



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

פורנוגרפיה: מוסר, חירות, שוויון

הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת
תועבה ועבירות קרובות
רם ריבלין בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר

נייר עמדה 41

ירושלים, אב התשס"ג, אוגוסט 2003

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

נוסף על כך, המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על-ידי הצגת מידע משווה בנושאי החקיקה ודרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי ביצוע ואנשי אקדמיה ועל-ידי פרסום מחקריו.

עורך ראשי: אורי דרומי
ראש מינהל מחלקת פרסומים: עדנה גרניט
עורכת הספרייה: יעל מושיוב
עריכת לשון: תמי אילון-אורטל
רכז הפקה: נדב שטכמן
עיצוב גרפי: רון הרן
סודר ונדפס בתשס"ג ב'ארט פלוס', ירושלים

מסת"ב 965-7091-58-6 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה
Copyright by The Israel Democracy Institute
Printed in Israel 2003

רם ריבלין הוא עוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה וסטודנט בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים

מרדכי קרמניצר הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופ' למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

שער ראשון: רקע עיוני

7	מבוא
13	פרק ראשון – מה רע בפורנוגרפיה?
13	מבוא
15	א. ההתנגדות המוסרנית-שמרנית
18	ב. ההתנגדות הפמיניסטית
28	סיכום
29	פרק שני – ומה טוב בפורנוגרפיה? פורנוגרפיה וחופש הביטוי
29	מבוא
31	א. האם פורנוגרפיה היא ביטוי?
34	ב. מה טוב בחופש הביטוי?
39	ג. תחולת הטעמים על ביטויים פורנוגרפיים
50	ד. חופש הביטוי וביקורת פמיניסטית
54	סיכום
56	פרק שלישי – דיון ומסקנות
56	מבוא
56	על ההתנגדות השמרנית
59	על ההתנגדות הפמיניסטית
77	עמדה ליברלית
94	סיכום ומסקנות

שער שני: מהלכה למעשה

101	מבוא
	פרק רביעי – מה ניתן בכלל לעשות?
103	על הגבלת פורנוגרפיה בעידן האינטרנט
103	פורנוגרפיה ואינטרנט: רקע וקשיים
105	שרשרת הפרסום הפורנוגרפי: על ספקי שירות ושרתי סיפוק

117	הניסיון האוסטרלי
119	מסקנות
122	פרק חמישי – מה עושים בפועל? הדין בישראל, והצורך בשינויו
122	איסור כללי
125	פרהסיה ובתי קולנוע
128	ערוצי הטלוויזיה
133	הגבלה על חשיפת ילדים לפורנוגרפיה
135	הגנה על המשתתפות ופורנוגרפיית ילדים
137	הצורך בשינויו של הדין הקיים
139	פרק שישי – מה עושים בחו"ל? מבט משווה
139	איסור כללי
141	קולנוע וטלוויזיה: ילדים ומבוגרים
144	הגבלה על חשיפת ילדים לפורנוגרפיה
145	פורנוגרפיית ילדים
150	פרק שביעי – ומה צריך לעשות? קווי יסוד לפעולה
150	המטרה: האינטרסים הראויים להגנה
151	האמצעי: על השימוש במשפט הפלילי
153	איסור כללי
157	פרהסיה ופגיעה ברגשות
162	קולנוע
163	שידורי טלוויזיה
164	הגבלה על חשיפת ילדים לפורנוגרפיה
166	הגנה על המשתתפות בתעשיית הפורנוגרפיה ופורנוגרפיית ילדים
168	סוף דבר
169	נספח: הצעה לחקיקה
175	מקורות
198	English Summary

שער ראשון

רקע עיוני

א. הצגת הסוגיה

פורנוגרפיה מלווה את האנושות מזה זמן רב, אם כי ביטוייה משתנים עם הזמן ועם ההתקדמות הטכנולוגית. בעבר התרכזה תעשיית הפורנוגרפיה בעיקר בציור. עם המצאת הדפוס, נפוצה ספרות פורנוגרפית. המצאת הצילום גררה הפצה של תמונות פורנוגרפיות, המצאת הקולנוע – את הסרטים הפורנוגרפיים, וברוח דומה – הווידאו וכעת האינטרנט, השתלבו תוך זמן קצר בתעשיית הפורנוגרפיה.

ההתייחסות החברתית והמשפטית הראויה כלפי פורנוגרפיה היא נושא שנוי במחלוקת מזה שנים רבות. אמנם, הדיון השתנה בעשרות השנים האחרונות. באופן מסורתי, נוהל הויכוח בין המחנה השמרני-מוסרני, שהתנגד לפורנוגרפיה מסיבות מוסריות או דתיות, לבין המחנה הליברלי, אשר תמך בפורנוגרפיה בשם חופש הביטוי וחירות הפרט. לקלחת זו נכנס, החל משנות ה-70 של המאה ה-20, קול חדש – הקול הנשי-פמיניסטי – שהצטרף אף הוא למחנה המתנגדים, בשם תביעה לשוויון בין המינים ודאגה למעמד האישה. שלושה זרמים אלו – השמרני-מוסרני, הליברלי, והפמיניסטי, כפי שנכנה אותם כאן, יהוו את השלד לעבודה זו.

בעיית הפורנוגרפיה נותרה אכן בגדר בעיה – ויכוח לא מוכרע ולא פתור. הנושא מעורר בעיות תאורטיות ופילוסופיות קשות, ונוגע בלב לבן של התאוריות הליברליות והפמיניסטיות לגווניהן השונים, ובסוגיות מתחום האתיקה, הסמיוטיקה ואף הפילוסופיה של הלשון. הוא מעורר מחלוקות משפטיות רבות, בתחום של פרשנות חוקתית, אחריות פלילית וניזקית, ועוד. הנושא כרוך גם בבעיות אמפיריות שונות הנוגעות לאופני המדידה וההערכה של השפעות הפורנוגרפיה על התנהגות ועמדות. אין פלא לפיכך שהוויכוח עודנו חי ובוועט.

נקודת מבטו של נייר עמדה זה היא נקודת מבט משפטית. השאלה שתידון כאן אינה האם ראוי לצרוך פורנוגרפיה, או האם יש לחנך או לפעול במישור הציבורי בעד או נגד פרסומים פורנוגרפיים. ענייננו הוא בשאלה האם במדינה דמוקרטית, המכבדת את הזכויות והחירויות של אזרחיה, יש מקום להתערבות שלטונית ביצירה, בהפצה או בצריכה של פרסומים פורנוגרפיים, ואם כן – כיצד. בתוך כך נשתדל גם לפרוש את המצע התאורטי

הקשור בפורנוגרפיה, באופן שיקל על הבהרת הדיון ועל גיבוש עמדות שונות בסוגיה.

נפתח לפיכך בהבהרה טרמינולוגית קצרה ובסקירה של מהלך העבודה והדיון, ונעבור לדיון עצמו.

ב. מהי פורנוגרפיה?

בטרם נתחיל בדיון עצמו, עלינו להבהיר על מה אנחנו מדברים. ואכן, מעבר להסכמה כללית על הקשר בין פורנוגרפיה לבין מין, המונח פורנוגרפיה משמש דוברים שונים באופנים שונים. כפי שטוענת האמרה הידועה, 'פורנוגרפיה היא עניין של גיאוגרפיה'. יחד עם זאת, יש הגדרות שונות גם במחנות אידאולוגיים שונים. כך מתעוררת הסכנה כי במהלך ויכוח סוער בין מחנה אחד למשנהו, יתברר למעשה כי שני הצדדים אינם מדברים על אותו הדבר. למותר לציין כי לשאלה על מה אנחנו מדברים, ישנה חשיבות רבה לגבי תוצאות הדיון.

באופן מסורתי, זוהה המונח פורנוגרפיה עם המונח 'תועבה'. פורנוגרפיה תוארה לרוב לפי תכליתה, כפרסום שנועד לגרות את היצר המיני. מן האגף המוסרני התמקדו בהיותו של הפרסום 'משחית את המוסר' או 'מעורר תאוות בשרים טמאה', ובעל אופי זימתי או וולגרי. מן האגף הפמיניסטי הושם דגש על הגדרת פורנוגרפיה כפרסום שיש בו תיאור מיני של דיכוי או השפלת נשים, פרסום המאופיין בהיעדר כבוד הדדי, בחוסר שוויון ואף באלומות נגד נשים, בהקשר המיני. נקל להבחין כי לא כל מה שייחשב לפורנוגרפיה או תועבה בעיני השמרן המוסרני, ייחשב ככזה גם בעיני הפמיניסט או הפמיניסטית, ולהפך.¹

לצורך דיוננו, חשוב להימנע מהגדרה בעלת אופי נורמטיבי, הכוללת כבר בתוך ההגדרה עצמה את היחס אל התופעה המוגדרת. הגדרת פורנוגרפיה כ'משחיתה' או 'משפילה' היא הגדרה כזו, שכן היא מניחה מראש תאוריה כללית ועמדה שלילית כלפי פורנוגרפיה. היא אף נוגדת לעתים את השימוש היומיומי במונח, באופן שעלול לגרום בלבול או הטעיה. עלינו לחתור לפיכך

1 כך למשל תמונה של משגל המאופיין בשוויוניות ובכבוד הדדי, עשויה להיות מסווגת כארוטיקה מותרת ולגיטימית בידי פמיניסטיות, וכתועבה בידי שמרנים. מן העבר השני, התעללות בנשים ללא הקשר מיני מידי, שבעיניים פמיניסטיות יכולה להיות מסווגת כפורנוגרפיה, לא בהכרח תיחשב ככזו בעיניו של השמרן.

להגדרה ניטרלית ככל האפשר, המתיישבת עם האופן שבו נהוג להשתמש במילה 'פורנוגרפיה' בשפה הרגילה.²

עם זאת, הפורנוגרפיה היא תופעה נרחבת ומגוונת. ישנה ספרות פורנוגרפית, ציור וצילום פורנוגרפיים, קולנוע פורנוגרפי, ועוד. באופן דומה, ישנה פורנוגרפיה רכה ו'קשה', 'רגילה' ו'ביזארית', אלימה ושאינה אלימה, הטרוסקסואלית והומוסקסואלית, ועוד. קשה לתחום באופן מדויק את תחומיה של התופעה. אמנם, קשיי ההגדרה אינם גוררים קשיים דומים בזיהוי. ידועה אמרתו של השופט האמריקני סטיוארט, שאין הוא יודע להגדיר פורנוגרפיה, אך הוא "יזהה אותה כשיראה אותה".³

ברוח זו ננהג גם בעבודתנו. נימנע מהגדרה ממצה המפנה לשורת תנאים הכרחיים ומספיקים, ונסתפק באפיון כללי המבוסס על השפה היומיומית. כנקודת מוצא, נגדיר פורנוגרפיה כייצוג מפורש של פעילות או עוררות מינית.⁴ האבחנה בין פורנוגרפיה לבין ארוטיקה תועמד על מידת המפורשות של הפעילות המינית כפי שהיא מוצגת בפרסום. פורנוגרפיה מאופיינת, אם כן, כחומר בעל אופי מיני דומיננטי, המציג באופן גלוי ומפורש פעילות מינית. מאפיינים נוספים (אשר אינם הכרחיים או מספיקים, כאמור) הם התמקדות באספקטים הגופניים של הפעילות המינית, צילומי תקריב (קלוז-אפ) של איברי מין או של האקט המיני (ככל שמדובר בתצלום או בסרט), ומטרה מרכזית של גירוי מיני. כמו-כן, הפרסום הפורנוגרפי מאופיין לרוב בהיעדרו של ערך אמנותי, ספרותי או קולנועי.

אפיון כזה, פותח כמובן פתח לחלוקות משנה בתוך קבוצת הפרסומים הפורנוגרפיים. כך, ייתכן למשל כי יש פורנוגרפיה הפוגעת בנשים, ויש כזו שלא, או שיש כזו הפוגעת ברגשות הציבור ויש כזו שלא. בכך אין כל פסול

2 מן ההיבט האטימולוגי, מקורה של המילה פורנוגרפיה בשפה היוונית, שם משמעותו המקורית היא כתיבה אודות זונות. מקור זה אמנם מאיר במקצת את טיבו של המושג, אך לא יכול לשמש אותנו בקביעת תוכנו. לחשיבותה של קביעת הגדרה ניטרלית ככל האפשר, ראו: D. Copp, "Pornography and Censorship: an Introductory Essay", in: D. Copp and S. Wendall (eds.), **Pornography and Censorship**, Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 1983, p. 15.

3 **Jacobellis v. Ohio**, 378 U.S. 184, 197 (1964). לעניין עמימותם של הסטנדרטים המשפטיים השונים הנהוגים, ראו: J. Lindgren, "Defining Pornography", **U. of Pennsylvania L. Rev.** 141 (1993), p. 1153.

4 השוו: F.R. Berger, "Pornography, Sex, and Censorship", **Social Theory and Practice** 4 (1977), p.183. ברגר עצמו מתייחס בהגדרתו גם להיעדרו של ערך ספרותי או אמנותי. לדעתנו, אפיון זה אינו הכרחי להגדרת פורנוגרפיה (כפי שהיא מתפרשת בשפה היומיומית), אם כי אכן נכון לרוב.

— אפיון ניטרלי, הנשען על קהילת דוברים שמבינה את שפת היומיום שלה, מאפשר לאמץ נקודת מבט שאינה תלויה בעמדה או בטענה מסוימת, ובכך להביט בעיניים ביקורתיות על העמדות והטענות כולן, ולבחון את תחום חלותן ונכונותן.

כאמור, העולם הפורנוגרפי הוא עולם מגוון. ניתן לנסח שורה של מקרי דגם, החל מספרים או מגזינים המציגים תמונות עירום, וכלה בסרטים המציגים אונס, פדופיליה, או מין עם בעלי חיים. לא ניתן לצפות להתייחסות אחידה ולתשובה יחידה אשר תחול על כל שדה הדיון. אולם אפיון כללי של התחום, יחד עם הבנת העמדות השונות, מניעיהן וטיעוניהן, יקלו עלינו את הניווט בסבך זה.

ג. מהלך הדיון

נייר עמדה זה מחולק לשני שערים: השער העיוני והשער המעשי. בראשון נדון בסוגיית הפורנוגרפיה והגבלתה מנקודת מבט תאורטית, תוך בחינת הצידוקים העיוניים לעמדות השונות. בחלק זה ננסה לגבש עמדה עקרונית בדבר היחס הראוי כלפי התערבות חקיקתית בשוק הפורנוגרפיה. השער השני יוקדש לדיון מעשי יותר, שבו נבחן מהן הדרכים היעילות והמוצדקות להתערבות כזו, תוך בחינת הניסיון המשפטי המעשי בארץ ובעולם, וחתירה לגיבוש הצעה קונקרטית לשינויים במצב המשפטי הקיים.

לפיכך, המעוניינים בהיבטים התאורטיים בלבד, יוכלו לחדול מעיונם בתום החלק הראשון. המעוניינים בהיבטים המעשיים בלבד יוכלו להסתפק בעיון במסקנות החלק הראשון, ובקריאת החלק השני. המעוניינים בשניהם — מוזמנים להסב ולקרוא את העבודה כולה. עם זאת, יצוין כי חלוקה זו אינה דיכוטומית: לנושא עצמו אופי מעורב, ולכן, מטבע הדברים, ההיבטים המשפטיים וההיבטים התאורטיים שלובים אלה באלה, באופן שאינו ניתן ואף אינו ראוי להבחנה חדה.

נקודת המוצא של עבודה זו היא שאזרחים במדינה דמוקרטית הם בני-חורין באופן עקרוני. תפיסה זו (שלא מצאנו צורך להצדיק אותה במסגרת הנוכחית) גוזרת עמדת יסוד כלפי דיון בהגבלות שהמדינה משיתה על אזרחיה. הנחת היסוד היא כי במדינה חופשית נדרשת סיבה כדי להטיל איסור, ולא כדי להעניק היתר. לכן, די בכך שאנשים רבים אוהבים חומרים פורנוגרפיים וצורכים אותם לשם הנאה או אף למימוש צרכים עמוקים יותר, כדי להטיל

את 'נטל השכנוע' על כתפיהם של המבקשים לאסור או להגביל הפצה וצריכה של פרסומים פורנוגרפיים.

מעמדה זו נגזר מבנה העבודה. בפרק הראשון נבקש לבחון מהם הנימוקים העומדים בבסיס הרצון להטיל מגבלות על פורנוגרפיה. במסגרת זו, נציג את טענותיהם של שני הזרמים המרכזיים המבקשים להטיל מגבלה כזו, הלא הם הזרם השמרני-מוסרני והזרם הפמיניסטי. בפרק השני נבקש לבחון את הבסיס הערכי להתנגדות הליברלית להגבלה על פורנוגרפיה, התנגדות שמבוססת בעיקר על חופש הביטוי. נבחן את חשיבותו של עקרון חופש הביטוי עצמו, ואת הקשר בין עיקרון זה והצדקותיו לבין הביטוי הפורנוגרפי. את הפרק השלישי נקדיש לדיון בעמדות שהוצגו, תוך עיון תאורטי במשמעותן ובתוקפן, ובחינה אילו עמדות באות בחשבון במסגרת חברה דמוקרטית המכבדת את אזרחיה. בסופו של הפרק נציג את מסקנותינו.

את השער השני יפתח עיסוק בבעיה מעשית לחלוטין: שאלת היכולת להגביל הפצה של פורנוגרפיה, לאור נסיבות החיים המודרניים, ובראשן האינטרנט. במסגרת זו נבקש לבחון האם יש בכלל טעם לדיון בהטלת מגבלה כזו, בהתחשב בבעיות הטמונות בהסדרת הביטוי באינטרנט, ונבחן את הדרכים המוצעות לפתרון בעיות אלו. בהמשך נעבור לבחינת הדין הישראלי החל על הסוגיה, וננסה לאתר את הפגמים הראויים לתיקון. בפרק הבא נפנה אל הניסיון שהתגבש בכמה שיטות משפט אחרות, במגמה להשתמש בו כמקור להשוואה והשראה. לבסוף, נעבור להצגת קווי יסוד לפעולה, אשר יתבססו על הדיון לאורך העבודה ועל מסקנותיו, תוך בחינת הענף המשפטי הראוי לפעולה כזו (פלילי, אזרחי, או מנהלי), וכיווני הפעולה המומלצים. ננסה אף לגבש את קווי היסוד הללו לכלל הצעות קונקרטיות לשינויים בחקיקה הישראלית.

נייר עמדה זה אינו מתיימר למצות את הסוגיה עד תום. מקוצר היריעה ומקוצר הדעה, אין אפשרות לפתח דיון והערכה של כל עמדה או ביקורת שהושמעו במסגרת הדיון על פורנוגרפיה. הספרות הרבה שנכתבה בנושא, כמו גם מגוון הנושאים והתחומים המשיקים לו, הופכים את הניסיון לכתוב על נושא זה במסגרת כזו, למלאכה בלתי אפשרית כמעט. לפיכך, טענות ועניינים רבים הוצגו בקיצור בלבד, או אוזכרו רק בהערות השוליים. תקוותי כי בכוחה של העבודה לתרום ולו במעט לדיון הישראלי בנושא חשוב ומעניין זה.

מבוא

הוויכוח על הגבלתם של ביטויים ופרסומים פורנוגרפיים כולל סוגים שונים של טיעונים, אשר יונקים לעתים מתפיסות מוצא שונות ונבדלות. בין השאר, פרסומים פורנוגרפיים מואשמים בהשחתת המידות והמוסר הציבורי, בפגיעה בערכי דת או ברגשות הקהילה, בקשר לאלימות נגד נשים (ובפרט לאונס), ובתרומה ליצירתו ולהנצחתו של אי-שוויון בין המינים.

על מנת לעשות סדר בבלייל הטענות וההתקפות, נתחיל בסקירה כללית אודות מהלך הדיון בסוגיה, וננסה להתאים אותו למיפוי הכללי שהצגנו במבוא – ההבחנה בין הגישות המוסרנית-שמרנית, הליברלית, והפמיניסטית. בזמן, ננסה לקשר בין עמדות אלו לבין תפיסות כלליות על חברה ועל מין. באופן מסורתי, במרכז הדיון על הסדרת הביטוי המיני שימש המונח 'יתועבה' (obscenity), ולא 'פורנוגרפיה'. המונח 'יתועבה' נשען על תפיסה ערכית שמרנית-מוסרנית, ותוכנו הוגדר לרוב לפי נטייתו לקלקל ולהשחית את מידותיהם של הנחשפים לו.⁵ פרסום שנושאו הדומיננטי היה "תאוות בשרים טמאה",⁶ ניבול ושלהוב יצרים, נחשב ל'יתועבה'.

הגדרה זו ינקה מעמדות כלליות בנוגע למין. בעבר משלה בכיפתו של העולם המערבי תפיסת ההולדה מבית מדרשו של אוגוסטינוס, שלפיה מטרתם הבלעדית של קיום יחסי מין היא הולדה. תפיסה זו גובתה בתפיסות מטאפיזיות אודות יחסי גוף ונפש, שראו בתאוות גופניות מכשול בפני גאולת נפשו של הפרט. ממילא, יש לצמצם ככל האפשר את העיסוק בתאוות הגוף, ולהגביל את העיסוק במין לצורך הולדה בלבד. גם תפיסתו של תומס אקווינס, אשר שם דגש על 'דרך הטבע', העניקה לגיטימציה למין במסגרת נישואין של זוג הטרוסקסואלי בלבד, ואף זאת רק באופן שעשוי להביא לידי היריון. מרידה בדרך זו היא מרידה בטבע, ומכאן – באל.⁷

עם הזמן, התפתחה במקביל גם תפיסה אחרת על מין – התפיסה הרומנטית. על-פי תפיסה זו יחסי מין אנושיים כרוכים ביחסים אישיים,

5 הגדרה זו עמדה בבסיס ההכרעה בפסק הדין בעניין היקלין, ראו: **R. v. Hicklin** 3 Q.L.R. 360, 371 (1868).

6 ראו: **Roth v. U.S.** 354 US 476, 485 (1957).

7 לעניין זה ראו למשל: I. Primoratz, **Ethics and Sex**, London: Routledge, 1999, ch. 2-3, 5.

באהבה ובאינטימיות. המוקד הוא ראיית הקשר המיני כקשר נפשי, ולא כקשר גופני גרדא. קשר מיני ראוי הוא כזה המכוון אל בן הזוג הקונקרטי המיוחד, על מכלול תכונותיו, אישיותו והביוגרפיה שלו. יחסי מין המתמקדים בגוף ובממד הגשמי בלבד, הופכים את בן הזוג לבשר בלבד, ובכך אינם מכבדים את דמותו כאדם, אלא מתייחסים אליו כאל בעל חיים.

כך או כך, תוצאתן של תפיסות אלו היא עמדה פוריסטית כלפי מין, עמדה הרואה בו מכשיר לרבייה בלבד (כתפיסתו של אוגוסטינוס), או למצער – מכירה בו רק במסגרת יחסים זוגית המבוססת על אהבה, או אף נישואין. פורנוגרפיה, לפיכך, היא תופעה לא מוסרית ואף פוגעת, שכן היא מציגה ומעודדת פעילות לא מוסרית ואף אסורה, תוך גירוי ומשיכת הנחשפים לה להצטרף לפעילות זו. הפורנוגרפיה נתפסת כמקדמת תפיסה הדוניסטית כלפי מין, ובכך היא שוחקת את תפיסות המוסר המיני המקובל, ומערערת את אמונות היסוד של החברה. לכן, באופן מסורתי, האיסור על פורנוגרפיה נשען על אכיפת מוסר, או על פגיעה ברגשות הקהילה.

שני גורמים אלו איבדו את כוחם כמובילים את החוק הפלילי מאז שדעותיו הליברליות של ג'ון סטיוארט מיל השתרשו בתרבות הפוליטית המערבית. עמדותיו של מיל בדבר חשיבותם של חירות הפרט וחופש הביטוי, חיזקו את כוחה של צריכת פורנוגרפיה כמימוש חירות אישית, ואת מעמדם של פרסומים פורנוגרפיים כחוסים תחת כנפי חופש הביטוי של יצרניהם ומפיציהם. בד בבד, חלה שקיעה כללית בתפיסות הישנות אודות מין, והעמדה ההדוניסטית, שאינה מסתייגת ממין שנועד להנאה גופנית בלבד, הכתה שורשים בציבור.

המערכה השלישית בוויכוח, החלה עם התגברות כוחן של תנועות הפמיניסטיות ותנועות פמיניסטיות רדיקליות בעולם המערבי. הטיעון הפמיניסטי נגד פורנוגרפיה מתמקד בעיקר בתרומתה של זו ליצירה ולהנצחה של אי-שוויון בין המינים. מנקודת מבט זו, בעיית הפורנוגרפיה אינה קשורה ביחסים בין הפרט החותר לבין קהילתו השמרנית, אלא ביחסי הדיכוי בין גברים לנשים.

כאמור, נקודת המוצא של דיוננו היא חירותו הבסיסית של הפרט. כדי להתיר פעילות אין צורך בנימוק – די ברצונו של הפרט לפעול בדרך זו או אחרת. הטלת מגבלות על הפרט היא זו הטעונה נימוק וצידוק. פרק זה ידון, אם כן, בבעייתיות הטמונה בפורנוגרפיה, כפי שזו נטענה ונטענת על-ידי דוברי הגישות השמרניות והפמיניסטיות. נסקור בקצרה את הטיעונים המתנגדים לפורנוגרפיה לפי כל גישה, ונמקם אותם במסגרת הזרם הכללי

שאליו הם משתייכים. בפרקים הבאים נסקור את העמדה הליברלית, ואף נדון ונביע את דעתנו ביחס לעמדות השונות.

א. ההתנגדות המוסרנית-שמרנית

איסורים פליליים שהוטלו על פרסום ביטויי תועבה היו באופן מסורתי חלק ממכלול העברות נגד המוסר והסדר הציבורי. ההתנגדות המוסרנית לבשה במהלך הדורות מספר צורות. בעבר התמקדו הטענות בעצם העיסוק במין כתופעה לא מוסרית. בעיני המתנגדים, עיסוק מוגזם בענייני מין נתפס כשחיתות מידות והידרדרות ערכית. עמדה זו ינקה את כוחה, בין השאר, מן המוסר המיני הנוצרי, אשר מעמיד את הפרישות ואת האיפוק המיני כערך וכמידה טובה.

על-פי גישה זו, פרסום תועבה מהווה התקפה על ערכים חברתיים ודתיים בסיסיים. בבסיס הגישה עומדת התפיסה שלפיה חירות מינית אינה מוסרית בהיותה משקפת חוסר שליטה בדחפים. פורנוגרפיה, על-פי אותה גישה, מציגה את מעשה האהבה באופן חייתי, ומביאה בכך לתפיסה שגויה ביחס לראוי ושאינו ראוי בתחום המיני.⁸ פורנוגרפיה גורמת להשחתת המידות והמוסר, משום שהיא מזמינה מתירנות והפקרות בתחום יחסי המין.

גרסה מודרנית קצת יותר מתמקדת בהגנה על מוסד המשפחה. הפורנוגרפיה, המעודדת חירות מינית, מאיימת על התא המשפחתי, ומתוך כך – על המבנה החברתי כולו. דובריה של עמדה זו אף נוהגים להאשים את הפורנוגרפיה כתורמת לרגרסיה למיניות אינפנטילית, כיוון שהוצאת המרכיב האנושי של אהבה ומחויבות מן המין הופכת אותו לנחות. בכך יש סכנה להידרדרות לניהיליזם, ולהתפרקות ערכית כוללת. ההתנגדות מסוג זה מקבילה להתנגדות לאוננות, המנומקת גם היא בנימוקים כאלו.⁹ מגמת האיסור הייתה לצמצם התנהגות מינית אינפנטילית כזו, מתוך מחויבות לקשר המשפחתי ולהתנהגות רציונלית, בוגרת, מאופקת ומסודרת.

התנגדות מסוג אחר מתמקדת בפגיעה בפרטיות. לפי טענה זו, יחסי אישות שייכים לתחומו של הפרט, ולכן השתיקה והצנעה יפות להם. מדובר

H. M. Clor, **Public Morality and Liberal Society**, University of Notre 8
Damme Press, 1996, pp. 187-188.

עמדה זו הובעה על-ידי I. Kristol, מצוטט אצל Berger, "Pornography, Sex, and 9
Censorship", p. 186.

בפעילות אישית, שהיא עניין לאינטימיות הזוגית ותו לא. הטענה היא שפורנוגרפיה 'מחללת' את פרטיותה של הפעילות המינית, והופכת אותה לעניין פומבי, ובכך פוגעת ביכולתם של אנשים לשמר את האינטימיות שלהם.¹⁰ ברוח דומה התבטא השופט חשין באחד מפסקי דינו:¹¹

בושה זו טבועה כה עמוק בתודעתנו, עד שדמתה ודומה היא לאינסטינקט או למעין-אינסטינקט שבאדם (הדברים שונים, כידוע, בקרב קהילות מסוימות בעולם). כך בחשיפה של אברי המין וכך במגע אישות, שקול פנימי שבתוכנו תובע מאתנו ומצווה עלינו כי ייעשה בצנעת היחיד ושלא בפומבי. והוא מותר האדם מן הבהמה מן החיה ומן העוף...

בעקבם של כל אלה בא האיסור על שיח באותם דברים שבצנעת היחיד... אך לא נדבר בכך... האיסור על השיח הוא הוא מסגרת האיסור על הפצת פורנוגרפיה בימינו שלנו. הנה הוא טעם אחד – בעינינו הטעם העיקרי – לאיסור על הפצת פורנוגרפיה.

ברוח זו, נטען גם כי הפורנוגרפיה, בהיותה חפצון (אובייקטיפיקציה) של המעשה המיני, גורמת לסילוק רגש הבושה הכרוך במין באופן טבעי. רגש הבושה חשוב לשם הגנה על האהבה והזוגיות, וחיוני אף לקידום הריסון האישי הכללי, ההכרחי לחיים משותפים. בכך גורמת הפורנוגרפיה לערעור היכולת לקיים חברה, שכן זו מבוססת על שיתוף פעולה, פשרה וריסון עצמי.¹² בכיוון דומה מואשמת הפורנוגרפיה בעידוד חיים לפי היצר בלבד, שעלולים להוביל להיעדר אמפתיה כלפי הזולת ולמעשים א-סוציאליים. האופן המכני שבו מוצגת הפעילות המינית בפרסומים פורנוגרפיים, כשהיא מנוקה מכל רגש של חום, אינטימיות או חיבה, מעודד לפי טענה זו התייחסות ניהיליסטית לאנשים וראייתם כאמצעים בלבד, ואף יוצר חוסר התחשבות מוחלט בזולת.¹³ לסיכום אם כן, פורנוגרפיה נתפסת מנקודת מבט זו כמגונה ומתועבת, כפוגעת בסטנדרטים המקובלים של נימוס ומהוגנות, וכחותרת תחת התפיסות

G. Steiner, "Night Words: High Pornography and Human Privacy", in: 10 D.A. Hughes (ed.), **Perspectives on Pornography**, N.Y.: St. Martin's Press, 1970, p. 131.

11 בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד (נ5), עמ' 697, 661.

12 W. Berns, מובא אצל 187 p. "Pornography, Sex, and Censorship", Berger, 13 שם, E. van den Haag.

המוסריות המקובלות. הגישה המוסרנית-שמרנית אינה מתמקדת בקרבן ספציפי שיש להגן עליו, אלא רואה בחברה כולה גורם הנפגע על-ידי הביטוי הפורנוגרפי. לפיכך, למדינה יש אינטרס לגיטימי לשמור על המוסר הציבורי, ובשם המוסר למנוע מכירה והפצה של חומר פורנוגרפי.¹⁴

באופן דומה, טוענים לעתים המוסרנים כי על המדינה להגן על אזרחיה מפני עצמם, ולמנוע מהם השחתה ונזק מוסרי – לטובתם. עמדה זו היא למעשה שילוב של מוסרנות ופטרנליזם. ההנחה היא שרצונם של האזרחים לצרוך חומרים פורנוגרפיים אינו נובע מירצון אמיתי, אלא מ'חולשת הרצון' – כוח רצון חלש, הגורר אי יכולת לעמוד בפיתויים שהפורנוגרפיה מזמנת. לפיכך, באותה מידה שהמדינה רשאית להגן על גופם של אזרחיה בניגוד לרצונם (למשל – על-ידי כפייה לחגור חגורת בטיחות בכלי רכב), המדינה רשאית וצריכה להגן גם על נפשם מפני השחתה.

לסיום נעיר כי ההתפתחויות השונות בוויכוח אודות הפורנוגרפיה, הולידו בן-כלאיים הכורך יחדיו התנגדות בעלת אופי מוסרני יחד עם ביקורות פמיניסטיות. כך ניתן למצוא דוברים הטוענים שפרסומים פורנוגרפיים שפוגעים בכבודן של נשים, מהווים למעשה פגיעה במוסר החברתי. עמדה זו מצאה מקום למשל בפסק הדין הקנדי בעניין בטלר,¹⁵ ובפסק הדין הישראלי בעניין סטיישן פילם,¹⁶ שאליהם עוד נשוב בהמשך.

מוסרנות בדן המסורתי

דוגמה לחקיקה ולפסיקה המשקפות עמדה מוסרנית, אפשר למצוא באנגליה. ב-1857 חוקק *The Obscene Publication Act*, אשר אסר על הפצה של חומר תועבה. על בסיסו של חוק זה ניתן בשנת 1868 פסק הדין בעניין *Hicklin*,¹⁷ שבו הוגדר מהו פרסום תועבה אסור. נפסק כי "חומר שנוטה לקלקל ולהשחית את דעתם של אלו הנתונים להשפעות לא מוסריות, ואלו שפרסום מסוג זה עלול להגיע לידיהם" – הוא חומר תועבה. בעקבות הפסיקה, השתמש בהגדרה זו גם החוק האוסר פרסומי תועבה משנת 1959,

14 נ' זיי-גולדמן, "פורנוגרפיה, חופש הביטוי וזכויות נשים", בתוך: **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (בעריכת פי רדאי, כי שלו, מ' ליבן-קובי), התשנ"ה, עמ' 339, 344.

15 ראו הערה 41 להלן.

16 בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים** לעיל, בפסק דינו של השופט ברק.

17 **R. v. Hicklin**, לעיל הערה 5.

אך תוך הדגשה כי יש לבחון את היצירה הנדונה בכללותה ובשלמותה.¹⁸ אפשר למצוא סממנים מוסרניים גם בפסיקה האמריקנית. בית המשפט האמריקני קבע כי חומר תועבה אינו מוגן על-ידי החוקה. לצורך הגדרת 'תועבה' פנה בית המשפט האמריקני לסטנדרטים הקהילתיים המקובלים, וקבע כי המבחן הוא האם "לפי אדם ממוצע, המפעיל סטנדרטים קהילתיים בני זמננו, נושאו הדומיננטי של החומר בכללותו מעורר תאוות בשרים טמאה".¹⁹ שורה של פסקי דין שניתנו בהמשך עידנו ועדכנו את ההגדרה, עד לקביעת ההלכה בשנת 1973, בפסק הדין בעניין Miller,²⁰ שלפיו לצד ההגדרה האמורה, נדרש גם כי יהיה בפרסום תיאור פוגעני במיוחד (patently offensive) של פעילות מינית, וכי הפרסום יהיה נעדר ערך ספרותי, אמנותי, פוליטי או מדעי.

אם כן, בעוד שבאנגליה נבחן החומר לפי יכולתו להשחית אנשים בקהילה (לרבות ילדים, וכד'), הקלה הפסיקה האמריקנית וקבעה כי יש לאסור רק פרסומים אשר פוגעים באדם ממוצע המפעיל סטנדרטים מתקדמים. אולם בין אם הדגש מושם על השחתת המוסר, ובין אם הוא מתרכז בפגיעה בסטנדרט החברתי, מדובר באיסור המשקף את התפיסה החברתית בדבר 'ראוי' ו'בלתי ראוי' בתחום המין, ומתייחס בעין רעה לתאוה ויצרים.

ב. ההתנגדות הפמיניסטית

*Pornography is the undiluted essence of anti-female propaganda*²¹ משנות ה-70 ואילך, הצטרף לדיון על הפורנוגרפיה הקול הנשי-פמיניסטי. הפורנוגרפיה נתפסה על-ידי הפמיניזם כתעמולה אנטי-נשית, כאשר מוקד הדיון לא היה הגנה על צניעות או על ערכים קהילתיים, אלא הגנה על השוויון כלפי נשים. פורנוגרפיה, שמבטאת פנטזיות של גברים בחברה פטריארכלית, הוצגה כגורם מרכזי בדיכוי של נשים. תפיסה זו השפיעה גם על ההגדרה של פורנוגרפיה (בניגוד לארוטיקה למשל) בהגות הפמיניסטית,

The Obscene Publication Act 1959, s. 1 18

עניין Roth, לעיל הערה 6. 19

Miller v. California 413 U.S. 15, 24 (1973). 20

S. Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, N.Y.: 21

Simon & Schuster, 1975, p. 394.

כאשר הדגש היה על הצגת התנהגות מינית המבזה או משפילה נשים.²² חשוב להבחין כי המונח 'תועבה', המתמקד במאפיינים גסים ומעוררי זימה, אינו משמש את המבקרות הפמיניסטיות. הדגש מוסט, כאמור, מהגירוי המיני שבתועבה להצגת האישה כנחותה, כנועה ומושפלת,²³ כפי שהוא בא לידי ביטוי בדינמיקה המינית.

האפיון המרכזי של פורנוגרפיה, לפיכך, הוא הצגה (חיובית ותומכת) של יחסי מין ללא כבוד הדדי, תוך הצבת האישה כחפץ זמין לשימוש מיני, שתפקידו להביא לסיפוק הגבר. ההשפלה מתאפיינת בא-סימטריה בכוח ובסיפוק הצרכים, באלימות, ולעתים גם באופן עקיף על-ידי צורת ההעמדה, עירום א-סימטרי, וכד'. השפלה זו מוצגת כגורמת עונג לגבר (או גרוע מכך – אף לאישה), מבלי שנרמז בקונטקסט כי יש משהו פסול במצב זה. הטענה היא לפיכך, שפורנוגרפיה אינה עוסקת כלל במין (בניגוד לארוטיקה),²⁴ אלא בייצוגים של כוח ודיכוי.

הפגיעה בנשים מתגבשת בכמה מישורים. ראשית, הטענה היא שפורנוגרפיה מעלה את ההסתברות לאלימות נגד נשים, ובייחוד את ההסתברות לאונס. זאת הן משום הנטייה לחקות את ההתנהגות הנצפית, הכוללת אלימות ואכזריות כלפי נשים, והן משום שפורנוגרפיה מציגה, לפי הטענה, נשים כמי שנהנות מכך שמנצלים אותן לרעה. אם כך, צפייה בפרסומים פורנוגרפיים המציגים אלימות מינית נגד נשים מגבירה את הנטייה לאונס, כמו גם מצמצמת את העכבות האישיות והחברתיות המונעות פעולות כאלו.²⁵ מכאן צמחה הססמה: "פורנוגרפיה היא התאוריה, ואונס הוא הפרקטיקה".

שנית, נטען כי בפורנוגרפיה יש משום השמצה ודיבה על ציבור הנשים. הטענה היא שפורנוגרפיה מציגה את האישה כזונה לפי טבעה, אשר חיי

H. E. Longino, "Pornography, Oppression, and Freedom: A Closer Look", 22 in: L. Lederer (ed.), **Take Back the Night**, N.Y.: William Morrow and Co., 1980, pp. 40-54.

C.A. MacKinnon, "Pornography, Civil Rights, and Speech", **Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev.** 20 (1985), pp. 1, 18.

24 דווקא עיסוק במין, בספרות ובאמנות הארוטית, נתפס בידי פמיניסטיות רבות כמכשיר לסוציאליזציה נשית ולשחרור האישה מכבליו של העולם השמרני אשר התעלם מצרכיה ושאפותיה המיניות. לכן, אל לה להתנגדות לפורנוגרפיה לסחוף עמה סוגים אחרים של ייצוגי מין, אשר אינם רק ניטרליים אלא אף חשובים לפמיניזם.

25 לעניין זה ראו: D. Russell, "Pornography and Rape: A Casual Model", **Political Psychology** 9 (1988), pp. 41-73.

המין שלה כפופים לשירות גברים, כמי ששואבת עונג מריצוי גברים (ולא מריצוי עצמה), כמי שראויה לאונס, קשירה ועינויים, וכמי שעיקר עולמה סובב סביב תשוקה בלתי נשלטת לגברים ותשוקה לספק גברים. הפורנוגרפיה משקרת לגבי מיניות האישה, ואף לגבי אנושיותה, אישיותה וכבודה העצמי, תוך העמדתה באור מגוחך ומבוזה.²⁶ דוגמה לכך ניתן למצוא בתיאורו הציורי של שופט קנדי לגבי מה שמצא במספר סרטים שהובאו לפניו:

Women are portrayed in these films as pining away their lives waiting for a huge male penis to come along, on the person of a so-called sex therapist, or window washer, supposedly to transport them into complete sexual ecstasy. Or even more false and degrading one is led to believe their *raison d'être* is to savour semen as a life elixir, or that they secretly desire to be forcefully taken by a male (*R. v. Ramsingh*, (1984) 14 C.C.C (3d) 230, at 239).

טענה שלישית, הקרובה לטענה הקודמת, מדגישה היבט של **עידוד ותמיכה בהשפלת נשים**. הצגת האישה כמי שנועדה לסיפוקו המיני של הגבר היא הכחשה של עצמאותה, אישיותה ושל השוויון המגיע לה. הצגה כזו הופכת את האישה לאובייקט נטול צרכים ורצונות, אשר יש להשתמש בו ותו לא. מעבר לאמור לעיל, נשים בפרסומים פורנוגרפיים רבים מוצגות כנהנות מאלימות מינית, וכמי שמעונינות ונהנות מהכנעתן בכוח, גם אם למראית עין הן מתנגדות. בהיעדר כל מאפיין אישי המצדיק התייחסות כזו לאישה הקונקרטיית המוצגת, המסקנה המתבקשת היא שיחס זה נובע מכוח הנשיות בלבד, ומכאן עולה הכללה לגבי ציבור הנשים כולו. בכך תורמת הפורנוגרפיה לעיצוב התייחסותם של צרכניה אל הנשים שסביבם לפי תבנית זו.

בהקשר זה העלו המבקרות הפמיניסטיות על פני השטח גם את מעמדן של המשתתפות בתעשיית ייצור הפורנוגרפיה. הטענה היא שלא ניתן לייחס

26 ראו: Longino, "Pornography, Oppression, and Freedom: A Closer Look", p. 45 ff

ראו גם: A. Garry, "Pornography and Respect for Women", *Social Theory and Practice* 4 (1978), pp. 395-421

לישחקניות' בסרטים הסכמה חופשית: פעמים רבות הן נאלצות להשתתף בהם בעל כורחן, ופעמים רבות הן סובלות מהתעללות קשה, מאליומות מינית ומאונס. הטענה היא כי קו ישר עובר מתעשיית הזנות אל תעשיית הפורנוגרפיה. המסקנה העולה מן האמור היא כי יש להשוות בין העסקת נשים בתעשיית הפורנוגרפיה לבין סחר וסרסרות בנשים.²⁷

אנדריאה דבורקין וקתרין מקינון, שתיים מהנציגות הבולטות של הביקורת הפמיניסטית על הפורנוגרפיה, מעניקות נופך רדיקלי יותר לטענות בדבר השפלה. הן רואות את הפורנוגרפיה כחלק ממארג כללי של יחסים בין המינים, יחסים שבהם גבריות היא תופעה הקשורה באופן אינהרנטי בהפעלת כוח שמטרתו דיכוי האישה והנצחת מעמדם של הגברים כשליטים. פורנוגרפיה נתפסת כאחד האמצעים העיקריים לכך, ולכן יש לראות בה כלי של **דיכוי מעמדי**.²⁸ הטענה היא שנושאה המרכזי של הפורנוגרפיה הוא הכוח האמור, כפי שהוא בא לידי ביטוי בתהליך ההפקה ובמוצר המוגמר כאחד. על בסיס זה, דבורקין מגדירה פורנוגרפיה כמערכת ניצול מיני הפוגעת בנשים (כקבוצה) על-ידי יצירת אי-שוויון.²⁹

הפורנוגרפיה הופכת את הכנעת הנשים ואת ההיררכיה בין גברים ונשים למינית (סקסית), ומביאה לכך שגם במציאות גברים יתייחסו לנשים ויתפסו אותן כפי שהן מוצגות בפורנוגרפיה. הפורנוגרפיה, לפיכך, איננה ייצוגית או תאורטית, אלא פרקטיקה מרכזית במערך החברתי המפלה שהנחיתות החברתית של נשים מובנית בתוכו. היא משמשת כלי ליצירה ולהנצחה של מציאות חברתית לא שוויונית, וזאת על-ידי רדוקציה של נשים אל תפקודן בתחום המיני – תחום שבו נחיתותן מקובעת זה מכבר – והבניית זהותן על בסיס זה.³⁰

מקינן, שותפתה של דבורקין לעמדה ולדרך, תרמה לדיון נופך תאורטי נוסף, ואף הכניסה את הטיעון למסגרת משפטית. אל מול השיח החוקתי שאפיין את ההתייחסות הליברלית, בעיקר סביב חופש הביטוי (סוגיה שנדון

27 נ' זיו-גולדמן, "פורנוגרפיה, חופש הביטוי וזכויות נשים", עמ' 348. יש להעיר כי טיעון זה נוטה לטשטש את ההבדלים בין 'חירות' ו'בחירה' במובן הליברלי, לבין מונחים אלו במובנם המרקסיסטי.

A. Dworkin, **Pornography: Men Possessing Women**, N.Y: Plume, 1989 28
בייחוד פרקים 1 ו-6.

A. Dworkin, "Against The Male Flood: Censorship, Pornography, and 29
Equality", **Harvard Women's Law Journal** 8 (1985), pp. 1, 9.

שם, עמ' 15-16. ראו גם:

.MacKinnon, "Pornography, Civil Rights, and Speech", p. 17

בה בפרק הבא), ציינה מקינון את עקרון השוויון, המעוגן במשפט האמריקני בתיקון ה-14 לחוקה. פורנוגרפיה מקדמת אפליה כלפי נשים, חותרת תחת השוויון החברתי, ופוגעת בשוויון הזכויות על-ידי הנצחת מעמדן הנחות של נשים. פורנוגרפיה היא מכשיר לחיזוק המבנה ההיררכי והפטריארכלי של החברה, ובכך, היא פוגעת בראש ובראשונה בשוויון החברתי.³¹

לפי תפיסה זו, הפצה של פורנוגרפיה, קרי: השפלה וניצול של נשים, מחזקת ומשעתקת את הנטיות והתפיסות הקיימות זה מכבר בעולם הגברי, ומשתלבת בפרקטיקות מפלות אחרות כגון הטרדה מינית, אפליה בתעסוקה, וכד'. לאור בסיס זה, פורנוגרפיה יכולה להיחשב לבידור, בלי שהצרכנים (הגברים) יבחינו כי היא משפילה, מדכאת, ומציגה את הנשים כנחותות. הפורנוגרפיה מציגה נשים כנהנות מהשפלה ומאלימות נגדן, ובכך מובילה לאשרור תפיסות אלו, ומונעת שינוי גם בתחומים אחרים שבהם נשים תובעות את זכויותיהן. זהו מקורה של הטענה המפורסמת שלפיה הביקורת על פורנוגרפיה אינה נובעת מערכה המוסרי, אלא מאופייה הפוליטי, הנוגע ליחסי כוחות בין גברים ונשים.³²

זאת ועוד, הכוח הגברי המופעל לצורך הפקת הפורנוגרפיה, יחד עם הכוח המופעל למימוש תכניה על-ידי הגברים הצורכים אותה, יוצרים אקלים שבו האישה הופכת לקרבן של תפיסות ודימויים גבריים משפילים אשר לא מאפשרים לה לבטא את עצמה ולזכות בעמדות כוח והשפעה. תפוצתה הנרחבת של הפורנוגרפיה הופכת גם את מי שלא צורך אותה באופן ישיר למושפע מן המסרים המובעים בה, כך שאלו מחלחלים אל תוך התרבות כולה. בתרבות כזו, אשר מושגיה ושפתה עוצבו בידי גברים המונחים על-ידי

31 ראו:

C.A. MacKinnon, **Only Words**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993, esp. ch. 1,3

32 השקפה זו של הזרם הרדיקלי מוצגת באופן מפורט במאמרה של מקינון: "Not a Moral Issue" בתוך:

C.A. MacKinnon, **Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law**, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1987, pp. 146-147: "Obscenity law is concerned with morality, specifically morals from the male point of view, meaning the standpoint of male dominance. The feminist critique of pornography is politics, specifically politics from the women's point of view, meaning the standpoint of the subordination of women to men. Morality here means good and evil; politics means power and powerless. Obscenity is a moral idea; pornography is a political practice"

פורנוגרפיה, כל דעה ומחאה נשית נתקלות בזלזול מצד מי שרואה בנשים שפחות מין בלבד. כתוצאה מכך נשים מפתחות זהות פסיבית של שתיקה והשלמה. בקצרה, הפורנוגרפיה הופכת את העולם כולו לסיביבה עוינת³³ עבור נשים.

יצוין כי בין השיטין ניתן לזהות כאן תפיסה אלטרנטיבית לגבי מין. הטענה היא שהתפיסה ההדוניסטית עצמה היא תפיסה מפלה. תוך שימוש בכלים מרקסיסטיים וביקורתיים, נטען כי המין עצמו, כפי שהוא מעוצב כרגע (על-ידי גברים), הוא מנגנון דיכוי. העמדה ההדוניסטית, המתמקדת (גם) בהפקת הנאה מן המין, מתעלמת לפיכך מן העובדה שמדובר בהנאתם של גברים על חשבון נשים ששועבדו לצורך גברי זה (גם אם הן עצמן אינן מודעות לכך). כך למעשה, כל מערכת יחסים מינית במסגרת החברה הפטריארכלית, כרוכה ביסוד של כפייה והפעלת שליטה.³⁴ עמדה זו קשורה רק בזרמים הרדיקליים יותר של הביקורת הפמיניסטית.

כך או כך, המסקנה שעולה מטענות אלו היא כי יש להגביל את הביטוי הפורנוגרפי, באותה מידה שבה החוק אוסר על פרסום לשון הרע, או על הסתה לגזענות נגד מיעוטים חלשים אחרים. הסטת מוקד הדיון מן הפן המוסרי אל הפן הפוליטי של שוויון אזרחי, גרמה לנושאות הדגל של הגישה להשליך את יהבן דווקא על החוק האזרחי, תוך ניסיון להפוך את הפגיעה הפורנוגרפית למקור לזכות תביעה אישית.

המאבק הפמיניסטי המשפטי: אינדיאנפוליס, ועוד

פועלן של אנדריאה דבורקין וקתרין מקינון הגיע לכלל ביטוי מעשי החל מ-1983, כשהגישו הצעה לתיקון חוק עזר במינאפוליס, שלפיה פורנוגרפיה היא אפליה נגד נשים על בסיס מיני, וככזו – בת תביעה.³⁵ ההצעה הגדירה פורנוגרפיה כתיאור דיכוי של נשים, הכולל רכיבים כמו הצגת אישה כחפץ או מצרך מיני, הצגת חלקי גוף של אישה (ובפרט איברי מין) באופן שמצמצם

33 בדומה לרעיון הסביבה העוינת במקום העבודה למשל, תופעה שנחשבת להטרדה מינית (גם בחוק הישראלי) בעקבות עמדותיה ופעולותיה של מקינון.

34 C.A. MacKinnon, **Toward a Feminist Theory of the State**, ראו למשל: A. Dworkin, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1989, ch. 9. וכן: "Pornography: Men Possessing Women", לעיל.

35 לפירוט אודות החוק המוצע ראו: A. Dworkin, "Against The Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality", לעיל.

את האישה לחלקים אלו בלבד, הצגת נשים כפרוצות מטבען, ועוד. לאחר דיונים ארוכים ומאמץ מתמשך עברה ההצעה במועצת העיר, אך ראש העיר התנגד לה, והיא נכשלה.

ב-1984 הועברה ההצעה בשינויים מסוימים כחקיקת עזר באינדיאנפוליס. מאפייני הפורנוגרפיה שהוזכרו לעיל שונו או הושמטו, בעוד שסעיפים אחרים נשארו על מקומם. הגדרת פורנוגרפיה לפי החוק החדש כפי שעבר באינדיאנפוליס, בהשמטת הסעיפים לעיל מופיעה בסעיף 2, כדלקמן:³⁶

תיאור מיני גלוי של דיכוי נשים והשפלתן הכוללת אחד או יותר מהרכיבים הבאים:

1. נשים מוצגות כאובייקט מיני הנהנה מכאב או מהשפלה;
2. נשים מוצגות כאובייקט מיני הנהנה מאונס;
3. נשים מוצגות כאובייקט מיני כשהן קשורות, חתוכות, מעונות, פצועות או פגועות (באופן פיזי) או שחלקי גופן מבותרים;
4. נשים מוצגות כשמוחדרים לתוכן חפצים או בעלי חיים;
5. נשים מוצגות בהקשרים של השפלה, פגיעה, עינוי, נחיתות, ולכלוך בהקשר מיני;
6. נשים מוצגות כאובייקט מיני הנתון לשליטה, כיבוש, חדירה, ניצול, בעלות, שימוש או בתנחות של כניעה.³⁷

זכות התביעה לפי חוק זה (המעניק זכות תביעה אזרחית, ולא בסיס פלילי להעמדה לדין) נתונה לנשים שהשתתפו בסרטים פורנוגרפיים בעל כורחן, לנשים שנחשפו לפורנוגרפיה בניגוד לרצונן – בעבודה, במערכת החינוך, או בכל מקום ציבורי אחר, ולכל מי שתוכל להוכיח שפרסום פורנוגרפי הוביל לאלימות נגדה. מעבר לכך, על-פי החוק זכאית **כל אישה** לתבוע את הפסקת ייצורו, הפצתו, מכירתו והצגתו של כל חומר המוגדר כפורנוגרפיה. יש לציין כי זכות התביעה הוגבלה לעניין חומרים אלימים בלבד, כך שחומר שענה רק על מאפיין 6 לא סיפק בסיס לתביעה כזו.

חקיקת חוק זה הייתה הישג משמעותי לתנועת ההתנגדות הפמיניסטית לפורנוגרפיה. אולם הוא לא האריך ימים. איגוד מפיצי ספרים בעיר

36 התרגום לקוח מני זיו-גולדמן "פורנוגרפיה, חופש הביטוי וזכויות נשים", עמ' 350-351. יש להעיר כי סעיף הגדרה אשר קבע כי "תיאור מיני גלוי" מתגבש בהצגת יחסי מין או איברי מין חשופים – הושמט בתיוקון מאוחר.

37 ההגדרה חלה גם כאשר מדובר בגברים או בילדים.

אינדיאנפוליס, יחד עם קבוצות פמיניסטיות שהתנגדו לחקיקה, עתרו לבית המשפט הפדרלי בדרישה לביטול החוק, בטענה כי הוא נוגד את התיקון הראשון לחוקה האמריקנית, המבטיח את חופש הביטוי. בפסק דין שעוד נשוב אליו בהמשך,³⁸ קיבל בית המשפט את הטענה ופסל את החוק, ובכך שם קץ, לפחות לעת עתה, למאמצים הפמיניסטיים-רדיקליים בתחום החקיקה בארצות-הברית.

אמנם, יצוין כי תובנות פמיניסטיות חלחלו אל תוך המשפט בארצות שונות, כשבראשן מקובל להזכיר את קנדה. סעיף 163(8) לחוק העונשין הקנדי מגדיר פרסום תועבה כפרסום המתרכז בניצול לא נאות של מין, או **מין וכל אחד מאלה: פשע, אימה, אכזריות ואלימות**.³⁹ גם הפסיקה הקנדית אימצה נקודת מבט הכוללת יסודות פמיניסטיים. כך נקבע למשל כי פרסומים המציגים אנשים או נשים באופן משפיל ולא אנושי, נחשבים לניצול לא נאות של מין.⁴⁰ בפסק דין **R. v. Butler** נקבע כי בפרסום פורנוגרפי טמון נזק ליחידים ולחברה כולה, נזק הנובע מעידוד אלימות, מביזוי והשפלת הנשים, מקיבוע סטריאוטיפים, ומפגיעה בשוויון ובכבוד ההדדי. כמו-כן נקבע כי האיסור הפלילי על פורנוגרפיה (כדלעיל) עומד בתנאי החוקה הקנדית (בדומה לאיסור על הסתה לגזענות), וכי על אף שיש בו פגיעה בחופש הביטוי, הרי שפגיעה זו היא לתכלית ראויה, במידה מתאימה, ובאופן ההולם חברה חופשית ודמוקרטית.⁴¹

גם בישראל נקלטו רעיונות פמיניסטיים בחקיקה ובפסיקה. סעיף 214א(ב)(2) לחוק העונשין, העוסק בהגדרתו של פרסום חוצות פוגע, מונה בין השאר "יתמונה שיש בה ... אלימות מינית או שיש בה ביזוי או השפלה מיניים, או שהיא מציגה אדם כחפץ זמין לשימוש מיני". רוח דומה מנשבת גם בחוק הבזק, בנוגע להגבלה על שידורי מין בכבלים ובלווין.⁴² תפיסות

American Booksellers v. Hudnut, 771 F.2d 323 (1985) 38

ובנוסח המקורי: 39

163(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

R. v. Towene Cinema Theaters Ltd., (1985) 18 C.C.C. (3d) 193, at 202-203 (Dickson)

Regina v. Butler 89 D.L.R. (4th) 449 (Sopinka) 41
לסקירת הפסיקה הקנדית המתייחסת להשפלה כמרכיב המגדיר תועבה, ראו שם, עמ' 466-467. לדיון נוסף, בעל אופי ביקורתי, בפסק דין זה ובהנמקתו, ראו להלן, סביב הערת שולים 181 ואילך.

42 לדיון בנושא זה ראו להלן, בשער השני, סביב הערה 243 ואילך.

אלו ניתן לאתר אף בפסיקות בית המשפט העליון, כפי שציין, למשל, הנשיא ברק באחת הפרשות:

פגיעה כזו [ברגשות] יכולה להצדיק הגבלה של הביטוי הפורנוגרפי עד כמה שיש בביטוי זה כדי להשפיל את האישה ולדמותה ל"שפחת מין", דבר הפוגע – במישרין ובעקיפין – במעמד השוויוני של האישה בחברה שלנו ומעודד אלימות בכלל ואלימות כלפי נשים בפרט.⁴³

הגישה הפמיניסטית ופורנוגרפיה הומוסקסואלית

לסיום, נעיר מספר הערות בקשר לפורנוגרפיה ההומוסקסואלית והלסבית. דומה שככל שמדובר בפורנוגרפיה המציגה יחסים הומוסקסואליים, עומדת הביקורת השמרנית בעינה, אם לא מוחרפת. אולם ניתן לצפות כי הביקורת הפמיניסטית, המתמקדת בבעייתיות הפורנוגרפיה כמייצגת את נחיתותה של האישה וכתורמת לנחיתות זו, לא תעמוד בהתנגדותה, לאור היעדרן של נשים הכפופות לגברים (בפורנוגרפיה הלסבית) או נשים בכלל (בפורנוגרפיה ההומוסקסואלית).⁴⁴

אולם מסתבר שאין הדבר כך. הן בהצעת החוק באינדיאנפוליס, והן בכתביהן של דבורקין ומקינן, ניתן למצוא התנגדות גם לפורנוגרפיה הומוסקסואלית, גם כאשר לא ניתן למצוא בה נשים כלל.⁴⁵ בין השאר, נטען כי גם בפורנוגרפיה הומוסקסואלית ניתן לזהות את המרכיבים הכוחניים של מין כאמצעי של כיבוש והכפפה, כאשר ניתן לזהות מיהו 'הגבר' ('האקטיבי') ומיהי 'האישה' (בן הזוג 'הפסיבי'). באופן דומה, נטען כי

43 בג"ץ 4804/94 סטיישן פילם, עמ' 678. ראו גם: בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת דורנר.

44 למעשה, מעמדה של הפורנוגרפיה הלסבית בעייתי בהקשר זה, זאת משום שלפחות חלקה של הפורנוגרפיה המציגה יחסים לסביים, אם לא רובה, נועדה לצריכתם של גברים, וממילא מעוצבת בתור שכזו. כפי שהגדירה זו אחת הכותבות: "פורנוגרפיה לסבית אינה ללסביות, ממש כמו שפורנוגרפיה של ילדים אינה לילדים" (מצוטט אצל S.M. Easton, *The Problem of Pornography*, London: Routledge, 1994, p. 83). בנסילות אלו, טבעי כי הביקורת הפמיניסטית תחול גם על פרסומים אלו, ואף ביתר שאת. לשם הנוחות נתמקד, אם כן, בפורנוגרפיה הומוסקסואלית, אשר באופן טיפוסי מופקת בידי הומוסקסואלים, ומיועדת לצריכתם של הומוסקסואלים.

45 לבסיס התאורטי לטענה זו, ראו למשל:

MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, pp. 141-142.

הפורנוגרפיה ההומוסקסואלית בנויה על חיקוי התווים הגבריים הרגילים, ובכך מאשרת אותם. טענה נוספת תוקפת פורנוגרפיה לסבית סאדו-מזוכיסטית (אף כשהיא אותנטית), בטענה שהיא מטפחת תפיסות אודות קשר בין מין ואלים או השפלה, ומחזקת את העמדה שלפיה נשים נהנות מהשפלה ומכאב. ממילא, גם ייצוגים אלו תורמים לתפיסות שליליות על נשים ועל כפיפותן לגברים.⁴⁶

טענות אלו נתקלו בביקורת רבה, בעיקר מצד כותבים הומוסקסואלים, אך זכו גם לחיזוק מכיוון זה.⁴⁷ בין השאר, זכתה סוגיה זו לעמוד במוקדו של הליך משפטי בקנדה, אשר, כפי שראינו, משקפת עמדות פמיניסטיות בחקיקתה ובפסיקתה. ההליך סבב סביב חנות הספרים Little Sisters, שמיועדת בעיקר לאוכלוסייה ההומו-לסבית. החנות עתרה נגד שלטונות המכס, אשר נהגו להחרים – בטענה שמדובר בפרסומי תועבה – סחורה מיובאת שהייתה מיועדת לחנות. ההליך, שחצה שלוש ערכאות, הסתיים לבסוף בהכרעה המגבילה את כוחו של המכס להגדיר מוצרים כתועבה ולהחרים, אך נמנעה מלקבוע הלכה כללית בנוגע לסטנדרט המגדיר תועבה.⁴⁸ לענייננו, חשוב להבחין כי בית המשפט לא קיבל את אחד מקווי הטיעון של נציגי החנות, שלפיו הסטנדרט המגדיר תועבה, כפי שנקבע בפסק-דין בטלר ומבוסס על פגיעה בכבוד ובשוויון, אינו חל על פורנוגרפיה הומוסקסואלית או לסבית (אותנטית).⁴⁹ השופטים קבעו אמנם כי אכיפת

46 יש להעיר כי בין השאר נשמעה אף הטענה כי פורנוגרפיה הומוסקסואלית פוגעת ומשפילה את ההומוסקסואלים עצמם, ותורמת להומופוביה. אולם כאשר את הפורנוגרפיה ההומוסקסואלית צורכים בעיקר הומוסקסואליים, ואף הפקתה והפצתה מתבצעת לעתים קרובות בידי הומוסקסואלים, נראית הטענה פטרנליסטית במידה מופרזת.

47 לעניין זה ראו למשל:

J. Stoltenberg, "Gays and the Pro-Pornography Movement: Having the Hots for Sex Discrimination", in: S. Dewar (ed.), **The Problem of L. Pornography**, Belmont, 1995, p. 162. לדיון ביקורתי ונרחב בסוגיה ראו: L. Green, "Pornographies", **The J. of Political Phil.** 8 (2000), p. 27.

48 ראו: **Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)** [2000] 2 S.C.R. 1120 פסק הדין ניתן ברוב של שישה נגד שלושה. שופטי המיעוט סברו כי יש להגביל את המכס עוד יותר, ולבטל את סמכותם של פקידי המכס לעכב סחורות בטענה שהן תועבה.

49 את עמדתו של ארגון נשים אשר הצטרף לחנות במאבקה המשפטי, כפי שהוגשה לבית המשפט הקנדי, ניתן למצוא בכתובת: <http://www.umanitoba.ca/faculties/law/Courses/Busby/Gender/factum.pdf>. לעניין תחולתו של סטנדרט ההשפלה על פורנוגרפיה לסבית, ראו שם, פסקאות 21-36.

האיסור הייתה מפלה, אך טענו כי האיסור עצמו חל באופן שווה על הומוסקסואלים והטרוסקסואלים כאחד. כך או כך, שאלה זו שנויה במחלוקת בתוך התנועה הפמיניסטית בקנדה.

דיון משמעותי בסוגיה זו יצריך אותנו לעסוק בסוגיות מורכבות בתחום לימודי המגדר, אשר מקוצר היריעה והדעה – אין ביכולתנו לדון בהן. עם זאת, חשיבותה של נקודת המבט ההומוסקסואלית, כשוברת אינטואיציות ובריתות וכמקרה מבחן מעניין, תוסיף ותרחף מעל דפיה של עבודה זו.

סיכום

כפי שראינו, להתנגדות לפורנוגרפיה מצטרפות שתי עמדות, אשר בהקשרים אחרים עומדות פעמים רבות משני צדי המתרס. מן העבר השמרני-מוסרני מודגשת ההתנגשות בין פורנוגרפיה לבין תפיסות דתיות על הקשר בין מין והולדה, או תפיסות רומנטיות בדבר היחס בין יחסי מין לבין קשר נפשי ומערכות יחסים זוגיות. ברוח זו נתפסה הפורנוגרפיה כהתקפה על הערכים החברתיים והמוסר המקובל וכמנגנון להחלשת מוסד המשפחה, כמו גם כביטוי להתנהגות ילדותית, אנטי-סוציאלית ונטולת אחריות ורצינות.

מן העבר הפמיניסטי התמקדה הביקורת בתכונותיה של הפורנוגרפיה כמשפילה ומבזה נשים, וכתורמת למעמדה הנחות של האישה בחברה. נטען כי הפורנוגרפיה משקרת ביחס לנשים, תורמת לעמדות שליליות נגד נשים ואף לאלומות ולאונס, וכי היא משמשת מנגנון מפלה להנצחת חוסר השוויון בין המינים והשליטה הגברית. הבעיה בפורנוגרפיה, לפי עמדה זו, היא בעיקרה בעיה פוליטית – פורנוגרפיה מעכבת את מאבקה של התנועה הפמיניסטית לשוויון בין המינים ופוגעת בו.

