

## מפטורנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

### לימור עציוני

**תקציר** ♦ **מבוא** ♦ א. מעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה בישראל 1. האיסורים הפליליים (א) פרסום והצגת תועבה (ב) פרסום פוגע על שלטי חוצות 2. הרגולציה המנהלית (א) ייבוא פורנוגרפיה מודפסת (ב) סרטי קולנוע (ג) שידורי רדיו (ד) שידורי טלוויזיה (ה) אתרים פורנוגרפיים באינטרנט (ו) "תועבה פלילית" מול "תועבות מנהליות" ♦ **ב. מעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה במשפט המשווה** 1. המשפט האנגלי 2. המשפט האמריקני 3. המשפט הקנדי ♦ **ג. דיון בדין המצוי: פורנוגרפיה כאיום על מוסר החברה** 1. האם מאחורי איסורי התועבה אכן עומד רציונל מוסרני? 2. הבעייתיות שבניסוח עבירות התועבה כעבירות מוסר (א) הקושי במישור הרעיוני (ב) קשיים במישור התוכני ♦ **ד. שלושה טעמים שאינם מוסרניים להגבלת פורנוגרפיה** 1. על הקשר בין פורנוגרפיה לאלימות כלפי נשים (א) האם אכן ניתן לבסס קשר סיבתי או מתאמי בין השתיים? (ב) כיצד משתלב איסור פלילי המבוסס על רציונל זה בדין הפלילי? 2. על הקשר בין פורנוגרפיה למעמד האישה בחברה (א) הפורנוגרפיה ככלי להנחחת היררכיה מגדרית (ב) כיצד משתלב איסור פלילי המבוסס על רציונל זה בדין הפלילי? 3. פורנוגרפיה כגניעה ברגשות הציבור ♦ **ה. דיון בדין הרצוי: מאפייניה, יתרונותיה וחסרונותיה של עבירה מבוססת-נזק** 1. יתרונותיו וחסרונותיו של ניסוח מבוסס-נזק 2. כיצד עשוי להיראות ניסוח מבוסס-נזק של איסורי התועבה? ♦ **סיכום**

### תקציר

במאמר זה אבקש להציע שינוי בדוקטרינה שנוקט המשפט הישראלי בנוגע לזיהוי סיטואציות שבהן הוא נאות להפעיל סנקציות פליליות כלפי יוצרי פורנוגרפיה, מפיצה וצרכניה. איסורי התועבה שבחוק העונשין הישראלי, אשר שורשיהם ההיסטוריים מתארכים עד לימי אנגליה הוויקטוריאנית, רואים בפרסום תכנים פורנוגרפיים שביכולתם להשחית את המוסר החברתי פעולה המצדיקה את הפעלת סמכויותיה העונשיות של המדינה; פוטנציאל השחתת המוסר הוא תנאי הכרחי ומספיק להפללת הפרסום, במנותק משאלת השפעותיו האפשריות הנוספות על צרכניו. הטענה המרכזית במאמר היא שניסוח המוסרני של איסורי התועבה לוקה בשני מישורים: במישור הרעיוני מתקשים איסורי התועבה, המגלים עניין רב בעולמו הערכי והמוסרי של הפרט, להשתלב באופן הרמוני בדיני העונשין של שיטת משפט ליברלית בת זמננו; במישור התוכני לוקים איסורי התועבה בניסוח לקוני ומעורפל, שאליו נלווים, בין השאר, יכולת צפיות

\* דוקטור למשפטים, סגנית דיקאן המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט.  
אני רוצה להודות לעוזרי המחקר שלי: מר גדי וייס והגב' שני שוורץ על מסירותם, דיוקם, השקעתם ותרומתם למאמר זה.

## לימור עציוני

והערכה נמוכה של הדין הנוהג, היזקקות לחקיקה שיפוטית-פלילית רבה הפוגעת בעקרון החוקיות וכן עיסוק ישיר של בית המשפט בסוגיות הנוגעות להרכב הערכים הכלולים במוסר החברתי ובמידת ההגנה הראויה עליהם. עיסוק זה חושף את בית המשפט לסכנת דה-לגיטימציה מצד חלקים בציבור המחזיקים בתפיסות מתחרות בנוגע למוסר החברתי. עמדתי היא כי על המשפט הישראלי לזנוח את הגישה המוסרנית להתמודדות עם פרסומים פורנוגרפיים ולאמץ במקומה גישה שאיננה רואה בקריאת תיגר על המוסר החברתי מעשה פלילי לכשעצמו, גישה הממקדת את הפעלת האכיפה הפלילית על פרסומים אשר בצדם טמון פוטנציאל נזק ממשי: אותם סוגים של פרסומים פורנוגרפיים שבכוחם לעודד אלימות כלפי נשים (כפי שעולה מתוצאות מחקרים אמפיריים שנערכו בעשרות השנים האחרונות), להוביל לפגיעה במעמדן החברתי ובשמן הטוב. במעבר מתפיסה מוסרנית לתפיסה מבוססת-נוק של איסורי הפורנוגרפיה, אשר רצוי כי תיתמך גם בשינוי חקיקתי, יהיה "יישור קו" עם מגמה רחבת היקף בשיטות משפט הקרובות למשפט הישראלי ומתן מענה לרוב הקשיים הנלווים לגישה המוסרנית הנוהגת כיום.

## מבוא

התמודדות בכלים משפטיים עם תופעת הפורנוגרפיה בשיטות משפט ליברליות היא נושא הנמצא תמיד במוקד של יותר ממחלוקת חברתית ואידאולוגית אחת: מימינו ומשמאלו מתאגדים שמרנים מול ליברלים, דתיים מול חילונים, אבירי חופש הביטוי מול לוחמות מעמד האישה. הדיון בסוגיה איננו זר גם למשפט הישראלי, אשר עוסק בה בשני מישורים: האחד הוא המישור המנהלי, שבו עוסק בית המשפט בהערכת החלטותיהם של רגולטורים שונים בנוגע לסוג התכנים הראוי לשידור ברדיו, בטלוויזיה או בקולנוע; האחר הוא המישור הפלילי – שבו אתמקד במאמר זה – אשר במסגרתו עוסק בית המשפט בעיקר בשאלות הנוגעות לאופן זיהוים של אותם פרסומים פורנוגרפיים אשר הפצתם או צריכתם הן מעשה המצדיק לכשעצמו את הפעלת סמכויותיה העונשיות של המדינה. נכונותה של שיטת משפט ליברלית להפעיל סמכויות ענישה כלפי יוצרי פורנוגרפיה, מפיציה וצרכניה עשויה להיות מנומקת בטעמים משני סוגים: טעמים מהסוג הראשון מתייחסים לפוטנציאל של תכנים מיניים בוטים לערער את יסודות המוסר החברתי וערכי החברה, המצדיק לכשעצמו את הפללת הפרסום גם בהיעדר השלכות צפויות נוספות; טעמים מהסוג שני מתייחסים לפוטנציאל של פרסומים פורנוגרפיים מסוגים מסוימים להשפיע על התנהגויות צרכניה: עידוד אלימות כלפי נשים, יחס משפיל ומבזה כלפי נשים וכדומה. איסורי התועבה שבחוק העונשין, שהם המסגרת הנורמטיבית במשפט הישראלי להפעלת סמכויות ענישה כלפי יוצרי פורנוגרפיה, מפיציה וצרכניה, מבטאים קו מחשבה המאמץ טעמים מהסוג הראשון: עוצמת הפוטנציאל הטמון בפרסום

פורנוגרפי לגרום להשחתת המוסר החברתי הוא שיקבע אם תוטל על יוצריו, מפיציו או צרכניו סנקציה פלילית אם לאו.

במאמר זה אדון ראשית במעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה בישראל: אסקור את הוראות חוק העונשין הנוגעות לפרסומים פורנוגרפיים – איסורי התועבה הכלליים והאיסור הספציפי המתייחס לפרסום פוגע על גבי שלטי חוצות. אראה כיצד תפיסתו של המשפט הישראלי בנוגע למהות המושג "תועבה" מושפעת משורשיהם האנגליים של איסורי התועבה, המתארכים עד לאנגליה של אמצע המאה התשע עשרה, ואבחן כיצד השתנתה מהותם של איסורי התועבה האנגליים, המניחים כנתון את קיומו של חבר מושבעים אשר חזקה עליו שהשקפתו מייצגת את המוסר החברתי הנוהג, כאשר הושתלו לתוך שיטת משפט נטולת חבר מושבעים; לצורך הרחבת נקודת המבט אסקור גם את מעמדה של הפורנוגרפיה במשפט המנהלי בישראל, ואעמוד על הדומה והשונה ביחסו של המשפט הישראלי לפורנוגרפיה בשני ענפי המשפט; שנית אדון במעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה במשפט האנגלי ובמשפט האמריקני, שיטות המשפט המשפיעות ביותר על התעצבות היחס לפורנוגרפיה במשפט הישראלי, ואעמוד על הדומה והשונה בינן לבין הדין הנוהג בישראל. כמו כן אציג, כמקרה מבחן, את ההסדרים הנוהגים במשפט הקנדי – שיטת משפט שהושפעה ממקורות דומים לאלו שהשפיעו על המשפט הישראלי, ובכל זאת עיצבה דוקטרינה שונה להתמודדות עם פורנוגרפיה, שאינה מוסרנית אלא מבוססת־נזק; שלישיית, אבחן באופן ביקורתי אם מאחורי איסורי התועבה במשפט הישראלי אכן עומד רציונל מוסרני או שמא ניתן לבסס את קיומם על רציונלים אחרים; רביעית, אצביע על הקשיים שיוצרים איסורי התועבה בשני מישורים שונים: הקושי במישור הרעיוני, הנובע מהאנומליה שבעיסוקה של שיטת משפט ליברלית בעולמם הערכי והמוסרי של פרטיה, וקשיים הנובעים לא מעצם העובדה ששיטת משפט ליברלית מבקשת לאכוף מוסר נהג, אלא מהאופן שבו בחר לעשות זאת המשפט הישראלי: ניסוח חוקי עמום ומעורפל, המותיר מקום רב לחקיקה שיפוטית פלילית הפוגעת בעקרון החוקיות, יוצרת מדיניות ענישה בלתי צפויה וקשה להצדקה תאורטית ודוחפת את בית המשפט לעיסוק בנושאים המסכנים את הקונצנזוס החברתי סביב סמכותו; חמישית, אציג טעמים נוספים להטלת מגבלות פליליות על פורנוגרפיה (לפחות מסוגים מסוימים) אשר אינן מתייחסות לפגיעתה במוסר החברתי הנוהג אלא לפוטנציאל הטמון בה לפגיעה בחברה, ואדון באפשרות של עיצוב עבירה פלילית בהסתמך על טעמים אלה: אציג ראיות אמפיריות התומכות בפוטנציאל הטמון בפרסומים פורנוגרפיים מסוימים לעידוד אלימות כלפי נשים, אסקור את עיקר רעיונותיהן של כתבות פמיניסטיות אשר עמדו על תפקידה של הפורנוגרפיה בעיצוב אי־שוויון מגדרי והנצחתו ואדון גם באפשרות (הלא רצויה) של הטלת מגבלות פליליות על פורנוגרפיה מטעמים של הגנה על רגשות הציבור; לבסוף, אתאר את יתרונותיהן וחסרונותיהן של מגבלות מבוססות־נזק על פורנוגרפיה ואת האופן

שבו עשוי ניסוח מבוסס-נזק לתת מענה לרוב הקשיים הנובעים מניסוח מוסרני, ואציע גרסה חלופית אפשרית, מבוססת-נזק, של איסורי התועבה.

## א. מעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה בישראל

### 1. האיסורים הפליליים

#### (א) פרסום והצגת תועבה

המונח "פורנוגרפיה" אינו מופיע בחוק העונשין,<sup>1</sup> אך שתי עבירות המנויות בו מתפרשות במשפטנו כמפלילות פעולות פרסום, הפצה, הצגה והחזקה של חומרים פורנוגרפיים מסוגים מסוימים. סעיף 214<sup>2</sup> לחוק קובע כי ה"מפרסם פרסום תועבה או מכינו לצרכי פרסום" וכן ה"מציג, מארגן או מפיק הצגת תועבה" – דינם מאסר שלוש שנים;<sup>3</sup> מתוך האיסור הכללי מותרת הצגת תועבה הנעשית ב"מקום המשמש למגורים" או "מקום המשמש חבר בני אדם שהחברות בו היא למי שמלאו לו שמונה עשרה שנים ולתקופה רצופה".<sup>4</sup> סעיפים-קטנים (ב) עד (ב)3<sup>5</sup> מתייחסים באופן ספציפי לפרסום תועבה ובו דמות קטין, וקובעים כי היותו של המשתתף בפרסום תועבה קטין תשמש כנסיבה מחמירה, המכבידה את עונש המאסר למפרסם וליוצר הפרסום (חמש<sup>6</sup> ושבע<sup>7</sup> שנים, בהתאמה) וכן מפלילה, בשונה מפרסומי תועבה אחרים, גם את עצם ההחזקה בפרסום התועבה (מאסר שנה, להוציא "החזקה באקראי ובתום לב").<sup>8</sup> אם המפרסם או יוצר הפרסום הוא האדם האחראי על אותו קטין, מהווה הדבר נסיבה מחמירה נוספת, המכבידה את עונש המאסר לעשר שנים.<sup>9</sup> בהמשך לעבירה זו ומחוץ לחוק העונשין קובע חוק איסור הלבנת הון כי השימוש ברווחים מפעולות מכירה והפצה של "חומר תועבה" הוא שימוש ברכוש אסור, עבירה שבצדה מאסר שבע שנים או קנס.<sup>10</sup> במושא העבירה הוא "פרסום תועבה" או "הצגת תועבה". המונח "פרסום" מוגדר בסעיף 34 כד לחוק<sup>11</sup> באופן רחב: "כתב, דבר דפוס, חומר מחשב, או כל מוצג חזותי אחר

- 1 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864, 226 (להלן: חוק העונשין, או החוק).
- 2 סעיף 214 לחוק העונשין (תיקון מס' 35), התשנ"א-1991, ס"ח 1366, 208 (להלן: תיקון 35).
- 3 שם, בס"ק (א).
- 4 שם, בס"ק (א)(2)(ב).
- 5 חוק העונשין (תיקון מס' 52), התשנ"ח-1998, ס"ח 1683, 316 (להלן: תיקון 52).
- 6 שם, בס"ק (ב).
- 7 שם, בס"ק (ב1).
- 8 שם, בס"ק (ב3).
- 9 שם, בס"ק (ב2).
- 10 סעיפים 2, 3 והתוספת הראשונה לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, ס"ח 1753, 293.
- 11 חוק העונשין (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994, ס"ח 1481, 348.

