטרית כלשהי".<sup>24</sup> עבור בית המשפט, העובדה שהמדינה איימה על החירות הפוליטית באמצעות מניעת הטבה ממשלתית – במקרה הזה

העסקה – ולא באמצעות הטלת קנס או כליאה, לא העלתה ולא הורידה. יהיו האמצעים אשר יהיו, ההשפעה על השיח הציבורי אחת היא.

מחויבותו של בית המשפט בראשותו של השופט וורן להגן על החירות הפוליטית כבואו לבחון הקצאות כספים ציבוריים באה לידי ביטוי גם בפסיקה משנת 1967 אשר מנעה מהנהלת בית ספר מקומי לפטר את אחד ממוריו שביקר בפומבי את מדיניותו.<sup>25</sup> בדומה לכך, בשנת 1969 דרש בית המשפט מתחנת רדיו שקיבלה רישיון מרשות התקשורת הפדרלית לתת לאדם שהותקף על ידי התחנה את הזכות להגיב, ובכך למעשה אישר את דוקטרינת ההוגנות של הרשות, אשר במובנה הרחב ביותר דרשה משרדנים לסקר סוגיות בעלות חשיבות ציבורית ולעשות זאת באופן הוגן ומאוזן.<sup>26</sup>

### ג. הרביזיוניזם של השופט רנקוויסט

באמצע שנות השבעים הגיע בית המשפט העליון בראשות השופט וורן לקיצו. ארל וורן, הוגו בלאק וויליאם דגלאס – כל אחד בפני עצמו כוח מניע בקואליציה הליברלית – פרשו. במקומם מינה הנשיא הרפובליקאי ריצ'רד ניקסון את וורן ברגר, לואיס פאוול והארי בלאקמן. יורשו של ניקסון, ג'רלד פורד, בעברו מנהיג המפלגה הרפובליקנית בבית הנבחרים, מינה את ג'ון פול סטיבנס לבית המשפט העליון. הנשיא ניקסון מינה גם את ויליאם רנקוויסט כדי למלא את המקום שהתפנה עם פרישתו של ג'ון הרלאן.

הרלאן לא היה חלק מהקואליציה השלטת בבית המשפט של וורן ובדרך כלל נתפס כשמרן, אבל רנקוויסט התברר כשמרן מסוג שונה לחלוטין. הוא לא חש מחויבות לתקדימים ואף נראה כאילו הוא נחוש למחוק את מורשתו של בית המשפט של וורן, לא רק בסוגיות של שוויון גזעי וצדק במשפט הפלילי אלא גם בנושא חופש הביטוי. בהקשר זה, האסטרטגיה הראשית שלו הייתה לחלק את כובעי המדינה השונים ולהתייחס אל התיקון הראשון בראש ובראשונה כאל הגבלה על המדינה כשותרת או כריבון, להבדיל מבעלת קניין, מעסיקה, מחנכת או מממנת.

כשופט קבע רנקוויסט את סדר היום של בית המשפט ולעיתים קרובות זכה לפריוויליגיה לנסח את דעת הרוב, וכך היה בעמדה נוחה במיוחד לעצב את המתקפה על מורשת בית המשפט של וורן. בשנת 1986 מינה הנשיא רונלד רייגן, רפובליקני אף הוא, את רנקוויסט לנשיא בית המשפט העליון, לשמש כמחליפו של וורן ברגר אשר פרש, ובכך התאים את החזות החיצונית של בית המשפט למציאות הפנימית.

בשנות השבעים והשמונים נשאר השופט ברנן – מחבר פסק הדין ניו יורק טיימס נ' סאליבן וחסידו הנלהב ביותר של מייקלג'ון – על כס השיפוט, והתנגד בחריפות לרביזיוניזם של רנקוויסט. לרוב מצא ברנן את עצמו בדעת מיעוט, אך מדי פעם בפעם הצליח לקבץ מספיק שופטים כדי ליצור רוב. בשנת 1976 פסק ברנן שהנהוג המסורתי לפטר פקידי ממשלה וזוטרים שאינם משתתפים בעיצוב מדיניות ושאינם שייכים למפלגה הפוליטית המנצחת, פוגע בחופש הביטוי.<sup>27</sup> הוא ראה פרקטיקות אלו כהרסניות עבור פלורליזם פוליטי הנובע ממושג החירות הפוליטית שאותו ביקש התיקון הראשון לקדם. כפי שטען, "אל לממשלה להשתמש בשלילת הטבה ציבורית כדי ליצור תמריץ שיאפשר לה להשיג את מה שאין ביכולתה להורות עליו ישירות".<sup>28</sup>

זאת ועוד, ברנן כתב את דעת הרוב בפסק הדין בעד הגנה על ספריית בית ספר ציבורי מפני מסע שריפת ספרים והצהיר כי "אסור להנהלות של בתי ספר מקומיים להסיר ספרים ממדפי ספריית בית ספר אך ורק מפני שאינן אוהבות את הרעיונות הכלולים בספרים אלו".<sup>29</sup> לחיזוק עמדתו ציטט את ג'יימס מדיסון, שזה זמן נחשב ל"אבי החוקה", ואשר בהמשך הפך לנשיאה הרביעי של ארצות הברית. עוד לפני מייקלג'ון אמר מדיסון: "ממשלה של העם, ללא מידע בידי העם, או האמצעים

להשיגו, אינה אלא מבוא לפארכה או לטרגדיה, או אולי שניהם גם יחד. עם שברצונו למשול בעצמו צריך לחמש את עצמו בכוח הידע".<sup>30</sup>

באופן שראוי לציון אף יותר, בשנת 1984 הצליח ברנן להרכיב רוב לטובת הרחבת יכולתם של גופי שידור לא-מסחריים במימון ציבורי לסקר סוגיות שבמחלוקת על ידי פסילת חקיקה של הקונגרס שאסרה על גופי שידור אלו להביע דעות.<sup>31</sup> הוא תיאר את החקיקה כהתערבות ב"זכותו העליונה של הציבור לקבל מידע מלא ונרחב על סוגיות בעלות חשיבות ציבורית".<sup>32</sup> אולם ביולי 1990, לאחר 34 שנות כהונה, לקה ברנן באירוע מוחי ופרש מבית המשפט, תוך שהוא מפנה את השטח לרנקוויסט.