ראינו, אם כן, נימוקים שונים התומכים בשאיפה להגביל פרסומים פורנוגרפיים. בפרק הבא נבחן האם יש מה לומר לטובת הפורנוגרפיה, תוך ניסיון לבחון את נקודת המבט הליברלית המקשרת בין הפצת פורנוגרפיה לעקרון חופש הביטוי. לאחר שנבחן את הטוב ואת הרע נוכל לדון בטענות השונות ולגבש את דעתנו בסוגיה.

ומה טוב בפורנוגרפיה? פורנוגרפיה וחופש הביטוי

מבוא

באופן ראשוני, על מנת להתיר לאנשים לפרסם או לצרוך פורנוגרפיה, אין צורך בטעם או נימוק. די בכך שאנשים רבים אוהבים פורנוגרפיה. הרוצה להגביל את הפצתם וצריכתם של פרסומים פורנוגרפיים, הוא זה שצריך לבוא ולנמק את עמדתו. נקודת המוצא היא שבהיעדר סיבה אחרת, מותר לאדם לעשות כאשר יחפוץ. בפרק הקודם, לפיכך, דנו בנימוקים שונים אשר שימשו ומשמשים את המבקשים להגביל ולצנזר פרסומים פורנוגרפיים. לתומכים בהפצת פורנוגרפיה פתוחה הדרך להתווכח עם טענות אלו, ולנסות להוכיח כי אין בהן ממש, וכך לשוב אל נקודת המוצא המתירה, תוך הדגשת חובתם של השלטון והחברה להימנע מהתערבות בחירות הפעולה של המפיץ ובתחומו הפרטי של הצרכן, כל עוד אין פעילותם פוגעת בזולת. כיוון זה ייבחן על-ידינו בפרק הבא, שתכליתו לתהות על קנקן של טענות המתנגדים לפורנוגרפיה, ולבחון את תוקפן ואת השתמעויותיהן.

אלא שדוברים ליברלים אינם מסתפקים בדחיית ההתקפות על הפורנוגרפיה. הם משתמשים בהגנה מיוחדת: לטענתם, פרסום פורנוגרפיה הוא סוג של **ביטוי**, ובשל כך יש לראות את הסוגיה במשקפיו של עקרון **חופש הביטוי**, שנחשב לעיקרון מרכזי בהגות הליברלית, וזוכה להגנה רחבה ואמיצה יותר מאשר ההגנה על חירות הפעולה הכללית. אם נכון הדבר, המסקנה תהיה שיש חשיבות בפורנוגרפיה, ולכן יש לשמר אותה ולהגן עליה אפילו אם מתקיימות סיבות מסוימות להתנגד לה. במילים אחרות – לא רק שיש להתיר פרסום והפצה של פורנוגרפיה משום שהיא אינה מזיקה לאיש; יש לראות בהפצת פורנוגרפיה **מימוש של זכות**, ולהגן על זכות זו גם כאשר קיימים אינטרסים נוגדים התומכים בהגבלתה.⁵⁰

שאלה זו חשובה במיוחד במסגרת המשפטית, שכן בדמוקרטיה חוקתיות חופש הביטוי מעוגן בדרך כלל בחוקה, ואף במשפט הישראלי זכה חופש

50 לעניין זה אין חשיבות לשאלה האם מעמדו של חופש הביטוי נגזר מעקרון החירות הכללי אם לאו. להבחנה בין חופש הביטוי לבין עקרון החירות הכללי ראו למשל: K. Greenawalt, "Free Speech Justification", *Columbia L. Rev.* 89 (1989), pp. 119, 120-125.

הביטוי למעמד של זכות יסוד חוקתית.⁵¹ מצב דברים כזה מגביל את האפשרות לפגוע בחופש הביטוי בחקיקה, גם אם כך ירצה הרוב, וגם אם אנשים רבים יחשבו שפורנוגרפיה היא פסולה או בעייתית. לא כל נימוק יכול להיות עילה לפגיעה בחופש הביטוי. יש צורך בהצבעה על טעמים כבדי משקל, הנוגעים לערכים חשובים אחרים, ורק אז תישקל הגבלתו של חופש הביטוי.

עלינו לבחון, לפיכך, מספר עניינים. ראשית, עלינו לבחון האם אכן ראוי להתייחס לפרסומים פורנוגרפיים כאל סוג של ביטוי. אמנם הגדרתו של ביטוי היא הגדרה רחבה, אשר אינה כוללת דיבור בלבד, אולם מנגד אין היא מקיפה כל תופעה או פעולה אנושית. נתחיל לפיכך בסוגיה זו, העומדת כתשתית לדיון. אולם בכך אין די: עקרון חופש הביטוי איננו תווית חד-ממדית – יש מקום להבחין בין ביטויים שונים הזכאים להגנה ברמות שונות. כך למשל, סחיטה באיומים או טענה שקרית הנטענת מתוך מטרה לרמות הם ביטוי, אך ביטוי אסור. לצורך כך נדון בהצדקותיו של עקרון חופש הביטוי עצמו, תוך בחינת הטעמים העומדים בבסיס ההגנה הרחבה (והחוקתית) עליו, ולאורם נבחן האם חלים נימוקים אלו גם על ביטויים פורנוגרפיים, ובאיזו רמה. בהמשך, נדון גם במסגרת המשפטית ההולמת את סוגיית חופש הביטוי הפורנוגרפי. את הפרק נחתום בעיסוק קצר בביקורות פמיניסטיות על הטיעון הליברלי המתמקד בחופש הביטוי, ובתגובה הליברלית לטיעונים אלו.

עמידה על משקלו הראוי של חופש הביטוי הפורנוגרפי, הנגזר מן הטעמים העומדים בבסיס חופש הביטוי בכללותו, תאפשר איזון מדויק בינו לבין ערכים או אינטרסים חשובים אחרים העלולים להיפגע כתוצאה מתפוצה רחבה של פורנוגרפיה.⁵² בשאלה זו, שעניינה ההיקף הראוי לחופש הביטוי הפורנוגרפי בהתנגשו אינטרסים אחרים, נעסוק בפרק הבא.

51 וזאת חרף העובדה שאין הוא מופיע במפורש בחוקי היסוד. לעניין זה ראו למשל (אף בהקשר של ביטויים מיניים): בג"ץ 4804/94 **חברת סטישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת**, פ"ד נ(5), עמ' 661, פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא ברק.

52 לדיון נוסף בשאלת דרך הניתוח הראויה בסוגיות של הגבלה על חופש הביטוי, ראו: ר' שגב, **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, 2001, עמ' 73 ואילך.

א. האם פורנוגרפיה היא ביטוי?

אחת מן הטענות שנשמעו במסגרת הוויכוח על פורנוגרפיה, בעיקר מן הכיוון הפמיניסטי, היא כי פורנוגרפיה אינה נחשבת כלל כביטוי, וממילא אין מקום להגן עליה במסגרת חופש הביטוי. ואכן, אם התכונה המגדירה ביטוי היא התוכן הקומוניקטיבי, הרי שיש מקום לפקפק בהגדרת הפורנוגרפיה כביטוי. אם ניטול כדוגמה פרסום פורנוגרפי כמו הצגה גרפית (בתמונה או בסרט) של תקריב על איברי מין, באופן נטול כל קונטקסט, דיאלוג וכד', ניתן לטעון כי יהיה זה אך מטעה להתייחס לפרסום כזה כאל ביטוי. דרך הולמת יותר תהיה לראות בו אביזר מין – מכשיר שכל מטרתו היא ליצור גירוי מיני ותו לא. עיתון או סרט פורנוגרפי אינם דומים, אם כך, לעיתון יומי או לסרט עלילתי המעבירים מסרים, אלא דווקא לבובה מתנפחת או ויברטור.⁵³ באופן דומה, נטען כי הקשר החזק בין פורנוגרפיה וגירוי מיני מסלק מראש כל אפשרות לחשוב או לדון במסרים העשויים לעלות מן הפורנוגרפיה. יש להבין את תופעת הפורנוגרפיה במובן הרחב – לא רק הסרט או המגזין אלא גם האדם הצורך אותם, ההשפעה עליו וההתנהגות האופפת צריכה זו (קרי, צריכה לשם גירוי מיני, ופעמים רבות: אוננות). לכן, יש לראות בפורנוגרפיה התנהגות ולא ביטוי.⁵⁴

המסקנה שלפיה פורנוגרפיה היא מעשית וממשית, ולא רק ייצוג או רעיון, נתמכת גם מכיוונים אחרים. הפקת פורנוגרפיה היא ממשית לחלוטין. איום וסחיטה של נשים שנועד לגרור אותן למין מצולם, כמו גם אינוסן והתעללות בהן לשם הסרט, אינו רעיון אלא אקט מיני ממש. פורנוגרפיה אינה ייצוג של התנהגות כזו – היא ההתנהגות הזו עצמה. היא אינה מחשבה או טיעון.⁵⁵

מקינן מוסיפה רובד נוסף לטענה זו. לדבריה, פורנוגרפיה היא ביטוי המהווה למעשה פעילות. טענה זאת נשענת על המושג 'פעולת דיבור' (speech act), הלקוח מתחום הפילוסופיה של הלשון. לפי תאוריה זו, ישנן אמירות אשר למעשה מבצעות פעולה ממשית: האמירה 'אני מסכים' יכולה לבצע,

53 F. Schauer, **Free Speech: A Philosophical Inquiry**, לטענה דומה ראו למשל: Cambridge University Press, 1982, p. 181 ff.

54 A. Dworkin, "Against the Male Flood: Censorship, Pornography and Equality", או כפי שהגדירה זאת מקינן, בסגנון השמור לה: "לך תתווכח עם אורגומה", MacKinnon, **Only Words**, p.17.

55 MacKinnon, **Only Words**, ch. A, esp. p. 28 ff.

בנסיבות מסוימות, פעולה של כריתת חוזה או כניסה לברית הנישואין. כך גם האמירה 'אשי' כשהיא מכוונת לכיתת יורים, או ההוראה 'תקופי' לכלב שמירה מאומן. מילים אלו אינן ירק מילים, הן פעולות מעשיות.

באופן דומה, הפורנוגרפיה משמשת 'פעולת דיבור', שכן היא משנה ומעצבת את הגברים הנחשפים לה, וגוררת אותם לאלמות נגד נשים. היא גוררת אלימות באותו אופן שבו הוראת ירי גוררת הריגת אדם העומד מול כיתת יורים, וגוררת אפליית נשים באותו אופן שבו שלט 'הכניסה ללבנים בלבד' מפלה שחורים. פורנוגרפיה היא, אם כן, **פעולה** אלימה ומפלה.⁵⁶ לסיוכום, מקינון טוענת שפורנוגרפיה אינה מתייחדת במה שהיא **אומרת** אלא בדיוק במה שהיא **עושה**. גם אם ליצרני הפורנוגרפיה ומפיציה יש זכות **לומר** את מה שהיא **אומרת**, אין להם זכות **לעשות** את מה שהיא **עושה**.

מן העבר השני, עומדים ליברלים התומכים בהגנה על פורנוגרפיה.⁵⁷ אל מול הטענה כי הנזק לנשים המשתתפות הוא פעילות ממשית, הליברלים מטילים ספק בהיותה של כל תעשיית הפורנוגרפיה מבוססת על כפייה. לטענתם, פעמים רבות מדובר בבוגרים בעלי שיקול דעת ורצון חופשי, הבוחרים לעבוד ולהתפרנס בדרך זו (באופן שאינו שונה מעבודות אחרות, שחלקן אינו נעים או נוח במיוחד). כך או כך, ניתן לאסור את אותם פשעים המבוצעים על נשים בתהליך ההפקה, גם מבלי להגביל או לאסור את הפורנוגרפיה עצמה.⁵⁸

באשר לטענתה השנייה של מקינון, המאפיינת את הפורנוגרפיה כ'פעולת דיבור', חשוב להבחין כי ההשוואה בין פורנוגרפיה להוראה לכיתת יורים או לכלב מאולף, מסתמכת על הטענה שפורנוגרפיה מובילה באופן ישיר לאלמות נגד נשים ובפרט לאונס. אלא שטענה זו, שעוד נדון בה להלן, אינה נקייה מספקות, וודאי שלא ניתן להצביע על קשר כה ישיר כמו זה המופיע בדוגמאותיה של מקינון. כך גם לגבי התוצאה המפלה: לא ברור מדוע יש להשוות את הפורנוגרפיה לשלט היוצר את האפליה בעצם קיומו, ולא, דרך

56 שם, עמ' 19 ואילך.

57 אחת מן ההתייחסויות הבולטות הוא מאמרו של רונלד דבורקין, שהתפרסם כביקורת על ספרה של מקינון. ראו: "Women and Pornography", **The New York Review**, October 21, 1993.

58 בהקשר זה עולה דיון נפרד במעמדה של פורנוגרפיה שאינה מבוססת על שחקנים בשר ודם, אלא על ציור או הדמיית מחשב. סוגיה זו עלתה במיוחד בקשר לבעיית פורנוגרפיית הילדים. ראו בשער השני, סיבב הערת שוליים 279.

משל, לעיתון הכולל הסתה לגזענות (אשר תוכנו יוגדר לכל הדעות כביטוי, גם אם כביטוי אסור).

באשר לעמדה שאומרת כי פורנוגרפיה איננה דיבור משום שכל תכליתה הוא גירוי מיני, טוענים המתנגדים כי עובדה זו אינה שוללת את אופיו של הביטוי כביטוי. ישנן יצירות אמנות או שירי אהבה שגם להם יש השפעה דומה, אך איש אינו חולק על היותם ביטוי. אמנם ביטויים אלו אינם מכוונים רק לשם גירוי, אולם לא ברור מדוע כוונת היצרן היא הקובעת את מעמדו של המוצר. הגירוי המיני אינו שולל את סיווגה של יצירה כביטוי – הנפוץ הוא: כזכור, פמיניסטיות ושמרנים כאחד טענו כי ההקשר המיני הופך את המסרים הנלווים לפורנוגרפיה לחזקים ומשפיעים יותר. אם כך, הרי שפורנוגרפיה נושאת אופי קומיניקטיבי, גם אם אין צורכים אותה בתורת מניפסט, אלא בתורת אמצעי לגירוי ועינוג מיניים.

לאור האמור, דומה כי אכן ראוי לסווג פורנוגרפיה כסוג של ביטוי. יש להעיר כי בארצות-הברית שאלה זו תפסה נפח רחב, על שום המבנה החוקתי אשר מעניק, לפחות לחלק מן הדעות, משקל מוחלט ליכות לחופש הדיבור, תוך הוצאתם של סוגי דיבור מסוימים מחוץ לתחולת העיקרון מלכתחילה. המצב אצלנו אינו כזה. התפיסה המקובלת היא שתחולתו של עקרון חופש הביטוי היא רחבה, אך מאידך גיסא – הזכות היא יחסית וניתנת להגבלה בעומדה מול זכויות ואינטרסים אחרים, המצדיקים זאת. מושג הביטוי מורכב ממספר סוגים וגוונים, אשר חלקם ראויים להגנה יתרה, וחלקם – להגנה פחותה, כך שסיווגה של תופעה מסוימת תחת מטריית חופש הביטוי אינה גוררת בהכרח את ההגנה עליה. ממילא, נכון יותר להעביר את מוקד הדיון בהגבלתו של הביטוי לסוגיית האיזון בינו לבין האינטרס הנוגד, מאשר להכריע בשלב המקדמי כי אין מדובר כלל בביטוי. כך קבעה הפסיקה הישראלית:

חופש הביטוי משתרע, כמובן, על הביטוי הקולנועי... חופש הביטוי משתרע על הביטוי הקולנועי אשר תוכנו הוא פורנוגרפי... הביטוי הפורנוגרפי הוא בבחינת פעילות המבקשת להעביר מובן או מסר, ועל-כן הוא נכלל בגדר "ביטוי". אכן, התיאור של האקט המיני – היא תוכנו אשר יהא ותהא פגיעתו אשר תהא – הוא ביטוי המכוסה על-ידי חופש הביטוי.⁵⁹

וכך ננית, לצורך דיון זה, גם אנחנו. אולם כאמור, בדילוג על משוכת ההגדרה של פורנוגרפיה כביטוי, לא הוכרע דבר לגבי היקף ההגנה או ההגבלה הראויים לביטוי זה. לצורך כך עלינו לבחון את ערכו של חופש הביטוי, ומתוך כך – את ערכו של הביטוי הפורנוגרפי. בשאלות אלו נעסוק כעת. בשלב הבא נדון בשאלת האיזון הראוי בין ערכו של הביטוי הפורנוגרפי, לבין ערכים ואינטרסים אחרים העלולים להיפגע ממנו.

ב. מה טוב בחופש הביטוי?

בהנחה שהגבלת פרסומים פורנוגרפיים פוגעת בחופש הביטוי, יש מקום לדון בשאלה: מה כל כך טוב בחופש הביטוי? נתחיל את דיוננו, לפיכך, בבחינת הרציונלים העיקריים העומדים בבסיס הזכות לחופש הביטוי. בפרק הבא, נבחן האם ובאיזו מידה חלים הרציונלים האמורים גם על ביטויים פורנוגרפיים.

מקובל להצביע על שלושה טעמים עיקריים, העומדים מאחורי ההגנה הרחבה על חופש הביטוי. טעמים אלו הם ההשקפה שלפיה חופש הביטוי מבטיח מנגנון יעיל לחקר האמת; תפיסתו של חופש הביטוי כתנאי לקיום דמוקרטיה וכנובע מעקרונות דמוקרטיים; והגנה על חופש הביטוי מתוך כיבוד האוטונומיה של הפרט.⁶⁰ נדון בהם בקצרה.

חופש הביטוי וחקר האמת

הראשון שהציג את הטיעון על הקשר בין חופש הביטוי לבין חקר האמת באופן מאורגן ושלם,⁶¹ היה הפילוסוף האנגלי ג'ון סטיוארט מיל.⁶² בבסיס

60 אילנה דיין אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", **עיוני משפט** כ 377 (1996); ר' כהן-אלמגור, **גבולות הסובלנות והחירות** (ירושלים, 1994), עמ' 108-112; א' ברק, "חופש הביטוי ומגבלותיו", **הפרקליט** מ 5 (1991).

F. Schauer, "Free Speech and the Paradox of Tolerance", in: B. Leiser (ed.), **Values in Conflict**, (3rd ed.), Macmillan Pub. Co., 1986, chap. 16; E. Barendt, **Freedom of Speech**, Oxford: Clarendon Press, 1985, pp. 8-28; Greenawalt, "Free Speech Justification", p. 119.

61 אם כי חלקים מהטיעון הופיעו בצורה זו או אחרת גם בכתביהם של הקודמים לו. ראו J. Milton **Areopagitica** (ירושלים, התש"ן); (London, 1819).

62 ג' ס' מיל, **על החירות** (ירושלים, התשכ"ו), פרקים א-ב.

הטיעון עומדת ההנחה בדבר קיומה של אמת (בענייני במדע, אמונה או כל תחום אחר) הניתנת לגילוי במסגרת תהליך של בחינה והפרכה על-ידי ויכוח או ניסוי. היכולת להחליף רעיונות, לחקור ולבקר, היא תנאי הכרחי לקיומו של הליך חיפוש יעיל אחר אמת זו. זהו 'שוק הרעיונות' – מנגנון ברירה המאפשר לכל העמדות להישמע, על מנת שתוכלנה להיבחן בחינה שאמורה להוביל לחשיפתה של הדעה והרעיון המוצלחים ביותר.

חשוב להבחין שאין להתייחס אל הטיעון כמוגבל רק לעניין חשיפתן של אמתות 'מטאפיזיות' או עמוקות. חשיפת האמת בהקשר זה עניינה בגילוי דרך טובה ומוצלחת לנהוג בה, בכל תחום מתחומי החיים, משאלות אידאולוגיות כבדות משקל ועד עניינים פרוזאיים ויומיומיים.⁶³ בכל תחום ותחום, טען מיל, תשיג החברה שגשוג והצלחה, רק אם יינתן לכל אחד המעוניין בכך להציע הצעות ולהביע את דעתו.

לכן, יש להעניק פתחון פה לכל דעה ודעה, בתקווה שהאמת תעלה ותתבלט מעל לדעות השקריות. חופש הביטוי נועד אם כן להבטיח את קיומו של אותו 'שוק חופשי של רעיונות', אשר עדיף על אלטרנטיבה שבה בעל הכוח קובע מראש אילו דעות יישמעו ואילו יושתקו. חופש הביטוי נועד להתגבר על נטייתם הטבעית של בני האדם לנסות ולהשתיק את דעותיהם של החולקים עליהם. נטייה זו, אומר מיל, היא נטייה פסולה: ראשית, אין אדם היכול לטעון כי הוא חסין מטעות – אין הצדקה להשתיק את הזולת, שכן ייתכן שהוא צודק ואילו אנחנו טועים.⁶⁴ זאת ועוד, אף בשגיאה צפונה תועלת, ביצירת חובה להתמודד, לנמק ולחשוב. היא גורמת לנו לחפש טיעונים וחיוזקים לעמדתנו במהלך הוויכוח, וכך מונעת מאתנו לקפוא על שמרינו ולהחזיק בעמדות מבלי להרהר אחריהן. תהליך הברירה מאשר את העמדות האמתיות ופוסל את השקריות, ולכן גם לאלו מקום באותו 'שוק'.⁶⁵ יתר על כן: למעשה, עצם הזכות והיכולת להעלות ערעורים וטענות נוגדות, גם אם

63 השווה: Greenawalt, "Free Speech Justification", p. 132 ff.

64 מיל, **על החירות**, עמ' 35.

65 ניתן אמנם לומר כי הניסיון ההיסטורי אינו תומך במסקנה שסוף האמת להתגלות ולנצח, שכן לעתים קונה דווקא השקר את לבו של הציבור, ואילו דוברי האמת אינם מצליחים להשפיע על השיח הציבורי. ואולם, חשוב להבחין כי בסוגיות שעולה בהן שאלת הגבלתו של חופש הביטוי, הרי זה משום שלמעוניינים בהגבלה יש כוח פוליטי רב. אם כן, גם אם ייחשף לציבור הביטוי המועמד להגבלה, שהוא שקרי לתפיסתם, הרי שיהיו גורמי כוח אשר יוכלו לטעון מולו במישור הציבורי. במקרים כאלו, לפיכך, אין חשש שהטענה הישקריית תיוותר ללא מענה.

יתגלו בדיעבד כשגויות, היא הנותנת לנו יסוד כלשהו להניח את אמתות העמדות שבהן אנו עצמנו מחזיקים!⁶⁶

תפיסה זו קנתה אחיזה במספר פסקי דין בפסיקה הישראלית, ובראשם בפסק דין **קול העם** המפורסם, שהיה הראשון לקבוע את חופש הביטוי כעקרון יסוד במשפט הישראלי:

ביסודו של דבר, כל התהליך הנזכר אינו אלא תהליך של בירור האמת, למען תשכיל המדינה לשים לפניה את המטרה הנבונה ביותר ותדע לבחור את קו הפעולה העשוי להביא להגשמת מטרה זו בדרך היעילה ביותר. והנה לשם בירור אמת זו משמש העקרון של הזכות לחופש הביטוי אמצעי ומכשיר הואיל ורק בדרך של ליבון "כל" ההשקפות והחלפה חופשית של "כל" הדעות עשויה אותה אמת להתבהר.⁶⁷

ובאופן נחרץ אף יותר, באופן המתייחס לחשיבות מתן זכות ביטוי גם לדעות פסולות ומעוררות סלידה:

אכן הגזענות בשקר יסודה, אך אמת זו תצא לאור רק באותה התמודדות חופשית של רעיונות ודעות. מתוך התמודדות עם השקר שבגזענות על הבימה החופשית של דעות ורעיונות תוקע הגזענות בכל כיעורה, ושוויון האדם וכבודו יכובדו ויחוזקו. לא האמת שבגזענות תומכת בחופש לבטאה, אלא ההתמודדות החופשית של דעות והשקפות שתוקיע את השקר שבה.⁶⁸

הנה כי כן, טובת החברה מחייבת מתן אפשרות רחבה ככל האפשר להבעת דעות ורעיונות.⁶⁹

חופש הביטוי כתנאי לדמוקרטיה

במדינה שבה הריבון הוא הציבור, חייב הציבור שיהיו בפניו מרב העובדות, הדעות והעמדות, כך שיוכל לבחור באופן פוזיטיבי בעמדה המקובלת עליו

66 שם, עמ' 37.

67 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים פ"ד ז, עמ' 871, 877.

68 בג"ץ 399/85 כהנא נ' רשות שידור, פ"ד מא(3) 255, עמ' 281.

69 חשוב להבחין כי גישה זו היא גישה תוצאתנית – עניינה במציאת מנגנון יעיל לבירור האמת, שיוביל לרווחה ושגשוג.

ביותר. אין משמעות למתן זכות בחירה לעם, כאשר גורם אחר מכוון ומצנזר את האפשרויות העומדות לבחירה. ההנחה הדמוקרטית היא כי הציבור רציונלי דיו כדי להבדיל בעצמו בין טוב לרע (למצער – לטעמו), כך שהפחתת מספר החלופות מכוח תפיסה שלטונית אודות הכשר והפסול, מעקרת את ריבונותו של העם. לכן, לשם השגת מגוון דעות רחב ככל הניתן, שיאפשר בחירה עצמאית ככל הניתן, יש צורך להימנע מהגבלה של חופש הביטוי.

זאת ועוד: מימוש משמעותי של זכות הבחירה תלוי ביכולת להבין את החלופות העומדות לבחירה. לשם כך יש צורך בטיפוח נגישות למידע וכושר החלטה בקרב ציבור הבוחרים. ההנחה היא שמידע רב יותר גורר החלטה מושכלת יותר, ואף רמות גבוהות יותר של השתתפות פוליטית.⁷⁰ אם כן, קיומו של 'שוק חופשי של רעיונות' תורם לא רק לקידום הידע, אלא גם לקידום יכולתה של החברה לנהל את ענייניה באופן הוגן ודמוקרטי.

בנוסף, הוגנותו של ההליך הדמוקרטי קשורה עמוקות לאפשרותו של המיעוט להפוך לרוב. חופש הביטוי חשוב כדי לאפשר לגורמים חברתיים שאינם בין קובעי המדיניות או המחזיקים בעמדות הכוח, להביע את עמדותיהם ולנסות להשפיע על הציבור כולו, ובכך מעניק לגיטימיות להכרעות המתקבלות בעזרת מנגנון הרוב, ויוצר נכונות לקבלן. גם באשר למיעוטים קבועים, אשר אין בכוחם להיהפך לרוב,⁷¹ חופש ביטוי יאפשר להם להשמיע את קולם במרחב הציבורי, יקדם את ההכרה, ההבנה והסובלנות ההדדית בחברה, ואף יעזור לפתור סכסוכים ומצוקות בדרכי שלום ולהימנע מדרכים אלימות.⁷²

מכיוון דומה, ניתן לראות טענה זו כקשורה לעקרון השוויון, שהוא בין הערכים הדמוקרטיים הבסיסיים ביותר. לכל אחד הזדמנות שווה להצביע, ולעצב בכך את חייו ואת חיי קהילתו. מאותו עיקרון נובעת גם דרישה להזדמנות שווה להשפיע על יצירת הסביבה המוסרית, התרבותית והפוליטית. אל לנו למנוע מאיש להשפיע על הסביבה המשותפת, דרך בחירותיו האישיות,

70 דיין אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", עמ' 381 ואילך.

71 תופעה הרווחת למשל בקרב מיעוטים אתניים או דתיים בדמוקרטיות רב-תרבותיות. F. Schauer, **Free Speech: A Philosophical Enquiry**, Cambridge 72 University Press, 1982, pp. 78-79. להשקפה המקשרת את חופש הביטוי לתאוריה כללית של יחסים בין קהילות ויכויות קבוצתיות (וגוזרת עמדה בדבר הצורך בטיפוח שוויון בין קבוצות על-ידי הקצאה שונה של חופש הביטוי), ראו:

O. M. Fiss, **Liberalism Divided**, Oxford: Westview Press, 1996

טעמיו ודעותיו, רק משום שהללו מעוררות את התנגדות בעלי הכוח. בחברה שוויונית, אין למנוע מראש דעות מסוימות, ניתן רק לדחותן.⁷³

חופש הביטוי והאוטונומיה של הפרט

גם טיעון זה זכה לפיתוח מקיף וחשוב אצל ג'ון סטיוארט מיל.⁷⁴ מיל מדגיש את חשיבותה של האינדיבידואליות לאושרו של הפרט. יש להותיר לפרט מרחב מחיה לפיתוח עצמי, באופן שייצור מגוון רחב של טעמים ועמדות. מיל תומך את עמדתו לא רק בתועלת שתושג מבחינה רחבה של רעיונות שונים וסיעור מוחות, אלא גם בקשר האינטרינזי בין אינדיבידואליות לבין אושרו של האדם, הניתן להשגה רק כאשר הוא פועל מתוך שיפוט אישי ושכנוע עצמי.

הביטוי החופשי מאפשר לאדם להביע את עצמו, ובכך להגיע להגשמה עצמית, לטיפוח ה'אני' ולמימוש תכונותיו וסגולותיו האישיות, כמו גם ליכות בתגובה ובהתייחסות מצד הסובבים לו. הגבלה קולקטיבית על יכולת הביטוי חותרת תחת יכולתו של הפרט לעשות כן, ועלולה לפיכך לגרום לסבל רב, לפגוע ביכולת להגדרה עצמית, ולחתור תחת חופש המחשבה והיצירה, ההופכים את האדם למה שהוא.

מכיוון אחר, הדומה למה שהזכרנו לעיל בהקשר הדמוקרטי, ההגנה על הביטוי קשורה לכיבוד האוטונומיה של הפרט **המאזין** לביטוי. אדם זכאי וצריך להחליט לבדו על טעמיו וערכיו, ולשפוט בכוחות עצמו האם ביטוי מסוים משכנע אותו, מרגיז אותו או חורה לו. אל לה למדינה להגביל את יכולתם של אזרחיה להחליט בעצמם בעבור עצמם. התייחסות אל הפרט כרציונלי, חופשי ושווה ערך, אינה מתיישבת עם רצונו של אדם, ולו יהא זה השליט, להחליט למען אחרים מה ראוי ומה אינו ראוי. הגבלת יכולתו של אדם להיחשף לעמדות, לדעות ולביטויים אשר אינם מוצאים חן בעיניו של מישהו אחר, שוללת ממנו את מעמדו כפרט אוטונומי.⁷⁵

73 יש להבחין כי הטיעון הדמוקרטי, לפחות בגרסתו זו, הוא טיעון מבוסס זכות (right-based) ולא מבוסס מטרה (goal-based) כמו טיעון חקר האמת.

74 מיל, **על החירות**, פרק ג. לגבי היחס בין שני טיעונו של מיל – זה המתמקד בחיפוש האמת מול זה המתמקד באינדיבידואליות, קיים ויכוח. לעניין זה ראו למשל: D. Edwards, "Toleration and Mill's Liberty of Thought and Discussion", in: Susan Mendus (ed.), **Justifying Toleration**, Cambridge University Press, 1988, pp. 87-113.

75 להצהר ופיתוח של כיוון זה בהגנה על חופש הביטוי, ראו: T. Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression", **Philosophy and Public Affairs** 1 (1972), p. 204.

טיעון זה אינו מגן על חופש הביטוי כאמצעי להשגת טוב קולקטיבי כלשהו. חשיבותו של חופש הביטוי נעוצה בערכו לפרט. ההנחה היא שמעבר לנקודת המוצא העקרונית שיש להניח לפרט לעשות כרצונו, הביטוי קשור באופן הדוק לטובתו ולהגשמתו העצמית של האדם. פגיעה ביכולתו של אדם להביע את דעותיו, רעיונותיו ויצירתו היא פגיעה עמוקה בנפשו של הפרט, ולכן מזיקה יותר מהגבלות אחרות (דוגמת איסור על סגירת מרפסת). גם בפן השני – המתמקד בנמען הנחשף לביטוי, נבדל חופש הביטוי מחירויות אחרות. לכן בכוחו של טיעון זה לתמוך בהגנה רחבה על חופש הביטוי, המקנה לו משקל רב אל מול ערכים או אינטרסים אחרים.

בפסק-דין **קול העם** מנה השופט אגרנט את כל שלושת הרציונלים כמבססים את הזכות החוקתית לחופש הביטוי:

עקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי... ביסודו של דבר... תהליך של בירור האמת... ולבסוף... חשיבותו של העקרון נעוץ גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו לעניינו של כל אדם, באשר הוא אדם לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות...⁷⁶

אמנם, פסק דין זה עסק בסוגיה מתחום חופש הביטוי הפוליטי, הנמצא ללא ספק בדרגת חשיבות עליונה. האם ניתן ליישם את הטעמים שהזכרנו, התומכים בחופש הביטוי, גם כאשר הביטוי האמור הוא סרט פורנוגרפי? בשאלה זו נעסוק כעת.

ג. תחולת הטעמים על ביטויים פורנוגרפיים

עמדנו על הנימוקים העומדים מאחורי הערך הרב המוענק לחופש הביטוי בתרבות המערבית. ואולם, אין די בסיווגה של הפורנוגרפיה כביטוי, ובהצבעה על נימוקים התומכים בחופש הביטוי. איננו עוסקים באלגברה, והצבה בנוסחה אינה הולמת כאן. שומה עלינו לבחון באופן קפדני כיצד חלים הנימוקים גם על ביטויים פורנוגרפיים, אם בכלל.

אכן, יש לזכור כי בבואנו לדון בביטויים פורנוגרפיים, ניתן לצפות שלא נמצא פרסומים שערכם רב מבחינה מדעית או פוליטית, ואף לא אמנותית.

76 עניין **קול העם**, עמ' 876-878.

אולם מכאן אין לקפוץ במהירות אל המסקנה כי אין שום ערך בפרסומים כאלו. לצורך כך, נעסוק בפרק זה בבחינתם של טעמי ההגנה על חופש הביטוי, ככל שהם נוגעים להגנה על פורנוגרפיה. בהמשך הפרק ננסה לראות כיצד משתלבות מסקנותינו במסגרת המשפטית של הדיון בחופש הביטוי. את הפרק יחתום דיון בביקורת הפמיניסטית על התמיכה בפורנוגרפיה מכוח חופש הביטוי.

יש להעיר, כי בגלגולו הראשון, הוויכוח על פורנוגרפיה התנהל בין הרוב המוסרני ששאף לדכא ביטוי זה, לבין מיעוט חתרני שניסה לערער את תפיסותיו של הרוב המוסרני. מסגרת כזו הלמה את האפיון הקלאסי של סוגיית חופש הביטוי. בגלגולו השני של הוויכוח, המתמקד בביקורת הפמיניסטית, דומה שיחסי הכוחות התהפכו: הטענה הפמיניסטית היא שפורנוגרפיה היא מכשיר דיכוי המוחזק בידיו של הרוב השליט.

אמנם, כאמור, נקודת מבט מעניינת בסוגיה זו היא הזווית ההומוסקסואלית. איסור על פורנוגרפיה מאיים גם על פרסומים פורנוגרפיים הומוסקסואליים.⁷⁷ בהקשר זה אנו שבים אל המודל שבו המאבק נגד צנזורה הוא מאבקה של קבוצת מיעוט הנלחמת למען זכויותיה ועקרונותיה. נקודת מבט זו תשמש אותנו רבות בפרק זה.

נתחיל אם כן בבדיקת האופן שבו ניתן ליישם בסוגיית הפורנוגרפיה את טעמי ההגנה על חופש הביטוי, כסדרם.

חקר האמת

כזכור, עמדות כלפי פורנוגרפיה קשורות לעתים קרובות לתפיסות כלליות בנוגע למין. עמדות שמרניות ומוסרניות קשורות בתפיסות דתיות אודות קשר הכרחי בין מין והולדה, או בתפיסות רומנטיות, הרואות יחסי מין כלגיטימיים רק במסגרת יחסי אהבה זוגיים. לעומתן, עומדת תפיסה הדוניסטית,⁷⁸ שאינה שוללת יחסי מין שכל מטרתם היא הנאה גופנית בלבד, ובלבד שבבסיסם עומדת הסכמה חופשית של כל המעורבים.

77 ראו לעיל, הערה 45 וסביבה.

78 לעמדה ההדוניסטית יש קשר הדוק עם עמדות ליברליות הקשורות בתועלתנות. מאידך, גוונים אחרים של העמדה הליברלית, המתמקדים בכבוד האדם, עשויים להיות קשורים דווקא למודל הרומנטי. דיון ופיתוח של אבחנה זו והשתמעויותיה שוכן מעבר לגבולה של עבודה זו, אולם יוסיף לתת את אותותיו בדיונו בעמדה הליברלית, להלן.

על רקע זה ניתן לראות בפורנוגרפיה שופר לקידום הדרך ההדוניסטית. הצגת יחסי מין באופן מושך, תוך הדגשת המוטיב הגופני על פני קשרים נפשיים, היא מועמד לגיטימי בוויכוח הכללי על מין. ויכוח ציבורי שעוסק בתפיסה המוסרית הראויה בתחום המיני הוא דבר חשוב, שבכוחו להוביל את החברה לבחינת ערכיה ועמדותיה, ולתפיסת חיים טובים ברורה ומלאה יותר. העמדת דרך זו לבחינה ביקורתית, תוך הצגתה במלואה בפרסומים פורנוגרפיים, תורמת לפיכך למנגנון חיפוש האמת בתחום התפיסה המינית. דרך זו חשובה יותר ככל שמדובר בחברה שבה הרעיונות ההדוניסטיים אינם נחלת הרוב, כך שעמדה זו צריכה להיאבק על מקומה. הדברים תקפים לגבי חברות בעלות יסוד דתי או שמרני חזק, ואף לגבי חברות שבהן עמדות פורטיטניות חובשות כובעים אחרים (כגון, ייתכן, כובע פמיניסטי). באופן דומה, ניתן לראות בפרסומים הפורנוגרפיים תרומה לדיון בתפיסת המין גם כאשר מעמתים אותם עם תפיסות מין אלטרנטיביות שניתן לאתר אצל פמיניסטיות רדיקליות.⁷⁹ טענה זו מתחזקת עוד יותר כאשר אנו דנים בפורנוגרפיה הומוסקסואלית: כאן ענייננו בהמלצה ממשית וברורה לשינוי בהתנהגות המינית, כאשר הצגתן של אלטרנטיבות אלו היא כלי רב ערך לצורך יצירתו של דיון ציבורי או חשיפה ציבורית לדרך חיים זו.

זאת ועוד: כזכור, עיקר קצפה של הביקורת הפמיניסטית יצא על הצגת הנשים בפורנוגרפיה כמי שקיימות באופן עקרוני כדי לשרת מינית את הגברים. הפורנוגרפיה, כנטען, מבטאת ומסמלת באופן המפורש והבוטה ביותר את הרעיון האמור. ביקורת זו מוכיחה למעשה כי מדובר בביטוי רב משמעות, אשר מייצג עמדה על העולם ועל הגברים והנשים החיים בו, דווקא משום שזהו ייצוג קיצוני ומפורש. גם אם ניתן (וראו) להתווכח עם עמדה זו, הרי שיש בכך הדגשה לחשיבותה לדיון אודות יחסי נשים וגברים. זאת כיוון שכזכור – גם ביטויים שקריים מוגנים על-ידי השאיפה לגילוי האמת, שכן הצגתם חושפת את שקריותם ומחזקת את נימוקי המחזיקים בעמדות הנכונות. כך, כפי שטענו מספר פמיניסטיות המתנגדות לצנזורה, יוכלו פרסומים פורנוגרפיים לשמש דווקא את התומכים בקידום מעמד האישה, שיוכלו להשתמש בהם לצורך הדגמה, מחקר, או הוקעה.⁸⁰

79 ראו לעיל.

N. Strossen, "A Feminist Critique of the Feminist Critique of ראו 80 Pornography", *Virginia L. Rev* 79 (1993), pp. 1099-1190

מנגד, ניתן לטעון כי מבחינת הרציונל של חקר האמת, יש להבחין בין דיון גלוי בשאלת זהותה של האישה לבין העברת מסרים עקיפים בעניין זה. לפי טענה זו, המסרים העקיפים קשים להתמודדות ולוויכוח, ומאפשרים העברת מסרים שלו היו מוצגים ישירות היו זוכים להתנגדות נמרצת. לפיכך, מסרים אלו אינם יכולים להיחשב לביטוי המקדם את האמת, אלא דומים יותר לשטיפת מוח.

עמדה זו אינה מקובלת עלינו. אין מקום להגביל מראש את אמצעי הביטוי של העמדות השונות. הגבלה על מסרים עקיפים, כעיקרון כללי שיחול על כל סוגי הרעיונות, לא רק שאינה ישימה אלא גם עלולה לעקר את היכולת לקיים דיון ציבורי אמתי, בהנחה שדעת הקהל אינה נתונה רק לוויכוח תאורטי מעונב ומנומס. טיעון זה יפה כוחו להגבלת מסרים תת-הכרתיים (כגון בתחום הפרסומת הסמויה), אך לא לענייננו, שהמסרים פועלים בו בתחום ההכרה הגלויה. מסרים עקיפים משמשים בכל האמנויות, כמו שירה, ציור ותאטרון – האם נעלה בדעתנו להגביל אמצעי ביטוי אלו משום שאין הם מבטאים את מסריהם ישירות?

תרומה לדמוקרטיה

עיקרו של הטיעון הדמוקרטי בעד חופש הביטוי, המתמקד בצורך בציבור מצביעים ידען ומשכיל, אינו חל על פרסומים פורנוגרפיים. אף-על-פי כן, גם לסוגיית הפורנוגרפיה ישנו היבט פוליטי. המאבק הפמיניסטי נגד פורנוגרפיה הוא מאבק פוליטי באופיו,⁸¹ וממילא – הוא הופך גם את הפורנוגרפיה עצמה לביטוי פוליטי של יחסים בין-מעמדיים. דוגמה בולטת עוד יותר היא הפורנוגרפיה ההומוסקסואלית, המשמשת מכשיר לסוציאליזציה של הקהילה החד-מינית, להסברה עצמית, וכן דרך להשגת סובלנות והכרה.

לצד זאת, ההגנה על הביטוי הפורנוגרפי קשורה גם בתפיסה דמוקרטית של שוויון ביכולת להשפיע על עיצובה של הסביבה המוסרית והפוליטית. יכולתו של כל אדם לנסות ולהשפיע על קהילתו וחברתו באופן שוויוני ובלי לפסול אף עמדה על הסף, היא רעיון היונק ישירות מן התפיסה הדמוקרטית אודות העברת הריבונות אל האזרחים. אין סיבה לפיכך להפלות את בחירתם של אזרחים מסוימים רק משום שלאחרים בחירה זו נראית פסולה או דוחה.

81 ראו: MacKinnon, "Not a Moral Issue", לעיל.

מעמדה שוויונית נובע כי לכל אדם צריכה להיות הזדמנות שווה להשפיע. בחירותיו האישיות, טעמיו ודעותיו של כל אדם, הם כולם מועמדים מתאימים לעיצוב החיים המשותפים. אין חובה לקבל או לאמץ אותם, אך יש חובה לאפשר להם להציע את עצמם לציבור, גם אם למישהו החלוק עליהם יש במקרה את הכוח להשתיקם. זאת משום שכאשר מישהו מתיימר להשתיק ולמנוע את יכולת ההשפעה של עמדה מסוימת מפני שתוכנה אינו מוצא חן בעיניו, הוא מעמיד את עצמו כשווה יותר מחברו המושתיק.⁸² אם כך, העובדה שפורנוגרפיה נראית לרבים כמשהו נחות, מאוס ודקדנטי, או אפילו מעליב, היא סיבה טובה לנסות ולהשפיע על סביבתנו לדחות אותה, אך אין היא מעניקה צידוק לשלול ממנה את זכות הקיום.

ביטוי עצמי ואוטונומיה

ניתן לומר בהכללה, כי פרסומים פורנוגרפיים אינם מבטאים את האינטימיות של היוצר, אלא בעיקר את האינטרסים הכלכליים שלו. גם אם נסכים שבפרסומים אלו משוקעת השקפת עולם, הרי שלרוב אין היא מעניינת של היוצר או המפרסם, ולעתים הוא אף אינו מודע לה. סביר להניח, לפיכך, כי הגבלה על פורנוגרפיה לא תפגע בנפשם של יצרני חומר זה, אלא בעיקר בכיסם.

ואולם, גם בסוגיה זו שונה מצבה של הפורנוגרפיה החד-מינית. בתחום זה מעידים היצרנים והצרכנים כאחד, על יסודות של הבעה עצמית בהפקה ובצפייה בחומר. פורנוגרפיה חד-מינית משמשת לעתים במפגשים חברתיים של הקהילה החד-מינית, ומסייעת בבניית הזהות המגדרית האישית, ובזכייה בלגיטימציה מצד הצופה והחברה. כך מעודדים בני הקהילה להצהיר בגלוי על זהותם המינית ('לצאת מהארון'), ולהביע את עצמם באופן מפורש.⁸³

82 R. Dworkin, "Do We Have A Right to: ראו: *Pornography?*", in: **A Matter of Principle**, Oxford University Press, 1986, pp. 335-372.

83 ראו למשל:

T. Waugh, "Men's Pornography: Gay vs. Straight", in: Dewey, *supra*, p. 142., esp. p. 143; L. Green, "Pornographies", pp. 156-157; כן יש להעיר כי טיעון זה חל באופן דומה אף על בני מגדרים אחרים שסובלים מדיכוי מיני, ובכללם בעלי העדפות מיניות חריגות שונות, העשויים למצוא בחומרים כאלו מנגנון משחרר שעוזר להם להתמודד עם יצרנים חבויים.

נקודה זו עלתה לדיון במסגרת ההליך המשפטי בעניין Little Sisters.⁸⁴ נציגי חנות הספרים טענו, בין השאר, כי התרת פורנוגרפיה הומוסקסואלית היא כלי להכרה (recognition) במיעוטים מיניים, ולכן בעלת חשיבות להגדרה העצמית של הומוסקסואלים כקבוצה, ויכולה להיחשב כזכות קבוצתית. כן הודגשה חשיבותה של הפורנוגרפיה לעיצוב הזהות, ואף להקטנת הניכור והאיבה בין קבוצות חד-מיניות ובין הציבור בכללותו.⁸⁵ מן העבר השני, יש לראות בפרסום חופשי של פורנוגרפיה גם כיבוד האוטונומיה של הפרט אשר צורך פרסומים אלו. הפרט, הריבון על עצמו ועל עיצוב אורח חייו, זכאי להחליט בעצמו האם פורנוגרפיה נאה או מגונה בעיניו. אם יש הרואים פורנוגרפיה כבעלת תוצאות מזיקות בתחום האמונות והדעות של צרכניה, התייחסות המכבדת את הצרכן תהיה התמודדות עם מסרים אלו. בהתמודדות כזו ניתן להדגיש את נקודת המבט האחרת לגבי מה שראוי ומהנה במין, ולגבי המעמד ההולם נשים במסגרת קשר זוגי ובחברה בכלל. אולם מניעתו של פרט מסוים מחשיפה לחומר שעלול לדעתו של אחר לגרום לו להחזיק בעמדות שגויות או מגונות, היא שימוש לא ראוי בכוח השלטוני. הפעלת החוק כדי לצנזר עמדה רק בשל תוכנה, היא הפעלת משטרת מחשבות.⁸⁶

'ערך חברתי פודה'

עד כאן הנחנו שמדובר ביצירה נטולת כל ערך אמנותי או אחר, מלבד התכונות הנלוות אליה מעצם עיסוקה בנושא המין. אולם ייתכנו יצירות שאמנם נופלות תחת הגדרתנו את הפורנוגרפיה, אך טמונה בהן גם תרומה חברתית גדולה, בדמות ערך אמנותי, ספרותי או חברתי. במקרים כאלו, עשוי להיות אינטרס חברתי חשוב בקיומם ובקידומם של ביטויים אלו, שכן הטעמים השונים העומדים בבסיס ההגנה על חופש הביטוי חלים עליהם באופן ישיר וברור – הן אם מדובר בהקשר המדעי בשאלת חשיפת האמת, והן בהקשר האמנותי (הנפוץ יותר), שאליו מתקשרים הטיעונים הנוגעים לביטוי עצמי ולאוטונומיה של הפרט.

84 לעיל, הערה 48 וסביבה.

85 ראו בכתב הטענות המובא בהערה 49 לעיל, פסקה 13 ואילך.

86 לסוגיה זו, ראו לדוגמה: T.M. Scanlon, "Freedom of Expression and Categories of Expression", in: **Pornography & Censorship** 139, esp. 157 ff.

כאשר בבסיס ההתנגדות לפורנוגרפיה עומד סטנדרט חברתי, ברי כי ככל שערכו של הביטוי הפורנוגרפי עולה, כן תפחת ההתנגדות, שכן תחושת הגינוי וההסתייגות מתחלפת בהערכה ובכבוד. כך למשל, הפסיקה האמריקנית קבעה כי יש לבחון את ערכה של היצירה בכללותה, בבואנו לבדוק האם יש להגדירה כתועבה. יתר על כן, בניגוד לעבר שבו גם ביטוי בעל ערך כזה היה חשוף להגבלה אם עודד מעשה תועבה,⁸⁷ בהלכה חדשה יותר נפסק כי היעדרו של ערך ספרותי, אמנותי, פוליטי או מדעי רציני הוא תנאי להגדרת חומר כחומר תועבה אשר חלות עליו מגבלות ההפצה.⁸⁸ אם כן, חומר בעל ערך אינו נחשב כלל לתועבה, משום שאינו פוגע בסטנדרט הקהילתי.

לעומת זאת, כאשר ההתנגדות לפורנוגרפיה נובעת מתפיסה של פגיעה בנשים, הרי שהתועלת החברתית שבביטוי הפורנוגרפי האמנותי אינה מכפרת על הפגיעה. כל עוד נותר היסוד המשפיל והמדכא, הצגתו באופן אמנותי מעניקה לו רק גושפנקה נוספת. בניגוד לנקודת המבט השמרנית, שלפיה יש בערכה של היצירה כדי לגאול אותה מן התווית המתועבת ולהכשיר אותה לבוא בקהל, הרי שמנקודת מבט פמיניסטית הכשר זה אינו מקדם את החתירה לשוויון ולכבוד.

לפיכך, הגישה הפמיניסטית נוטה לעמדה מסויגת בדבר פורנוגרפיה אמנותית. דוברות רדיקליות אף טוענות כי הקביעה השיפוטית בדבר קיומו של ערך פודה תלויה בעולם ערכי-תרבותי שעוצב לרוב גם הוא בהתאם לנורמות גבריות ופטריארכליות.⁸⁹ אולם גם מבלי לאמץ השקפה כזו, ברי כי ההקשר האמנותי אינו מאיין את הפגיעה אלא לכל היותר גורר איזון אחר בין הרווח וההפסד החברתיים. ככל שההערכה לחופש הביטוי גדולה יותר, כן תגבר חשיבותו של הביטוי בעל הערך, אולם תכונותיה השליליות של הפורנוגרפיה לא יגוזו.

סיכום ביניים

ראינו, אם כן, כי הרציונלים העומדים מאחורי מקומו המכובד של חופש הביטוי בחברות דמוקרטיות, חלים על ביטויים פורנוגרפיים, אם כי באופן

Ginzburg v. United States, 86 S.Ct 942; **Mishkin v. New York**, 86 S.Ct 87 958; **Memories v. Massachusetts**, 86 S.Ct. 975

Miller v. California, לעיל. 88

C. A. MacKinnon, "Pornography, Civil Rights, and Speech", p. 21. 89

חלקי בלבד. יש לזכור כי מלבד מקרים חריגים, אין אנו עוסקים בגילויי המדעיים של גלילאו, ביצירות אמנותיות חשובות או בהבעת דעה של גורמי אופוזיציה. לחופש הביטוי ענפים חשובים יותר. אולם חשוב לזכור כי זכויות בכלל, וחופש הביטוי בכללן, נדרשות רק במקום שבו מישהו מעוניין לשלול אותן. אין צורך בזכות לחופש ביטוי כשמדובר בביטוי שאהוב ומוערך על כולם. סוגיית חופש הביטוי עולה באופן טבעי רק במקום שבו הביטוי האמור מציק, מרגיז ומפריע, ומישהו מעוניין להשתיקו.

בהמשך הפרק נדון בקצרה ביחס בין פורנוגרפיה לסוגיית חופש הביטוי המסחרי. ביטוי כזה נתפס גם הוא כילא מיוחסי, ובשל כך נקבעו לגביו הסדרים שונים במקצת מן ההסדרים החלים על חופש הביטוי בכלל. ברוח משפטית זו, נוסיף גם מספר מילים על שאלת חופש העיסוק, ועל שייכותה לענייננו. אחר כך נביט בקצרה ביישום המשפטי של עמדה ליברלית, המחויבת לחופש הביטוי, בשאלת הפורנוגרפיה. את הפרק נחתום בעיון בביקורות פמיניסטיות על השימוש בעקרון חופש הביטוי בהקשר הפורנוגרפי. בתחילת הפרק דנו בטיעונים שתקפו את התאמת הפורנוגרפיה למודל של חופש הביטוי, ובפרט בשאלה האם פורנוגרפיה היא ביטוי. בהמשך נדון בטענות אחרות, שעיקרן בניסיון לבחון את השפעת הפורנוגרפיה על חופש הביטוי של נשים.

חופש הביטוי המסחרי

מסקנותינו לגבי אופיו של הביטוי הפורנוגרפי, ומתוך כך – ההיקף הראוי של ההגנה עליו, מזכירות סוגיה מקבילה הנידונה בספרות העיונית והמשפטית: סוגיית חופש הביטוי המסחרי. ההנחה היא שמטרתו המרכזית של הביטוי הפורנוגרפי הוא הפקת רווחים. בשל כך, מועיל לבחון את ההתייחסות לשאלת חופש הביטוי המסחרי והיקפו, מתוך ניסיון ללמוד ממנו על נוסחת האיזון הראויה לענייננו. עם זאת, יש לזכור כי כפי שהעלה דיונו, טמונות בביטוי הפורנוגרפי גם סגולות נוספות, אשר גם אם אינן עומדות בהכרח במרכז שאיפותיהם של יוצרי החומר, יש בהן כדי להעניק חשיבות מסוימת לקיומו של המוצר הפורנוגרפי בגדרו של עקרון חופש הביטוי.⁹⁰

90 זאת בניגוד לחשיבות השוכנת מחוץ לגדרו של עיקרון זה, דוגמת תרומתו של ביטוי מסחרי, למשל, ליעילות ולשגשוג כלכליים.

ההשקפה כי חופש הביטוי המסחרי ראוי להגנה מועטה יותר מביטויים אחרים מקובלת במדינות רבות.⁹¹ גם בארץ נוטה כיום הפסיקה להבחין בין רמת ההגנה המוענקת לביטויי אמנותי או פוליטי, לבין ביטוי מסחרי. עמדה זו, שהושמעה בעבר רק כדעת מיעוט מפי השופט חשין בעניין **קידום**,⁹² חזרה ואושררה בדעת רוב על-ידי השופטת דורנר בעניין **תפוזינה**:⁹³

הכול מסכימים, כי גבולותיו של חופש הביטוי המסחרי, שלא כל הטעמים של חופש הביטוי חלים לגביו, צרים מגבולות חופש הביטוי הפוליטי או האמנותי. על כן, אין מניעה עקרונית מלהגביל או אף מלפסול ביטוי מסחרי הפוגע ברגשות...

... הגם שבתשדירי פרסומת יש מן היצירתיות, עיקר מטרתם הוא קידום מכירת המוצרים והשירותים שהם מציגים. מטרה זו משליכה לא רק על היקף ההגנה שיינתן להם, אלא גם על מקום התווית גבולות הטעם הטוב. שכן, בעוד שייצוגים מיניים באמנות הם חלק מן היצירה, הרי שמין בפרסומת נועד למשוך קהל ולהניעו לרכוש מוצרים או שירותים. גוף האדם, ובמיוחד גופן של נשים, משמש בפרסומת כלי בלבד. תשדיר פרסומת הכולל רימוזים ומסרים מיניים בוטים, לרבות הטרדה מינית העשויה להזמין אלימות, גם בחברה פתוחה וסבלנית, פוגע ברגשות הציבור בעוצמה הנדרשת לפסילה, המוגדרת כקשה ומשמעותית...

פסיקה זו, המקשרת בין התחום המסחרי לתחום המיני, קרובה מאוד לענייננו, אם כי עניינה בשידור בערוץ כללי וציבורי, ולא בהפצה לשם צריכה פרטית.⁹⁴ גם פסק הדין הקנדי בעניין בטלר שהזכרנו לעיל, בוחר בדרך דומה. הוא קובע בהנמקתו, כי היות שייצור החומר הפורנוגרפי ופרסומו מונעים

91 ראו לעניין זה: R. A. Shiner, "Advertising and Freedom of Expression", *University of Toronto L. J.* 45, p. 179.

92 בג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומלו"ת (1981) בע"מ נ' רשות השידור ואח'** פ"ד (מח)2, עמ' 1.

93 בג"ץ 4644/00 **יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו**, פ"ד (נד)4, 178, פסקה 7 לפסק הדין.

94 מכיוון אחר, יש מקום לטעון כי שימוש בגוף האישה כייצוג מיני לצורך שיווקם של מוצרים (כגון מכוניות או משקה קל), גרוע יותר מהייצוג שנשים זוכות לו בפרסומים פורנוגרפיים. שכן בעוד המסגרת הפורנוגרפית מצומצמת מראש להקשר המיני, הרי שפרסומת כעין זו הופכת גם את הנשים הפועלות בעולם הכללי (החיצוני והמסחרי, מחוץ למסגרת המינית) לאובייקטים מיניים גרדא.

משאיפה לרווח כלכלי, ההגבלות על ביטוי כזה מוצדקות יותר מבמקרים אחרים.⁹⁵

אזכורו של ממד זה ביצירת הפורנוגרפיה, מעלה את השאלה שמא יש מקום להביט על סוגיית החופש לפרסם חומרים פורנוגרפיים מנקודת מבטה של הזכות לחופש העיסוק. זאת בעיקר לאור חוק יסוד: חופש העיסוק, אשר הפך זכות זו, לפחות פורמלית, לזכות המעוגנת ביותר בשיטת המשפט הישראלית.⁹⁶ אולם מבחינה מהותית, ברור שחופש הביטוי עולה בחשיבותו על חופש העיסוק. ממילא, דומה שכל נוסחת איזון שתקבע כי יש מקום להגביל את חופש הביטוי במקרה מסוים, תוכל גם לחופש העיסוק, אשר הרף הנדרש לצורך הגבלתו נמוך יותר. כך או כך, דיון מפורט בהיבט זה חורג מנושא דיונו.

ליברליזם, פורנוגרפיה וחופש הביטוי: הניסיון המשפטי

בפרק הקודם הזכרנו את המאבק הפמיניסטי המודרני לחקיקת חוק המגביל פרסומים פורנוגרפיים, על-ידי מתן זכות תביעה רחבה כלפי יצרני הפורנוגרפיה ומפיצייה. כאמור לעיל, החוק הותקף בעתירה נגד ראש העיר אינדיאנפוליס על-ידי איגוד מפיצי הספרים ועוד רבים אחרים שהצטרפו אליו. אל העותרים הצטרפו גם קבוצות פמיניסטיות שהתנגדו לצנזורה,⁹⁷ בעוד שאל ראש העיר, אשר תמך בחוק מסיבות דתיות, הצטרפו ארגונים שמרניים ודתיים. בית המשפט פסל את החוק, בקובעו כי הוא נוגד את החוקה האמריקנית. בערעור לבית המשפט לערעורים (של ה-7th Circuit) אישר בית המשפט את הפסיקה, והחליט לפסול את החוק ולבטלו. פסק דין זה העלה על נס את העמדה הליברלית בסוגיית הפורנוגרפיה, תוך הטעמת חשיבותו של חופש הביטוי.

בית המשפט קבע כי החוק בטל משום שהוא אוסר על ביטוי אך ורק בשל תוכנו. בית המשפט לא התכחש לאפשרות כי פורנוגרפיה עלולה להביא לעיצוב עמדות שליליות כלפי נשים ולהנצחת נחיתותן. מפסק הדין עולה שדווקא כוחה של הפורנוגרפיה לעצב עמדות וגישות – ובכללן גישות שליליות

Regina v. Butler 89 D.L.R. (4th) 449, 482 95

96 זאת משום שחוק זה זכה לשריון, בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהזכות לחופש הביטוי מעוגנת בו (כנטען). שאלות אלו שוכנות מחוץ לגבולות דיונו זה.

97 דוגמת: FACT – Feminist Anti-Censorship Task Force

כלפי נשים, הוא המקנה לה הגנה חוקתית. כך בדבריו של השופט Eastbrook (ההדגשות אינן במקור):

The Ordinance discriminates on the ground of the content of the speech. Speech treating women in the approved way - in sexual encounters premised on equality - is lawful no matter how sexually explicit. Speech treating women in the disapproved way... - is unlawful no matter how significant the literary, artistic or political qualities of the work taken as a whole...

The State may not ordain preferred viewpoints in this way. The constitution forbids the State to declare one perspective right and silence opponents.⁹⁸

בית המשפט מביע את חששו משליטה במחשבות הפרט ומפגיעה בחירותו:

Under the First Amendment **the government leaves to the people the evaluation of ideas.** Bold or subtle, an idea is as powerful as the audience allows it to be ... **this is thought control.**⁹⁹

ובהמשך:

We accept the premises of this legislation. Depictions of subordination tend to perpetuate subordination. The subordinate status of women in turn leads to affront and lower pay at work, insult and injury at home, battery and rape on the streets ... yet this simply demonstrates the power of pornography **as speech.**¹⁰⁰

American Booksellers v. Hudnut, 771 F. 2d 323 (1985), p. 325 98

שם, עמ' 327. 99

שם, עמ' 329. 100

בית המשפט קבע לסיום כי רק במקרה שבו החוק היה מצביע על קשר ברור ומידי בין ביטויים פורנוגרפיים לנזקי גוף (בית המשפט הגדיר את הסכנה הנדרשת כ-“not only grave but imminent”) ניתן היה לאשר את החוק.

ד. חופש הביטוי וביקורת פמיניסטית

בתחילת הפרק, עסקנו בביקורת פמיניסטית על עצם הגדרת הפרסומים הפורנוגרפיים כביטוי. אולם קו החזית אינו מסתיים שם: המבקרות הפמיניסטיות מוסיפות לטעון, כי גם אם נגדיר פורנוגרפיה כביטוי, עדיין אין בכך כדי להסיק שיש להגן על חופש הביטוי הפורנוגרפי. זאת, הן על בסיס טענות בעלות אופי ליברלי, המתרכזות בערכו של חופש הביטוי ובערך השוויון, והן על בסיס טענות בעלות אופי חוץ-ליברלי, המטילות ספק בהצדקתו של המודל הליברלי, למצער בנתונים מסוימים.

נתחיל את דיוננו בסקירת טענות אלו, כסדרן. בתום הסקירה נשוב אל חיק הליברליזם, ונדון בתוקפן. כבסיס עיקרי לדיון, ישמשו אותנו כתביהם של קתרין מקינון מן העבר הפמיניסטי, ורונלד דבורקין מן העבר הליברלי, שניהלו ויכוח פומבי מעל גבי העיתונות וכתבי העת, בשאלה זו בדיוק.¹⁰¹

פורנוגרפיה והשתקה: דיבור מול דיבור

בהנחה שפורנוגרפיה היא אכן **דיבור**, הביקורת הפמיניסטית תוקפת את ההגנה המוענקת לדיבור זה, בטענה שהוא בא על חשבון דיבור אחר. חשוב להבחין כי לפי טענה זו, ישנו קונפליקט במסגרת עקרון החירות עצמו: חופש הדיבור האחד – הפורנוגרפי, גורם להשתקת נשים, ושולל מהן את חופש הדיבור שלהן.

כפי שכבר הזכרנו, פמיניסטיות טענו כי פורנוגרפיה, על כל השפעותיה, יוצרת אקלים מדכא ומשפיל עבור נשים, ובשל כך – שוללת מהן את היכולת

MacKinnon, **Only Words**; R. Dworkin, “Women and Pornography”, 101 **The New York Review of Books**, October 21, 1993; R. Dworkin, “Liberty and Pornography”, in: Dewer, pp. 112-121
 וכן תגובתה של מקינון ותגובת נגד נוספת של ר' דבורקין: **The New York Review of Books**, of **Books**, March 3, 1994
 R. Langton, “Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornography”, in: Dewer, pp. 91-112

לבטא את עצמן ואת דעותיהן. כאשר נשים נתפסות כנחותות וכאובייקטים מיניים בלבד, וכאשר האקלים החברתי מטמיע את האפליה והדיכוי של הנשים אל תוך הפרקטיקות החברתיות היומיומיות, איש אינו מקשיב לנשים (המפנימות, מצדן, את הצורך לשתוק), ועל אחת כמה וכמה שאינו מאפשר להן לזכות בעמדות כוח והשפעה.

אם כך, ישנה התנגשות בין דאגה לחופש הביטוי של מפיצי הפורנוגרפיה, לבין דאגה לחופש הביטוי של ציבור הנשים. שתי חירויות אלו, לפי הטענה, אינן מתיישבות זו עם זו. שומה עלינו להחליט איזה ביטוי יקר יותר ללבנו, ולהעדיף אותו על האחר. עלינו לבחור האם להעדיף ולאפשר ביטוי לנשים (מחצית מן האוכלוסייה) – ביטוי פוליטי, מדעי, ספרותי, אמנותי, ועוד (ולשם כך לאסור ביטויים פורנוגרפיים), או שמא ברצוננו להגביל ביטוי של נשים, לטובת הגנה על ביטוי דל ערך ומזיק של יצרני פורנוגרפיה רודפי בצע.¹⁰² כאשר השאלה מנוסחת כך התשובה ברורה; ואם כן – הרי שמתוך הכרה בחשיבותו של חופש הביטוי עצמו, יש להגביל ביטויים פורנוגרפיים.