וכן כל אמצעי שמיעתי העשויים להעלות מלים או רעיונות, בין לבדם ובין בעזרת אמצעי כלשהוא, ונראה כי הגדרה זו מכילה כל צורת פרסום שניתן להעלות על הדעת; "הצגה" איננה מוגדרת בחוק העונשין, אך מובן שכוונת המחוקק להצגה "חיה" המועלית באמצעות שחקנים בתיאטרון, ברחוב וכדומה: הדבר מתבקש הן מלשון הסעיף, הקובעת כי אותה "הצגה" מתרחשת במיקום גאוגרפי כלשהו (משמע שאיננה חומר מודפס או מוסרט), הן מכך שתיקון 35, שבו נקבע ניסוחו הנוכחי של סעיף 214 הכולל את האיסור על "הצגת תועבה", נחקק בד בבד עם ביטולה של פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת),<sup>12</sup> והן מכך שקשה לחשוב על סוג אחר של "הצגה" שאיננו נבלע בהגדרת המונח "פרסום". בעוד פירושם של המונחים "פרסום" ו"הצגה" איננו שנוי במחלוקת, הגדרה מדויקת של הנסיבה "תועבה" איננה משימה פשוטה, וניסיונות לקשור בינה (עוד בגלגולה הקודם כסעיף 179 לפקודת החוק הפלילי)<sup>13</sup> לבין ביטויים ארוטיים ופורנוגרפיים מסוגים שונים מעסיקים את בית המשפט והספרות המשפטית זה יותר מ-50 שנה. עיקר הקושי טמון בכך ששני המשתנים במשוואה הם מושגים "עבים", הטעונים מטבעם בשיפוט מוסרי סובייקטיבי, אישי וקהילתי. כפי שיפורט להלן, בית המשפט בישראל למד מניסיונו כי חזרה למקורו האנגלי-מנדטורי של החוק אינה מספקת הגדרה מדויקת למונח "תועבה", וכי גם פורנוגרפיה, כמאמר הפתגם הידוע, היא עניין של גאוגרפיה – הגדרתה תלויה במקום, בזמן ובעולמו הערכי של המבקש להגדירה. בסקירת פסיקה הנוגעת לאיסורי התועבה הפליליים וכן לרגולציה המנהלית על הקולנוע ושידורי הטלוויזיה ניתן להבחין כיצד יחסם של המחוקק ושל בית המשפט לשני המושגים מתפתח ומתעצב, לאורך ציר הזמן, בהתאם לעולם המשתנה סביבם: תמורות בתפיסת מקומו של הדין הפלילי ושל בית המשפט בחברה, דומיננטיות הולכת וגוברת של השיח הפמיניסטי וכן התפתחויות טכנולוגיות המביאות לשינוי באופייה של הפורנוגרפיה, היקפה וזמינותה, החל בזמנים בהם התמצתה בחוברות המוצנעות תחת מזרנו של נער, דרך כניסתה אל בתי הקולנוע, אל הטלוויזיה בכבלים ועד עידן האינטרנט, שבו פוטנציאל החשיפה לפורנוגרפיה סובבנו מכל עבר, מהמחשב הביתי ומהטלפון הנייד.

בפסיקה משנות השישים העוסקת בהגדרת המונח "תועבה" במשפט הפלילי נשמעו עוד הדיה של הלכת היקלין (Hicklin) האנגלית מאמצע המאה התשע עשרה, שלפיה מוגדרת "תועבה" (ובמקורה האנגלי: Obscenity) כפרסום שמטרתו "to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influences"<sup>14</sup> ההגדרה בעלת הניחוח הוויקטוריאני התגלגלה למשפטנו כ"חומר שיש בו מגמה להשחית את הרוח ואת

12 פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), ח"א" ב 1240. וראו גם דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994, ה"ח 2061, 253.

13 סעיף 179 לפקודת החוק הפלילי, 1936 [תוס"א 652, ע' 263].

14 R. v. Hicklin, [1868] L.R. 2 360, 373 (Q.B.) (Eng.); וראו דיון בהרחבה בפרק ב' למאמר.

המוסר",<sup>15</sup> "אם מגמת החומר [...] היא לקלקל ולהשחית את אלה שמוחותיהם פתוחים להשפעות בלתי-מוסריות כאלו"<sup>16</sup> ותרגומים נוספים ברוח דומה. כמו כן אימץ בית המשפט בישראל, בעקבות התפתחויות דומות במשפט האנגלי, גם את "כלל האצבע" שלפיו ביטויים מיניים העשויים להיחשב לחומר תועבה לכשעצמם לא יהוו חומר תועבה כאשר נלווה אליהם "ערך חברתי פודה": אמנותי, מדעי או רפואי.<sup>17</sup> קל להבחין כי היועצות במקורו האנגלי של סעיף 214 הותירה את המשפט הישראלי עם הגדרה מעגלית כמעט, שאינה תורמת רבות להבנתו של מושג התועבה: מובן מאליו כי מאפיין בולט של פרסום תועבה הוא היותו מנוגד לסטנדרט המוסרי הנוהג, אך מהו אותו סטנדרט ומהם גבולותיו? המשפט האנגלי לא נדרש לספק תשובה ברורה ומדויקת לשאלה זו; התוויית גבולותיו של המוסר החברתי מסורה בידי המושבעים, אשר חזקה על השקפת עולמם שהיא משקפת את מוסר החברה.<sup>18</sup> ואולם, כיצד ניתן לאמוד את השקפותיה המוסריות של החברה בשיטת משפט ללא חבר מושבעים? תשובתו הפשוטה של המשפט הישראלי לשאלה זו היא שמדובר בעניין הנתון לשיקול דעתו המוחלט של השופט, ומלבד הדרישה לתת את הדעת על ערכה האמנותי, המדעי או הרפואי של היצירה לא הצליח המשפט הישראלי לספק רשימה המניחה את הדעת של קריטריונים לזיהוי חומר פורנוגרפי שבגין פרסומו עשוי אדם לשאת באחריות פלילית. את המבחן שמיישמים שופטי בית המשפט ניתן לכנות "מבחן הסלידה האינסטינקטיבית": כאשר מדובר בפרסום תועבה, הדבר "זועק" וברור לכול, ובמילותיו של שופט בית המשפט העליון האמריקני סטיוארט – "I know it when I see it".<sup>19</sup> בפועל מתמקדת אכיפתם של איסורי התועבה כמעט באופן בלעדי, כפי שיתואר להלן, בפורנוגרפיה המציגה דמות קטין.

- 15 ע"פ 495/69 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 408, 411–415 (1970) (להלן: עניין עומר).
- 16 ע"פ (מחוזי ת"א) 433/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' בר-כוכבא, פ"ד כח 16, 20 (1961) (להלן: עניין בר-כוכבא).
- 17 ראו דיון להלן בנוגע להגבלות על פורנוגרפיה במשפט המשווה; וראו את דבריו של השופט יורן בעניין בר-כוכבא, שם, בעמ' 21: "תיאורי הווי ארוטי [...] אינם אף הם מבחינת דברים מתועבים אם הם משולבים בדברי מדע או ספרות שמטרתם להורות ולהפיץ ידע, או לתת ביטוי אמנותי להסתכלות בטבע ובחיים או להתרחשויות בנפש האדם"; וכן דברי השופט לנדוי בעניין עומר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 412: "מחייבת אותנו השקפה נאורה, לפי המקובל בימינו, להשלים אף עם מידה די ניכרת של תיאורי מין מגרים אם הם מופיעים כחלק אינטגרלי של יצירה בעלת ערך ספרותי או מדעי המחפה על הצד הפורנוגרפי שבה".
- 18 ביקורת דומה השמיע השופט חשין בפסק דינו בבג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997) (להלן: פרשת סטיישן פילם), וראו דיון בהרחבה בהמשך המאמר.
- 19 Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184 (1964); וראו ת"פ (שלום רח') 916/80 מדינת ישראל נ' וידאוקסט, פ"מ תשמ"ג(ב) 45, 69–70 (1981): "מיותר לציין, כי אין הגדרה מדויקת אובייקטיבית של המושג 'חומר תועבה', פורנוגרפיה בלעז [...] כל אימת שמובא בפני בית-המשפט אישום בעבירה זו, בודק הוא את החומר נשוא האישום ומתלבט בשאלה האם ניתן להגדירו כחומר תועבה [...]"

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

בגין פרסומי תועבה שאינם כוללים דמות קטין מפליל הסעיף כמה סוגי התנהגויות: ה"מפרסם" וה"מציג" (לרבות "מארגן" ו"מפיק"). פעולת הפרסום מוגדרת בסעיף 34 כד לחוק, והחלופה החלופה הרלוונטית לעניין פורנוגרפיה היא לרוב "פרסום שאינו דברים שבעל פה": הפצה בקרב אנשים, הצגה במקום ציבורי שבו אנשים יכולים לראות את מושא ההפצה, מכירה או הצעה למכירה בכל מקום שהוא, הפצה בשידור טלוויזיה וכן הפצה או הצעה לציבור באמצעות מחשב.<sup>20</sup> פעולת ההצגה וחלופותיה אינן מוגדרות בחוק, ואכיפתם המצומצמת של איסורי התועבה בתחום זה<sup>21</sup> מנעה עד כה גם דיון משמעותי בפסיקה בנוגע להגדרתה. הגדרת ההתנהגות ה"מחזיק ברשותו", הרלוונטית ביחס לפורנוגרפיית קטינים, פשוטה למדי כל עוד מדובר בפרסום תועבה בפורמט "קשיח" (תמונות, חוברות, תקליטורים וכדומה); במקרים אלו אין כל קושי לנתח את העבירה ככל עבירת החזקה. סעיף 34 כד מגדיר "החזקה" כ"שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו"; בפסק הדין הידוע בעניין הוכשטט קבע השופט ברק כי החזקה עשויה להיות "החזקה פיזית", הכרוכה בשליטה ממשית בנכס, או "החזקה קונסטרוקטיבית", המתקיימת בין קבוצת עבריינים המחזיקה במשותף בנכס בידיעה והסכמה של כל חבריה, גם אם לא ניתן לבסס החזקה פיזית כלפי כל אחד ואחד מחברי הקבוצה.<sup>22</sup> ואולם, כאשר מדובר בחומר פורנוגרפי שנצפה באמצעות האינטרנט, עולה שאלה מורכבת ומעניינת בנוגע להתקיימותו של יסוד החזקה – האם ניתן לומר כי אדם הצופה בסרטון פורנוגרפי באתר אינטרנט המציע "צפייה ישירה" בסרטונים מחזיק או שולט בצורה כלשהיא בקובץ עצמו, ש"ישוב" על שרת מרוחק? ד"ר הרדוף, במאמרו העוסק בשאלת התקיימותם של היסודות הפיזיים של דיני העונשין בפשע המקוון,<sup>23</sup> הצביע על כך שאף על פי שבשנים האחרונות קיימת פסיקה רבה העוסקת בעבירות החזקה ממוחשבת של פורנוגרפיית קטינים, בית המשפט טרם נדרש לדיון עקרוני בהגדרת החזקה הממוחשבת והסייג "החזקה באקראי ובתום לב". הסיבה לכך היא שברוב ההליכים המשפטיים שנפתחים בגין עבירה על סעיף זה הנאשם מודה בעבירת החזקה.<sup>24</sup>

הגדרת המושג פורנוגרפיה זו משימה סובייקטיבית של השופט, כשהקריטריונים משתנים מתקופה לתקופה ומשופט לשופט [...] כפי שאמר שופט בית המשפט העליון בארצות הברית, I know it when I see it.

- 20 חוק העונשין (תיקון מס' 23), התשמ"ח-1988, ס"ח 1246, 62; תיקון 52, לעיל ה"ש 5.
- 21 ראו דיון להלן על הצגת פורנוגרפיה על גבי במה.
- 22 ע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 813, פסק דינו של השופט ברק (1986).
- 23 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הוירטואלי" הפרקליט נב 67, 92-95 (2013) (להלן: הרדוף, 2013).
- 24 שם, בעמ' 94 ובה"ש 90 להלן. עם זאת מצביע הרדוף על כמה פסקי דין מבתי משפט שלום שעשויים להצביע על כיווני התפתחות אפשריים: בפרשת פלוני דחה השופט מור את עתירת התביעה להרשיע אדם בעבירת החזקת פרסום תועבה ובו דמות קטין, וקבע שחומר אלקטרוני שמקורו בשרת רחוק

הבחנה נוספת שיוצר סעיף 214 בין פרסום תועבה הכולל דמות קטין לבין פרסומי תועבה אחרים היא בנוגע לתקופת ההתיישנות: בעוד בגין פרסומי תועבה שאינם כוללים דמות קטין נקבעה תקופת התיישנות מקוצרת (שנתיים), בגין פרסומי תועבה הכוללים דמות קטין חלה תקופת התיישנות רגילה.<sup>25</sup> ניסוחו הראשוני של סעיף 214 החיל תקופת התיישנות מקוצרת על פרסומי תועבה מכל הסוגים. הטעם להבחנה בין תקופות ההתיישנות, שנוספה לסעיף 214 בתיקון מס' 93, הוא פרק הזמן הארוך יחסית הדרוש לחקירת עבירות אלה: רוב העבירות הקשורות להפצת פרסומים פורנוגרפיים אסורים מברוצעות כיום ברשת האינטרנט, ועל אכיפתן של עבירות הנוגעות לפורנוגרפיית קטינים ברחבי הרשת אמונים גורמי אכיפה בין-לאומיים רבים. פעמים רבות גורמים אלה הם שמספקים את המידע הראשוני על חשד לביצוע עבירה, והחקירה בישראל מתחילה בעיתוי מאוחר יחסית למועד ביצוע העבירה ודורשת פעולות חקירה מורכבות.<sup>26</sup> במשך עשרות שנים נחשבה הגשת כתבי אישום בעקבות עבירה על סעיף 214 לאירוע חריג ויוצא דופן: סעיף קטן (ד) לחוק קובע כי הגשת כתב אישום בגין עבירה על הסעיף תיעשה על ידי פרקליט מחוז או בהסכמתו בכתב, ופרקליטי מחוז הקפידו להשתמש לאורך השנים בסמכותם זו במשורה, כאשר גם כתבי אישום שהוגשו בגין עבירה זו נלוו בדרך כלל לאישומים בגין עבירות אחרות (באופן טיפוסי הפרת זכויות יוצרים או עבירות מין).<sup>27</sup> ואולם, נראה כי בשנים האחרונות מסתמן שינוי במגמה זו: במאמרם משנת 2006 העריכו ד"ר קרניאל ועו"ד ויסמונסקי כי היקף אכיפתם של איסורי התועבה צפוי להתרחב

איננו מוחזק בידי הנאשם כל עוד הקבצים אינם נשמרים דרך קבע בכונן המחשב – ת"פ (שלום ת"א) 7936/07 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.4.2009); בפרשות אלימלך וגורביץ' קבע בית המשפט כי החובה להוכיח החזקה בתום לב ובאקראי מוטלת על הנאשם, וכי שינוי מקום התיקיות במחשב והיסטוריית החיפושים של הנאשם עשויות להצביע על כך שהחזקה איננה אקראית או בתום לב, וכן קבע כי אי-צפייתו של הנאשם בחומר שהוריד איננה רלוונטית להוכחת החזקה בתום לב ובאקראי כל עוד הנאשם מודע לתכנם – ת"פ (שלום חי) 10672-12-08 מדינת ישראל נ' אלימלך (פורסם בנבו, 6.12.2010), ת"פ (שלום נצ') 6961-09-08 מדינת ישראל נ' גורביץ' (פורסם בנבו, 7.7.2011).