כבר במושב הבא כתב רנקוויסט, בשבתו כנשיא בית המשפט, את פסק דין ראסט נ' סאליבן, שהתקבל ברוב של חמישה שופטים נגד ארבעה, אשר למעשה שחרר את הממשלה בהפעילה את סמכויות הקצאת הכספים שלה מכבלי התיקון הראשון.<sup>33</sup> בפסק הדין שלו, הביע רנקוויסט אדישות מוחלטת להשלכות או להשפעה על השיח הציבורי שעשויות להיגרם על ידי הגבלות על המימון הממשלתי וביקש לפתוח פרק חדש לגמרי בתולדות חופש הביטוי. המקרה הנידון התייחס לתוכנית מימון פדרלית שנועדה לתמוך בארגונים שנתנו שירותי תכנון משפחה. החקיקה המקורית קבעה שאין להשתמש בכספים אלו כדי לממן תוכניות הכוללות הפלות כאחת השיטות לתכנון המשפחה. בשנת 1988, בעידן רייגן, פרסם שר הבריאות ושירותי האנוש שתי תקנות ליישום ההנחיה הסטטוטורית, אשר נגדן הוגשה העתירה.

תקנה אחת אסרה על אנשי צוות ורופאים העובדים בסוכנויות שירותי בריאות המקבלות מימון ממשלתי להמליץ למטופלותיהם לשקול הפלה כשיטה לתכנון המשפחה. למעשה, נאסר עליהם להפנות נשים הרות למבצעי הפלות, גם אם הן ביקשו הפניה כזאת. הגם שהיו כאלו שראו בכך הפרה בוטה של חופש הביטוי, אני, מתוך המסגרת של מייקלג'ון להגנה על שלמותו של השיח הציבורי, איני רואה את הדברים כך. האשמה כזאת דורשת בחינה זהירה יותר. נכון שתקנה זו מתערבת כדיבור או בכיטוי שבהתנהגות, אבל החירות שנשללת חוסה תחת הגנתו של התיקון החמישי ולא הראשון. לחלופין, כמו החירות לפרסם פרסום מסחרי רגיל, יש לראותה כחירות פחותה או בלתי-מרכזית המובטחת על ידי התיקון הראשון. היא נתונה לאיזון כנגד המטרות החברתיות שאותן משרתת התקנה ולנוק שנגרם. דרך ניתוח זו מתאימה מפני שהדיבור בין חולה לרופא אינו שייך לתחום השיח הציבורי – החיוני לשמירה על שלטון עצמי דמוקרטי – אלא לזה של שיחה פרטית או ייעוץ מקצועי.

התקנה השנייה, שפורסמה בשנת 1988, אסרה על תמיכה ציבורית בהפלות והפרה באופן מובהק את התיקון הראשון. באותה עת היה זה אחד הנושאים השנויים ביותר במחלוקת, והתקנה אסרה על אנשי צוות ורופאים העובדים בתוכנית שירותי בריאות במימון ממשלתי להשתתף בפעולות אשר "מעודדות, מקדמות או ממליצות על הפלות כשיטה לתכנון המשפחה". נאסר עליהם לשאת דברים בשעות העבודה בעד הזכות להפלה, וכן נאסר עליהם להשתמש במימון ממשלתי כדי לפרסם חוברות או עלונים ברוח זו. לא הוטל איסור דומה על התבטאות ציבורית נגד הפלות. בעקבות כך, עיוותה תקנתו של השר את השיח הציבורי בסוגיה בעלת חשיבות ציבורית מכרעת לטובת הנשיא המכהן, מפלגתו, והארגונים הנוצריים הפונדמנטליסטיים שהיו חלק מהקואליציה שלו. הדברים היו משוליים, אם להשתמש בדימוי שהיה חביב על מייקלג'ון, למנחה של אסיפת עיר הנותן רשות דיבור לצד אחד בלבד בסוגיה שבמחלוקת עזה.

במאמר חשוב על מושג החירות הפוליטית, ביקר רוברט פוסט את השימוש שעשה מייקלג'ון במטפורת אסיפת העיר כדי להעריך את תוקפה של פעולה שלטונית המשפיעה על דיבור.<sup>34</sup> לאסיפת

עיר, טען פוסט, יש סדר יום שנקבע או הוגדר מראש, אשר לא קיים בחברה המודרנית, דרכו ניתן להעריך את מידת הרלוונטיות או המרכזיות של התבטאויות שונות שעשויות לבוא מקרב האזרחים המשתתפים באסיפה. ואולם לדעתי, הגם שנכון שבחברה המודרנית אין סדר יום מוגדר בכיבוד, לרשות השופטת יש בסיס רחב לזהות את הנושאים שהינם, כרגע, בעלי חשיבות מכרעת עבור הציבור, או אם לומר זאת באופן מטפורי יותר, הרשות השופטת יכולה לפעול על בסיס סדר היום הציבורי כפי שהיא מבינה אותו, בהכירה בכך שסדר יום זה ישתנה במשך הזמן, שהוא תלוי באיזון ספור גורמים מקריים, ופחות תמיד לשינוי.

בפרשת ניו יורק טיימס נ' סאליבן הונח על כף המאזניים החופש לפרסם מודעה שמומנה על ידי פעילי זכויות אזרח שאותה תיאר בית המשפט כ"ביטוי של זעקת עוול ומחאה באחת הסוגיות הציבוריות הראשיות של זמננו".<sup>35</sup> בדומה לכך, מה שהיה מונח על כף המאזניים במקרה ראסט נ' סאליבן היה הזכות להביע תמיכה ציבורית בזכות לבצע הפלה, אשר תוארה באותה העת ברעת המיעוט של השופט בלקמן, מחבר רו נ' וייד, "כאחת הסוגיות המפלגות ומעוררות המחלוקת העזה ביותר שידעה האומה בשנים האחרונות".<sup>36</sup> בביקורתו על מייקלג'וז טען פוסט שאין שום "נקודה ארכימדית" שממנה יכול בית המשפט לפסוק לגבי סדר היום הציבורי.<sup>37</sup> אבל את זאת ניתן לומר על החלטות רבות של הרשות השופטת, או אף על כולן, ובכלל זה, לדוגמה, ההחלטה שהפרדה גזעית בבתי ספר הינה בלתי-שוויונית במהותה. הרשות השופטת לעולם אינה מדברת מתוך נקודה ארכימדית, שהיא מבט משום מקום, אלא רוכשת את המוניטין האובייקטיבי שלה באמצעות כיבוד כללי המערכת – המגבלות המוטלות על השימוש בכוח המשפטי – הנקבעים על ידי הקהילה המקצועית שאליה שייכת הרשות השופטת.