חירות מול שוויון

קו טיעון נוסף, הנושא גם הוא אופי ליברלי, מעמת את חופש הביטוי ואת החירות בכלל עם עקרון השוויון. גם אם נניח שעקרון החירות מוביל לתמיכה בפרסומים פורנוגרפיים, הרי שפרסומים כאלו פוגעים בערך חשוב לא פחות – הלוא הוא השוויון.¹⁰³ הפורנוגרפיה תורמת לדיכוי מעמדי ולאפליה במקומות תעסוקה ובהקשרים אחרים. הגבלת פורנוגרפיה, בהקשר זה, משולה לפעולות ממשלתיות אחרות שנועדו לתרום לשוויון, כמו חקיקה האוסרת אפליה על רקע גזע או מין בתעסוקה, בהשכלה, בדיוור, ועוד. אם כך, גם אם יש בהגבלה כזו משום פגיעה בחירות ובפרט בחופש הביטוי, הרי

102 יש לציין כי ביקורת זו דומה באופייה לביקורות שמרניות על העמדה הליברלית אודות חופש הביטוי, אשר התייחסו בספקנות לתפיסה שלפיה חירות מאפשרת קדמה והתפתחות, וטענו מנגד כי אנשים משתמשים בחירותם להידרדרות ולשחיתות מידות. ראו למשל: J. F. Stephen, **Liberty, Equality, Fraternity**, Cambridge University Press, 1967, pp. 30, 72-73; P. Devlin, **The Enforcement of Morals**, London: Oxford University Press, 1965, pp. 1-25, 107; W. Kendall, "The Open Society and its Fallacies", in D. Spitz (ed.), **J. S. Mill On Liberty**, New York: W. W. Norton, 1975, p. 154, esp. pp. 158-165.

103 בהקשר המשפטי הקונפליקט הוא בין התיקון הראשון לחוקה האמריקנית, לבין התיקון ה-14.

שפגיעה זו מוצדקת על בסיס ערכים ליברליים חשובים (ומוגנים חוקתית) לא פחות. חשוב להבחין כי בניגוד לטיעון הקודם, כאן אין מדובר בקונפליקט בין חירויות (בתוך חופש הביטוי), אלא בטענה על סתירה בין חירות לבין שוויון. על-פי הטענה, הכרה בערך השוויון מחייבת הגבלות מסוימות על החירות, ובתוכן – הגבלה על פורנוגרפיה, אף אם היא חוסה תחת כנפי חופש הביטוי.

ליברליזם, ניטרליות ואפליה

עד כאן, עסקנו בטענות פנים-ליברליות, המנסות לגזור את המסקנה בדבר הצורך בהגבלת חופש הביטוי הפורנוגרפי מתוך עקרונות ליברליים. עתה נפנה לטיעון המבקר את התפיסה הליברלית עצמה, ותוקף חזיתית את רעיון החירות.

העמדה הליברלית מבוססת על מתן חירויות יסוד זהות ושוות לכלל הפרטים, תוך התערבות מינימלית ככל האפשר בבחירות ובדרך החיים של פרטים אלו. אולם לפי הביקורת הפמיניסטית, במציאות החברתית הממשית שבה נשים אינן זוכות לתשומת לב של החברה, וסובלות השפלה, הטרדה, דיכוי וחוסר שוויון, דיון במונחים של חירויות הוא בעייתי. העיקרון הליברלי, המבוסס על ניטרליות, אינו הולם כאשר נקודת הפתיחה של כלל האזרחים איננה שוויונית, אלא גזענית ומיננית (סקסיסטית). אין אפשרות לקדם את חופש הביטוי כאשר רק לצד אחד יש אופציות ממשיות לביטוי עצמי. הדברים אמורים במיוחד באשר לפרסומים פורנוגרפיים, כיוון שבהקשר של הפעילות המינית וייצוגה, לנשים אין מימוש שוויוני של חופש הביטוי.¹⁰⁴

חופש הביטוי, אם כן, אינו תורם לכלל הפרטים באופן שווה, ובשל כך – אינו הוגן. אם כך, לפחות ככל הנוגע ליחסים בין גברים ונשים, ובפרט בסוגיה המינית, הקצאת החירויות אינה הוגנת, ולכן – אינה מוצדקת. כאשר יושג שוויון מלא בין גברים ונשים, באופן שתיפתח בפני נשים הדרך למוקדי הכוח וההשפעה, אפשר יהיה לומר כי ניתן להביע עמדות בחופשיות, כאשר הוויכוח הציבורי יגן על מי שנפגע מעמדות אלו. אולם כל עוד נשים הן קבוצה מדוכאת שקולה לא נשמע, ושאינה יכולה להגן על עצמה, על המדינה להגביל ביטויים הפוגעים בה, ובפרט – ביטויים פורנוגרפיים.

C. A. MacKinnon, "Pornography, Civil Rights, and Speech", p.4; Dewey, 104 I, 4.

הטענות הפמיניסטיות היכו גלים בעשורים האחרונים, ועוררו תגובות נגד מצד הליברלים. נדון גם בהן – כסדרן.

נפתח בטיעון ההשתקה הגורס שחופש הביטוי הפורנוגרפי בא על חשבון חופש הביטוי של נשים. לדידו של רונלד דבורקין, מראשי הדוברים בוויכוח ואחד הפילוסופים החשובים של המשפט בימינו, טיעון זה מבוסס על הנחה מוגזמת שרואה בזכות לחופש הדיבור גם זכות לנסיבות המעודדות אדם לדבר, וזכות לכך שדבריו יכובדו ויובנו. אולם למעשה, הזכות אינה משתרעת על המרחב האמור, והזכות להקשבה ולהבנה אינה מצדיקה אכיפה במסגרת חופש הדיבור.¹⁰⁵

במאמר אחר¹⁰⁶ דבורקין נעזר בהבחנה המפורסמת של ישעיהו ברלין, בין שני מושגים של 'חירות': חירות שלילית, הכוללת שחרור מהגבלות חיצוניות בנוגע למה שבחפצך לעשות, וחירות חיובית, המתאפיינת ביכולת לממש את רצונותיך, ואף להשפיע ולהשתתף בהחלטות ציבוריות. לטענתו, העמדה הפמיניסטית טוענת להגבלת חירותם השלילית של מפרסמי הפורנוגרפיה, על מנת להגן על חירותן החיובית של נשים. אולם כאשר יש קונפליקט בין חירויות משתי רמות אלו, אומר דבורקין, יש להכריע לטובת החירות השלילית, הנמצאת בלבה של העמדה הליברלית. זאת בשים לב לכך שלא ניתן בהכרח לממש את כל הטובין הפוליטיים באותה מערכת, וייתכן בהחלט שיש צורך בבחירה ובהעדפה. לפי דבורקין, חופש הביטוי נועד לאפשר את ביטוי של כל רעיון, גם אם השלכותיו, בין השאר, הן הגבלות על חירות חיובית של אחרים. אם כך, מטעם זה אין להגביל את הפרסומים הפורנוגרפיים.

באשר לטענה השנייה, הנוגעת לעליונות השוויון על החירות, טוען דבורקין כי ההנחה שלפיה מדובר במחלוקת היא שגויה. לדעתו, התמיכה הליברלית בחירות מבוססת בעצמה על עקרון השוויון. הגנה על חירותם של מפרסמי הפורנוגרפיה נובעת מהרצון להגן על השוויון בתהליך יצירת הסביבה המוסרית והפוליטית. כפי שהזכרנו לעיל, דבורקין מטעים את חובתו של הממשל להתייחס לכל העמדות המובאות בפניו באופן שוויוני, מבלי להעדיף (מראש) את בחירתו של אף אחד. משום כך, חובה לאפשר לכל המעוניין בכך, להשפיע

105 Dworkin, NY Review, לעיל.

106 Dworkin, "Liberty and Pornography" לעיל.

על סביבתו המוסרית ועל המוסכמות החברתיות שבתוכן הוא חי. לכן, לא ניתן לשלול מיצרני הפורנוגרפיה ומפציה את זכותם לעשות זאת.

דבורקין מדגיש כי ערך השוויון, כפי שהוא מוגן בתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית, מבטיח שוויון בהזדמנויות, ולא בתוצאות. המדינה חייבת להימנע מאפלייה בתנאי הפתיחה של אזרחיה – אין היא יכולה לאסור על האחד להביע את דעתו, ולהתיר זאת רק לשני, משום שדעתו מוצאת חן בעיניה. לעומת זאת, אין זה מתפקיד המדינה לדאוג לכך שכל אחד יממש את זכויותיו ויצליח להגיע לתוצאה השווה לתוצאה של חבריו, כשם שאינה חייבת לדאוג שלכולם תהיה כמות משאבים זהה.

מובנו של השוויון, אם כן, הוא במתן זכות ביטוי שווה לכולם, ולא בהבטחה שכולם יתבטאו באותו אופן. הניסיון הפמיניסטי לצנזר עמדות, רק משום שאלו יפגעו במעמדן, חותר בעצמו תחת רעיון השוויון, המאפשר אמנם לדחות דעה מסוימת, אך לא להשתיקה מראש. אם כן, אין בהתבססות על עקרון השוויון כדי למצוא משענת להגבלה על פורנוגרפיה.

באשר לביקורת השלישית, החוץ-ליברלית, מדובר בטיעון כבד משקל, שלא כאן המקום לדון בו בפרוטרוט, שכן הוא נוגע ללב לבה של התפיסה הליברלית: הנחת השוויון הראשוני של כל בני האדם. אולם חשוב להבחין, כי ככל האמור בחוסר יכולתן של נשים להשפיע על השיח הציבורי, ניתן להטיל ספק. גם אם היה הדבר נכון פעם, ספק אם כך הוא גם היום, ובאיזו מידה. כתביה של מקינון עצמה עוררו הדים רבים והגיעו לקוראים רבים, שנחשפו אליהם אם במישרין ואם בעקיפין (כמוך, הקורא או הקוראת). גם אם נטען כי עדיין שוררת אפליה כבדה נגד נשים, אין אנו רשאים להתעלם מכך שישנן נשים בעלות עמדות כוח או השפעה (אם כי לא באופן ההולם את שיעור הנשים באוכלוסייה). ענייננו בהקשר זה, אינו בשאלה האם כל הנשים יכולות ליהנות באופן מלא מחופש הביטוי, אלא האם הקבוצה הנשית, כמעמד וכקולקטיב, יכולה ליהנות ממנו. דומה כי בישראל התשובה לשאלה זו חיובית. די בכך כדי לאפשר לנו להמשיך את דיוננו מבלי לפתח דיון נרחב בעצם התשתית הליברלית.

סיכום

בפרק זה דנו בעמדה הליברלית, המקשרת הפצה וצריכה של פורנוגרפיה לסוגיית חופש הביטוי. עמדנו על הטעמים השונים העומדים בבסיס ההגנה

הרחבה על חופש הביטוי, והערך החשוב שניתן לו בתרבות הפוליטית המערבית. תהינו על אודות היחס בין טעמים אלו לבין הביטוי הפורנוגרפי, אשר לכל הדעות אינו נמנה עם השורה הראשונה של הביטויים החשובים, כגון ביטויים פוליטיים או יצירות אמנותיות. אף-על-פי כן, עמדנו על תחולתם החלקית של מרבית הטעמים, המובילים למסקנה שישנו ערך בביטוי הפורנוגרפי.

מנגד, דנו בביקורות פמיניסטיות אשר תקפו הן את סיווגה של הפורנוגרפיה כביטוי, והן את המסקנה הנגזרת מכך לשיטתם של הליברלים. הביקורת הפמיניסטית טענה כי יש לראות בפורנוגרפיה פרקטיקה ולא ביטוי בלבד, וכן כי אף אם יש בהפצתה או בצריכתה של פורנוגרפיה מימוש של חירות, יש לדחות אותה מפני ערכים חשובים אחרים, כמו חירותן הנגדית של נשים או מעמדן השוויוני. לצד זאת הוטחה ביקורת במודל הליברלי כאשר הוא מיושם בחברה לא שוויונית. ראינו אף את תגובתם של הוגים ליברלים לטענות אלו. בפרק הבא נקדיש מקום לדיון ולגיבוש דעה בשאלות אלו.

חשוב להבחין שאף במסקנה שטעמיו של עקרון חופש הביטוי חלים על ביטויים פורנוגרפיים, אין כדי לומר כי הם חלים באופן שווה. ניתן להבדיל בין פורנוגרפיה מסוגים שונים, כל סוג והטעמים המצדיקים אותו. כך למשל, פורנוגרפיה המיוצרת על-ידי ובשביל מיעוטים מיניים (דוגמת הומוסקסואלים, ועוד) היא בעלת חשיבות ממשית מנקודת מבטם של כל הטעמים. מכיוון אחר ניתן לטעון כי ההגנה המוענקת לפורנוגרפיה מכוח היותה הצעה לסגנון חיים ולהשתתפות לגיטימית ושוויונית בעיצוב הסביבה המוסרית, חלה באופן פחות על ביטויים פורנוגרפיים הכוללים עבריינות, כמו אלימות נגד נשים או ילדים, אונס, וכד'. עם זאת נעיר כי נקודת המבט של הקהילה ההומוסקסואלית, אשר שימשה אותנו לעתים בפרק זה, עשויה להשליך גם על תפיסה כללית, אודות סגולתה של הפורנוגרפיה ככלי ביטוי. טיבו ומהותו של הנזק לביטוי זה יכולים להשתנות בזמנים שונים, אולם ההבחנה בחשיבותו של הביטוי הפורנוגרפי בעינה עומדת.

לסיכום נעיר כי התמקדותו של הדיון הליברלי ברעיון חופש הביטוי, אין בו כדי להפחית מחשיבותן של זכויות אחרות העשויות להיות קשורות לשאלת ההגבלה על פורנוגרפיה, דוגמת הזכות לפרטיות. אולם עיקרון זה, שעניינו הגנה על המרחב הפרטי של האדם מפני התערבות חיצונית בצנעת חייו, יבוא לידי ביטוי משמעותי יותר בשער הבא, שבו נצטרך לשקול הסדרים אופרטיביים העשויים לנבוע ממסקנותינו כאן.

מבוא

בפרקים הקודמים סקרנו את הנימוקים השונים, השמרניים-מוסרניים והפמיניסטיים, העומדים בבסיס המוטיבציה להגביל את ההפצה והצריכה של פורנוגרפיה. הזכרנו גם את ההתנגדות הליברלית להגבלה זו, ואת טעמיה העיקריים, הקשורים לסוגיית חופש הביטוי. פרק זה יוקדש לדיון בשלוש העמדות, תוך ניסיון לבחון ולברור את הטענות היכולות להוות בסיס למדיניות חקיקתית במדינה חופשית ודמוקרטית.

נתחיל, לפי הסדר, בדיון בעמדה השמרנית-מוסרנית, ונמשיך לעמדה הפמיניסטית. הביקורת הפמיניסטית היא, על פניה, רצינית ובעלת חשיבות. זאת משום שערך השוויון, אשר נישא על נס בידי הדוגלים בפמיניזם, הוא ערך דמוקרטי בעל משקל רב, ועל כן עמדה זו תזכה לדיון ארוך ומפורט יותר. יש להעיר גם כי בניגוד למאבק השמרני-ליברלי, שבו העמדה הליברלית התייצבה באופן קלאסי לצדו של המיעוט הנרדף והמדוכא על-ידי הרוב, הרי שבוויכוח הליברלי-פמיניסטי, הליברלים ניצבים, לפי הטענה, בצד הרוב המדכא, בעוד שהעמדה הפמיניסטית מייצגת את החלש והנרדף. מבנה זה מעניק משקל נוסף לטענות הפמיניסטיות, ומצריך אותנו לעיין בהן בקפדנות. בהמשך הפרק נבחן כיצד טענות ותובנות שמקורן בביקורות השמרנית והפמיניסטית, עשויות לתת את אותותיהן במסגרתה של התייחסות ליברלית לסוגיית הפורנוגרפיה. מתוך כך ננסה לבחון, מנקודת מבט ליברלית, האם והיכן יש מקום להגביל פרסומים פורנוגרפיים, על בסיס מוחלט או חלקי. לבסוף, נציג את מסקנותינו מפרק זה, שיהיו גם את סיכומו של השער הראשון כולו.

על ההתנגדות השמרנית

כזכור, הגישה השמרנית התמקדה באפיון של הפורנוגרפיה כתופעה לא מוסרית, כיוון שהיא משקפת חוסר שליטה בדחפים, מציגה את מעשה האהבה באופן חייתי, ושוחקת את תפיסות המוסר המיני המקובל תוך הטפה למתירנות ולהפקרות בתחום יחסי המין. לפי טענה זו, המרכיבים

האנושיים של אהבה ומחויבות הוצאו מן המין, הפכו אותו לנחות, לאינפנטילי, ופגעו במוסד המשפחה ובמבנה החברה כולה.

צורך נימוקים אלו עשוי בהחלט לגרום למי שמאמין בהם להימנע מצריכת פורנוגרפיה, ואף להשתדל למנוע אותה מילדיו ומקורביו. אך האם יכולים נימוקים אלו לעמוד בבסיס מדיניות חקיקה אשר תאסור או תגביל ביטויים פורנוגרפיים?

לצורך בחינת שאלה זו, עלינו להבחין כי העמדות המוסריות שהוצגו לעיל הן עמדות קונטרברסליות. לעמדה שמין לגיטימי רק במסגרת מחויבות, שיתוף ואהבה, ומהווה יחס נפשי יותר מאשר גופני, ישנם מתנגדים רבים. ברמה זו או אחרת של רדיקליות, רבים מחזיקים בעמדה הדוניסטית כלפי מין, ואינם רואים כל פסול בקיום יחסי מין לשם הנאה גופנית גרדא. עמדה כזו עשויה אף לראות במין כזה התגשמות של תשוקות, צרכים וסגנון חיים של פרט משוחרר, התורם להגדרתו ולמימושו העצמיים. דווקא המין המשוחרר מכבלי מערכות יחסים מורכבות – כך נטען – יכול לספק צרכים אלו באופן שלם יותר.

עמדה קיצונית יותר רואה בתפיסה המוסרנית צביעות ושליטה חברתית מיותרת, ורומנטיזציה שקרית של מערכות היחסים. לפי עמדה זו, המגבלות שהחברה מטילה באמצעות המוסר החברתי הופכות את המין לרוטיני ומשעמם, מטפחות אשמה ובושה הפוגמים בהנאה, מייצרות עיוותים ותסביכים, תוך פגיעה בתקשורת הבין-אישית ובמודעות העצמית, ואף מחבלות במערכות יחסים זוגיות.

זאת ועוד: אין להגזים בחוסר האנושיות של הדמויות המוצגות בפרסומים פורנוגרפיים: הן מוצגות (לרוב) כפועלות מתוך רצון, הנאה ועונג, ולא כמכונות או בעלי חיים גרדא. אם לא נניח שהנאה גופנית היא תכונה חייתית בהכרח, וכי האדם נועד להנאות רוחניות בלבד, הרי שאין סיבה לראות בפרסומים הפורנוגרפיים ייצוג של חייתיות או היעדר אנושיות. דחיית עמדה תרבותית זו (בדבר החייתיות שבהנאה גופנית) משמעה ערעור היסודות של הביקורת המוסרנית על הפורנוגרפיה.

העמדה המוסרית שבה דוגלים המתנגדים שנויה אם כן במחלוקת בין תפיסות שונות אודות ה'טוב' ואודות מערכות יחסים בין-אישיות. ממילא, אין בסיס מוצק לסברה שהעדת העמדה הלא מוסרנית על העמדה המוסרנית תגרום הידרדרות במערכות יחסים בין-אישיות ובמוסר בכלל, או תגרום להשחתת נפשם של הצרכנים. הדבר אינו נובע אנליטית מן העקרונות

העומדים בבסיס התפיסה, ואינו מאושש אמפירית על-ידי הניסיון בחברות החשופות לפורנוגרפיה ולשחרור מיני, שממשיכות להתקיים בהן מערכות יחסים חברתיות של אהבה או שיתוף פעולה.¹⁰⁷

יתר על כן, בתרבות הפוליטית המודרנית ישנה הסתייגות משימוש בחוק, ובמשפט הפלילי בפרט, ככלי לאכיפת עמדות מוסריות. מקובל לטעון כי בכך שהציבור חושב שמעשה או התנהגות מסוימים הם מגונים או פסולים, אין כדי להעניק לו את הזכות למנוע את עשיית המעשה ממי שחפץ בכך, כל עוד המעשה אינו פוגע באיש. כל אדם זכאי להחליט בעצמו אודות ערכיו, ולנהל כאוות נפשו את חייו הפרטיים. לעומת זאת, לאדם אחד אין אינטרס מוגן לתמימות דעים מוסרית מצד רעהו. הוא זכאי להשמיע את קולו ולנסות לשכנע או להשפיע, אך אל לו להשתמש בכוח החוק כדי להנחיל ולכפות את דעתו על הזולת, אף אם הזולת הוא מיעוט קטן.

פולמוס נרחב בעניין זה התעורר סביב דוח ועדת וולפנדן באנגליה, שהמליץ לבטל את האיסור הפלילי על 'עברות כנגד המוסר' כגון הומוסקסואליות.¹⁰⁸ המלצה זו הציתה דיון ציבורי, שבא לידי ביטוי בוויכוח המפורסם בין הלורד דבלין (מן הצד המוסרני) והל"א הארט (מן הצד הליברלי).¹⁰⁹ מאז ועד היום המדינות המערביות נעות לקראת ביטול עברות כאלו, כאשר אכיפת מוסר נוהג בידי החוק נתפסת כלא ראויה בדמוקרטיה. הדברים תקפים שבעתיים כיוון שספק רב אם העמדות השמרניות מתפקדות היום כימוסר נוהג, או אף משקפות את עמדת הרוב. עשרות השנים האחרונות התאפיינו (ככלל) במהלך לקראת פתיחות ושחרור מיני. השיח הציבורי אינו משקף היום סלידה עמוקה מהפורנוגרפיה ומצרכניה. נהפוך הוא – דומה שתעשיית הפורנוגרפיה על כל צורותיה, למן העיתונות ועד לאינטרנט, זוכה לפריחה ולשגשוג, ואף נתפסת פחות מבעבר כדבר שיש להתבייש בו.

אמנם, אין באמור כדי לסתום את הגולל לחלוטין על תרומתה של העמדה השמרנית-מוסרנית לענייננו. אימוצה של עמדה משוחררת ובת-חורין לגבי פרטים בוגרים וחופשיים, אינה גוררת בהכרח מסקנה זהה כאשר אנו עוסקים בצעירים וקטינים. כך הדבר בעיקר כאשר ענייננו בפורנוגרפיה קשה, המציגה

F.R. Berger, "Pornography, Sex, and Censorship", **Social Theory and Practice** 4 (1977), p. 183.

Report of the Committee on Homosexual Offence and Prostitution: ראו: (CMD, 247), 1957.

109 ראו: הל"א הארט, **חוק חירות, מוסר**, ירושלים, 1981.

לעתים דברים החורגים מהתחום הנסבל על-ידי האדם הממוצע.¹¹⁰ בעוד שלגבי בוגרים ניתן להסתפק בהגנה מפני חשיפה כפויה לחומר פוגע (ועל כך – להלן), כאשר הנחשפים מרצונם ובהסכמתם אינם נפגעים, הרי שכל האמור בקטינים וילדים, אשר מעמדה של הסכמתם לוקה בחסר, ייתכן שנתר מקום לסטנדרט הקהילתי המקובל, כמפתח להסדרת נגישותם לחומרים כאלו. תוצאה דומה מתבקשת במקום שבו מדובר בפעילות שאינה פרטית. גם אם לקהילה אין כל זכות להתערב במעשיו של הפרט ברשות היחיד שלו, לא נובע מכך כי אין היא יכולה לומר את דברה באשר למתרחש בכיכר העיר. כך הוא, למשל, בעניין ביטויים הנכפים על עוברים ושבים, כגון פרסום חוצות, וכד', נושא שעל אודותיו נרחיב את הדיון בהמשך. דוגמה אחרת לנושא שיש בו משקל לתפיסה הציבורית הוא הסדרתו של השידור הציבורי, אשר גם אליו נשוב בהמשך. בתחומים כאלו, הנוגעים לעיצובה של הפרהסיה ולא להסדרת התנהגותו של הפרט, באות בחשבון תפיסות ערכיות וחינוכיות. אך בכל האמור בפרסום או בצריכה של פורנוגרפיה באופן פרטי ועל בסיס הסכמה של כל המעורבים, דומה כי אין בכוחה של הגישה השמרנית-מוסרנית להצדיק הגבלה או איסור.

על ההתנגדות הפמיניסטית

ההתנגדות הפמיניסטית לפורנוגרפיה נשאה מספר גוונים ופעלה במספר מישורים. נטען שיש קשר בין פורנוגרפיה וגרימת נזק ממשי לנשים (בעברות אלימות ומין), וכי יסודות משמיצים ומשפילים הקיימים בפורנוגרפיה, הופכים אותה למנגנון דיכוי והכנעה של נשים, ופוגעים במעמדן כשוות ערך. נדון בטענות כסדרן.

פורנוגרפיה ונזק ממשי

כזכור, הביקורת הפמיניסטית הצביעה על תרומה של פורנוגרפיה לאלימות נגד נשים. הטענה העיקרית היא שפורנוגרפיה מלבה יצרים מיניים, שבאים לידי פורקן בעברות מין. לצד ליבוי היצר, הייצוגים הפורנוגרפיים תורמים גם לעיצוב התודעה של הצופה, הלומד לראות באישה חפץ זמין לשימוש מיני, הנהנה מאלימות ומאונס. מכלול מרכיבים אלו תורם לפי הטענה לריבוי

110 כך, כמדומני, ככל הנוגע לזואופיליה (מין בין בני אדם ובעלי חיים) למשל, וכד'.

עברות מין ואללימות נגד נשים. עמדה זו זכתה לביטוי הקיצוני והקולע שפורנוגרפיה היא התאוריה, ואונס הוא הפרקטיקה.¹¹¹ בבואנו לבחון טענה זו בעיניים ביקורתיות, חשוב לזכור כי בהגות הפמיניסטית הרדיקלית יש נטייה להשתמש בכינוי 'אונס' גם לתיאור התנהגויות שאינן נתפסות כך בלשון היומיום. סוגיה זו אינה מענייננו כאן. לצורך דיון זה, כאשר אנו מזכירים 'אונס' אנו מתכוונים להתנהגות המכוסה בגדר עברת האונס בחוק הפלילי, המקבילה גם לאופן שבו ביטוי זה מובן באופן רגיל. עלינו לבדוק, אם כן, מהי הזיקה הסיבתית בין פורנוגרפיה כפי שהגדרנו אותה (לפי אופן השימוש המקובל בשפת היומיום) לבין אונס כפי שהוא מוגדר בחוק העונשין (ובשפת היומיום), ולא לבחון את הקשר בין פורנוגרפיה כפי שהיא מוגדרת בהגות הפמיניסטית לבין אונס כפי שהוא מוגדר בספרות הפמיניסטית הרדיקלית.

בסביבה המעריכה חירות, טענות בדבר גרימת נזק בהתנהגות מסוימת טענות הוכחה. נטל ההוכחה לקיומו של נזק זה מוטל על השואף להגביל את החירות. ההנחה היא, שלביסוס טענה מסוג זה, אשר אינה שוכנת בעולם הרעיונות אלא בעולם העובדות, יש צורך בהוכחות בעלות אופי עובדתי. לצורך כך עלינו להיעזר במדעי החברה, ובניסיונם להתחקות אחר קשרים סיבתיים מסוג זה. ואכן, שאלת השפעתם של חומרים פורנוגרפיים על אלימות ועל היחס לאלימות, נבחנה בצורות שונות בכלים של מדעי החברה, על-ידי ועדות ממשלתיות וגופים פרטיים כאחד.

מחקרים על השפעות הפורנוגרפיה¹¹²

כאמור, מחקרים שונים עסקו בסוגיה זו, בשלל צורות וכיוונים. בין המחקרים ניתן למצוא מחקרי מעבדה שבחנו תגובות של נחקרים לחומר פורנוגרפי שנחשף בפניהם (על-ידי שאלונים או הענקת אפשרות להבעת התנהגות אגרסיבית כלפי נשים, כגון מתן מכות חשמל),¹¹³ מחקרים שאספו נתונים סטטיסטיים על צריכת פורנוגרפיה ועל שיעורי האונס במקומות שונים, ומחקרים שבחנו צריכת פורנוגרפיה בקרב עברייני מין.

111 ראו: R. Morgan, "Theory and Practice: Pornography and Rape", in: **Take Back the Night**, supra, 134.

112 תודה לד"ר ורד ויניצקי-סרוסי על ייעוץ וריכוז החומר בסוגיה זו. לחומר נוסף, ראו למשל: **Pornography and Censorship**, חלק II.

113 הנשים, כמוכן, לא קיבלו מכות חשמל אמיתיות, אלא רק יצרו את הרושם בלב המשתתף בניסוי, כאילו בכוחו לתת להן מכות חשמל.

יצוין כי מחקרים אלו רצופים קשיים ובעיות מתודולוגיות.¹¹⁴ מחקרי המעבדה אינם נותנים בהכרח מושג טוב על החיים הממשיים, וכמובן, מטעמים אתיים לא ניתן לבצע ניסויים בחיים עצמם. ניסויים אלו נערכים על-פי רוב על סטודנטים, שאינם משקפים בהכרח את האוכלוסייה הכללית. מתעורר קושי לצפות בשינויים בעזרת שאלונים וראיונות, ובפרט קשה למדוד אפקט מצטבר של חשיפה לפורנוגרפיה במסגרת כזו. בנוסף, המחקרים לרוב סבוכים מאוד, מה שמעורר קושי בשחזור התוצאות.

המחקרים הסטטיסטיים שבודקים את הקורלציה בין שכיחות עברות מין לבין זמינות חומר פורנוגרפי, מתקשים לבדוד משתנים רבים אחרים היכולים להשפיע, כמו הבדלים תרבותיים, שוני באיכות העבודה המשטרית, הרגלי הדיווח, ועוד. המחקרים על עברייני המין מבוססים על דיווח עצמי שאינו אמין, ועל מדגם קטן שבוחר לשתף פעולה.

נוסף על כל זאת, המחקרים סובלים לעתים מהטיה אידאולוגית לפי זהותו של הגוף שערך אותם. העמימות סביב הגדרת הפורנוגרפיה פוגעת אף היא, שכן קשה למשל לבחון עיסוק בפורנוגרפיה אלימה מול פורנוגרפיה לא אלימה, כאשר זרם מסוים בפמיניזם מגדיר כל ייצוג מיני כאלימות.

יחד עם זאת, נראה שעל אף המגבלות ועם נקיטת הזהירות הדרושה, ניתן להצביע על כיוון כללי עקבי בתוצאות המחקרים, המעיד על הבדל בין חומר פורנוגרפי **אלים**, לזה **שאינו אלים**. ככל האמור בהשפעה ישירה על התנהגות, לא נמצאו נתונים המצביעים על עלייה באגרסיה כלפי נשים כתוצאה מחשיפה לפורנוגרפיה לא אלימה.¹¹⁵ אי-היכולת להצביע על קשר כזה נתמכת גם במחקרי השדה, שלא איתרו קשר ברור וחד-משמעי בין ליברליזציה בתחום הפורנוגרפיה לבין עלייה בתלונות על עברות מין. גם מחקרים שנעשו בהזמנת גורמים ממשלתיים הגיעו לתוצאות דומות, כמו למשל דוח ועדת ויליאמס המפורסם ואף דוח חדש יותר.¹¹⁶ נעיר כי מחקרים

I. Nemes, "The Relationship Between Pornography and Sex: 114 ראו למשל: Crimes", *J. Psych. Law* 20 (1992), pp. 450-481.

E. Goode, *Deviant Behavior*, N.J: Prentice Hall, 1997, p. 228; J. Allison 115 & L. Wrightsman, *Rape: The Misunderstood Crime*, Newbury Park: Sage, 1993, p. 40.

B. Williams, *Report of the Committee on Obscenity and Film 116 Censorship*, London: HMSO, Cmnd 7772, 1979; D. Howitt & G. Cumberbatch, *Pornography: Impacts and Influences*, London: HMSO, 1990.

שונים הראו אף כי חשיפה לפורנוגרפיה לא אלימה אינה מובילה לשינוי **עמדות** כלפי נשים בכלל, וכלפי אלימות נגד נשים בפרט.¹¹⁷ לעומת זאת, באשר לפורנוגרפיה אלימה, מחקרים שונים מאששים את הקורלציה (וואולי אף את הקשר הסיבתי) בין חשיפה לפורנוגרפיה כזו לבין נטייה לאלימות כלפי נשים. כך למשל, גברים שצפו בפורנוגרפיה אלימה גילו מוכנות גבוהה לתת מכות חשמל (פיקטיביות) לנשים, ששימשו כחוקרות בניסויים. אמנם לא ברור האם השפעה זו מתמשכת אף לטווח ארוך. כמו-כן נמצא כי חשיפה זו מסוכנת יותר לגברים שהחזיקו מלכתחילה בעמדות שליליות כלפי נשים.¹¹⁸

ממצא מעניין בהקשר זה מראה שגם חשיפה לחומר המכיל אלימות בלבד (ללא פורנוגרפיה) מגביר את הנטיות האגרסיביות כלפי נשים. השילוב בין מין ואלימות הוכח אם כן כקטלני ביותר, בעוד שמין ללא אלימות אותר כגורם לפחות תוקפנות מאשר אלימות ללא מין. **ממצא זה מעיד כי הפקטור המכריע באלימות כלפי נשים הוא האלימות, גם ללא הפורנוגרפיה.**¹¹⁹ לצד ממצאים אלו, יש לציין כי מחקרים שונים הוכיחו קשר בין חשיפה ממושכת לפורנוגרפיה אלימה לבין אימוץ עמדות בעייתיות ביחס לנשים, כגון סובלנות לאלימות כלפי נשים, ושלילת עונשים קשים לאנשים.¹²⁰ מחקר נוסף בעל חשיבות לענייננו הראה כי חשיפה של **נשים** לפורנוגרפיה, במיוחד בגיל צעיר, עלולה להגביר את הנטייה שלהן להפנות מסרים חברתיים לגבי הנאותות של אלימות מינית.¹²¹

בהקשר זה יש להזכיר את העמדה המחקרית גם לגבי טענה הפוכה, שרואה בפורנוגרפיה ערך חיובי המונע אלימות מינית. טענה זו, המכונה 'טענת הקתרזיס' גורסת כי פורנוגרפיה היא מעין שסתום ביטחון להפגת

117 Nemes, *supra*, p. 446. מחקרים שונים אמנם הגיעו לתוצאות שונות לעתים, אולם אף אחד ממחקרים אלו לא ניתן היה לשחזור.

118 Nemes, *supra*.

119 Nemes, *supra*; S. A. Childress, "Real 'Rape Speech': Violent Pornography and the Politics of Harm", *Law and Society Rev.* 25(1) (1991), pp. 177-214; E. Goode, *Deviant Behavior*, New Jersey: Prentice Hall, 1997.

120 Goode, *supra*, p. 229; W. A. Fisher & A. Barak, "Pornography, Erotica and Behavior: More Questions than Answers", *International J. of Law and Psychiatry* 14 (1991), pp. 65-83.

121 S. Corne, J. Brier & L. Esses, "Women's Attitudes and Fantasies About Rape as a Function of Early Exposure to Pornography", *J. of Interpersonal Violence* 7 (1992), pp. 454, 456.

מתחים אלימים. הטענה היא שבעקבות צפייה בחומרים פורנוגרפיים, ובאמצעות אוננות המתלווה אליה לעתים קרובות, פורק עבריין המין המועד אנרגיה ודחפים שהיו עלולים לבוא לידי ביטוי בביצוע עברת מין או אלימות כלפי הנשים שבסביבתו. אולם המחקרים נוטים שלא לאשש, ואולי אף להפריך טענה זו. הטענה זכתה לביקורות נוקבות והיא נחשבת למיושנת ובעייתית.¹²² עם זאת, מחקרים שונים טוענים כי דיכוי של חשיפה לגירוים מיניים בגיל צעיר, עלול ליצור סטיות והתנהגות אנטי-חברתית.¹²³ מן הממצאים עולה, אם כן, שאפשר שפורנוגרפיה המשולבת באלימות מובילה לנטייה מוגברת לאלימות נגד נשים ולתוקפנות מינית. ממצאים אלו מעוררים ספקות לא מעטים. נטען למשל, כי אצל סוטי מין, המועדים להיות מושפעים באופן שלילי מחומר פורנוגרפי, די בגירוים מינימליים (כגון הצגת נשיקה וכדו'), שוודאי לא נרצה לאסור.¹²⁴ ברוח דומה, נאמר כי השפעה פסולה (או אפשרות להשפעה כזו) על חלק מן האוכלוסייה המועד להשפעת הפורנוגרפיה, אינה מהווה בהכרח סיבה טובה להטלת איסור על כלל האוכלוסייה. מעבר לכך, גורמים אחרים (כמו סרטי טלוויזיה וקולנוע הכוללים אלימות) הוכחו כמסוכנים ברמה דומה, על אף שאיש אינו מעלה בדעתו לצנזרם.¹²⁵ טיעון זה מצביע, לבד מחוסר הקונסיסטנטיות, גם על חשד שמא סכנת העבריינות מהווה תירוץ בלבד לאלו הרוצים לאסור פרסומים פורנוגרפיים מטעמים מוסריים או אחרים.

פורנוגרפיה ודיכוי נשים

כזכור, הביקורת הפמיניסטית על פורנוגרפיה לבשה מספר צורות. בין השאר, נטען כי פורנוגרפיה מהווה השמצה על נשים, משפילה נשים, וכי היא תורמת לדיכוי מעמדי של נשים. זאת על-ידי הצגת נשים בראש ובראשונה לפי מיניותן, הצגתן ככנועות מטבען, וכשואפות להתייחסות משפילה ומכאיבה. טענת הדיכוי לובשת גם גוון רדיקלי, המשלב את הפורנוגרפיה ככלי גברי במלחמת המעמדות. אולם טענה זו עצמה נסמכת על הגדרת הפורנוגרפיה כתופעה מבזה, משפילה ושקרית.

Nemes, *supra*, p. 463. 122

Berger, "Pornography, Sex, and Censorship", p. 199. 123

שם, עמ' 197. 124

שם, עמ' 198. 125

לפני שנתחיל את הדיון, עלינו לשים לב כי לפי ההגדרה הפמיניסטית של פורנוגרפיה, קרי פורנוגרפיה משמעה ייצוג משפיל של נשים, אין מקום כלל לשאול את השאלה.¹²⁶ עלינו לזכור כי דיונונו עוסק בפורנוגרפיה כפי שאנו הגדרנו אותה, באופן ניטרלי, וכפי שמתמשים במילה בשפה היומיומית.

דומה כי להבהרה זו ישנה חשיבות רבה. לא ברור שכל מה שנופל תחת הגדרת הפורנוגרפיה שלנו, אכן משפיל נשים. אמנם, הצגת אונס, רצח או אלימות כלפי נשים, פוגעת בוודאי בכבודן ובמעמדן ומשפילה אותן, אולם ייצוגים אלו הם חלק קטן מאוד מתעשיית הפורנוגרפיה.¹²⁷ הביקורת הפמיניסטית משתמשת בדוגמאות אלו כדוגמאות מייצגות, אולם ספק אם הן אכן מייצגות את כל החומר המכונה, בהגדרה ניטרלית, פורנוגרפי. לגבי ייצוגים אחרים, כמו חוסר סימטריה בין הגבר והאישה, והצגת האישה כמי שנועדה לסיפוקו המיני של הגבר, קשה להתייחס באופן חד-משמעי לשאלת ההשפלה. ראשית, גם מאפיינים כאלו אינם קיימים באופן גורף בכל הפרסומים הפורנוגרפיים. יש לזכור כי עצם הצגת האישה בקונטקסט מיני, אינה מספיקה. גם גברים המוצגים בפורנוגרפיה אינם מביאים לידי ביטוי את יכולתם האינטלקטואלית או מידותיהם התרומיות. בבואנו לתור אחרי סממנים משפילים, עלינו לחפש משהו נוסף. שנית, מעבר להצגת האישה כמי שפועלת בניגוד לרצונה – ייצוג משפיל לכל הדעות, קשה מאוד לקבוע מה בדיוק נחשב למשפיל ומה לא. זוהי גם הסיבה שבגינה קשה לקבוע עד כמה נפוצה תופעת הייצוגים המשפילים בקרב הפרסומים הפורנוגרפיים. לפי דעות מסוימות עצם קיום יחסי מין הוא מבזה לאישה. מה שנתפס כמשפיל אצל אחד, יכול להיתפס כלגיטימי ואולי אף כמהנה או מעורר אצל אחר.¹²⁸

אין בחוסר סימטריה כשלעצמה, כדי לבסס השפלה. הדדיות וסימטריה הן תכונות של מערכות יחסים נמשכות, ולא של אקט בודד. יחסי מין

126 אם פורנוגרפיה מוגדרת כהשפלת נשים, הטענה "פורנוגרפיה משפילה נשים" היא אמת אנליטית, כלומר משפט שאמתותו נגזרת מתוך הגדרתו בלבד. לדוגמה, אם נגדיר משולש כיצורה בעלת שלוש צלעות, אז המשפט 'למשולש יש שלוש צלעות' הוא אמתי אנליטית. משפטים כאלו הם נכונים תמיד, אך למרות זאת (ואולי בגלל זאת) נוטים להיות לא חשובים ולא מעניינים.

127 ראו Goode, לעיל.

A. Soble, "Pornography: Defamation and the Endorsement of 128 Degradation", *Social Theory and Practice* 11 (1985), pp. 61-86.

מורכבים, מטבע הדברים, מפעולות שעיקרן הנאתו של הגבר, ופעולות אחרות שעיקרן הנאתה של האישה. גם אם הפורנוגרפיה נוטה להציג דווקא פעולות מן הסוג הראשון (מה שאינו נכון בהכרח לגבי כל הפרסומים הפורנוגרפיים), הדבר מתיישב עם עצם היותם של גברים ציבור הצרכנים העיקרי של חומרים אלו. אך כל עוד המעשים נעשים בהסכמת שני הצדדים, הצגתם אינה צריכה לגרור מסקנה אודות נחיתות האישה. להפך, הצגה זו עשויה, למשל, להביא אף למסקנה שנשים הן אלטרואיסטיות, ומביעות התעניינות רבה בזולתן.¹²⁹ מוקד הטענה הוא כי בחלק לא מבוטל מן המקרים, ההשפלה היא בעיני המתבונן. הפורנוגרפיה עצמה גוררת מאנשים שונים תגובות שונות שאינן מתיישבות זו עם זו, על שום אופייה המורכב של תפיסת המיניות האנושית, אשר טעמים שונים, יצריות וצניעות משמשים בה בערבוביה. בהקצנה, ניתן לטעון כי הייצוגים הפורנוגרפיים אינם טוענים דבר, אלא לכל היותר משקפים דעות קודמות בקרב הצופים. לפיכך הפורנוגרפיה, או לפחות רובם הגדול של הפרסומים הפורנוגרפיים, אינה משפילה או מבזה את האישה. השפלה או ביזוי כאלו קיימים בעמדות המוצא של הצופים, והפורנוגרפיה רק משקפת אותם.

ממילא, אין מקום גם להאשים את הפורנוגרפיה בהשמצה באורח כוללני וגורף. רוב הפרסומים הפורנוגרפיים אינם כוללים הצגת נשים באופן שהוא בהכרח שלילי. זאת ועוד, אין לראות בפורנוגרפיה טיעון או דיווח על העולם. פורנוגרפיה נועדה לגירוי מיני, ולצורך כך היא מציגה במכוון פנטזיה – חריגה מן המציאות שנועדה לספק את חלומותיו של הצרכן (הגבר, לרוב). כך למשל, בהצגת הנשים כמי ששמחות תמיד לספק את רצונותיו של הגבר, אין כל טענה על המציאות, ממש כשם שהנשים המוצגות בפרסומים אינן משקפות את הממוצע באוכלוסייה. פורנוגרפיה אינה מביעה עמדות על העולם, אלא משקפת את הפנטזיות של צרכניה. כוחה של פנטזיה זו יונק דווקא מתוך כך שבעולם האמתי גברים אינם יכולים לנהוג כך בנשים שסביבן. ממילא, אין לראות בה כלי להבעת עמדות אמתיות או שקריות, שליליות או חיוביות, ולכן – אין לראות בה השמצה.¹³⁰

זאת ועוד, באשר להצגה שלילית של האישה, כאובייקט מיני או כמי שאינה זכאית להתייחסות שוויונית, ניתן לפנות אל צורות מדיה אחרות

129 טענה שצברה תאוצה מאז מחקרה המפורסם של קרול גיליגן, **בקול שונה** (ת"א 1995). ראו גם Berger, לעיל.

130 Soble, שם.

המציגות נשים. כך, בעולם הפרסום למשל, נשים מוצגות פעמים רבות כאובייקטים מיניים, וכקישוט למוצר הנמכר. במובנים רבים, הצגה כזו בעייתית עוד יותר, שכן אם במסגרת הפורנוגרפיה הצגת גופה החשוף של אישה הוא צפוי ומובן, הצגת אישה חשופה במסגרת פרסומת למכירת מכוניות, למשל, מדגישה את היותה של האישה מוצר, ועושה רדוקציה של המהות הנשית.

באופן דומה, תעשיית הבידור בכללותה תורמת להצגתן של נשים באופן לא מחמיא. אופרות סבון, קומדיות הוליוודיות, ואף ספרים והצגות תיאטרון, חוטאים פעמים רבות בהצגה של נשים בעמדה לא שוויונית. ניתן בהחלט לטעון כי פרסומים כאלו מזיקים לא פחות למאבק הפמיניסטי לשוויון, דווקא על שום היותם מקור נפוץ ומקובל, אשר אינו סובל מן התייג השלילי של הפורנוגרפיה. רקע זה מעלה מחדש את התמיהה על התרכזות המאבק הפמיניסטי דווקא בפורנוגרפיה.¹³¹

יתר על כן: הטלת איסור על פורנוגרפיה מסיבה זו צריכה להביא להתערבות עמוקה בשידורי הטלוויזיה ובשוק הפרסום. התערבויות כאלו נראות לא לגיטימיות בחברות שבהן קיימת מסורת של חופש ביטוי. כפי שראינו, חופש הביטוי חל גם על ביטויים פורנוגרפיים, וחברות המחויבות לחירותו של הפרט אינן נוטות לאסור ביטויים רק מפני שתוכנם אינו מקובל על הרוב או על המשטר. עולה אפוא החשד שהפורנוגרפיה נבחרה כיעד כיוון שמבחינה פוליטית קל יותר לאסור עליה, בשל האיסור הקלאסי, שנשען במקורו על טעמים מוסרניים-שמרניים.

אם כן, מלבד סוגים קיצוניים של פורנוגרפיה, הכוללים אלימות, כפייה, או ייצוגים משפילים בעליל, הרי שתקפותו של טיעון ההשפלה מוטלת בספק. זאת ועוד, גם בנוגע לייצוגים שאין ספק לגבי פגיעתם בשוויון, דומה כי התמקדות באיסור על פורנוגרפיה בלבד אינה הוגנת לאור הימצאותם של אלמנטים דומים גם במסגרות אחרות. מאידך גיסא, נראה שהגבלה על כל סוגי הביטויים אשר משתמעת מהם פגיעה בכבוד האישה או במעמדה, היא התערבות גסה מדי בחופש הביטוי, שאינה מוצדקת מבחינה ערכית (כמפורט לעיל), ואינה מקובלת מבחינה ציבורית.

לאור כל זאת, יש מקום אף לתמוה על הקשר בין עמדות שוביניסטיות לבין ייצוגים פורנוגרפיים: האם קודם הייתה תרבות פטריארכלית מאציואיסטית ואחר כך פורנוגרפיה, או להפך? קבלת העמדה הראשונה

131 ראו ר' דבורקין, לעיל הערה 102.

תצביע על כך שהגבלת פורנוגרפיה דומה לשבירת המראה, או להריגת השליח. אם הבעיה היא בעיה תרבותית כללית, הרי שהטלת מגבלה על סימפטומים אקראיים שלה, אינה מועילה ואף אינה ראויה. על מנת להתגבר על טענות אלו, מוטל על הביקורת הפמיניסטית להראות מדוע פורנוגרפיה נבדלת מביטויים אחרים, באופן שיאפשר הטלת מגבלות על פורנוגרפיה, בלי לפגוע בעקרונות הכלליים של חופש הביטוי. דרך כזו ראינו לעיל, במסגרת ההצעה להגדיר פורנוגרפיה כסוג של השמצה (ובלשון החוק הישראלי – לשון הרע). הצעה זו אינה עומדת במבחן הביקורת: לצד הבעייתיות הטמונה ביסודות ההשפלה והביזוי, העברה לפי חוק איסור לשון הרע דורשת כי למפרסם תהיה כוונה לפגוע (6). יסוד זה אינו מתקיים אצל יצרני הפורנוגרפיה. זאת ועוד, לשון הרע על ציבור של בני אדם (ובענייננו – קבוצת הנשים), אינה מהווה עילה לתביעה אזרחית לפי חוק זה, ואף תחולתה במישור הפלילי מוגבלת.¹³²

ניסיון אחר בכיוון זה הוא השוואה בין פורנוגרפיה לבין הסתה לגזענות.¹³³ בחוק הישראלי (כמו גם במדינות נוספות),¹³⁴ קיימת עברה האוסרת לפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות (144ב(א) לחוק העונשין). הטענה היא כי בדומה לאיסור על פרסום הסתה לביזוי קבוצה על רקע גזעי או אתני, יש לאסור גם פרסומים פורנוגרפיים המבזים קבוצה על רקע מגדרי (קרי: מבזים נשים). אלא שעברה זו, כאמור, דורשת לצורך האיסור שהפרסום ייעשה מתוך **מטרה** להסית לגזענות. קשה לטעון שמפיצי הפורנוגרפיה עושים זאת מתוך מטרה לבזות נשים – דומה שהם עושים זאת כדי לשעשע גברים וכדי להרוויח כסף, ותו לא. יתר על כן, רגליים לדבר כי עברת ההסתה לגזענות, לפי פרשנותה הראויה, חלה (למצער בעיקר) על הסתה **למעשה** גזעני של פגיעה באנשים, ולא למחשבות גרדא, בעוד שבפורנוגרפיה אין, ככלל, יסוד

132 §4 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. הסעיף קובע כי לא ניתן להגיש קובלנה פלילית לפי עילה זו, ואף כתב אישום יוגש רק על-יד היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו. בפועל, המדיניות העקבית של היועצים המשפטיים לממשלה היא ריסון ואיפוק מרביים בעשיית שימוש בסעיף זה.

133 ראו למשל: **Brownmiller, Against Our Will: Men, Women, and Rape**.

134 כגון קנדה (2)319 לקוד הפלילי, ועוד.

135 לעניין זה ראו: מי קרמניצר, "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות", **משפטים** 30 (1999), עמ' 105. ממילא, אין אף בכוחה של הלכת הצפיות (המזהה בין צפיית התוצאות כאפשרות קרובה לוודאי לבין מטרה, לפי סעיף 20(ב) לחוק העונשין) לסייע בהרשעה, שכן כאמור, קשה לדבר על מעשים אלימים כתוצאה **קרובה לוודאי** של פרסומים פורנוגרפיים, אפילו אם הם משפילים.

של פנייה או קריאה לאנשים לפגוע בזולתם.¹³⁵ למעשה, ספק אף אם מפיקי הפרסומים הפורנוגרפיים ומפיצייהם מודעים לפוטנציאל הפוגעני של הפרסום הפורנוגרפי. אם כך, כיוון זה מתגלה כעקר, אף בטרם התחלנו לדון בשאלת ההשפלה והביזוי שבפורנוגרפיה.

כיוון מעניין יותר הציגו מקינן ודבורקין. הן השוו את הפורנוגרפיה לפרקטיקות אסורות אחרות, כמו הטרדה מינית או אפליה נגד נשים. כך למשל, מקינן טוענת¹³⁶ שיש להשוות ביטויים פורנוגרפיים למודעות מסוג 'דרוש עובד – זכר בלבד', או לאמירות כמו 'תשכבי אתי או שאפטר אותך', שעליהן איש לא חושב להגן במסגרת חופש הביטוי.

הטענה היא כי פורנוגרפיה אינה רק כלי המביע מסר על נחיתותן של נשים, או ביטוי המביע עידוד להשפלת נשים בעתיד. לטענתן של מקינן ודבורקין, פורנוגרפיה היא ההשפלה עצמה – פורנוגרפיה היא דיכוי (subordination). לכן יש לראות בפורנוגרפיה פרקטיקה של אפליה נגד נשים, ולאסור אותה ממש כמו הטרדה מינית או שלילת אפשרות תעסוקה. בניסוח כזה, לא מתעוררת בעיה של הגבלה על חופש הביטוי, ואין עוד צורך לבחון את כוונתם או מטרתם של היצרנים והמפיקים – די בכך שהם אחראים לפעולה מפלה. אך מהו מובנה של טענה זו? לדיון בשאלה זו נעבור כעת.

פורנוגרפיה היא דיכוי?

כאמור, עיקרו של הטיעון הפמיניסטי שהציגו אנדריאה דבורקין וקתרין מקינן, מתמצה בהצגתה של הפורנוגרפיה כפעילות, ולא כביטוי גרדא. לצורך כך נטענו שתי טענות, הקשורות אחת בשנייה באופן הדוק. הטענה הראשונה (אשר באה לתמוך במסקנה כי פורנוגרפיה היא סוג של אפליה על רקע מיני), היא כי פורנוגרפיה היא דיכוי או הכפפה (subordination) של נשים.¹³⁷ לפי הטענה השנייה (שבאה כהתנגדות להגנה על פורנוגרפיה מטעמים של

MacKinnon, *Only Words*, pp. 13-14. 136

137 יש להעיר כי את האוגד 'היא' בטענתן של דבורקין ומקינן, יש להבין כאוגד המצביע על זהות, כמו במשפט H_2O הוא פחמן דו-חמצני, הטוען כי H_2O ו'פחמן דו-חמצני', הם בעצם אותו הדבר. זאת בניגוד להבנתו כאוגד תיאורי, כמו במשפט 'הכדור הוא עגול', המייחס תכונה לכדור, אך אינו טוען לזהות ביניהם (פיתוח של הבחנה זו יצריך אותנו לעסוק בסוגיות מורכבות מתחום הפילוסופיה של הלשון, שאינן מענייננו כאן). פרשנות מן הסוג השני תהפוך אולי את טענתן למובנת יותר, אך תהיה מנוגדת לדבריהן המפורשים. לשאלה זו ראו Dewey, עמ' 194.

חופש הביטוי), פורנוגרפיה **משתיקה** נשים (וממילא – פוגעת בחופש הביטוי). אלא שטענות אלו נשמעות מוזרות. כיצד בדיוק מסוגל מוצר (פורנוגרפיה) לגרום לדיכוי של נשים? ובאותה רוח – באיזה מובן משתיק המוצר עצמו את הנשים?

אכן, טענות אלו זכו לביקורת נוקבת מכיוונים פילוסופיים.¹³⁸ המבקרים טוענים כי אמירות אלו נגועות בחוסר היגיון בסיסי. הם מטעימים כי יש תופעות שניתן לייחס אותן לעצמים דוממים. לעומתן, יש תופעות שניתן לייחס רק ליצורים בעלי רצון ויוזמה. פעולה היא משהו המניח מראש קיום של פועל מבצע (agent), ופועל זה חייב להיות סובייקט. לייחס פעולות לעצמים דוממים זו טעות דקדוקית לוגית, ממש כמו לייחס משקל או צבע לשעות היממה. לפי סוג זה של ביקורת, למשפט כמו 'פורנוגרפיה היא דיכוי' אין מובן יותר מאשר למשפט כמו 'פורנוגרפיה היא מספר ראשוני'. זה וגם זה הם משפטים שלא ניתן להבין באופן מילולי, אלא לכל היותר כסוג של מטאפורה או אמצעי רטורי.

אולם מקינון עצמה מתנגדת להבנה לא מילולית של דבריה.¹³⁹ לשם ביסוס תאורטי, מקינון ותומכיה נשענים על תאוריית פעולות הדיבור (speech acts), שהזכרנו קודם. לפי תאוריה זו, לא ניתן לנתק בין דיבור ופעילות – יש להבין את התבטאויותינו לא רק לעצמן אלא גם על רקע מה שאנחנו רוצים להשיג באמצעותן, והתוצאות שאכן נגרמות מהן.¹⁴⁰ במסגרת זו, הוקדשה תשומת לב מיוחדת לאמירות או ביטויים שיש להם משמעות מכוננת. דוגמאות קלאסיות לכך, שהזכרנו כבר לעיל, הן אמירות כמו 'אני מסכים' בהקשר של כריתת חוזה או הצעת נישואין, אשר מכוננת בעצמה

138 M. Vadas, "A First Look at the Pornography/ Civil Rights Ordinance: Could Pornography Be the Subordination of Women?" **J. of Phil.** 84 (1987), pp. 487-511;

W.A. Parent, "A Second Look at Pornography and the Subordination of Women", **J. of Phil.** 87 (1990), pp.205-211.

יוער כי הדיון במסגרת תת-פרק זה עשוי לשאת אופי תאורטי למדי. הקוראים שאינם חפצים בכך מוזמנים לדלג למסקנותיו.

MacKinnon, **Only Words**, p. 11. 139

140 ככלל מקובל להבחין בין אמירות שעניינן דיווח, אמירות שמניעות מישהו לפעולה, ואמירות מסוג שלישי שהן עצמן מכוננות פעולה. דיון נרחב בסוגיה סבוכה זו הוא כמובן מחוץ לגבולות נייר זה. להרחבה ראו:

J. Austin, **How To Do Things With Words**, Oxford University Press, 1962; J. Searle, **Speech Acts**, Cambridge University Press, 1970.

לדיון וסקירה קצרה ראו Dewey, עמ' 196.

את החוזה או הנישואין.

העמדה הפמיניסטית, אם כך, אינה מסתפקת בטענה שפורנוגרפיה היא דיווח שקרי על האישה ומעמדה, או אף שפורנוגרפיה מעודדת גברים להשפיל ולבזות נשים. לפי הטענה, פורנוגרפיה היא ביטוי מכונן, היוצר בפני עצמו מצב של נחיתות נשית. זאת בדומה לשלט התלוי בכניסה לחנות ומכרזי 'אין כניסה לשחורים', או הוראת מחוקק הקובעת כי לשחורים אין זכות בחירה. אמירות אלו מכוננות למעשה מצב שבו שחורים אינם מצביעים או נכנסים לחנות. האמירה עצמה, מפי בעל סמכות בנושא (המחוקק או בעל החנות), יוצרת את המצב של נחיתות השחורים על-ידי ההכרזה עליו.

באותו אופן, הביקורת הפמיניסטית טוענת שפורנוגרפיה מכוננת מצב של דיכוי והכפפה מעמדית של נשים.¹⁴¹ מילים וביטויים הם אופנים המסדירים את ההיררכיה החברתית, קובעים מיהו החזק ומיהו החלש, והופכים יחסי כוח למציאותיים, בלתי נמנעים, ולבסוף אף לצודקים וברורים. הפורנוגרפיה מכוננת מצב שבו נחיתות החברתית של נשים נחשבת לנורמלית, אלימות נגדן זוכה לאדישות ולהתעלמות, ודרישותיהן לזכויות אינן נשמעות ואינן זוכות להתייחסות.

טיעון באותה רוח נשמע גם לגבי הטיעון הפמיניסטי השני, **שפורנוגרפיה משתיקה נשים**.¹⁴² לפי הטענה, אם נשים את לבנו לא רק לביטויים ואמירות, אלא גם לנסיבות האופפות אותם, נבחין כי לשם יצירת ביטוי בעל מובן לא די בפה ובמיתרי קול. הדבר נכון שבעתיים לגבי אמירות בעלות אופי מכונן. ביצוע כהלכה של אמירות מכוננות תלוי בתנאים סביבתיים, ובראשם מאזינים שיבינו את כוונתו של הדובר. כך למשל, כאשר אדם מכרזי 'אני מסכים' במסגרת משא ומתן לכריתת חוזה, הכריתה תלויה בקיומו של בן הזוג למשא ומתן שהציע הצעה רצינית, שמאזין לדובר ומבין כי כוונתו באמירה זו היא אכן לכרות חוזה.

הבה ניקח, כדוגמה נוספת, אמירה מסוג 'אני מבטיח לשלם את המגיע לך מחר'. אמירה זו תלויה, לשם הפיכתה להבטחה, במישהו שישמע אותה וידע שהדובר התכוון להבטיח משהו. נניח שהשומע יודע היטב, על בסיס ניסיון העבר, כי הדובר הוא אדם לא אמין ושקרן מועד, וכי אין כל סיכוי שיזכה לראות את כספו למחרת. בנסיבות כאלו, לפי הטענה, הדובר אינו

R. Langton, "Speech Acts and Unspeakable Acts", *Philosophy & Public Affairs* 22(1993), p.293.

J. Hornsby, "Speech Acts and Pornography", in: Dewey, p. 220. 142

יכול לעשות פעולה של הבטחה, לא משנה עד כמה ינסה להביע אותה בלב שלם ובכנות. היעדרם של אנשים המוכנים להבין את האמירה במשמעות שהאומר התכוון אליה, מונע מן הביטוי את משמעותו המכוננת, ולמעשה – אינה מאפשרת לו ביטוי ממשי. כך, הרועה הצועק 'זאב! זאב!' בסיפור הידוע, יכול אמנם להוציא קולות מפיו ולהשמיע מילים, אך אין הוא יכול לבטא את רצונו ולייצר 'אזהרה'.

אם ניישם מודל זה לענייננו, נוכל למצוא מובן לטענה שפורנוגרפיה משתיקה נשים. בעולם המעוצב לפי מסרים פורנוגרפיים, עולם שבו כל אישה נתפסת כאובייקט זמין לשימוש מיני, וכל סירוב שלה נתפס כהתחסדות או התגרות, נשים מושתקות, למשל, מלסרב ליחסי מין. גבר המקבל על עצמו את תפיסת העולם הזו, לא יבין את סירובה של האישה כסירוב. בעולם שבו הגברים תמהים 'כשאת אומרת לא למה את מתכוונת', נשים אינן יכולות לומר 'לא'.

חשוב להבחין כי היקפו של טיעון ההשתקה הצטמצם. עניינו אינו עוד בשלילת יכולתן של נשים להגיע לעמדות השפעה. כיוון זה, השייך יותר לסוגיית הדיכוי וההכפפה, אינו גורר את המסקנה שלנשים אין חופש ביטוי, לאור הבחנתו של רונלד דבורקין (בעקבות ישעיהו ברלין) בין חירות חיובית ושלילית.¹⁴³ טענת ההשתקה, בגלגולה החדש, צריכה להיות מובנת בהקשר צר יותר – השתקת נשים מייצוג עמדתן בנוגע למין וליחסים בין המינים. הרחבת הטענה אל עבר יחסי הכוחות הכלליים מעמידה אותה בגדר מטאפורה בלבד.

כך או כך, יש מובן לטענה שפורנוגרפיה מכפיפה ומשתיקה נשים. אך כזכור, טיעון זה מצומצם מראש רק לפרסומים פורנוגרפיים אשר אכן משפילים נשים, ומציגים אותן כנחותות או כראויות להכנעה ולאלימות. חשוב מזה – כפי שהראינו לעיל, על מנת להפוך את הביטוי לפעולה המכוננת אפליה, יש צורך שהדובר יהיה סמכות רלוונטית. כאשר המחוקק אומר כי לשחורים אין זכות הצבעה, זוהי פעולה מפלה. כאשר אדם מן הרחוב אומר זאת, זוהי המלצה, טענה, הבעת משאלה, אך לא פעולה. באותו אופן, כדי לטעון כי נשים מושתקות מלבטא ביטויים מסוימים, עלינו להראות כי הפורנוגרפיה אכן מובילה לקבלת עמדות מסוימות על נשים, שאינן מאפשרות להן לטעון אחרת. קבלת הטענה מצריכה לפיכך להראות גם כי הפורנוגרפיה

היא בעלת **סמכות** לקבוע קביעות מפלות בתחום היחסים בין המינים. השאלה היא, לפיכך, עד כמה אחראית הפורנוגרפיה לעיצוב עמדות הנוגעות ליחסים בין גברים לנשים. חשוב גם לזכור, כי בניגוד לדוגמאות שנידונו לעיל, אין הפורנוגרפיה מעבירה באופן מפורש את המסרים המיוחסים לה. פרסומים פורנוגרפיים אינם כוללים טענות גלויות אודות נחיתות האישה או להיטותה להיאנס – הם רק מציגים (בחלקם) נשים באופן נחות או כמביעות הסכמה או אף עונג מול ניסיונות לאונס. אם כן, על מנת להסכים עם טענותיהן של מקינון, דבורקין, וחבריהן, עלינו להראות ראשית, כי אנשים תופסים את הפרסומים הפורנוגרפיים כמקור מוסמך שהם שואבים ממנו את ידיעותיהם על נשים ומין. שנית, עלינו להראות כי אנשים אלו אכן מבינים ומפנימים מן הפרסומים את אותם מסרים שמקינון ודבורקין טוענות כי הם מבינים.

הוכחה או הפרכה של טענות אלו היא עניין למחקר אמפירי, אשר יבחן בפועל את האופן שבו מגיבים וחושבים אנשים הנחשפים לפורנוגרפיה. בהיעדר מחקר כזה, נאלץ לעת עתה, להסתפק בשכל הישר, המורה לנו לפקפק בתוקפן של הטענות. אנשים המודעים לאופיים של הפרסומים הפורנוגרפיים, לדרכי הפקתם ולמטרות הקשורות בצריכתם, לא ייטו לאמץ את המסרים העולים מהם כתורה מסיני, במיוחד לאחר היכרות מינימלית עם העולם הממשי. גם אלו שהתכנים הפורנוגרפיים מושכים אותם, אינם אמורים לראות בהם דיווח על המציאות יותר מאשר כל סרט או ספר דמיוניים אחרים. אם כך, אם הטיעון תלוי לשם הצלחתו באפיון הפורנוגרפיה כמקור סמכותי וקובע אודות יחסי מין ויחסים בין המינים, דומה כי דינו להיכשל.

אמנם למסקנה זו יש סייג חשוב. הפורנוגרפיה מאבדת את מעמדה הסמכותי והמכונן בעיניי מין ונשים, ככל שניסיונו של אדם עם עולם החיים הממשי עולה. אולם ככל שישוד זה חסר, כך גדל הסיכוי כי הפורנוגרפיה תהווה את מקור הידע העיקרי, כמו גם את המקור החשוב והסמכותי לגיבוש דעות ועמדות. אם כן, נזקה של הפורנוגרפיה מתגבר ככל שהחשיפה אליה קודמת למקורות אחרים של ידע בעניינים אלו.