25 סעיף 214(ד) לחוק.

26 ראו בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 93) (ביטול תקופת התיישנות מקוצרת להגשת כתב אישום בעבירת פרסום תועבה בקשר לקטין), התשס"ז–2006, ה"ח הממשלה 12, 258.

27 ראו רם ריבלין (בהנחיית מרדכי קרמניצר) פורנוגרפיה: מוסר, חירות, שוויון 124 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003) (להלן: ריבלין) וה"ש 228 להלן. ריבלין מציין בספרו דוגמאות כפרשת וידאוקסט, לעיל ה"ש 19, שבה הועמד האשם לדין בגין החזקת חומר תועבה לצד אישום בהפרת זכויות יוצרים וקשירת קשר להונאה, וכן את פרשת מני, שבה לצד פרסום תועבה הועמד הנאשם לדין בגין שידול קטין לסם, אספקת סם מסוכן, מעשה סדום עם קטינה ועבירות נוספות – ע"פ 3037/97 מני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.1997). כדוגמה למקרה שבו דווקא נאכף סעיף 214 כעבירה עצמאית ניתן לציין את פסק הדין בעניין עיתון חדשות, שעסק בכתבה שפורסמה בעיתון ובה תיאורים בוטים של קיום יחסי מין הומוסקסואליים: ת"פ 6959/88 מדינת ישראל נ' "חדשות" עיתון יומי בע"מ, פ"מ תשנ"ב(4) 335 (1992).



מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות  
עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

עם העלייה בנגישותה של הפורנוגרפיה באמצעות האינטרנט,<sup>28</sup> ונראה כי כבר ניתן לקבוע בוודאות שהערכתם הייתה מדויקת: מאז פרשת לבנפוס,<sup>29</sup> שבה לראשונה הורשע אדם בעבירות של פרסום תועבה באינטרנט, אכן ניתן להצביע על עלייה ניכרת באכיפת איסורי התועבה, ובמיוחד האיסורים הנוגעים לפרסומי תועבה ובהם דמות קטין.<sup>30</sup>

#### (ב) פרסום פוגע על שלטי חוצות

סעיף 214א נוסף לחוק העונשין כתיקון מס' 31<sup>31</sup> וקובע עונש מאסר שישה חודשים או קנס על המפרסם "פרסום פוגע", כהגדרתו בסעיף, על שלטי חוצות.<sup>32</sup> תיקון החוק, פרי יוזמתו של חבר הכנסת משה-זאב פלדמן ממפלגת אגודת ישראל, הוצע על רקע ניסיונו של חבר הכנסת להיאבק במודעות פרסומת המציגות נשים לבושות בלבוש חושפני, ניסיון שנתקל בחוסר מוכנות של המערכת המשפטית לסווג פרסומים כגון אלו כהפרה של איסורי התועבה.<sup>33</sup> ניסוחה הראשוני של הצעת תיקון החוק<sup>34</sup> שונה באופן מהותי מהניסוח שהתקבל: בדיון שנערך בישיבות ועדת החוקה חוק ומשפט הוחלף הביטוי "חומר תועבה", שהופיע בהצעת החוק, בביטוי "פרסום פוגע", זאת במטרה לנתק זיקה פרשנית לאיסורי התועבה הכלליים שבסעיף 214,<sup>35</sup> התקבלה הצעתן של האגודה לזכויות

- 28 ראו יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" מחקרי משפט כג 259, 277 (2006) (להלן: קרניאל וויסמונסקי) וה"ש 61 להלן.
- 29 ת"פ (שלום חי) 2781/03 מדינת ישראל נ' לבנפוס (פורסם בנבו, 22.12.2005).
- 30 ראו רשימה חלקית של פסקי דין והכרעות דין שפורסמו בשנתיים האחרונות בלבד: ע"פ 6703/13 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.01.2014); ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.12.2013); עפ"ג (מחוזי מרכז) 37466-10-13 מלכה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.12.2013); ת"פ (שלום י-ם) 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב (פורסם בנבו, 16.09.2013); עפ"ג (מחוזי ב"ש) 34240-12-12 אלגמיל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.01.2013); ת"פ (שלום י-ם) 4118-09 מדינת ישראל נ' וילנר (פורסם בנבו, 31.10.2012).
- 31 סעיף 214א(א) חוק העונשין (תיקון מס' 31), התשנ"א-1990, ס"ח 1336, 34.
- 32 ס"ק ב' מפרט כי "פרסום פוגע" הוא אחד מאלה: (1) תמונת עירום או תמונה של חלקי גוף אינטימיים של איש או אישה; (2) תמונה שיש בה קיום של יחסי מין או של אלימות מינית, או שיש בה ביוזי 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.
- 33 על פי דבריו של חבר הכנסת פלדמן, המופיעים בפרוטוקול ישיבה מס' 196 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 39-40 (3.12.1990) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 196 של ועדת החוקה חוק ומשפט), כאשר ניגש למטרה להגיש תלונה בגין אותם פרסומים נדחה בטענה של חוסר עניין לציבור. גם על פי חוות דעת שקיבל מהיועץ המשפטי לממשלה הבין כי לא ניתן לאסור על פרסומן של מודעות כגון אלו במסגרת חוקי התועבה הקיימים ופירושם המקובל בבית המשפט.
- 34 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 36), התשנ"א-1990, ה"ח 2019, 16.
- 35 יצירת הפרדה בין שני המונחים הייתה יוזמתו של חבר הכנסת דוד ליבאי (העבודה), שחשש כי ההגדרה הרחבה למונח "חומר תועבה" בהצעת החוק, שכללה אף "תמונה של חלקי גוף חשופים

האזרח ושדולת הנשים לאסור, ברוח ההגות הפמיניסטית, גם על הצגת פרסום שיש בו "הצגת גוף האדם כחפץ זמין לשימוש מיני",<sup>36</sup> וכן נוספה האפשרות להטיל עונש קנס ולא מאסר.

עיקר הביקורת שתיקון החוק זכה לה נוגעת לאופן שבו הוא מגדיר "פרסום פוגע": בעוד בהחלט מתקבל על הדעת כי קיים קונצנזוס בקשר לאיסור להציג על גבי שלטי חוצות פרסומים כגון אלו שנאסרו בס"ק (ב)(1) ו-(ב)(2) – הצגת חלקי גוף אינטימיים, יחסי מין, אלימות מינית או ביזוי והשפלה מיניים – ס"ק (ב)(3) אוסר גם על "חשיפה חלקית של גוף [...] שיש בה פגיעה ברגשותיו המוסריים של הציבור או חלק ממנו, או שיש בה פגיעה בקטינים או בחינוכם". הסעיף בולע את הגדרות המשנה המופיעות לפניו (שכן גם "הצגת חלקי גוף אינטימיים" וכו' כרוכה ממילא ב"חשיפה חלקית של הגוף") ופותח פתח להגבלות בהיקף רחב בהרבה, שהרי גם מראה שיערה של אישה, ואף פניה, עשוי לפגוע ברגשותיו של היהודי החרדי או המוסלמי האדוק, ושניהם הנם חלק מן הציבור. ס"ק (ב)(3) סיפא יוצר הסדר בעייתי לא פחות: איזו היא תמונה שיש בה "פגיעה בקטינים או בחינוכם"? מהו "חינוך" לעניין החוק במדינה שבה קיימות, לצד מערכת החינוך הממלכתית, גם מערכת חינוך ממלכתית-דתית, חרדית וכן אוטונומיה חינוכית למיעוטים דתיים?<sup>37</sup> מלבד ההתנגדות העקרונית לסעיף, הצביעו כמה ממשותפי הוועדה על כך שאכיפה של סעיף כה רחב היקף איננה מעשית.<sup>38</sup> ניסיונותיהם של חלק מחברי הוועדה להסיר את הסעיף או לצמצם את תחולתו לאזורים שבהם יש אוכלוסייה חרדית גדולה לא צלחו.<sup>39</sup>

יותר מ-20 שנה חלפו מקבלת החוק, ואף על פי שהוא איננו מחייב אישור פרקליט מחוז להגשת כתב אישום וש"חשיפה חלקית של הגוף" נעשית דרך קבע בשלטים

שיש בהם פגיעה באמונתו או ברגשותיו הדתיים של הציבור או של חלק ממנו, עשויה להתאים אולי לחוק העוסק בסיטואציה ספציפית של פרסום ברשות הרבים, אולם קיים חשש כי תשליך גם על הפרשנות הניתנת למונח "תועבה" בהקשרו הכללי, הנוגע גם לרשות היחיד (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 196 של ועדת החוקה חוק ומשפט, לעיל ה"ש 33, בעמ' 35).

36 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 195 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 17 (3.12.1990). (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 195 של ועדת החוקה חוק ומשפט). חבר הכנסת ליבאי הביע התנגדות לניסוח: "אלה נוסחאות שמקובלות מאוד בעולם הפמיניסטי אבל אני עדיין לא חושב שהן בשלות לבוא בספר החוקים כנוסחאות ברורות או מועילות" (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 196 של ועדת החוקה חוק ומשפט, לעיל ה"ש 33, בעמ' 36).

37 ראו דבריו של חבר הכנסת חיים רמון (העבודה) בפרוטוקול ישיבה מס' 197 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 14–15 (5.12.1990) וכן דבריהם של חברת הכנסת שולמית אלוני (ר"ץ) וחבר הכנסת שמעון שטרית (העבודה), שם, בעמ' 11.

38 ראו דבריו של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין (שינוי), שם, בעמ' 18; וכן עמדת לשכת עורכי הדין, פרוטוקול ישיבה מס' 195 של ועדת החוקה חוק ומשפט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 23–24.

39 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 199 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 4, 7 ו-13 (10.12.1990).

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

בחוצותינו, טרם פורסם פסק דין שבו הואשם מפרסם בעבירה על סעיף 214א.40 גם המחוקק והספרות המשפטית ממעטים לעסוק בו. עם זאת, הגם שאפשרות של צמצום גאוגרפי של הוראות ס"ק (ב)(3) נדחתה בוועדה, נראה כי בהיעדר אכיפה ממשית נוצר הצמצום הגאוגרפי מאליו באמצעות ה"יד הנעלמה" של כוחות השוק: עם איסור פלילי או בלעדיו, שיקולים מסחריים גורמים למפרסמים להיזהר מפרסום מודעות שאינן תואמות את רוח המקום שבו הן מוצגות.<sup>41</sup> ואולם, ייתכן כי בדומה לאיסורי התועבה הכלליים יגרור עידן האינטרנט חשיבה מחודשת גם בנוגע לאופן אכיפתו של סעיף 214א: קרניאל וויסמונסקי הציעו כי לא מן הנמנע שהחוק יוחל על פרסומות פופ-אפ באתרי אינטרנט, שגם להן עלול אדם להיחשף בניגוד לרצונו אגב גלישה באתרים פופולריים ומוכרים המיועדים לציבור הרחב,<sup>42</sup> אתרים המהווים מבחינות רבות את "רשות הרבים" הווירטואלית.

## 2. הרגולציה המנהלית

במוקד מאמר זה אמנם מצויות העבירות הפליליות הנוגעות לפורנוגרפיה, אך על מנת לקבל מבט רחב על משמעות המושג במשפט הישראלי ועל מידת ההגנה שלה זוכים ביטויים פורנוגרפיים בישראל, אפנה את המבט גם לסוגיות אלו. השוואה בין הדיון בהגדרת התועבה במשפט הפלילי ובין הדיון המקביל במשפט המנהלי והחוקתי מגלה כי דווקא בדיון הפלילי, שבו עקרון החוקיות מחייב ניסוח עבירות בצורה מפורטת וודאית,<sup>43</sup> המשפט הישראלי איננו מספק יותר מאשר הגדרה עמומה למונח "תועבה", שעה שמבחינים מפורטים יותר להגדרתה מופיעים דווקא בחוקים, בתקנות ובפסיקה העוסקת ברגולציה על אמצעי תקשורת.

40 אם כי העיסוק בסעיף בכלי התקשורת שב ועולה מפעם לפעם נוכח מסעות פרסום בוטים במיוחד: בשנת 2010 הגיש האגף לקידום מעמד האישה בתנועת ויצ"ר תלונה במשטרה כנגד מסע פרסום של קניון "ארנה". בעקבות הגשת התלונה מיתן הקניון את מסע הפרסום מבלי שהעניין הגיע לבית המשפט. ראו משה בנימין "נשות ויצו לא נרגעות: הגישו תלונה במשטרה נגד הקמפיין של קניון ארנה" אייס (26.08.2010) [www.ice.co.il/article/view/245078](http://www.ice.co.il/article/view/245078); וכן דבריה של רונית ארנפוריד-כהן, נציגת ויצ"ר, בפרוטוקול ישיבה מס' 38 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-18, 4 (24.2.2010).

41 דברים ברוח דומה נאמרו על ידי נציגי הפרסומאים בדיוני הוועדה, אשר התנגדו לקבלת הצעת החוק: ראו פרוטוקול ישיבה מס' 195 של ועדת החוקה חוק ומשפט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 19–20. דוגמה למדיניות זו של משרדי הפרסום ניתנה לאחרונה סביב סערת "הדרת הנשים" ממודעות פרסומת בירושלים ובערים חרדיות: ראו מירב קריסטל "ירושלים: סנדי בר בלי ראש ופוקס בלי בר רפאלי" YNET (1.11.2011) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4142102,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4142102,00.html).

42 ראו קרניאל וויסמונסקי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 277.

43 וראו דיון בהרחבה בפרק ג' להלן.

(א) ייבוא פורנוגרפיה מודפסת

סעיף 42 לפקודת המכס [נוסח חדש],<sup>44</sup> המונה טובין שייבואם אסור, מציין בס"ק (3) "דברי דפוס, ציורים, ספרים, גלויות, תחריטים ליתוגרפיים או אחרים, שהם פרוצים או מגונים", אך המונח "פרוצים או מגונים" איננו מבואר בפקודה או בתקנות הנלוות לה. המונח הוא תרגום שנתן המחוקק המנדטורי למונח "Indecent and obscene", הלוקח מהאיסורים המקבילים בדיני המכס והדואר האנגליים.<sup>45</sup> במשפט האנגלי ניתנה למונח פרשנות מרחיבה למדי: הלכת סטנלי (Stanley)<sup>46</sup> קובעת כי "Indecent" הוא דבר מה הנחשב על ידי האדם הסביר "לא צנוע", ואילו "Obscene" הוא ביטוי חמור יותר, המתייחס לחומר שבכוונתו להשחית את הרוח והמוסר, בדומה לפירושה של "תועבה" (הלא היא Obscenity) בחוק העונשין. אם כן, המונח "פרוצים או מגונים" משמעו כל סוג חומר הנמצא בטווח שבין שני המושגים. בפסק הדין בעניין ישעיהו, שבו נדון עניינו של אדם אשר חוברות פורנוגרפיות שביקש לייבא חולטו על ידי המכס, קבע השופט ביין שהלכת סטנלי איננה חלה במשפט הישראלי:<sup>47</sup> את הביטוי "פרוצים או מגונים" יש לפרש במשפטנו כמונח מקביל ל"תועבה" בחוק העונשין.<sup>48</sup> לגופו של עניין מתח השופט ביין ביקורת על ההנחיות המנהליות<sup>49</sup> המחמירות שפרסם בשעתו מנהל המכס והבלו באשר לשאלה חומר "פרוץ או מגונה", משום שאינן תואמות את פרשנות הפסיקה

44 סעיף 42 לפקודת המכס [נוסח חדש], נ"ח 3, 39.