רנקוויסט לא השתתף בדיונים תיאורטיים שכאלו. הוא לא הכחיש שחוקיותן של הפלות היא סוגיה בעלת חשיבות ציבורית מכרעת, או שהיא מרכזית בסדר היום הציבורי. במקום זאת, הוא הגן על ההגבלה על התמיכה הציבורית בהן במונחים אחרים: "הממשלה", אמר נשיא בית המשפט העליון, "לא הפלתה על בסיס השקפה; היא פשוט בחרה לממן פעילות אחת על חשבון פעילות אחרת".<sup>38</sup> באומרו כך רמז רנקוויסט שהוא מתמודד עם שתי קטגוריות שונות בתכלית – אפליה על בסיס השקפה מחד גיסא ומימון סלקטיבי מאידך גיסא – כאשר למעשה אין הדבר נכון. אפליה על בסיס השקפה, האסורה לפי התיקון הראשון כאשר מדובר בהתבטאות ציבורית, עשויה להתרחש ברגע שמימון סלקטיבי עולה כדי העדפת התומכים בעמדה אחת על פני רעותה.

את עמדתו של נשיא בית המשפט העליון רנקוויסט ניתן לבסס לא על האמונה שמימון סלקטיבי לעולם אינו מוביל לאפליה על בסיס השקפה, אלא על הטענה הפשוטה שמותר לשלטון לממן פעילות אחת על פני רעותה. נקבל טיעון זה ונניח שמותר לממשלה לממן שירותי בריאות בלי שתממן גם הפלות כשיטה לתכנון המשפחה. ברם, בנסחו את התקנה משנת 1988 לא עצר השר בנקודה זו, אלא הוא הרחיב את תחולתה של התקנה גם על הבעת תמיכה פומבית בהפלות, ובכך נאלץ להתמודד עם ההגבלות של התיקון הראשון וההגנה שהוא נותן לחירות הפוליטית. ניתן היה לטעון שתקנה האוסרת כל התבטאות ציבורית בדבר הזכות להפלה – בעד או נגד – כשלעצמה פוגעת בשלמות הדיון הציבורי, מפני שהיא מונעת מהציבור לקבל מידע מלא בסוגיה שמפלגת את החברה. מסיבה זו, ייתכן שאפליה על בסיס השקפה אינה תנאי הכרחי לפסילת איסור על הבעת תמיכה בהפלות, אך היא בוודאי תנאי מספיק. מימון הבעת התנגדות ציבורית להפלות אבל לא תמיכה ציבורית בהפלות זוהי התערבות גסה ביכולת השלטון העצמי של הקהילה. הציבור נחשף רק למחצית הסיפור. במקום אחר בחוות דעתו ציין נשיא בית המשפט העליון שנותרת חירות לאנשי הצוות ולרופאים של סוכנות שירותי בריאות המקבלת מימון: גם אם יקיימו את התקנה של השר, הם יישארו חופשיים



להתבטא בעד הפלות בזמנם החופשי, או לפרסם חוברת בעזרת כספים שאותו ארגון שירותי בריאות יקבל ממקורות אחרים שאינם ציבוריים. אלא שחירות זו שעליה דיבר רנקוויסט עלולה להיות תיאורטית בלבד. הוא לא עצר לבדוק אם בפועל קיימים כספים חלופיים, ממקורות לא-ממשלתיים, הזמינים לארגוני שירותי הבריאות כדי לממן פרסום חוברות המקדמות את הזכות להפלה או מתן הרצאות לאחר שעות העבודה. אף לא ברור למה החירות שנותרה לצוות ולרופאים לסגור בעד הפלה יכולה להצדיק את ההשפעה החד-צדדית הברורה של ההגבלות על מערכת המימון הפרדלי שהוטלו על ידי השר.

#### ד. שובו של מייקלג'ון: הגבלות חדשות על כוח המימון

האיום על החירות הפוליטית שבא לידי ביטוי במקרה ראסט נ' סאליבן לא החזיק מעמד. כעבור ארבע שנים, ביוני 1995, בית המשפט העליון, באופן מפתיע, בפסקתו של השופט אנתוני קנדי שמונה על ידי רייגן, הניע את ההלכה בכיוון הפוך במידה משמעותית, אף כי השינוי עבר כמעט ללא התייחסות. המקרה המדובר – רוזנברגר נ' הרקטור והמפקחים של אוניברסיטת וירג'יניה – עלה בעקבות החלטה של אוניברסיטה ממלכתית לשלול מימון מהוצאה לאור של עיתון סטודנטים. הסטודנטים חפצו במימון שמקורו באגרה של 14 דולר שהאוניברסיטה גבתה מכל סטודנט, ושימשה להקמת ומימון קרן לפעילויות הסטודנטים. קבוצת סטודנטים פנו לאוניברסיטה בבקשות לכספים שהיו דרושים להם, והתקנות שעל פיהן חולקו הכספים קבעו במפורש שניתן להשתמש בכספים אלו לכיסוי עלותם של פרסומים בחסות ארגוני סטודנטים. אולם התקנות גם קבעו שאין להשתמש בכספים אלו כדי לממן "פעילות דתית", שהוגדרה כפעילות אשר "בעיקרה מקדמת או מביעה אמונה פרטיקולרית באלוהות או בנוגע לה או במציאות נשגבת". על בסיס כך דחו פקידי אוניברסיטת וירג'יניה בקשה של קבוצה נוצרית אוונגליסטית, בשם Wide Awake Productions, לקבלת תקציב למימון עלות פרסום עיתון. בית המשפט העליון פסק שהתקנה של האוניברסיטה, בתנאיה ויישומה, מפרה את חופש הביטוי שמובטח בתיקון הראשון.<sup>39</sup> למעשה, בית המשפט העליון דרש שהאוניברסיטה תממן את הפרסום המוצע.