הדברים אמורים בעיקר לגבי ילדים ובני-נוער. לגביהם, לעתים רבות, פרסומים פורנוגרפיים הם המקור המפורט והזמין העיקרי למידע על מין. בשלב שבו הסקרנות המינית גדולה, ובהיעדר ניסיון חיים בחברה בוגרת, אשר יציג בפני הילד תמונה אלטרנטיבית על דרך התנהלות הדברים באמת, גדל הסיכוי כי פורנוגרפיה תהיה המקור העיקרי לידיעותיהם ולדעותיהם,

מבלי שתהיה להם סיבה לפקפק באמתותם של ייצוגים כאלו. ישנה חשיבות, אם כן, שפורנוגרפיה לא תהיה התיאור הראשון והעיקרי אשר מישהו יקלוט על נשים ועל מין.

מסקנתנו מפרק זה מתחלקת, אם כן, למספר חלקים. ראשית, ככל האמור בפורנוגרפיה בהגדרתה הניטרלית, חלק ממנה ניצב מחוץ למעגל הביקורת הפמיניסטית, וחלק אחר ניצב על גבולו של מעגל זה בלבד. ביטויים פורנוגרפיים אשר אין בהם סממנים ברורים של השפלת נשים, אינם בעייתיים מנקודת מבט זו. במסגרת דיון בהטלת מגבלה על ביטויים פורנוגרפיים, עלינו להוציא מתחום זה גם ביטויים שממד ההשפלה והביזוי שבהם ארגומנטטיבי או מסופק בלבד.

שנית, גם באשר לפרסומים הכוללים הצגה של נשים כנחותות או מושפלות, לא מצאנו סיבה לאסור על צריכתם במסגרת פרטית. התייחסות כזו אינה אופיינית לפורנוגרפיה דווקא, ומופיעה גם במיטב יצירות הספרות והדרמה. איסור על פרסום חומרים בשל תוכנם או העמדות שהם מביעים, ומשום חשש שמא ישפיעו על עמדותיו של מאן דהוא, אינו מקובל בחברות המעריכות את חופש הביטוי. הניסיונות להציב את הביטוי הפורנוגרפי במסגרת אחד החריגים המוכרים האחרים לחופש הביטוי, לא עמדו במבחן הביקורת, למצער ככל הנוגע לביטויים אשר אין בהם הזמנה או קריאה מפורשת להשפלתן של נשים.

שלישית, באשר לטענה שאין לראות בפורנוגרפיה ביטוי כי אם פרקטיקה של אפליה מינית, ראינו כי על אף שניתן להעניק לטענה זו פשר ומובן, הרי שככל האמור באנשים בוגרים אין סיבה להניח כי טענה זו נכונה. אמנם, הטענה מתחזקת ככל שהפורנוגרפיה היא ההתנסות הראשונה של אדם עם מין ועם יחסים בין המינים. לכן, הגענו למסקנה כי יש מקום, על בסיס הטענות הפמיניסטיות, להגביל את חשיפתם של ילדים לפורנוגרפיה הכוללת מסרים מפלים ומשפילים בעליל, וקל וחומר – כזו הכוללת אלימות או אונס.

חשוב לציין, כי בדחיית העמדה הפמיניסטית על הצורך בהגבלת פורנוגרפיה, אין משום התנגדות לעמדות הפמיניסטיות לגבי זכותן של נשים לשוויון, והצורך לנקוט פעולות שונות להבטיח שוויון זה. אנו טוענים רק שאין בביקורת הפמיניסטית כדי להצדיק את הגבלת חופש הביטוי הפורנוגרפי. למסקנה שאין להיענות לתביעתן של מקינות, דבורקין ותומכיהן בדבר הגבלה חוקית על פורנוגרפיה, שותפות גם פמיניסטיות רבות, כפי שנראה בפרק הבא.

הוויכוח הפנים-פמיניסטי

כאמור, העמדה שאומרת שעל המדינה להגביל בחוקיה הפצה וצריכה של פורנוגרפיה, שנויה במחלוקת אף בתוך התנועה הפמיניסטית. רבים מבקרים השקפת העולם הפמיניסטית אינם מקבלים את קריאתן של מקינון, דבורקין ותומכיהן, להטלת איסור או הגבלה חוקית על פורנוגרפיה.¹⁴⁴ המחלוקת משקפת פערים הן ברמת התאוריה הפמיניסטית עצמה, והן ברמת האסטרטגיה והטקטיקה של המאבק הפוליטי לשוויון.

במישור התאורטי, כותבים רבים יצאו חוצץ נגד ההשקפה של מקינון, שלפיה המאבק הפמיניסטי מתמקד בביטול השליטה הגברית בתחום המין. מקינון, אשר בכתביה ובפעילותה התרכזה במאבק באונס, בהטרדה מינית ובפורנוגרפיה, מאמינה שזהותן ונחיתותן של נשים בחברה נובעת מעיצובו של המין כמנגנון של שליטה גברית. לשיטתה, רק עם ביטול מנגנון זה, יוכלו נשים לזכות בחירות.¹⁴⁵

אולם עמדה זו שנויה במחלוקת, הן על שום יסודותיה המרקסיסטיים, המקבעים את הסדר החברתי המיני כעובדה שאין מנוס ממנה,¹⁴⁶ והן על שום התרכזותה בשאלת השפעתו של המין על מעמדן של נשים, זאת על פני מרכיבים אחרים כמו שחרור כלכלי וחברתי, זכויות הצבעה ובחירה, תעסוקה, דיור ועוד. בחירה זו אינה טקטית בלבד: היא משקפת התנגדות לתמונת העולם הליברלית, הרואה בהשוואת תנאי המוצא ערובה מספקת לשוויון. הפמיניזם הליברלי מתנגד אם כן לכיוון זה, הן למסגרת התאורטית שבמרכזה עומד המין, והן לעמדות המרקסיסטיות בדבר יחסי הכוחות בחברה.

פמיניסטיות רבות דוחות, אם כן, את התפיסה שפורנוגרפיה היא חזית המאבק בין המינים. מעבר לשיקולים התאורטיים, ניתן לטעון כי עמדה זו פשוט אינה מוכיחה את עצמה. בארצות אסלאמיות שונות, שיש בהן איסור

144 ראו את מאמרה המפורט והחשוב של נדין סטרוסן:

N. Strossen, "A Feminist Critique of the Feminist Critique of Pornography", *Virginia L. Rev* 79 (1993), pp. 1099-1190. ראו גם: ני זיי-גולדמן, עמ' 353 ואילך. עמדותיה של סטרוסן התפרסמו גם בספר: **Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights**, N.Y University Press, 1994.

145 ראו: MacKinnon, **Toward a Feminist Theory of the State**, לעיל.

146 עמדה זו והוויכוח סביבה כרוכים בדיון ובוויכוח תאורטי ארוך אודות הקשר בין מין ומגדר, שאין ביכולתנו להאריך בהם כאן. לעניין זה ראו למשל: M. Valverde, "Beyond Gender Dangers and Private Pleasures: Theory and Ethics in the Sex Debate", in: Dewer, **supra**, 177.

חמור על פורנוגרפיה ודומיה, מצב הנשים נחות בהרבה ממצבן של נשות סקנדינביה, שבה נוהגת פתיחות רבה בקשר לפורנוגרפיה ומין בכלל.¹⁴⁷ אם כך, אף לו נסכים לכך שפורנוגרפיה משקפת אפליה נגד נשים, אין לראות בה את הגורם לאפליה, אלא תסמין בלבד. צנזורה על פורנוגרפיה, לפיכך, דומה לניפוץ המראה, ותו לא.

זאת ועוד, אם נדחית העמדה שלפיה מין הוא כוחני ומשפיל מעצם הגדרתו, פתוחה הדרך בפני ערעור על ההתייחסות השלילית הגורפת כלפי פורנוגרפיה. אם ישנן נשים הנהנות מפורנוגרפיה, ואף, נאמר, ממין סאדו-מזוכיסטי, אין שום סיבה למנוע זאת מהן. הצגת הפורנוגרפיה כולה כדבר שלילי ופסול, משקפת למעשה עמדה פוריטנית כלפי מין, ועלולה לגרום נשים רבות לחוש רגשות אשמה ביחס לתחושותיהן המיניות, באופן שיסכל את מאבקן לשחרור מיני. וכמו שכתבה אחת מן הדוברות בסוגיה: "הדבר האחרון שנשים צריכות הוא עוד בושה, אשמה וצביעות בנוגע למין – הפעם מוגש כפמיניזם".¹⁴⁸

במישור האסטרטגי, פמיניסטיות רבות מתנגדות לקו פעולה הכולל צנזורה והגבלה על חופש הביטוי. חופש הביטוי הוא כלי רב ערך לתמורות פוליטיות, ולכן התנועה הפמיניסטית, כתנועה פוליטית מהפכנית, צריכה לעודד אותו ואינה יכולה לתת יד למאבק נגדו. גם בהקשר המיני, יש ערך רב בחופש הביטוי, שכן דיון פתוח במיניות ובמורכבותה הוא מרכזי הן להבנת מעמדה של האישה, והן לטיפוח תפיסות מיניות נשיות ולמאבק על זכותן של נשים לסיפוק צורכיהן המיניים. חוקים נגד פורנוגרפיה הם כלי בידי שמרנים לדכא כל צורת חשיבה מינית אחרת, כמו הומוסקסואליות או מיניות נשית, ויכולים לפעול כחרב פיפיות, ולאסור ביטויים מיניים של נשים ולמען נשים.

באופן דומה, נשמעה קריאה לניתוק הברית בין פמיניסטיות לבין הימין השמרני, שנוצרה סביב סוגיית הפורנוגרפיה. החשש הוא שחיזוק כוחם הפוליטי של הפלגים השמרניים בחברה, יתנקם בתנועה הפמיניסטית בתחומים שבהם השמרנים נמצאים בצד השני של המתרס, כגון נושא ההפלות. זאת ועוד, הברית עם השמרנים לביעורן של פרקטיקות כמו פורנוגרפיה או הטרדה מינית, הנתפסות כאיום על מוסד המשפחה, גורמת

147 ני זיו-גולדמן, עמ' 354.

E. Willis, "Feminism, Moralism, and Pornography", in: Dewer, *ibid.*, ראו: 148

170.

להתעלמות מהיותו של מוסד המשפחה עצמו גורם חשוב מאוד בדיכויין של נשים.

טענה נוספת היא כי כל שימוש בחקיקה להשגת יעדים של התנועה הפמיניסטית, תציג את הנשים כקרבות חסרות ישע הזקוקות להגנה, בעוד שמגזרים אחרים יכולים לעמוד בפני עצמם ללא הגנת הממשלה וחוקיה. הטענה מקבלת משנה תוקף כשהתפיסה המובילה את החקיקה היא כי נשים הן קרבות ביסודן, וכאשר החקיקה מחזקת את התפיסה שמין הוא דבר רע לנשים – עמדות שהתנועה הפמיניסטית מנסה להשתחרר מהן בכל כוחה.

טענה אחרת היא שבמסגרת המשאבים המוגבלים של המאבק הפמיניסטי, יש למקד את הכוח הפוליטי להשפעה באפיקים חשובים ומרכזיים יותר, כמו המאבק לשוויון בתעסוקה או בחינוך. פיזור המאבק, תוך כניסה לעימותים מיותרים עם האגפים הליברליים שהתאפיינו בדרך כלל כבני ברית טובים למאבק השוויוני, עלול לגרום להחטאת המטרות של התנועה הפמיניסטית, ומהווה טקטיקה פוליטית לא יעילה ולא רצויה.

לצד זאת, הובעה דאגה גם לגורלן של נשים העובדות בתעשיית המין מתוך בחירה, ולא מתוך אילוץ או כפייה. בהנחה שהתופעה לא תיכחד כליל בעקבות האיסור, הוצאתה מחוץ לחוק רק תפגע ביכולתן של נשים אלו להיאבק לשיפור תנאי שכון ועבודתן. מסיבה זו, נוהגות עובדות תעשיית הפורנוגרפיה, באופן מסורתי, להתנגד לניסיונות הפמיניסטיים לצנזר פורנוגרפיה.¹⁴⁹ גם בהקשר זה הובעה הטענה כי התעלמות מקולן של הנשים שבחרו לעבוד בתעשיית הפורנוגרפיה, היא התערבות פטרנליסטית ברצונן, המחזקת את הסטריאוטיפים המקובלים אודות נשים, ומחברת בין נשים לבין ילדים, כקרבות הזקוקים להגנת המחוקק הגברי החכם.

בנוסף, חוזרות הפמיניסטיות על טענות ליברליות כלליות נגד הצנזורה על פורנוגרפיה. בין השאר, מוטעמת הספקולטיביות של הקשר בין פורנוגרפיה לבין אלימות ואפליה נגד נשים, תוך הצבעה על מחקרים שונים שהגיעו למסקנות הפוכות.¹⁵⁰ על טיעונים אלו ודומיהם הרחבנו בפרקים קודמים.

הנה כי כן, פמיניסטיות רבות אינן שותפות למאבקן של מקינן ודבורקין נגד הפורנוגרפיה, ואף מוצאות מאבק זה כמזיק ופוגע באינטרסים הנשיים, ובמאבקן של נשים לשוויון. חלקן מתנגדות באופן ישיר ועקרוני לתפיסות

149 ראו סטרוסק, לעיל, עמ' 1161-1162 ובאסמכתאות המובאות שם.
150 שם, עמ' 1173 ואילך.

אלה, חלקן חולקות על התבונה האסטרטגית שבמאבק זה, וחלקן מסתייגות מקו פעולה זה ברמה הטקטית בלבד. אולם כך או כך, התמונה הראשונית שהציגה את הוויכוח על פורנוגרפיה בגלגול המודרני כמאבק בין גברים לנשים, הולכת ומתפוגגת.

עמדה ליברלית

מבוא

ככלל, הליברליזם מאופיין במחויבות עמוקה לחירותו של הפרט, שניצב במרכז תמונת העולם. גופים כמו 'החברה' או 'המדינה' אינם נתפסים כישויות-על, מעבר להיותם אוסף של הפרטים המרכיבים אותם. השלטון, לפיכך, שואב את הלגיטימיות שלו מרצונם של הפרטים – הם הריבון האמיתי – וממילא הוא מצווה להקפיד על שמירת חירויותיהם של הפרטים, ולהימנע ככל האפשר מהתערבות בתחומו של הפרט. הגבלת חופש הפעולה של היחיד נתפסת כמוצדקת אך ורק כאשר פעולתו של פוגעת בפרטים אחרים. זהו 'עקרון הנזק' המפורסם, אשר טבע ג'ון סטיוארט מיל בספרו "על החירות":

ההגנה העצמית היא המטרה היחידה שלשמה רשאים בני אדם, כיחידים או כקיבוץ, להפריע בעד חירות הפעולה של כל יחיד ויחיד בקרבם. התכלית היחידה שבשבילה מותר להשתמש בכוח הכפייה כלפי חבר אחר בציבור מתורבת נגד רצונו של אותו איש היא – למנוע היזק מאחרים.¹⁵¹

לעמדת מוצא זו מצטרפת הענקת משקל רב לחופש הביטוי, שמבוססת על אמונה כי בני האדם הם רציונליים, חופשיים, ובני-חורין להחליט לעצמם ובעצמם על המועיל והמזיק להם, על הטוב והמהנה, ועל הרע והמשחית. באופן עקרוני, אם כן, העמדה הליברלית עוינת כל הגבלה או צנזורה. אך מעמדה זו נובעת רק עמדת מוצא, ולא מסקנה סופית. גם ליברל קיצוני יסכים כי כאשר התנהגותו של אדם גורמת נזק ממשי לזולתו, הרי שיש בכך סיבה מספקת להגביל התנהגות זו. כפי שראינו, ישנה טענה שלפיה סוגים מסוימים של פורנוגרפיה עלולים לגרום נזק של ממש, קרי: אלימות

151 ג' ס' מיל, **על החירות**, עמ' 20.

ואלימות מינית נגד נשים. טענה נוספת עוסקת בהזדקקותה של תעשיית הפורנוגרפיה לניצול של נשים או קטינים, באופן שאף גורם נזק של ממש, ואף עשוי להוות סיבה להטלת מגבלה על פרסומים אלו. עלינו לבחון את המסקנות העולות מטענה זו, כמו גם את שאלת רמת החשש (ברמה ההסתברותית) לקשר בין פורנוגרפיה ואלימות, אשר יגרור הטלת מגבלות עליה.

שאלה קשורה, העוסקת בטיב הפגיעה הנדרשת לצורך הגבלה, היא מן השאלות השנויות במחלוקת בתוך המסורת הליברלית. יש המסכימים לעתים להתערב ולהגביל את הפרט גם כאשר אין הוא מזיק ממש, אולם פוגע באופן עמוק ברגשותיהם של אחרים. יש מקום לדון לפיכך באופיו של הסטנדרט המגביל פגיעה ברגשות שאינה נזק, ובתנאים שבהם הגבלה כזו מוצדקת.

לצד זאת, עולות שאלות נוספות הקשורות במחלוקות פנים-ליברליות, בנוגע למעמדם של ערכים כמו שוויון וכבוד האדם במסגרת העמדה הליברלית עצמה. שאלות אלו קשורות לאבחנות ולהתפלגויות שונות, למשל בין המצדדים בליברליזם ניטרלי לבין אלו התומכים בליברליזם פרפקציוניסטי, או בין המחנה הליברלי המתמקד בסובלנות, לבין זה המתמקד באוטונומיה.¹⁵² מכאן עשויות לנבוע מסקנות מגוונות לגבי שאלת הפורנוגרפיה, אשר, כנטען, פוגעת בכבודן ובמעמדן השוויוני של נשים.

נחל את דיוננו לפיכך בבחינת שאלת החשש לנזק ממש, ובמבחן ההסתברותי המתאים לקביעת מגבלות בהינתן חשש זה. נוסף לדון בסוגיית הנזק הממשי הנגרם, כנטען, למשתתפי התעשייה, ונבחן האם יש מקום להגן עליהם דרך הגבלה כזו או אחרת של הפרסומים הפורנוגרפיים. נמשיך בעיון ובדיון בסוגיית הפגיעה ברגשות, וננסה לבחון מה אופי הפגיעה ברגשות הנגרמת על-ידי פורנוגרפיה, מדוע הנפגעים זכאים להגנה ובאילו תנאים, ומה המסקנה הנובעת מטיעון זה. אחר כך נקדיש מעט מקום לעמדות ליברליות מודרניות השמות דגש על שוויון ואוטונומיה, ונעמוד על הקשר ביניהן לבין העמדה בדבר הגבלתם של ביטויים פורנוגרפיים, ועל השלכותיה של עמדה זו. לסיום, נערוך בחינה ביקורתית של פסק הדין הקנדי בעניין Butler, שימש אותנו לסיכום ולהבהרה של הנאמר בחלק זה.

152 אבחנות אלו, המבטאות את עושרו ואת היקפו של המחנה הליברלי, אינן מתארות בהכרח עמדות אקסקלוסיביות. דומה שמעבר למספר מקרים פרדיגמטיים שהאנליזה נשענת עליהם, ניתן להתייחס למסורת הליברלית, בקווים גסים מעט אמנם, כמסורת אחידה. כך נעשה גם אנחנו, אך תוך שימת דגשים שונים בתת הפרקים השונים.

חופש הביטוי וחשש לנזק: על נוסחת האיזון הראויה

על החשש מנזק פוטנציאלי הטמון בפורנוגרפיה הורחב בפרקים קודמים. המחקרים אמנם לא הצליחו להגיע לכלל מסקנות חד-משמעיות, אך דומה כי לא הוכח קשר של ממש ככל האמור בפורנוגרפיה רגילה. לגבי פורנוגרפיה אלימה, לעומת זאת, המחקרים תומכים בקשר כלשהו לאלימות נגד נשים, אם כי אין בהם כדי להצביע על סיבתיות ממשית, בשל היעדר הקונקרטיות של הליך הגרימה. עלינו לבחון לפיכך את טיבו של הקשר הסיבתי הנדרש להגבלת הביטוי הפורנוגרפי, נוכח החשש מפני נזקים ממשיים לנשים. בנוסחת קשר זו מגולם למעשה האיזון הראוי בין חופש הביטוי הפורנוגרפי לבין הערך שהגבלתו נועדה לשרת.

הנוהג המקובל במשפטנו בנוגע להגבלה על חופש הביטוי, הוא דרישת ודאות קרובה לפגיעה קשה בערך כלשהו. כך למשל, כדי להגביל את חופש הביטוי הפוליטי נדרשת ודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה.¹⁵³ אולם ככל האמור בביטויים מדרגה נמוכה, דומה שאין מקום להטיל דרישה כזו, המשקפת דאגה מוחלטת לחופש הביטוי, והתעלמות מערכים חשובים אחרים. שלמות גופן וחירותן המינית של נשים, המוגנת בעברת האונס, אינה מסוג הדברים שיש להקל בהם ראש.¹⁵⁴ ניתן להציע אם כן, הקלה בדרישת הקשר הסיבתי, כך שביטוי פורנוגרפי אשר יוצר ולו אפשרות סבירה בלבד לפגיעה קשה בנשים, יוגבל וייאסר.¹⁵⁵

כפי שראינו, המועמדים העיקריים ליפול תחת הגדרת סיבתיות זו הם פרסומים פורנוגרפיים המשלבים מין ואלימות. אלא שכאמור, בהיעדר קונקרטיות (המצביעה על פרסום מסוים אשר גרם לעברה מסוימת) קשה ליישם מבחני סיבתיות רגילים. זאת ועוד, מפאת אופיו של הוויכוח על פורנוגרפיה, והמוטיבציה הרבה להגביל אותה בחוגים רבים – שמרניים ופמיניסטיים כאחד – עלינו לבחון האם בבסיס הטענות המבוססות על תרומתה של פורנוגרפיה לאלימות נגד נשים, לא מסתתרת מוטיבציה אחרת.

153 כפי שנקבע בפסק הדין המפורסם בעניין **קול העם**.

154 לביקורת כללית על שימוש בנוסחת איזון הדורשת ודאות קרובה, ראו מ' קרמניצר וחי גנאים, **הסתה, לא המרדה**, נייר עמדה מס' 7, המכון הישראלי לדמוקרטיה. לדיון בשאלת נוסחת האיזון ראו א' ברק, "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי", **עינוי משפט** יד (התשמ"ט), עמ' 371.

155 לדרישת קשר סיבתי מופחתת, המסתפקת בדרישת 'בסיס סביר' ראו עניין Butler, עמ' 483.

לצורך עניין זה ניתן לבחון את מעמדם של פרסומים הכוללים אלימות במנותק מתיאורי מין.

ואכן, מחקרים רבים עסקו בשאלה זו (מרביתם בהקשר של צפיית ילדים בטלוויזיה). יש לזכור גם כי מחקרים אלו עומדים בפני קשיים מחקרניים דומים לאלו שצינו לעיל.¹⁵⁶ עם זאת, הטענה כי לאלימות בטלוויזיה יש השפעות שליליות על התנהגות, ערכים ועמדות, מאושרת בעקביות בתוצאותיהם של מחקרים רבים.¹⁵⁷ לאחר צפייה בתכניות שבהן מוצגת התנהגות אנטי-חברתית – אלימות בדרך כלל – אפשר לצפות בעלייה בהתנהגות האנטי-חברתית המתבטאת בתוקפנות פיזית.¹⁵⁸ יש אינדיקציות מסוימות אף להשפעה בטווח של עשר שנים, בעיקר כאשר החשיפה היא ארוכת טווח.¹⁵⁹ אלימות טלוויזיונית אף מקהה תגובות רגשיות וגורמת לאנשים (ובעיקר לילדים) להשתתף יותר באירועים אלימים, ולהיחלץ פחות לעזרת אחרים.¹⁶⁰

למרות מחקרים כגון אלה, האיסורים המוטלים על צפייה בחומר אלים הם מינוריים. על כן מתעוררת השאלה מדוע לא יהא דין שווה לפרסומים אלימים ולפרסומים פורנוגרפיים, ומדוע להגביל את האחד ולהתיר את השני בזמן שהממצאים לגבי ברורים עוד יותר, או לפחות במידה שווה? האמנם אין בממצא זה כדי להוביל למסקנה שיש לאסור פרסומים אלימים או להתיר פרסומים פורנוגרפיים (מנקודת מבט זו)?

מנגד, ניתן להצביע על מספר הבדלים בין סרטים אלימים טיפוסיים, לסרטים פורנוגרפיים טיפוסיים. ראשית, בעוד האלימות בסרטים היא לרוב

- J. L. Freedman, "Viewing Television Violence Does Not Make People 156
More Aggressive", p. 22 **Hofstra L. Rev.** 22 (1994), pp. 833, 840.
- E. Donnerstein, "Mass Media Violence: Thoughts on the Debate," 157
Hofstra L. Rev. 22 (1994), pp. 827, 829. S. Hearold, "A Synthesis of
1043 Effects of Television on Social Behavior", **Public Communication
and Behavior**, in: G. Comstock (ed.), p. 67, 112 ; M. Levine, "Viewing
Violence - How Media Violence Affects Your Child's and Adolescent's
Development", 1996; J. P. Murray, "The Impact of Televised Violence,"
Hofstra L. Rev. 22 (1994), pp. 809, 823.
- S. Hearold, "A Synthesis of 1043 Effects of Television on Social 158
Behavior", pp. 108, 111.
- J. P. Murray, "The Impact of Televised Violence", **Hofstra L. Rev.** 22 159
(1994), pp. 809, 818-9.
- M. Levine, "Viewing Violence - How Media Violence Affects Your 160
Child's and Adolescent's Development", 1996, pp. 31-33.

בדיונית, והצגתה היא עניין לפעלולים ולמשחק, החוויות המוצגות בפורנוגרפיה הן לרוב מציאותיות לחלוטין. שנית, האלימות בסרטי פעולה מוצגת כהגנה עצמית הכרחית מול אלימות מרושעת, או כנקמתו של הצודק במעורל. שלישי, הסרט האלים הטיפוסי אף עשוי להתאפיין בערך חברתי פודה, מה שקשה להניח לגבי הסרט הפורנוגרפי האלים הטיפוסי. רביעי, נטען כי הסובלים מאלימות בסרטים כאלו 'זוכים' בכך בזכות עצמם ובזכות מעלליהם, ולא בזכות השתייכותם לגזע או מין מיוחד, ובפרט – לא לכה החשוף לאפליה ממילא.

אולם גם אם טענות אלו מוצדקות, ספק אם יש בהן כדי להשפיע על סוגיית הקשר הסיבתי בין סרטים אלימים לבין התנהגות ועמדות אלימות, קשר שהוא ורק הוא במוקד עיוננו הנוכחי. שתי הטענות הראשונות היו אמורות להוכיח את היעדרו של קשר כזה, ולפיכך הן נסתרות על-ידי המחקרים האמפיריים. הטענה הרביעית אמנם חשובה, אך היא נוגעת לשאלת ההגנה על מיעוטים ולמעמדם השוויוני, ולא לסוגיית גרימת הנזק.

לפיכך, ספק אם יש מקום להבחנה גורפת בין שני סוגי ביטויים אלו. לא זו בלבד שהטלת מגבלה על כל פרסום הכולל אלימות או פשיעה אינה מוצעת, אלא שנראה שמגבלה כזו אף פוגעת באופן מוגזם בחופש הביטוי. כך למשל, יהיה מקום לאסור ספרות או קולנוע אשר הזכרו כמקור השראה למעשי פשע, כגון "התפסן בשדה השיפון" או "האחים קרמאזוב". הנטייה להימנע מהטלת איסור על פרסומים הכוללים פשיעה ואלימות, אך לאסור פרסומים פורנוגרפיים, מעלה את הספק שמא החשש לנזק ממש איננו המניע האמתי לאיסור אלא כסות בלבד לטעמים אחרים, כגון טעמים מוסרניים. יתר על כן, סוגיה זו של היחס בין ביטויים לבין פעילות, סבוכה מכדי שנפתור אותה בהצבעה על קורלציה גרדא. הטלת אחריות על מפיץ של סרטים פורנוגרפיים, העושה זאת למטרות מסחריות ומתוך שאיפה לגרום הנאה ועונג ללקוחותיו, היא בעייתית ביותר לפחות ככל האמור בדין הפלילי. ניתן לטעון כי את הטיפול בסיטואציות כאלו יש להותיר בגדרה של עברת ההסתה, המטפלת ביחס בין ביטויים שאינם נופלים בגדר שידול לבין מעשי פשע.¹⁶¹

לסיכום, מורכבותם של השיקולים השונים מותירה אותנו בספק בדבר המקום להטלת מגבלה על פרסומים פורנוגרפיים מכוח קשר סיבתי בינם לבין אלימות נגד נשים. היעדרן של תוצאות מחקריות ברורות, כמו גם

היעדר קונסיסטנטיות בהתייחסות לפרסומים שעלולים לגרור התנהגות אנטי-חברתית, מורים על הצורך בדחיית רעיון זה. מנגד, הבדלים שונים בין פרסומים אלימים רגילים לבין פרסומים פורנוגרפיים, יחד עם מודעות למגבלות המחקרים והסתמכות על השכל הישר, מדגישים את הצורך בקבלת הרעיון. בעניין זה אף חיווינו את דעתנו כי באשר לערכים חשובים כמו שלמות הגוף או החירות המינית, יש מקום להקל בדרישות הקשר הסיבתי, בעיקר כאשר משקלו של הביטוי המוגן פחות מאשר ביטויים אחרים. סוגיה זו אנו מותירים, אם כן, פתוחה לשיקול דעתם של הקורא והקוראת.

הגנה על המשתתפות בתעשייה

אחת מן התופעות אשר התחדדו בעקבות כניסתה של העמדה הפמיניסטית למפת הוויכוח על הפורנוגרפיה, היא נקודת מבטן של הנשים שמשתתפות בתעשייה, המשמשות כ'דוגמניות' או 'שחקניות' בפרסומים הפורנוגרפיים. כותבים שונים הפנו את תשומת הלב אל משתתפות אלו, והדגישו את הקשר בין השתתפות בפרסומים לבין מצוקה כלכלית ואישית, ניצול מיני במשפחה, ולעתים אף כפייה של ממש.¹⁶² אין ספק כי גם בעיניים ליברליות, אין להסכין עם פגיעה ממשית במשתתפות. לפיכך, ניגע בסוגיה זו בקצרה.

המקרים הקיצוניים מבין תופעות אלו, הכוללים יסוד של כפייה ממשית, נופלים תחת חלותן של עברות ספציפיות, החל מכליאת שווא או הטרדה מינית, דרך עברות שעניינן סחר בנשים ועד לעברת האונס. באשר למקרים שעניינם ניצול מצוקה כלכלית ואישית, מאפיינים אלו יוצרים אנלוגיה חזקה לתופעת הזנות. אין לכפור ביכולתה של משתתפת בתעשייה לעשות זאת מרצונה החופשי,¹⁶³ אך אין גם לעצום עיניים בפני המציאות המורה כי פעמים רבות בחירה כזו היא תוצאה של חוסר בררה. בכך אין אמנם כדי להצביע על כפייה של ממש, אך יש בהחלט כדי להרהר על קביעת הסדרים אשר יבטיחו הגנה על המשתתפות, בדומה לאיסורים החלים על סרסרות למעשי זנות (לפי סעיף 199 לחוק העונשין) או הבאת אדם לכדי עיסוק

162 לעניין זה ראו למשל: L. Lederer (ed.), **Take Back the Night**, p. 57 ff.; א' דבורקין, לעיל.

163 חשוב להבחין כי לצורך קביעתו של רצון חופשי אין הכרח כי המשתתפת תבחר בעיסוק זה מתוך משאת נפש. אנשים רבים עובדים בעבודות קשות – פיזית ומנטלית – מתוך אילוצים כלכליים או אחרים. כל עוד המשתתפת יכולה לבחור, ולו בין מספר אפשרויות גרועות למדי, הרי שפעולתה תיחשב רצונית. דומה כי לפחות ככל הנוגע לאזורים הירכיים של הפורנוגרפיה, בחירה כזו איננה דבר מופרך.

בזנות (סעיף 202 לחוק). באופן כזה ניתן יהיה להבטיח כי הבוחרות לקחת חלק בתעשייה לא יסבלו מניצול גם בתוכה.

סוגיה אחרת הקשורה בנושא זה היא הטלת הגבלה על הפצה וצריכה של חומרים ופרסומים אשר נוצרו באיסור, בדרך של כפייה או אינוס. בכלל זה ניתן למנות פרסומים פורנוגרפיים הכוללים קטינים, או פרסומים שמציגים באופן מפורש סצינות מציאותיות של אונס או אלימות קשה. כך, בדומה למבנה העברה האוסרת קבלת רכוש גנוב (לפי סימן ה' לפרק יא בחוק העונשין), יש מקום להגביל את היכולת להפיץ ולצרוך חומרים כאלו, הן מתוך רצון להכחיד את הבסיס הכלכלי התומך בעבריינות מסוג כזה, והן משום שעצם התמיכה בתעשייה כזו היא פעולה מזיקה ואנטי-חברתית.¹⁶⁴

מנימוק זה עולה שיש מקום להטיל איסור על ייצוגים ופרסומים המציגים אונס אמתי, או קטינים אמתיים. סרט המציג סצינת אונס מבוימת, או בגיר בדמות קטין (או אף קטין שהוא תוצר של הדמיית מחשב, וכד') אינו בעייתי מנקודת מבט זו. מכאן עלולות לצוץ מספר בעיות מעשיות, שבהן נדון בחלק הבא.

פורנוגרפיה ופגיעה ברגשות

אנשים רבים מדווחים כי פורנוגרפיה פוגעת ברגשותיהם. פגיעה ברגשות אינה סתם יחס של אי הסכמה או הסתייגות עזה, מן הסוג שאנו חווים כשאנו נתקלים בעמדה השנואה עלינו. פגיעה ברגשות היא תגובה מיידית ועמוקה, שמקבילה לפחד, כאב או מבוכה חריפה. על אף שהדבר שנוי במחלוקת בתוך המסורת הליברלית, מקובל להניח, גם בקרב חלק מן ההוגים הליברלים, כי לאדם יש אינטרס ראוי להגנה לבל ייפגעו רגשותיו ללא הסכמתו.¹⁶⁵ כך נניח גם אנחנו.

מקורותיה של הפגיעה אינם גוזרים כל הבדל מבחינה זו. מתקבל על הדעת שפגיעה ברגשותיו של אדם תלויה במערכת האמונות וההרגלים שהוא מחזיק בהם בנוגע למין. סביר להניח אף כי חשיפה ממושכת לפרסומים פורנוגרפיים תקהה את רגישותו זאת. אולם בכך אין ולא כלום: המדינה הליברלית אינה מתערבת באמונותיהם של אזרחיה, ואינה מדרגת את הרגליהם לראויים ולראויים פחות. במיוחד אמורים הדברים במדינה בעלת

164 השוו לפסק הדין **American Booksellers v. Hudnut**, עמ' 332.

165 בין הבולטים בהוגים אלו ניתן למנות את פיינברג, ראו: **J. Feinberg, Offence to Others**, Oxford: Oxford University Press, 1985.

מאפיינים רב-תרבותיים, שיש בה קבוצות בעלות תפיסות חיים פרטיקולריות. גם לחברי קבוצות אלו ישנו אינטרס ראוי להגנה שלא להיחשף לפגיעה ברגשותיהם.

כמובן, אין בדברים אלו כדי להכריע כי בכל מקום שרגשותיו של מישהו נפגעים, יש לאסור את הפעילות הפוגעת. לעתים, עומדת אל מול הפגיעה ברגשות, זכות או חירות אחרת, אשר חשיבותה אינה פחותה. כך למשל, עשוי להתעורר קונפליקט בין רגשותיו של ציבור מסוים לבין חופש התנועה של ציבור אחר. בענייננו, עלינו לבחון את היחס בין הפגיעה ברגשות מחד, לבין ההגבלה של חופש הביטוי מאידך.

נעיר כי ככל האמור בחשיפתו של אדם לפורנוגרפיה שלא מרצונו, ישנו מאפיין נוסף הייחודי לסוגיית הפורנוגרפיה. כפי שהטעימה הביקורת הפמיניסטית, בחשיפה לפורנוגרפיה טמון ממד מסוים החורג מתחום המחשבה גרדא. כך למשל, אם נצייר בדמיוננו אדם אשר לפי תפיסותיו וערכיו עליו לשמור על אורח חיים של פרישות וקדושה (מטעמים דתיים למשל), חשיפתו לפרסומים פורנוגרפיים, באופן שיגרום לו לשלוחב יצרים לא רצוני, עלולה לפגום ביכולתו לשמר את אורח חייו. חשיפה כפויה לפורנוגרפיה, אם כך, כופה על אדם, במובן מסוים, לא רק מחשבה שמכעיסה אותו אלא גם 'פעילות' המנוגדת לתפיסותיו.

במובן זה, חשיפה לפורנוגרפיה שונה מחשיפה לפעילות או לדעה שפוגעות בגלל רכיב מכעיס או פוגעני שיש בהן. כאשר אוכלוסייה חרדית תובעת כי יימנעו מנסיעה בשבת בשכונות מסוימות, המרכיב הפוגע הוא הנסיעה, המנוגדת לאורח החיים החרדי ולכן מכעיסה ומקוממת. אולם כאשר אדם המנהל אורח חיים כזה נחשף שלא מרצונו לפרסום פורנוגרפי, הבעיה המתעוררת היא הפוכה – מוקד האיום והפגיעה באורח החיים אינו בחשיפה לאורח חיים מנוגד, אלא בגירוי היצרים ההופך את הצופה ל**שותף** בפורנוגרפיה, ו**כופה עליו פעילות** שאינה מתיישבת עם אורח חייו.¹⁶⁶

166 נקל להבחין בדמיון שבין עמדה זו לבין טענות שהשמיעה מקינון במסגרת הדיון על פורנוגרפיה כביטוי. טענתה היא כי צריכתה של פורנוגרפיה אינה בגדר ביטוי בלבד (ראו תחילת פרק ב, לעיל). יוער עוד, כי ההנחה שיש ערך בעצם ההתמודדות והאיפוק (או 'עמידה בניסיון') לנוכח גירוי כזה, אינה מקובלת על הכול, ואינה מתיישבת עם רצון לשמור על מסגרת חיים של פרישות וטהרה. מובן גם שבמסגרת תפיסת חיים כזו, לא ניתן לדבר על הפגיעה כימתקזזת' עם ההנאה שבגירוי המיני (כפי שעשוי היה לנבוע מתפיסה תועלתנית), שכן עמדות מוסריות או דתיות מסוג זה, דרך כלל, אינן רואות ערך בהנאה כשלעצמה, ואף אינן מדרגות את ערכן של פעולות לפי מידת ההנאה הכרוכה בהן, אלא תוך פנייה למושגים של חובה או ציווי.

לפיכך, ככל האמור בפגיעה ברגשות שמקורה בפרסומים פורנוגרפיים, עצמת הפגיעה וסוג הפגיעה חריפים במיוחד. בכך נבדלת סוגיית הפורנוגרפיה מהקשרים אחרים שבהם הגורם לפגיעה הוא חשיפה לפעילות שהצופה מתנגד לה. הבדל זה אף מציב קו ברור בין הכרה בפגיעה ברגשות בענייננו, לבין היעדר הכרה בפגיעה ברגשות, במקום שהפגיעה מתגבשת רק עקב ידיעה (בניגוד לחשיפה) אודות זולת הנוהג באופן זה או אחר.

עם זאת, חשוב להבחין כי טענת הפגיעה ברגשות מבוססת כל כולה על נקודת המבט של הנפגע, אשר חשיפה לפורנוגרפיה שלא מרצונו פוגעת בו. מכאן נובעת נוסחת איזון שצריכה להתמקד בעצמת הפגיעה מחד גיסא, וביכולתו של הפרט הנפגע להתגונן בפני פגיעה זו, מאידך גיסא. נוסחת איזון כזו, הכוללת שלושה מרכיבים עיקריים שיש לקחת בחשבון, הציג פיינברג:¹⁶⁷

א. עצמת הפגיעה, הנמדדת על-פי האינטנסיביות, משך הזמן והיקף הפגיעה. כמובן – ככל שעצמת הפגיעה גדלה, כן ניטה להגביל אותה. לצורך בחינה זו, אין להתחשב בנקודת המבט של צדדים רגישים באופן חריג.

ב. היכולת להימנע מפגיעה באורח סביר: ככל שקשה יותר להימנע מפגיעה ללא אי-נוחות רצינית, כן תיחשב הפגיעה לחמורה יותר.

ג. הסכמה: מצבים פוגעים שבהם הנפגעים נחשפו לפגיעה מרצונם, או שלקחו על עצמם את הסיכון להיפגע, אינם נחשבים לפגיעה ברגשות. זאת מכוח העיקרון שלפיו בהינתן הסכמה אין פגיעה, עיקרון שחל ביתר שאת בענייני רגשות.

אם ניישם נוסחה זו בענייננו, נוכל להבחין בהיקף ההגבלה המוצדקת על-ידי הפגיעה ברגשות. נניח לצורך העניין כי חשיפה לפורנוגרפיה, או למצער – לזנים מסוימים של פורנוגרפיה, עלולה לגרום פגיעה קשה ברגשותיו של הנחשף לה, מטעמים מוסריים, דתיים, פמיניסטיים או אחרים. אולם מכאן לא נובע שום בסיס להגבלה על צריכת פורנוגרפיה בידי מי שמסכים ומקבל על עצמו פגיעה כזו, או בידי מי שרגשותיו כלל אינם נפגעים עקב חשיפה לפרסום כזה.¹⁶⁸

כל שנובע מגישה זו הוא הגבלה על פרסומים שהנחשפים אליהם הם בבחינת 'קהל שבוי', קרי: קהל אשר אינו יכול, באמצעים סבירים, להימנע מהיחשפות לחומר פורנוגרפי. תנאי זה מתקיים, למשל, בסוגיית פרסום

167 פיינברג, עמ' 34-35.

168 שם, עמ' 142.

החוצות, או במכירה ושיווק אגרסיביים ברחובה של עיר. איננו יכולים לצפות מאדם השואף להימנע מחשיפה לפורנוגרפיה, שלא להסתובב ברחובות, או לכבוש את פניו בקרקע.

מאידך גיסא, כאשר חשיפה כזו צפויה באזור מסוים, המיוחד לעניין זה בלבד (כגון אזור הידוע כמרכז זנות, חנויות מין וכד'), אשר אין כל סיבה אחרת לעבור בו, הרי שלנפגע ניתנת אפשרות סבירה להימנע מפגיעה. הדברים נכונים אף יותר כשמדובר במקום סגור, כגון בית קולנוע או תיאטרון, אשר הכניסה אליו היא רצונית ומודעת ביחס לתכנים המוצגים בו. רשות הפרט בהקשר זה איננה מושג גאוגרפי או כמותי – תחומיה של הפעילות הפרטית הם גבולות ההשפעה על צדדים שאינם משתתפים מרצונם בפעילות זו. כך למשל, מאתיים איש המתאספים באולם קולנוע לשם צפייה בסרט פורנוגרפי, ייחשבו כפועלים ברשות הפרט שלהם.¹⁶⁹

חשוב להדגיש שפגיעה הנובעת מעצם הידיעה כי מישהו אחר צופה בחומר פורנוגרפי, אינה יכולה להיחשב לסיבה מספקת להגבלת חירותו. לכאורה, אין דרך להתגונן מפני פגיעה כזו, ועל כן ייחשב הנפגע ל'שבויו'. אולם קבלת עמדה זו תגרור הגבלה של כל עמדה, מחשבה או פעולה השנויה במחלוקת ציבורית, ובכלל זה מחשבות פרטיות או הרגלים אישיים, אף אם אלו באים לידי ביטוי בצנעה בלבד. הגבלה כזו היא ויתור מרחיק לכת על חירות הפעולה, וסופה בכפיית אורחות חייו של הרוב על המיעוט, ובוויתור על רעיון החירות כולו.¹⁷⁰

מן העבר השני, ניתן לטעון כי מעמדו של חופש הביטוי מחייב מתן רשות להפיץ מסרים ופרסומים אף לקהל שבו. ההנחה היא שקהל אשר אינו רוצה להיחשף למסר, דווקא הוא קהל היעד המרכזי שאליו מיועד המסר, שכן קהל זה זקוק לשכנוע יותר מכל אחד אחר. כך למשל, לו נניח שפורנוגרפיה משרתת מסר של שחרור מיני והסרת מגבלות פוריטניות, הרי שמובילי מסר זה ישאפו להגיע אל קהלים שמרניים-מוסרניים, בניסיון להראות להם, למשל, כי הדוניזם מיני הוא טוב ומושך. אם כך, יישומו של עקרון חופש הביטוי על-ידי מתן אפשרות הוגנת לכל אחד להשפיע ולעצב את העמדות הנוהגות בחברה שבה הוא חי, מחייב אותנו לאפשר פרסום של

169 אמנם, דוגמה זו עשויה לעורר בעיות מסוג אחר, כמו זכותו של הציבור לעצב כרצונו את הפרהסיה, מושג שיכול לכלול בתוכו גם בתי קולנוע, מועדונים סגורים, וכד'. הבעיה מחריפה במקום שבו הציבור מעורב במימון ותמיכה במוסדות אלו. שאלות כבדות משקל אלו ראויות לדיון משל עצמן, ולא יוכלו להידון במסגרת נייר עמדה זה.

170 לדיון נוסף בהקשר זה, ראו פיינברג, לעיל, עמ' 60 ואילך.

ביטויים פורנוגרפיים, גם ובמיוחד באוזניהם ובעיניהם של מי שאינם מעוניינים להיחשף להם, ושרואים בהם משהו דוחה ומסוכן.¹⁷¹

אפשר לטעון בתגובה, כי יש לדרוש מן המעוניינים לקדם רעיונות כאלו, לעשות זאת באופן לא פוגע, על-ידי מאמרים ומנשרים מנומקים, ולא על-ידי ייצוגים מיניים שפוגעים באחרים. אולם דומה שמסגרת כזו מגבילה למדי, ומייחסת רציונליות מוגזמת לאופן שבו אנשים מאמצים ומשנים עמדות. הטלת מגבלה על אופני ביטוי עשויה לחתור תחת היכולת לבטא עמדות באופן שיוכה לתהודה. פעמים רבות, כדי להעביר מסרים באופן יעיל, יש צורך בביטוי מזעזע. כך למשל, הפגנה נגד מלחמה יכולה להיות מלווה בדגמים של ארונות, מצבות או שלדים. דווקא האלמנט הפוגעני שבביטוי, הוא זה אשר מאפשר לו לזכות בתשומת לב.

מאיך גיסא, אל לנו לשכוח כי הביטוי הפורנוגרפי מיועד בעיקר להפקת רווחים, ולא להשפעה על הסביבה המוסרית. די בכך, לדעתך, כדי לספק בסיס להגנה על רגשותיו של מי שחשיפה לחומר פורנוגרפי תפגע בו עמוקות. אולם מנגד, מתן אפשרות הוגנת להפצת הרעיונות ואף להפקת רווחים (אינטרס שאולי אינו נאצל במיוחד, אך בהחלט לגיטימי), מצריך אפשרות לחשיפה בפני הקהל הרחב. כך למשל, בית קולנוע או חנות להשכרת סרטי וידאו המציעים סרטים פורנוגרפיים, יוכלו לפרסם עובדה זו בציבור (על-ידי שלט, או בכל אמצעי אחר) ולהמליץ על מרכולתם, אך לא יורשו לעטר פרסום זה ב'הצעת הגשה' אשר תפגע במי שאינו מעוניין להיחשף לה. כך יושג איזון בין היכולת להשפיע על הציבור, לבין ההגנה על רגשותיו של מי שעלול להיפגע מפרסומים אלו.

בגלגול המודרני של הוויכוח על פורנוגרפיה, גם טיעון הפגיעה ברגשות נצבע בצבעים פמיניסטיים-שוויוניים. בהקשר זה עלתה שאלת הפגיעה ברגשותיהן של נשים כקבוצה, תוך ניסיון להשוות בין פגיעה זו, לבין הסתה גזענית, הפוגעת במיעוטים גזעיים. בהשוואה זו דנו כבר לעיל,¹⁷² אך נשוב ונזכיר כי לדעתנו, אם אין בפרסומים הפורנוגרפיים מטרה לפגוע בנשים, או אף מודעות לטיב ההתנהגות כפוגעת בנשים, אין להשוואה זו על מה שתסמוך.¹⁷³

T. M. Scanlon, "Freedom of Expression and Categories of Expression", 171 p. 160

172 סביב הערה 131.

173 ראו גם פיינברג, עמ' 164.

שוויון ואוטונומיה

אל מול גרסאות ליברליות המתמקדות בהגבלת כוחה של המדינה, ובהבטחת הניטרליות של המדינה כלפי העדפותיהם של אזרחיה, ניתן להצביע על זרמים אחרים בהגות הליברלית המתמקדים בערכים כגון אוטונומיה ואינדיבידואליות. כיוון זה הופיע כבר אצל מיל, בפרק השלישי של "על החירות", וזכה לפיתוח נרחב בכתיבתו של יוסף רו.¹⁷⁴ במסגרת דיונו בפורנוגרפיה ובחופש הביטוי, הזכרנו גם את כיבוד האוטונומיה כעיקרון העומד כנגד ההגבלה על חופש הביטוי הפורנוגרפי.¹⁷⁵ כעת נבחן את העמדה ההפוכה, הנשענת על עקרונות אלו לשם תמיכה בהצרת צעדיהם של מפיצי הפורנוגרפיה.¹⁷⁶

אוטונומיה ואינדיבידואליות מאופיינים בחופש בחירה וביכולת לפיתוח ולהגשמה עצמית. הפעלתה של בחירה חופשית, הכרתית ומוסרית כאחד, היא תנאי לפיתוח העצמי. כאשר על אדם לבחור דרך חיים, משלח יד, מערכות יחסים או מערכת אמונות, אזי כדי שבחירתו תיחשב אוטונומית, ותממש יכולת בחירה אמיתית, עליו להיות מסוגל לבחור מתוך מגוון של אפשרויות שכולן טובות ובעלות משמעות. אדם הכלוא בתוך בור, ויכול לבחור בין לאכול עכשיו, לבין לאכול אחר כך, או לא לאכול – לא ייחשב כפועל באופן אוטונומי. פעולת הבחירה עצמה תלויה ביכולת מנטלית מספקת לשם בחירה מושכלת, ובעצמאות מוסרית, שמשמעותה חירות מפני כפייה או מניפולציה של אחרים. לפיכך, מימוש העצמי האוטונומי, הנתפס כערך כשלעצמו וכתנאי לשגשוג ופריחה, תלוי הן בפעולות בחירה מושכלות וחופשיות, והן בטווח רחב של אפשרויות ראויות העומדות לבחירה. במסגרת זו, יחסי האזרח והמדינה מקבלים תפנית קלה מן המסורת הליברלית הקלאסית. תפקידה של המדינה אינו מצטמצם להימנעות מכפייה. החשש העיקרי מצנזורה ומהכתבת טעם הוא מפני החברה הקונפורמיסטית

J. Raz, **The Morality of Freedom**, Oxford: University Press, 1986. 174 ראו למשל:

175 למשל: T.M. Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression", לעיל.

176 להרחבה ראו למשל: "J.S. Mill and the Harm of Pornography", D. Dyzenhouse, in: D. Spitz (ed.), **J. S. Mill On Liberty**, New York: W. W. Norton, 1975; S.M. Easton, **The Problem of Pornography**, p. 46 ff.;

L. M.G. Clark, "Liberalism and Pornography", in: Pornography and Censorship, **ibid.**, pp. 45-59. ראו גם:

ופעולותיה במישור החברתי, ולא דווקא מפני הפעלת כוח של המדינה. אולם על המדינה מוטל התפקיד למנוע לחץ חברתי כפייתי אשר לא יאפשר פעולות בחירה עצמאיות וחופשיות, ולצד זאת – מוטל עליה להעניק תנאים למימוש האוטונומיה של הפרטים, כגון הענקת שירותי חינוך והשכלה, יצירת אקלים המעודד השתתפות, ואף דאגה ליצירת טווח של אפשרויות טובות. עידוד וטיפוח האוטונומיה כולל בתוכו, אם כן, תמיכה באפשרויות הבחירה הטובות והראויות, ופגיעה באפשרויות הבחירה אשר אינן עשויות לתרום למימושו העצמי של הפרט. קידום חיים אוטונומיים מצדיק התערבות פטרנליסטית (או במינוח של רז: 'פרפקציוניסטית'), המדרגת ובוחרת בין אורחות החיים העומדים לבחירה. זאת בניגוד למודלים הקלאסיים של הליברליזם, שמדגישים את הניטרליות של המדינה, האמורה לספק הגנה שווה לכל עמדה או מנהג, בלי להתייחס לערכו או לתרומתו.

אם נשוב לענייננו – הגבלה על ביטויים פורנוגרפיים – נקל לראות כי עמדה זו עשויה להאיר את הנושא באור אחר במקצת. מתנגדי הפורנוגרפיה ידגישו כי הגנה על חופש הביטוי היא הגנה על דברים ראויים להגנה, ולא על כל ביטוי וביטוי. עמדה ליברלית פרפקציוניסטית מתירה למדינה לתמוך בעמדות המקדמות אוטונומיה, ולפגוע באלו שאינן. חירות היא חירות לעשות דברים טובים, ולא לעשות כל דבר העולה על רוחך.

פורנוגרפיה, לפי עמדה זו, היא אפשרות רעה – היא אינה תורמת לפיתוח העצמי או למימוש הפוטנציאל שלו, היא פוגעת בשוויון ובכבודן של נשים, המוצגות באורח משפיל ונחות, ואף מוצגת על-ידי מפיצה וצרכניה כאמצעי לרווחים מסחריים והנאות קצרות טווח, ולא ככלי לרכישת הבנה או ידע על העולם והחיים. האוטונומיה, שהיא בחירה מתוך מגוון טובין, אינה נפגעת על-ידי גריעתן של אפשרויות גרועות. ממילא, אין פסול בהגבלה על פורנוגרפיה.

יתרה מזו, מושג האוטונומיה של רז משקף למעשה חירות חיובית. על המדינה לדאוג שאזרחיה יוכלו לבחור, בחירה עצמאית ומושכלת, כיצד לנהל את חייהם ועולמם. ממילא, שבה ועולה הטענה הפמיניסטית שפורנוגרפיה, הפוגעת בדימוי של נשים ומונעת מהן את מימוש הפוטנציאל שלהן, מגבילה את חופש הביטוי של נשים ומשתיקה אותן. הגבלה על פורנוגרפיה היא, לפיכך, העדפת חופש ביטוי אחד על חופש ביטוי אחר.

זאת ועוד: אוטונומיה יכולה לבוא לידי ביטוי אך ורק בתנאים של שוויון, כאשר הפרט עצמאי ורף מכל מגבלה חברתית בבואו לבחור את דרך חייו. לפיכך, נקודת המוצא הנחותה של נשים מחייבת את המדינה לדאוג באופן

אקטיבי לאקלים שיאפשר להן לבטא את האינדיבידואליות שלהן, מבלי שדפוס חייהן יעוצב על-ידי תפיסות גבריות הזוכות לדומיננטיות בחברה. ברוח דומה, במאמר קלאסי על דיכוי נשים, אמר מיל שאין להתייחס לנשים הטוענות כי הן מעונינות לשמר את מעמדן (הנחות), כל עוד לא הביעו עמדה זו מתוך סיטואציה חברתית שוויונית ומשוחררת.¹⁷⁷ אם כך, על רקע אי-השוויון השורר בין המינים, יש טעם נוסף להגבלת פרסומים פורנוגרפיים, והוא לאפשר לנשים סיטואציה שוויונית שבה יוכלו להיות אוטונומיות ובנות חורין.

ואולם, במבט שני נראה כי רתימת עמדה זו לעגלתם של מתנגדי הפורנוגרפיה, אינה כה פשוטה. כפי שהזכרנו לעיל, העמדה שלפיה לפורנוגרפיה אין כל ערך היא עצמה שנויה במחלוקת. פרסומים פורנוגרפיים מקדמים עמדה הדוניסטית כלפי מין, ולפיכך מציעים דרך חיים הנשענת על תפיסת עולם, וככזו – לא ניתן לשוללה מראש. בחברה שאין בה הסכמה לגבי מעמדה של הפורנוגרפיה, אי אפשר להגדיר פורנוגרפיה כעמדה שאינה ראויה להגנה.

באשר להגדרת החירות באופן חיובי, ככוללת גם אפשרויות בחירה ממשיות, העמדה הפרפקציוניסטית אכן גוררת נקודת מבט שונה במקצת על האיזון הראוי בין ביטוי פורנוגרפי לביטוי נשי המושתק על-ידה, כנטען. אולם עדיין יש מקום להבחין בין השתקה ממשית – על-ידי צנזורה – לבין השתקה עקיפה, הנעשית על-ידי יצירת דימויים משפילים אודות נשים. ראשית, יש להרחיק מן הדיון סוגי פורנוגרפיה אשר תרומתם להשפלת נשים ולדיכוי אינה ברורה. שנית, חובתה של המדינה לדאוג למעמדן של נשים יכולה לבוא לידי ביטוי במסגרת קידומן של נשים בתחום התעסוקה, הכלכלה, הפוליטיקה, וכו'. לא ברור שיש צורך למלא חובה זו דווקא על-ידי פגיעה בחירותם של אחרים, מה גם שהטענה שלפורנוגרפיה יש חלק מרכזי בנחיתותן של נשים היא בגדר השערה בלבד.

אמנם, העמדה הפרפקציוניסטית מחדדת את החשיבות של פעולות בחירה עצמאיות ומושכלות, ואת זכותה של המדינה לקדם עמדות הנראות לה, ולהימנע מקידומן של עמדות הנראות חשבות פחות. אם כך, הרי שגם אם המדינה אינה צריכה לאסור פורנוגרפיה, אין אף עיקרון המחייב אותה להיות ניטרלית כלפי פורנוגרפיה. חובתה של המדינה להעניק מגוון אפשרויות לבחירה מניח כי בחירה זו היא הפעלת רצון, ולא חולשת הרצון. בכוחה של

המדינה, לפיכך, לנקוט אמצעים כדי להבטיח שצריכת פורנוגרפיה תיעשה באופן מודע ומושכל.

על בסיס זה יש מקום להשתמש במערכת החינוך ובערוצי תקשורת ציבוריים, כדי להעביר לציבור מידע על השלכות השליליות של צריכת פורנוגרפיה, ככל שהשלכות כאלו ישנן. בנוסף, יש מקום להגביל את נגישותם של ילדים לחומרים פורנוגרפיים, מתוך הכרה באופיו המפתה של הגירוי המיני העלול לשלול מן הבחירה את אופייה העצמאי. ברוח דומה, ניתן ליצור הסדרים אשר יחייבו את המעוניינים לצרוך חומרים פורנוגרפיים לעבור תהליך של חשיבה והחלטה. נקדים את המאוחר ונציין כדוגמה דרישה של אקט רצוני כתנאי לצפייה בסרט פורנוגרפי בערוץ טלוויזיוני,¹⁷⁸ או לחלופין – אכיפת הסדרי הגבלת גיל באופן העלול לאיים על יכולת הצרכן להיות רצוני.¹⁷⁹ ברוח דומה, ניתן אף להציע התערבות של המדינה על-ידי מיסוי מוצרים פורנוגרפיים.

פסק הדין בעניין Butler: ממסרנות לליברליזם ולפמיניזם, ובחזרה

לסיכום דיוננו, נבחן את אחד מפסקי הדין החשובים אשר נכתבו בנוגע לסוגיית הפורנוגרפיה בעשור האחרון, הלא הוא פסק הדין הקנדי R. v. Butler, שכבר הזכרנו לעיל.¹⁸⁰ בחינה זו עשויה לעזור לנו לחדד את האבחנות בין העמדות השונות, כמו גם את הקשרים ביניהן.

כפי שאמרנו, מקובל לדבר על פסק הדין בעניין בטלר כעל פסיקה שמשקפת ערכים פמיניסטיים. השופט סופינקה שם דגש רב על חשיבות השוויון וכבוד האישה, ולמעשה מגדיר את מושג התועבה הקלאסי, אשר נבנה על תפיסות פוריטניות אודות מין, ככרוך בימינו בתפיסות שוויוניות. ואולם, כמו שראינו, כבוד האדם ומעמדו השוויוני הם ערכים הקשורים בקשר הדוק גם עם העמדה הליברלית. זאת ועוד: פסק הדין סובב כולו סביב מושג הנזק לחברה, ובכך, לכאורה, מקבל על עצמו מערכת מושגים ליברלית, המגבילה את חירותו של הפרט בהינתן נזק בלבד. כיצד נסווג, אם כך, את פסק הדין האמור: האם יש לראות בו פסק דין הקרוב יותר לעמדה

178 כדוגמת ההסדר שהוחל לזמן קצר בחקיקה הישראלית ביחס לרישוי ערוצים פורנוגרפיים בכבלים ובלוויין, נושא שיידון בחלק השני.

179 למשל, ככל האמור בכניסה לאתרי אינטרנט פורנוגרפיים, שיידון בחלק השני.

180 הערה 41 וסביבה.

הפמיניסטית, או שמא לעמדה הליברלית-שוויונית (בקרבה לאגף הפרפקציוניסטי)?

נראה כי לא בכה ולא בכה, אלא בא הכתוב השלישי ומכריע ביניהם. פסק הדין משקף למעשה עמדה מוסרנית, השואפת לאכוף את המוסר הנוהג בחברה בזמן נתון. ברוח זו קובע השופט סופינקה כי פורנוגרפיה אינה נחשבת ל"ניצול לא נאות של מין" משום שהיא משפילה נשים, אלא משום שהשפלת נשים מנוגדת לסטנדרט הקהילתי של סובלנות.¹⁸¹ חשוב להבחין כי בניגוד לעמדה ליברלית פרפקציוניסטית, שהייתה עשויה לומר כי יש להגביל פורנוגרפיה כיוון שכבוד ושוויון הם טובים, טוענת הגישה המוסרנית המשתקפת בפסק דין זה, כי יש להגביל פורנוגרפיה **משום שהחברה חושבת** שכבוד ושוויון הם טובים.

גם שימוש של פסק הדין במושג הנזק אינו מתיישב עם תפיסה ליברלית. השופט סופינקה מדבר על נזק הנגרם משינוי בתפיסות החברה, ומפגיעה באינטרס הציבורי בחברה מהוגנת (עמ' 475 לפסק הדין), ואף בהשחתת מוסרית (477). אולם שימוש מרחיב זה, אשר אכן מאפיין גישה שמרנית-מוסרנית,¹⁸² מרוקן את מושג הנזק מכל תוכן. עקרון הנזק כעיקרון מגביל התערבות הוא בעל מובן רק כל עוד היקפו של מושג הנזק מצומצם. כאשר המושג מקיף גם נזק לתחושת הכבוד העצמי, למרקם החיים הקהילתי, וכו', אין כל טעם להשתמש בו. מושג הנזק צריך להתפרש כמותיר מחוצה לו מקרים רבים שבהם היינו רוצים להתערב אך אנו מנועים מלעשות כן מכוח עקרון הנזק. פגיעה במוסר הקהילתי היא דוגמה קלאסית לכך.

אם כן, פסק הדין המתחזה כמשקף עקרונות ליברליים מסתמך למעשה על עקרונות של מוסרנות פמיניסטית – הישענות על התפיסות המקובלות בחברה, אשר במקרה זה נושאות אופי פמיניסטי, או ליברלי שוויוני. באותו אופן, מסתתר פסק הדין מאחורי טרמינולוגיה ליברלית באופייה, תוך דרישת נזק, ואף אפיון קשר סיבתי הכרחי בין דבר התועבה לבין נזק זה. עלינו לבחון בזהירות ניסיונות כאלו, המתבססים על ערפול מושא הנזק ועל פנייה אל הציבור – תופעה שאף הפסיקה הישראלית אינה נקייה ממנה.¹⁸³

181 עניין Butler, בעיקר עמ' 470-471 (לעניין היחס בין מבחן ההשפלה למבחן הסטנדרט הקהילתי). לביקורת ברוח דומה, ראו Green, לעיל, עמ' 4.

182 ראו למשל Devlin, לעיל.

183 כך קבע, למשל, נשיא בית המשפט העליון, אהרון ברק: "בסרט פורנוגרפי עשויה להתקיים וודאות קרובה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה בשלום הציבור" (בג"ץ 94/4804 חברת סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד (נ5), עמ' 678). השימוש

ואכן, דברינו אלו מכוונים לא רק להלכה, אלא גם למעשה. הניסיון הקנדי המעשי מעלה חששות כבדים לגבי יישומם של קריטריונים הפונים לתחושות הרוב בחברה. בעקבות פסק הדין בעניין בטלר התעודדה האכיפה הקנדית של עברת פרסומי התועבה מפסק הדין שהכריז עליה כחוקתית, אולם התמקדה באכיפת העברה כנגד פרסומים הומוסקסואליים, אשר כפי שראינו אינם עומדים בראש הפירמידה של יצירת האפליה נגד נשים.¹⁸⁴ הסטנדרט המפנה לתפיסה קהילתית לגבי מה שנחשב 'משפיל' גרם להטלת איסור ייבוא של כמעט כל חומר הומוסקסואלי, לרבות ספרות בעלת ערך או פרסומים אחרים שהותרו כאשר הוזמנו על-ידי חנויות 'הטרסקסואליות'.¹⁸⁵ זאת ועוד, שופטים נטו לזהות השפלה ודה-הומניזציה כאשר מדובר היה בפרסומים הומוסקסואליים אשר ייצגו "רק מין, ללא שום מערכת יחסים אנושית משמעותית".¹⁸⁶ הנה כי כן, הפנייה לסטנדרטים הקהילתיים היוותה חזרה לעקרונות פעולה שמרניים ופוריטניים, אשר הקשר בינם לבין המושגים הליברליים או אף הפמיניסטיים של כבוד, אוטונומיה או שוויון – קלושים ביותר.

במושג 'שלום הציבורי' בהקשר זה הוא בעייתי ועמום. שלום הציבור אינו שלום נפשו או עמדותיו של הציבור, ופגיעה "קשה, רצינית וחמורה" בו אינה צפויה בעקבות צפייה בפורנוגרפיה. דומה כי מאחורי ביטוי זה עומדים רגשות הציבור והפגיעה בטעם הטוב, ומעל הכל – במוסר החברתי. דברים ברוח זו אמר השופט חשין באותו פסק דין (בעמ' 696): "מה טעם מבקשות שיטות המשפט – שלא בהצלחה יתרה – לאסור על הפצתו של חומר פורנוגרפי? אומרים לנו, למשל, כי סרט פורנוגרפי יפגע ב"סדר הציבורי", ואלם ברור שאין הכוונה לחשש כי הצגתו של סרט פורנוגרפי תביא לפריעת פרעות בקהילה. כוונת הדברים היא, בעיקרם, לפגיעה ב"מוסר החברתי" שהוא אחד מראשיו של הסדר הציבורי...".