45 ראו סקירה היסטורית בפסק דינו של השופט ביין, ת"א (חי') 404/82 ישעיהו נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ד(2) 522 (1984) (להלן: עניין ישעיהו).

46 R v. Stanley, [1965] 2 W.L.R. 917 (Q.B.) (Eng.) (להלן: הלכת Stanley).

47 מדובר בפסיקת מחוזי, אך קביעתו של השופט ביין בעניין אי-תחולתה של הלכת Stanley צוטטה גם בבית המשפט העליון – ראו פרשת סטיישן פילם, לעיל ה"ש 18, פס' 23 לפסק דינו של השופט חשין.

48 וראו בעניין ישעיהו, לעיל ה"ש 45: "אין מקום, מבחינת הדינים המקומיים להבחין, על אף הביטויים השונים בהם נוקט המחוקק, בין מבחן 'הפרוץ והמגונה' שבס' 42 לפקודת המכס, בין מבחן 'המגונה והנתעב' שבס' 12 לפקודת הדואר [נוסח חדש], לבין 'חומר התועבה' שבסעיף 214 לחוק העונשין". ס' 12 לפקודת הדואר [נוסח חדש], התשל"ז-1976, נ"ח 29, 567, שאותו מזכיר השופט ביין, מונה דברי דואר שהובלתם אסורה, וביניהם "הדפס אבן, ציור, צילום, חריטה, ספר, כרטיס או כל חפץ שהם מגונים או נתעבים", וכן "דבר דואר] שיש עליו או על עטיפתו מלים, ציורים או סימנים פוגעניים ביותר, משמיצים, ממרידים, מגונים או נתעבים". פקודת הדואר [נוסח חדש] בוטלה והוחלפה בחוק הדואר, התשמ"ו-1986, ס"ח 1169, 79, שבו לא מופיעות הוראות כלשהן העשויות להגביל משלוח חומרים פורנוגרפיים.

49 הנחיות מנהליות, על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הן "כללים גמישים שרשות מינהלית קובעת לעצמה כדי שידריכו אותה בהפעלת סמכותה". ההנחיות אינן מחייבות את הרשות במלוא מובן המילה (אם כי סטייה מהן "מזמינה" ביקורת על שיקול דעתה), ומטרתן לסייע לרשות לאכוף ביעילות את מדיניותה, להוות מסגרת מנחה להפעלת שיקול הדעת וליצור אחידות באכיפת מדיניות הרשות המאפשרת הסתמכות סבירה מצד האזרח. להרחבה ראו "הנחיות מנהליות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0002 (התשמ"ו); יואב דותן הנחיות מינהליות 28–78 (1996).

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

ל"חומר תועבה"<sup>50</sup> ובפרט משום שהן מתעלמות מסייג הערך החברתי הפודה. עם זאת דחה השופט ביין את התביעה משום שהחוברות המדוברות, שהציגו פורנוגרפיה "קשה" (תמונות המתמקדות באיזור הערווה, מציגות מגע מיני מלא ואף מין קבוצתי) רחוקות ממילא מכל ערך אמנותי, ספרותי או רפואי (ואף התובע לא טען אחרת).

#### (ב) סרטי קולנוע

מנגנון הפיקוח על סרטים המוקרנים בבתי קולנוע נקבע בפקודת סרטי הראינוע, האוסרת על הצגת סרטים שלא אושרו להצגה וסומנו על ידי המועצה לביקורת סרטים.<sup>51</sup> הקרנת סרטים שלא אושרו או סומנו, או שנערכו לאחר אישורם על ידי המועצה (למעט קיצור אורכם), היא עבירה פלילית שבצדה עונש מאסר חודש או קנס.<sup>52</sup> הקריטריונים שבהם נדרשת הוועדה להתחשב בהחלטותיה לא הוגדרו בחוק או בתקנות ונותרו לשיקול המועצה, וניתן להצביע על עלייה הדרגתית בנכונותו של בית המשפט לבקר את שיקול דעתה: עד אמצע שנות השבעים נקט בית המשפט מדיניות של ריסון עצמי, והכיר בכך שגם ללא הגדרת קריטריונים ספציפיים רשאית המועצה לפסול כל סרט העלול, לפי ראות עיניה, "לפגוע במוסר או בטעם הטוב, או העלול לגרום לשחיתות המידות".<sup>53</sup> ואולם, כבר בתקופה זו ניתן לזהות ניצנים של נכונות בית המשפט למתוח ביקורת שיפוטית מנהלית או מעין-חוקתית: בפרשת כהן (1960) הכיר בית המשפט ביכולתו לבקר את החלטות המועצה כאשר זו שקלה שיקולים זרים בתהליך קבלת ההחלטה,<sup>54</sup> ובפרשת יומני כרמל (1962) הפך בית המשפט, בשם חופש הביטוי העיתונאי, את החלטת המועצה לצנזר קטע חדשותי שבו מופשלת לכמה רגעים שמלתה של אישה.<sup>55</sup> בפרשת סרטי נח (1975), שעניינה סרט ספק-פורנוגרפי בשם "שוער הלילה", מתח בית המשפט לראשונה ביקורת מנהלית על החלטות המועצה הן במישור שיקול הדעת (שקילת שיקולים זרים)

50 השופט ביין מצטט את הנחיית המנהל: "חומר ייחשב 'פרוץ או מגונה' אם הכלול בו פוגע ברגשותיו של חלק ניכר מהציבור או העלול לגרום להשחתת המוסר וזאת על-ידי שהוא כולל תיאור חזותי של פעילות מינית ו/או תיאור של פעילות מינית חריגה ו/או שלא כדרך הטבע ו/או כולל תיאור של אברי מין באופן שיש בו כדי לפגוע ברגשות חלק ניכר מן הציבור ו/או לגרום להשחתת המוסר". עניין ישעיהו, לעיל ה"ש 45.

51 סעיף 4 לפקודת סרטי הראינוע, ח"א כרך א, (ע) 128, (א) 135 וראו דיון לעיל ה"ש 12 והטקסט הנלווה.

52 שם, סעיף 8.

53 בג"ץ 146/59 כהן נ' שר הפנים, פ"ד יד 283, 284 (1960) (להלן: פרשת כהן); וראו גם בג"ץ 260/60 פורום פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טו 611, 613 (1961): "המועצה היא גוף ציבורי, רפרונטיבי, המביע את השקפותיהן של שכבות שונות של העם... ואם היא סברה כי פרשנות גרמנית אינה הולמת את תכנו ותפקידו של הסרט הנדון, אין אנו מוכנים לומר כי הסברה ההיא בלתי סבירה הייתה"; וכן בג"ץ 383/73 אבידן נ' גרי, פ"ד כח(2) 766 (1974).

54 שם.

55 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407 (1962).

והן במישור ההליך (בנוגע לאופן הפעלתן של ועדות המשנה שלה).<sup>56</sup> צמצום ניכר בחופש הנתון למועצה בהפעלת שיקול הדעת התרחש בפרשת לאור (1986), שבה הכריע השופט ברק כי שיקול דעתה של המועצה מוגבל למקרים שבהם קיים חשש (בהסתברות של "ודאות קרובה")<sup>57</sup> לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי (כאשר גם פגיעה חמורה ברגשות הציבור עשויה להיות, במקרים קיצוניים, פגיעה בסדר הציבורי), והוסיף כי על המועצה להעדיף אמצעים פוגעניים פחות, כגון הגבלת גיל או השמטת קטעים, לפני פסילת סרט מהקרנה.<sup>58</sup> ה"מהפכה החוקתית" של שנת 1992<sup>59</sup> השפיעה אף היא, כפי שהתבטא בפרשת סטיישן פילם (1997),<sup>60</sup> על הדיון בסמכויותיה של המועצה לפסול סרטים משידור (או לכל הפחות על הטרימינולוגיה): שוב אין מדובר רק באיזון בין חופש הביטוי לבין רגשות הציבור, וגם כבוד האדם ניצב, כך מסתבר, משני צדדי המשוואה, הן כאבי חופש הביטוי והן ככוח המגביל אותו.<sup>61</sup> השורה התחתונה בפסיקתו של השופט ברק בסטיישן פילם<sup>62</sup> מעלה כי מסיכום ההתפתחויות בפסיקה התגבש מבחן דו-שלבי לבחינת החלטותיה של המועצה: בשלב המנהלי ייבחן אם נפל פגם בסיווג הסרט, הן במישור ההליך (למשל, שימוש פסול בוועדות משנה) והן במישור שיקול הדעת (בית המשפט לא יקבע עבור המועצה אם מדובר בחומר תועבה אם לאו, אלא יבחן אם החלטתה הייתה מתקבלת על ידי מועצה סבירה). אם סווג הסרט כחומר תועבה, וההליך ושיקול הדעת שניהם ללא רבב, לא יהפוך בית המשפט את החלטת המועצה; אך אם קבעה המועצה כי אין מדובר בחומר תועבה ובכל זאת קיים חשש לפגיעה ברגשות

56 בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757 (1976).  
 57 מקור ההלכה הידועה לפיה נדרש מבחן הסתברותי מחמיר של "ודאות קרובה" בכדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי בפסק הדין בעניין "קול העם", בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871, פסק דינו של הנשיא אגרנט (1953).  
 58 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987).  
 59 "המהפכה החוקתית" היא כינוי לקבלתם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992, חוקי היסוד הראשונים לעגן זכויות אדם ואזרח. המהפכה "הושלמה" עם הכרתו של בית המשפט, בסדרת פסקי דין מכוננים (ובראשם ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995)), במעמד העליון של חוקי היסוד על פני חוקים אחרים ובמארג זכויות הנגזרות מתוך הזכויות שנמנו במפורש בחוקי היסוד. להרחבה ולדיון ביקורתי ראו רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1998).  
 60 לעיל ה"ש 18.  
 61 השוו בין עמ' 671, שם: "כיום יש לחופש הביטוי מעמד חוקתי על-חוקי, בהיותו חלק מכבוד האדם", לעומת עמ' 672, שם: "כדי לקדם זכויות אדם כגון כבוד האדם, שמו הטוב, קניינו, פרטיותו וחופש עיסוקו, אנו מאפשרים פגיעה בחופש הביטוי", שתי המובאות לקוחות מפסק דינו של השופט ברק.  
 62 שם, בפס' 21 לפסק דינו של השופט ברק.

הציבור, עומד לרשות בית המשפט השלב החוקתי: יישום מבחניה השונים של פסקת ההגבלה,<sup>63</sup> ובתוכם איזון אנכי<sup>64</sup> בין הפגיעה ברגשות לבין הפגיעה בחופש הביטוי. השלכה אחת של הניתוח שהציג השופט ברק היא שעל בית המשפט לגבש קריטריונים לזיהוי "תועבה" לעניין הקרנה בבתי הקולנוע, אחרת לא יוכל להעריך את סבירות החלטתה של המועצה. בפרשת סטיישן פילם הציגו השופטים את הגדרותיהם שלהם למונח "תועבה": הנשיא ברק קובע<sup>65</sup> כי נקודת המוצא היא הלכת רות' (Roth) האמריקנית<sup>66</sup> – אם "נושאו הדומיננטי של החומר בכללותו מעורר תאוות בשרים טמאה" – אך מכיר בקיומם של מבחנים רלוונטיים נוספים וכן בסייג הערך החברתי הפודה כמכנה משותף לכל ההגדרות השונות ל"תועבה". כדי להכריע אם יש ליצירה ערך חברתי פודה, יש להשתמש במבחן ה"יצירה בכללותה", ועל חלקי היצירה הבוטים להוות "חלק מן ההתפתחות של המעשה ושל המסר".<sup>67</sup> השופט חשין מתנגד לנקודת המוצא של ברק, חומר המעורר "תאוות בשרים טמאה", בטענה שמדובר במבחן התלוי באמות מידה מקובלות בחברה אך איננו מגדיר מהן אותן אמות מידה. מבחן כזה מתאים, לדבריו, להכרעה באמצעות חבר מושבעים, שחזקה עליהם שהם מייצגים את העמדות המקובלות בחברה. לגישתו של חשין הפתרון לעמימות בהגדרת תועבה הוא אטומיזם של התועבה, יצירת רשימה של סוגי חומר ספציפיים שיסווגו כתועבה ויאסרו להקרנה.<sup>68</sup> עד שייעשה כן, דעתה של המועצה הוא הקירוב המדויק ביותר לאמות המידה של החברה.<sup>69</sup>

#### ג) שידורי רדיו

תחנות הרדיו בישראל מופעלות ומפוקחות על ידי גופים שונים: תחנות "קול ישראל" מנוהלות ומפוקחות על ידי רשות השידור; תחנות גלי צה"ל מנוהלות על ידי משרד

63 "פסקת הגבלה" היא הוראת חוק כגון זו המופיעה בס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". כזכות הנתפסת במשפטנו כנגזרת מכבוד האדם, פגיעה בחופש הביטוי נדרשת לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.

64 "איזון אנכי" הוא כינוי שניתן בבג"ץ לאיזון בין שני ערכים אשר אחד מהם מוגדר "זכות" והשני "אינטרס", בניגוד ל"איזון אופקי", שבו מאוזנות שתי זכויות זו מול זו. ראו בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, פס' 5 לפסק דינה של השופטת דורנר (2001): "האיזון האנכי – המיושם בהתנגשות שבין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי – נועד למזער, ככל הניתן, את הפגיעה בזכות גם כאשר האינטרס הציבורי גובר עליה. ואילו האיזון האופקי – המיושם בהתנגשות בין זכויות אדם בינן לבין עצמן, נועד להפחית, ככל הניתן, את הפגיעה בשתי הזכויות גם יחד". איזון אנכי מתבצע, לפי הניתוח המקובל, כאמצעי להערכת מידתיות החיקוק.

65 עניין סטיישן פילם, לעיל ה"ש 18, בפס' 12 לפסק דינו של השופט ברק.

66 ראו דיון להלן בפרק העוסק במשפט המשווה.

67 עניין סטיישן פילם, לעיל ה"ש 18, בפס' 13 לפסק דינו של השופט ברק.

68 שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט חשין.

69 שם, בפס' 15 לפסק דינו של השופט חשין.