התקנה העוסקת בתמיכה בהפלות של שר הבריאות ושירותי האנוש שנידונה בראסט נ' סאליבן הייתה מקרה מובהק של אפליה על בסיס השקפה – שלילת תקציבים פדרליים מביטויים הקוראים לקידום הפלות, בשעה ששימוש בתקציבים פדרליים לתמיכה בקריאות נגד הפלות התאפשר. ובכל זאת היא צלחה תקיפה חוקתית על פי התיקון הראשון על בסיס הטענה המוצהרת שזו הייתה פשוט הגבלה על התוכנית הממומנת. בפרשת רוזנברגר נמנע קנדי לחלוטין מההתחמקות של רנקוויסט. הוא הבין שהגבלת מימון עלולה להוות אפליה על בסיס השקפה ופסל את איסור האוניברסיטה על מימון פעילויות דתיות על בסיס עילה זו בדיוק. ואולם יש להדגיש כי בכך הפעיל קנדי תפיסה רחבה ביותר של אפליה על בסיס השקפה.

קנדי פתח בכך שהכיר במלאכותיות שבתיאור מחשבה דתית כ"השקפה", וסבר שיהיה יותר נכון להבינה כ"תפיסת עולם כוללת".<sup>40</sup> הוא מצא פגם בכך שהאוניברסיטה שללה מימון מעיתוני סטודנטים התופסים את הדת "כהנחה מסוימת, כנקודת מבט, כנקודת ראות שממנה ניתן לדון במגוון נושאים".<sup>41</sup> בעיקרו של דבר, מה שהדאיג את קנדי לא היה אפליה נגד "השקפה" אלא אפליה נגד מה שניתן לכנות "תפיסה" או "נקודת מבט".

לקנדי הייתה גם תפיסה רחבה למדי של מושג האפליה ושל הדינמיקה שמעצבת את השיח הציבורי. אף על פי שהמבקש שנשלל ממנו מימון בפרשת רוזנברגר היה קבוצת סטודנטים נוצרים אוונגליסטים, קנדי הניח (ולדעתי בצדק) שתקנות האוניברסיטה היו חלות גם על קבוצת סטודנטים

שקידמה השקפה או תפיסה יהודית, מוסלמית, או בודהיסטית. קנדי הניח גם שהאיסור שהטילה התקנה יחול גם על קבוצת סטודנטים המסורה לקידום אתאיזם או שלילת קיומו של אלוהים או כל אלוהות אחרת. הנחה זו נראית לי שגויה, מאחר שהאיסור על מימון "פעילויות דתיות" כוון, ברמה הבסיסית ביותר, נגד פעולות להמרת דת או קידום האמונה באלוהות – מה שבוודאי לא ניתן לומר על אתאיסטים. ואף על פי כן, בהינתן הנחתו של קנדי, קיומה של דעת מיעוט אילץ אותו להסביר מדוע הוא מאמין שתקנת האוניברסיטה מפלה את אלו שמקדמים נקודת מבט או תפיסה דתית. בתגובה הכחיש קנדי כי "כל ויכוח הוא דו־קוטבי" וכי "דיבור אנטי־דתי הוא התגובה היחידה לדיבור דתי".<sup>42</sup> הוא סיכם קו מחשבה זה באמירה: "אם נושא הוויכוח הוא למשל גזענות, אזי הדרתן של כמה השקפות על בעיה זו הינה מנוגדת לתיקון הראשון לא פחות מאשר הדרתה של השקפה אחת בלבד".<sup>43</sup>

כל ההערות הללו של קנדי על טיבו של הדיון הציבורי נראות נכונות, אך קשה להבין כיצד הן נותנות מענה להתנגדותה של דעת המיעוט: איפה האפליה? ייתכן שקנדי אומר שאף על פי שהתקנה מונעת מימון הן מאתאיסטים והן מתאיסטים, היא מאפשרת מימון של ריבוי נקודות המבט על אתיקה אישית או מדיניות ציבורית שאינן מתייחסות במפורש לדת אבל אפשר להבינן כשוללות נקודת מבט דתית, פוגעות בה, מתעלמות ממנה או חותרות תחתיה. לחלופין, ייתכן שקנדי שוטח טענה נועזת אף יותר בדבר מקור הפגיעה בתיקון הראשון: הפגיעה לא נובעת מהעדפת נקודת מבט אחת על פני אחרת אלא מדיכווי הדיון או הוויכוח בסוגיה או בנושא בעל חשיבות ציבורית מכרעת. על פי קריאה זו, עלינו להבין שאף על פי שקנדי מעלה את סוגיית האפליה על בסיס השקפה, הוא למעשה מתנגד לכך שהאוניברסיטה מדירה נושא או סוגיה. אם לשוב ולהידרש למטפורת אסיפת העיר של מייקלג'ון, לא זו בלבד שהתיקון הראשון אוסר על המנחה לבחור בדובר האנטי־דתי על פני הדובר שמקדם את הדת, אלא שהוא גם מונע מהמנחה להוריד את הדת מסדר היום של האסיפה ולמנוע כל דיון בנושא.

אף על פי שאי־ודאויות אלו בדבר משמעותה של אפליה על בסיס השקפה עלולות להמשיך להתקיים, ברור לגמרי שבהעלאת מושג זה קנדי אינו מעלה טענה בדבר מצבם הנפשי – כוונתם או מטרתם – של הפקידים שפרסמו את התקנה שבמחלוקת נגד מימון פעילויות דתיות. קנדי הבין היטב את הקושי, או אף את היעדר האפשרות, של ייחוס מטרה או כוונה אחת ויחידה, או אף עיקרית, לגוף בעל חברים רבים. ייתכן שחלק מהחברים חשבו שפעילות כזאת הינה "מסוכנת", או "פוגענית"; לא מן הנמנע שאחרים פשוט חלקו מבחינה אישית על תפיסה דתית או דחו אותה; סביר יותר שהיו כאלו שהיו שותפים לתפיסה זו אך חשבו שלא כדאי לאוניברסיטה להסתבך בקידום או בטיפוח פעילויות דתיות מאחר שרוב הסיכויים שהדבר יהיה כרוך במיסיונריות. לשיטתו של קנדי, הסיבה, העילה או המטרה שהובילו לפרסום התקנה לא היו חשובות. מה שקבע הוא לא המטרה אלא ההשפעה, ההשלכה או הפגיעה של התקנה. התקנה השפיעה לרעה על פעילויות המבוססות על תפיסה דתית ובכך פגעה בשיח הציבורי. קנדי חשש שהתקנה שבמחלוקת "טטיל דופי" בפעילויות דתיות ובכך תסתכן "בדיכווי חופש הביטוי והחשיבה היצירתית".<sup>44</sup>