184 לסקירה ראו כתב הטענות, הערה 48 לעיל, פסקה 33 ואילך.

185 כדוגמאות קיצוניות ניתן להצביע על עיכובו במכס של הספר **The Lesbian and Gay Studies Reader**, שיצא בהוצאת Routledge (1), והוא ספר אקדמי לכל דבר. דוגמה נוספת היא הוראה רשמית של פקידי המכס לאסור כניסה על כל פרסום שיש בו חדירה אנאלית, משום שהיא 'משפילה'. למותר לציין שתוצאתה של הוראה זו היא אפליה קשה נגד הומוסקסואלים, אשר מנקודת מבטם אין כל דבר משפיל בפעולה זו או בייצוגה.

186 **Glad Day Bookshop v. Canada (D.M.N.R)**, [1992] O.J no. 1466 (Gen. Div.). (השופט Hayes).

סיכום ומסקנות

בדיקה קפדנית של ההתנגדויות השונות לפורנוגרפיה, הובילה אותנו למסקנה כי תחום הפורנוגרפיה אינו תחום אחיד. ראשית, חלק מן הביקורות אינן חלות כלל על חלקים מן התחום המכונה פורנוגרפיה. כך למשל, ביקורות מוסרניות המתמקדות במוסר הציבורי הנוהג ובפגיעה ברגשות, אינן חלות על שדה רחב מאוד של ייצוגים פורנוגרפיים, שאינם מציגים דבר המנוגד למוסר הציבורי. דומה כי הצגתם של יחסי מין, אף באופן גלוי ומפורש, אינו פוגע עמוקות ברוב האוכלוסייה, ואינו גורר תגובות של רתיעה וגועל כבעבר. ייתכן שעיקרה של ביקורת זו נותר לחול אך ורק על מה שמכונה 'סטיות מיניות', ובתוכן פדופיליה, זואופיליה, וכד'.

בהקשר הפמיניסטי, יש מקום להבחין בין פורנוגרפיה הכוללת אלימות או התאכזרות כלפי נשים, פורנוגרפיה שיש בה השפלה או דה-הומניזציה של נשים, ופורנוגרפיה שאין בה אף אחד מאלו. דומה כי עיקרו של הטיעון הפמיניסטי אינו חל כלל על פורנוגרפיה מן הסוג השלישי, וחל באופן מוגבל בלבד על הסוג השני (לאור קשיי הזיהוי).

עיון בביקורות עצמן הביא אותנו לפקפק ברבות מן הטענות השמרניות, ואף לתהות על מקומו של המוסר החברתי במסגרת חקיקה במדינה דמוקרטית. גם באשר לביקורת הפמיניסטית ראינו כי חלק מן הטענות מעורפלות וקשות ליישום, ואילו חלק אחר אינו מאושש על-ידי הניסיון. ראינו כי גם במישור העיוני וגם במישור המעשי, כסות פמיניסטית מתקדמת עשויה להוות מסווה לעמדות מוסרניות השואפות לשמר פרקטיקות של פיקוח חברתי על מין ומיניות. אף אם הביקורת הפמיניסטית עצמה אינה נובעת מעמדות פוריטניות (אם כי ייתכן שהיא קשורה בעמדות מוסרניות-רומנטיות, כפי שטענו מתנגדיה), הרי שהכלים שהיא מציעה עלולים לשמש בידי הרוב המוסרני (אשר כוחו רב בקרב מנגנוני האכיפה) כנגד מיעוטים מיניים מסוגים שונים. ישנו חשש כי חוסר הבהירות של סטנדרטים מסוג 'השפלה' או 'דה-הומניזציה' עלול לשמש מנגנון להגבלת הפורנוגרפיה של קבוצות מיעוט, אשר דווקא הן אמורות לזכות להגנה רבה יותר.¹⁸⁷

187 בקשר לכך ניתן לטעון גם כי מלחמה בפורנוגרפיה חריגה מציגה את אי-השוויון כבעיה של סוטים, כאשר למעשה הבעיה היא במרכז. הטלת איסור כזה, משמעותו נרמול האפליה של ה-main stream. דיון זה חורג אמנם מגבולות נייר עמדה זה.

אם כן, אל קו הגמר הגיעו הגישות המתנגדות כשהן קצוצות כנף. מאידך גיסא, גם רעיון חופש הביטוי, שהוצג כתמיכה לחירות הביטוי הפורנוגרפי, אינו חל במלואו על סוגיה זו, עובדה המשליכה על משקל ההגנה שראוי להעניק לסוג זה של ביטוי. ראינו כי גם עמדות ליברליות מכירות בתקפותן של ביקורות והתנגדויות מסוימות, ויכולות להוביל להגבלה של חופש הביטוי הפורנוגרפי בהקשרים שונים. ואכן, שונותה של התופעה ושונותם של ההקשרים שבהם יש מקום לדון בהגבלתה, היא נקודת המפתח של מסקנותינו. נפתח ראשית בהיבטים אשר אינם קשורים לסוגיית חופש הביטוי – שאלת ההגנה על משתפי התעשייה. תוך שימת לב לאופייה של תעשיית הפורנוגרפיה, הקשורה בניצול ובמצוקה של המשתתפים בה, הגענו למסקנה שיש לנקוט פעולות להגנה על משתתפים אלו. למותר לציין כי כאשר מתבצעות עברות ישירות, כגון תקיפה, אינוס, חטיפה או כליאת שווא, הרי שיש מקום לפעול לפיהן. אולם לדעתנו אין בכך די: לאור הקרבה בין תעשייה זו לבין תופעת הזנות, יש מקום לשקול להרחיב את עברות הסרסרות וההבאה למעשה של זנות או לעיסוק בזנות, כך שיקיפו, במקרים הראויים, את מפיקי הפורנוגרפיה המנצלים את עובדותיהן. תופעת ניצולם של קטינים בתעשייה זו אך מחריפה את הצורך בנקיטת פעולה כזו.

ככל האמור בביטויים פורנוגרפיים אשר מציגים עברות של ממש, כגון אינוס, אלימות, או פורנוגרפיית ילדים, מסקנתנו היא כי לצד הטיפול הישיר בעבריינות זו יש מקום להתמודד אתה גם באופן עקיף, על-ידי פגיעה בענף המסחרי שעליו היא שוכנת. לאור כך, הגענו למסקנה כי יש מקום לאסור לא רק את הייצור, אלא אף את ההפצה והמכירה של ביטויים כאלו. במקרים קיצוניים במיוחד (כגון עברות נגד קטינים) יש מקום לשקול אף הטלת איסור על עצם החזקתם של חומרים מסוג זה. לדעתנו, הטלת איסור על פרסומים המציגים עברות של ממש עשויה לחסום אף את רוב הביטויים אשר מתקבל על הדעת כי תרומתם לעידוד עבריינות מין (נגד נשים או ילדים) משמעותית. הותרנו פתוחה, להכרעת הקוראים, את שאלת הצורך בהרחבת ההגבלה הכללית כך שתקיף את כל הביטויים המציגים אלימות או אונס, אף אם מדובר במשחק, הדמיה או ציור, על שום החשש כי יש בביטויים כדי לתרום להתפשטותן של התנהגויות אלו בקרב הצרכנים.

מישור נוסף שמצאנו בו מקום להטיל הגבלה על הביטוי הפורנוגרפי, הוא מישור הפגיעה ברגשות. מכיוון זה, כאמור, נובעת הגבלה אך ורק כאשר הקהל הנפגע נחשב ל"שבוי", קרי: אינו יכול, באופן סביר, להימנע מחשיפה. בקביעת הסטנדרט יש להתחשב באיזון בין פוטנציאל החשיפה לבין עצמת

הפגיעה. בעוד שברחובה של עיר, במיקום פומבי ומרכזי, יש מקום להגביל אף ביטויים הפוגעים רק בחלק מן האוכלוסייה (ולענייננו – כל ייצוג מיני מפורש), הרי שבמקומות צדדיים יותר תותר הצגתם של פרסומים כאלו, ותוגבל רק הצגתם של פרסומים אשר חורגים באופן בוטה מן המקובל.¹⁸⁸ באופן דומה ייגזר גם גורלם של ביטויים בתחום הציבורי למחצה, כגון ערוצי מדיה ציבוריים, וכד'.

מישור שלישי וחשוב שמצאנו בו מקום להתערבות, הוא הגבלת חשיפתם של ילדים לביטויים פורנוגרפיים. כמי שאישיותם טרם עוצבה עד תום, זכאים ילדים לחופש בחירה פחות, וחשופים להתערבות רבה יותר בבחירותיהם, ולאינטרס חזק יותר בהגנה עליהם, גם מנקודת מבט ליברלית. ממילא נפתח פתח רחב יותר לטענות המתנגדים השונות. מן הכיוון המוסרני דומה כי ישנו מקום להגן על חינוכם של ילדים (או למצער: על זכותם של הוריהם לחנכם כרצונם),¹⁸⁹ ולשלול מילדים את החשיפה לביטויים המנוגדים למוסר החברתי, או לכאלו העשויים לגרור דרדור ערכי לפי תפיסות מחנכיהם. מן הכיוון הפמיניסטי עולה חשיבות רבה במניעת חשיפתם של ילדים לפרסומים הכוללים מרכיבים המבזים נשים, באופן העלול להשפיע משמעותית על עיצוב עמדותיהם והתנהגותם. משני הכיוונים גם יחד עולה הצורך בהענקת חינוך מיני הולם, דבר שאינו עולה בקנה אחד עם חשיפה לחומרים פורנוגרפיים ולתוכנם. יש מקום לפיכך להטיל מגבלה על הפצתם של חומרים פורנוגרפיים באופן שימנע מהם להגיע לידי קטינים, או למצער – להגיע לידיהם ללא ידיעת הוריהם או הממונה עליהם.

הגדרתם המדויקת של הפרסום האסור ושל היקף המגבלה, צריכים להיעשות, אם כן, באופן תכליתי – לפי אופיו של האיסור והערך המוגן על-ידו. באשר להגבלה על חשיפת ילדים, המגבלה מגנה על חינוכם של קטינים, ובאופן נגזר – על דמות החברה ועל השוויון בתחום היחסים בין המינים. ערכים אלו, העשויים למצוא מקום בהגבלת חירותם של קטינים, אינם מספקים, לדעתנו, בסיס להגבלת חירותם של מבוגרים, הנתפסים כזכאים וכבני-חורין לקבל החלטות ערכיות כרצונם. אולם ככל האמור בילדים, הרי שמיקומם של ערכים חשובים אלו לא נפקד.

188 בין פרסומים כאלו ניתן למנות מין סאדו-מאזוכיסטי, נקרופיליה, זואופיליה, ועוד.

189 השאלה מי זכאי לקבוע את חינוכם של קטינים שוכנת, כמובן, מחוץ לגבולות עבודה

הגבלתם של פרסומים בתחום הציבורי נשענת על האינטרס המוגן של אדם להימנע מפגיעה ברגשותיו. ממילא, יישען הסטנדרט על התפיסות הנתונות בחברה לגבי מה שעלול להיחשב כפוגע, בעצמה ממשית, ברגשות אדם הנאלץ להיחשף לפרסום כזה בניגוד לרצונו. כאמור, לדעתנו יש לקבוע סטנדרט גמיש, שיישמו יאוזן וישוקלל עם פוטנציאל החשיפה של הפרסום. ככל שענייננו בחברה רב-תרבותית, ישנו מקום לשקול גם מרכיב זה בקביעתו או ביישמו של הסטנדרט.

באשר לאיסור כללי, לדעתנו אין בטענותיהם של השמרנים מן העבר האחד, והביקורת הפמיניסטית מן העבר השני, כדי להטיל מגבלה על חירותו של אדם להפיץ ולצרוך פרסומים פורנוגרפיים, כל עוד מדובר בבוגרים מודעים ומסכימים. אולם מעבר לחריג זה, לאדם אין אינטרס מוגן בדעותיו ובעמדותיו של זולתו. כך הוא לגבי שאיפותיו של השמרן-מוסרן בדמותה של החברה, וכך הוא גם לגבי שאיפותיהן של פמיניסטיות בדבר עמדותיהם של הגברים אשר סביבן. ניתן בהחלט להשתמש בחוק לשם מניעת פעולות ומעשים אשר פוגעים בנשים, למן אפליה בתעסוקה ועד להטרדה מינית ובוודאי אונס, אולם אין מקום להשתמש בכוח הכפייה של החוק להכווין את מחשבותיו של אדם ולהנחיל לו את העמדות אשר נתפסות בעיני השלטון כנכונות או צודקות. מסקנה זו נובעת מכיבוד האוטונומיה של הפרט להחליט בעצמו ולעצמו אודות עולמו וערכיו, ונגזרת מן ההכרה במעמדו השוויוני והריבוני במדינה דמוקרטית.

אמנם, מכאן לא נגזר כי אל לה למדינה להחזיק בשום עמדה לגבי מה ראוי ומה אינו ראוי. המדינה רשאית להשתמש בחינוך ובהסברה כדי לשרש עמדות פסולות ובעייתיות. כפי שראינו, המדינה אינה מחויבת לניטרליות בין אפשרויות בחירה שונות, ורשאית לעודד אחת על חשבון השנייה, מתוך תפיסת הטוב של אזרחיה. אולם אין בכוחן של תפיסות אלו כדי להוביל להפעלת כוח הכפייה של המשפט הפלילי לדיכוי עמדות ותפיסות. כעת, משהבהרנו את עמדתנו באשר להגבלות הראויות על הביטוי הפורנוגרפי, ובאשר לערכים הראויים להגנה על-ידי הגבלות אלה, נפנה אל השער השני ונבחן מה ניתן ומה ראוי לעשות בפועל.

שער שני
מהלכה למעשה

מבוא

את החלק הקודם הקדשנו לדיון עיוני בטעמים שבינים מוצדק להטיל מגבלות על הפצה או על צריכה של פרסומים פורנוגרפיים. תכליתו של השער השני היא לפרוט מסקנות אלו לפרטים, ולגזור מהם קווי יסוד לפעולה ממשית בעולם המשפט. חלק זה יעסוק, אם כך, בהצעה לתיקון ההסדרים הנוגעים להגבלות על פרסומים פורנוגרפיים, באופן שיתיישב עם העמדות והמסקנות שהגענו אליהן בשער הראשון, עם תפקידם של ענפי הדין השונים (ובפרט: דיני העונשין), ועם תפיסות השלטון ההולמות מדינה דמוקרטית ומתוקנת. נפתח בדיון טכני על הגבלת הביטוי הפורנוגרפי ברשת האינטרנט. טענה נפוצה היא כי גיחתה של רשת האינטרנט לאוויר העולם רוקנה מתוכן כל אפשרות של הגבלה על חופש הביטוי, לאור נתוני הייחודיים של הרשת. אם כך הוא הדבר, הרי שאכן אין כל טעם בשער השני כולו. לפיכך, נקדיש לשאלה זו דיון קצר, תוך ניסיון לעמוד על הבעיות והקשיים, כמו גם על הדרכים המסתמנות לפתרון.

בהמשך, נעבור לסקירה ביקורתית של המצב המשפטי הנוהג בישראל, כפי שהוא משתקף במקורות החקיקה והפסיקה הישראליים, כמו גם בנהגי האכיפה (או היעדר האכיפה) של ההסדרים השונים. את הסקירה נסכם בהצבעה על הפגמים והליקויים בהסדר הקיים, אשר בגינם יש מקום, לדעתנו, לשנות את הדין ולתקן אותו.

לצורך השוואה והשראה נפנה אל שיטות משפט אחרות בעולם המערבי, ונבחן את ההסדרים הנוהגים בהן. אין הכוונה במסגרת זו לערוך מחקר מקיף וממצה אודות ההסדרים בכל המדינות השונות. כל שברצוננו הוא לבחון מספר הסדרים אשר יסייעו לנו בהערכת הדין המצוי, ובשרטוט קווי מתאר בדבר הדין הרצוי.

לאחר שנסקור את המצב בישראל, ונציף גם אל מעבר לים, נעבור לסיכום מסקנותינו, תוך פירוט הפעולות הנדרשות לתיקון ולהשלמת הליקויים והחוסרים במצב המשפטי הנוכחי, באופן שיהלום מדיניות ראויה ויעילה כאחד. ננספח לדברינו צירפנו הצעת נוסח למספר תיקוני חקיקה הנדרשים לדעתנו, אם כי אין הם ממצים את מכלול מסקנותיה של עבודה זו.

בניגוד למבוא לשער הראשון, שבו התאמצנו למקד את הדיון ולתחום בין פורנוגרפיה לבין מה שאינו פורנוגרפיה, השער השני מתאפיין בהרחבת היריעה. תחום ההסדרים החוקיים משיק פעמים רבות בין הסדרת פורנוגרפיה של ממש, לבין הגבלה על ביטויים מיניים אשר אינם נחשבים לפורנוגרפיה

(אלא לארוטיקה למשל), בעיקר בכל הנוגע להגבלות על ילדים או על ביטויים פומביים. הסדרים אלו מעניקים פרספקטיבה רחבה התורמת לדיון בפורנוגרפיה עצמה, ואף קרובים לתחום זה מבחינת המתחים והערכים שבמסגרתם הם פועלים. לפיכך, ניגע בקצרה גם בסוגיות של הגבלות רחבות יותר, בתחום השידור הציבורי, פרסום החוצות, ועוד, אולם נושאו המרכזי של נייר עמדה זה היה ועודנו האיסור הפלילי המגביל ביטויים פורנוגרפיים, ומרכזיות זו תשתקף במשקל השונה שיינתן לתחומים השונים, מבחינת היקף הדיון והמחקר המשווה.

מה ניתן בכלל לעשות? על הגבלת פורנוגרפיה בעידן האינטרנט

פורנוגרפיה ואינטרנט: רקע וקשיים

אל הסוגיה הסבוכה של הגבלה על פורנוגרפיה נתווסף קושי חדש בעשור האחרון – הפצת פרסומים פורנוגרפיים באמצעות רשת האינטרנט. רשת האינטרנט הפכה לאמצעי מרכזי בהפצה ובמסחר בחומרים פורנוגרפיים. עובדה זו מעוררת קשיים רבים, הן בתחום הרחבת תחומה ותפוצתה של תופעת הפורנוגרפיה, והן בתחום הערמת קשיים בפני ניסיונות חקיקה ואכיפה.¹⁹⁰

מן ההיבט הראשון, ההפצה דרך האינטרנט תורמת להגדלת החשיפה והצריכה של פורנוגרפיה. הזמינות הרבה של חומרים פורנוגרפיים, יחד עם היכולת לצרוך אותם באופן אנונימי ובהשקעה כספית זעומה (אם לא אפסית), הרחיבה את החשיפה לפורנוגרפיה בקרב הציבור. האתרים הפורנוגרפיים פורחים ומשגשגים: אומדנים שנערכו הראו כי כמות המבקרים הממוצעת ליום באתר פורנוגרפי גדולה פי עשרה מכמות המבקרים הממוצעת באתרים אחרים, וכי האתרים הפורנוגרפיים מרכזים בתוכם למעלה מ-10% מהיקף הפעילות המסחרית ברשת.¹⁹¹ לאחרונה אף התגלה כי חלק ממשתמשי הרשת מפתחים נטייה התמכרותית לחיפוש חומרים פורנוגרפיים. בהקשר זה נטען גם כי היסוד של שליטה ודומיננטיות, שמקושר תכופות לפשע מיני, מעודד על-ידי פורנוגרפיה במחשב, אשר בשל טבעו האינטראקטיבי הייחודי מאפשר ליחידים להפעיל שליטה ישירה על המתרחש.¹⁹²

מאפיינים אלו, שתורמים להיותה של רשת האינטרנט מקום מושלם

190 Y. Akdeniz, "Governing Pornography and Child: ראו: Pornography on the Internet: The UK Approach", **U. West. L.A. Law Rev.** 32 (1995), p. 247.

191 M. Rimm, "Marketing Pornography on the Information Superhighway: A Survey of 917,410 Images, Descriptions, Short Stories and Animations Downloaded 8.5 Million Times by Consumers in Over 2000 Cities in Forty Countries, Provinces, and Territories", **Georgetown L. J.**, 83 (1995), pp. 1849-1925.

192 C. Manchester, "Computer Pornography", **Criminal Law Review** 192 (1995), pp. 546, 547.

להתבטאות חופשית, מאפשרים גם חשיפה של ילדים לפורנוגרפיה. עמד על כך בית המשפט האמריקני בפסק דין אשר עסק בניסיון להגן על ילדים מפני פורנוגרפיה באינטרנט:¹⁹³

...But with freedom come consequences. Many of the same characteristics which make cyberspace ideal for First Amendment expression — ease of participation and diversity of content and speakers — make a potentially harmful media for children. A child with minimal knowledge of a computer, the ability to operate a browser, and the skill to type a few simple words may be able to access sexual images and content over the World Wide Web. For example, typing the word “dollhouse” or “toys” into a typical Web search engine will produce a page of links, some of which connect to what would be considered by many to be pornographic Web sites.

בעיה נוספת מעוררת רשת האינטרנט בתחום החקיקה והאכיפה. רשת האינטרנט צמחה ללא מערכת שליטה מרכזית, אלא על-ידי המשתמשים עצמם. ממילא, אין היא כפופה לגוף מסדיר, הקובע מדיניות בדבר המותר והאסור. כמו כן, הפעילות ברשת אינה נעשית במקום מוגדר: אתר פורנוגרפי נגיש מכל פינה בעולם, וניתן למקם אותו בכל פינה בעולם. מבנה זה מאפשר למפיץ להיותר אנונימי, ואף מעורר בעיות בתחום סמכות שיפוט ואכיפה אפקטיבית.¹⁹⁴

אף הכמות העצומה של מקורות פורנוגרפיים באינטרנט מכבידה על ההתמודדות עמה. במאמץ לא רב ניתן להקים אתר פורנוגרפי, כך שבכל יום צצים אתרים חדשים ונעלמים אתרים אחרים. כל אלו מעמידים בפני רשויות האכיפה בעיה של זיהוי כל המקורות והעומדים מאחוריהם. לכך יש להוסיף את חוסר האפקטיביות של תפיסה או חילוט של החומר האסור, אשר אינו אלא מידע ממוחשב.

193 שניתן בחודש פברואר 1999, *American Civil Liberties Union, et al. v. Reno.*, 98-5591

194 לעניין זה ראו: S. Selin, “Governing Cyberspace: The Need for an International Solution”, *Gon. L.R.* 32 (1997), p. 365.

הבעיה הראשונה שיש לפתור על מנת לאפשר אכיפת איסור על הפצת חומר פורנוגרפי באינטרנט היא השאלה היכן מתגבשת עברת ה'הפצה' (שעליה בדרך כלל מוטל האיסור בנוגע לחומר פורנוגרפי) ויוצרת זיקת תחולה של דין העונשין עליה. בעיה נוספת נוגעת להסדרים המתאימים העשויים להבטיח אכיפה וענישה של עבריינים מחד גיסא, וחסימה של פרסומים לא רצויים מאידך גיסא – הן בנוגע להגבלות מוחלטות והן בנוגע להגבלות יחסיות. יצוין כי דרך מרכזית להתמודדות עם בעיה זו היא בתחום שיתוף הפעולה הבין-לאומי. אכן, בתחומים רבים הקשורים להפצת פורנוגרפיה מתרחשת פעילות בין-לאומית ערה, הכוללת חקיקה בתחום המשפט הבין-לאומי יחד עם פעילות של ארגונים וולונטריים. אמנם, בעקבות הבדלי תרבות בין המדינות השונות יש גם הבדלים בין הסטנדרטים והנורמות. לכן המאמץ הבין-לאומי המשותף מתרכז בנושאים הנמצאים בקונסנזוס, כגון איסור על פורנוגרפיית ילדים, נושא שנקדיש לו דיון נפרד להלן. אולם באשר לנושאים אחרים מקשים הבדלים אלו על הגעה להסדרים מוסכמים, מה גם ששיתוף פעולה בין-לאומי הוא עניין האורך, מטבע הדברים, זמן רב. עלינו לנסות לפיכך לבחון שיטות אחרות אשר אינן נזקקות לשיתוף פעולה כזה.

שרשת הפרסום הפורנוגרפי: על ספקי שירות ושרתי סיפוק

מידע מועבר ברשת האינטרנט בשלוש דרכים: World Wide Web (WWW), pages, קבוצות דיון דרך רשת ה-Usenet, וחדרי שיחות קטנים – Internet Relay Chat (IRC). עיקר הנפח של הפעילות הפורנוגרפית מתבצע ב-Web¹⁹⁵, לכן נקדיש לה את עיקר דיוננו.

בתהליך הפצתו של חומר פורנוגרפי דרך רשת האינטרנט, ניתן להצביע על ארבעה שלבים. ראשון הוא ספק התוכן – יוצר האתר ומפעילו, אשר אחראי לבחירת התכנים ולהצגתם באופן שיוכלו להיקלט על-ידי בעלי האמצעים המתאימים. שני הוא ספק השירות 'המארח' (server/ host),

195 חריג לכלל זה הוא בתחום הסחר בפורנוגרפיית ילדים, המתנהל ברובו באמצעות הדואר האלקטרוני. אמנם בשל כך הוא חסר את המאפיינים הפומביים של הפורנוגרפיה ברשת – הגישה לחומר האסור אפשרית רק לאנשים ידועים מראש אשר יצרו קשר באופן אישי עם רשת המפיצים.

המחזיק בפלטפורמת חומרה המחזיקה את התכנה שהיא אתר האינטרנט, אולם אינו שותף לייצור ולהפקת החומר. ניתן לדמות אותו ללוח מודעות, המספק את המצע שעליו ניתן להלביש תכנים. השלישי הוא ספק הגישה, המהווה שער לרשת האינטרנט, שדרכו צריך לעבור כל מי שמעוניין להתחבר לרשת, והרביעי הוא הצרכן – הגולש – עצמו.

על מנת למנוע את פרסומו ואת הפצתו של ביטוי אסור – באופן מוחלט או חלקי – עלינו לנתק שרשרת זו באחת מארבע חוליותיה. נסקור בקצרה את האפשרויות השונות, תוך עמידה על היתרונות והחסרונות בכל אחת מן האפשרויות.

ספקי התוכן

המועמדים הטבעיים לפתוח בהם הם ספקי התוכן. לא זו בלבד שהם החוליה הראשונה בשרשרת, הם גם אלו האחראים באופן ישיר לפרסום האסור. ספקי התוכן קובעים את התכנים המופיעים באתר, ויכולים לקבוע הסדרי חסימה חלקית או סינון שימנעו מחומרים מסוימים להגיע לקטגוריות, למשל. אם כך, הסדרים שיטילו מגבלות על ספקי התוכן יהיו היעילים ביותר, ובמקרה של הסדר בעל אופי עונשי אף יתאימו את העונש לעבריון האמתי, לפי עקרון האשמה.

הבעיה בהסדר מסוג זה היא שהרשת מספקת לספקי התוכן יכולת להישאר, במידה רבה, עלומי שם וזהות. הדבר מקשה, מטבע הדברים, לנקוט אמצעים כלפי מפיצי חומרים פורנוגרפיים. אמנם, בעזרת הקצאת משאבים מתאימה ושיתוף פעולה בין-לאומי, ניתן לזהות גם את מי שמפעיל אמצעים להסתרת זהותו. אולם עדיין, נראה שחקיקה או אכיפה לקויה תמיד יאפשרו את הימצאותם של 'מקלטי-פורנו' נידחים. נושא זה מעלה ביתר שאת את בעיית סמכות השיפוט באינטרנט, והקושי לאתר מקום ספציפי בעולם הממשי שניתן לקשור אליו את הפעילות הווירטואלית.

בהקשר זה ניתן לשקול את הגדרת מקום ההפצה ככל מקום שבו המסר הפורנוגרפי **נקלט**, קרי, למעשה: כל מקום המחובר לרשת האינטרנט. פתרון ברוח זו, אשר זכה לכינוי 'ימדיניות היד הארוכה', התקבל במשפט האמריקני בהקשרים שונים הסובבים ברובם סביב אתרי הימורים, האסורים בחלק מן המדינות.¹⁹⁶ נדמה כי המוכנות לקבל פתרון זה עולה ככל שהאתר מציע

196 להרחבה, ראו: חיים רביה, "סמכות מקומית ובינלאומית באינטרנט", www.law.co.il.

שירותים אינטראקטיביים יותר, כגון ציט או הורדת חומרים, ולא רק צפייה פסיבית.¹⁹⁷ פתרון נוסף קיים בדמות הגדרת מקום ההפצה כמקום מושבו של יוצר האתר – האדם הממשי שמאחורי התוכן, גם אם מיקם את אתרו על שרת הנמצא מחוץ למדינה שבה הוא יושב. ברוח זו, אזרח אנגלי אשר מיקם את אתרו על שרת אמריקני, הורשע בעברה לפי הדין האנגלי.¹⁹⁸ באופן דומה, ניתן להגיע להישגים חלקיים על-ידי הטלת חובה על אתרים השוכנים מחוץ לארץ לחסום כניסה של גולשים ישראלים לאתריהם, בטכנולוגיה המכונה "Geolocation". דרך זו נקטו בתי משפט במקרים שונים, שבהם חלו סטנדרטים שונים במקומות שונים.¹⁹⁹ אולם גם בהינתן הסדרים כאלו, אכיפה יעילה כרוכה בהוצאות רבות ובשיתוף פעולה בין-לאומי, אשר לא תמיד קלים להשגה.

אמנם, פנייה לספקי התוכן היא היעילה ביותר ככל האמור לאכיפתן של הגבלות יחסיות, כמו הסדרי חסימה וסינון של קטינים. בכוחו של האתר לסמן או לתייג את עצמו באופן שיווה על-ידי תכנות חסימה לקטינים (ראו להלן), או להתקין אמצעים לווידוא גיל המשתמש, דרך דרישת כרטיס אשראי, קוד זיהוי מאשר, וכד'. אפילו באכיפה מקומית בלבד של הסדרים מסוג זה על ספקי תוכן הפועלים בישראל, ניתן יהיה לחסום חלק ניכר מן האתרים הישראליים, אשר מטבע הדברים נגישים לקטינים יותר מאתרים אחרים (מטעמי שפה, למשל).²⁰⁰

197 כפי שנקבע, בעניין אזרחי אמנם, בפסק הדין בעניין זיפו: **Zippo Manufacturing**

Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp. 1119 (W.D.Pa. 1997)

198 **R v. Graham Waddon** – אזרח אנגלי מיקם את אתר הפורנו שלו על גבי שרת אמריקני ולמרות זאת הורשע בהפרת החוק האנגלי האוסר על פרסומי תועבה. מצוטט אצל חיים רביה, "פורנוגרפיה, גיאוגרפיה ומיסורי", www.law.co.il.

199 ראו למשל: **State of Missouri v. Interactive Gaming and**

Communications Corp., (CV97-7808 Cir. Court, Jackson Co., Missouri,

May 22, 1997), וכן פסק הדין (הצרפתי) המפורסם בעניין! yahoo – להלן.

200 אפשרויות דומות אחרות הן הטלת חובה על חסימת האתר מפני גולש המזוהה כקטיין (כאשר בד בבד יש לקבוע כי קטינים יגלשו בחשבון ייחודי, כך שיווהו ככאלו), או חסימת תכנים באתר בפני גולשים מארץ מסוימת. הסדר כזה הוצע לאחרונה, כאמור, במסגרת פרשת yahoo!. בעניין זה, נתבעה חברת "יאהו!" בבית משפט צרפתי, על שמכרה באתר כרזות נאציות – התנהגות האסורה בצרפת אך מותרת בארה"ב למשל. בין הפתרונות השונים הוצע שימוש בתכנות המאתרות את מיקומו של הגולש (תכנות הזמינות היום), והטלת חובה על מפעילי "יאהו!" (היושבים בארה"ב) לחסום את גישתם של גולשים צרפתיים לאתר המדובר. יוער אמנם כי ההתדיינות כולה הייתה סרת טעם לולי הייתה ליאהו! חברת בת צרפתית שמולה ניתן היה לאכוף את הפסיקה.

ניסיון דומה נעשה בארצות-הברית במסגרת חקיקה שנועדה להגביל את חשיפתם של ילדים לפורנוגרפיה ברשת (נושא שעוד נשוב אליו בהמשך). בשנת 1996 נחקק ה-Communications Decency Act of 1996, שלפיו שימוש בשירותי מחשב להצגת חומר מיני מפורש שפוגע בבירור בסטנדרטים קהילתיים, באופן שנגיש לקטינים, הוא עברה פלילית. ארגוני זכויות אדם שונים עתרו נגד חוקתיות החוק.²⁰¹ לענייננו, נתמקד בטענות הקשורות להסדרת רשת האינטרנט.

בית המשפט העליון פסל את הסעיפים האוסרים על העברה ביוזעין של חומר מגונה לקטינים, תוך קביעה כי האיסור בצורתו הנוכחית מגביל גם מבוגרים באופן מוגזם. הוא עמד על מאפייניה של רשת האינטרנט כאמצעי שדומה יותר לעיתונות, ולא לטלוויזיה או לרדיו, שבהם מוטלות מגבלות רבות יותר על חופש הביטוי. בניגוד לשידורים לציבור, המגיעים לביתם של הצופים בלי שתהיה להם שליטה על תוכנם, המידע באינטרנט פולשני פחות, משום שעל המשתמש 'למשוך' אותו תוך הגדרת החיפוש הרצוי. גם במקרה של חשיפה לא רצונית ניתן בקלות להימנע מצפייה על-ידי בחירה באתר אחר. אם כך, יש להגן על חופש הביטוי באינטרנט, ולשמור על יכולתם של מבוגרים לצרוך פרסומים המותרים להם.

בית המשפט קבע כי אמצעי הסינון אשר שימוש בהם נחשב להגנה לפי החוק, חלים על ה-WWW בלבד, ולא על קבוצות דיון, דואר אלקטרוני או ציטים. כתוצאה מכך, החוק דורש מספקי התוכן להימנע מהעברת כל מידע בעל אופי מיני בשלושת האמצעים הללו, שכן ספקי התוכן אינם יכולים למנוע את האפשרות שקטינים ייחשפו לחומר כזה. בית המשפט קבע עוד, כי אמצעי הסינון יקרים, והטלתם על בעלי אתרים לא מסחריים היא נטל כלכלי כבד אשר יפגע בפעילותם. גם ההגנה המוענקת למי שפעל בתום לב לפי מרב האמצעים האפקטיביים הזמינים לו אינה מספקת, שכן מקומה כטענת הגנה הוא במהלך הדיון – אחרי אישום, כך שיש באיסור אפקט מקפיא אשר ירתיע ספקי תוכן יתר על המידה, ויפגע ביכולתם של מבוגרים לצרוך חומרים אלו. אם כך, חלק משמעותי מספקי התוכן לא יוכלו לספק פורנוגרפיה בלי לחשוש מאישום מצד החוק. לפיכך, סעיפים אלו נפסלו.

בעקבות פסילת הסעיפים נחקק חוק חדש, שתחולתו צרה יותר: Child Online Protection Act of 1998. החוק אוסר על הפצת חומר תועבה

201 ראו: *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997); *Shea v. Reno*, 930 F. Supp. 916 (S.D.N.Y. 1996)

העלול להזיק לילדים רק בתחומי ה-Web (ולא באינטרנט כולו), ורק כאשר ההפצה היא לצורך מסחרי. האיסור חל רק על גופים או אנשים אשר זהו עיסוקם, ואשר משקיעים בכך זמן, כסף או עבודה במהלך חייהם או עסקיהם הרגילים, ובמטרה להשיג רווח. באופן דומה הוצרו גם הגדרות החומר האסור לפרסום. החוק מעניק הגנה מתביעה למפרסם שנוקט אמצעים שמגבילים גישת קטינים לחומר על-ידי דרישת מספר כרטיס אשראי, תעודת זהות או קוד כלשהו, או כל אמצעי טכנולוגי סביר הידוע וזמין באותה עת. למרות כל המאמצים, הועמד גם חוק זה לבחינה חוקתית, בעתירה שהוגשה באפריל 2001 ונדונה לאחרונה.²⁰² עתירה זו טרם הוכרעה.

ספקי השירות

המועמד הבא אשר ניתן לקחת בחשבון הוא ספק שירותי האחסון או האירוח. ספק השירות אמנם אינו אחראי לתוכן המופץ, אינו יוצר אותו, ואף אינו חייב להיות מודע לו, אולם בידי שליטה מוחלטת על האתרים המתארחים אצלו. בכוחו לסרב לשאת אתרים מסוימים או להוריד אתרים קיימים. יש לזכור גם כי ספק השירות מפיץ (על-פי רוב) רווחים מן האתרים המתארחים אצלו, מה שמעניק לו מרכיב מסוים של מעורבות. ניתן לדמות, לפיכך, את ספק השירות המעניק מחסה לאתר פורנוגרפי אסור, למחזיק חצרים שנעשה בהם שימוש לשם עסקה בסם מסוכן או משחקים מסוכנים.²⁰³ מובן כי במסגרת הסדר כזה תוטל אחריות על ספק השירות רק אם ידע על טיב האתר המאוחסן אצלו, שכן העלות והטרחה שבבדיקת החומר באתרים המאוכסנים היא רבה, ועלולה לפגוע בדינמיות ובחירות המאפיינת את רשת האינטרנט. ההסדר יכול, לפיכך, הטלת חובה על המארח להסיר אתרים אסורים לאחר שנודע לו עליהם, תוך הטלת סנקציה על הימנעות מכך. בארצות-הברית ניכרת מגמה להימנע מהטלת אחריות על ספקי שירות, מתוך חשש לפגיעה מופרזת בחופש הביטוי.²⁰⁴ באירופה, לעומת זאת, מוטלת

202 בעניין **ACLU v. Ashcroft**. לפירוט נוסף ולסקירה אודות החקיקה התוך-מדינית בארה"ב בדבר הגבלות על פורנוגרפיה באינטרנט, ראו: <http://www.aclu.org/issues/cyber/censor/stbills.html>. לגבי ההסדרים המקובלים באוסטרליה ראו: http://zolatimes.com/V4.39/net_censor_austr.htm.

203 ראו סעיף 9 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973; סעיף 228 לחוק העונשין.

204 למעשה, ניתן להבחין בין הניסיון האמריקני בתחום זכויות יוצרים ובתחום לשון הרע (בשניהם נבחנה אחריות אזרחית לפרסום שעשה צד ג'). ההלכה האמריקנית לגבי

אחריות על ספקים שידעו על טיב החומר המופץ באמצעותם, בדרך כלל בכפוף לכך שקיימים אמצעים טכנולוגיים לחסימת ההפצה, ושהדרישה להשתמש בהם היא דרישה סבירה. סעיף 5 לחוק שירותי התקשוב בגרמניה (Act on the Utilization of Teleservices) קובע כי אחריותו של ספק שירות לחומר לא חוקי שמופץ באמצעותו תלויה בידיעתו של הספק ובקיומה של יכולת טכנית למנוע את הפצת החומר באופן סביר. ברוח דומה, נפסק בהולנד כי אין לראות בספקי שירות אחראים לחומר לא חוקי המועבר דרכם אלא אם ידעו על כך ולא נקטו צעדים כדי למנוע זאת.²⁰⁵ מדיניות זו אומצה גם במסמך של הקהילה האירופית.²⁰⁶

לגבי ספקים אחרים המשמשים צינורות בלבד להעברת החומר, מנסחי המסמך מצביעים על חוסר יכולת טכנולוגית למנוע העברת חומר לא חוקי שמקורו במחשב מסוים, בלי לפגוע גם בהעברת חומר חוקי שמקורו באותו מחשב.

ההסדר האירופי מבחין בין מצב שבו ספק השירות אחראי לתכנים או שיש לו יכולת לשלוט בהם או לשנות אותם, לבין מצבים שהוא משמש צינור בלבד, ונעדר יכולת טכנולוגית למנוע העברת חומר לא חוקי שמקורו במחשב מסוים, מבלי לפגוע גם בהעברת חומר חוקי שמקורו באותו מחשב. במקרה האחרון, מעמדו של ספק השירות משווה לרשת הטלפונים או הכבלים. על ספק השירות לא מוטלת חובה לבצע פיקוח יזום על המידע המועבר או נשמר בו, אולם אחריות מושתת על ספק הממלא תפקיד אקטיבי בשמירת המידע (באופן זמני או קבוע), כאשר נודע לו על אי החוקיות של החומר המאוכסן אצלו, הן מכוח עצמו והן על-ידי הודעה מן הציבור או מרשויות המדינה. בנוסף, כמובן, חובתו של הספק לציית לצו מניעה שיפוטי להסרת מידע.

יצוין עם זאת, כי גם הבחירה בנתיב זה בעייתית. אתרי אינטרנט הם ניידים, ויכולים לעבור ממארח למארח במהירות רבה. מעברים כאלו יכבידו אמנם על פעילות האתר, ועל יכולתם של צרכנים למצוא אותו לפי כתובת

הפרת זכויות יוצרים באינטרנט קובעת כי ספק שירות יישא באחריות להפרת זכויות יוצרים של צד ג' אם ידע על כך ולא פעל כדי למנוע זאת (**Religious Technology Center v. Netcom**). לעומת זאת, פסק דין **Zeran** קבע סטנדרט שונה בגין הוצאת לשון הרע, שלפיו ספק שירות יהיה פטור מכל אחריות לפרסום לשון הרע של צד ג' באמצעות השירות שלו.

205 **Scientology v. Providers and Karin Spaink**, (Hague, 3.1996)
 206 מסמך שהוגש לפרלמנט האירופי באפריל 1997 בנושא "תוכן בלתי חוקי ופוגע באינטרנט" (Illegal and Harmful Content on the Internet).

ידועה, אולם נראה כי ספק התוכן וצרכניו יסתגלו אל המעברים מהר יותר מרשויות האכיפה. הסדר זה אינו מעניק, לפיכך, פתרון הולם. מעבר לכך, כפי שכבר הזכרנו קודם, ההסדר תלוי בשיתוף הפעולה של ספק השירות, או בכפיפותו לדין הישראלי. היות שאין מגבלה על מיקום ספק השירות, נקל להניח כי מדיניות כזו תגרום לספקי התוכן האסור לעקור אל שרתים אשר אינם כפופים לדין הישראלי, ואינם משתפים פעולה עם רשויות האכיפה שלו.

ספקי הגישה

כדי לעקוף את בעיית הצורך בשיתוף פעולה בין-לאומי, ניתן להתמקד בספקי הגישה. ספקי הגישה מחזיקים מחשבים המשמשים כשערי כניסה לאינטרנט. כל משתמש המבקש להתחבר לאינטרנט, חייב להתחבר לאחד מספקי הגישה, כדי להיכנס ב'שער הכניסה' לאינטרנט שמחזיק הספק. ההתקשרות לספק הגישה נעשית בטלפון או בקווי תקשורת ישירים.

לספק הגישה יש, בין היתר, יכולת לזהות את כל האתרים שהמשתמש ביקר בהם במהלך הגלישה. יש לבדוק, לפיכך, את היכולת להטיל חובה על ספק הגישה למנוע גישה לאתרים מסוימים. מטבע הדברים, גולשי האינטרנט הישראליים משתמשים בעיקר בספקי גישה ישראליים, הכפופים לשיטת המשפט הישראלית (וזאת מטעמי נוחיות ועלות). אם כך, בהינתן רשימת אתרים (ידועה מראש) המפיצים חומרים פורנוגרפיים אסורים, ניתן לשקול את חיובו של ספק הגישה לחסום את 'שערי'ו ככל האמור באתרים אלו.

אלא שיישומה של שיטה זו מעוררת בעיות טכנולוגיות, הקשורות למבנה הרשת. הניווט ברשת האינטרנט מבוסס על כך שלכל ספק שירות יש IP (Internet Protocol) – כתובת משלו המהווה את 'תעודת הזהות' שלו. שרת יכול להכיל אתר אחד בלבד אולם הוא יכול להכיל גם אתרים רבים החוסים כולם תחת אותו IP. ספק הגישה מאפשר את גישת המשתמשים לרשת באמצעות מערכת המזהה את שם האתר שמקיש המשתמש, מתרגמת אותו ובודקת תחת איזה IP הוא מופיע, וכך מאפשרת את הגישה לשרת ולאתר. בשל כך, ספק הגישה יכול למנוע גישה לשרת מסוים כולו ולכל החומר המופץ ממנו על-ידי חסימת ה-IP שלו, אולם לא ניתן לחסום את הגישה לאתר אחד בלבד (אלא אם כן רק הוא מצוי תחת ה-IP של שרת מסוים).

אם כך, חסימתו של אתר מסוים תוביל גם לחסימתם של אתרים אחרים – לגיימיים. בכך ישנה פגיעה חמורה בחופש הביטוי. יחד עם זאת, ייתכן כי לפחות באשר לצורות החמורות של פורנוגרפיה, שיש להטיל עליהן הגבלה מוחלטת, ניתן לנקוט דרך זו. הפגיעה בבעלי האתרים האחרים תהיה הגיונית וסבירה, כל עוד ייודעו על החסימה ויוכלו לפנות לספק השירות בבקשה שיסיר את האתר האסור. בהינתן אינטרס חזק באכיפת האיסור, ובהיעדר בררה טובה אחרת, נראה כי במקרים מסוימים השימוש בשיטה זו הוא לגיטימי. יעילותו של הסדר כזה מותנית בקיומו של גוף מרכזי אשר יאסוף כתובות של אתרים אסורים, ויעביר אותם לספקי הגישה במדינה.²⁰⁷

ואכן, בגרמניה ובצרפת העמידו לדין ספקי גישה שאפשרו הפצה של פורנוגרפיית ילדים.²⁰⁸ באנגליה, לעומת זאת, מועדפת גישה של עבודה משותפת עם הספקים, אשר יפעילו 'אכיפה עצמית' וולונטרית. כך למשל, ספקי גישה, בשיתוף עם ממשלת אנגליה, הקימו גוף מפקח פנימי – The Internet Watch Foundation (IWF). גוף זה מפעיל 'קו חם' לדיווח על פורנוגרפיית ילדים ברשת, ועוסק בהשגחה על קבוצות דיון וציטים. גוף דומה קיים גם בהולנד, ובמקומות נוספים.

יחד עם זאת, יש לזכור כי יכולתו של גוף מעין זה להתחקות אחר כל החומר האסור מוגבלת ביותר. גם הפנייה לדיווח של הציבור, באמצעות קווים חמים, מעוררת בעיה של צנזורה פרטית, העלולה לשמש פתח לאכיפת העמדות המוסריות של הציבור, שתגביל באופן מופרז את חופש הביטוי. לצורך כך יש לקבוע סטנדרט ברור ליישום (כגון אלימות/ילדים), שניתן יהיה להפעילו גם בלי להיזקק לשירותיה של הכרעה שיפוטית בכל פעם ופעם. ברי כי לבית המשפט תהיה סמכות פיקוח, אשר תוכל להסיר חסימות לא מוצדקות, במקרה שהוטלו.

אם כן, שיטה זו יעילה רק לצורך אכיפתן של הגבלות מוחלטות. באשר להגבלות יחסיות, כמו חסימת אתרים מפני ילדים, לא ניתן להטיל את האחריות לכך על ספק הגישה, אלא אם הקטיין יזוהה באמצעות חשבון גישה מיוחד משלו (כאשר השימוש בו, ולא בחשבון של בגיר, יהיה באחריות הורי הקטיין). הגבלה מסוג זה תכביד מאוד על פעילות ספקי הגישה: רשימת

207 גם איסוף זה מעורר קשיים שונים. על כך – ראו להלן.

Somm, Felix Bruno, File No: 8340 Ds 465 JS 173158/95, Local Court 208 Akdeniz Y., "Regulation of Child מצוטט אצל (Amtsgericht) Munich "Pornography on the Internet: Cases and Materials", לעיל.

האתרים שיש מקום למנוע מילדים את הכניסה אליהם גדולה עשרת מונים מרשימת האתרים המועמדת להגבלה מוחלטת. בדיקה כזו עלולה להאט את קצב הגלישה והשימוש ברשת,²⁰⁹ ואף הכנת הרשימה מצריכה משאבים רבים יותר. עם זאת, כבר כיום נמצאות בשוק מספר תכנות סינון המתאימות לפעולה גם על גבי ספק הגישה. הורים יכולים להגדיר את החיבור הביתי שלהם כחיבור 'מסונן', או למצער – להגדיר כך את בררת המחדל, שממנה ניתן יהיה להשתחרר באמצעות ססמה הידועה להם בלבד, וכיוצא בזה. נעיר עוד, כי בהתמקדות בספקי הגישה ניתן להסתייע לצורך אכיפת עברות האוסרות גם על צריכה או החזקה של פורנוגרפיה (דוגמת זו המוטלת בחוק הישראלי על פורנוגרפיית ילדים – ראו להלן). ספקי הגישה יכולים לעקוב אחרי האתרים שבהם ביקרו הגולשים, ולשלף אנשים שביקרו ברשימה ידועה מראש של אתרים אסורים. אולם יש לזכור כי פעולה כזו פוגעת אנושות בזכותם של הגולשים לפרטיות, ומתוך כך – באטרקטיביות הרבה של רשת האינטרנט. יש להפעיל אמצעי זה, אם כן, במשורה, ובמקרים חריגים בלבד.

צרכני הקצה

הגבלה על פורנוגרפיה דרך הצרכנים, מצריכה כמובן שיתוף פעולה מצדם. ממילא, אפשרות זו נוגעת לסוגיית ההגבלה היחסית בלבד, כאשר הכוונה היא כי הורים יפעלו לשם הגנה על ילדיהם. אחת מן הדרכים היעילות לצורך הסדרה עצמית כזו, היא תיוג אתרים, באופן שמאפשר להורים לחסום אותם בפני ילדיהם. באנגליה, למשל, ישנו מנגנון המכונה PICS Platform (for Internet Content Selections) המטביע על האתר תיוג אלקטרוני שמוצג עוד בטרם מועבר התוכן המסומן ממחשב למחשב. השימוש ב-PICS נתמך על-ידי ממשלת אנגליה וארגונים מסחריים רבים, והוא יכול לסמן אתרים על-פי נושאים קבועים (פוליטיקה, דת, פרסום, מסחר וכד'י). התיוג יכול להיעשות על-ידי מפרסם המידע, ספקית הגישה או על-ידי גוף עצמאי. גם בארצות-הברית פועלת שיטה דומה שבה התיוג נעשה על-ידי RSACI (The Recreational Software Advisory Council on the Internet) המתייג את האתר על-פי מידת החשיפה למין, עירום, אלימות או דיבור גס ופוגעני. אפשר לחסום את האתרים המתויגים, בדרגות שונות הקבועות

209 זאת משום שלגבי כל אתר ואתר שאליו ייכנס הילד, המחשב יצטרך לוודא שאין הוא מופיע ברשימה השחורה של אתרים אסורים.

מראש, באמצעות דפדפן האינטרנט הביתי, או תכנות תוסף שונות. ואולם, גם פתרון זה אינו נקי מבעיות. העברת התיוג הפרטי פרטיות, שיוצר למעשה צנזורה על אתרים מסוימים, הופך את הגוף הפרטי לצנזור. כך למשל מנגנון החסימה המכני עלול לחסום אתרים בעלי חשיבות, כגון אתרי הסברה על התגוננות מהתעללות מינית, על מין בטוח, וכד', שעל אף שיש בהם חשיפה לתכנים בעלי אופי מיני, אין ספק שאינם אתרים פורנוגרפיים, ושאינן מקום לחסום אותם באופן גורף בפני ילדים. בקביעת הסדר מסוג זה יש לחתור, לפיכך, להקמת גוף שיהיה מפוקח על-ידי המדינה, או למצער: שמדיניות התיוג שלו תהיה שקופה לציבור ומדורגת, באופן שיאפשר להורים לחסום את אשר טעון חסימה, ותו לא.

פתרון דומה נוסף הוא תכנות סינון. מדובר בתכנות המותקנות על-ידי המשתמש (במחשב הפרטי שלו), וחוסמות גישה לאתרים בעלי מאפיינים שונים, שהוגדרו לתכנות, אף אם אתרים אלו אינם מזהים את עצמם בבירור. תכנות אלו פועלות במגוון דרכים – החל מסריקה וסינון אנושי, באופן המאפשר גישה למספר מוגבל מראש של אתרים שנבדקו ידנית קודם לכן ונמצאו 'כשרים';²¹⁰ דרך סינון המבוסס על איתור טקסט (כגון ביטויים בעלי אופי מיני מתוך רשימה נתונה מראש);²¹¹ איתור שורה של פרמטרים המאפיינים אתרים פורנוגרפיים (כגון תמונות בעלות שטח נרחב של צבע עור, ועוד);²¹² או אף שילוב של כל הדרכים כולן. מובן ששימוש בתכנות אלו תלוי ברצונו של המשתמש (או הוריו), כאשר בניגוד לשיטת התיוג הפועלת באופן כללי ואחיד, השימוש בתכנות פרטיות מאפשר מגוון רחב ועדין יותר של הבחנות בין חומר מותר ואסור.

אלא שגם דרך זו מעוררת קשיים. ראשית, שיטה זו משליכה את יהבה על ההורים, שלא תמיד שולטים ברזי המחשב, בוודאי לא יותר מילדיהם. כך יוכל הילד לעקוף חסימות המותקנות במחשב הפרטי, בלי שלהוריו תהיה יכולת פיקוח אפקטיבית (מיקום הסינון אצל ספק הגישה, כאמור לעיל, עשוי לפתור בעיה זו). שנית, נכון להיום התכנות המדוברות פרימיטיביות למדי, אינן מצליחות לחסום את כל האתרים הפסולים, ומנגד – חוסמות אתרים רבים בעלי חשיבות, כאמור לעיל.²¹³ בעיה זו מחריפה כאשר מדובר

210 דוגמת Cyberpatrol, לפרטים ראו: <http://www.cyberpatrol.com>.

211 דוגמת Netnanny. לפרטים ראו: <http://www.netnanny.com>.

212 דוגמת Puresight. לפרטים ראו: <http://www.puresight.net/>.

213 לדין בסוגיה זו על-ידי ארגון הלוחם בתכנות החסימה, ראו:

<http://www.peacefire.org>.

בתכנות סינון, המסופקות רובן ככולן על-ידי חברות מסחריות – הן משום שהתמריצים הפועלים בשוק זה כלכליים בעיקרם, והן משום שהקריטריונים המופעלים בסינון אינן מתפרסמים על-ידי החברות, בטענה כי מדובר בסוד מסחרי. בנוסף, שיטת סינון זאת מכפיפה את צרכניה לסטנדרטים הנוהגים בארץ המוצא של התכנה, קרי, לרוב – לסטנדרט האמריקני.

ואכן, בפסק דין שניתן לאחרונה (31 במאי 2002), פסל בית משפט פדרלי בפנסילבניה חוק המחייב ספריות ציבוריות להתקין במחשביהן תכנות סינון מפני חומר העשוי להיות פוגעני לילדים, בעיקר אתרים שיש בהם פורנוגרפיה. לפי החוק (CHIPA) המדינה אמורה למנוע סיוע של מענקים פדרליים לספריות ולבתי ספר שלא התקינו תכנות סינון מתאימות. כנגד חקיקה זו עתרו ספרייה ציבורית בפנסילבניה ואיגוד הספריות יחד עם ארגון זכויות האדם האמריקני, וזאת בטענה שהחוק מגביל את חופש הביטוי באופן מופרז, בין השאר משום שתכנות הסינון חוסמות אתרים לא פוגעניים רבים. בהחלטה ארוכה ומנומקת קיבלו השופטים את עמדת העותרים, תוך שהם מבקרים את תפקודן של תכנות הסינון ומונים מספר אתרים הנתפסים ברשתן של התכנות אולם אין בהם כל פגם, כגון: אתרים להסברה מינית, אתר להומוסקסואלים ואתר המסביר על הסיכונים לחלות בסרטן השד.²¹⁴ בית המשפט קבע כי החוק כוללני ולא מידתי, והורה על בטלותו. ערעורו של הממשל האמריקני על ההחלטה עודנו תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון של ארצות-הברית.

מתווכים נוספים – שירותי האיתור

עד כאן תיארו את ארבעת הרכיבים ההכרחיים בשרשרת המידע באינטרנט. ואולם, היקפו ועושרו של המידע הקיים ברשת האינטרנט, ריבוי האתרים והדינמיות שלהם, מוביל לכך שפעמים רבות הגולש אינו יודע את כתובתו של אתר שהוא מחפש, או אף אינו יודע כלל על קיומם של אתרים מסוימים בתחום התעניינותו. לפיכך נאלצים הגולשים, פעמים רבות, להסתייע במתווכים כדי להגיע למידע הרצוי להם. מתווכים אלו נחלקים לשני סוגים

214 ראו: **Multnomah County Library v. United States of America**, No. 01-CV-1322; **American Library Association vs. United States of America**, No. 01-CV-1303 (העתירות אוחדו בידי בית המשפט). לביקורת על שגיאות הסינון ראו עמודים 92-100 לפסק הדין. למסקנה ראו עמודים 182 ואילך. לסקירת ההליך לפסק הדין, ראו גם: <http://www.aclu.org/features/f032001a.html>.

עיקריים: פורטלים (או אינדקסים) ומנועי חיפוש. הפורטלים הם אתרי תוכן המהווים מעין 'שער כניסה' ל-WWW, ומספקים קישורים לאתרים לפי סיווג ומיון לנושאים. כך דרך משל, כאשר ברצונו של הגולש למצוא מידע בדבר אתרים המתאימים לקמפינג באוסטרליה, הוא יפנה לאחד הפורטלים ויחפש בקטגוריה 'תיירות ונופש' / 'בעולם' / 'אוסטרליה' / 'קמפינג'. מנועי החיפוש, לעומתם, אינם כוללים מראש רשימה נתונה של אתרים, אולם כוללים טכנולוגיה המאפשרת סריקה של רשת האינטרנט ושליפה של רשימת אתרים לפי מאפיינים נתונים. כך, דרך משל, הקשת המילים 'קמפינג' ו'אוסטרליה' בשורת החיפוש תוביל את הגולש לרשימת אתרים שמילים אלה מופיעות בהם. רשימה זו עשויה להיות רחבה יותר מן הרשימה המתקבלת דרך האינדקס, אולם היא עלולה גם לכלול אתרים רבים שאינם קשורים או רלוונטיים למושא החיפוש.

הפורטלים ומנועי החיפוש הם הדרכים העיקריות, אם כן, שבהן מגיע הגולש אל אתרים חדשים שאינם מוכרים לו. מסיבה זו הם עשויים לשמש בעצמם נושא מתאים להסדרה של רשת האינטרנט. כך למשל ניתן לתבוע מן הפורטלים ומנועי החיפוש לא להציג קישורים לרשימה של אתרים ידועים מראש, הכוללים תוכן אשר ברצונו של המחוקק להטיל עליו איסור מוחלט. כמו כן, אפשר לדרוש מן הפורטלים להימנע מהצגת קטגוריות מסוימות במסגרת הסיווג שאותו הם מציעים (כגון 'מין אלים' וכד'), וכן להסתיר או לחסום מפני קטינים את חלקי האינדקס העוסקים בפורנוגרפיה בכלל.

מובן כי גם אפיק זה חשוף לבעייתיות הגלומה בבין-לאומיות של הרשת. מטבע הדברים, לא יוכל המחוקק הישראלי להכפיף לסמכותו פורטלים ומנועי חיפוש זרים. אולם ישנו הישג מסוים, גם אם לא מושלם, בהפחתת הנגישות לאתרים הכוללים ביטויים שיש מקום להגבילם, ולו בדמות יצירת מחסום שפה אשר עשוי להועיל, למצער, להגבלת נגישותם של קטינים לאתרים פורנוגרפיים. אם כן, גם אם אין באפיק זה כדי להציע פתרון כולל לבעיה, הרי שניתן לשלב אותו כתוספת מועילה לכל פתרון אחר.

עד כאן סקרנו את הדרכים המרכזיות שבאמצעותן ניתן לפעול להגבלת הביטוי הפורנוגרפי באינטרנט. כעת נפנה לעיון השוואתי שיאפשר לנו ללמוד מניסיוןן של מדינות אחרות בנושא.

אחת המדינות המנהיגות הסדר מסועף ומפורט לשם הסדרת הפורנוגרפיה ברשת האינטרנט היא אוסטרליה, אשר הנהיגה בשנים האחרונות הסדר מקיף, הן ברמה הפדרלית (The Commonwealth Law) והן ברמה המדינתית (The State and Territory Law). נבחן לפיכך את עיקריו של הסדר זה.

בשנת 1999 (נחקק ה-Broadcasting Services Amendment (Online Services) Act 1999, וזאת לאחר פעילות חקיקתית ארוכה וויכוח ציבורי ער בסוגיית ההסדרה הראויה של ביטויים פורנוגרפיים באינטרנט. ההסדר המוצע מבוסס על מנגנוני סיווג קיימים של המועצה האוסטרלית לביקורת סרטים,²¹⁵ ועל מנגנון של תלויות הציבור. חקיקה זו גרמה לתעשיית האינטרנט המקומית (ה- IIA: Internet Industry Association) לגבש קוד לרגולציה עצמית של תכנים ברשת האינטרנט, שיאפשר לה לעמוד בדרישות החוק ולמנוע התערבות ממשלתית יתרה בתחום.²¹⁶

ההסדר מבוסס על הטלת האחריות הישירה בגין הביטויים האסורים על ספקי התוכן, אך יחד עם זאת על קביעת חובות משניות שיאפשרו לגורמים נוספים בשרשרת הפרסום לצמצם את הנזק העשוי לצמוח מפרסומים כאלו. לצורך כך, ההסדר מתמקד בכל השלבים הנוספים – החל מספק הגישה, דרך ספק השירות וכלה בצרכן הקצה עצמו. כך, כל ספקי הגישה האוסטרליים התחייבו שחשבונות גישה לאינטרנט ייפתחו לקטינים מתחת לגיל 18 רק באישורו של הורה או מבוגר אחראי אחר. לצורך כך, ספקי הגישה נדרשים לאחד או יותר מן הצעדים הבאים: להתנות את פתיחת חשבון הגישה בכרטיס אשראי תקף, או בוודא גיל דרך אמצעי זיהוי אחר כמו רשיון נהיגה או תעודת לידה; או למקם הודעה בדף הבית של ספק הגישה שלפיה השימוש בחשבון הגישה כרוך בהסכמת מבוגר, ולדרוש הצהרת גיל או הסכמה לקביעה זו כתנאי לגלישה.

בנוסף, ספקי הגישה נדרשים להעניק לכל משתמש, עם חיבורו לרשת, אמצעי לסינון תכנים בדמות אחת מתכנות הסינון אשר נבדקו ואושרו על-ידי הממשלה, והמיועדות להתקנה ביתית, ולחלופין – יישום לסינון תכנים המופעל על-ידי ספק הגישה עצמו (על גבי שרתיו הוא). כן נדרשים ספקי

215 אודות מועצה זו, ראו להלן.

216 “Codes for Industry Self Regulation in Areas of Internet Content Pursuant to the Requirements of The Broadcasting Services Act 1992 as Amended, Version 6.0,” at www.iaa.net.au.

הגישה לנקוט צעדים כדי לספק מידע זמין להורים אודות שליטה בשימוש ילדיהם באינטרנט, לרבות מידע לגבי אמצעי הסינון שסופקו להם ואופן השימוש הנכון בהם, וכן מידע על זכותם להגיש תלונה על תכנים אסורים ברשת האינטרנט, ועל הפרוצדורה להגשת תלונה כזו (כל זאת למשל על-ידי קישור לאתר המועצה האוסטרלית לביקורת סרטים, אתר איגוד תעשיית האינטרנט, או ארגונים אחרים שיאשרו על-ידו).²¹⁷

אשר לאתרים הממוקמים על שרתים בתוך אוסטרליה, ספקי השירות מחויבים לעודד את ספקי התוכן לקיים מערכת תיוג מתאימה שתזהה תכנים בעייתיים העלולים לעורר אי-נוחות בקרב ילדים או אחרים ותאפשר את סינונם, וזאת אף אם אין מדובר בתכנים אסורים. כן מחויבים המארחים ליידיע את ספקי התוכן על אחריותם המשפטית לפי חוקי אוסטרליה, להפצת תכנים אסורים. מעבר לכך, כאשר ספק שירות מקבל הודעה מן המועצה לביקורת סרטים, שאומרת שהוא מארח אתר הכולל תכנים מוגבלים או אסורים, ספק השירות מחויב למחוק את האתר האסור, או במקרה של תוכן מוגבל גיל שאינו אסור (לפי הסיווג שנערך על-ידי המועצה), ליצור מנגנון שמגביל את כניסתם של קטינים לאתר, וזאת תוך זמן קצוב, שחריגה ממנו גוררת קנסות. כן נדרש הספק, במידת האפשר, ליידיע את בעל האתר כי התנהגותו היא הפרה של החוק ושל תנאי חוזה השירות.²¹⁸

לגבי אתרים הממוקמים על שרתים מחוץ לאוסטרליה, השיטה האוסטרלית משליכה את יתבה בעיקר על אמצעי הסינון. לפי ההסדר, מוטל על המועצה לביקורת סרטים להודיע לרשימת ספקי אמצעי הסינון המוכרים לפי החוק²¹⁹ על קיומו וזיהויו של אתר אסור. אלו, מצדם, אמורים לדאוג לסינונם של אתרים אלו במסגרת התכנה המוצעת על-ידם, והם אחראים על עדכון התכנות הביתיות של משתמשי הקצה ברשימה עדכנית של אתרים מוגבלים או אסורים. בד בבד, המועצה מודיעה על אתרים אלו גם לספקי הגישה, לצורך הפעלת אמצעי הסינון הפנימיים המוצעים על-ידיהם לצרכנים האוסטרליים.²²⁰

לפי ההסדר, אם כן, המועצה לביקורת סרטים קובעת דירוג של אתרי תוכן פסול או אסור ברשת האינטרנט, וזאת בין השאר על בסיס תלונות

217 סעיף 5 לקוד.

218 סעיף 7 לקוד.

219 לפי רשימת ה-scheduled filters הקבועה בנספח לקוד, ומתעדכנת מעת לעת.

220 סעיף 6 לקוד.

המגיעות אליה מן הציבור. כאשר מקורם של אתרים אלו הוא בתוך אוסטרליה עצמה, המועצה מודיעה על האתר לספק השירות המארח אותו, והלה מחויב לדאוג להסרתו. כאשר מקור האתר מחוץ לאוסטרליה, המועצה מודיעה על קיומו וזיהויו של האתר למפעילי אמצעי הסינון, שאחראים על עדכון תכנות הסינון של משתמשי הקצה באופן שיחסום את האתר הפסול. יצוין כי מונחת הצעה בפני חברי ארגון תעשיית האינטרנט האוסטרלי שלפיה ספקי הגישה יחויבו להציע את אמצעי הסינון במחיר העלות בלבד, באופן שיתרום לזמינותם ותפוצתם.