הביטחון ומפוקחות על ידי רשות השידור ומשרד הביטחון במשולב; תחנות הרדיו החינוכי מנוהלות על ידי המוסדות האקדמיים השונים ומפוקחות על ידי רשות השידור ומשרד החינוך; תחנות הרדיו האזורי הן תחנות בבעלות פרטית המפוקחות על ידי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. בכל הנוגע לרדיו, עיקר הרגולציה על תכנים מיניים בשידור מתייחסת לפרסומות ותשדירי השירות ולא לתכניות עצמן, ככל הנראה בשל אופיו של השידור ברדיו, הרגלי ההאזנה לו וכן זהותן הממלכתית או החינוכית של חלק מהתחנות, שאינה מאפשרת שידורים מסוג זה. סעיף 7 לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו) אוסר, בין השאר, על שידור פרסומת הכוללת "דברי תועבה", "שימוש בסטריאוטיפים המציגים בני אדם [...] כאובייקטים מיניים" וכן "תקשורת בענייני מיין",<sup>70</sup> ומגבלות זהות קיימות גם בסעיף 5 לתקנות גלי צה"ל (תנאים לשידור תשדירים);<sup>71</sup> באופן דומה אוסר סעיף 12 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו) על פרסום מוצרים ושירותים בנושאי "חומר תועבה, שירותי ליווי ושירותי מיין".<sup>72</sup> הגורם המוסמך לאשר או לפסול את שידורה של פרסומת ברשות השידור הוא המנהל הכללי,<sup>73</sup> בגלי צה"ל – מפקד גלי צה"ל לאחר שנועץ בפרקליט הצבאי הראשי<sup>74</sup> וברשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו – המנהל.<sup>75</sup>

המונח "תועבה" לא הוגדר באף אחד מדברי החקיקה דלעיל, וכיוון שטרם ניתן פסק דין בעניין שבו עתר מפרסם כנגד פסילת פרסומת על ידי גורם מפקח בנימוק שמדובר בפרסום תועבה, גם בית המשפט טרם סיפק הגדרה משלו. עם זאת, בפרשת קידום עסק בית המשפט במקרה לא רחוק:<sup>76</sup> הדיון נסב על עתירה שהגישה חברת "קידום", העוסקת בהכנה לבחינות הבגרות ולבחינה הפסיכומטרית, כנגד החלטת רשות השידור למנוע שידור פרסומת רדיו שכללה את הסלוגן "קידום – לך תצטיין", בטענה שפסילת הפרסומת פוגעת בחופש הביטוי. מנגד טענה הרשות כי השפה הגסה המרומזת בסלוגן

- 70 כללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג–1993, ק"ת 5531, 949, תוקנו מכוח הסמכה בס' 52 לחוק רשות השידור (תיקון מס' 27), התשע"ב–2012, ס"ח 2353, 330.
- 71 תקנות גלי צה"ל – שידורי רדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשדירי שירות) (תנאים לשידור תשדירים), התשע"ג–2013, ק"ת 7283, 1618, תוקנו מכוח הסמכה בסעיף 4 לחוק גלי צה"ל – שידורי רדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשדירי שירות), התשס"ה–2005, ס"ח 1980, 134.
- 72 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), התשנ"ט–1999, ק"ת 5992, 1098, תוקנו מכוח הסמכה בסעיפים 24, 82 ו-88 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן–1990, ס"ח 1304, 59.
- 73 סעיף 3 לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), לעיל ה"ש 70.
- 74 סעיף 3 לתקנות גלי צה"ל – שידורי רדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשדירי שירות) (תנאים לשידור תשדירים), לעיל ה"ש 71.
- 75 סעיף 13 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), לעיל ה"ש 72.
- 76 בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994) (להלן: עניין קידום).



מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

פוגעת בטעם הטוב. במישור התאורטי הסכימו שלושת שופטי ההרכב כי חופש הביטוי חל על הביטוי המסחרי בהיקף מצומצם, ולגופו של עניין סברו השופטת דורנר והשופט כך כי בנסיבות המקרה לא צפויים רגשות הציבור להיפגע פגיעה חמורה המצדיקה את פסילת התשדיר. כמו כן ציינו שני השופטים כי כאשר הנזק הצפוי משידור פרסומת הוא פגיעה ברגשות בלבד, אין צורך בהערכה הסתברותית ("ודאות קרובה") אלא בהערכה כמותית של עוצמת הפגיעה ברגשות בלבד.<sup>77</sup> השופט חשין, בדעת מיעוט, סבר כי היות שגם שיקולים של "אסתטיקה" של הביטוי הפרסומי הם שיקולים רלוונטיים בקבלת החלטותיה של הרשות, הרי שאין עילה להתערבות בשיקול דעתה.<sup>78</sup> מסקנה חשובה העולה מפסק הדין היא העובדה שאף על פי שמבחינת מידת הפוגעניות של התשדיר מדובר לכל הדעות במקרה גבול – הפרסומת איננה בוטה במיוחד ואיננה כוללת דבר החשוד כ"פרסום תועבה" – העותר משיג "ניצחון בנקודות" בלבד. ממסקנתם של השופטים פה אחד על אודות היקפו המצומצם של חופש הביטוי המסחרי, ומהעובדה שגם במקרי ביניים כגון זה יש שופטים המוכנים לקבל את פסילת התשדיר, נראה כי בית המשפט לא יימנע מלהתערב בשיקול דעתה של הוועדה במקרה של תשדיר שבו הביטוי המיני מרומז פחות וקרוב יותר לפרסום תועבה מאשר ל"פגם אסתטי", לפחות כל עוד מדובר בתשדירי רדיו. נקודה חשובה נוספת העולה בהערת אגב של השופטת דורנר נוטה דווקא לטובת עותרים עתידיים: השופטת קובעת כי כאשר נבחן פוטנציאל התשדיר לפגיעה ברגשות הציבור, טענה שלפיה יש לדרוש מתשדירי פרסומת ברדיו סטנדרט זהירות גבוה יותר מפני פגיעה ברגשות הציבור מזה הנדרש מתכניות הרדיו משום שהמאזינים לתשדירי פרסומת הם בבחינת "קהל שבוי" איננה משכנעת. הסיבה לכך היא, לדבריה, העובדה שההאזנה לרדיו בימינו נעשית באקראי ולא מתוך עניין להאזין דווקא לתכנית מסוימת (ולרוב תוך כדי ביצוע פעולות אחרות, כגון נהיגה), ולפיכך המאזינים הם "קהל שבוי" במהלך התכניות לא פחות מאשר בהפסקת הפרסומות.<sup>79</sup>

#### (ד) שידורי טלוויזיה

שידורי הטלוויזיה בישראל נחלקים לשלושה: שידור ציבורי המנוהל ומפוקח על ידי רשות השידור, שני ערוצים מסחריים המנוהלים בידי זכיינים פרטיים ומפוקחים על ידי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, ושידורי כבלים ולוויין המנוהלים על ידי חברות התקשורת Yes ו-HOT ומפוקחים על ידי המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין. בחוק רשות השידור לא קיימים הסדרים המגבילים שידור פורנוגרפיה, ככל הנראה משום

77 שם, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת דורנר ובפס' 5 לפסק דינו של השופט כך.

78 שם, בפס' 29 לפסק דינו של השופט חשין.

79 שם, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת דורנר.

שאופיו הממלכתי של השירות הציבורי איננו מזמין שידור תכניות מסוג זה, והיעדרן הכמעט-מוחלט של פרסומות ייתר את הצורך ביצירת הסדרים חוקיים גם בנוגע אליהן. מגבלות על שידורי הטלוויזיה המסחרית והטלוויזיה בכבלים ולוויין, לעומת זאת, העסיקו ומעסיקים הן את המחוקק והן את בית המשפט.

כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ייחדו הוראות חוק נפרדות לפיקוח על תוכן השידורים ועל פרסומות: סעיף 38(א) לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון)<sup>80</sup> אוסר על שידור תכניות שיש בהן "הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול; הצעת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין; הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני", ולצד הוראת החוק מצוין חריג של "ערך חברתי פודה". סעיף 12 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומות בטלוויזיה)<sup>81</sup> אוסר על פרסום "חומר תועבה; שירותי ליווי; שירותי מין" וסעיף 14 על "הצגה של יחסים מיניים, רמיזות מיניות, אדם כקורבן של אלימות מינית או כיוזם אלימות מינית", לצד חריג של "ערך חברתי פודה". ניתן להבחין כי המגבלות הנוגעות למין בפרסום מחמירות הרבה יותר מהמגבלות הנוגעות לשידורים עצמם. את הפער ניתן לתלות בכך שצופי הפרסומות בטלוויזיה, בניגוד למאזיני הרדיו, הם אכן בבחינת "קהל שבוי"<sup>82</sup>, וכן בהכרת המחוקק בהבדל שבין השניים: בעוד שאיפתם של הערוצים המסחריים למיתוג כ"מדורת שבט" וכערוצים לכל המשפחה מעודדת ריסון עצמי, הרי שהחברות המפרסמות עשויות לכוון לעתים דווקא לקהל יעד צעיר, לשאוף למתג מוצר מסוים כ"נועז" או להשתמש במין כאמצעי מוכר ומוכח למשיכת תשומת לבו של הצופה, ועל כן תוכן פרסומי הוא מטבעו "מועד לפורענות". ביחס ישר להיקף הרגולציה, גם עיסוקו של בית המשפט בתכנים מיניים בערוצים המסחריים מתמקד בתוכן הפרסומות ולא בתוכן השידורים: בפסק הדין בעניין תפוזינה<sup>83</sup> נדונה החלטת הרשות השנייה לפסול פרסומת למשקה קל שאותו ביקשה העותרת לקדם, בטענה שהפרסומת כוללת רימוזים מיניים. בדומה לפסק הדין בעניין קידום, גם כאן טענה העותרת לפגיעה בחופש הביטוי. השופטת דורנר, בהצטרפות השופט לוין והשופטת שטרסברג-כהן, הפכה את החלטת המועצה, כשהיא מצטטת מתוך פסיקתה שלה בעניין קידום, וקבעה כי "רימוז מיני בתשדיר פרסומת איננו מהווה כשלעצמו פגיעה ברגשות

80 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון), התש"ע-2009, ק"ת 6816, 6.

81 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומות בטלוויזיה), התשנ"ד-1994, ק"ת 5580, 640.

82 השוו לדבריה של השופטת דורנר בנוגע למאזינים לפרסומות לרדיו, לעיל.

83 בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178 (2000) (להלן: עניין תפוזינה).

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

הציבור בעוצמה המספקת לפסילתו<sup>84</sup>. עוד קבעה השופטת כי לצורך הערכתה של עוצמת פגיעתו של תשדיר ברגשות יש להשוות בינו לבין הפרסומות אחרות וכן תכנים לא־פרסומיים המשודרים באותו ערוץ; מהשוואת דבריה של השופטת עם דבריה בפרשת קידום נראה כי אין כוונתה להנהיג סטנדרט אחיד עבור תוכן פרסומי ושאיננו פרסומי, אלא ברצונה להצביע על כך שקיים יחס (שערכו לא מוגדר) בין שני הסטנדרטים<sup>85</sup>. בפסק הדין בעניין נטו<sup>86</sup> שבו המשיך בית המשפט במדיניותו הנוטה כלפי המפרסמים והפך החלטה נוספת של הרשות השנייה לפסול פרסומת בשל רמיזות מיניות (וטעמים נוספים), מוסיף השופט ברק קריטריונים להגדרת פרסומת הפוגעת ברגשות<sup>87</sup>: אם בפועל קמה מחאה ציבורית כנגד הפרסומת, ואם עולה מהפרסומת חשש להפליה או הטרדה מינית<sup>88</sup>. כמו כן מיישם השופט ברק באופן חלקי את המבחן שהציעה השופטת דורנר בעניין תפוזינה ומשווה בין סגנונה הבוטה של הפרסומת לבין סגנון של פרסומות אחרות המשודרות בערוץ, אך לא בינה לבין תכנים שאינם פרסומיים.

באשר לשידורי הכבלים והלוויין אוסר סעיף 6 כה לחוק התקשורת (בזק ושידורים)<sup>89</sup> על שידור סרטים שלא אושרו על ידי המועצה לביקורת סרטים, שידור "חומר תועבה" כמשמעו בחוק העונשין, וכן חוזר כמעט במדויק על הגדרת השידורים האסורים שבכללי הרשות השנייה: "הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול;

- 84 שם, בפס' 10 לפסק דינה של השופטת דורנר.
- 85 אם נניח שהשופטת התכוונה לכך שפוטנציאל הפגיעה מפרסומת בוטה זהה לפוטנציאל הפגיעה מתוכן בוטה שאיננו פרסומי, משמעות הדבר שהשופטת סבורה כי צופי הטלוויזיה אינם בכחינת "קהל שבוי", לא בזמן הפרסומות ולא בזמן התכניות (או לחלופין: כי הם מהווים קהל שבוי הן בזמן הפרסומות והן בזמן התכניות). קביעה כזו עומדת בסתירה לדבריה בעניין קידום, שלפיהם מאזיני הרדיו מהווים קהל שבוי הן בזמן הפרסומות והן בזמן התכניות בגלל אופייה האקראי של ההאזנה לרדיו (לעיל ה"ש 76 וטקסט נלווה). היות שמדבריה של השופטת דורנר בעניין קידום (וכן בעניין פלייבוי, ראו דיון בה"ש 96 להלן) אקראיות ההאזנה לרדיו היא תופעה ייחודית, כלומר הצפייה בטלוויזיה איננה צפייה "אקראית" באופייה, בהכרח מתכוונת השופטת כי בנוגע לטלוויזיה יש לערוך היקש משוכלל יותר בין חומר פרסומי לחומר שאיננו פרסומי, היקש המתחשב בכך שמדובר בהשוואה בין חומר הנצפה מבחירה וחומר הנצפה על ידי קהל שבוי.
- 86 בג"ץ 226/04 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נט(1) 519 (2004). במרכז העתירה עמד סרטון פרסומת למוצר בשם "מגי'ק נודלס", שבו מוצגת אישה תאילנדית הדוחה את חיזוריו של גבר ישראלי כאשר ברקע נשמעת הסיסמה "לא כל תאילנדית חמה ומוכנה תוך ארבע דקות".
- 87 השופט ברק משתמש במונח "פגיעה בטעם הטוב", מונח שנעשה בו שימוש בהקשרים דומים בפסיקה מוקדמת יותר, כפי שהוצג לעיל, ולא נראה כי יש ליצור הבחנה בין מונח זה לבין המונח "פגיעה ברגשות הציבור".
- 88 שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט ברק. קריטריונים דומים הוזכרו כבר בפסיקה מוקדמת יותר של השופט ברק, ראו בג"ץ 5188/95 מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751 (1996).
- 89 חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, ס"ח 1060, 218.

הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין; הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני", לצד סייג ערך חברתי פודה.