חשיבותם של ניתוחו של קנדי והלכת רוזנברגר לדוקטרינת חופש הביטוי זכתה במידה רבה להתעלמות בעת שניתן פסק הדין. ריאליסטים משפטיים סירבו לקרוא אותה כאמירה כללית בדבר הכללים שהתיקון הראשון משמיע ביחס למימון ממשלתי של ביטוי, וראו את אופיים הדתי של הפרסומים הנידונים ככוח המניע שמאחורי הפסיקה. פירוש זה של הלכת רוזנברגר זכה לתמיכה בדעת המיעוט אשר בעיקרה, אם כי לא באופן בלעדי, התנגדה לדעת הרוב בנימוק שהשימוש בכספים פרץ את החומה שבין הדת למדינה.<sup>45</sup> אלו שאוזנם הייתה כרויה יותר לדוקטרינה המשפטית הרגישו

את אופייה הייחודי של התוכנית הממשלתית, ובייחוד את העובדה שהתוכנית של האוניברסיטה תוכננה כדי לתמוך בקשת רחבה ומגוונת של פעילויות סטודנטים, ובהקשר זה מנעה מימון מעיתון ששיקף תפיסה דתית. הקבוצות האחרות היחידות שזכו ליחס מסתייג היו כאלו שעסקו בניהול תעמולת בחירות או בשתדלנות.

תפיסות מגבילות אלו של רונברגר התפוגגו, או היו צריכות להתפוגג, מיד לאחר שבת המשפט נתן את החלטתו בפרשת תאגיד שירותים משפטיים נ' ולאסקז<sup>46</sup> בפברואר 2001. גם הפעם פסק הדין נכתב על ידי השופט קנדי, והוא השתמש בפרשת רונברגר כדי לפסול הגבלה שהטיל הקונגרס על חופש הביטוי, אשר הופיעה מאז שנת 1996 בחקיקה בעניין התקציב השנתי שהועבר לתמיכה בתוכניות שירותים משפטיים. ההגבלה מנעה מעורכי דין הפועלים בכל ארגון אשר נתמך על ידי הממשלה לייצג לקוח בניסיון לתקן חוק רווחה קיים או לערער עליו, בין על בסיס סטטוטורי ובין על בסיס חוקתי. ההגבלה לא חלה על עורכי דין מארגוני סיוע משפטי שהגנו על חוקי רווחה קיימים. קנדי הסיק שההגבלה של הקונגרס, כמו זו של תקנת האוניברסיטה בפרשת רונברגר, היא מקרה של אפליה אסורה על בסיס השקפה.

עורכי הדין שמייצגים מקבלי קצבאות רווחה מנסים להגן על האינטרסים הפרטיים של הזכאים. השופט קנדי הדגיש שבמאמץ זה מסייעים עורכי הדין גם לרשות השופטת לבצע את תפקידה, דהיינו להחליט האם חוקי הרווחה ותקנותיה תקפים. מובן שפונקציות שירות אלו הן חשובות, אבל הגבלה על הטעונונים שאותם מותר לעורכי דין לשטוח כאשר הם מספקים שירותים אלו אינה נוגעת להגנה הספציפית שנותן התיקון הראשון ולשיח ציבורי. מנגד, כפי שאנו בארצות הברית למדנו להבין בעידן זכויות האזרח באופן דרמטי ועמוק, הטעונונים שמועלים על ידי עורכי דין גם תורמים תרומה משמעותית לשיח הציבורי. אף שטעונונים אלו מופנים אל השופטים ולא אל הציבור, ולעיתים קרובות לובשים צורה טקסית, הם מועלים בבית משפט פתוח שאליו יש גישה חופשית לעיתונות ולציבור. כאשר פנה ת'ורגוד מרשל אל בית המשפט העליון בפרשת בראון נ' מועצת החינוך בשנות החמישים<sup>47</sup>, הוא כיבד את הכללים הספציפיים שנקבעו עבור טעונונים בפני בית המשפט, אך הדבר לא הפחית מהעובדה שדבריו היו חלק מדין ציבורי ומבוא נחוץ להחלטה שיפוטית שהציתה ויכוח בסוגיות בעלות חשיבות לאומית, ויכוח אשר היה, במושגיו של ברנן, אכן "בלתי-מוגבל, ער, ופתוח לרווחה".

באמצעות התקנת תקנות או חקיקת חוקים בתחום הרווחה, הרשות המבצעת או המחוקקת בהכרח נוקטות עמדה בדבר כשרות האמצעי, ובמשתמע משדרות עמדה זו לציבור הרחב. כבואם לעתור נגד חקיקה זו, פרקליטי הסיוע המשפטי לא רק מספקים שירות ללקוחותיהם ומסייעים לרשות השופטת לבצע את תפקידה, אלא שהם גם מביעים את עמדותיהם, הן בפני הציבור והן בפני הרשות השופטת, על אודות חוקתיותו של החוק המדובר, ומציגים נימוקים לעמדתם. נוסף על כך, הם מקווים שבית הדין, או אולי זרוע שלטונית הקשובה יותר ללחץ ציבורי, ינקטו פעולה שאותה הם מבקשים. כאשר הוא מונע מפרקליטים להתבטא באופן כזה, הקונגרס משתק למעשה את קול ההתנגדות שסביר ביותר שיהיה לממשלה ובמובן זה מתערב "בחילוף הרעיונות החופשי" שעליו מבקש התיקון הראשון להגן.<sup>48</sup>

בפרשת ולאסקז טענה הממשלה בפני בית המשפט העליון שהאיסור על פרקליטים להגיש עתירות נגד חוקי רווחה מונע מהרצון "שמערכת הרווחה הקיימת תפעל באופן יעיל והוגן יותר".<sup>49</sup> כמו בפרשת רונברגר, המקרה שבו הגבילה אוניברסיטת וירג'יניה מימון של פעילויות דתיות בהובלת סטודנטים, התמקד קנדי לא במטרה אלא בהשפעה, וכאן הייתה ההשפעה שנאסרה – עיוות השיח הציבורי – בולטת אף יותר מאשר בפרשת רונברגר, ואף מכרעת יותר. ארגון סיוע משפטי שצוותו

יעסוק בפעילות אסורה שכזו נידון לאבד את כל המימון הפרדלי שלו, לא רק את החלק היחסי, הקטן או הזעיר, של המימון ששימש לתמיכה בעתירה נגד חוק הרווחה הקיים.