נעיר כי ההסדר האוסטרלי אינו נקי מספקות וביקורת. ראשית, ההבחנה בין ההסדר לגבי אתרים אוסטרליים ואתרים שמושבים מחוץ לאוסטרליה, אינה מתאימה לאופייה של הרשת. כך למשל, לפחות אחד מן האתרים אשר נחסמו ונמחקו במסגרת ההסדר, העתיק את מושבו אל מחוץ לגבולות אוסטרליה, בעודו משמר את הכתובת המקורית שלו (דרך הפניה מן האתר האוסטרלי שלא כלל תכנים פסולים, אל האתר האסור ששוכן מחוץ לאוסטרליה). זאת ועוד, ארגונים התומכים בקידום חופש הביטוי מחו על כך שהסטנדרטים והפרמטרים שהמועצה ומפעילי אמצעי הסינון פועלים לפיהם אינם גלויים די הצורך ולפיכך אינם חשופים לביקורת ציבורית.²²¹ אולם דומה כי הניסיון האוסטרלי הדוגל בהתמקדות בצרכן הקצה ובספק הגישה מעמיד בפנינו התחלה של כיוון לפתרון בעיית הפיקוח על תכנים באינטרנט.

מסקנות

ראשית יש לציין כי הבעיות השונות בתחום ההתמודדות עם פורנוגרפיה באינטרנט אינן מקומיות: מדובר בבעיות בין-לאומיות הנוגעות גם בסוגיות נוספות של ביטויים לא חוקיים, כגון הסתה לגזענות, לשון הרע, הפרת זכויות יוצרים, ועוד. הסדרת הנושא עודנה בחיתוליה, אולם כבר כיום ניכרים מאמצים, במישור הלאומי והבין-לאומי, המשפטי והטכנולוגי, למצוא פתרונות לבעיות אלו. הצורך החברתי בשמירה על אינטרסים חשובים יחייב קביעת הסדרים לתחום הסדרת הביטוי באינטרנט. עולם המשפט השמרני אמנם מדדה באטיות אחרי עולם הטכנולוגיה החדשני, אולם ניתן להניח כי

221 מידע נוסף ניתן למצוא ב: www.efa.org.au.

בתוך מספר שנים יימצא פתרון זה או אחר. אין יסוד, לפיכך, לתפיסה שהאינטרנט הופך את הסוגיה כולה למיותרת.

לעת עתה, עלינו להשתמש באמצעים הזמינים לנו, על כל בעיותיהם, כפי שפורטו לעיל. הטלת אחריות על ספק התוכן אפשרית כאשר הוא מזוהה וכפוף לדין הישראלי. לצורך כך מתקבל על הדעת לקבוע את מקום ההפצה (למצער גם) במקום מושבו של ספק התוכן עצמו, ולא דווקא במקום מושבו של מחשב השרת הנושא אותו. כך ניתן יהיה להסדיר לפחות את האתרים הישראליים, אשר שפתם עברית וזמינותם לציבור הישראלי גדולה. ניתן יהיה לאכוף עליהם איסורי פרסום כלליים, כמו גם להטיל עליהם חובת תיוג, או סינון באמצעות וידוא גיל המשתמש.

באופן דומה ניתן להטיל אחריות על ספקי השירות, בכפוף למנגנון שיידע אותם על אתרים פסולים המתארחים בשרתיהם. לצורך כך יש להקים גוף מפקח, על בסיס מנהלי או קהילתי, אשר ייצור רשימה של אתרים פסולים, וספק השירות הנושא אותם יקבל עליהם מידע. יש לקבוע קריטריונים ברורים להפעלת מנגנון זה, כדי למנוע צנזורה מוגזמת. אפשר למשל להפעיל אותו לצורך אכיפת הגבלות מוחלטות בלבד, כך שהסטנדרט להפעלת ההגבלה יהיה בהיר וחד-משמעי. אכיפת הגבלות יחסיות – כגון הורדת אתרים פורנוגרפיים שאינם מסננים ילדים – תיעשה באמצעות מנגנון מורכב יותר, שיכלול שיקול דעת מנהלי (ויהיה חשוף לביקורת) בדבר האתרים שיש לחסום. ניתן להישען בהקשר זה על גופים קיימים, דוגמת המועצה לביקורת סרטים, המורגלת במלאכה מעין זו.

מומלץ לבצע הסדר דומה דרך ספק הגישה. דרך זו הולמת הגבלות מוחלטות בלבד (שיוטלו במקרים הקשים בלבד, כגון פדופיליה וכו'), לאור הקשיים שהיא מעוררת בהגבלה רחבה של אתרים נוספים, שאינם פסולים. במסגרת זו ניתן יהיה לחסום גם אתרים שמקורם מחוץ לארץ, על-ידי חסימת היכולת להגיע אל המחשב שבו הם מאוחסנים. גם הסדר כזה מצריך מנגנון פיקוח אשר יקבע את רשימת האתרים המועמדים לחסימה, ויעקוב אחרי שינויים וחדושים בתחום. ניתן להיעזר לצורך גיבוש רשימה זו בארגונים מקבילים בחו"ל, העוסקים בפיקוח על רשת האינטרנט, וביצירת מנגנוני דיווח (כגון 'קו חם') אשר יקלו עליהם את המלאכה.²²² מובן מאליו שעם

222 יש להעיר כי האפקטיביות של הסדר זה נעוצה במידה רבה דווקא בכך שהוא יהיה מקומי בלבד. האתרים הפורנוגרפיים יכולים לעבור ממקום למקום ומכתובת לכתובת באופן פשוט ומהיר. לפיכך, הסדר המבוסס על חסימת כתובות עלול שלא לפעול

התפתחות טכנולוגית שתאפשר חסימה עדינה יותר דרך ספק הגישה, ניתן יהיה להשתמש בדרך זו באופן נרחב יותר.

ברוח דומה, אפשר להגביל מנועי חיפוש ואינדקסים ישראלים, כך שיימנע מהם להציג קישורים לאתרים פסולים אלו. כך, יקשה על הצרכן להגיע לחומר הזה. גם אם אין בדרך זו משום חסימה מוחלטת, יש בה כדי לסייע למניעתה של הפצת פורנוגרפיה לציבור הרחב, אשר לא כולו מסוגל לשימוש 'מתוחכם' באמצעי החיפוש של האינטרנט.

בתום השרשרת, ניתן להרחיב את השימוש בצרכן הקצה כמסנן עיקרי, ככל הנוגע להגבלות יחסיות. העברת הפיקוח על חשיפת קטינים לפורנוגרפיה לידי הוריהם, תאפשר לכל משפחה לעצב את חינוך ילדיה באופן ההולם את תרבותה וערכיה. הסדר כזה תלוי בזמינות גבוהה של אמצעי הסינון, בחינוך ציבור ההורים לחשיבות השימוש באמצעי סינון כאלו, ובזמינותם. הליכה בדרכו של ההסדר האוסטרלי בהקשר זה עשויה להוביל לתוצאות משביעות רצון למדי, במגבלות הקיימות. מומלץ לפיכך, בין אם בדרך של חקיקה מנהלית ובין אם בדרך של הסדר וולונטרי, להטיל על ספקי הגישה את החובה לספק להורים את המידע והאמצעים הדרושים לשם התקנת אמצעי סינון בבתיהם, ולשם יכולת שליטה אפקטיבית על מעשי ילדיהם ברשת. ניתן לדרוש כי אמצעים אלו יסופקו במחירי העלות בלבד, ואולי יש מקום אף להתערבות ממשלתית בסבסודם. הסדרת נושא זה עשויה להוביל אף לפיקוח על מוצרי הסינון המוצעים, מתוך דאגה לאמצעים אמין ויעילים ככל האפשר, אשר אינם פוגעים באופן מוגזם בחשיפה פוטנציאלית לאתרים שאינם פסולים, ואשר הפרמטרים המופעלים על-ידם יהיו חשופים לציבור ונתונים לביקורת. לסיכום נעיר שוב כי בכוחו של שיתוף פעולה בין-לאומי לצמצם באופן משמעותי את יכולת ההפצה של פורנוגרפיה באינטרנט. כאמור לעיל, הסדרים בכיוון זה הולכים ומתגבשים, בעיקר בקשר לסוגיות של מסחר בפורנוגרפיית ילדים באמצעות האינטרנט, ונושאים קרובים.²²³ ניתן לסכם ולומר כי הסתמכות על ההסדרים הקיימים היום, יחד עם ציפייה להתפתחות הסדרים אחרים, תוך התקדמות בתחום שיתוף הפעולה הבין-לאומי ובתחום המשפטי והטכנולוגי, מובילים למסקנה כי סוגיית האינטרנט אמנם מערימה קשיים בפני הגבלת ביטויים פורנוגרפיים, אך אינה מציבה בפניה מחסום.

ביעילות. ואולם, דווקא כל אימת שהחסימה מתבצעת רק בישראל, שכוחה הצרכני חלש, לא יהיה לבעלי האתרים תמריץ לשנות את מיקומם בכל פעם שיייתפסו בידי הדין בישראל, ויעילותו של ההסדר תגבר.

223 ראו להלן, בדיון על פורנוגרפיית ילדים.

מה עושים בפועל? הדין בישראל, והצורך בשינוי

איסור כללי

סוגיית הפרסומים הפורנוגרפיים מוסדרת בחוק העונשין הישראלי במסגרת סימן י' – "זנות ותועבה", לפרק ח לחוק, שעניינו "פגיעות בסדרי המשטר והחברה". סעיף האיסור המרכזי הוא סעיף 214, שזו לשונו:

214. פרסום והצגת תועבה [תיקונים: התשנ"א (מס' 5), התשנ"ח (מס' 2)].

(א) העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שלוש שנים:

(1) מפרסם פרסום תועבה או מכינו לצורכי פרסום;

(2) מציג, מארגן או מפיץ הצגת תועבה –

(א) במקום ציבורי;

(ב) במקום שאינו ציבורי – אלא אם כן הוא מקום

המשמש למגורים או המשמש חבר בני אדם שהחברות

בו היא למי שמלאו לו שמונה עשרה שנים ולתקופה

רצופה.

(ב) המפרסם פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, לרבות

הדמיית קטין או ציור של קטין, דינו – מאסר חמש שנים.

(ב1) המשתמש בגופו של קטין לעשיית פרסום תועבה, או

המשתמש בקטין בהצגת תועבה, דינו – מאסר שבע שנים.

(ב2) נעברה העבירה לפי סעיפים קטנים (ב) או (ב1) בידי

האחראי על הקטין כהגדרתו בסעיף 368א, או בהסכמתו של

אחראי כאמור, דינו של האחראי – מאסר עשר שנים.

(ב3) המחזיק ברשותו פרסום תועבה ובו דמותו של קטין,

דינו – מאסר שנה; לענין סעיף קטן זה, "מחזיק" – למעט

המחזיק באקראי ובתום לב.

(ג) בית המשפט הדן בעבירה לפי סעיף זה שנעברה בידי

בעל עסק במהלך עסקיו, רשאי להפעיל גם את הסמכויות לפי

סעיפים 16 ו-17 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968, ובלבד

שלא ישתמש בית המשפט בסמכותו לפי סעיף 17 אלא אם

כן השתכנע שיש ראיות לכאורה לביצוע העבירה ושהפעלת סמכותו דרושה לטובת הציבור.

(ד) לא יוגש כתב אישום לפי סעיף זה אלא תוך שנתיים מיום ביצוע העבירה, ובידי פרקליט מחוז או בהסכמתו בכתב.

פעולת הפרסום מוגדרת בסעיף 34 כד לחוק, ככוללת הפצה בקרב אנשים, הצגת דבר באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו, מכירה או הצעה למכירה בכל מקום, הפצה באמצעות הטלוויזיה, וכן הפצה או הצעה באמצעות מחשב. לפיכך, האיסור חל על הצגה בציבור ועל מכירה, אולם יש להבחין שאין בהוראות החוק איסור על החזקה פרטית או אף על הצגה פרטית – במקום מגורים או מקום פרטי אחר, למעט פרסומים הכוללים דמות של קטין.

בשנות ה-60, ניתנה לעברה פרשנות שמרנית-מוסרנית (כאשר כבסיס לדיון עומד סעיף 179 לפקודת החוק הפלילי, 1936). חומר תועבה הוגדר כפרסום "העשוי רק לגרות יצרי-מין ולעורר תאוה מינית גסה ובדרך זו להשחית את המוסר"²²⁴, אם כי הותרה הלגיטימיות של תיאורים המעוררים הרהורי תשוקה, אם הם משולבים בדברי מדע או ספרות. פירוט נוסף הובא בפסק דין **עומר**,²²⁵ מפסקי הדין המרכזיים העוסקים בעברה לפי סעיף 214. השופט לנדוי פנה אל המשפט האנגלי, ואל הגדרת 'תועבה' לפי הלכת Hicklin שהוזכרה לעיל: חומר שיש בו מגמה להשחית את הרוח ואת המוסר של אלה שלידיהם הוא עלול להגיע. הערך המוגן הוגדר בפסק הדין באופן הבא:

"נקודת המוצא של המחוקק היתה בעליל שישנם סוגים של חומר פורנוגרפי העלולים להשחית את המוסר הציבורי... זו ההשקפה האומרת שבעצם הצגתו למכירה והפצתו של חומר נתעב, יש לראות תופעה חברתית שלילית, משחיתה, החותרת תחת יסודות המוסר הציבורי. ברוח זה חייב בית המשפט לפרש את הסעיף..."²²⁶

ברוח דומה, אוסר סעיף 42(3) לפקודת המכס [נוסח חדש], שכותרתו "טובין אסורים", על ייבוא פרסומים שהם "פרוצים או מגונים". הפסיקה

224 ע"פ (ת"א) 433/60 **היעוץ המשפטי נ' בר-כוכבא**, פ"מ כח 31.

225 ע"פ 495/69 **עומר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כד(1) 408.

226 **עומר נ' מדינת ישראל**, 411. הגדרה ברוח זו שימשה את בית המשפט כבר בע"פ 50/

123 **לימן נ' היעוץ המשפטי** (לא פורסם). בשני פסקי דין אלו הדגיש בית המשפט כי

ערך מדעי או אמנותי מכשירים את היצירה.

פירשה הגדרה זו כמקבילה להגדרת פרסומי התועבה שבסעיף 214, תוך הסתייגות מההנחיות של מנהל המכס אשר נתפסו כרחבות מדי, משום שלא כללו דרישה שלפיה הפרסום האסור צריך להיות "פוגע בעליל".²²⁷

ואולם, האיסורים הפליליים על פרסומי תועבה אינם נאכפים כמעט במדינת ישראל, כאשר האישימונים הבודדים שהוגשו נלוו בדרך כלל לעברות אחרות כגון הפרת זכויות יוצרים, פגיעה בפרטיות, או קבלת דבר במרמה.²²⁸

גם בתי המשפט אינם נוטים להתערב במדיניות זו. כך למשל, כאשר אזרח פנה לבג"ץ וביקש להורות למשטרה לאכוף את האיסורים ולסלק מתחומה של תל-אביב פרסומים מגונים ולהעמיד לדין את מפציחיהם, הוא נדחה מחמת היעדר זכות עמידה.²²⁹ האכיפה החלקית נובעת מתחום ההשתרעות הרחב של האיסור, אשר אינו מתיישב עם תפיסות הציבור. עמד על כך השופט ביין, במסגרת דיון באישום על ייבוא פרסום פורנוגרפי בניגוד לפקודת המכס:²³⁰

אודה שיש לי הרגשה מאד לא נוחה בתיק זה. היא נובעת מכך, שהתובע זכאי להרגיש עצמו במידה רבה "כשעיר לעזאזל". הרי בתוך עמי אני יושב ויודע אני כי דוכני הספרים מלאים חומר מיובא מאותו הסוג שנתפס אצל התובע ואין פוצה פה ומצפצף... אכיפה ספורדית ומפלה פוגעת קשה בחוש הצדק. ועל כן אחת מן השתיים: או שתהיה אכיפה עקבית ומלאה יותר, או שיבוטלו החוקים הנוגעים

227 ת"א (חיי) 404/82 ישעיהו נ' **מדינת ישראל**, פ"מ תשמ"ד ב' 522.

228 ראו ע"פ (ת"א) 1283/81 **מדינת ישראל נ' וידאוקסט**, דינים מחוזי לב(1) 450 (הנאשמים שכללו באופן פיראטי קלטות וידאו שונות, והואשמו בהפרת זכויות יוצרים, בקשירת קשר להונות ובהחזקת חומר תועבה לשם הפצתו); ע"פ 3037/97 **מזור מני נ' מדינת ישראל**, דינים עליון נג 238 (הנאשם הדיח צעירות לעישון מריחואנה וקיים עמן יחסי מין תוך שהוא מקליט בוידאו את יחסי המין. הוא הורשע בשידול קטין לסם, באספקת סם מסוכן, במעשה סדום עם קטינה, בפגיעה בפרטיות, בקבלת דבר במרמה, בפרסום תועבה, ועוד). מן העבר השני, בתי המשפט לא נרתעו מהענקת סעדים אזרחיים למפיקים ולמפיצים של סרטים פורנוגרפיים, אף שלכאורה הם היו עשויים להיחשב לעבריינים. ראו למשל: בשי"א (ת"א) 34611/99 **GUFU MBH נ' "קופידון" מין בוטיק בע"מ**, תק-מח(2)99(2) 1467, שבו נדונה הפרת זכויות יוצרים על דרך שכפול ומכירת קלטות פורנוגרפיות שנוצרו בידי התובעים. בית המשפט לא היסס להעניק סעדים לתובעים, ואף לא מצא לנכון להתייחס לשאלת מעמדם המשפטי של הפרסומים נשואי ההחלטה.

229 בג"צ 331/80 **התשבי נ' חרון**, פ"ד לד (4) 13.

230 ת"א (חיי) 404/82 ישעיהו נ' **מדינת ישראל**, עמ' 528.

לחומר תועבה או לפחות יישארו בבחינת "אות מתה" כמו כמה איסורים פליליים אחרים הנוגעים לתחום המוסר.

אי-נוחות זו כלפי האיסור והיקפו באה לידי ביטוי כבר ב-1968 בוועדה בראשות השופט ויתקון. הוועדה הסתייגה מן ההגדרה המבוססת על Hicklin, והעדיפה על פניו מבחן הפונה לרגשות הציבור. עקב כך הומלץ להגדיר תועבה כפרסום אשר "לפי הסטנדרטים המקובלים באותה שעה ובאותה חברה, פוגע ברגשותיו של חלק ניכר של בני האדם".²³¹ המלצה נוספת נגעה להוצאתו של חומר בעל ערך מדעי, ספרותי או אמנותי מגדר העברה, כאשר לצורך קביעת ערך כזה ניתן יהיה להיעזר במומחים. הוועדה הוסיפה וקבעה כי יש מקום לפעול אך ורק כלפי פרסומים המוצגים בפרהסיה, באופן שלא ניתן להתחמק ממנו, ולהוציא מתחום העברה פרסומים שנועדו אך ורק לשם מבוגרים אשר ביקשו אותם. הצגה ומכירה באופן פרטי, לפי ההצעה, לא תיחשב לפרסום. לבד מהיעדר אכיפה, ניתן למצוא ניצנים לריכוך העברה גם בפסיקה הקובעת כי החלת האיסור צריכה להיות "בהתאם להשקפות נאורות הרווחות בחברה של ימינו", ו"לאור הנגישות הרבה של כל אדם לחומרים פורנוגרפיים".²³²

פרהסיה ובתי קולנוע

מעבר לאיסור הפרסום החל על דברי תועבה, מגביל המחוקק הישראלי פרסומים מיניים גם בתחום שילוט החוצות וסרטי הקולנוע. יש להבחין כי שני תחומים אלו אינם עומדים על אותו מישור: בעוד שצפייה בסרט קולנוע היא פעולה רצונית, הכרוכה לרוב בקניית כרטיס ובכניסה לאולם, הרי שחשיפה לשלטי חוצות נכפית על כל אדם העובר בחוצות. החברה אינה יכולה לסנן את הנמענים אשר אינה רוצה שייחשפו לפרסומים אלו (כגון קטינים), ואף נמענים אחרים, המעוניינים בעצמם להימנע מחשיפה לפרסומים אלו (מסיבות דתיות, למשל), אינם יכולים, באופן סביר, להתחמק מחשיפה כזו.

231 דו"ח הוועדה לעניין פרסומים פורנוגרפיים (בראשות השופט ויתקון, 1968), עמ' 43.
232 ת"פ (ת"א) 6257/87 מדינת ישראל נ' מור, פ"ש ב 52, 54-53. לדוגמאות נוספות לריכוכה ולנזילות של הגדרת 'תועבה' בידי בתי המשפט, ראו להלן, במסגרת הדיון בהסדרת שידורי הטלוויזיה.

סעיף 214א, האוסר פרסום פוגע על שלטי חוצות, עבר בכנסת ביזמה ובלחץ של הסיעות הדתיות והחרדיות. הוא קובע כדלקמן:

214 א. פרסום פוגע על שלטי חוצות [תיקון: התשנ"א]

(א) המפרסם פרסום פוגע על שלטי חוצות, דינו – מאסר שישה חדשים או קנס פי שלושה מהקנס האמור בסעיף 61 (א)(1).

(ב) לענין סעיף זה -

"פרסום פוגע" – אחד מאלה:

- (1) תמונת עירום או תמונה של חלקי גוף אינטימיים של איש או אשה;
- (2) תמונה שיש בה קיום של יחסי מין או של אלימות מינית, או שיש בה ביזוי או השפלה מיניים, או שהיא מציגה אדם כחפץ זמין לשימוש מיני;
- (3) תמונה של חשיפה חלקית של גוף, של איש או אשה, שיש בה פגיעה ברגשותיו המוסריים של הציבור או חלק ממנו או השחתת המוסר הציבורי, או שיש בה פגיעה בקטינים או בחינוכם;

האיסור מתמקד, לפי כותרתו, במרכיב הפוגעני שבפרסום. הסעיף נמנע משימוש בלשון 'תועבה', ונדמה כי הגדרתו מרחיבה יותר. ס"ק (1) מתייחס לכל תמונת עירום, גם כאשר היא מוצגת בהקשר אמנותי, או שאין בה חריגה מסטנדרט הסובלנות הציבורי, וכך גם חלקו הראשון של ס"ק (2). המשכו של ס"ק (2) יונק מעמדות פמיניסטיות המתמקדות בשוויון ובכבוד, ועוסק בפגיעה הנגרמת בעיקר מביזוי והשפלה של האדם המוצג. ס"ק (3) מתמקד בהגנה על עמדותיו המוסריות של הציבור (או חלק ממנו), ועל חינוכם של קטינים. ס"ק (1) מספק, אם כן, הגדרה ניטרלית לפרסום פוגע, ושאר הסעיפים פונים לסטנדרטים נורמטיביים.

הגבלה נוספת על פרסומים פורוגרפיים נוגעת להטלת מגבלות ולקיום צנזורה על סרטי קולנוע. פקודת סרטי הראינוע²³³ מסמיכה מועצת ביקורת לאסור הקרנה של סרט, באופן מלא או חלקי, או להגביל את גיל הצפייה בו. הפקודה אוסרת הצגה של סרט שלא אושר וסומן על-ידי המועצה. סעיף 8 לפקודה זו קובע כעברה פלילית הצגה של סרט או אף פרסום סרט אשר לא

233 הפקודה, משנת 1927, פורסמה בחא"י א, 128.

סומן על-ידי המועצה, שונה לאחר שסומן, או שפג תוקפו של הסימון. הפקודה אינה קובעת כל טעמים או הנחיות להפעלת שיקול הדעת של הוועדה. יש לציין כי בעבר השתרעה ביקורתה של המועצה אף על מחזות, מכוח פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת). עם הזמן, עקב ביקורת גוברת מצד הציבור ומצד בית המשפט, הומר ההסדר המאפשר צנזורה מראש בהטלת איסור עונשי בדיעבד. כך תוקן סעיף 214 באופן שיחול על הצגות במקום ציבורי,²³⁴ וסמכותה של המועצה ביחס למחזות נשללה. מאחורי פיזור זה עומדת תפיסה שתפוצתו של הקולנוע רבה יותר, שסרטים מוחשיים ורבי השפעה יותר ממחזות, וכי הקהל הנחשף לקולנוע סלקטיבי פחות מקהל שוחרי התאטרון.²³⁵

כאמור, פקודת הראינוע אינה כוללת הגבלה על שיקול דעתה של המועצה לביקורת סרטים. בעבר, לפיכך, נמנע בית המשפט מלהתערב בשיקול דעתה של המועצה, שתחום סמכותה הוגדר כמניעת פגיעה במוסר או בטעם הטוב, באופן המוביל לשחיתות המידות.²³⁶ אמנם, כבר בעניין **אבידן נ' גרי** הביע השופט ברנזון את מורת רוחו ממוסד הצנזורה, וקרא במשתמע לשינוי המצב המשפטי הקיים. ואכן, יחד עם השינוי במדיניות השיפוטית בדבר התערבות בהחלטות מנהליות, באה גם הרחבה של הביקורת השיפוטית על החלטות המועצה.²³⁷

את תחילתה של מגמה זו ניתן לאתר כבר בבג"ץ 549/75 **סרטי נח נ' המועצה לביקורת**,²³⁸ שבו נפסלה החלטת המועצה שלא לאשר את הסרט "שוער הלילה", שהציג עלילה ארוטית על רקע מאורעות השואה. סמכותה

234 תיקון 35 לחוק העונשין. שנתיים קודם לכן הושעה תוקפה של פקודת ההצגות הציבוריות לתקופת ניסיון – ראו חוק להשעיית תוקפה של פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), התשמ"ט-1989.

235 ראו א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהד' חמישית, תשנ"ז), עמ' 1069-1071.

236 בג"ץ 383/73 **אבידן נ' גרי**, פ"ד כח(2) 766, 769; בג"צ 146/59 **כהן נ' שר הפנים**, פ"ד יד 283, 284: "די לנו בזה שהמועצה, בעלת הסמכות, מצאה את הסרט בלתי ראוי להצגה".

237 שינוי המגמה ניכר אף בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה הקובעות כי "אין למנוע הצגה של מחזה אלא במקרים קיצוניים בלבד, בהם יש בהצגה משום עבירה פלילית, כגון הסתה או המרדה, או פגיעה כה קשה בערכים וברגשות של הציבור עד שהיא גוברת באופן ברור על העיקרון של חירות הביטוי... במקרים של ספק מן הראוי להכריע לצד ההיתר". הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מספר 21.565 מה-1 בדצמבר 1982.

238 פ"ד ל(1) 757.

של המועצה צומצמה באופן דרסטי בשני פסקי דין, בעניין **יוניברסל** ובעניין **לאור**. בעניין יוניברסל, שעסק בהחלטת המועצה לאסור את הסרט "הפיתוי האחרון של ישו" על שום פגיעה מסתברת ברגשות הציבור הנוצרי, קבע הנשיא שמגר כי המועצה מוסמכת לפעול לשמירה על הסדר הציבורי, אולם סייג את סמכותה להגן על רגשות הציבור.²³⁹ כך נקבע גם בעניין לאור,²⁴⁰ שם קבע השופט ברק כי הזכות לחופש הביטוי תיסוג בפני הסדר הציבורי רק כשקיימת ודאות קרובה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה בסדר הציבורי, וכי הטלת המגבלה צריכה להיות האמצעי האחרון שיש לנקוט. הסדר הציבורי כולל, לפי ברק, "פגיעה בקיום המדינה, במשטרה הדמוקרטית, בשלום הציבור, במוסר, ברגשות הדת, בשמו הטוב של האדם, בהבטחת הליכי משפט הוגנים, וכיוצא באלה עניינים הנוגעים לסדר הציבורי".²⁴¹ למותר לציין כי בית המשפט אף מבקר את החלטות המועצה לפי עילות הסבירות הרגילות. כך למשל, נקבע בעניין **סטיישן פילם**,²⁴² כי המועצה לא בחנה כיאות את שאלת הערך האמנותי של היצירה, וממילא נפסלה החלטתה לאסור על שידור הסרט "אימפריית החושים".

ערוצי הטלוויזיה

שידורי הטלוויזיה בישראל מתחלקים לשלושה סוגים: שידור במימון ציבורי, במסגרת הערוץ הממלכתי – הערוץ הראשון, שידורים מסחריים לציבור – הכוללים את הערוץ השני הוותיק, את הערוץ השלישי הטרי, וערוצים נוספים המצטרפים אליהם בימים אלו, אשר מימונם נשען על כספי פרסומות, וכן שידורים למנויים – המשודרים על-ידי חברות הכבלים והלוויין, וממומנים על-ידי תשלומי המנויים. נסקור בקצרה, לפיכך, את ההסדרים השונים החלים על כל אחד מן הסוגים האמורים.

רשות השידור, הרואה את עצמה כרשות ציבורית בעלת תפקיד חינוכי ותרבותי, נמנעת משידור סרטים שנפסלו על-ידי המועצה לביקורת סרטים,

239 בג"ץ 806/88 **Universal City Studios נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מג(2) 22, 30.

240 בג"ץ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421, 430-431. אמנם יש לציין כי פסק הדין עוסק במחזה, ולא בסרט קולנוע.

241 **שם**.

242 בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בעמ' נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נ(5) 661.

ואף מקפידה לסמן אזהרה לגבי סרטים שאינם מומלצים לילדים ולבני נוער.²⁴³ באשר לערוצים המסחריים המשדרים לציבור, מסמך סעיף 46 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990, את מועצת הערוץ להתקין תקנות בדבר שידורים אסורים, ולפקח על השידורים. כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו), התשנ"ד-1994, אוסרים על שידור אלימות או סבל אנושי העוברים את גבול הנסבל על-ידי צופה סביר. המדריך לשמירה על כללי האתיקה שהוצא על-ידי הרשות השנייה, חוזר על הוראה זו תוך הדגשת תחולתה גם על אלימות מינית.

באשר לשידורי פרסומות, סעיף 12(6) לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומות בטלוויזיה וברדיו), התשנ"ד-1994, אוסר על שידור פרסומות לחומר תועבה ולשירותי ליווי או מין. סעיף 14(3) אוסר על שידור תשדיר פרסומת הכולל הצגה של יחסים מיניים, רמיזות מיניות, אדם כקרובן של אלימות מינית או כיוזם אלימות מינית, אלא אם כן קיים עניין ציבורי מובהק בכך, במידה המתחייבת מהוראות כל דין. מובן שהחלטות המועצה בעניין זה ניתנות לביקורת שיפוטית.²⁴⁴

השידורים למנויים, בכבלים ובלוויין, מוסדרים בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, (לשעבר חוק הבזק). סעיף 6 בחוק מקים מועצה לשידורי כבלים ולוויין, שבסמכותה לאשר ולפקח על שידורי הערוצים השונים. סעיף 6 בחוק אוסר על בעל זיכיון לשדר סרטים או מחזות שלא אושרו על-ידי המועצה לביקורת סרטים ומחזות, וכן חומרי תועבה, כמשמעותה בחוק העונשין (על תיקון החוק – ראו להלן). בכללי הבזק (שידורי בעל זיכיון), התשמ"ח-1987, שנקבעו מכוח הוראות אלה, קיימות הגבלות על שידורי אלימות, מין וסבל שהורים של קטינים לא יוכלו למנוע צפייה בהם, ומוטלת חובה לזיהוי תכניות אלו על-ידי סימול גרפי.

בסמוך לעלייתם לשידור, החלו ערוצי הכבלים והלוויין לשווק ערוצים הכוללים שידורים פורנוגרפיים. חברי הכנסת זבולון אורלב ושולמית אלוני עתרו לבג"ץ כנגד שידורים אלו,²⁴⁵ בטענה שמשודרים בהם חומרי תועבה, אשר לא קיבלו את אישור המועצה לביקורת סרטים כמתחייב בחוק. בעתירה

243 רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, עמ' 1070-1071. יש לציין כי ככל הנוגע לשידורי הרדיו, הממומנים מפרסומות, ישנן הוראות האוסרות על פרסום דברי תועבה, ראו: כללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993, ס' 7 ס"ק (5).

244 ראו עניין **תפוזינה**, לעיל.

245 בג"ץ 5885/00 **זבולון אורלב נ' המועצה לשידורי כבלים ולוויין**.

נאמר שהתברר לעותר כי "הסרטים הפורנוגרפיים המיועדים לשידור יכללו שידורי אקטים מיניים בוטים שאינם משאירים מקום לדמיון... שאין בצדם כל מטרה זולת הצגת קיום יחסי מין, פגיעה והשפלה (בעיקר באישה) וכי הם עומדים בניגוד לערכים בסיסיים ויסודיים", וכי "שידור סרטים פורנוגרפיים קשים כאמור בטלוויזיה הוא דבר פסול שעלול להזיק ולפגוע בציבור הקטינים והילדים בפניהם נגישות לסרטים פורנוגרפיים..." (מתוך כתב העתירה).

פרקליטות המדינה אשר הגנה על המועצה לשידורי כבלים ולוויין, מהיותה גוף ציבורי, טענה כי חופש הביטוי חל גם על פורנוגרפיה. עוד טענה הפרקליטות כי הפעלת הערוץ כדין הותנתה בכך שהצפייה בו תתאפשר באמצעות שימוש בקוד אישי בלבד, שהערוץ לא ייכלל בחבילת הבסיס ועל המנוי יהיה לבקש במפורש את הכללתו, שהשידורים יהיו ניתנים לחסימה וכן שלא יוקרן בו חומר תועבה. השידורים אף צומצמו לשעות הלילה, שאז הסיכוי לצפיית ילדים נמוך. הפרקליטות טענה כי האיסור על שידור סרטים שנאסרו על-ידי המועצה אינו אוסר שידור סרטי טלוויזיה שכלל לא נבדקו על-ידה. לפיכך, ולאור חשיבותו של חופש הביטוי, התבקשה דחיית העתירה. בית המשפט קבע כי בהיעדר הצבעה על סרטים מסוימים שהם בגדר תועבה, העתירה כללית מדי. לפיכך, המליץ לעותרים למשוך את העתירה, ומחק אותה תוך הנחיית העותרים לפנות שוב אם יוצגו סרטים ספציפיים העונים להגדרת התועבה שבחוק. בדברים אלו גלומה עמדה שלפיה הגדרת התועבה בחוק מצומצמת, וודאי שאינה חלה על כל ביטוי בעל אופי פורנוגרפי. בעקבות התפתחויות אלו, תיקן המחוקק את חוק הבזק, והוסיף הגבלה נוספת על השידורים. לסעיף 6כה הוסף ס"ק (א2), שלפיו אין לשדר:

ערוץ שעיקר שידוריו הם מישדרי מין; לענין פסקה זו, "מישדרי מין" – מישדרים שחלק מהותי מתוכם כולל תכנים העוסקים במין בדרך של הצגת יחסים מיניים או בדרך של הצגת מעשים המיועדים לעורר גירוי מיני או שיש בהם ביזוי או השפלה מיניים או שהם מציגים אדם כחפץ זמין לשימוש מיני או כנתון להתעללות גופנית או מינית.

תיקון זה דרש מערוצי הכבלים והלוויין לחדול משידורים מיניים במתכונת של ערוץ, אך אפשר להם להמשיך לשדרם במסגרת שאינה ערוץ נפרד, אלא במתכונת של 'שלם וצפה' (Pay per View). ואכן, חברות הכבלים והלוויין עברו לשידור במתכונת כזו. תגובת המחוקק לא איחרה לבוא. שתי

הצעות חוק הציגו להרחיב את האיסור מאיסור על "ערוץ שעיקרו משדרי מין" אל "משדרי מין" בכלל.

הצעת חוק אחת, של חבר הכנסת מיכאל איתן, בחרה בהטלת מגבלות חלקיות על "משדרים למבוגרים", הכוללים בתוכם "משדרים פורנוגרפיים". לפי ההצעה, שידור משדרים פורנוגרפיים יותנה בבקשת המנוי ובאופן שיבטיח את שליטתו המלאה בשידור, כאשר המשדרים מוצעים לצפייה כמשדרים בודדים או לפרק זמן שאינו עולה על שעתיים, כנגד תשלום נפרד בגין הצפייה. כן מוצע כי שידורים אלו ישודרו באופן מוצפן ומקודד, בדרך שתמנע את גישתם של קטינים למשדרים.²⁴⁶ כך מושגת המטרה של מניעת קטינים מצפייה בפורנוגרפיה, ואף הצרכן הבגיר מחויב לבצע החלטה רצונית ומודעת בכל פעם שבה הוא רוצה לצרוך פרסומים פורנוגרפיים. הצורך בהזמנה ובתשלום נפרדים מבטלים את האופי הפולשני של מכשיר הטלוויזיה, ומשווים בין הצפייה בפורנוגרפיה דרך גופי השידור לבין שאילת סרט פורנוגרפי מחנות וידאו.

הצעה מחמירה יותר הוצגה על-ידי קבוצת חברי כנסת אחרים, אושרה להצבעה בקריאה שנייה ושלישית על-ידי ועדת החינוך,²⁴⁷ והתקבלה בכנסת ב-8 ביולי 2002.²⁴⁸ לפי תיקון זה, מוטל איסור גורף על שידור "מישדרים פורנוגרפיים", ובלבד שאין בהם עניין ציבורי חשוב. אמנם, הגדרת השידורים האסורים צרה יותר במסגרת זו, ומקיפה, לפי ההגדרה:

- (1) הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול;
- (2) הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין;
- (3) הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני.²⁴⁹

246 ראו: הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 28) (הגבלות על שידורים למבוגרים), התשס"ב-2002, הצ"ח מס' פ/2850, הועברה לוועדה ביום כ"ו תמוז התשס"א (17 ביולי 2001).

247 ראו: הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 27) (הגבלות על משדרים פורנוגרפיים), התשס"ב-2002, הצ"ח מס' פ/2840, הועברה לוועדה ביום כ"ו תמוז התשס"א (17 ביולי 2001). הצעה זו הוגשה על-ידי קואליציה של חברי כנסת מן הסיעות הדתיות: חברי הכנסת יגאל ביבי, זבולון אורלב, יצחק גאגולה, שמואל הלפרט, צבי הנדל, שאול יהלום, נחום לנגנטל ויאיר פרץ. בוועדת החינוך תמכו בה תשעה מבין חמישה עשר החברים, ובתוכם גם חבר הכנסת עזמי בשארה (חבר סיעת בל"ד) וחברת הכנסת מרינה סולודסקין (מסיעת העבודה).

248 ראו: חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 27), התשס"ב-2002, ס"ח 1858, עמ' 482. 249 שם, סעיף 2 לתיקון, המחליף את סעיף 6(כה2, 2א) לחוק העיקרי.

כך שתכנים העוסקים במין בדרך של הצגת יחסים מיניים או מעשים שנועדו לעורר גירוי מיני אך אין בהם אלימות, התעללות, ביזוי או השפלה, ואשר אינם מציגים אדם או איבר מאיבריו כחפץ לשימוש מיני, ואינם מציגים קטינים, מותרים להצגה לפי הצעה זו.

נעיר אגב כך, כי נראה שהגדרת החוק בנוסחו טרם התיקון כללה בתוכה הן את הערוצים הפורנוגרפיים והן ערוצים ארוטיים דוגמת ערוץ 'פלייבוי', אשר שידר חומר שנהוג לסווגו כארוטי גרדא. לפיכך, הגישו זכייני הערוץ 'פלייבוי' עתירה נגד חוקיות וחוקתיות התיקון האמור, ככל הנוגע לאיסור על שידורים ארוטיים, אשר אינם בגדר פורנוגרפיה.²⁵⁰ בעקבות תיקון החוק, נתן בית המשפט צו על תנאי לטובת העותרים, והנחה את המועצה לשידורי כבלים ולוויין – המשיבה לעתירה, לבחון שוב האם החוק חל על העותרים או שמא תחת החוק בנוסחו המתוקן שידורי הערוץ מותרים.²⁵¹

בפני המועצה הונחה חוות דעת משפטית מטעם מנהלת הסדרת השידורים לציבור, שלפיה החוק אינו חל על פרסומים ממין אלו המשודרים בערוץ 'פלייבוי'. המועצה נועצה אף ביועץ המשפטי לממשלה, אשר קבע כי ניתן לפרש את התיקון לחוק בשני אופנים, כאשר לפי פירוש צר שידורי הערוץ יותרו, ולפי הפירוש הרחב – ייאסרו. לאור כך, קבע היועץ כי לא מצא מקום להתערב בחוות הדעת של המנהלת, אולם הדגיש במכתבו את כוונת יוזמי התיקון ואת עמדתם של ארגוני נשים וגופים אחרים שלקחו חלק בתיקון, ושכולם כוונו אל הפרשנות המרחיבה. היועץ המשפטי לממשלה אף הדגיש את חובת המועצה לשקול טעמים של אינטרס ציבורי במסגרת שיקול דעתה.

עקב כך, המועצה לשידורי כבלים ולוויין החליטה (בהחלטה מ-28 בנובמבר 2002) כי גם לפי החוק המתוקן האיסור חל על הערוץ. בהחלטתה, הנשענת על עמדת היועץ המשפטי לממשלה בדבר כוונתם של יוזמי התיקון והאינטרס הציבורי הטמון בו, קבעה המועצה כי השידורים מציגים נשים כנחותות מגברים, וכמי שכל מטרתן היא לספק את תשוקות הגבר וצרכיו. לפיכך, הם מציגים את הנשים באופן משפיל ומבזה, המשליך על תפיסתן כאובייקטים מיניים הזמינים תמידית לשימוש מיני. המועצה עמדה על ההבדל בין שידורי טלוויזיה לבין מדיות אחרות שבהן מופיעים שידורים אלו, וקבעה כי בעניין זה נסוג חופש הביטוי מפני האינטרס להגן על נשים,

250 בג"ץ 8003/01 פליי.טי.וי נ' כנסת ישראל.

251 החלטה מ-29 ביולי 2002.

ילדים וגברים, ומפני ההגנה על כבודן של נשים. לפיכך, המועצה דחתה את בקשתם של בעלי הערוץ ובעלי רשיונות השידור, לשדר את הערוץ במסגרת הכבלים והלוויין. העתירה חודשה, ונקבעה בפני הרכב של 11 שופטים. אולם עם ירידת חיבור זה לדפוס, הפכה המועצה (ביום 12.6.03) את החלטתה הקודמת, והתירה את שידורי הערוץ בתנאי שישודר בתשלום, בשעות הלילה, כערוץ בודד (ולא בחבילה), ובאופן מקודד (תוך פרסום אפשרויות הקידוד). גורמים פמיניסטיים ודתיים הודיעו כי יפנו לבג"ץ לתקיפת ההחלטה.

לצד ההסדרים שעניינם הטלת איסור על שידורים, עומדים הסדרים שעניינם הטלת חובת סימון וסיווג על שידורים מסוגים שונים, ובתוכם שידורי מין. הסדרים אלו נקבעו בחקיקה ראשית, בחוק סיווג וסימון שידורים, התשס"א-2001,²⁵² שחל על כל הגופים המשדרים ללא אבחנה. לפי החוק, מוטלת חובה לסמן כל משדר טלוויזיוני למעט משדר חדשות, קדימון (פרומו) או פרסומת, כאשר הוא כולל ביטוי חזותי, מילולי או קולי של אלימות, מין, אכזריות, או שיש בו עידוד לעבריינות או לשימוש בסמים. על הסימון לכלול הודעה שהמשדר אינו ראוי לצפייה לבני גיל מסוים ומטה, ומידע זה צריך להופיע גם בקדימונים המשודרים לקראת המשדר. סעיף 3(א)(4) לחוק קובע בין הסימנים השונים גם סימון המתייחס לקיומם של מאפיינים פורנוגרפיים בשידור. הסמכות לקבוע את צורת הסימונים, מיקומם, תדירותם ומשך זמן הצגתם, מוענקת לשר הממונה. החוק תוקן בשנת תשס"ב והרחיב את האיסור גם לשידורי פרסומת ולקדימונים העלולים לעודד עבריינות או שימוש בסמים, והגביל את שידוריהם של פרסומות וקדימונים הכוללים אלימות, מין או אכזריות, לשעות מאוחרות (משעה 21:00), שבהן צפייתם של ילדים צעירים בטלוויזיה פוחתת. הוראה זו, כמו שאר הוראות החוק, נושאת בצדה הוראה עונשית, הקובעת עונש של קנס למפר אותה.

הגבלה על חשיפת ילדים לפורנוגרפיה

ההגבלות על חופש הביטוי הפורנוגרפי יכולות לשאת שתי צורות עיקריות: הגבלה מוחלטת, אשר אינה מאפשרת לאיש מן הציבור להיחשף אל הפרסום, והגבלה יחסית, המגבילה רק חלק מאוכלוסיית הצרכנים, ובענייננו – קטינים. נבחן בקצרה כיצד מתייחס הדין הישראלי להגבלות יחסיות מסוג זה.

252 ס"ח 1773 התשס"א, עמ' 129. ראשיתו של החוק בהצעת חוק פרטית של חה"כ זבולון אורלב.

כאמור לעיל, בישראל נוהגת נורמה מרחיבה לגבי איסור כללי של הפצת פורנוגרפיה. בשל כך, אין בנמצא הסדרים ספציפיים הנוגעים למכירה או להפצה של פרסומים פורנוגרפיים לילדים דווקא.²⁵³ מן העבר השני, הפיקוח על תחום התקשורת והשידור הטלוויזיוני בפרט כולל הסדרים רבים שנועדו להגן על ילדים. לעתים רבות מרחיבים הסדרים אלו ומגבילים אף פרסומים שאינם בגדר פורנוגרפיה (לפי הגדרתנו), אלא ארוטיקה בלבד.

בשידורי הערוצים המסחריים, הכללים המתייחסים להגנה על ילדים מפני תכניות טלוויזיה מעוגנים בכללי האתיקה של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בנושא תכניות.²⁵⁴ לפי כללים אלה יש להימנע משידור משדרים שעלולים לפגוע בילדים (סעיף 20). בשידורים שיש בהם **מגע מיני, עירום, או רמיזות מיניות** (סעיף 19), יזהה הזכיון את התכנית באופן ברור בהודעת קריין ובאמצעות סימול גרפי המקובל בטלוויזיה, או בדרך אחרת שיקבע המנהל. כללי הרשות השנייה, התשנ"ב-1992, סעיף 16(4), אף קובעים כי בעל זיכיון לא ישרד תכנית או חלק ממנה לפני השעה **22:00** אם היא מסווגת **"למבוגרים בלבד"**, לפי כללי הסיווג הנהוגים במקום הפקתם, או לפי סיווגים מקובלים בענפי הקולנוע והטלוויזיה.

באשר לקדימונים, נקבע כי במהלך תכנית המיועדת או מופנית לילדים או העשויה לשאת חן במיוחד בעיניהם, או בגבולותיה, לא ישודרו קדימונים שאינם מתאימים לצפיית ילדים ולא ישודרו קדימונים לתכניות למבוגרים.²⁵⁵ באשר לפרסומות, נקבע כי בעל זיכיון לא ישרד תשדיר פרסומת המכוון לקטינים אשר יש בו משום עידוד קטינים למעשים לא ראויים.²⁵⁶ יש לציין כי ברשות השנייה ישנה מחלקת פיקוח שצופה בשידורים (לרוב לאחר שידורים), ובודקת אם הופרו כללי הרשות. פעולות פיקוח ואכיפה עשויות אף לנבוע מתלונות הציבור. במקרה של הפרה מוטלות על הזכיון סנקציות בדמות הפחתת דקות זכאות לפרסומת מן הזכיון (הפחתה הגוררת אתה, ממילא, נזק כספי). סנקציות כאלו אכן ננקטו נגד זכיינים אשר שידרו

253 זאת למרות מספר ניסיונות לחקיקה פרטית, שלא עלו יפה.

254 מעמדם החוקי של כללי אתיקה אלה, נגזר מתוך כללי הרשות השנייה אשר קובעים, בסעיף 216(2) כי בעל זיכיון לא ישרד תכנית או חלק ממנה ששידורם אסור לפי כללי האתיקה שקבעה המועצה.

255 מתוך הנחיית הרשות בנושא קדימונים לתכניות לימבוגרים ולימבוגרים בלבד, 2000.

256 סעיף 40 בכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (**אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו**), התשנ"ד-1994.

סרט שיועד למבוגרים מבלי להצהיר ולהזהיר על כך, או ששידרו קדימון לסרט כזה לפני השעה 22:00.

באשר לשידורי הכבלים והלוויין, סעיף 16ח לכללי הבזק (שידורי בעל זיכיון) קובע כי מועדי שידור ייקבעו בהתחשב בגילם של הצופים. כך, לא ישודר לפני השעה 22:00 משדר הכולל ביטויים קשים או בוטים של אלימות, מין או סבל, ולא ישודר לפני שעה זו קדימון הכולל תוכן כאמור. קדימון למשדר כזה, אף אם אינו כולל תוכן כאמור, לא ישודר כלל באפיק הילדים. תנאים אלו חלים גם על שידורים חוזרים של משדרים כאלו.

הגנה על המשתתפות ופורנוגרפיית ילדים

כפי שכבר הזכרנו, חלק מתעשיית הפורנוגרפיה מאופיינת בהסתמכות על ניצולן של הנשים המשתתפות בה. במקרים קיצוניים מתאפיין ניצול זה בשימוש בכוח ובאיומים, בפגיעה בחירות (על-ידי חטיפה וכליאה), וכד' – פעולות אשר ללא ספק אסורות לפי חוק. אולם פעמים אחרות מדובר רק בניצול מצוקה אישית, התמכרות לסמים, רקע של התעללות מינית במשפחה, וכד'. מקרים כאלו דומים למאפייני העברות לפי סעיפים 199-203 לחוק העונשין, העוסקים בסרסרות למעשי זנות, או בהבאת אדם לידי עיסוק בזנות.

החוק מעניק הגנה, לפיכך, לנשים אשר השתתפותן בתעשיית הפורנוגרפיה היא חלק בלבד מחיים של זנות, אולם לא מגן על השחקניות אשר אינן עוסקות בזנות, אלא בפורנוגרפיה בלבד. מתיחת גבולותיו של מושג הזנות תוך החלתו גם על התנהגות זו אינה נראית ראויה, באשר אינה עומדת במסגרת שמציב בפנינו עקרון החוקיות. אין מקום להחיל עברות על דרך הדרשנות.²⁵⁷ דיני העונשין חייבים להיות בהירים ומפורשים. נראה לפיכך כי במצב המשפטי הנוכחי, לא ניתן להעניק הגנה ממשית למשתתפות התעשייה המנוצלות, גם לו תתפתח תעשייה כזו בארץ. הניסיון העגום בדבר זנות וסחר בנשים, כפי שהתפתח בארץ, מלמד כי לא לעולם חוסן, וכי הסיכון להתפתחותו של ענף כזה בישראל אינו זניח כלל ועיקר.

257 מסיבה זו נראה כי אין מקום אף לנסות ולמתוח את גבולותיו של החוק למניעת הטרדה מינית, כך שיקף גם התנהגות כזו. גם על גבולותיו הנוכחיים של החוק נשמעה ביקורת, ראו: מ' קרמניצר ולי' לבנון, "האיסור הפלילי על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירו", **שערי משפט** ב (2001), עמ' 285.

הדבר שונה בעניין ההגנה על ילדים המנוצלים לצורך תעשיית הפורנוגרפיה. באשר לסוגיה זו, כוללת העברה הכללית התייחסות מיוחדת, שאף הורחבה במסגרת תיקון הסעיף בשנת התשנ"ח. סעיף 214 מורה כי:

- (ב) המפרסם פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, לרבות הדמיית קטין או ציור של קטין, דינו – מאסר חמש שנים.
- (ב1) המשתמש בגופו של קטין לעשיית פרסום תועבה, או המשתמש בקטין בהצגת תועבה, דינו – מאסר שבע שנים.
- (ב2) נעברה העבירה לפי סעיפים קטנים (ב) או (ב1) בידי האחראי על הקטין כהגדרתו בסעיף 368א, או בהסכמתו של אחראי כאמור, דינו של האחראי – מאסר עשר שנים.
- (ב3) המחזיק ברשותו פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, דינו – מאסר שנה; לענין סעיף קטן זה, "מחזיק" – למעט המחזיק באקראי ובתום לב.

תחום זה, אם כן, מכוסה באופן מלא על-ידי החקיקה הישראלית, האוסרת החזקה, הפקה ופרסום של פורנוגרפיית ילדים, תוך החמרה מיוחדת בדינו של האחראי על הקטין אשר השתתף או נתן את הסכמתו למעשה העברה. על עברות אלו חלים דיני העונשין הישראלים גם אם נעברו (בידי אזרח ישראל) במדינה אחרת, וזאת אף אם אין זו עברה באותה מדינה, כחריג לכלל השיפוט של עברות חוץ (סעיף 15(ב) לחוק העונשין). יש לציין כי גם במישור הבין-לאומי קשורה ישראל בכמה אמנות, שאודותיהן נפרט בהמשך.

שני היבטים של הדין הישראלי עלולים בכל זאת לעורר בעיה. האחד נוגע לסוגיה הכללית בדבר מעמדה של פורנוגרפיה וירטואלית. נשאלת השאלה האם האיסור החל אף על החזקת ציור או הדמיה של קטין בפרסום תועבה, אינו רחב מדי. הבעיה השנייה היא כריכתו של האיסור בעברה הכללית של פרסומי תועבה. מסגרת כזו מערבבת בין עברה שעניינה שמירה על המוסר לבין עברה שעניינה הגנה על קטינים, ולפיכך – לקויה. אולם מעבר לעניין המבני, ערוב זה קושר בין הגדרת התועבה בעברה לבין הגדרת האיסור הנוגע לקטינים. המונח 'תועבה', על אף שהגדרתו מעורפלת וסתומה, בוודאי אינו חל על פרסומים ארוטיים של בגירים, אולם דומה שנרצה לפסול גם פרסומים ארוטיים הכוללים קטינים. ניתן אמנם לטעון כי הופעתם של קטינים בפרסום בהקשר מיני הופכת אותו, מכוח זה בלבד, לתועבה. נראה בכל זאת כי יש מקום להבהיר את ההגדרה ואת היקף תחולתה.

הצורך בשינויו של הדין הקיים

לאור סקירת ההסדרים הקיימים, נקדיש מספר מילים לליקויים הבולטים במצב המשפטי הנוכחי בישראל. את עיקר דברינו נמקד בעברה המרכזית, האוסרת הצגה ופרסום של דבר תועבה. הערות והצעות הנוגעות לתחומים האחרים יידונו ביתר פירוט במסגרת המלצותינו לפעולה, בפרק הרביעי.

מקורה של העברה האוסרת פרסום והצגת תועבה, הוא בדין האנגלי הישן. באותה עת, נתפסו דיני העונשין כמכשיר לגיטימי לאכיפת המוסר המקובל על הקהילה. בד בבד שיקפה העברה תפיסה שמרנית ומוסרנית אשר נהגה בפועל בציבור באותה עת. שני מרכיבים אלו נעדרים מן המציאות המודרנית, כפי שהיא נתפסת בחברה הישראלית כחברה מתוקנת. דיני העונשין נתפסים כעוסקים בהסדרת החיים בצוותא בלבד, ולא בהשלטת ערכים, עמדות או העדפות. במקביל, החברה המערבית כולה עברה תהליך של ליברליזציה ככל הנוגע ליחסה למין ולמיניות. מטבע הדברים תהליך זה כלל גם שינוי ביחס החברתי לפרסומים פורנוגרפיים, שנהנים היום מסובלנות או אף מאהדה. האיסור על פרסומי תועבה, אם כן, מבוסס על תפיסות אשר אינן עוד נחלתו של רוב הציבור, ונשען על התפיסה שביכולתו של הרוב לאכוף על הכלל את תפיסותיו המוסריות. תפיסה זו נס ליחה ואין לה מקום בחברה מתוקנת. טענות בדבר הארכאיות של ההסדר, והצורך בשינויו, נשמעו כבר לפני כשלושים שנה, במסגרת ועדת ויתקון.

מן הארכאיות של דבר החקיקה נובע גם כי האיסור המוטל בו משתרע על פני תחום רחב מדי, אשר אינו משקף את הערכים החברתיים שדיני העונשין נועדו להגן עליהם. פרשנותו של המונח תועבה לפי הפסיקה המקובלת משתרעת כאמור על תחום רחב אשר אין כל אינטרס ממשי להגביל אותו. איסור כזה אינו לגיטימי במדינה מתוקנת, שבה מובטחת לאזרח חירות בסיסית לפעול כרצונו. על אחת כמה וכמה שאין הוא לגיטימי כאשר הוא בא להגביל ביטוי, החוסה – למחצה, לשליש או לרביע – תחת כנפיו של עקרון חופש הביטוי, הנחשב לזכות יסוד בעלת אופי חוקתי.

זאת ועוד, רוחבה המוגזם של העברה, שאינו הולם את התפיסה הציבורית, מזמין היעדר אכיפה. היעדר האכיפה הופך את הסעיף לאות מתה, ופוגע באמון הציבור בספר החוקים ובסדר החברתי-משפטי. העברה הרחבה יתר על המידה, גוררת אכיפה חסרה. דוגמה בולטת לכך, כאמור, היא הגנתם של ילדים מפני צריכה של פורנוגרפיה – אינטרס ראוי לכל הדעות – אשר נפגע כתוצאה מהיעדר אכיפה של העברה הכללית, ומהיעדר חקיקה ספציפית לאור קיומה של החקיקה הכללית.

יתרה מזו, המושג 'תועבה' העומד בבסיס החקיקה הוא מושג מעורפל ועמום, הנשען על פרשנות שיפוטית לא יציבה ומעורפלת גם היא. זוהי פגיעה בעקרון החוקיות, המבטיח שכל מגבלה על חירותו של הפרט תעוגן בחוק, וכן בעקרון הבהירות הנגזר מעיקרון זה, שמחייב את המחוקק להגדיר את ההתנהגות הנופלת בגדר האיסור הפלילי בצורה מפורשת ובהירה. יש להזהיר את הציבור בנוגע לאופי ההתנהגות האסורה, באופן שלא ימנע התנהגות מותרת במחשבה שהיא אסורה, ולא יוביל פרטים לבצע מעשה פלילי במחשבה שהוא מותר, באופן שייצור עבריינים במקום למנוע עברות.²⁵⁸ שילוב של רוחב האיסור עם חוסר בהירותו עלול להוביל לאכיפה שרירותית ומפלה, אשר תושפע מהלכי רוח חולפים ומשיקולים זרים, באופן שאינו מתיישב עם שלטון החוק ועם עקרון השוויון. מכאן נובעת אף חוסר יכולת ממשית לכוון התנהגות במסגרת סעיף זה.

החוק חסר, כאמור, התייחסות מתאימה להגנה על ילדים מפני חשיפה לפורנוגרפיה, ונעדר אף התייחסות לנימוקים הפמיניסטיים בדבר הגבלת פורנוגרפיה, אשר משקלם, כפי שראינו, רב יותר מאלו המוסרניים. מכאן נובעת אף חוסר קוהרנטיות בין דברי החקיקה השונים העוסקים בהגבלה של ביטויים מיניים, אשר חלקם כולל התייחסות כזו. החיקוקים השונים נבדלים אף בהיקף ההגנה שהם מעניקים, כאשר לא תמיד נשען הדבר על הבחנות ענייניות. בהקשר זה ניתן להזכיר את ההגנה הרחבה יתר על המידה שמספק סעיף 214א (שלגביה נפרט בפרק הרביעי), אל מול חוסר בהסדרים המגנים על קהל שבו או על קטינים ועל חינוכם בהקשרים אחרים. המצב המשפטי אף לוקה בחסר ביכולתו לתת מענה למרכיבים פסולים של ניצול העלולים להתלוות להפקתם של פרסומים פורנוגרפיים, ואף שתוקן לאחרונה, עדיין לוקה בחסר בתחום ההגנה על ילדים מפני ניצול.

לאור האמור, לא ניתן להשאיר את העברה המרכזית על כנה. העברה ארכאית, ובשל כך מגנה על אינטרסים לא לגיטימיים, בכלים לא ראויים. מכאן נובע אף היעדר הגנה על אינטרסים לגיטימיים, בהיעדר אכיפה של ההסדר הכללי. העברה אף אינה מתיישבת עם עקרון החוקיות, ועם עקרון הבהירות הנגזר ממנו. ולסיום – העברה אינה משתלבת באופן הרמוני באיסורים האחרים בספר החוקים הנוגעים להגבלה על ביטויים מיניים. צירופן של סיבות אלו מוליך למסקנה בדבר הצורך לתקן את העברה ואת חברותיה.

258 לעניין זה ראו שי ז' פלר, **יסודות ביניי עונשין** (כרך א, ירושלים, התשמ"ד), פסקאות 19-6.

בטרם נעבור להצעות אופרטיביות בדבר שינוי הדין הקיים, נביט בקצרה אל עבר הניסיון שהתפתח במספר מדינות מערביות אחרות. אין כוונתנו של דיון זה למצות את הסקירה בדבר ההסדרים הנוהגים מעבר לים. תכליתו הבלעדית היא הישענות על מספר דוגמאות נבחרות אשר יוכלו להוות מקור השוואה והשראה, בין אם מסקנותינו מתיישבות עמן ובין אם לאו. מטבע הדברים, נאריך יותר בנושאים שבהם יש צורך בתיקון הדין הישראלי, ובמקומות שבהם ישנם הסדרים חדשים הפועלים כИАות, ונקצר במקומות שבהם אף הדין הזר סובל ממחלותיו של הדין הישראלי.

איסור כללי

במדינות מערביות רבות ישנה מסורת של איסור פלילי על פרסומי תועבה. כפי שכבר הזכרנו, המונח 'תועבה' אינו חופף למונח 'פורנוגרפיה', אולם בפועל התרכז יישומה של העברה בפרסומים מיניים מפורשים, הנופלים תחת הגדרת הפורנוגרפיה כפי שניסחנו אותה.

האיסור במדינות המשפט המקובל מבוסס על המשפט האנגלי, שהחל לאכופ עברות 'נגד המוסר' כבר בראשית המאה ה-19. העברה בצורתה הנוכחית קבועה ב-*Obscene Publication Act 1959*, הקובע בסעיף 2 כי פרסומו של דבר תועבה הוא עברה, וכך גם החזקתו לשם הפצה בכוונת רווח. סעיף 1 מגדיר תועבה, בהתבסס על הפסיקה האנגלית, כפריט אשר השפעתו, בהילקחו בכללותו, נוטה להשחית את מי שעלול להיחשף אליו בנסיבות העניין.

גם בארצות-הברית נאסרה הפצת פרסומי תועבה, אולם המונח 'תועבה' קיבל תוכן אחר. כבר בשנות ה-30 של המאה ה-20 הובעה בארצות-הברית הסתייגות מהלכת היקלין האנגלית,²⁵⁹ ובהמשך נפסק במפורש כי תכלית האיסור היא הגנה על רגשות הקהילה, ולא שמירה על המוסר.²⁶⁰ גרסתה

259 *U.S. v. One Book Called Ulysses*, 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933). באותו עניין נקבע כי יש לקחת בחשבון גם את הערך הספרותי של הפרסום, ואת כוונתו של המחבר, כמו גם לבחון את האפקט על אדם ממוצע או סביר, ולא על קטינים או אנשים חשופים במיוחד.

260 *A Book Named John Cleland's "Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

המודרנית של ההגדרה עוצבה בעניין מילר,²⁶¹ ולפיה יש לבחון האם בעיני אדם ממוצע, המפעיל סטנדרטים קהילתיים בני זמננו, נושא הדומיננטי של הפרסום בכללותו פונה לתאוות בשרים טמאה, האם יש בו תיאור פוגעני במיוחד, התנהגות מינית ברורה, וכן האם אין בו, בכללותו, ערך ספרותי, אמנותי, פוליטי או מדעי חשוב, בעיני אדם סביר. בחינת הפוגענות היא על בסיס מקומי – בכל מדינה ומדינה ממדינות ארצות-הברית.

הפסיקה האמריקנית קבעה כי תועבה אינה מוגנת על-ידי התיקון הראשון, המבטיח חופש ביטוי. ממילא, יחיד אמנם יכול לצרוך תועבה ביחידות בביתו (מכוח הזכות לפרטיות),²⁶² אך אין לו זכות לקנות או למכור פרסומי תועבה. לאור כך, חקיקה מדינתית האוסרת תועבה אינה נחשבת ללא חוקתית. המונח תועבה אינו נחשב לרחב או עמום מדי, כל עוד הוא מיושם לפי הלכת מילר. עם זאת, במהלך השנים פסל בית המשפט מספר חיקוקים אשר היו רחבים או עמומים מדי לטעמו, כאשר הוטל איסור על תמונות 'לא מוסריות' או כאלו 'הנוגדות את ההגינות הציבורית'.

גם בקנדה ישנו איסור פלילי על הפצת פרסומי תועבה. סעיף 163(1)(a) לחוק הפלילי הקנדי, קובע כי הפקה, הדפסה, הפצה, חלוקה או החזקה לצורך פרסום או הפצה של חומר תועבה כתוב, מצולם, מוקלט או אחר, היא עברה. סעיף 163(2) קובע כעברה מכירה, חשיפה לציבור או החזקה לצורך כך, של חומר תועבה כאמור. תועבה מוגדרת בסעיף 163(8) כפרסום אשר אופיו הדומיננטי הוא ניצול לא נאות של מין, או מין יחד עם פשע, חרדה, אכזריות או אלימות.²⁶³ הפסיקה הפעילה את בחינת הנאותות תוך פנייה אל הסטנדרטים הקהילתיים, ואל מבחן 'הצורך הפנימי' – כלומר, האם הצגת המין בהקשר הנתון משרתת טיפול משמעותי בנושא, אם לאו.²⁶⁴ נקבע כי בחינת הסטנדרט הקהילתי תיעשה לפי סטנדרטים מודרניים, ותבחן את רמת הסובלנות של הקהילה, ולא את הטעם שלה.²⁶⁵

261 *Miller v. California*, לעיל.

262 ראו: *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969). כלל זה אינו חל על פורנוגרפיית ילדים: ראו להלן.

263 "...any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed obscene.

264 *Brodie v. The Queen* [1962] S.C.R. 681

265 *Towne Cinema Theatres Ltd. v. R.* [1985] S.C.R. 494. בניגוד למצב בארה"ב, פסיקה זו קבעה כי יש לבחון את הסטנדרטים ברמה המדינתית, ולא בכל מקום ומקום.