נוסח הוראת החוק הוא תוצאתה של סדרת עתירות שהוגשו לבית המשפט בתחילת שנות האלפיים, עת אישרה המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין את העלאתם של כמה ערוצים ארטיים-פורנוגרפיים חדשים: Blue ו-Playboy בלוויין ו-Vivid ו-Spice בכבלים. עם עליית הערוצים לשידור הגישו חברי הכנסת זבולון אורלב (מפד"ל) ושולמית אלוני (מר"צ) עתירה לבג"ץ בטענה שהערוצים משרדים, בניגוד לחוק, סרטים שלא עברו את אישור המועצה לביקורת סרטים ומחזות. מנגד טענה המועצה כי הסרת הערוצים תהווה פגיעה בחופש הביטוי, וכי חברות הכבלים והלוויין נקטו אמצעים שונים להגנה מפני צפיית ילדים. העותרים משכו את עתירתם בהמלצת בית המשפט, שסבר כי ללא התמקדות בסרט ספציפי העתירה לא תצלח.<sup>90</sup> לאחר משיכת העתירה נתקבל בקריאה שנייה ושלישית תיקון מס' 25 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), שאסר על שידור "ערוץ שעיקר שידוריו הם משרדי מין", לצד הטלת סנקציות פליליות.<sup>91</sup> כנגד תיקון החוק, שאסר לכאורה על קיומו של כל ערוץ המשדר חומר פורנוגרפי או ארוטי, עתרו מפעילי ערוץ Playboy לבג"ץ<sup>92</sup> כנגד החלטת המועצה להפסיק את שידורי הערוץ, בטענה שתיקון החוק איננו מידתי כיוון שהוא אינו מאפשר לשדר גם תכנים שאינם מסווגים כ"תועבה" לעניין חוק העונשין. העותרים זכו בצו על תנאי לטובתם, והמועצה נשלחה לשקול שנית אם הסרת כל השידורים הפורנוגרפיים אכן מתחייבת מלשון החוק. בד בבד עם כך החלו חברות הכבלים והלוויין לשדר תכנים ארטיים ופורנוגרפיים שלא במסגרת ערוץ, אלא בשיטת "שלם וצפה". המחוקק ניסה להתמודד עם ה"פרצה" שמצאו חברות הכבלים והלוויין בכמה הצעות חוק,<sup>93</sup> וההצעה שהתקבלה כתיקון מס' 27 לחוק התקשורת<sup>94</sup> היא לשון החוק דהיום.

90 ראו בג"ץ 5885/00 אורלב נ' המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין (לא פורסם, 2000).

91 חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 25), התשס"א-2001, ס"ח 1807, 530.

92 בג"ץ 8003/01 פליי. טי. וי. בע"מ נ' הכנסת (לא פורסם, 2001).

93 ראו ריבלין, לעיל ה"ש 27, בעמ' 131.

94 חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 27), התשס"ב-2002, ס"ח 1858, 483. תיקון מס' 27 לא הסתפק בהפניה אל חוק העונשין והגדרות התועבה שבו, אלא הוסיף ביתר ספציפיות את הבאים:  
2. בס' 6 כה לחוק העיקרי -

(1) בפסקה (2), במקום "1977"; יבוא "1977", ובכלל זה מישדרים שענינם אחד מאלה:

(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;

והכל כשהמישדרים המנויים בפסקאות משנה (1) עד (ג) אינם, באופן מובהק, בעלי ערך

אמנותי, מדעי, חדשותי, חינוכי או הסברתי, המצדיק, בנסיבות הענין, את

שידורם".

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

עם קבלת תיקון החוק החליטה המועצה, בעקבות חוות דעת משפטית מטעם היועץ המשפטי לממשלה, כי אינה מאפשרת עוד שידור של תכנים פורנוגרפיים, כערוץ או בשיטת "שלם וצפה", והורתה על הפסקת השידורים. מפעילי ערוץ Playboy חידשו את עתירתם, אלא שמאוחר יותר שינתה המועצה את דעתה והחליטה להתיר את שידורי הערוץ במגבלות מסוימות.<sup>95</sup> בעקבות שינוי דעתה של המועצה עתרו לבג"ץ ארגונים פמיניסטיים וחברתיים שהתאגדו לצורך מטרה זו.<sup>96</sup> בעתירה נדרש בית המשפט, בהרכב של 11 שופטים, לתת פרשנות לתיקון מס' 27, ורוב העתירה נסבה על הגדרת הסל "הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני". השופטת דורנר הכריעה, בדעת רוב, כי ההפניה בחוק להגדרת "תועבה" בחוק העונשין, וכן הסנקציה הפלילית שקובע החוק, מחייבות פירוש מצמצם, כפי שאכן פירשה המועצה; כמו כן, העובדה ששתי המגבלות הראשונות שבתיקון 27 אוסרות על שידור חומרים פורנוגרפיים קשים ביותר (אלימים או פדופיליים) אינה מאפשרת מתן פרשנות מרחיבה דווקא למגבלה השלישית. השופטת גם מציינת בפסק הדין שהמחוקק בחר לבטל את האיסור הגורף שבתיקון מס' 25,<sup>97</sup> וכן שהוראות חוק אחרות מתייחסות במפורש לאפשרות שידורם של חומרים פורנוגרפיים בטלוויזיה,<sup>98</sup> ולפיכך לא ייתכן שהמחוקק התכוון לאסור על שידורם לחלוטין. השופטת דורנר מוסיפה וטוענת כי גם הפורנוגרפיה מוגנת במסגרת חופש הביטוי, הגנה שאיננה מוחלטת וכפופה לריסונים מהדין הפלילי ולאזוניהם מול שיקולים חוקתיים מתחרים, כגון פגיעה ברגשות (שנדחת באיזון אנכי מפני חופש הביטוי בטענה שמתנגדי הפורנוגרפיה אינם "קהל שבוי" ואינם חייבים לצפות בה) ופגיעה במעמד האישה (שבאיזון אופקי מול חופש הביטוי אין בכוחה, לאור זמינותה הרבה של פורנוגרפיה באמצעים אחרים וכן בהסתמך על המשפט המשווה, למנוע את שידור הערוץ).<sup>99</sup>

#### ה) אתרים פורנוגרפיים באינטרנט

כמו רוב שיטות המשפט, המשפט הישראלי כמעט איננו כולל רגולציה הנוגעת לאתרים פורנוגרפיים באינטרנט. אדם המנהל אתר פורנוגרפי שאינו מציג סרטונים קשים באופן

95 ראו ריבלין, לעיל ה"ש 27, בעמ' 132-133.

96 בג"ץ 5432/03 ש.ג.ן נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004) (להלן: עניין פלייבוי).

97 אמנם מטרתו של תיקון 27 הייתה, כאמור, לאטום את הפירצה בחוק המאפשרת שידור חומרים פורנוגרפיים במסגרת "שלם וצפה", אך ככל הנראה מכוונת השופטת דורנר לכך שהמחוקק יכול היה ליצור איסור גורף יותר, ברוח תיקון 25 (למשל לאסור על כל שידור שעניינו מין, בין במסגרת ערוץ ובין בשיטת "שלם וצפה").

98 השופטת דורנר מציינת את חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001, ס"ח 1773, 129.

99 עניין פלייבוי, לעיל ה"ש 96, בפס' 11-20 לפסק דינה של השופטת דורנר.

קיצוני או פורנוגרפיית קטינים צפוי ליהנות מאכיפתו המצומצמת של סעיף 214; אדם הגולש באתרים פורנוגרפיים נהנה, ככל הנראה, מהגנה רחבה אף יותר: הגם שטרם ניתן פסק דין מדריך בנושא, קיימת ראשית פסיקה שממנה עולה כי אף גלישה באתרים המציגים פורנוגרפיית קטינים, כל עוד איננה כוללת הורדה של תכנים פורנוגרפיים ואחסונם במחשבו של המשתמש, איננה מהווה עבירה פלילית בשל אי-התקיימות יסוד ההחזקה.<sup>100</sup> אחריות ספקי האינטרנט לתוכן המוצג באתרים פורנוגרפיים מתמצה בהוראות סעיף 4ט לחוק התקשורת, המסמיכות את שר התקשורת לקבוע, בתקנות או ברישיון ספקי האינטרנט, הוראות לעניין חובת הספק "ליידע את מנוייו בדבר אתרים פוגעניים ותכנים פוגעניים באינטרנט ואפשרויות ההגנה מפניהם"; "תוכן פוגעני" מוגדר באופן זהה להגדרה שבתיקון 27 לחוק התקשורת – יחסי מין אלימים או מבזים, יחסי מין הכוללים דמות קטין והצגת אדם כחפץ זמין לשימוש מיני, לצד סייג ערך חברתי פודה. הוראות כאלו אכן הוכנסו לרישיון לדוגמה למתן שירותי אינטרנט, המוצג באתר משרד התקשורת.<sup>101</sup>

(ו) "תועבה פלילית" מול "תועבות מנהליות"

מהסקירה שהוצגה עולה כי "תועבה" במשפט הישראלי איננה מונח בעל משמעות יחידה והרמונית, ופירושים מגוונים ניתנו לה בתחומים שונים של המשפט: התועבה הפלילית התעצבה כמושג אמורפי וגמיש אשר גבולותיו הם גבולות סלידתו של השופט מהחומר המוצג לפניו; ענפים שונים של המשפט המנהלי אימצו הגדרות שונות ומגוונות: חלקם יישמו הגדרות דומות ואף זהות להגדרה הפלילית (כגון דיני המכס), חלקם אימצו מבחנים המתמקדים באופי אלים, משפיל או סקסיסטי של הפרסום (כגון הרגולציה על שידורי טלוויזיה) ובחלקם טרם נוצר הצורך להצביע על הגדרה ברורה וחד-משמעית. המכנה המשותף לכל איסורי התועבה, במשפט הפלילי ובמשפט המנהלי, הוא הקו הליברלי שנוקט המשפט הישראלי ביישומם בפועל, באופן עקבי למדי: אכיפת האיסור הפלילי על פרסום תועבה והצגתה הייתה משך שנים רבות אירוע נדיר, וכיום הצטמצמה כמעט באופן בלעדי לפורנוגרפיית קטינים; האיסור הפלילי בנוגע לפרסום תועבה על שלטי חוצות לא נאכף מעולם; הטלוויזיה בכבלים ובלוויין בישראל מציעה למנויים תכנים ארוטיים ופורנוגרפיים, ופרסומות הכוללות רימוזים מיניים ברמות שונות משודרות ברדיו ובערוצי הטלוויזיה המסחרית בישראל ונהנות מהגנה (מצומצמת להלכה, אך נרחבת למדי למעשה) בשם חופש הביטוי המסחרי. שאלת המפתח היא, כמובן, עד כמה ניתן ללמוד בדרך היקש מהתועבה המנהלית על התועבה הפלילית, ולהפך? האם התנאים שהציב המחוקק לאישור פרסומת לשידור בטלוויזיה, או מבחנים שאימץ בית המשפט

100 ראו לעיל ה"ש 24 והטקסט הנלווה.

101 "דוגמא לרשיון מיוחד למתן שירותי אינטרנט" [www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/1/651.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/1/651.pdf).

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

לפסילת סרט מהקרנה בבתי הקולנוע, מלמדים אותנו דבר או חצי דבר על מאפייניו של פרסום פורנוגרפי העלול לחייב את מפיצו בעונש של עד שלוש שנות מאסר? מהתייחסות ישירה נדירה לסוגיה מפיו של השופט שמגר בפרשת יוניברסל עולה כי גם אם יש מקום להיקש בין הדינים, בוודאי אין מדובר בהיקש ישיר, וככל הנראה מדובר בהיקש חד-סטרי: לא כל ביטוי שהצגתו אסורה בטלוויזיה או בקולנוע הוא חומר תועבה לעניין חוק העונשין, אך סיווג פרסום כחומר תועבה לעניין חוק העונשין הוא שיקול משמעותי בהחלטה לאסור על הצגתו בציבור.<sup>102</sup>

## ב. מעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה במשפט המשווה

הדיון בנושא מעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה בישראל הזמין התייחסות למשפט המשווה עוד בשנותיו הראשונות: הצורך ליצוק תוכן לתוך ניסוחו הלקוני של סעיף 214 הפנה את מבטו של בית המשפט להלכה הפסוקה במשפט האנגלי – תחילה בהתאם להוראות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, אך גם לאחר ניתוק הזיקה הפרשנית הרשמית בין שיטות המשפט<sup>103</sup> המשיך המשפט האנגלי להוות גורם משמעותי בשיח בשל הקשר ההיסטורי בין המשפט הפלילי האנגלי לזה הישראלי ומתוך תחושת הזדהות כללית עם משפחת המשפט המקובל. נוכחותו של המשפט האמריקני בשיח הנה חלק ממגמה כללית של התקרבות המשפט הישראלי למשפט האמריקני בעשורים האחרונים, אך גם מתבקשת לאור מעמדו המרכזי של חופש הביטוי בדיון המשפטי.<sup>104</sup> מלבד הקשר הפרשני בין שיטות המשפט ניתן להצביע, כפי שתואר בפרק הקודם וכפי שיפורט בהמשך, על נטייתו של המשפט הישראלי "ליישר קו" עם התפתחויות בתחום בשיטות משפט מקבילות.

### 1. המשפט האנגלי

ראשית האיסור במשפט האנגלי (ולמעשה במשפט המקובל כולו) על פרסום תועבה והצגתה מצויה ב־Obscene Publications Act<sup>105</sup>, חוק משנת 1857 שאסר על החזקה של חומרי תועבה (Obscene) למטרות מכירה או הפצה. המונח "תועבה" לא פורש בחוק וזכה להגדרה קונקרטיית רק כעשור מאוחר יותר, בפסק הדין הידוע *R. v. Hicklin*.<sup>106</sup> פסק הדין

102 בג"ץ *Universal City Studios Inc.* 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, פס' 11 לפסק דינו של השופט שמגר (1989): "העובדה שהצגת הסרט תהא בה עבירה פלילית [...] אינה תנאי הכרחי או מספיק לאיסורה המוקדם על-ידי הצנזורה [...] עם זאת, פליליותו של המחזה יש לה משמעות ניכרת, שכן היא משקפת את עמדתה של החברה הישראלית באשר לקוויה האדומים".

103 חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 978, 163.

104 למעשה, נוכחותו הבולטת של חופש הביטוי בשיח היא השפעה אמריקנית, ראו הרחבה להלן.

105 (Eng.) (1857) 20 & 21 Vict., c.83.

106 לעיל ה"ש 14.

עסק בענייניו של אדם בשם הנרי סקוט, שהפיץ עלונים ובהם ביקורת נוקבת כלפי הכנסייה הקתולית. אותם עלונים כללו, בין השאר, תיאור מפורט של המעשים שבגינם פנו אנשים (ובמיוחד נשים) לוויודי בפני הכומר, מה שהוביל לסיווג העלונים כחומר תועבה ולמתן הוראה להחרמתם על ידי המשטרה. בבית המשפט טען סקוט להגנתו כי הפצת העלונים לא נעשתה מתוך כוונה להשחית את ערכיו של הציבור, אלא מתוך ניסיון כן להצביע על בעיות קשות בהתנהלות הכנסייה הקתולית. ההתדיינות המשפטית עברה בין ערכאות מספר, וכאשר הגיעה לבסוף לפני ה־Queen's Bench הותירו שופטי הרוב את ההחלטה להחרים את החוברות על כנה, וקבעו להלכה כי פרסום תועבה הוא כל פרסום אשר בכוחו "[T]o deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influences, and into whose hands a publication of this sort may fall"<sup>107</sup>. הלכת היקלין (Hicklin) היא הלכה מכוננת, שהשפעותיה על האופן שבו תופסות שיטות משפט רבות את מושג התועבה ניכרות היטב גם לאחר שמלאו לה 150 שנה. בפסק הדין התגבשו לראשונה הקשר המשפטי (שכיום נדמה מובן מאליו) בין "תועבה" לבין ביטויים מיניים דווקא, וכן הנחת העבודה שלפיה סיווגו של חומר כתועבה הוא עניין שיוכרע על ידי בחינה אובייקטיבית של מאפייני הפרסום, ולא על ידי חיפוש רמזים המעידים על כוונתו הסובייקטיבית של המפרסם.