נכון שאפשר היה להקים ארגון שלם נפרד כדי לעסוק בפעילות שכזו. ואולם, ארגון כזה היה צריך להסתמך לחלוטין על משאבים פרטיים, דבר בלתי-סביר אם הציפייה היא לגייסם מהאנשים שאת האינטרסים שלהם פעילות זו מבקשת לקדם – הפונים למערכת רווחה. זאת ועוד, פעילותם היום-יומית של פרקליטי סיוע משפטי בייצוג הפונים למערכת הרווחה בניסיון לקבל הטבות בהתאם לחוק הקיים, עשויה להשפיע מאוד על האופן שבו פרקליטים אלו רואים את מערכת הרווחה ולשים אותם בעמדה טובה יותר לעימות עם הממשלה. קנדי במפורש הכיר בכך שההגבלה המדוברת תמנע העלאת טיעונים מסוימים מפני "שאיין ערוץ חלופי לביטוי הטענות שאותן מבקש הקונגרס להגביל".<sup>50</sup> כאשר פסל את האיסור על השמעת טיעונים מסוימים על ידי עורכי הדין של ארגוני סיוע משפטי המקבלים מימון ממשלתי, עמד קנדי בפני דילמה אסטרטגית. פסילת האיסור הייתה עלולה לגרום להפסקת המימון הממשלתי של ארגוני סיוע משפטי באופן גורף. המימון עלול היה להיתפס כחלק בלתי-נפרד מהאיסור על השמעת הטיעונים, ואף אם בית המשפט סבר אחרת, הקונגרס היה עשוי לסרב להקצות כספים לסיוע משפטי ככלל. בית המשפט לערעורים, שפסק גם הוא שהאיסור מנוגד לחוקה, החליט שניתן לנתק את האיסור מההקצאה המדינית. מכיוון שהיבט זה של החלטת בית המשפט לערעורים לא זכה להתייחסות הצדדים בסיכומים שהגישו לבית המשפט העליון, אמר השופט קנדי שבית המשפט, בהפעילו את "שיקול דעתו", לא יתייחס לסוגיית אפשרות הניתוק, וכך הותיר את פסיקת בית המשפט לערעורים בסוגיה זו על כנה. בהפעלתו שיקול דעת באופן זה קנדי לא רק הוכיח תבונה פוליטית – הרי בחמש עשרה השנים שלאחר ולאסקו המשיך הקונגרס לממן שירותי סיוע משפטי. נוסף על כך, הוא גם הונחה, אני מניח, על ידי הערכים הגלומים בתיקון הראשון, וביקש לעשות את מה שביכולתו כדי להגן על שלמותו ועל חיותו של השיח הציבורי.

קנדי היה צריך גם להתמודד עם תקדימים. הוא הכיר בכך שהתקנה שנפסלה בפרשת רונברגר, שאסרה על מימון פרסומי סטודנטים שמשקפים תפיסה דתית, הייתה חלק מתוכנית שמטרתה "עידוד מגוון דעות" (מבחינה טכנית, אם כי רק מטפורית, יצרה המדינה "פורום ציבורי ייעודי").<sup>51</sup> אבל הוא סירב, בצדק, לראות עובדה זו כמצדיקה הגבלה של העיקרון שעמד בבסיס פסיקה זו. בית המשפט ביקש להגן על החירות הפוליטית ועל חילוף הרעיונות החופשי המונחים בבסיס התקנה, והפגם שמצא היה בכך שהאוניברסיטה פגעה בשיח הציבורי או עיוותה אותו, ולא בכך שהייתה צבועה או בלתי-עקבית והגבילה מימון לדיון בנושאים מסוימים, אולם איפשרה את מימוןם של אחרים.

בפרשת רונברגר התייחס קנדי אל התיקון הראשון כאל מקור עצמאי של האידיאל הפלורליסטי שנפגע על ידי האוניברסיטה המדינתית, ולא כבסיס ליצירתו של השתק פדרלי.

על אף זאת, קנדי כשל כאשר ניסה ליישב את ההכרעה בפרשת ולאסקו עם ההכרעה בפרשת ראסט נ' סאליבן על ידי הדגשת נסיבה מסוימת. קנדי טען שעניין רונברגר – ועכשיו ולאסקו – עסקו באיסורים על ביטוי פרטי, לא-ממשלתי, בעוד שעניין ראסט עסק בביטוי ממשלתי, או ליתר דיוק, בשימוש "בישיות פרטיות כדי להעביר מסר ממשלתי".<sup>52</sup> אם נתמקד באיסור על תמיכה ציבורית בהפלות שפורסם על ידי השר בשנת 1988, נראה כי מבחינה עובדתית אפיון זה של עניין ראסט הינו כוזב. אין הבדל בין עורך דין בארגון סיוע משפטי במימון ממשלתי התוקף את חוקתיותה של תקנת רווחה, לבין רופא העובד במרכז שירותי בריאות במימון פדרלי הנושא נאום בזכות הפלות כהליך רפואי הולם ולעיתים הכרחי. בשני המקרים, אדם שקיבל מימון ממשלתי מבקש לקדם או לבטא באופן פומבי את עמדתו בעוד חוקים וקווי מדיניות מונעים ממנו לעשות כן.