לבסוף, בעניין בטלר המפורסם, נקבע כי האיסור על הפצה ומכירה של תועבה אמנם פוגע בחופש הביטוי המעוגן בחוקה הקנדית, אולם פגיעה זו מותרת וראויה, בהיותה מוצדקת בחברה חופשית ודמוקרטית. נקבע כי תועבה היא רק פורנוגרפיה הכוללת אלימות, פחד או אכזריות, ולחלופין – השפלה ודה-הומניזציה, ופרסומים פורנוגרפיים אשר רכיבים אלו נעדרים מהם אינם חשופים להגבלה. המבחנים לקביעת פרסום כתועבה הם פנייה לסטנדרט הקהילתי, בחינת השפלה ודה-הומניזציה בפרסום, ומבחן הצורך הפנימי שנזכר לעיל. פרסום שעלול לגרום לאנשים להתנהגות אנטי-חברתית, ולחזק עמדות לא שוויוניות, כפוף לפיכך לאיסור.

קולנוע וטלוויזיה: ילדים ומבוגרים

בפרק זה נסקור בקצרה את הגופים העיקריים העוסקים בפקוח על סרטי הקולנוע ושידורי הטלוויזיה במדינות שונות. עיקר פעולתם של הגופים הוא הגנה מפני צפייתם של ילדים, אולם ביניהם כאלו העוסקים בפקוח כללי המגביל גם מבוגרים. בהיותם של הסדרים אלו דינמיים יותר מאחרים, מופנים הקוראים דרך הערות השוליים לאתרי אינטרנט מרכזיים שעוסקים בסוגיה זו.

קולנוע

באנגליה פועל גוף המכונה British Board of Film Classification (BBFC). הוא פועל מכוח The Video Recordings Act 1984, The Obscene Publications Act 1959, The Protection of Children Act 1978, וכן מספר חיקוקים נוספים אשר אינם נוגעים לענייננו. גוף זה מוסמך לפקח על סרטים העלולים להשפיע על צופים, ובעיקר על בני נוער, וכן מוסמך להשמיט קטעים ואף לפסול סרט שלם. המועצה אחראית לאסור הצגת תמונות מגוונות של קטינים (מתחת לגיל 16), ודברי תועבה.

המועצה קבעה לעצמה הנחיות כלליות לסיווג סרטים. עקרונות היסוד קובעים כי למבוגרים צריכה להינתן החירות לבחור במה ברצונם לצפות, כל עוד אין בכך אי חוקיות או פגיעה בחברה, וכן כי סרטים צריכים להגיע לקהל הרחב ביותר המתאים לצפייה בהם. בסיווג הסרטים יש לתת משקל להקשר שבו מופיע היסוד הבעייתי, לפי טעם הקהל שאותו יש לבחון מדי תקופה. לאור זאת, המועצה קבעה סולם בן שבע קטגוריות שממיינות את

הסרטים לפי גיל הצופים הרשאים לצפות בהם, לאור רכיבים פוגעניים (כמו מין, אלימות ועוד) המופיעים בהם. הקטגוריות הן: סרטים המתאימים לכל גיל, סרטים המתאימים לכל גיל אך חובה ליידע את ציבור ההורים שיש בסרט סצינות שעדיף שילדים צעירים לא יצפו בהן, שלוש קטגוריות לפי גיל – מעל 12, מעל 15, ומעל 18, והקטגוריה האחרונה המכונה 18R, שכוללת סרטים המותרים להצגה רק ברישיון מתאים.²⁶⁶

באוסטרליה קיים גוף סטטוטורי הכפוף למשרד התובע הכללי, בשם Office of Film and Literature Classification (OFLC), אשר מופקד, בין היתר, על צנזורה של סרטים. ה-OFLC אחראי לסווג את כל החומרים המופצים לציבור הרחב, למעט שידורי הטלוויזיה, מתוקף הסמכות שנקבעה ב-Commonwealth Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995. לצד ההסדר הפדרלי, קבעה כל אחת מהמדינות חקיקה משלימה בנושא. נקבע כי מכירה או הצגה של סרטים, סרטי וידאו או משחקי מחשב וכן חומר המופץ לקהל הרחב (כרטיסי ברכה, פוסטרים, מגזינים), שלא קיבלו קודם לכן סיווג על-ידי ה-OFLC, היא עברה פלילית. בנוסף לסיווג הסרטים לפי גיל, המועצה מוסמכת לחתוך קטעים מסוימים, או לאסור באופן מוחלט על הפצה של סרט או על הקרנתו.²⁶⁷

הסדר בעל אופי דומה קיים גם בקנדה, תוך הסדרה נפרדת בכל מחוז.²⁶⁸ ב-British Columbia, למשל, פועל ה-Film Classification Office (FCO), האחראי על סיווג סרטים המיועדים להקרנה פומבית או ביתית במחוז זה, מכוח ה-Motion Picture Act. המשרד אחראי על סיווג סרטים, קביעת סרטים שאינם מתאימים לצפייה לילדים, מתן רישיונות למפיצים, לתאטראות, ולחנויות להשכרת סרטי וידאו, וכן על אספקת מידע לצרכנים לגבי הסרטים וכדו'.²⁶⁹

גם בפינלנד פועל גוף דומה, המכונה Finnish Board of Film Classification (VET), והוא אחראי על צנזורה של סרטים ומשחקי מחשב, למעט שידורי טלוויזיה ואינטרנט, תוך דגש מיוחד על חומר שעלול להזיק לילדים. לצד הסיווג הרגיל לפי גיל, קיים הסדר מיוחד ומעניין הקובע חריג

266 מידע נוסף ניתן למצוא ב: <http://www.bbfc.co.uk>.

267 למידע נוסף, ראו: <http://libertus.net/censor/auscensor.html#intro>.

268 לבחינת כל מחוז ראו: <http://www.media-awareness.ca/eng/indus/filmvid/film1.htm>.

269 למידע נוסף, ראו: http://www.pssg.gov.bc.ca/film_class/index.htm.

שמתיר צפייה של ילד הצעיר בשנתיים מן הגיל המותר, אם הוא בא בלוויית מבוגר. ראש המועצה ממונה על-ידי משרד החינוך והוא ממנה את שאר החברים. על כל החלטה של המועצה ניתן לערער לגוף הערר של המועצה, שחבריו ממונים בידי הממשלה.²⁷⁰

לעומת הגופים הממשלתיים הפועלים במדינות השונות, בארצות-הברית נושא זה מוסדר על-ידי רגולציה פנימית של תעשיית הקולנוע. ב-1922 הקימה תעשיית הקולנוע האמריקני את ה-Motion Picture Producers and Distributors Association (MPPDA), אשר אימץ, בשנת 1930, קוד אתי בדבר שידוריו. במרוצת השנים עבר הקוד שינויים רבים, עד לשנת 1968 שבה יוסדה מערכת סיווג לפי גיל, כאשר הקטגוריה החמורה ביותר היא X, האוסרת צפייה על ילד מתחת לגיל 16. לאחרונה גוברת הביקורת על מערכת הסיווג הנוכחית, והיא מואשמת בפוריטניות יתר ובעולם ערכים ארכאי.²⁷¹

שידורי טלוויזיה

באנגליה קובע החוק הסדר דומה למצב בישראל. The Broadcasting Act 1996 מורה כי תוקם מועצת טלוויזיה – Broadcasting Standards Commission (BSC), שמתפקידה לנסח קוד להצגת אלימות והתנהגות מינית בטלוויזיה, לפי סטנדרטים של טעם ומהוגנות, ולבצע מעקב על יישום הקוד. בנוסף, מתפקידו של גוף זה להכין דוחות על דעת הקהל לגבי תכנים אלימים בטלוויזיה ולחקור את השפעותיהם של תכנים אלו על הצופים. באנגליה אף קיימים כללי אתיקה (מפורטים בהרבה יחסית לכללים הנהוגים בישראל) לגבי הקרנתם של שידורי טלוויזיה אלימים.²⁷² גם באוסטרליה נוהג הסדר דומה, בידי ה-Australian Broadcasting Authority (ABA), גוף סטטוטורי הכפוף למשרד התקשורת והאמנויות.²⁷³

הסדר בעל אופי שונה, המעביר את קבלת ההחלטות מן המשדר אל הקולט, קבוע בארצות-הברית. הסדר זה, המעוגן בחקיקה משנת 1996,²⁷⁴ קובע כי בכל מקלטי הטלוויזיה (מגודל מסוים) המיוצרים או מיובאים

270 למידע נוסף, ראו: <http://www.vet.fi/english/board.html>

271 לתיאור רחב, ראו: http://www.gradingthemovies.com/html/parent_alerts_bp_ratings.shtml

272 את הכללים ניתן למצוא באתר האינטרנט של המועצה: <http://www.bsc.org.uk>

273 למידע נוסף, ראו: <http://www.aba.gov.au>

274 47 U.S.C. 303(a) (1996)

לארצות-הברית יותקנו התקני חסימה, המכונים V-chip (V פירושה Violence, אלימות). בד בבד, תיקבע שיטת דירוג שבה הגופים המשדרים יסמנו את תכניות הטלוויזיה השונות, לפי תכניות המכילות חומר מיני, חומר אלים, או חומר אחר שעל הורים להיות מודעים לו.²⁷⁵ גם בקנדה מיושם הסדר דומה מזה מספר שנים.²⁷⁶

הגבלה על חשיפת ילדים לפורנוגרפיה

בפרק הקודם סקרנו הסדרים שונים המגבילים את חשיפתם של ילדים לשידורים בעלי אופי מיני בטלוויזיה ובקולנוע. בפרק זה נוסיף מעט בדבר הגבלות נוספות, ובראשן הניסיון האמריקני להגביל את חשיפתם של ילדים לפורנוגרפיה דרך רשת האינטרנט. קודם לכן דנו בעיקר בהיבטים הקשורים להסדרת האינטרנט, ואילו כעת נתמקד בהיבטים הקשורים בהגנה על ילדים. זכור, השלב הראשון בניסיון להסדיר את נגישותם של קטינים לאתרים בעלי אופי מיני מגונה, היה Communications Decency Act of 1996 (CDA). לפי חוק זה, נאסר להעביר באמצעות רשת האינטרנט מידע העלול להגיע לידי קטינים, שיש בו ביטויים מגונים (indecent) ופוגעים באופן ברור וגלוי (patently offensive). בית המשפט העליון, בפסק הדין אשר כונה Reno I,²⁷⁷ פסל את החוק, משום החשש שההגבלות הקבועות בו ימנעו פרסום פורנוגרפי גם למבוגרים. בנוסף נטען כי ההגדרה של חומר 'מגונה' לפי החוק, אשר כללה פנייה לסטנדרטים המקובלים בקהילה, תגרוור את האינטרנט כולו ליישר קו עם הקהילות השמרניות ביותר.

בניסיון לתקן את החוק כך שיעמוד במבחן החוקתי, נחקק חוק חדש, בעל הגדרות ברורות וצרות יותר: Child Online Protection Act of 1998. לצד השינויים הקשורים באינטרנט, שעליהם עמדנו לעיל, שינה החוק גם את הגדרת החומר המגונה, באופן המחייב עמידה בשלושה מבחנים מצטברים: הפגיעה בקטינים נבחנת בעיניו של אדם **סביר** (ולא אדם ממוצע) הרואה את הפרסום בכללותו; פרסום מגונה הוא פרסום שמוציגים בו אקטים מיניים כלשהם (אמתיים או מדומים), או איברי רבייה או הפרשה, באופן

275 למידע נוסף ראו: <http://www.fcc.gov/vchip/welcome.html>.

276 ראו: <http://www.vchipcanada.ca>.

277 Reno v. ACLU, 521 U.S. 844; 117 S. Ct. 2329, (1997).

הפוגע בקטינים; פרסום בעל ערך ספרותי, אמנותי, פוליטי או מדעי, **עבור קטינים**, מכשיר את הפרסום. כאמור לעיל, גם תיקון זה עומד בימים אלו לבחינה חוקתית.

באנגליה מעוגנת ההגנה על ילדים בעיקר ב-Children and Young Persons (Harmful Publication) Act 1955. החוק קובע איסור פלילי על ייבוא, הדפסה, פרסום, מכירה או החזקה לצורך מכירה, של ספרים, מגזינים וכיו"ב, שיכולים ליפול לידיהם של ילדים וצעירים, ואשר מציגים ביצוע פשעים, פעולות אלימות או אכזריות, או אירועים איומים או דוחים מטבעם, אשר נוטים להשחית. גם חוק זה קבע כהגנה את קיומו של ערך אמנותי או מדעי בפרסום.

פורנוגרפיית ילדים

סוגיית ההגנה על ילדים מפני שימוש בתעשיית הפורנוגרפיה זוכה לקונסנזוס רחב בקרב שיטות המשפט המערביות. ההבדלים בין ההסדרים קטנים, ועיקר המחלוקת נוגעת לנושאים הקשורים באכיפה יעילה של ההסדרים. נסקור בקצרה מספר חיקוקים זרים ובין-לאומיים שעניינם הגבלה על פורנוגרפיית ילדים.

ראשית יש לזכור כי הפקתם של רוב הפרסומים אסורה גם בעקיפין, משום שהפקתם מהווה גם עברת מין או התעללות בילדים בפני עצמה. נתמקד לפיכך באיסורים החלים על הפרסום, ההפצה או ההחזקה של חומרים כאלו.

בארצות-הברית הוכר ונאכף איסור על הפצה והחזקה של פורנוגרפיה שבהפקתה היו מעורבים ילדים אמתיים, וזאת מתוך כוונה להגן עליהם מפני ניצול, הן בהליך ההפקה, והן במסגרת ההפצה המתמשכת של הפרסום.²⁷⁸ בשנת 1996, נחקק ה-CPA – The Child Pornography Prevention Act of 1996, האוסר על שימוש בקטינים לצורך פרסומים פורנוגרפיים, לרבות הצגתם של בגירים (או קטינים בגיל ההסכמה לקיום

278 ראו: **New York v. Ferber**, 458 U.S. 747, 758 (1982), הקובע כי קיומה של פורנוגרפיית ילדים בפרסום הופכת אותו לפרסום תועבה, לפי ההגדרה, גם ללא שום יסוד אחר מיסודות פסק דין מילר, כך שכל פרסום כזה איננו מוגן על-ידי התיקון הראשון לחוקה, ואיסורו חוקתי. קביעה דומה נקבעה בפסק הדין הקנדי בעניין בטלר (שנדון לעיל), אף כי לא עסק בעניין זה.

יחסי מין) הנראים כקטינים בפרסומים אלו, או דמויות וירטואליות הנראות כקטינים.²⁷⁹ החוק אוסר הפקה, הפצה וקבלה של חומר הכולל פורנוגרפיית קטינים, ומפליל אף פרסומות הנוגעות לפורנוגרפיית ילדים, או הצגת פרסום באופן היוצר את הרושם שהוא כולל פורנוגרפיית ילדים. חידושו המרכזי של החוק, אם כן, היה בהפללתם של פרסומים פורנוגרפיים אשר אינם מציגים קטינים אמתיים, אלא דמויות הנחזות בלבד כדמויות של קטינים (כאשר למעשה מדובר בבגירים או בדמויות שהן תוצאה של הדמיה ממוחשבת), באופן שהפקתם של פרסומים אלו לא כללה ניצול מיני של קטינים כלל.

טענות שלפיהן החוק אינו חוקתי משום שהוא חל גם על פרסומים שאינם בגדר תועבה, ומשום שהוא אוסר גם החזקה באופן פרטי, נדחו.²⁸⁰ לעומת זאת, באשר לחוקתיות האיסור על הצגת קטינים וירטואליים (קרי: פרסומים של דמויות הנחזות כדמויות קטינים, מבלי שאכן מדובר בקטינים), המצב שונה. קבוצת מפיצי חומר 'למבוגרים בלבד' עתרה לבית המשפט בטענה שבמקרה כזה, שבו אף ילד קונקרטי לא נפגע, אין מקום להגביל את חירותם של הצרכנים ואת חופש הביטוי של המפיצים והיצרנים, אשר אינם פוגעים באיש. לאחר שזכו לפסיקות סותרות בערכאות הנמוכות,²⁸¹ הגיעה השאלה אל בית המשפט העליון.

279 ההגדרה היא:

any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, drawing or computer or computer-generated image or picture, which is produced by electronic, mechanical or other means, of sexually explicit conduct, where:

- (1) its production involved the use of a minor engaging in sexually explicit conduct, or;
- (2) such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct;
- (3) such visual depiction has been created, adapted or modified to appear that an 'identifiable minor' is engaging in sexually explicit conduct; or
- (4) it is advertised, distributed, promoted or presented in such a manner as to convey the impression that it is a visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct.

280 כאמור, בעניין פרבר נקבע כי פורנוגרפיית ילדים היא בגדר תועבה, בהגדרה. גם בשאלת האיסור על החזקה של פורנוגרפיית ילדים בית המשפט אישר את חוקתיות החוק, ראו: **Osborne v. Ohio** 495 U.S. 103 (1990). גם בקנדה התעוררה שאלה דומה, אולם טרם ניתנה בה הכרעה.

281 לאחר אישור החוק בערכאה הראשונה, נפסל החוק על-ידי בית המשפט לערעורים, ראו: **Free Speech Coalition v. Reno** 198 F.3d 1083 (9th Cir. 1999),

בפסק דין מה-16 באפריל 2002, קבע בית המשפט העליון האמריקני, ברוב של שישה מול שלושה שופטים, כי חלק מסעיפי ה-CPA הם עמומים ורחבים מדי, ולכן – לא חוקתיים ופסולים.²⁸² פסק הדין התמקד בסטנדרטים האוסרים חומר אשר נחזה או יוצר את הרושם (conveys או appears to be the impression) שמוצגת בו פורנוגרפיית ילדים. בית המשפט קבע כי החוק מטיל איסור על פרסומים המוגנים על-ידי התיקון הראשון לחוקה שמבטיח את חופש הביטוי, שכן בכלל הפרסומים האסורים כלולים גם כאלו שאינם עומדים במבחני פסק דין מילר,²⁸³ כגון פגיעה בסטנדרטים הקהילתיים או היעדר ערך חברתי פודה, ואף לא במבחני פסק דין פרבר,²⁸⁴ הן בחומר שהופק תוך ניצול ממשי של ילדים ממשיים. שופטי הרוב הדגישו כי אין מקום להטיל איסור על הפצת הרעיון של קיום יחסי מין על-ידי קטינים – רעיון מקובל ומוכר באמנות ובחברה, והדגישו כי מספר רב של יצירות אמנות, ספרות או קולנוע מוכרות, נופלות תחת הסטנדרט המחמיר של החוק, כגון "לוליטה" הקלאסי, או סרטים חדשים כגון "אמריקן ביוטי" או "טראפיק".

בית המשפט דחה את עמדת הממשל שיש לאסור על הפצת חומר מסוג זה כדי להגן על ילדים מחשיפה אליו, או כדי למנוע פדופילים מלהשתמש בו כאמצעי פיתוי, וזאת בטענה כי אילו אלו היו נימוקי האיסור, היה מקום לעצב אותו באופן צר וממוקד יותר, כך שיחול רק על ההתנהגויות האסורות ותו לא. השופטים דחו גם את הטענה שיש לאסור פרסומים הכוללים פורנוגרפיית ילדים וירטואלית על שום תרומתה לעידוד פדופילים וגירוי יצריהם, כיוון שלא הוכח קשר ישיר בין הדברים. שופטי הרוב שללו גם את הטענה שלפיה יש לאסור פרסומים כאלו על מנת לחסל את שוק פורנוגרפיית הילדים, לאור קשיי ההוכחה וההבחנה בין פורנוגרפיה וירטואלית לתאומתה האמתית (טענה ששופטי המיעוט נטו לקבל). לפי פסק הדין, הטלת איסור

rehearing en banc denied, 220 F.3d 1113 (9th Cir. 2000), and cert. granted sub nom. **Ashcroft v. Free Speech Coalition**, 121 S. Ct. 876 (2000).
282 ראו: **Ashcroft v. Free Speech Coalition**, 535 U.S. (2002). פסק הדין של הרוב נכתב על-ידי השופט א' קנדי, והצטרפו אליו השופטים ג' סטיבנס, ד' סאוטר, ר' גינצבורג, וס' בריי. השופט ק' תומס הצטרף גם הוא לתוצאה. השופטת ס' אוקונור הצטרפה לרוב בעניין הצגת בגירים הנראים כקטינים, ולמיעוט, שכלל את הנשיא ו' רנקוויסט וא' סקאליה, בעניין דמויות שהן תוצאה של אנימציה דיגיטלית.

283 לעיל, הערה 20.

284 לעיל.

רחב אשר יש לו אפקט 'מצנן' גם על ביטוי לא פסול, איננה חוקתית, מה גם שניתן להניח כי איסור על פורנוגרפיה אמתית (שימוש בילדים ממשיים) בלבד יטה את המפיצים, השואפים להימנע מענישה, להפקה ולהפצה של פורנוגרפיה וירטואלית בלבד, כך שרמת הניצול המיני של קטינים תקטן.

בית המשפט אישר לפיכך את פסק דינה של ערכאת הערעור הראשונה, וקבע כי החוקה האמריקנית תובעת איסור מדויק יותר, ופוסלת איסור עמום ורחב כזה. אמנם, אין בפסק דין זה משום היתר גורף להצגת פורנוגרפיה וירטואלית, שכן כל פרסום אשר נופל בגדר 'תועבה' לפי המבחן האמריקני, אינו מוגן על-ידי החוקה, והאיסור עליו שריר וקיים. כך או כך, מיד לאחר פסק הדין פתחו תומכי החקיקה במאמץ להציע חקיקה חדשה וממוקדת יותר, שתעמוד בהנחיות שקבע בית המשפט בפסק דינו.²⁸⁵

ואכן, היקף רחב של איסור ככל הנוגע להצגת ילדים, מקובל במקומות רבים. באנגליה מוסדר הנושא ב- Protection of Children Act 1978, אשר בעקבות תיקון מ-1994 חל גם על תמונות במאגרים אלקטרוניים.²⁸⁶ האיסור חל על הפקה, היתר להפיק, הפצה,²⁸⁷ או הצגה של פרסומים מגונים (indecent) של ילדים, והן על החזקת חומר כזה. ההגדרה בסעיף 1 לחוק מחילה את האיסור על הן על תמונות אמתיות והן על תמונות מדומות של ילדים (photographs or pseudo-photographs of a child), כך שהאיסור מקיף גם ילדים וירטואליים.

חקיקה דומה יש גם בקנדה,²⁸⁸ באירלנד, ובארצות רבות נוספות. עיקר ההבדלים בין המדינות הוא בשאלת קביעת גיל הקטינות, ובעיקר – האם הגיל הקובע הוא גיל הקטינות הרגיל, או גיל הכשירות להסכמה ליחסי מין

285 למעקב, ורקע מפורט נוסף, ראו: Y. Akdeniz, "Regulation of Child Pornography on the Internet: Cases and Materials", at <http://www.cyber-rights.org/reports/child.htm>

286 Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 84(4), אשר תיקן את סעיף 7(4) לחוק העיקרי.

287 במסגרת האיסור על הפצה, נאסר אף לאפשר נגישות לאחר. כך, באחת הפסיקות, הורשע עובד אוניברסיטה אשר החזיק במחשבו מאגר פתוח לציבור שכלל תמונות פורנוגרפיות של ילדים קטנים: R. v. Arnolds; R. v. Fellows [1997] 1 Cr.App.R. 244.

288 אף בקנדה התקיימה התדיינות בשאלת חוקתיות האיסור על החזקה (בניגוד לסחר או להפצה) בפורנוגרפיית ילדים. הערכאה הראשונה וביהמ"ש העליון של British Columbia הכריזו כי הוראה זו אינה חוקתית, שכן היא אינה מוצדקת בחברה חופשית ודמוקרטית (נוסחת ההגבלה הקנדית). בית המשפט העליון הקנדי הפך את ההחלטה, וקבע כי ההוראה חוקתית. ראו: R. v. Sharpe, 2001 S.C.C. 2

(אשר מעבר לו קיום יחסי מין עם הקטין אינו בגדר אונס). קיימת גם פעילות בין-לאומית ערה בנושא, הכוללת אמנות וכנסים להאחדת המסגרת הנורמטיבית ולהגברת האכיפה, בעיקר סביב הפצה של פורנוגרפיית ילדים דרך האינטרנט, ומסחר בילדים לצורכי זנות ופורנוגרפיה.²⁸⁹ יש לציין כי בניגוד לעברות האחרות על פרסומי תועבה, מצטיין תחום זה באכיפה מוגברת, כאשר מפעם לפעם מתקיימות פשיטות מתוקשרות של גורמי האכיפה ברחבי העולם, ומתבצעים מעצרים והחרמות.²⁹⁰

289 בין השאר ניתן למנות את: The ILO Convention 182 Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour, 1999; The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000, ועוד. בסוף שנת 2001, התקיים ביוקוהמה שביפן (17-20 בדצמבר 2001) הקונגרס העולמי השני נגד ניצול מיני מסחרי של ילדים (הראשון נערך בשטוקהולם, 1996), מתוך ניסיון להרחיב את שיתוף הפעולה הבין-לאומי הקיים. על פרותיו של הכנס בתחום הפעילות הבין-לאומית, כמו גם על מידע רב נוסף בנושא, ניתן ללמוד מאתר הכנס. ראו: <http://www.focalpointngo.org/yokohama>.
290 לדיווחים שונים, ראו למשל: Y. Akdeniz, "Regulation of Child Pornography on the Internet: Cases and Materials" לעיל.

ומה צריך לעשות? קווי יסוד לפעולה

המטרה: האינטרסים הראויים להגנה

נקודת מוצא להסדרה החוקית של פרסומים פורנוגרפיים, היא הגדרת הערכים המוגנים על-ידי ההגבלה. הגדרת הערך המוגן חשובה במיוחד בהקשר הפילי, שכן הגדרת הביטוי האסור אינה פשוטה ומדויקת, ואיתור הערך המוגן יסייע לבית המשפט לצמצם תחומי השתרעות מיותרים שמקורם במגבלות ההגדרה.

בענייננו, ראינו כי סוגיית ההגבלה על ביטויים פורנוגרפיים מערבת ערכים ואינטרסים שונים. אין בהכרח צורך להכריע בין ערכים אלו – ייתכן שאיסור מסוים יישען על מספר ערכים ראויים להגנה. ערכים שונים מובילים אף לרמת הגנה שונה. כזכור מפרק המסקנות של השער הראשון, הערכים אשר נמצאו ראויים להגנה הם שלומו הגופני וחירותו המינית של אדם, רגשותיו של קהל שבו, חינוכם של קטינים, וכבודן ומעמדן השוויוני של נשים. מותך אלו, ישנם ערכים אשר הגנה עליהם מצריכה הטלת איסור כללי, ואילו אחרים שהגנה עליהם תוביל להגבלה יחסית בלבד.

ככל האמור לגבי איסור כללי, הגורר מגבלה מוחלטת, מצאנו כי הערך המוגן הלגיטימי היחיד להטלת איסור כזה הוא הגנה על שלמות גופו וחירותו המינית של אדם. הגנה על משתתפי התעשייה גוררת הגבלה של כל פרסום אשר נוצר תוך פגיעה בשלמות גופם או חירותם המינית של המשתתפות או המשתתפים בו. יש מקום גם לעמדה הגורסת שהגנה על כלל החברה מובילה להגבלה על פרסום שיש אפשרות סבירה שיגרום לפגיעה כזו באדם כלשהו. בהקשר זה יש לציין במיוחד את סוגיית מניעתם של ניצול מיני ופגיעה בגופם של ילדים.

ההגנה על רגשותיו של קהל שבו עשויה לגרור הגבלה על פרסומים אשר לא ניתן להימנע מהיחשפות להם באורח סביר. יש לציין שיש התומכים בהגנה על רגשות הציבור רק כאשר פגיעה ברגשות הציבור עלולה לגרור הפרה של הסדר הציבורי. אולם לדעתנו, אף שלאדם אין זכות מוקנית שהעולם הסובב אותו ינהג לפי טעמו, הגנה על כבודו ועל האוטונומיה שלו מחייבים להגן עליו מפני פגיעה עמוקה שלא ניתן להתגונן בפניה, ואשר משקלה, לעתים, אינו פחות ממשקל פגיעה ברכוש או אף בגוף. אמנם, ניתן

להבחין בהקשר זה בין פגיעות ברמות שונות, ובין צורות שונות של היחשפות כפויה לפרסומים מסוג זה. היחשפות ממושכת ובלתי נמנעת לחומר פוגע במיוחד, אינה דומה לחשיפה קצרת טווח לחומר שפגיעתו קלה, ואשר התגוננות מפניה פשוטה יותר.

סוגיה נוספת היא הגבלת חשיפתם של ילדים לביטויים פורנוגרפיים. הערך המוגן כאן הוא חינוכם של ילדים מצד אחד, והגנה על כבודן ומעמדם של נשים מצד שני. כפי שראינו, בעוד שהאינטרס החשוב של שמירה על כבודן ומעמדם השוויוני של נשים אינו מצדיק הגבלה על צריכת פורנוגרפיה בידי מבוגרים, הרי שיש בו כדי להגביל את חשיפתם של ילדים לביטויים כאלו. חומרים פורנוגרפיים משפיעים על ילדים באופן עמוק יותר, ועלולים להשריש בלבם תפיסות פסולות אודות נשים ומיניות. תפיסה של חומרים פורנוגרפיים כמקור סמכותי ומכונן ביחס למין היא תופעה הייחודית לתקופת הילדות, שבה האישיות, תפיסת העולם וניסיון החיים אינם מעוצבים די הצורך. גם החירות וחופש הבחירה המוקנים לקטין נופלים בעצמתם מאלו המוענקים לבגיר, מה שפותח פתח לחברה להנחיל לקטין את ערכיה.

בהקשר זה יש מקום להבחין בין שתי רמות של הצדקה בהגבלת חשיפתם של ילדים. ברמה הבסיסית, ישנו רצון להתאים בין הענקת חינוך מיני מתאים לבין בשלות אישיותו של הילד. לצורך כך יש מקום להגביל את חשיפתם של ילדים לביטויים מיניים מפורשים כלשהם. ברמה השנייה, יש צורך בהגבלת חשיפתם של ילדים לפרסום פורנוגרפי שיש בו יסוד של השפלה או ביזוי מיניים, על שום הפסול המוסרי הטמון בו, ועל שום הפגיעה הנובעת ממנו במעמדם של נשים. יש מקום לפיכך ליצור הבחנה באופיו של האיסור, או למצער – בחומר. דומה שיש מקום אף להבחין בין גילים שונים לעניין, באופן שלא יהפוך את ההסדר לפוריטני יתר על המידה.

נמצאנו למדים, לפיכך, כי יש מקום לקבוע סטנדרט משולש. הגדרה רחבה תשמש את ההגבלה הבסיסית על חשיפת ילדים וקהל שבו. הגדרה צרה יותר תשמש לצורה המוחמרת של הגבלות אלו. ההגדרה השלישית – הצרה מכולן – תשמש את האיסור המוחלט אשר יחול אף על הפצה למבוגרים, או אף על ההחזקה והצריכה של חומר זה.

האמצעי: על השימוש במשפט הפילי

לאחר שביררנו מהן המטרות הראויות להתערבות בשוק הפורנוגרפיה, נקדיש מספר מילים לאמצעים שיש לבחור לשם הגשמת מטרות אלו. בפרט נדון

בשאלת הבחירה בין אמצעים פליליים לבין אמצעים דרסטיים פחות, כגון התערבות מנהלית או הענקת יכולת הפיקוח לציבור בדמותו של המשפט האזרחי. זאת לאור עקרון השיוריות (סובסידיאריות) של המשפט הפלילי, הקובע כי הגבלת חירות בדרך של איסור פלילי תהיה אמצעי אחרון בלבד, ותבוא בחשבון רק במקום שבו לא ניתן להגיע לתוצאות מספקות באמצעים אחרים.

דרך אחת שיש לשקול, אם כן, היא הענקת זכות תביעה אזרחית לנפגעים או לנפגעות מפרסומים פורנוגרפיים, מתוך שאיפה שתביעות כאלו יפגעו בבסיס הכלכלי של התעשייה. ניסיון כזה, כזכור, הוצע על-ידי קתרין מקינון ואנדריאה דבורקין, בחוק העזר שחוקק באינדיאנפוליס. אולם דומה כי כיוון זה לא יצלח: ראשית, הוא מטיל את האחריות להתמודדות עם תופעות פסולות על כתפיו של ציבור שמעורבותו ומידת האכפתיות שלו עשויות להשתנות מזמן לזמן. שנית, הכנסת פגעי הפורנוגרפיה למסגרת נזיקית תחייב דיונים בגרימת נזק, העלולים לסבך את התביעות ואת הוכחתן, ולפגום ביעילותן. נראה לפיכך כי עיקר יהבנו לא יוכל להיות מושלך על המשפט האזרחי, אם כי ייתכן שמקצת ההסדרים עשויים למצוא בו כר מתאים לפעילות, למצער במצטבר. כך למשל ניתן להעלות על הדעת כי חשיפה מכוונת של אישה, כקהל שבוי, לפרסום שיש בו ביזוי או השפלה מיניים, היא אירוע שמתאים להכילו בגדר החוק למניעת הטרדה מינית.

באשר לאמצעים מנהליים, נראה שגם בהם אין די כדי להתמודד עם הגוונים החמורים של התופעה, ובכללם – הפצת פרסומים הכוללים אלימות, אונס, או קטינים, ומכירה מודעת של פרסומים פורנוגרפיים לקטינים. בחלק מן המקרים ניתן להשתמש באיסורים הפליליים כגיבוי בלבד לסנקציות מנהליות שונות. כך למשל, ניתן להתנות הפצה של כל חומר פורנוגרפי ברישוי מיוחד, אשר בין תנאיו יהיו הבטחת סימון נאות שימנע חשיפה לא רצויה לפרסומים אלו, תנאי מיקום מיוחדים (כגון: לא במקומות הומים או באזורים מרובי ילדים, כגון בקרבת בתי ספר), וקיומם של אמצעים לברור גילו של הצרכן. הטיפול בהפרה של תנאי הרישיון יהיה באמצעות סנקציות מנהליות, כגון קנסות או שלילת הרישיון.

כזכור, מסקנתנו מן השער הראשון הייתה כי על אף שאין הצדקה להגביל באופן מוחלט את מרבית הפרסומים הפורנוגרפיים, הרי שהמדינה אינה מחויבת לעמדה ניטרלית כלפיהם. הדברים יפים במיוחד לפרסומים הכוללים מרכיב של הצגה מבזה או משפילה של נשים. ניתן בהחלט לשקול מיסוי גבוה על ייבוא או על צריכה של פרסומים מסוג זה, בדומה לנוהג ביחס

לא לכוהול ולסיגריאות. ברוח זו תצומצם הצריכה, ואת המשאבים שייגבו ניתן יהיה להפנות לצרכים שונים הקשורים לקידום מעמד האישה למשל. כך תוכל המדינה להביע את עמדתה בדבר הצורך בקידום עמדות שוויוניות, מבלי שתפעל כמשטרת מחשבות אשר קובעת לאזרחיה את עמדותיהם וערכיהם.

לזאת יש להוסיף כי התערבות חקיקתית מכל סוג שהוא לא תוכל להחליף פעילות חינוכית-תרבותית אשר תנחיל לצעירים ולמבוגרים כאחד את החשיבות שבשמירה על כבודן ומעמדם השוויוני של נשים, ואת היסודות השליליים המתקיימים, לעתים, בפורנוגרפיה.

איסור כללי

האיסור הכללי, כאמור, מוצדק כל עוד הוא נועד להגן על שלמות גופו וחירותו המינית של אדם. מכיוון אחד הוא נועד להגן על משתתפי תעשיית הפורנוגרפיה מפני ניצול, אלימות ואונס, ובפרט – להגן על קטינים מניצול מיני מכל סוג. בהקשר זה, דומה האיסור להגבלה על החזקה ומסחר ברכוש גנוב: בשני המקרים יש לראות את השימוש והצריכה בפרי העברה כהתנהגות אנטי-חברתית, שמניעתה תפגע אף ביסודותיה של הצורה העבריינית המקורית. מכיוון שני האיסור הכללי נשען על ההנחה בדבר אפשרות סבירה שחשיפה לאלימות, לאונס או לפדופיליה, מגבירה נטייה זו בקרב הצופים, ועלולה לגרום להם לנהוג כך בנשים, בגברים ובילדים שבסביבתם. בהקשר זה האיסור מגן על החברה כולה, ומהווה 'רצועת ביטחון' האמורה לצמצם את תופעת העבריינות העיקרית עצמה.

אמנם, מנגד, ראינו כי הצבעה על קשר סיבתי כזה היא בעייתית. ביחוד גדול החשש שמשגרת כזו, המטילה איסור על שום תוצאות עתידיות העלולות לנבוע מן ההתנהגות הנאסרת, תהיה עמומה מדי וכך תוביל לתת-אכיפה מן הצד האחד, או חמור מכך: לאכיפת יתר, אשר תישען על האיסור העמום כדי לקדם עמדות מוסרניות. ראינו לעיל, במסגרת הניסיון הקנדי, את התגשמותה של סכנה מעין זו. שומה עלינו לקבוע הסדר אשר יעמוד בפרץ מול זרמים כאלו, וימנע את מתיחת גבולותיו של האיסור אל עבר תחומים שאינם ראויים לו. להלן נציע פתרון ביניים, אולם כפי שקבענו בחלק הראשון – ההכרעה בסוגיה זו סבוכה וקשה, כך שאת ההכרעה הסופית אנו מותירים לשיקול דעתו של הקורא.

מן הכיוון הראשון, אם כן, העברה צריכה לתפוס ברשתה כל פרסום שהפקתו כללה פעולה אסורה, כגון עברות אלימות, חטיפה או אינוס של אדם, או ניצול מיני של קטינים (כאשר לעניין זה, כל צילום או הסרטה של קטין בהקשר פורנוגרפי תיחשב לניצולו, אף אם לא נכלל בו אינוס או מעשה מגונה). יש לזכור כי לא כל הצגה של אינוס או אלימות במסגרת סרט פורנוגרפי (למשל) היא אכן ייצוג של התנהגות אסורה: סרט כזה יכול להיות מבויס, כאשר הוא נחזה להראות סצינה אלימה אולם לאמתו של דבר מדובר במשחק גרדא (כמו בכל סרט פעולה אחר). הוא עשוי אף להיות מצויר, או מבוסס על הדמיית מחשב. מכיוון אחר, טעמיהם של בני אדם בתחום יחסי המין הם שונים ומשונים: ההתנהגות המינית עשויה לכלול, בעיניהם של חובבי סאדו-מזוכיזם למשל, גם מרכיבים של אלימות בוטה, אולם כזו המבוססת על הסכמה חופשית (כשלעניין זה לא נראה שיש משקל לזהותם המגדרית של הצדדים). נראה שגם במקרה כזה אין מקום להגן על המשתתפים, אשר הופכים את עצמם לקרבנות אלימות מרצונם.

מן העבר השני, לעומת זאת, עומד אינטרס נוסף בבסיס האיסור: מניעת עבריינות מין ואלימות אשר מעודדת, כנטען, על-ידי פרסומים המציגים התנהגות כזו. נראה כי כאשר לא ניתן להבחין בין ייצוג 'אמתי' לייצוג 'מדומה', אין גם סיבה להניח כי האפקט של הפרסום המדומה יהיה קטן יותר. בעיה נוספת היא קשיי האכיפה העלולים להיווצר כתוצאה מהטלת איסור על ייצוג עברות 'אמתיות' בלבד. אם לצורך הרשעה תצטרך התביעה להוכיח כי פרסום מסוים מציג אונס אמתי, ולא מבויס או מדומה, יכביד הדבר על ניהול המשפט ויפגע בסיכויי הצלחתו. זאת ועוד, עיקרי האחריות הפלילית קובעים כי הרשעה בעברה דורשת מודעות להתקיימות נסיבותיה. לו תידרש הצגתה של עברה 'אמתית' דווקא, יוכל כל נאשם להתגונן בטענה כי האמין שהעברה המוצגת בפרסום שהפיץ או מכר היא תוצר של משחק או הדמיה.²⁹¹ גם בעובדה זו יש כדי לחבל קשות בסיכויי האכיפה של הסדר כזה.

נדמה כי כדי לפתור את הקשיים, אפשר להציע פתרון בדמות הטלת איסור על כל פרסום פורנוגרפי אשר נחזה (בעיני אדם סביר) להציג התנהגות

291 אמנם עליו לשכנע את בית המשפט כי האמין בלב שלם שמדובר בעברה מדומה בלבד. זאת משום שאם התגנב חשד ללבו כי מדובר בעברה אמיתית, אולם הוא נמנע מלברר זאת, ניתן לייחס לו מודעות לכך, מכוח עקרון 'עצימת העיניים', הקבוע בסעיף 2(ג) (1) לחוק העונשין.

עבריינית 'אמתית'²⁹². בדרך זו, יפחתו באורח משמעותי קשיי ההוכחה ובעיות ההתדיינות שהזכרנו קודם, שכן חומר הראיות הרלוונטי יהיה מוגבל לפרסום עצמו, ואף הערכתו תהיה קלה ופשוטה. הסדר כזה אף מקדם את ההגנה על החברה כולה, שכן הדעת נותנת כי פרסום שניכר בו כי אינו אמתי יפגע פחות בעכבות של העבריין הפרוטנציאלי, ואף ישפיע פחות על נטיותיו ושאילותיו. נהפוך הוא, הצגה של פרסומים פורנוגרפיים שניכר על פניהם כי הם מזדומים בלבד, עשויה לחזק את אמון הנחשפים להם בערכים החברתיים המוגנים על-ידי העברות המוצגות בפרסום, שכן הצגת העברות כמדומות בלבד תדגיש את הגינוי לעשייתן הממשית (או לפחות תתישב עמו), ותדחק אותן אל עבר עולם הדמיון בלבד. יתרה מזו, בהנחה הריאליסטית שתשוקתם של הנהנים מצריכת פרסומים של מין אלים או פורנוגרפיית ילדים לא תשכך, הרי שבהסדר מן הסוג המוצע יהיה משום תמריץ למפיקי פרסומים אלו להשביע את תאבונם של הצרכנים, ללא פגיעה אמיתית בבני אדם אמתיים. נעיר במאמר מוסגר, כי ניתן לבחור בהסדר ביניים שונה במקצת, אשר יפריד בין היחס לפורנוגרפיית ילדים לבין היחס לפורנוגרפיה הכוללת אלימות או אינוס של בגירים, תוך החמרה בדינה של הראשונה, וזאת מתוך רצון להביע שאט נפש נחרצת והתנגדות מוחלטת לתופעת הניצול המיני של ילדים, אשר שדה הדיון בעניינה נהנה מגינוי חד-משמעי. החמרה גורפת באשר לפורנוגרפיית ילדים היא הגישה המסתמנת בפעילויות הבין-לאומיות השונות שנערכות בנושא זה. כזכור, שאלת מעמדה של פורנוגרפיית ילדים וירטואלית זכתה לדיון נרחב בבתי המשפט בארצות-הברית. מורכבות הנושא, על ההיבטים האמפיריים, הסוציולוגיים והקרימינולוגיים שלו, מביאה אותנו להימנע מהבעת דעה, אך נזכיר שוב את האפשרות שדווקא בכוחה של הגישה המתירנית ביחס לפורנוגרפיה וירטואלית, להתיר את הקשר הגורדי בין פורנוגרפיית ילדים לבין חטיפה וזנות של ילדים, שכן ההיתר מקטין את התמריץ להשתמש בילדים אמתיים, על כל הכרוך בכך.

כך או כך, למבנה העברה שהצענו יש להוסיף שני סייגים. האחד, נוגע לבעיה שהזכרנו לעיל, בדבר אלימות רצונית. אין הצדקה להגביל את זכותם של אנשים, במסגרת יחסיהם האינטימיים, לקבל על עצמם מרצונם החופשי

292 דרך זו נראית בעינינו פשוטה ואלגנטית יותר מן הניסיון להתמודד עם הסוגיה באמצעות העברת נטלי ההוכחה ויצירת חזקות שונות ומשוונות. אמנם, עמדה מעין זו הוזכרה בפסק הדין האמריקני בעניין פורנוגרפיית הילדים הווירטואלית, לעיל, באזור פסקה

ורק אז) מערכת של אלימות או התעללות, אם יחפצו בכך,²⁹³ וממילא אין מקום להגביל את הצגתה של התנהגות כזו. אמנם, חשוב להדגיש כי סייג זה עניינו **בכניסה** רצונית למערכת של אלימות מינית וכד', ולא בכיוון ההפוך, המנסה להציג קרבן של אלימות מינית כמי שנהנה בדיעבד, ומפתח הסכמה עם הזמן. ייצוג מן הסוג האחרון, מקום רב לו בחיזוק תפיסות שליליות ומסוכנות בדבר רצונן הסמוי של נשים להיאנס, ומקומו לא יכירנו במסגרת הסייג האמור.

סייג נוסף נוגע בשאלת הערך החברתי הפודה. כפי שכבר הזכרנו, מרכיב הערך החברתי הפודה – מדעי, אמנותי, או אחר – מחזק את מעמדו של הביטוי הפורנוגרפי ככל האמור לקשר בינו לבין ליבתו של עקרון חופש הביטוי. לעומת זאת, גם עקרון חופש הביטוי בשיא תפארתו אינו מבטל כליל ערכים אחרים, במיוחד כאשר ענייננו בעברה המגנה על שלמות הגוף או החירות המינית. נדמה כי איזון מופשט אינו מתאים במקרה זה. על הסייג, לפיכך, להותיר לבית המשפט שיקול דעת בשני מוקדים: האחד – קביעת קיומו (או היעדרו) ועצמתו של הערך החברתי הפודה, והשני – ההחלטה כי הערך אכן פודה, קרי: הקביעה כי בנסיבות העניין הקונקרטיות יש בערך הטמון בפרסום כדי לגבור על הסכנות הנובעות ממנו.

לסיכום, הצגנו שתי דרכים אפשריות להתמודדות עם סוגיית ההתעללות המדומה. האחת מטילה אחריות על כל פרסום שיש בו מרכיב של אלימות או אונס, אמתית או מדומה (אף כאשר ברור לעין כי הוא מדומה בלבד), ואילו השנייה נמנעת מלהשית אחריות בגין תרומה לגרימת נזקים עתידיים שלא הוכחה, ושואפת ללכוד ברשתה פרסומים המייצגים התעללות אמתית בלבד, ולהימנע מהשתת איסור על הצגת התעללות מדומה אף כאשר היא נחזית להיות אמתית. דרך הביניים המוצעת על-ידינו, משיקולים עיוניים ומעשיים כאחד, היא להגביל את האיסור לפרסומים פורנוגרפיים **הנחזים** כמצגיגים אלימות או אינוס אמתיים. דרך זו תגן על הטעון הגנה, ותהווה מחסום בפני האפשרות שהעברה שנועדה להגן על שלמות הגוף תהפוך כלי לקידום ולאכיפה של עמדות מוסרניות. האיסור יסויג כך שלא יחול על הצגת אלימות מינית נגד בגירים אשר **נכנסו** למערכת האלימה מרצונם, ואף לא על פרסום שיש בו ערך חברתי שעולה בחשיבותו על הסכנה הנוצרת לערך החברתי המוגן בעברה עצמה. דומה כי דרך זו מציעה מודל מאוזן וזהיר, המאפשר ניווט עדין בסבך שמציגה בפנינו סוגיה זו.

293 לשם כך אין צורך לדון האם אלימות מוסכמת נכנסת בגדר עברות האלימות, אם לאו.

פרהסיה ופגיעה ברגשות

בחלק הראשון ראינו כי מריבונותו של אדם על עצמו עולה גם הצורך להגן עליו מפגיעה עמוקה ברגשותיו. מאידך גיסא, פעולות רבות, ולעתים חשובות, פוגעות ברגשות הזולת. סוגיה זו מתעוררת פעמים רבות בקשר לחופש הביטוי, אשר יישומו האפקטיבי אינו עולה בקנה אחד עם התרת הסביבה שוות נפש ואדישה לביטוי המובע. הסדר מקובל בהקשר זה הוא הגבלתם של ביטויים פוגעניים במיוחד, שהם בלתי נמנעים מנקודת מבטו של הנפגע. כפי שראינו בדיונו בחלק הראשון,²⁹⁴ הביטויים המיניים מתייחדים משאר הביטויים, באופן המצדיק הגנה מוגברת מפניהם. לפיכך, יש מקום לדעתנו להטיל מגבלות מסוימות על ביטויים מיניים, כדי למנוע פגיעה ברגשות.

כאמור, הגנה על אדם מפני פגיעה ברגשותיו היא אינטרס לגיטימי רק כל אימת שפגיעה זו אינה נמנעת. בתנאים אלו, כאשר הנחשף הוא בבחינת 'קהל שבוי', הוא נאלץ לקרוא לעזרת הדין אשר יגן עליו, אולם אם ביכולתו למנוע את הפגיעה בעצמו, באורח סביר, אין מקום להתערבות כזו. כך, דרך משל, אם אדם סבור כי ייפגע מהצגת תאטרון או מסרט קולנוע מסוימים, כל שעליו לעשות הוא להימנע מהצפייה. לעומת זאת, כאשר הימנעות מפגיעה מטילה על האדם חובות מוגזמות, דוגמת הליכה משפילת עיניים או הימנעות מהליכה ברחובה של עיר, לא ניתן לצפות מהאדם להקריב את אורחות חייו הבסיסיים כדי להימנע מפגיעה, ויש לפעול להרחקת פגיעה זו.

ממילא, מוטלות על המדינה שתי משימות: האחת, למנוע פגיעה קשה מאדם אשר אינו יכול להימנע ממנה באורח סביר. השנייה, לדאוג לאספקת מידע הולם, אשר יאפשר לאזרחים לשקול היטב את החומרים הנחשפים בפניהם, באופן שתימנע מהם פגיעה אשר אינם מעוניינים בה, מבלי שצפו אותה או שהיו יכולים להתגונן בפניה. כך למשל, יש לוודא כי אדם ההולך לקולנוע, שואל קלטת וידאו, צופה בטלוויזיה או גולש באינטרנט, לא ייחשף בניגוד לרצונו לחומר העלול לפגוע בו פגיעה קשה, ובענייננו – לפרסומים פורנוגרפיים. לצורך זה אין הכרח להגביל תכנים אלו באופן מלא: די בכך שהפצתם תוגבל לאלו המבקשים אותם בלבד, ושתוטל על המפרסמים חובת סימון אשר תיידע ותזהיר את הנחשפים לחומר על התכנים בעלי הפוטנציאל הפוגעני.

294 ראו לעיל, סביב הערה 166.

ברוח זו, יש להטיל חובת סימון על סרטי קולנוע או קלטות וידאו להשכרה, סימון שיבהיר את תוכנם במקום שיש בהם תכנים פורנוגרפיים או מיניים. יש לחייב ערוצי טלוויזיה פורנוגרפיים, אשר ניתן להגיע אליהם תוך שלטוט ('זיפזופ') תמים, להקדים למעבר זה מסך אזהרה, ולאפשר את חסימתם. הסדר דומה יש לקבוע לגבי אתרי אינטרנט, באופן שיבטיח כי לפני כניסה לאתרים פורנוגרפיים יופיע דף המודיע על תוכן האתר, ויאפשר לטועים ולתועים לסגת ולהימנע מכניסה לאתרים אלה.²⁹⁵ נעיר כי הסדרים מסוג זה מתיישבים אף עם המוטיבציה להגביל את חשיפתם של ילדים לחומרים פורנוגרפיים, נושא שנדון בו להלן.

הטלת נטל של סימון ואזהרה אינה פוגעת בחירותו של האדם הרוצה לפרסם פרסומים פורנוגרפיים. הביטוי הפורנוגרפי יעמוד בעינו, כאשר הפגיעה ברגשותיו של מאן דהוא תימנע בידי הנפגע, אשר יימנע מחשיפה לפרסום. מעורבותה של המדינה צריכה להסתכם בהעמדת אמצעי פיקוח יעילים לרשותו של הציבור, בדמות מידע וסימון מתאימים (פירוט נוסף בנושא זה יובא להלן, בתוך דיונונו בקולנוע ובטלוויזיה). הצרכנים מצדם יידרשו לגלות ערנות, ולברור בקפידה את הפרסומים שהם נחשפים אליהם, לאור המידע שברשותם. אדם אשר רגשותיו נפגעו משום שנמנע מלברר מה שיכול היה לברר בקלות, לא יוכל להלין אלא על עצמו.

הדברים פשוטים פחות ככל שעניינונו בביטויים אשר לא ניתן להימנע מהם באורח סביר. דוגמה לביטוי כזה היא פרסום חוצות, אשר כל המתהלך בחוצות, מניה וביה, נתקל בו. מובן שלא ניתן לדרוש מן האדם הנפגע להימנע מהליכה ברחובה של עיר. במקרה כזה, אם כן, ייאלץ הפוגע לסגת, מפני חירותו של הנפגע. ואולם, המושג 'חוצות' והמושג 'פגיעה', שניהם יחסיים: ניתן לאתר בהם דרגות שונות. אינו דומה שלט ענק בכיכר העיר, ליסטיקרי על דלת בית בסמטה, וגם פגיעות שונות ניתן לדרג לפי חומרתן. נבחן את הסוגיה תוך שימת לב לסעיף 214א לחוק העונשין, המסדיר את סוגיית פרסום החוצות בישראל.

295 אתרים פורנוגרפיים עלולים לעלות גם בחכתו של מי שלא שאף להגיע אליהם, במסגרת חיפוש תמים במנועי חיפוש. כך למשל, חיפוש לפי מילות המפתח baby או doll, עלול לשלוח את המחפש התמים שרצה להעשיר את אוסף הבובות שלו, למגוון אתרים פורנוגרפיים (ראו לעיל, הערה 193). בהקשר זה יש לציין גם אסטרטגיות שיווקיות של בעלי אתרים, אשר פותחים חלונות של אתרים (בעלי אופי פרסומי) ללא בקשת הגולש. יש לוודא כי בין חלונות אלו לא יימצאו אתרים פורנוגרפיים.

סעיף 214א מערב ערכים מוגנים שונים: הגנה מפני פגיעה ברגשות, הגנה על המוסר הציבורי ומניעת השחתתו, פגיעה בקטינים ובחינוכם, והגנה על כבוד האדם. מבנה מעורב זה מוסבר ברקע החקיקתי של הסעיף,²⁹⁶ המצביע על היותו מעין פשרה בין קבוצות בעלות אינטרסים שונים לחלוטין. תחום השתרעותו של הסעיף רחב מאוד: הוא חל אף על חשיפה **חלקית** של גוף של איש או אישה, שיש בה פגיעה ברגשותיו המוסריים של **חלק** מן הציבור (ס"ק (ב)(3)). בהיותה של החברה הישראלית חברה רב-תרבותית, שבתוכה קבוצה חרדית לא מבוטלת אשר הנורמות הנהוגות בה בעיניי מין צנועות ביותר, מקיפה העברה תחום נרחב יותר של פרסומים וייצוגים. האם עומד סעיף זה באמות המידה הראויות לפסילתו של ביטוי בגין פגיעה ברגשות? הנשיא ברק תיאר אמות מידה אלו כך:

הפגיעות ברגשות, המצדיקות פגיעה בזכויות, חייבות להיות, מטבע הדברים, פגיעות כבדות ברגשות האדם, אלה הן פגיעות שהאדם אינו יכול למנוע את התרחשותן; לרוב אלה הן פגיעות ברגשותיו של "קהל שבוי" ... בכל הנוגע לזכויות האדם הבסיסיות, אשר רואים בהן את "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה – כמו חופש הביטוי – עוצמת הפגיעה ברגשות המצדיקה פגיעה בזכות, צריכה להיות קשה, רצינית וחמורה... יהיו אלה מקרים חריגים ומיוחדים, אשר באופיים מזעזעים את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית... רק הסתברות בדרגה גבוהה לפגיעה ברגשות יש בה כדי להצדיק פגיעה בזכות אדם, לא די בסכנה רחוקה".²⁹⁷

מאידך גיסא, יש לזכור כי הביטוי המדובר בהקשר של שלטי חוצות הוא ביטוי פרסומי, אשר משקלו, כאמור, נמוך יותר משל ביטוי רגיל. התחשבות במיעוט בחברה רב-תרבותית, ובזכויות הקהילתיות שלו, מוליד רצון להימנע מפגיעה אף אם זו מתגבשת רק לפי סטנדרט מחמיר אשר אותה קהילה נוהגת בו. בהינתן שפרסום כזה מגביל באופן משמעותי את יכולתו של אדם להסתובב ברחובה של עיר מבלי להיפגע, נראה שיש סיבה ממשית להגבילו, גם אם אותו אדם הוא חלק מקבוצת מיעוט בלבד.

296 סעיף 214א נתקבל ב-17 בדצמבר 1990, אחד משורה של חוקים דתיים בעקבות הסכם קואליציוני.

297 בג"צ 5016/96 **ליאור חורב ואח' נ' שר התחבורה**, תק-על 97 (2) 631, הנשיא ברק, פסקאות 61, 63.

עם זאת, אין להניח כי יש לאסור הצגה על גבי שלטים של מראות המלווים את הפרהסיה כדבר שבשגרה. כך למשל, עשויה חולצה נטולת שרוולים להיתפס כלא צנועה על-ידי יחיד או ציבור מסוים. אולם ברי כי לא נדרוש מאנשים להתלבש לפי קוד הצניעות של זולתם.²⁹⁸ חירותו של אדם להתלבש כרצונו (בגבולות הרחבים של הנימוס הנוהג במקום מושבו), היא חלק מגרעין חירויותיו של אדם, ואין מקום להסיג את גבולה בכל מקום שבו היא נתקלת ברגישותו של מאן דהוא. יש להצמיד לפיכך את סטנדרט הפוגענות של פרסום החוצות, אל הנוהג המקובל בדבר הופעתם החיצונית של בני אותו מקום: על שלטי החוצות יופיעו פרסומים התואמים ברמת 'צניעותם' או חשיפותם לרמת הצניעות המינימלית של בני האדם המהלכים ברחובות אותו אזור. אל לו לפרסום החוצות לחשוף את הולכי הדרכים למראות אשר יפגעו ברגשותיהם, אולם אל לו לאיסור על פרסום חוצות להגן על 'צניעותה' של הפרהסיה יותר מן ההגנה שהיא זוכה לה מצד בני האדם המהלכים בה.

נציין עוד, כי כפי שנאמר לעיל, יש להבין את מושגי הפגיעה והפרהסיה כמושגים יחסיים. יש לקבוע הסדר מדורג, אשר יאזן בין פומביותו של מקום וחשיפתו לאוכלוסייה רגישה (כגון שכונות חרדיות, וכד'), לבין מידת הפוגענות של הפרסום. פרסום הנחשב לפוגע בבני-ברק, עשוי 'לעבור' ללא הינד עפעף בתל-אביב. כך עשוי להיווצר בידול, המוצדק בעינינו, בין אזורים חילוניים לאזורים חרדיים או מוסלמיים, ובין ערים הומוגניות לבין מקומות יישוב שיש בהם מיעוט שמרני גדול, וברוח דומה: בין אזורי תעשייה ומסחר לאזורי בילוי, משרדים, וכו'.

ממילא, נראה כי איסור פלילי גורף הוא אמצעי גס ומוגזם להשגת מטרה זו, ואף אינו מתיישב עם עקרון השוויוניות של המשפט הפלילי, המחייב להשתמש בו כאמצעי אחרון בלבד. דומה כי הסדרה מוצלחת יותר עשויה לנבוע מן המשפט המנהלי, אשר יקבע הנחיות על בסיס מקומי בדבר המותר והאסור בהקשרים שונים, ואף יוכל ליצור מנגנוני פיקוח רגישים לציבור – על בסיס הרשות המקומית למשל, שיוכלו להכריע מראש במקרים קונקרטיים.

עם זאת, לאור הבעייתיות של יחסי רוב ומיעוט בחברה, איננו משוכנעים

298 הדברים אמורים לגבי רחובה של עיר, אולם ייתכן בהחלט כי יש מקום לקבוע קוד לבוש לא פוגעני למשמשים במשרות ציבוריות הכוללות מגע עם קהל. שאלה זו אינה מענייננו כאן.

כי יש הכרח בהוצאת הטיפול בסוגיה מתחום טיפולו של החוק. הצהרתו של ספר החוקים בדבר הצורך בהגנה על רגשותיו של מיעוט היא ראויה. יכולתו של המיעוט החרדי בישראל להביע את כוחו באמצעות הפרלמנט דווקא, יחד עם כישלוננו לזכות באמפתיה בדעת הקהל בישראל, מוליד את החשש שהפקעת התחום מן ההסדר החוקי תגרום לפגיעה במיעוט זה. המודל המוצע, לפיכך, הוא הסדרת הנורמה על-ידי מנגנון הרישוי של שלטי החוצות. לצד זאת, יש לקבוע עברה מנהלית, המגובה בהסדר של היוועצות מראש עם גוף הקשור לרשות המקומית (למצער – כאפשרות שתוענק למפרסמים), באופן שיאפשר לנציגי הציבור המקומי לומר את דברם. היות ששלטי החוצות נשענים בבסיסם על אינטרס כלכלי, די בקנסות כדי להרתיע מפני חריגות. נעיר בהקשר זה, כי לדעתנו במסגרת הטלת מגבלה זו, אין להביא בחשבון את שאלת הערך החברתי הפודה הטמון בפרסום. איסור שעיקר תכליתו היא הגנה על מיעוט תרבותי, אינו יכול לפנות כצידוק לסטנדרט של 'ערך חברתי' הנשען, מטבע הדברים, על תרבות הרוב. נדמה כי אין זה מוגזם לדרוש מקבוצת הרוב בחברה לקדם את תרבותה וערכיה באופן המכבד את קבוצות המיעוט, ואינו פוגע בהן ובחבריהן.

עד כאן עסקנו בפרסומים הפוגעים ברגשות של חלק מן הציבור בלבד, אולם הדברים עשויים להיות יפים גם לגבי הצגת פרסומים אשר חורגים מסטנדרט הסובלנות המקובל בחברה כולה (כגון ייצוגים של 'סטיות מיניות'), או כאלו העומדים גם בסטנדרט הצר של הצגת אלימות, אינוס, או קטינים. אמנם, הניסיון מלמד כי פרסומים מסוג זה אינם מוצגים בפועל, לאור מנגנוני סינון חברתיים החורגים מתחומו של החוק. כך או כך, נדמה כי ההסתיוגות שהצגנו לעיל לגבי שאלת הערך החברתי הפודה, אינה חלה בעניין זה.

לסיכום, עמדנו על האינטרס הלגיטימי של ציבור במדינה דמוקרטית בהגנת רגשותיו. ראינו שאינטרס זה לא גורר אחריו הגבלה ממשית על חופש הביטוי ברוב התחומים, אלא חובת סימון והכרזה גרדא, המתיישבת גם עם השאיפה להגביל את צפייתם של קטינים בפרסומים כגון אלו. באשר לשאלת פרסום החוצות, מסקנתנו היא כי יש מקום להסדיר נושא זה בחוק, תוך שמירה על זכויותיהם הפרטיות והקהילתיות של מיעוטים תרבותיים בחברה הישראלית. אולם לדעתנו מקומו של הסדר זה אינו בתחום המשפט הפלילי, ואף אינו הולם הסדרה גורפת ורחבה כפי שהיא קיימת היום. מומלץ לפיכך לבטל את העברה לפי סעיף 214א לחוק העונשין, ולהמירה בהסדר מנהלי, שישלב סנקציה מנהלית מידתית יותר עם מנגנוני קבלת החלטות והיוועצות, שיהיו רגישים יותר לפרמטרים השונים הנדרשים להסדרה מוצלחת של הסוגיה.

קולנוע

נושא ההגבלות על קולנוע מעורר בעיות החורגות מתחום הפורנוגרפיה, לכן נעסוק בו בקצרה בלבד.

נקודת מוצא להסדר הביטוי הפורנוגרפי בתחום הקולנוע, הוא ההנחה כי ההבחנה בין התחום הפרטי והתחום הציבורי איננה הבחנה גאוגרפית, אלא תלויה ברצוניות המשתתפים. מאה איש אשר התאספו מרצונם לצפות בסרט מסוים ייחשבו לפועלים בתחומם הפרטי כל עוד לא פגעו באיש. על כן, יש מקום להטיל על בתי קולנוע את המגבלות הנוגעות להפצת פורנוגרפיה, כפי שנקבעו בעברה הכללית, אולם שאלת הפגיעה ברגשות אינה עולה בהקשר זה, כל עוד בית הקולנוע מיידע את הצופים בתוכן העתיד להיות מוקרן, ומאפשר להם להימנע מצפייה בו. אמנם מה שנכון לגבי קהל מבוגר אינו נכון לגבי קטינים.

לפיכך, לשם שמירה על היכולת להימנע מצפייה לא רצויה מחד גיסא, ולשם הגבלה על צפיית ילדים מאידך גיסא, מומלץ לעבות את פעולתו של הגוף המדרג, כפי שקיים בארצות שונות בעולם, כך שהסדרי הדירוג הנוהגים כיום יורחבו. על הדירוג להיות רגיש במידה מספקת להבדלים בין גילים שונים, ולתת אינפורמציה מלאה לצופים בדבר הסרטים המוצגים. כך יוכל כל מבוגר לכלכל את צעדיו בתבונה בטרם יצעד אל אולם הקולנוע, ואילו קטינים לא יוכלו לצפות בסרטים אשר אינם הולמים את גילם והתפתחותם הנפשית (כאשר אכיפת ההסדר מוטלת על ההורים ועל בית הקולנוע עצמו). בהקשר זה כדאי לציין את ההסדר הפיני, שלפיו יותר לקטין צעיר בשנתיים מגיל הסף של סרט מסוים לצפות בו בכל זאת, אם ילווה במבוגר. דומה כי בהסדר זה תבונה רבה, אם כי נראה שיש מקום לסייג אותו ולדרוש כי המבוגר האמור יהיה אחד מהוריו של הקטין, או האחראי עליו לפי חוק. אין להסמיך את הגוף המפקח לפסול סרטים לחלוטין או לחתוך קטעים מתוכם, אלא במקרה שבו הם נופלים תחת העברה הפלילית (בגרסתה המתקנת). במקרה הצורך, יוכל גוף זה להמליץ ליצור מספר גרסאות, כאשר גרסה מקוצצת תעמוד לצפיית צעירים, ואילו מבוגרים יוכלו לצפות בגרסה השלמה. הגוף יוכל לשמש אף כמושא להיוועצות וולונטרית לגבי סרטים שלא יוקרנו בבתי קולנוע, כגון קלטות וידאו, וכד', באופן שאישורו יעניק חסינות מפני סנקציה פלילית או מנהלית.