הגדרת התועבה במשפט האנגלי נותרה ללא שינוי כ־90 שנה, עד לשנת 1959, עם קבלתו של התיקון ל־Obscene Publications Act<sup>108</sup>, ששינה את פני האיסור על פרסום והפצת תועבה מקצה לקצה. תיקון החוק טבע הגדרה חוקית חדשה למונח "תועבה", שענינה לראשונה את מבחן ה"יצירה בכללותה" כתנאי הכרחי לסיווג פרסום כחומר תועבה;<sup>109</sup> כמו כן קבע התיקון כי בסיווג יצירה כחומר תועבה יש להתייחס לערכה האמנותי, המדעי והחינוכי,<sup>110</sup> ודוגמה ראשונה ליישומה של הסייג החדש מופיעה בפסק דין מפורסם ומצוטט שעסק ברומן *Lady Chatterley's Lover*.<sup>111</sup> חידוש דרמטי לא פחות בתיקון החוק הוא שלראשונה הוגדרו פרסום והפצת תועבה כעבירה פלילית, שבצדה עונש מאסר שלוש שנים או קנס.<sup>112</sup> בשנת 2005 הורחבה תחולתו של החוק גם לחומרי

107 שם, פסק דינו של השופט Cockburn.

108 (Eng.) (1959) 2, c. 66 Eliz. 2, c. 66 (להלן: החוק האנגלי 1959).

109 שם, ס' 1 – חומר ייחשב לתועבה אם: "taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it"; יש לציין כי הוראת חוק המתייחסת למבחן ה"יצירה בכללותה" כבר הופיעה בחוק שהתקבל ארבע שנים קודם לכן, אך נגעה באופן ספציפי להערכתם של ספרי קומיקס המיועדים לילדים: Children and Young Persons (Harmful Publications) Act, 3 & 4 Eliz. 2, c. 28 (1955) (Eng.).

110 סעיף 4 לחוק האנגלי 1959, לעיל ה"ש 108.

111 ראו R. v. Penguin Books Ltd., [1961] CRIM. L.R. 176 (Eng.).

112 סעיף 2 לחוק האנגלי 1959, לעיל ה"ש 108.



מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

תועבה בפורמט ממוחשב.<sup>113</sup> החוק משנת 1959 יצר הסדר חדשני ופורץ דרך שהשפיע רבות על חוקים מקבילים במדינות ממשפחת המשפט המקובל, והוראותיו (בתוספת תיקון מינורי בשנת 1964)<sup>114</sup> התוו את המסגרת החוקית להערכת "מתועבותם" של פרסומים משך כמעט 50 שנה.

התפתחות משמעותית במעמדה החוקי של הפורנוגרפיה במשפט האנגלי התרחשה בשנת 2008, בעקבות פרשת הרצח המזעזעת של ג'יין לונגהרסט (Jane Longhurst), מורה בת 32 שמצאה את מותה במהלך קיום יחסי מין שכללו "חניקה ארוטית". במחשבו של בן זוגה נמצאו לאחר מעשה חומרים פורנוגרפיים אלימים רבים.<sup>115</sup> בעקבות פסק הדין נוצר לחץ ציבורי ופוליטי חזק,<sup>116</sup> חלקו מונע על ידי משפחת הנרצחת, שקרא להחמרת הרגולציה בנוגע לאתרים פורנוגרפיים באינטרנט. לחץ זה הוביל בסופו של דבר לקבלת ה-Criminal Justice and Immigration Act<sup>117</sup> בשנת 2008 (וכן להחלת החוק משנת 1959 על ביטויים פורנוגרפיים ממוחשבים). סעיף 63 לחוק מפליל את ההחזקה ב"ביטוי פורנוגרפי קיצוני" (Extreme Pornographic Image), מונח משפטי חדש המורכב משני מבחנים מצטברים<sup>118</sup>: "פורנוגרפיה" מוגדרת בחוק כפרסום אשר טבעו מוביל למסקנה שהופק למטרות גירוי מיני ותו לא;<sup>119</sup> "ביטוי קיצוני" מוגדר בחוק כדבר "פוגעני, מעורר דחייה או מגונה", המציג פעולות הגורמות לסכנת חיים, פעולות הגורמות או עשויות לגרום לפגיעה חמורה בפי הטבעת, בשדיים או באברי המין של אדם ופעולות הכוללות יחסי מין עם גופה או עם בעל חיים. "ביטוי" מוגדר בחוק כהצגת דמויות נעות או שאינן נעות וכן מידע מכל סוג שהוא (כגון מידע ממוחשב, קלטות וידאו וכו') הניתן להמרה לביטויים כאמור.<sup>120</sup> החידוש המשמעותי והבולט ביותר של החוק משנת 2008 הוא ההפללה של פעולת ההחזקה של פורנוגרפיה קיצונית גם כאשר איננה למטרת הפצה עם

113 (Eng.) (amended 2005) (1994) § 84[3][b], Criminal Justice and Public Order Act, c.33, (להלן: Criminal Justice and Public Order Act).

114 (Eng.) (1964) c. 74; תיקון החוק מפליל פעולות נוספות הקשורות להליך הייצור וההפצה של חומרים פורנוגרפיים: החזקת חומרים פורנוגרפיים של אדם אחר המיועדים להפצה (סעיף 1, שם), החזקת ציוד המשמש לייצור והפצה של חומרים פורנוגרפיים (סעיף 2, שם) וכדומה.

115 ראו R. v. Coutts, [2006] UKHL 39 (Eng.).

116 ראו למשל, Steven Morris, *Killer Was Obsessed by Porn Websites*, THE GUARDIAN (Feb. 5, 2004), <http://www.theguardian.com/technology/2004/feb/05/newmedia.crime>.

117 (Eng.) (2008) § 63, c. 4.

118 שם, בס"ק 2: (a) "An 'extreme pornographic image' is an image which is both- (a) pornographic and (b) an extreme image"

119 שם, בס"ק 3: "An image is 'pornographic' if it is of such a nature that it must reasonably be assumed to have been produced solely or principally for the purpose of sexual arousal"

120 שם, בס"ק 8: "In this section 'image' means – (a) a moving or still image (produced by any means); or (b) data (stored by any means) which is capable into conversion into an image within paragraph (a)"

זאת, יש לשים לב לחידוש נוסף, מרחיק לכת לא פחות, הנחבא בין שורותיו: בעזרת יצירת המונח המשפטי החדש של "ביטוי פורנוגרפי קיצוני" ניתק החוק את חבל הטבור הפרשני בינו לבין הלכת היקלין, ויצר הגדרה שאיננה מתייחסת לנזק המוסרי שעלול הביטוי הפורנוגרפי לגרום למי שיתגלגל הביטוי לידיו. בהתחשב בנסיבות הכאובות שהובילו לחקיקת החוק נראה כי הגדרת הביטוי הפורנוגרפי הקיצוני, הגם שהדבר לא נאמר במפורש, עוצבה על ידי המחוקק מתוך כוונה להתמקד בנזקים המוחשיים שעשוי לגרום צרכן פורנוגרפיה קיצונית לעצמו ולסביבתו.

פורנוגרפיה המציגה דמות קטין זכתה במשפט האנגלי להסדר חוקי נפרד: בשנת 1978 נחקק ה-*Protection of Children Act*,<sup>121</sup> האוסר על הפצה, החזקה ופרסום של תמונות או סרטים "פרוצים" (Indecent) של קטינים, וכן על צילום של תמונות או סרטים כאלה. המונח Indecent שמופיע בהוראות חוק דומות במשפט האנגלי (כגון דיני המכס והדואר) לא זכה להגדרה בחוק, ובפסיקה נתפס כעניין הנתון להכרעת חבר המושבעים בכל מקרה לגופו, תוך התחשבות אך ורק באופי הצילום ולא לכוונה הסובייקטיבית שהובילה להכנתו.<sup>122</sup> בשנת 1994 תוקן החוק לראשונה ותחולתו הוחלה גם על דמות קטין שנוצרה או נערכה במחשב.<sup>123</sup>

## 2. המשפט האמריקני

בבואנו לבחון את מעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה במשפט האמריקני חשוב להזכיר כי היות שרוב האיסורים הפליליים הנוגעים לפורנוגרפיה נמצאים בדין המדינתי, ושונים מאוד ממדינה למדינה, הרי שלשאלת מעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה בארצות הברית אין תשובה אחת אלא 50 תשובות. דיון השוואתי בדין החל במדינות השונות ובנסיבות שהובילו להתפתחותו בכיוונים אלו הוא מרתק,<sup>124</sup> אך מאחר שהשפעתו של הדין הפלילי המדינתי בנושא על המשפט הישראלי היא זניחה, אתמקד דווקא בשיח על אודות מעמדה החוקתי של הפורנוגרפיה במשפט הפדרלי, דיון שהשפיע רבות על גישתו של בית המשפט הישראלי לפיקוח על פורנוגרפיה. לפני שאדון במעמדה החוקתי של הפורנוגרפיה במשפט האמריקני, ראוי להזכיר את נקודת המבט הייחודית שממנה בוחנים

121 (Eng.) (1978) c. 37.

122 ראו *R. v. Graham-Kerr*, [1988] 1 WLR 1098, (1989) Cr. App. R. 302 (Eng.) פסק דינו של השופט *Stocker*; *R. v. Stamford*, [1972] 2 Q.B. 391 (Eng.).

123 סעיף 84 ל-*Criminal Justice and Public Order Act*, לעיל ה"ש 113.

124 ראו למשל סקירה השוואתית של דין מדינתי המתייחסת לסוגיה ספציפית של הגבלות על פורנוגרפיה, "Revenge Porn" – הפצה של תמונות או סרטונים פורנוגרפיים שצולמו בדרך כלל על ידי בני זוג ומופצים למטרות נקמה או סחיטה: *State "Revenge Porn" Legislation*, N.C.S.L., available at <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/state-revenge-porn-legislation.aspx> (last viewed on 14.05.2014).

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

המחוקק והשופטת האמריקנים את הסוגיה: חופש הביטוי, המעוגן (באופן סמלי) כתיקון הראשון לחוקה האמריקנית,<sup>125</sup> נתפס כזכות חוקתית ייחודית וראשונה במעלה; הוא זוכה לפרשנות מרחיבה בבית המשפט העליון, אולי יותר מכל זכות אחרת; הוא מושא לגאווה למשפטנים אמריקנים, נתפס כזכות המבטאת היסטוריה, ערכים ותרבות אמריקניים, ונחשב לאחד המאפיינים המבחינים את המשפט האמריקני משיטות משפט אחרות.<sup>126</sup> הוראת חוק הדורשת הטלת מגבלות כלשהן על חופש הביטוי נדרשת לעמוד במבחן החוקתי המחמיר של Strict Scrutiny: על הוראת החוק לשרת אינטרס חשוב (Compelling Governmental Interest), להיות מנוסחת באופן המצומצם ביותר שמאפשר הגנה מספקת על אותו אינטרס (Narrowly Tailored), ועליה להיות ה"אמצעי הפוגעני פחות" (Least Restrictive Means) להשגת ההגנה על אותו אינטרס.<sup>127</sup> כאשר משפטנית אמריקנית שואלת מהו המבחן הרלוונטי לזיהוי פרסום תועבה, למעשה היא שואלת מהו המבחן הרלוונטי לזיהוי פרסום כה קיצוני עד שלא ניתן להגן עליו גם בשם עקרון העל של חופש הביטוי.

אזכור ראשון למושג התועבה בחקיקה אמריקנית פדרלית מופיע בחוק משנת 1873, שזכה לכינוי The Comstock Act<sup>128</sup> ואסר על קנייה, מכירה, הצגה ופרסום של חומר תועבה באמצעות הדואר. החוק לא סיפק הגדרה למונח, ובפסק דין שניתן כ-20 שנה מאוחר יותר קבע בית המשפט העליון כי הלכת היקלין האנגלית היא המבחן הרלוונטי לזיהוי פרסום תועבה.<sup>129</sup> הגדרת התועבה נותרה ללא שינוי במשך כ-80 שנה, עד שבשנת 1957 קבע השופט ברנן (Brennan) בפסק הדין המכונן Roth v. United States<sup>130</sup> כי הלכת היקלין איננה חוקתית, וכי המבחן לזיהוי חומר תועבה הוא אם אדם ממוצע, המיישם סטנדרטיים קהילתיים בני זמנו, ימצא כי היצירה בכללותה נועדה לעורר "תאוות בשרים טמאה".<sup>131</sup> בדומה לשינוי שעתיד לחול במשפט האנגלי שנתיים מאוחר יותר, הלכת רות'

U.S. Const. amend. I 125

Robert A. Sedler, *An Essay on Freedom of Speech: the United States versus the Rest of the World*, 2006 MICH. ST. L. REV. 377 126

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 הדין בפסק הדין Strict Scrutiny נמצאת בפסק הדין 127 (1973). לדיון אקדמי ביקורתי במבחן ה-Straight Scrutiny, המתמקד בבחינה אמפירית של סיכוייה (הקלושים) של הוראת חוק לעמוד בו, ראו Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006).

17 Stat. 598 (1873) 128

Rosen v. United States, 161 U.S. 29 (1896) 129

Roth v. United States, 354 US 476, 489 (1957) (להלן: עניין Roth). 130

131 "The standard for judging obscenity, adequate to withstand the charge of constitutional infirmity, is whether, to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material, taken as a whole, appeals to prurient interest?"

מרככת את הלכת היקלין הנוקשה באמצעות מבחן הדורש להתחשב ביצירה בכללותה; ואולם, אלמנט נוסף של הלכת רות' יצר את ראשיתו של הפיצול בין הדין האנגלי לאמריקני ביחס לפרסומי תועבה: הדרישה להתחשב בסטנדרטים קהילתיים, שעתידה להפוך ליסוד חשוב ומרכזי ברגולציה על פורנוגרפיה בארצות הברית.