קשה לתפוס את הבסיס התיאורטי של ההבחנה שמצייר קנדי. כאשר אנו חושבים על ראסט נ' סאליבן, אנחנו יכולים להניח בביטחון שהנשיא רייגן והמינויים הפוליטיים שלו היו כמובן חופשיים להביע את דעותיהם על אודות מוסריותן של הפלות; החירות של נבחר ציבור לעסוק בקידום מטרות ציבוריות היא מרכיב חיוני בפוליטיקה הדמוקרטית. אנו יכולים גם להניח שיחס נאות ליסודות הפוליטיקה הדמוקרטית מאפשר לאותם נבחר ציבור להימנע ממימון מרפאות שירותי בריאות המבצעות הפלות. אך תהיה זו טעות, מנקודת המבט של התיקון הראשון, להפוך סמכויות דמוקרטיות אלו למצב שיאפשר לאותם פקידים להפעיל את כוח המימון באופן שימנע מרופאים העובדים בסוכנויות בריאות במימון ממשלתי להביע בפומבי את עמדותיהם בדבר המוסריות של הפלות. זאת, ביחוד כאשר לרופאים העובדים באותן סוכנויות בריאות במימון ממשלתי, ורואים בהפלות פגם מוסרי, מותר להביע את דעתם. שימוש כזה בכוח המימון אינו מקדם את הדמוקרטיה. הוא מעוות ומטה את השיח הציבורי, מבלבל את ההבנה של הציבור באשר לעמדת אנשי המקצוע בסוגיה, וכיוצא מכך פוגם ביכולת הציבור למשול בעצמו.

קנדי הצטרף לדעת הרוב של רנקוויסט בעניין ראסט נ' סאליבן. עניין זה נידון בראשית כהונתו של קנדי בבית המשפט, כאשר ייתכן שעוד לא ירד לעומקם המלא של הדברים, ובכל מקרה סביר שלא הרגיש בנוח לפרוץ נתיב משלו. ניתן להעלות טענה דומה באשר לשופט דוד סאוטר, שמונה לבית המשפט על ידי הנשיא הרפובליקני ג'ורג' בוש האב באוקטובר 1990, והיה גם הוא חלק מהרוב בפרשות ראסט נ' סאליבן וולאסקו. שניים מהשופטים האחרים שהרכיבו את הרוב בראסט נ' סאליבן – אנטונין סקאליה וויליאם רנקוויסט – היו בדעת מיעוט בולאסקו. השופטת סנדרה דיי אוק'ונור, שהייתה בדעת מיעוט בפרשת ראסט בנימוק שתקנת השר חרגה מסמכותו הסטטוטורית, הייתה בדעת מיעוט גם בעניין וולאסקו. סקאליה ואוק'ונור היו מינויים של הנשיא רייגן ורנקוויסט, מינוי של הנשיא ניקסון, מונה לכהונת נשיא בית המשפט העליון על ידי רייגן.

סקאליה כתב את דעת המיעוט בעניין וולאסקו, ובשנים שלאחר מכן היה בדעת מיעוט במקרים אחרים שבהם ביקשו רוב השופטים להגביל את כוח המימון בשם חופש הביטוי (אם כי הצטרף לדעתו של קנדי בפרשת רוזנברגר). ביצירת מסורת זו של דעות מיעוט לקח על עצמו סקאליה את עול הניסיון להחיות את הלכת ראסט נ' סאליבן, ובניסיון זה הצטרף אליו קלרנס תומאס (אשר מונה על ידי הנשיא ג'ורג' בוש האב).<sup>53</sup>

באחד מפסקי הדין שלו בשורת פרשות אלו שם סקאליה דגש על המילה "יצמצם" ("abridge") כפי שהיא מופיעה בתיקון הראשון: "הקונגרס לא יחוקק שום חוק [...] שיצמצם את חירות הביטוי".<sup>54</sup> סקאליה שאל כיצד עשויות ההגבלות על מימון "לצמצם" את חופש הביטוי כאשר פרטים – רופאים, עורכי דין, אומנים – שנשלל מהם השימוש בכספים ממשלתיים לשם קידום הרעיונות שלהם, נשארים חופשיים להביע את דעתם בעד איזו עמדה שהם רוצים, ובתנאי שהם מוכנים לעשות זאת ללא התמיכה או הסיוע של תקציבים ממשלתיים. אולם האמת היא ש"לצמצם" אין פירושו "לאסור" או "למנוע" אלא "לפגוע", "להפחית", או על פי מילון אוקספורד המקוצר, "לקצר". מניעת מימון מבעלי עמדות או תפיסות מסוימות אכן עשויה לפגוע ביכולתם או בכוננותם של אותם פרטים להתבטא או להפחיתן.

עם זאת, לא ניתן ליישב את הטענות של סקאליה באמצעות תרגילים סמנטיים אלו, שכן הוא משקף נקודת מבט יסודית ורחבה הרבה יותר. הוא מניח שהתיקון הראשון מגן על פעילות אינדיבידואלית, חופש הביטוי, ואילו אני ואולי אף קנדי, ההולכים בעקבות ברנן, וקלמן לפניו, ומייקלג'ון לפניו, רואים את המונח "חופש הביטוי" בהקשר חברתי יותר. המונח מתייחס לתופעה חברתית או לפעילות חברתית – שיח ציבורי בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית מכרעת – ושולל כל הגבלות שתהיה להן

השפעה מדכאת ומעוותת של פעילות זו. מנקודת מבט זו, העובדה שפרט נשאר חופשי מבחינה תיאורטית או פורמלית אינה מספיקה. מה שחשוב הוא ההשפעה שצפויה להיות להגבלת המימון על השיח הציבורי בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית מכרעת, והנטל יפול על הרשות השופטת, המבודדת מפוליטיקה מפלגתית, להבטיח שמימון תוכניות יעשיר את השיח הציבורי ולא יפגע בו. כביצוע ביקורת שיפוטית על ניסיונות להפעיל את כוח המימון תגביל הרשות השופטת מטבע הדברים את פעילויותיהם של פקידי ציבור שנבחרו באופן דמוקרטי. בעשותה כן, תפעל הרשות השופטת באופן דומה לפעילותה כאשר היא מונעת העמדה לדין פלילי של פרטים המבטאים עמדות רדיקליות, בלתי-מקובלות או אף חתרניות. הרשות השופטת תנסה להגן על הדמוקרטיה מפני פעולה של נבחר ציבור החותרת תחת יסודות הדמוקרטיה. האמת הבסיסית, ככל שהיא פרדוקסלית ומורכבת, ואשר חמקה לא אחת מעיניהם של סקאליה ואלו שעשויים לבוא בעקבותיו, היא שלעיתים יש צורך לקשור את ידה של הדמוקרטיה כדי להגן על הדמוקרטיה. הסוגיה איננה דמוקרטיה ליברלית מול דמוקרטיה לא-ליברלית, אלא הדמוקרטיה עצמה, כשיטת הממשל של קהילה המושלת בעצמה.