שידורי טלוויזיה

שידורי הטלוויזיה נבדלים מפרסומים אחרים, כגון עיתונים או סרטי וידאו, מכמה בחינות, המשליכות על צורך בהסדר ייחודי לתחום זה. ראשית, בניגוד לעיתונות הכתובה, שידורי טלוויזיה (ורדיו), הנשענים על הקצאת תדרים, נחשבים לשימוש במשאב לאומי. כמות ערוצי השידור האפשריים אינה בלתי מוגבלת, וממילא נתפסים המדינה ואזרחיה כבעלי עניין מיוחד בזהותו של המשדר, ובפיקוח על השידורים. המשדר אינו עושה כבתוך שלו – ביטוי שלו בא על חשבון ביטויים של אחרים, ולכן הקצאת התדרים והרישיונות לשידור חשופה לבחירה, להעדפה ולפיקוח ציבוריים יותר מצורות מדיה אחרות, כגון העיתונות הכתובה. למותר לציין כי נימוקים אלו תקפים אף ביתר שאת במקום שבו ענייננו בשידור ציבורי, הממומן מכיסו של הציבור. מכיוון אחר, שידורי הטלוויזיה נתפסים כפולשניים יותר. מיקומו של מכשיר טלוויזיה בכל בית כמעט, שהופך את החשיפה לשידורים לקלה ואגבית, כמו גם מבנה השידורים שלפיו המשדר מכתב את התכנים המשודרים, מבדילים את שידורי הטלוויזיה מספרים, מגזינים, קלטות וידאו וכו', אשר בכולם נדרשת פעולה משמעותית, רצונית ומודעת כדי להכניסם אל תוך כותלי ביתו של אדם. לא כן הוא בעניין הטלוויזיה: בנוף המודרני, שבו הטלוויזיה דולקת במשך שעות רבות, תכנים מסוימים עלולים 'לחדור' לביתו של אדם גם על בסיס מחדל שלו (מכיבוי הטלוויזיה, למשל), או בדרך אגב, תוך כדי שלטוט.

על רקע זה, נראה כי ההסדר שהתקבל בארץ, הכולל הטלת חובת סימון והגבלות על אופי השידורים בערוצי השידור לציבור, יחד עם הסדרת השידור למנויים באופן המגביל את קיומם של שידורי מין, הוא סביר. במסגרת הקצאתם של משאבים לאומיים המדינה רשאית לקדם את תפיסת הטוב שלה (כפי שזו מתבטאת בבחירתם של האזרחים על-ידי נציגיהם), כל עוד אין מדובר בהשלת עמדה זו על הציבור בדרך של כפייה או צנזורה מוחלטת. ברוח זו, המדינה אינה צריכה או יכולה לאסור לחלוטין את צריכתם של פרסומים פורנוגרפיים, אולם אין שום עיקרון המחייב אותה לסייע להפצתם של פרסומים כאלו.

לעומת זאת, על שידורי מין בשיטת PPP (תשלום לפי צפייה, בניגוד לשידורי ערוץ רציף), המחייבת את הצרכנים לקבל החלטה רצונית ומודעת כל אימת שהם מבקשים לצפות בשידורים פורנוגרפיים, ואף תובעת מהם לשלם עבור שידורים אלה, אין מקום להטיל הגבלה. שיטת צפייה זו יוצרת

הקבלה מלאה בין הצפייה בשידורי טלוויזיה לבין שאילת קלטת וידאו מן החנות הקרובה, ואינה כוללת את כל אותם מאפיינים המבחינים בין הסדרת הצפייה בטלוויזיה להסדרת צורות ההפצה האחרות של פורנוגרפיה, במיוחד כאשר ענייננו בשידור בעזרת כבלים, אשר אינם משאב ציבורי. בהנחה שניתן להתגבר באורח סביר על החשש לחשיפתם של קטינים לשידורים כאלו, נדמה כי אין מקום להטלת איסור גורף המוחל גם על צורת שידורים זו. מובן שטענה זו מתחזקת ככל שנימוקי ההתנגדות לשידורים נחלשים, במקרים שבהם שידורי המין נטולים חלק מן הבעייתיות וההשפעות השליליות הקשורות בביזוי ובהשפלת נשים למשל.

לפיכך, הגבלה על צפייה בפורנוגרפיה באמצעות הטלוויזיה באופן המאפשר צפייה לפי בקשה בלבד, תוך תשלום נפרד ולזמן קצוב, נראית לנו כהסדר מתאים. הסדר כזה אינו פוגע בחירותו של הרוצה לצפות, או באוטונומיה שלו להחליט כרצונו בְּדבר הראוי והמגונה. כל שבכוחה של שיטה זו לעשות הוא לאלץ את האדם להחליט באופן פוזיטיבי כי זהו רצונו, בכל פעם ופעם שהוא אכן רוצה בכך. לאדם אין זכות מוקנית לפעול בהיסח הדעת, וללא מחשבה. לכן, הסדר כזה, אשר מכבד את חירותו של הצרכן מחד גיסא, ואינו עוצם עיניים מול אופייה הממכר (והבעייתי לעתים) של הפורנוגרפיה מאידך גיסא, נראה בעינינו ראוי ומוצדק.

הגבלה על חשיפת ילדים לפורנוגרפיה

כפי שראינו בדיוננו בחלק הראשון של חיבור זה, ההגבלה על חשיפתם של ילדים לביטויים פורנוגרפיים נתמכת על-ידי כל העמדות. הדברים אמורים בעיקר בביטויים פורנוגרפיים הכוללים יסודות של השפלת נשים, אולם תקפים גם לגבי פורנוגרפיה רגילה, ואף לגבי פרסומים מיניים שאינם בגדר פורנוגרפיה. בפתחה לפרק זה דנו בשלושה סטנדרטים שונים של ביטויים מיניים, הניתנים ליישום בהקשרים שונים. גם במקרה זה יש ליצור הסדר עדין ורגיש, המוריד את רף ההגבלה ככל שגיל הילד עולה. אם כן, בעוד שברצוננו למנוע מילדים רכים בשנים כל ביטוי בעל אופי מיני מפורש, הרי שאין טעם להגן באופן כזה גם על נערים מתבגרים, אשר יחסי מין הם חלק מחייהם. במקרה זה יש מקום להגביל רק פרסומים פורנוגרפיים של ממש, העלולים לטעת בלבם תפיסות שגויות או פסולות בדבר היחסים בין המינים. באשר לשידורי הטלוויזיה, מומלצת בחינתה של שיטת סיווג וקידוד,

אשר תאפשר יצירת קטגוריות שונות של שידורים, ותאפשר את חסימתם של שידורים בקטגוריות שונות. על הסיווג להיות אחיד לכל גורמי השידור, ולשקף את תוכני השידור באופן שימסור אינפורמציה מלאה להורים, שעליהם מוטלת קבלת ההחלטה בדבר צפיית ילדיהם.²⁹⁹ מובן שעל הסדר כזה לקחת בחשבון תוכני שידור בעייתיים אחרים, כגון אלימות, פשע וכד'. חשוב לגבות את הסיווג ביכולת חסימה אפקטיבית, דוגמת ה-v-chip (ואף בחסימה כבררת מחדל לכל שידור בעייתי, אשר תוכל להיפתח על-ידי צופה מבוגר), שכן ניתן להניח כי סיווג תכנית כמיועדת למבוגרים בלבד יתרום דווקא להגברת הסקרנות של הילדים, וימריץ אותם לצפות בה. על לוח המשדרים לתת משקל גם לשעות השידור השונות, כדי לאפשר שעות צפייה לכל המשפחה, למצער בערוצים הציבוריים. הסדרים דומים יש להפעיל גם לגבי האינטרנט ובתי הקולנוע, שלגביהם פירטנו כבר את ההסדרים המומלצים השונים.

כאמור, על האיסור הכללי אשר יחול על מכירה, מסירה או הפצה לקטינים, לכלול שלושה סטנדרטים אשר יתאימו בין גיל הקטין לבין סוג הפרסום האסור. הסטנדרט הראשון, אשר יחול על קטינים עד גיל 14, יחול על פרסום שיש בו תמונת עירום או תמונה של חלקי גוף אינטימיים של איש או אישה. הסטנדרט השני, אשר יחול על קטינים בגיל 14-16, ויחול רק על ביטויים מיניים מובהקים. הסטנדרט השלישי, יחול על קטינים מגיל 16 ועד 18 (או אף 21?), יתמקד בנקודת המבט הפמיניסטית ובחשש להשפעה חזקה על תודעתו הבלתי מעוצבת של הנער, ויחול על פרסום שיש בו ביזוי או השפלה מיניים, או פרסום שמציג אדם כחפץ זמין לשימוש מיני. לעברה כולה ייקבע סייג שלפיו העברה לא תחול על פרסום אשר יש לו ערך חברתי פודה לקטינים בגיל הרלוונטי.

לצד צמצום תחומי העברה האוסרת פרסומי תועבה היום, חובה להרחיב את האכיפה על העברות המוצדקות, כפי שהוצגו כאן. לצורך כך, ניתן להיעזר בארגונים ובעמותות פרטיות אשר ישימו להן למטרה להתמודד עם חשיפתם של ילדים לפורנוגרפיה. יש לציין כי אכיפת ההסדרים בדבר הגבלת ילדים תכביד במקצת, מטבע הדברים, גם על צריכתם של מבוגרים, אשר ייאלצו להשתמש באמצעי זיהוי שונים, בכרטיסי אשראי, וכד'. לדעתנו, פגיעה זו מוצדקת. בהינתן אינטרס חשוב בהגבלת חשיפתם של ילדים, ניתן לדרוש

299 לשיטה זו יתרונות נוספים, בדמות יכולת מחקרית לעקוב אחר כמות משדרי המין או האלימות בטלוויזיה, כמו גם יכולת לעקוב אחר הגופים המשדרים השונים (לצורך הענקה וחינוך של זיכיונות, למשל).

הכבדה מסוימת על צרכני הפורנוגרפיה, ובלבד שלא תהיה בה הגבלה מוחלטת. כזכור, טענו כי אין למדינה כל חובה להקל על צריכת פורנוגרפיה, בעיקר באגפיה הקשורים לפגיעה בנשים. לפיכך, גם אם הכבדה כזו תגרום לצמצום בהיקף הצריכה של פורנוגרפיה בקרב מבוגרים, אין בכך מן השלילה.

הגנה על המשתתפות בתעשיית הפורנוגרפיה פורנוגרפיית ילדים

לעיל, דנו באיסור הכללי, אשר נושא בחובו הגנה על משתתפי התעשייה, בדמות הטלת איסור על הפצה, מכירה ואולי אף על החזקה של פרסומים פורנוגרפיים שניכר בהם כי הופקו תוך ביצוע עברת אלימות או מין, או תוך הצגת פורנוגרפיה של קטינים. אמנם, קשה להניח כי הטלת איסור כזה תשפיע על שוקי הפורנוגרפיה העולמיים, אולם חשוב לציין כי לפחות ככל האמור בעברות זנות ותועבה הנוגעות לקטינים, סעיף 15 לחוק העונשין קובע כי דיני העונשין יחולו אף על עברת חוץ של אזרח ישראל, גם אם המעשה אינו עברה לפי חוקי המדינה שבה התבצע המעשה. כך יוכל המשפט הישראלי לתרום למצער להיעדר מעורבות ישראלית בעברות כאלו.

אמנם, עברה זו מתמודדת עם העברות הקשות בלבד. כפי שכבר הזכרנו, רבות מן המשתתפות בתעשיית הפורנוגרפיה, במיוחד בשוליה היקשים, קשורות גם לזנות ולצורות ניצול מיני אחרות, וסובלות מתנאים קשים המלווים הן את בחירתן ב'מקצוע', והן את העיסוק בו בפועל. בצורות הקיצוניות מדובר בחטיפה ובכפייה של ממש, אך גם במקרים קיצוניים פחות נראה כי יש להגן על נשים אלו מפני ניצול חריג (לגבי קטינים הסוגיה לא מתעוררת, שכן אין ספק שהעסקתם אסורה). מאידך גיסא, אין להניח באופן גורף כי כל נטילת חלק בפרסום פורנוגרפי היא תוצאה של כפייה. כפי שראינו, תופעת הפורנוגרפיה היא תופעה מגוונת, ונראה כי לפחות בחלקה ניתן לדבר על מבנה העסקה רצוני, שהשחקניות בו זוכות לתנאי שכר טובים ואף לכבוד וליוקרה מקצועית. אין לפקפק ביכולתן העקרונית של נשים לבחור את דרכן ולקבוע, לפי רצונן, את תחום עיסוקן. עיקרון זה חל גם אם מדובר במקצוע אשר אינו משאת נפש, אלא תוצאה של אילוץ כלכלי או דומה. יש לקבוע לפיכך הסדר שיהיה רגיש למורכבות זו.

הצעת פתרון מדויק חורגת מתחום דיוננו זה, אולם נעיר בקצרה כי נראה שהתמודדות עם בעיה זו צריכה להתמקד בתיקון של עברות הסרסרות

ועברת הבאתו של אדם לידי עיסוק בזנות (לפי סעיפים 199 ו-201 לחוק העונשין, בהתאמה), והסחר בבני אדם (לפי סעיף 203 לחוק), באופן שיקיף גם ניצול או סחר בנשים לשם השתתפות בסרטים פורנוגרפיים, או כל פרסום דומה אחר. לצורך כך, יש להתמקד בתיקונו של סעיף 203, העוסק בנסיבות מחמירות של סרסרות ובהבאת אדם לעיסוק בזנות, כך שיחול גם על הבאת אדם לידי עיסוק בפורנוגרפיה או על מי שחי על רווחיו של אדם כזה. כך ניתן יהיה להגן על אותן נשים מפני שימוש בכוח או באיום, מפני ניצול מחלת נפש או ליקוי שכלי, מפני מצב המונע התנגדות (כגון סימום), מפני מרמה או ניצול יחסי מרות, תלות, השגחה ועוד. ערוץ אפשרי נוסף הוא החוק למניעת הטרדה מינית, העשוי אף לתת בידי המשתתפות כלים אזרחיים לתביעת פיצויים ממעסיקהן.³⁰⁰

באשר לטיפול בפורנוגרפיית ילדים, הזכרנו שתי אפשרויות מרכזיות הנראות הולמות: אפשרות אחת שתתיר את המצב בישראל על כנו, ואפשרות שנייה שתתרכז בילדים אמתיים בלבד (בכפוף לאמור לעיל בדבר 'אמתיות נחזית'). מעבר לסוגיה זו, נראה כי עיקרו של הדיון נסב על בעיית האכיפה ועל הקצאת המשאבים לנושא, ולא על עיצוב הנורמה. בשאלה זו מתקיימת, כאמור, פעילות בין-לאומית ערה, בדמות כנסים ואמנות בין-מדינתיות ביזמת האו"ם וארגונים וולונטריים שונים. משכך, לא מצאנו מקום להקדיש לה דיון נרחב במסגרת זו.³⁰¹

אמנם, בעיה נוספת העשויה להתעורר קיימת בתחום הגדרת העברה הנוכחית המתמקדת בפרסום **תועבה** ובו דמותו של קטין. הביטוי תועבה אינו ברור, ובכל מקרה נראה כי הוא צר יותר מתחום הפרסומים המיניים הכללי, ואינו מכיל למשל פרסומים ארוטיים. ניתן לומר אמנם כי פרסום בעל אופי מיני הכולל קטין הופך מכוח זה בלבד לפרסום תועבה, אולם אין לבנות את הדין הפלילי על פרשנות יצירתית. יש מקום, לפיכך, להגדיר את העברה באופן מפורש יותר. ניתן לאפיין את הפרסום האסור, דרך משל, כהצגת קטין המקיים יחסי מין, או הצגת איבר מין של קטין למטרות מיניות.

300 זאת גם על שום הקרבה הרעיונית בין הרקע העיוני של חוק זה לבין ההתנגדות לזנות ולפורנוגרפיה.

301 ראו לעיל. לדיון נרחב נוסף בסוגיית פורנוגרפיית הילדים, מנקודת מבט קרימינולוגית, ראו: <http://www.criminology.fsu.edu/cjlinks/obscenity.html>

סוף דבר

הוויכוח אודות התפיסה הראויה בדבר פורנוגרפיה והסדרתה, עודנו פתוח. הוא יורד לשורשה של תפיסת המיניות והיחסים בין המינים, ואף נוגע בעצם הלז של התפיסה הליברלית, המותקפת בהקשר זה הן מן הכיוון הקהילתני (communitarian) או השמרני, והן מן הכיוון המרקסיסטי או הפמיניסטי. הוא מעורר קשיים רבים בתחומי מדעי החברה, הסוציולוגיה והקרימינולוגיה, ומקרין על שאלות של חינוך וחיי משפחה. אין פלא, אפוא, כי נושא זה עודנו עומד במרכזו של דיון ציבורי בכל המדינות המערביות. אין בכוונתו של נייר עמדה זה לסתום את הגולל על הוויכוח, וודאי לא להכווין את העמדה האישית הראויה כלפי פורנוגרפיה, אלא אך ורק להתוות את הדרך שבה יש להתייחס להסדרתו של הביטוי הפורנוגרפי על-ידי המדינה בדמוקרטיה חוקתית. עבודה זו מצטרפת לשלל הקולות המושמעים בסוגיה. תקוותנו כי יש בה תרומה מסוימת לדיון חשוב ומעניין זה.

נספח: הצעה לחקיקה

בשורות הבאות נציע מתווה לתיקוני חקיקה אשר ישקפו חלק ממסקנותיו של נייר עמדה זה. זאת מתוך כוונה להציע מסקנות אופרטיביות המוכנות למימוש (או קרובות לכך), באופן שיוביל להגנה על הערכים המוגנים הראויים להגנה, ובמידה הראויה להגנה. את ההצעה נחלק לארבעה ראשים: הראשון – התיקון המוצע לאיסור הכללי מצמצם את האיסור באופן שמגן על שלמות גופו וחירותו של אדם בלבד, ולא על המוסר הציבורי או רגשות הציבור. הראש השני עוסק בהגבלה יחסית, קרי: מניעת חשיפתם של קטינים לחומרים פורנוגרפיים מסוגים שונים, ומשקף את האינטרס בהגנה על קטינים ובחינוכם, כמו גם על כבודן ומעמדן השוויוני של נשים. הצורך בעברה כזו נובע מצמצום תחומי של האיסור הכללי, שאינו תופס עוד רבות מן ההתנהגויות אשר נתפסו בגדרו בעבר. הראש השלישי עוסק בשאלת פרסום החוצות. ההצעה מבקשת לבטל את העברה הקבועה כיום בסעיף 214א לחוק העונשין, ולהמירה בעברה מנהלית, אשר תהיה קלה יותר להפעלה ולהתאמה מקומית, ותהלוס את משקלו של הערך המוגן בעברה. הראש הרביעי הוא תיקון, על דרך ההשלמה, המוצע לעברות הסרסרות והסחר למטרות זנות, באופן שיכלול, בנסיבות המתאימות, גם את ניצולן של נשים, קטינים או כל אדם לצורכי תעשיית הפורנוגרפיה.

בחלק מן העברות, השארנו במסגרת ההצעה מספר חלופות, המשקפות שאלות פתוחות שונות במסגרת הדיון. חלופות אלו מסומנות בסוגריים עגולים.

א. העברה הכללית

במקום סעיף 214 לחוק העונשין, יבוא:

214. ביטויים פורנוגרפיים אסורים³⁰²

302 (א) "הנחזית להיות אמיתית" – הערך המוגן בעברה הוא חירותם המינית של קטינים ובגירים כאחד, בדרך של הטלת איסור על הפקתם ועל הפצתם של פרסומים שפגיעה כזו הייתה כרוכה בהפקתם, ובד בבד – למנוע פרסומים אשר יש בהם כדי לעודד, באופן ממשי, מעשים הפוגעים בחירות המינית. לשם כך, תופס האיסור גם פרסומים הנחזים להיות אמיתיים – ושעל כן השפעתם המסתברת על הצרכנים גדולה

(א) ה(מחזיק) מפיץ או מפיץ פרסום או מופע פורנוגרפיים, שמוצגות בו אחת מאלה:

- (1) פגיעה אמתית או פגיעה הנחזית להיות אמתית בחירותו המינית של אדם;
- (2) דמותו של קטין (שטרם מלאו לו שש עשרה שנה), (לרבות הדמיית קטין או ציור של קטין) בהקשר מיני, או באופן שיש בו כדי לעורר גירוי מיני;

דינו ...

(ב) בסעיף זה – "פורנוגרפיה" – ביטוי שעיקרו עיסוק במין, המציג איברי רבייה (מין) באופן גלוי ומפורש;

(ג) בסעיף זה – "פגיעה בחירות מינית" – מעשה ללא צידוק בדין כמפורט בעברות לפי סימן ה' לפרק י לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

(ד) מעשה לפי סעיף זה (לפי חלופה (1) של סעיף זה) לא יהווה עברה,

יותר. עם זאת, די בהבהרה על היות הפרסום מבוים כדי שפרסום זה לא ייחשב נחזה להיות אמת. אם כך, כאשר הפגיעה בחירות המינית היא אכן אמתית, ייאסר הפרסום. כאשר היא אינה אמתית, אך נחזית להיות אמתית – ייאסר הפרסום, וזאת אם יובהר במסגרת הפרסום עצמו כי המתואר בו מבוים בלבד. "ה(מחזיק)" – בעקבות דיונו, שאלת הטלת האיסור אף על המחזיק בפרסומים מעין אלו נותרת פתוחה, ושתי החלופות מוצעות.

"פגיעה בחירות המינית" – פגיעה בחירות המינית היא שימוש בעל אופי מיני בגופו של אדם שלא בהסכמתו. היא כוללת, בין היתר, גם אלימות מינית, ואולם אלימות מינית רצונית, הנעשית בהסכמת כל המשתתפים בה (במסגרת יחסים סאדו-מזוכיסטיים רצוניים), לא תיחשב לפגיעה בחירות המינית. ס"ק (ג) מבהיר את המונח על-ידי הפניה לעברות הרלוונטיות. אולם לא נדרש כי המעשה המוצג בפרסום יאפשר בהכרח **הרשעה** באחת מעברות אלו, אלא שתוצג התנהגות התואמת את ההתנהגות האסורה בעברות אלו, ללא צידוק. כך למשל, כאשר מוצג בפרסום כאמור אונס בידי אנס שאינו בר אחריות פלילית, הרי שהעובדה שלא ניתן להרשיע אותו בעברה לפי סעיפי החוק שאליהם מפנה ההגדרה, לא תתיר את הצגת המעשה במסגרת הפרסום הפורנוגרפי.

"(לרבות הדמיית קטין...) – בחלופה השנייה של ההתנהגות האסורה, מוצעות שתי חלופות בשאלת הכלת פורנוגרפיית ילדים וירטואלית במסגרת האיסור, המשקפות את דיונו בשאלת המאבק בפדופיליה.

"(שטרם מלאו לו שש עשרה שנה)" – בנוסף, מוצעות שתי חלופות לגבי הגדרת גיל הקטינות לעניין העברה:

אפשרות אחת, הכוללת את הגבלת גיל הקטינות ל-16, מבוססת על גיל ההסכמה לקיום יחסי מין. מבנה זה תופס בגדר האיסור קטין עד גיל 16 המוצג בפרסום – וכן קטין למעלה מגיל 16 המוצג תוך פגיעה בחירותו המינית. מבנה זה משקף את התפיסה

- (1) אם בפרסום היה טמון ערך חברתי, מדעי או אמנותי ובית המשפט סבר כי יש להעדיף את הערך הטמון בו על פני הנזקים הצפויים ממנו.
- (2) אם אין בהצגה אלא כדי להתנגד להתנהגות כאמור. (ה) בסעיף זה, "המחזיק" – פרט למחזיק בתום לב ובאקראי).

תוספות והשלמות:

1. עברה מוחמרת על ניצול הקטין בידי האחראי עליו, במקביל ל-214(ב3) היום.
2. הסמכה לבית המשפט להפעלת סמכותו לפי חוק רישוי עסקים – במקביל ל-214(ג) היום.

שלפיה כל ייצוג של קטין מתחת לגיל ההסכמה בהקשר מיני מהווה פגיעה בחירות המינית.

נציג את תוצאות המבנה המשולש בעזרת טבלה:

גיל	פגיעה בחירות	תוצאה
מתחת ל-16	אין	הרשעה
מעל 16	אין	זיכוי
מעל 16	יש	הרשעה

עם זאת, דומה כי יש מקום להבחין בין הגיל שבו ניתן להסכים לקיום יחסי מין, לבין הגיל שבו ניתן להסכים לניצול מסחרי של הילד. אי לכך, מוצעת גם חלופה המותירה את גיל הקטינות על כנו, ותופסת במסגרת האיסור אף הצגה של קטינים מעל גיל 16 אשר לא מוצגת פגיעה בחירותם המינית. במקרה כזה התוצאה היא כדלקמן:

גיל	פגיעה בחירות	תוצאה
מתחת ל-18	אין	הרשעה
מעל 18	אין	זיכוי
מעל 18	יש	הרשעה

ההבדל מתמצה אם כן בשאלת מעמדו של פרסום המציג קטין בטווח הגילים 16-18, המוצג בפרסום פורנוגרפי שאין בו הצגה של פגיעה בחירות מינית.

(ג) "לפי חלופה..." – מוצעת חלופה שלפיה לא תחול ההגנה של ערך חברתי פודה על פרסום פורנוגרפי הכולל קטינים.

"(נד) בסעיף זה..." סעיף זה נדרש במידה שהמחזיק ייכלל במסגרת העברה, כדי להוציא מגדרו מחזיקים נעדרי אשמה.

ב. הגבלה לשם הגנה על קטינים

במקום סעיף 214א, יבוא:

214א. ביטויים מיניים האסורים להפצה לקטינים³⁰³

(א) המציג או מפיץ ביטוי, באופן הזמין לצפייתם או לצריכתם של קטינים שטרם מלאו להם:

(1) 12 שנים, ושהוא כולל חלקי גוף אינטימיים של איש או אישה בהקשר מיני, או שחלק מהותי מתוכו כולל הצגת יחסים מיניים,

(2) 16 שנים, ושהוא ביטוי פורנוגרפי כמשמעותו בסעיף 214, או שיש בו הצגה של סטייה מינית או הצגה מפורשת של מגע מיני,

(3) 18 שנים, ושיש בו ביזוי או השפלה מיניים, או שהוא מציג אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני.

דינו ...

(ב) בסעיף זה, הפצה או הצגה "באופן הזמין לקטינים" – למעט הפצה או הצגה תוך נקיטת אמצעים סבירים להגבלת נגישותם של קטינים לביטוי האמור, בהתאם לגילם כמפורט בסעיף.

303 ההכרה בכך שגיל הקטינות אינו הומוגני, מובילה להסדר רגסיבי המצמצם את יריעת האיסור ככל שגיל הקטין עולה, באופן המשקף את התברורתו המינית והכללית כאחד. החלופה הראשונה, העוסקת במי שטרם מלאו לו 12, נועדה להבטיח את יכולתם של ההורים וגורמי החינוך להעניק לילדם חינוך מיני ראשוני לפי אמונתם, ובזמן המתאים לכך לפי דעתם. אף החלופה השנייה, העוסקת במי שלא מלאו לו 16, נועדה בעיקרה להגן על חינוכם של קטינים, אשר אישיותם טרם בשלה די הצורך, כך שיש צורך לפקח על טיבו ועל אופיו של החינוך המיני שאליו הם נחשפים. החלופה השלישית, העוסקת במי שטרם מלאו לו 18, נועדה להגביל את תפוצתן של תפיסות ועמדות פסולות כלפי מין בכלל וכלפי נשים בפרט, בגיל שבו פורנוגרפיה עשויה להוות גורם משמעותי בחינוכו המיני של הנער.

מובן שככל שגילו של הקטין יורד, כן הוא נתפס ברשתן של יותר חלופות. כך, למשל, קטין שטרם מלאו לו 12, לא מלאו לו אף 16 ו-18.

יש להבחין כי העברה אינה עברת תוצאה, ואינה דורשת יסוד של צריכת הפרסום על-ידי קטין, אלא התנהגות של הפצה בלתי מוגבלת. ס"ק (ב) מפרש את הביטוי "באופן הזמין לצפייתם או לצריכתם של קטינים" באופן שאינו כולל הצגה או הפצה תוך נקיטת אמצעי בקרה וזיהוי למניעת תפוצת הביטוי לקטינים. לכן, אם ננקטו אמצעי זהירות כאמור, אולם קטינים הצליחו לעקוף אמצעים אלו, אין בכך כדי להטיל אחריות על המפיץ או המציג. ס"ק (ג) המוצע כחלופה אפשרית, מאפשר לשר הממונה להתקין תקנות שבהן ייקבעו פרטיהם של "אמצעים סבירים" אלו בתחומים שונים, החל מדרישת תעודת זהות בחנות, וכלה באמצעי סינון וסיווג ברשת האינטרנט.

(ג) שר ה... רשאי לקבוע כללים באשר לטיבם או למהותם של האמצעים האמורים בס"ק (ב).
(ד) הוראות סעיף 214(ד) יחולו אף לעניין סעיף זה, בשינויים המחויבים.

(ניתן אף להפוך סייג זה לסעיף עצמאי אשר יחול על כל הסימן) תוספות והשלמות:

יש צורך בהרחבת הסדר הסימון והסיווג באופן שיחול גם על חומרים מינניים שאינם שידורי טלוויזיה, כגון ספרים, עיתונים או סרטים המוצעים לציבור. ייתכן שניתן לעשות זאת דרך חובת הרישוי של בעלי העסקים, על-ידי קביעת עברה מנהלית שתחייב סימון כזה ותטיל קנס על החורגים מהוראותיה.

ג. פרסום חוצות

כאמור לעיל, מוצע לבטל את סעיף 214א בצורתו הנוכחית, ולהמיר אותו בעברה מנהלית, אשר תשכון מחוץ לחוק העונשין. יושם אל לב כי פרסום חוצות נחשב להפצת ביטוי למי שטרם מלאו לו 12 שנים, ולכן כפוף להוראות סעיף 214א המוצע לעיל לגבי התכנים המותרים בו.

פרסום פוגע על שלטי חוצות³⁰⁴

(א) המפרסם פרסום פוגע על שלטי חוצות, דינו קנס של...
לעניין סעיף זה – "פרסום פוגע": פרסום הכולל:

- (1) רמיזה מינית בוטה;
- (2) חשיפה של חלקי גוף של אדם, אשר אין זה מקובל בקרב הציבור במקום לחשוף אותם בפרהסיה, ושיש בו פגיעה ברגשותיו של הציבור במקום או של חלק ממנו;

304 הנוסח המוצע מצמצם את תחום השתרעותה של העברה, ואינו כולל הגנה על "רגשותיו המוסריים של הציבור", אלא מגן בפני פגיעה ברגשותיו של אדם. מתוך הכרה בהיותה של מדינת ישראל מדינה רב-תרבותית, ולאור האינטרס בהגנה על הפרט מפני פגיעה עמוקה ברגשותיו, מוצע הסדר גמיש התואם את הסטנדרטים הקהילתיים המקומיים, ועשוי לשקף את אופי האוכלוסייה המקומית. כך, יוצר הבדל בין פני הפרהסיה באזורים שיש בהם אוכלוסייה שמרנית (דתית-חרדית, או מוסלמית) מרובה, או למצער מיעוט שמרני משמעותי, ובין אזורים אחרים. לצד זאת, יש מקום לשמר את ההגנה על הפרהסיה מפני פרסומים פוגעניים כלפי נשים.

(3) ביזוי או השפלה מיניים, או הצגת אדם כחפץ זמין לשימוש מיני.

(ב) הרשות המקומית תהא רשאית לקבוע קריטריונים להערכת פוגענותם של פרסומים, בהתחשב באופיים ובמיקומם.

הערות:

המונח "פרסום חוצות" יוגדר כמו בסעיף 214א של החוק הנוכחי.

ד. הגנה על משתתפי התעשייה

לאחר סעיף 203 לחוק העונשין (כצורתו לאחר תיקון תש"ס מס' 4) יבוא:

200א. ניצול אדם לצורכי תעשיית הפורנוגרפיה³⁰⁵

המביא אדם להשתתף בהצגה או בפרסום פורנוגרפיים, כמשמעותם בסעיף <לעיל>, תוך שימוש באחד מאלה:

- (1) כוח או אמצעי לחץ אחרים, או תוך איום באחד מהם;
- (2) ניצול יחסי מרות, תלות, חינוך או השגחה;
- (3) ניצול מצב המונע את התנגדותו של האדם שהובא להשתתף בפרסום או בהצגה, או תוך ניצול היותו חולה נפש או לקוי בשכלו;
- (4) (בהסכמה שהושגה במרמה);

דינו כדין החי על רווחי אדם העוסק בזנות לפי סעיף 199(א).

ובהמשך, יבוא:

205ג. סחר ומכירה לשם השתתפות בתעשיית הפורנוגרפיה

לעניין סעיפים 203א-203ב (וכן סעיפים 205א-205ב), "מעשה זנות" או "עיסוק בזנות" – אף השתתפות בפרסום או בהצגה פורנוגרפיים בנסיבות המנויות בסעיף 200א במשמע.

305 הכרה בכך שתעשיית הפורנוגרפיה מבוססת לעתים על ניצול המשתתפות והמשתתפים בה, מובילה להרחבה של עברת הסרסרות לזנות ועברת הסחר בנשים לשם זנות, באופן שיכלול – בנסיבות המתאימות, אף את ניצולן של נשים, קטינים או אחרים לצורכי התעשייה.

מקורות

מקורות ישראליים

חקיקה

- חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.
פקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973.
חוק העונשין, התשל"ז-1977.
חוק להשעיית תוקפה של פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), התשמ"ט-1989.
פקודת סרטי הראינוע, התרע"ב-1927, חא"י א, 128.
חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 27), התשס"ב-2002.
הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 27) (הגבלות על משדרים פורנוגרפיים), התשס"ב-2002.
הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 28) (הגבלות על שידורים למבוגרים), התשס"ב-2002.

פסיקה

- בג"ץ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421.
בג"ץ 146/59 **כהן נ' שר הפנים**, פ"ד יד 283.
בג"ץ 331/80 **התשבי נ' חרון**, פ"ד לד (4) 13.
בג"ץ 383/73 **אבידן נ' גרי**, פ"ד כח(2) 766.
בג"ץ 399/85 **כהנא נ' רשות שידור**, פ"ד מא(3) 255.
בג"ץ 4644/00 **יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פ"ד נד(4) 178.
בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בעמ נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נ(5) 661.
בג"ץ 5016/96 **ליאור חורב ואח' נ' שר התחבורה**, תק-על 97 (2) 631.
בג"ץ 549/75 **חברת סרטי נח בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע**, פ"ד ל(1) 757.
בג"ץ 5885/00 **זבולון אורלב נ' המועצה לשידורי כבלים ולווין**.
בג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומלו"ת (1981) בע"מ נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד מח(2) 1.
בג"ץ 73/53 **חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז, 871.
בג"ץ 8003/01 **פליי.טי.וי. נ' כנסת ישראל** (טרם ניתן פסק דין).

- בגיץ 806/88 Universal City Studios נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22.
- בש"א (ת"א) 34611/99 GUEFA MBH נ' "קופידון" מין בוטיק בע"מ, תק-מח 99(2) 1467.
- ע"פ (ת"א) 1283/81 מדינת ישראל נ' וידאוקסט, דינים מחוזי לב(1) 450.
- ע"פ (ת"א) 433/60 היועץ המשפטי נ' בר-כוכבא, פ"מ כח 16.
- ע"פ 123/50 לימן נ' היועץ המשפטי (לא פורסם).
- ע"פ 3037/97 מזור מני נ' מדינת ישראל, דינים עליון נג 238.
- ע"פ 495/69 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 408.
- ת"א (חי'י) 404/82 ישעיהו נ' מדינת ישראל, עמ' 528.
- ת"א (חי'י) 404/82 ישעיהו נ' מדינת ישראל, פס"מ התשמ"ד ב' 522.
- ת"פ (ת"א) 6257/87 מדינת ישראל נ' מור, פ"ש ב 52.

ספרות

- ברק א', "חופש הביטוי ומגבלותיו", הפרקליט מ (1991), עמ' 5.
- ברק א', "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי", עיוני משפט יד (התשמ"ט), עמ' 371.
- דוח הוועדה לעניין פרסומים פורנוגרפיים (בראשות השופט ויתקון, 1968).
- דיין אורבך א', "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", עיוני משפט כ (התשנ"ז-1996), עמ' 377.
- הארט הל"א, חוק, חירות, מוסר, תל-אביב, 1981.
- הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מספר 21.565 מיום 1 בדצמבר 1982.
- הנחיית הרשות בנושא קדימונים לתכניות ל"מבוגרים" ו"למבוגרים בלבד", 2000.
- זיו-גולדמן נ', "פורנוגרפיה, חופש הביטוי וזכויות נשים", בתוך פ' רדאי, כ' שלו, מ' ליבן-קובי (עורכים), מעמד האשה בחברה ובמשפט, התשנ"ה, עמ' 339.
- כהן-אלמגור ר', גבולות הסובלנות והחירות, ירושלים, 1994.
- כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), התשנ"ד-1994.
- כללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993.
- לוק ג', אגרת על הסובלנות, ירושלים, התש"ן.
- מיל ג' ס', על החירות, ירושלים, התשכ"ו.
- פלר שי ז', יסודות בדיני עונשין (כרך א), ירושלים, התשמ"ד.

קרמניצר מ' ולבנון ל', "האיסור הפלילי על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחיריו", **שערי משפט** ב (2001), עמ' 285.

קרמניצר מ' וגנאים ח', **הסתה, לא המרדה**, נייר עמדה מס' 7, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1997.

רדאי פ', שלו כ', ליבן-קובי מ' (עורכים), **מעמד האשה בחברה ובמשפט**, התשנ"ה.

רובינשטיין א', **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהד' חמישית), התשנ"ז.

שגב ר', **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, 2001.

מקורות מחו"ל חקיקה

The Obscene Publication Act, 1959.

Criminal Justice and Public Order Act, 1994.

The ILO Convention 182 Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour, 1999

The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000.

פסיקה

A Book named John Cleland's "Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966).

Ashcroft v. Free Speech Coalition, 121 S. Ct. 876 (2000).

American Booksellers v. Hudnut, 771 F. 2d 323 (1985).

American Civil Liberties Union, et al. v. Reno, 98-5591 (1999).

Brodie v. The Queen [1962] S.C.R. 681.

Free Speech Coalition v. Reno, 198 F.3d 1083 (9th Cir. 1999), rehearing en banc denied, 220 F.3d 1113 (9th Cir. 2000).

Ginzburg v. United States, 86 S.Ct 942.

- Glad Day Bookshop v. Canada (D.M.N.R)**, [1992] O.J no. 1466 (Gen. Div.).
- Jacobellis v. Ohio**, 378 U.S. 184, 197 (1964).
- Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)** [2000] 2 S.C.R 1120.
- Multnomah County Library v. United States of America**, no. 01-CV-1322; **American Library Association v. United States of America**, no. 01-CV-1303.
- Memories v. Massachusetts**, 86 S.Ct. 975.
- Miller v. California**, 413 U.S. 15 (1973).
- Miller v. California**, 413 U.S. 15, 24 (1973).
- Mishkin v. New York**, 86 S.Ct 958.
- New York v. Ferber**, 458 U.S. 747 (1982).
- Osborne v. Ohio**, 495 U.S. 103 (1990).
- Pope v. Illinois**, 481 U.S. 497 (1987).
- R. v. Fellows**, [1997] 1 Cr.App.R. 244.
- R. v. Hicklin**, 3 Q.L.R. 360, 371 (1868)
- R. v. Ramsingh** (1984) 14 C.C.C (3d) 230.
- R. v. Sharpe**, 2001 S.C.C 2.
- R. v. Towne Cinema Theaters Ltd.** (1985) 18 C.C.C. (3d) 193.
- Regina v. Butler**, 89 D.L.R. (4th) 449, 482.
- Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, Inc.**, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).
- Reno v. ACLU**, 521 U.S. 844; 117 S. Ct. 2329 (1997).
- Roth v. U.S.**, 354 US 476, 485 (1957).
- Scientology v. Providers and Karin Spaink** (Hague, 3.1996).
- Shea v. Reno**, 930 F. Supp. 916 (S.D.N.Y. 1996).
- Stanley v. Georgia**, 394 U.S. 557 (1969).
- Towne Cinema Theatres Ltd. v. R.**, [1985] S.C.R. 494.
- U.S v. One Book Called Ulysses**, 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933).
- Zeran v. America Online**, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).

- Akdeniz Y., "Governing Pornography & Child Pornography on the Internet: The UK Approach", **U. West. L.A. Law Rev.** 32 (1995), p. 247.
- Allison J. and Wrightsman L., **Rape: The Misunderstood Crime**, Newbury Park: Sage, 1993.
- Austin J., **How To Do Things With Words**, Oxford: Oxford University Press, 1962.
- Barendt E., **Freedom of Speech**, Oxford: Clarendon Press, 1985.
- Berger F. R., "Pornography, Sex, and Censorship", **Social Theory and Practice** 4 (1977), p. 183.
- Brownmiller S., **Against Our Will: Men, Women, and Rape**, N.Y.: Simon and Schuster, 1975.
- Childress S. A., "Real 'Rape Speech': Violent Pornography and the Politics of Harm", **Law and Society Rev.** 25(1) (1991), p. 177.
- Clark L. M.G., "Liberalism and Pornography", in: D. Copp and S. Wendall (eds.), **Pornography and Censorship**, Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 1983, p. 45.
- Clor H. M., **Public Morality and Liberal Society**, University of Notre Damme Press, 1996.
- Copp D. and Wendall S. (eds.), **Pornography and Censorship**, Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 1983.
- Copp D., "Pornography and Censorship: An Introductory Essay", in: D. Copp and S. Wendall (eds.), **Pornography and Censorship**, Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 1983, p. 15.
- Corne S., J. Brier and L. Esses, "Women's Attitudes and Fantasies About Rape as a Function of Early Exposure to Pornography", **J. of Interpersonal Violence** 7 (1992), p. 454.
- Dewer S. (ed.), **The Problem of Pornography**, Belmont, 1995.
- Donnerstein E., "Mass Media Violence: Thoughts on the Debate", **Hofstra L. Rev.** 22 (1994), p. 827.
- Dworkin A., "Against The Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality", **Harvard Women's Law**

- Journal** 8 (1985), 1.
- Dworkin A., **Pornography: Men Possessing Women**, N.Y: Plume, 1989.
- Dworkin R., "Women and Pornography", **The New York Review of Books**, October 21, 1993.
- Dworkin R., **A Matter of Principle**, Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Dworkin R., "Do We Have A Right to Pornography?", in: **A Matter of Principle**, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 335.
- Dworkin R., "Liberty and Pornography," in: S. Dewer (ed.), **The Problem of Pornography**, Belmont, 1995, p. 112.
- Dyzenhouse D., "J.S. Mill and the Harm of Pornography," in: D. Spitz (ed.), **J. S. Mill On Liberty**, New York: W. W. Norton, 1975.
- Easton S.M., **The Problem of Pornography**, London: Routledge, 1994.
- Edwards D., "Toleration and Mill's Liberty of Thought and Discussion", in: S. Mendus (ed.), **Justifying Toleration**, Cambridge University Press, 1988, p. 87.
- Feinberg J., **Offence to Others**, Oxford: Oxford University Press, 1985.
- Fisher W. A. and A. Barak, "Pornography, Erotica and Behavior: More Questions than Answers", **International J. of Law and Psychiatry** 14 (1991), p. 65.
- Fiss O. M., **Liberalism Divided**, Oxford: Westview Press, 1996.
- Freedman J. L., "Viewing Television Violence Does Not Make People More Aggressive", **Hofstra L. Rev.** 22 (1994), p. 833.
- Garry A., "Pornography and Respect for Women", **Social Theory and Practice** 4 (1978), p. 395.
- Goode E., **Deviant Behavior**, N.J: Prentice Hall, 1997.
- Green L., "Pornographies", **The J. of Political Phil.** 8 (2000), p. 27.

- Greenawalt K., "Free Speech Justification", **Columbia L. Rev.** 89 (1989), p. 119.
- Hearold S., "A Synthesis of 1043 Effects of Television on Social Behavior", in: G. Comstock (ed.), **Public Communication and Behavior**, 1986, Orlando: Sla Academic press.
- Hornsby J., "Speech Acts and Pornography", in: S. Dewer (ed.), **The Problem of Pornography**, Belmont, 1995, p. 220.
- Howitt D. and Cumberbatch G., **Pornography: Impacts and Influences**, London: HMSO, 1990.
- Kendall W., "The Open Society and its Fallacies", in: D. Spitz (ed.), **J. S. Mill On Liberty**, New York: W. W. Norton, 1975, p. 154.
- L.R.C.C., **Hate Propaganda**, Working Paper 50, Ottawa, 1986.
- Langton R., "Speech Acts and Unspeakable Acts", **Philosophy & Public Affairs** 22 (1993), p. 293.
- Langton R., "Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornography", in: S. Dewer (ed.), **The Problem of Pornography**, Belmont, 1995, p. 91.
- Lederer L. (ed.), **Take Back the Night**, New York: William Morrow and Co., 1980.
- Leiser B. (ed.), **Values in Conflict** (3rd ed.), Macmillan Pub. Co., 1986.
- Levine M., **Viewing Violence - How Media Violence Affects Your Child's and Adolescent's Development**, New York: Doubleday, 1996.
- Lindgren J., "Defining Pornography", **U. of Pennsylvania L. Rev.** 141 (1993), p. 1153.
- Longino H. E., "Pornography, Oppression, and Freedom: A Closer Look", in: L. Lederer (ed.), **Take Back the Night**, New York: William Morrow and Co., 1980, p. 40.
- MacKinnon C.A., **Toward a Feminist Theory of the State**, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1989.
- MacKinnon C.A., "Pornography, Civil Rights, and Speech", **Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev.** 20 (1985),

- pp. 1, 18.
- MacKinnon C.A., "Pornography, Civil Rights, and Speech", in: S. Dewey (ed.), **The Problem of Pornography**, Belmont, 1995, 1, 4.
- MacKinnon C.A., "Not a Moral Issue", in: C.A. MacKinnon, **Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law**, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1987, p. 146.
- MacKinnon C.A., **Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law**, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1987.
- MacKinnon C.A., **Only Words**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.
- Manchester C., "Computer Pornography", **Criminal Law Review** (1995), p. 546.
- Mendus S. (ed.), **Justifying Toleration**, Cambridge University Press, 1988.
- Milton J., **Areopagitica**, London, 1819.
- Morgan R., "Theory and Practice: Pornography and Rape", in: L. Lederer (ed.), **Take Back the Night**, New York: William Morrow and Co., 1980, p. 134.
- Murray J. P., "The Impact of Televised Violence", **Hofstra L. Rev.** 22 (1994), p. 809.
- Nemes I., "The Relationship Between Pornography and Sex Crimes", **J. Psych. Law.** 20 (1992).
- Devlin P., **The Enforcement of Morals**, London: Oxford University Press, 1965.
- Parent W.A., "A Second Look at Pornography and the Subordination of Women", **J. of Phil.** 87 (1990), p. 205.
- Primoratz I., **Ethics and Sex**, London: Routledge, 1999.
- Raz J., **The Morality of Freedom**, Oxford: University Press, 1986.
- Report of the Committee on Homosexual Offence and Prostitution (CMD, 247), 1957.
- Rimm M., "Marketing Pornography on the Information Superhighway: A Survey of 917,410 Images, Descriptions,

- Short Stories and Animations Downloaded 8.5 Million Times by Consumers in Over 2000 Cities in Forty Countries, Provinces, and Territories”, **Georgetown L. J.** 83 (1995), pp. 1849-1925.
- Russell D., “Pornography and Rape: A Casual Model”, **Political Psychology** 9 (1988), p. 41.
- Scanlon T.M., “A Theory of Freedom of Expression”, **Philosophy and Public Affairs** 1 (1972), p. 204.
- Scanlon T.M., “Freedom of Expression and Categories of Expression”, in: D. Copp and S. Wendall (eds.), **Pornography and Censorship**, Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 1983, p. 139.
- Schauer F., “Free Speech and the Paradox of Tolerance”, in: B. Leiser (ed.), **Values in Conflict** (3rd ed.), Macmillan Pub. Co., 1986.
- Schauer F., **Free Speech: A Philosophical Enquiry**, Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Searle J., **Speech Acts**, Cambridge: Cambridge University Press, 1970.
- Selin S., “Governing Cyberspace: The Need for an International Solution”, **Gon. L.R.** 32 (1997), p. 365.
- Shiner R.A., “Advertising and Freedom of Expression”, **University of Toronto L. J.** 45, p. 179.
- Soble A., “Pornography: Defamation and the Endorsement of Degradation”, **Social Theory and Practice** 11 (1985), p. 61.
- Spitz D. (ed.), **J. S. Mill On Liberty**, New York: W. W. Norton, 1975.
- Stephen J. F., **Liberty, Equality, Fraternity**, Cambridge: Cambridge University Press, 1967, p. 30.
- Stoltenberg J., “Gays and the Pro-Pornography Movement: Having the Hots for Sex Discrimination”, in: S. Dewey (ed.), **The Problem of Pornography**, Belmont, 1995, p. 162.
- Strossen N., “A Feminist Critique of the Feminist Critique of

- Pornography”, **Virginia L. Rev.** 79 (1993), p. 1190.
- Vadas M., “A First Look at the Pornography/ Civil Rights Ordinance: Could Pornography Be the Subordination of Women?”, **J. of Phil.** 84 (1987), p. 487.
- Valverde M., “Beyond Gender Dangers and Private Pleasures: Theory and Ethics in the Sex Debate”, in: S. Dewer (ed.), **The Problem of Pornography**, Belmont, 1995, p. 177.
- Waugh T., “Men’s Pornography: Gay vs. Straight”, in: S. Dewer (ed.), **The Problem of Pornography**, Belmont, 1995, p. 142.
- Williams B., **Report of the Committee on Obscenity and Film Censorship**, London: HMSO, Cmnd 7772, 1979.
- Willis E., “Feminism, Moralism, and Pornography”, in: S. Dewer S. (ed.), **The Problem of Pornography**, Belmont, 1995, p. 170.

מקורות ברשת האינטרנט

- Akdeniz Y., Regulation of Child Pornography on the Internet: Cases and Materials, at <http://www.cyber-rights.org/reports/child.htm>
- <http://libertus.net/censor/auscensor.html#intro>
- <http://www.aba.gov.au>
- <http://www.aclu.org/features/f032001a.html>
- <http://www.aclu.org/issues/cyber/censor/stbills.html>
- <http://www.bbfc.co.uk>
- <http://www.bsc.org.uk>
- <http://www.criminology.fsu.edu/cjlinks/obscenity.html>
- <http://www.criminology.fsu.edu/cjlinks/obscenity.html>
- <http://www.cyberpatrol.com>
- <http://www.focalpointngo.org/yokohama>
- http://www.gradingthemovies.com/html/parent_alerts/bp_ratings.shtml
- <http://www.media-awareness.ca/eng/indus/filmvid/film1.htm>
- <http://www.netnanny.com>
- <http://www.peacefire.org>

http://www.pssg.gov.bc.ca/film_class/index.htm

<http://www.puresight.net>

<http://www.umanitoba.ca/faculties/law/Courses/Busby/Gender/factum.pdf>

<http://www.vchipcanada.ca>

<http://www.vet.fi/english/board.html>

http://zolatimes.com/V4.39/net_censor_aus.htm

רביה, ח', "סמכות מקומית ובינלאומית באינטרנט", www.law.co.il.

רביה, ח', "פורנוגרפיה, גיאוגרפיה ומיסוי", www.law.co.il.

ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

- **רפורמה בשידור הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגב' רחל לאל
- **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי
- **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**
אריאל צימרמן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**
פרופ' אביעזר רביצקי
- **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני
- **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **הסתה, לא המרדה**
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים
- **בנק ישראל: סמכות ואחריות**
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי
- **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה בעידן שלום: א. החרדים בישראל**
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי
- **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **חופש העיסוק**
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן
- **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**
גדעון רהט ונטע שר-הדר

- **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**
פרופ' רות גביזון ועסאם אבו-ריא (הופיע גם בערבית)
- **100 הימים הראשונים**
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה
- **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**
שחר גולדמן בהנחיית פרופ' רות גביזון ופרופ' מרדכי קרמניצר
- **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין
- **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**
איל ינון ויוסי דוד
- **משאל-עם: מיתוס ומציאות**
דנה בלאנדר וגדעון רהט
- **השסע החברתי-כלכלי בישראל**
איריס גרבי וגל לוי בהנחיית פרופ' רות גביזון
- **מדינה משפט והלכה – א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות
- **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**
הילי מודריק-אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס
- **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגב' חני קומנשטר

- **דגמים של שיתוף אזרחים**
אפרת וקסמן ודנה בלאנדר בהנחיית פרופ' אשר אריאן
- **הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
- **אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל**
- **אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה**
- **הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד**
- **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001 – 2002**
- **מדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית.**
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **חקיקה פרטית**
דנה בלאנדר וערן קליין בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס
- **הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
- **איום ביטחוני ומשבר כלכלי**
- **הגלובליזציה**
- **מדיניות הפנסיה**
- **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002-2003**
- **רגולציה – הרשות המפקחת**
אורי ארבל-גנץ בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן
- **רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי**
(בשיתוף עם קרן קונרד אדנאוואר)
פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר

- דת ובג"ץ: דימוי ומציאות א. פרסום "מנוף – המרכז למידע יהודי" במבחן הביקורת
ד"ר מרגית כהן, ד"ר אלי לינדר ופרופ' מרדכי קרמניצר
- האומנם מדינת כבוד האדם?
אלוף הראבן
- פורנוגרפיה - מוסר, חירות, שוויון: הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה, ועבירות קרובות
רם ריבלין בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- الصدع العربي اليهودي في اسرائيل: مميزات وتحديات
الاستاذ عصام ابو ريا البروفيسورة روت جبيزون

English Publications of The Israel Democracy Institute

- **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**
By Prof. Aviezer Ravitzky
- **State, Law, and Halakha: Part One – Civil Leadership as Halakhic Authority**
By Prof. Yedidia Z. Stern
- **Incitement, Not Sedition**
By Prof. Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim
- **State, Law and Halakha: Part Two – Facing Painful Choices**
Law and Halakhah in Israel Society
By Prof. Yedidia Z. Stern

אפשר לרכוש את ניירות העמדה
במכון הישראלי לדמוקרטיה

ת"ד 4482, ירושלים 91044

טלפון: 1-800-202222, 02-5392888

פקס: 02-5631122

a sweeping prohibition upon them is uncalled for. Such an arrangement does not infringe on the choice of someone wishing to watch, or on their autonomy to decide as they wish regarding what is fitting and what is offensive, but rather forces them to decide in a positive way that this is what they want, each and every time that they indeed want it.

Regarding limiting children's exposure to pornography, an arrangement that takes into account the child's age is necessary, in order to protect the values worthy of defense but at the same time to refrain from creating an overly puritanical arrangement. It is suggested that limits be gradually reduced as the child's age increases, in order to protect the sexual education of minors, and to prevent adoption of improper perceptions and misogyny. The various standards would apply to minors from age 12, 16 and 18 years. Along with that, we noted the need to broaden the enforcement of such a prohibition, after it is reduced to its justified dimensions.

Along with this, there is an acute need to expand the tools that would make it possible to contend with the exploitation of female participants in the pornography industry. To that end, we proposed widening the application of the prohibitions against pimping and trafficking in human beings for purposes of prostitution, in a manner that would also encompass exploitation or trafficking in women for purposes of pornography. Our conclusions are mainly expressed in concrete proposed legislation, which appears as an appendix to the position paper.

This position paper is not meant to wind up the dispute, and certainly not to point to the fitting personal attitude toward pornography. It is only meant to outline the manner in which regulating pornographic expression should be addressed by the state in a constitutional democracy. The paper adds its voice to the host of voices being heard on the issue. It is our hope that it can make a certain contribution to this important and interesting discussion.

As for the question of billboard advertising, preserving the private and communal rights of cultural minorities in Israeli society requires legislation, though the broad and sweeping criminal offense should be converted into an administrative arrangement that would combine a more measured administrative sanction with decision-making and advisory mechanisms that are more sensitive to various local parameters, to enable the creation of a flexible arrangement suited to various communities.

Regarding the limitation on movies, the distinction between the private and public spheres is not a geographic one, but rather depends on the voluntary nature of the participants' participation. Therefore, beyond being subject to the general offense, movie theaters would be required to mark and to notify the public regarding the contents shown in a movie, as well as to prevent the entry of minors to see inappropriate movies. To that end, we recommended bolstering the activity of the body responsible for rating and marking the movies, in order to make sure that there is responsible and accurate information.

As for television – its unique quality, its penetration into the private domain and the passivity involved in consuming this medium – a separate discussion is needed. Our conclusion is that there is no ground to limit adult viewing of pornographic broadcasts in the pay-per-view method (contrary to continuous channel broadcasts), which requires consumers to make a conscious and informed decision if they seek to view such broadcasts, and even involves payment. This viewing method creates full equivalence between viewing television broadcasts and renting a videotape from the nearest store, and neutralizes the characteristics that distinguish between television and other forms of distributing pornography, especially when discussing cable broadcasting, which is not a public resource. Assuming that it is reasonably possible to overcome the concern over minors being exposed to such broadcasts, it seems that imposing

freedom. From one direction it is intended to protect those who participate in the pornography industry (and especially minors) against exploitation, violence and rape. Like the prohibition against possessing stolen property, preventing the use of the fruits of the offense would also damage the foundations of the original form of the offense. From another direction, the general prohibition rests on the assumption regarding a reasonable possibility that exposure to violence, rape or pedophilia increases this tendency among viewers, and encourages criminal behavior.

Pointing to a causal link such as this is problematic and unclear, and is liable to lead to under-enforcement, or worse yet – to over-enforcement, which would rely on the ill-defined prohibition in order to promote moralistic attitudes. Therefore, the proposal is to prohibit only publications that present activity harmful to physical well-being or sexual freedom. That is how any publication whose production includes such action, as well as publications for which the probability that they would encourage criminal behavior is especially high, would be perceived. Regarding a publication that presents virtual activity (staged, or the result of computer imagery), it is proposed that the prohibition be limited to include those pornographic publications **viewed** as presenting **real** violence or rape. This way presents a clear barrier to the slippery slope on which an offense meant to protect physical well-being is liable to become a tool for promoting and enforcing moralistic attitudes. In any event, the prohibition would be circumscribed so as not to include the showing of adults who entered into the violent system **of their own will**, nor would it extend to a publication that has social value exceeding the danger of publication.

The nature of the sexual expressions gives rise to a legitimate interest by individuals to protect their sensibilities. Prohibiting the expression does not stem from this, but rather a simple obligation to mark and declare, which also dovetails with the aspiration to limit the viewing of such publications by minors.

prohibition in its current form is outdated and too broad. This also leads to an absence of enforcement, thereby harming the protection of legitimate interests such as protecting children. The concept of “obscenity” used in the law is ambiguous and ill defined, such that it harms the principle of legality and is liable to lead to arbitrary and discriminatory enforcement. In addition to all this, the law lacks appropriate regard for feminist arguments against pornography.

The rest of the legislation on the subject also lacks coherence – differences in the scope of protection in the various laws do not rely on material distinctions. The limitations regarding public display are too general and inclusive, and the entire law lacks solution for improper elements of exploitation that are liable to accompany the production of pornographic publications. This leads to the conclusion regarding the **necessity of amending the main offense and the related offences**. For the purpose of comparison and inspiration, we turned to other legal methods in the Western world, and examined the arrangements employed in them.

And What Should Be Done? Guidelines for Action

The values that were found worthy of protection (on various levels) are a person’s physical well-being and sexual freedom, the sensitivities of a captive audience, the education of minors, and respect for women and their equality. Of these, there are values whose protection requires imposing a general prohibition, while protection of others will lead to a relative limitation only. Occasionally, there is not even a need to use criminal law, in light of the possibility of using alternative means such as an administrative arrangement and a civil claim by those who have been injured.

Our conclusion is that a general prohibition is only justified so long as it is meant to protect physical well-being and sexual

What Can Actually be Done? On Limiting Pornography in the Internet Age

Moving to the practical level necessitates grappling with technical limitations of legislation and enforcement. A common argument is that the prevalence of pornography on the Internet, and the Web's unique attributes, render the discussion futile. The reason for this is that pornography's availability on the Internet, along with the ability to consume it anonymously and with a minimal financial investment, has broadened the exposure to pornography among the public, including among minors. In the sphere of legislation and enforcement as well, the Internet's international, decentralized and virtual nature made it difficult to subject its activity to formalized legislation and to enforcement and judicial activity.

Each phase in the pornographic publication chain – from the content provider, to the service providers, access provider, and even the various search engines or indices, up to the end consumer (through increasing education and ensuring the availability of suitable filtering means) – is a candidate for imposing restrictions that would break this chain. True, these possibilities also contain many problems – technological, practical and legal. The development of international enforcement means regarding the Internet, in light of the commonality of the problem to various countries and to various legal spheres (such as prohibiting slander or violating copyrights), enable us to be optimistic regarding future solutions to this problem.

What is Actually Being Done? Israeli Law and the Changes Required

A survey of the legal situation in Israel, beginning with the general prohibition against distributing obscene material, through the restrictions on public display and movie and television broadcasts, leads to the conclusion that the general

democratic state. Even with regards to feminist criticism, it seems that some of the arguments are obscure and difficult to implement, while others are not confirmed by experience. We also saw that on both the theoretic and the practical levels, a progressive feminist cover can often provide camouflage for moralistic attitudes that aspire to maintain practices of societal oversight on sex and sexuality, and in any case it provides tools that are liable to be used by the moralistic majority against sexual minorities of various types, a concern that has proven to be real by the Canadian legal experience.

Our conclusions indicate a need for broader defense of female participants in the pornography industry, of a narrow area in which there is room to protect the sensitivities of a captive audience against harm from pornographic publications, and of a clear and enforceable arrangement of limiting children's exposure to expressions of pornography, which is jointly supported by moralistic, liberal and feminist considerations. To that end, the kind of publication that is prohibited and the scope of the restriction should be clearly defined, in light of the nature of the value protected by the relevant prohibition.

Regarding a general ban, we believe that the moralistic and feminist arguments are not sufficient grounds for imposing sweeping restrictions on the freedom of an aware and consenting adult to distribute and consume pornographic publications. It is certainly legally possible to prevent harmful actions and deeds (such as discrimination in employment, sexual harassment and rape), but there is no room for using government power in order to direct thoughts and to instill attitudes perceived by the government as correct and justified, in a society that respects the individual's autonomy and recognizes his/her equal and sovereign standing. Having said that, there is room to prohibit publications that were produced through criminal activity, or regarding which there is solid evidence to indicate a causal link to violence and rape.

freedom of expression, which makes publishing pornography a right that should be defended, even in the face of opposing interests. Is it indeed worth treating pornographic publications as a form of expression? On the assumption that it is, the rationales that stand at the basis of freedom of expression are examined for relevance to expressions of pornography, which to all opinions do not rank among the most important expressions. Despite this, our discussion shows that most of the reasons do indeed apply to pornography as well, if only partially. Through a study of feminist criticisms of pornography, our main conclusion is that the grounds for the principle of freedom of expression apply in varying fashion to various forms of pornography: they apply to a greater degree to pornography that is created for and by sexual minorities (such as homosexuals), and to a lesser degree to expressions that include criminal offenses (such as violence towards women or children, etc.). This gives rise to a need to establish different arrangements for different forms of pornography.

Conclusions

The discussion leads to the conclusion that some of the criticism of pornography does not apply at all to some expressions of pornography. Moralistic criticism, which relies mainly on the morality accepted in society at a given time, is no longer suitable for imposing broad restrictions on sexual expressions. Feminist criticism also applies to a greater extent to pornography that includes violence or brutality towards women, to a lesser extent to pornography that contains contents that humiliate or clearly dehumanize women, and to a most limited extent to a broad segment of pornographic expressions, as they are characterized in daily language.

The conservative arguments themselves are also not necessarily convincing, and there is also room to wonder about the place of social morality in the context of legislation in a

should be consumed, but rather whether in a democratic state there is room for government intervention in the creation, distribution or consumption of pornographic publications, and if so – how. We will thus deal with theoretic aspects alongside a more practical discussion, and we will make a concrete proposal regarding desirable changes in the existing legal situation.

What’s Wrong with Pornography?

The starting point of this discussion is the basic freedom of the individual, and therefore it is the prohibition that requires explanation, and not the license. On one side stands the conservative-moralistic outlook, which emphasizes the clash between pornography and religious views (whose source is St. Augustine) about the connection between sex and childbearing, or the link between sexual relations and romantic relationships. In this vein, pornography is perceived as an assault on social mores, religious feelings and accepted morality, as well as a mechanism for weakening the institution of the family and an expression of childish, anti-social, irresponsible and lightheaded behavior.

On the other side stands feminist opposition, which focuses on pornography as humiliating and debasing women, and as a contributor to women’s inferior standing in society. According to this attitude, pornography lies about women, contributes to negative attitudes against them and even to violence and rape, and serves as a discriminatory mechanism for perpetuating male domination and inequality between the sexes . The problem with pornography, according to this position, is mainly political – pornography harms the feminist movement’s struggle for equality.

And What’s Good About Pornography? Pornography and Freedom of Expression

Defenders of pornography go further than rejecting the attacks on it. They claim special protection under the principle of

Pornography: Morality, Freedom, Equality

Proposal for Amending the Prohibition Against Publishing and Presenting Obscenity and Related Offenses

Ram Rivlin, with guidance from Professor Mordechai Kremnitzer

Pornography has been with mankind for quite some time, and with it a dispute about the proper social and legal regard for this phenomenon. In recent decades, the traditional argument between the conservative-moralistic camp, which opposed pornography on moral or religious grounds, and the liberal camp, which supported pornography in the name of freedom of expression and individual liberty, has been joined by the feminine-feminist voice – which also joined the opponents' camp, in the name of the demand for equality between the sexes and concern for the status of women.

The dispute about pornography raises difficult theoretical and philosophical questions, and touches the core of various liberal and feminist theories, perceptions of sexuality and relations between the sexes, as well as issues in ethics, semiotics and even the philosophy of language. Pornography arouses many legal disputes, in the sphere of constitutional interpretation, criminal and tortious liability, and more. It is also closely bound up with empirical problems, regarding the ways of measuring and assessing the influences of pornography on behavior and attitudes, and has an effect on questions of education and family life. It is therefore no wonder that the controversy over the issue is still very much alive.

This position paper focuses on the legal perspective. The question that will be discussed here is not whether pornography