## הערות

- 1 ALEXANDER MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT (1948) (להלן: מייקלג'ון). כשהתפרסם הספר שוב בשנת 1960, כותרתו הייתה POWERS OF THE PEOPLE. כל ההפניות מתייחסות למהדורת 1948.
- 2 מייקלג'ון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.
- 3 שם, בעמ' 3.
- 4 שם, בעמ' 25.
- 5 שם.
- 6 ראו, למשל: Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951) (הרשעת מנהיגי המפלגה הקומוניסטית של אמריקה תחת חוק סמית', אשר אסר על תמיכה ביודעין בהפלת הממשלה בכוח).
- 7 מייקלג'ון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 25.
- 8 שם, בעמ' 18.
- 9 שם, בעמ' 42.
- 10 שם, בעמ' 38-39.
- 11 התיקון קובע בפרט כי "לא יישללו חייו, חירותו או קניינו [של אדם] בלי הליך משפטי תקין".
- 12 מייקלג'ון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 42-43 "Individuals . . . have a private right of speech which may on occasion be denied or limited, though such limitations may not be imposed unnecessarily or unequally. So says the Fifth Amendment."
- 13 New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).
- 14 שם, בעמ' 279-280.
- 15 שם, בעמ' 271-272.
- 16 שם, בעמ' 270.
- 17 Harry Kalven, Jr., *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment,"* 1964 SUP. CT. REV. 191; Harry Kalven, Jr., *Uninhibited, Robust, and Wide-Open: A Note on Free Speech and the Warren Court,* 67 MICH. L. REV. 289 (1968); HARRY KALVEN, JR., *A WORTHY TRADITION: FREEDOM OF SPEECH IN AMERICA* (1988)
- 18 Mishkin v. New York, 383 U.S. 502 (1966); A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966); Roth v. United

- Harry Kalven, Jr., *The Metaphysics of the Law of* כללי ראו באופן כללי States, 354 U.S. 476 (1957) .  
*Obscenity*, 1960 SUP. CT. REV. 1
- 19 ראו למשל Edwards v. South Carolina, 372 U.S. 229 (1963) (ביטול הרשעותיהם של תלמידי תיכון ומכללה שחורים שמחו נגד ההפרדה הגזעית וסירבו להפסיק להפגין לבקשת המשטרה שחששה מפרוץ מהומות בעקבות מחאתם). ראו באופן כללי HARRY KALVEN, JR., THE NEGRO AND THE FIRST AMENDMENT (1965).
- 20 ראו למשל Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971) (ביטול הרשעה בגין הפרת סדר בשל לכישת ז'קט לבית המשפט הנושא מילת גנאי נגד גיוס).
- 21 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969) (“[T]he constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.”)
- 22 ראו באופן כללי OWEN FISS, THE IRONY OF FREE SPEECH (1996); ראו גם Owen Fiss, *State Activism and State Censorship*, 100 Yale L.J. 2087 (1991)
- 23 Keyishian v. Board of Regents, 385 U.S. 589 (1967)
- 24 שם, בעמ' 603.
- 25 Pickering v. Board of Education, 391 U.S. 563 (1968)
- 26 Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969)
- 27 Elrod v. Burns, 427 U.S. 347 (1976)
- 28 שם, בעמ' 361.
- 29 Pickering v. Board of Education, 457 U.S. 872 (1982)
- 30 שם, בעמ' 867 (מצטט את: (The Writings of James Madison, vol. 9, 103 (G. Hunt ed. 1910)
- 31 FCC v. League of Women Voters of California, 468 U.S. 364 (1984)
- 32 שם, בעמ' 399.
- 33 500 U.S. 273 (1991)
- 34 Robert Post, *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, 64 U. COL. L. REV. 1109 (1993); ראו גם Robert C. Post, *Subsidized Speech*, 106 YALE L.J. 151 (1996)
- 35 New York Times v. Sullivan, לעיל ה"ש 13, בעמ' 271. ראו גם את ניסיונו של בית המשפט להגדיר סוגיות שיש בהן עניין ציבורי ב: Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011)
- 36 Rust v. Sullivan, לעיל ה"ש 33 (דעת המיעוט של השופט Blackmun).
- 37 פוסט, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1119.
- 38 Rust v. Sullivan, לעיל ה"ש 33, בעמ' 193.
- 39 Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia, 515 U.S. 819 (1995)
- 40 שם, בעמ' 831.
- 41 שם.
- 42 שם.
- 43 שם.
- 44 שם, בעמ' 836.
- 45 שם, בעמ' 863 (דעת המיעוט של השופט Souter) (“The Court today, for the first time, approves direct funding of core religious activities by an arm of the State”)
- 46 Legal Services Corporation v. Velazquez, 531 U.S. 533 (2001)
- 47 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)

Legal Services Corporation v. Velazquez, לעיל ה"ש 46, בעמ' 548 (שימוש בביטוי שטבע השופט	48
Brennan בפרשת Roth v. United States, לעיל ה"ש 18, בעמ' 484, שצוטט לאחר מכן בפרשת New	
York Times v. Sullivan, לעיל ה"ש 13, בעמ' 269).	
שם, בעמ' 547.	49
שם, בעמ' 546-547.	50
שם, בעמ' 542.	51
שם, בעמ' 541.	52
ראו למשל, Agency for International Development v. Alliance for Open Society International, Inc., 133 S. Ct. 2321 (2013)	53
Charles W. "Rocky" Rhodes, <i>Speech, Subsidies, and Traditions: AID v. AOSI and the First Amendment</i> , 2013 CATO SUP. CT. REV. 363	
National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569, 595 (1998) (דעת המיעוט של השופט	54
Scalia).	