בשנת 1973 פרסם בית המשפט העליון האמריקני את הכרעתו בפרשת מילר (Miller),<sup>132</sup> המשמשת כפסק הדין המנחה לזיהוי פרסום תועבה גם כיום. בפסק הדין נדון עניינו של אדם שעסק בהפצת סרטים וספרים פורנוגרפיים, והורשע בהפצת תועבה על ידי בית משפט בקליפורניה בשל שליחת עלוני פרסומת שכללו תכנים מיניים. בית המשפט לערעורים של קליפורניה סירב לבקשתו לערעור, ומילר פנה לבית המשפט העליון בטענה חוקתית שלפיה הפצת חומרים פורנוגרפיים מוגנת על ידי חופש הביטוי, והגבלתה איננה חוקתית. השופט ברגר (Burger) קבע בדעת רוב כי חופש הביטוי אינו מגן על פרסומי תועבה, והתווה את המבחן המשולש לסיווג פרסום כחומר תועבה: יש לבחון אם אדם ממוצע המיישם סטנדרטים קהילתיים ימצא כי היצירה בכללותה נועדה לעורר תאוות בשרים טמאה (מבחן רות'); אם היצירה מציגה יחסי מין באופן בוטה (לפי הסטנדרטים של הדין המדינתי); אם היצירה בכללותה היא נטולת כל ערך ספרותי, אמנותי, פוליטי או מדעי.<sup>133</sup> המסקנה בנוגע למעמדה החוקי של פורנוגרפיה לאחר הלכת מילר היא כי פורנוגרפיה, באופן עקרוני, מוגנת במסגרת חופש הביטוי כל עוד אין מדובר בפרסום תועבה. יתרה מכך, כיוון שהאיסור הפלילי הפדרלי מתייחס אך ורק להפצת חומר תועבה, הרי שהחזקה של חומר תועבה שלא למטרת הפצה מוגנת במסגרת הזכות לפרטיות ולא ניתנת להגבילה בחקיקה.<sup>134</sup>

בעוד המשפט האמריקני מכיר בתחולתו העקרונית של חופש הביטוי על פרסומים פורנוגרפיים סטנדרטיים, מתנה את הגבלתם באי-התאמה לסטנדרט הקהילתי ואינו מתעניין בעצם צריכתם כל עוד הדבר נעשה בפרטיות, בנוגע לפורנוגרפיית קטינים יחסו שונה לחלוטין. בפרשת פרבר (Ferber) קבע בית המשפט כי פרסום והפצה של פורנוגרפיית קטינים איננה זכאית להגנת חופש הביטוי גם כאשר הפרסום אינו מהווה

132 Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973) (להלן: עניין Miller).

133 וראו שם, בפסק דינו של השופט Burger, בשפת המקור: "The basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether 'the average person, applying contemporary community standards' would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest [... ] (b) Whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value"

134 וכל זאת כל עוד אין מדובר בפורנוגרפיית קטינים, שתידון להלן; וראו Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969), דבריו הנחרצים של השופט Marshall: "As we have said, the States retain broad power to regulate obscenity; that power simply does not extend to mere possession by the individual in the privacy of his own home"

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

חומר תועבה לפי מבחני מילר,<sup>135</sup> ובפרשת אוסבורן (*Osborne*) נפסק כי הוראות חוק האוסרות על החזקת פורנוגרפיית קטינים אינן בלתי חוקתיות.<sup>136</sup> המחוקק האמריקני משקיע מאמצים רבים בניסיון למנוע את הפקתה והפצתה של פורנוגרפיית קטינים, ויוצרי פרסומים פורנוגרפיים נדרשים לשמור תיעוד של זהות המשתתפים בפרסום כדי לאפשר פיקוח על השתתפות קטינים בתעשייה.<sup>137</sup> סוגיה נוספת הקשורה להגבלות על פורנוגרפיית קטינים ממחישה היטב את נפקותה של הכרה בחופש הביטוי כעקרון-על במשפט האמריקני: בעוד המשפט האנגלי והמשפט הישראלי לא התקשו לקבל הוראת חוק הקובעת כי גם חומר פורנוגרפי הכולל דמות קטין שנוצרה במחשב נחשבת פורנוגרפיית קטינים,<sup>138</sup> למחוקק האמריקני נדרשו שני ניסיונות והתדיינויות משפטיות רבות לאורך כמעט 20 שנה כדי להעביר הוראת חוק דומה שתעמוד בביקורת חוקתית. ניסיון ראשון נעשה בשנת 1999,<sup>139</sup> אך נפסל בבית המשפט העליון עקב פגיעה בחופש הביטוי; בית המשפט הצביע על כך שפורנוגרפיה הכוללת דמות קטין ממוחשבת איננה אסורה לכשעצמה על פי מבחן פרבר (שכן אף קטין לא נפגע במישרין כתוצאה של יצירת הפרסום) או על פי מבחני מילר (כל עוד איננה כוללת תועבה).<sup>140</sup> ניסיון שני נעשה בשנת 2003, וכלל הגדרה מצומצמת יותר: רק פורנוגרפיה הכוללת דמות קטין ממוחשבת ועומדת בדרישות מבחני מילר תיחשב פורנוגרפיית קטינים.<sup>141</sup> בשנת 2007 עמד החוק לביקורת חוקתית בבית המשפט לערעורים, שקבע כי איננו חוקי משום שהוראותיו עומות וכוללניות מדי.<sup>142</sup> החלטה זו נהפכה שנה מאוחר יותר בבית המשפט העליון, שאישר את חוקתיות החוק.<sup>143</sup>

התחשבות בסטנדרט המוסרי הקהילתי היא עיקרון מרכזי בפסיקה אמריקנית מודרנית, הנוכח הן במבחן רות' והן בשניים מתוך שלושת מבחני מילר. מחויבותו של המשפט האמריקני לאכיפת הסטנדרט המוסרי הקהילתי ניתנת להבנה לאור המתח הפדרלי-מדינתי

135 New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).

136 Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990).

137 החובה הפגיעה לראשונה ב-18 Child Protection and Obscenity Enforcement Act, U.S.C. § 2257 (1988). בגרסתו המקורית של החוק: אי-ציות להוראותיו יצר חזקה הניתנת לסתירה שבהכנת הפרסום השתתפו גם קטינים, אך בפסק הדין American Library Association v.

Thornburgh, 713 F. Supp. 469 (D.D.C. 1989) נקבע כי הוראת חוק כזו איננה חוקתית.

138 לדין האנגלי ראו סעיף 84 ל-Criminal Justice and Public Order Act, לעיל ה"ש 113; לדין הישראלי ראו סעיף 214(ב) לחוק העונשין.

139 Child Pornography Prevention Act, 18 U.S.C. § 2252A (Supp. V 1999) (להלן: CPPA).

140 Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002); וראו גם דוגמה לביקורת האקדמיה על חוקתיות ה-CPPA: Sarah Sternberg, *The Child Pornography Prevention Act of 1996 and the*

*First Amendment: Virtual Antitheses*, 69 FORDHAM L. REV. 2783 (2001).

141 PROTECT Act, 18 U.S.C. §§ 1466A, 2252A (2003).

142 United States v. Williams, 444 F.3d 1286 (11th Cir. Fla. 2006).

143 United States v. Williams, 553 U.S. 285 (2008).

המאפיין את המשפט החוקתי האמריקני, וניתן לראות בבירור כי אין מדובר במס שפתיים אלא בעיקרון שבית המשפט לא נרתע מיישמו הלכה למעשה. בשנת 1998, למשל, ביקש המחוקק להעביר את ה־COPA) Child Online Protection Act), הוראת חוק המחייבת אתרי אינטרנט המכילים תכנים שאינם מתאימים לילדים, לאמץ אמצעי הגנה משמעותיים מפני גישת ילדים.<sup>144</sup> כאשר עמד החוק לבחינה חוקתית בבית המשפט לערעורים נקבע כי הוא איננו חוקתי: אמנם לשון החוק ציינה כי יש להתחשב בסטנדרטים קהילתיים בהגדרת תוכן שאיננו מתאים לילדים, היות שבאותה תקופה טכנולוגיה המאפשרת לסנן אתרים בהתאם לאיזור הגאוגרפי שממנו גולש המשתמש לא הייתה נפוצה, אך בפועל ייאלץ מפעיל האתר לאכוף על גולשים מכל המדינות את הסטנדרט של המדינה המחמירה ביותר, ובכך תיגרם פגיעה רחבה מדי בחופש הביטוי.<sup>145</sup>

לאור מרכזיותו של הסטנדרט הקהילתי בדין האמריקני, אזכורן השכיח של הלכת רות' והלכת מילר בפסיקה ישראלית כמקור רלוונטי ומשפיע מעלה שאלות: האם גם השופט הישראלי מחויב להתחשב בסטנדרטים קהילתיים בסיווג פרסום כחומר תועבה? מה עוצמתו של שיקול זה? עיון בפסיקה ישראלית קודמת להלכת מילר רומז שהתשובה שלילית, וכי על השופט להתחשב לכל היותר ב"השקפות נאורות הרווחות בחברה של ימינו"<sup>146</sup> (להוציא השקפות "בלתי נאורות" הרווחות בחלקים מסוימים של החברה). האם זהו המצב גם בעידן שלאחר הלכת מילר? היות שהחברה הישראלית מחולקת לקהילות בעלות סטנדרטים מוסריים שונים בתכלית, הרי ששופט ישראלי המבקש להחיל סטנדרט קהילתי להגדרת התועבה ייאלץ לבחור, אם נאמץ את קו מחשבתו של בית המשפט לערעורים בפרשת COPA, בדרך פעולה אחת משתיים: או שיתחום גאוגרפית את תחולת פסק הדין שעתיד לצאת מתחת ידו (קרי הפצתו של אותו סרט פורנוגרפי תהיה חוקית בגבעתיים ועבירה פלילית בבני ברק), או שיחיל על החברה הישראלית כולה את הסטנדרט המוסרי של הקהילה המחמירה ביותר. כיוון שבית המשפט בישראל לא בחר

144 47 U.S.C § 231 (1998) (להלן: COPA).

145 American Civil Liberties Union v. Reno, 217 F.3d 162 (3d Cir. Pa. 2000). בשנת 2002 ביטל בית המשפט העליון את פסיקת בית המשפט לערעורים והחזיר אותה לדין נוסף (Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U.S. 564 (2002)). בשנת 2003 קבע בית המשפט לערעורים בשנית כי תחולתו הגורפת של החוק פוגעת באופן נרחב מדי בחופש הביטוי ועל כן איננה חוקתית (American Civil Liberties Union v. Ashcroft, 322 F.3d 240 (3d Cir. Pa. 2003)). בשנת 2004 שוב נדונו סעיפי החוק בבית המשפט העליון, שקבע כי עקב ההתפתחויות הטכנולוגיות שהתרחשו לאורך שנות הדיון בסוגיה, ועקב החשש מ"אפקט מצנן" כתוצאה של יישום הוראות החוק, יש מקום לדין מחודש בערכאה נמוכה יותר, שיתחשב גם בהתפתחויות הטכנולוגיות בתחום סינון אתרים (Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 542 U.S. 656 (2004)). בשנת 2007 קבע בית המשפט לערעורים, באופן סופי, כי החוק עומד בסתירה לתיקון הראשון והתיקון החמישי לחוקה ועל כן איננו חוקתי (American Civil Liberties Union v. Gonzalez, 478 F. Supp. 2d 775 (E.D. Pa. 2007)).

146 עניין עומר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 411.

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

באף אחת משתי דרכים אלה, ניתן לומר כי המשפט הישראלי איננו מיישם סטנדרטים קהילתיים (או לכל הפחות מכיר בכך שקיימים קריטריונים חשובים יותר לזיהוי תועבה).<sup>147</sup> אין פירוש הדבר שהמשפט הישראלי לא למד דבר מהדיון בסוגיה במשפט האמריקני; אימוצו של מבחן ה"יצירה בכללותה" והעובדה שלדיון באיסורי התועבה בישראל נוסף ממד חוקתי משמעותי (במיוחד לאחר קבלת חוקי היסוד) מבטאות שתיהן השפעה חזקה ממורשת המשפט האמריקני.

### 3. המשפט הקנדי

לאחר שתיארתי את ציר הזמן להתפתחות איסורי התועבה בשיטות המשפט שהן מקור ההשפעה העיקרי על הדיון במעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה במשפט הישראלי, אשלים את הדיון במשפט המשווה בהצגת ההסדרים הקיימים בנושא במשפט הקנדי, שיטת משפט נוספת שינקה גם היא ממקורות דומים. אף על פי ששיטת משפט זו לא הותירה חותם מהותי על הדין בישראל בנושא זה, הפניית המבט לעברה תתרום לדיון על ידי הצגת מסלול שונה שבו עשוי היה הדין הישראלי להתפתח.

האיסור על הפצה ופרסום תועבה מופיע בסעיף 163 לקודקס הפלילי הקנדי,<sup>148</sup> והגדרת המונח "תועבה" בסעיף, המחליפה הגדרה קודמת המבוססת על הלכת היקליין,<sup>149</sup> מזהה פרסום תועבה כפרסום אשר מאפיין עיקרי שלו הוא הצגת יחסי מין הכוללים ניצול, איום, אכזריות, אלימות או ביצוע פשע.<sup>150</sup> סעיף 163 כולל התייחסות לחריג של ערך חברתי פודה<sup>151</sup> וכן לתפיסה שלפיה מניעיו של מפרסם התועבה אינם רלוונטיים לעבירה.<sup>152</sup> ההסדר החוקי בנוגע לפורנוגרפיית קטינים מופיע בסעיף 163.1: הסעיף אוסר הן על הפצה של חומרים אלה והן על החזקתם לצפייה עצמית<sup>153</sup> וחל גם על דמות קטין שנוצרה במחשב.<sup>154</sup> הוראת חוק מעניינת המלמדת על נקודת המבט הייחודית של המשפט הקנדי על תופעת הפורנוגרפיה נמצאת בסעיף ההגנות: לא ניתן יהיה להרשיע אדם בעבירת הפצה או החזקה של פורנוגרפיית קטינים כאשר הפרסום המדובר אינו יוצר

147 לדיון בשאלת אימוץ הסטנדרט הקהילתי במשפט הישראלי ראו גם מאמרם של קרניאל וויסמונסקי, לעיל ה"ש 28.

148 Criminal Code of Canada, R.S.C. 1985, c. C-46 (להלן: הקודקס הפלילי הקנדי).

149 Parliamentary Info. & Research Serv., The Evolution of Pornography Law in Canada 32 (Library of Parliament, 2007).

150 שם, בס"ק 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"

151 הקודקס הפלילי הקנדי, לעיל ה"ש 148, בס' 163(3). במשפט הקנדי מכונה החריג "Public Good".

152 שם, בס"ק (5).

153 שם, בס"ק (3) ו-(4).

154 שם, בסעיף 163.1(a).

סיכון שלא לצורך לגרימת נזק לקטינים.<sup>155</sup> על אף שאיסורי התועבה ממוקמים בקודקס הפלילי הקנדי בפרק שעניינו "עבירות העשויות להשחית את המוסר", הגנה זו מרמזת כי לפחות אחד הרציונלים מאחורי איסורי התועבה במשפט הקנדי איננו מוסרני, אלא מתייחס לפוטנציאל הנזק של צפייה בפורנוגרפיה מסוגים מסוימים. יתרה מזאת, מדובר ברציונל חשוב מספיק עד כי אי-התקיימותו של פוטנציאל נזק עשויה לנקות את העברייין מאחריות פלילית.

ראשיתו של רציונל הנזק בדיון על אודות מעמדה של הפורנוגרפיה במשפט הקנדי בפסק הדין המצוטט R. v. Butler,<sup>156</sup> שבו הועמד לדין בעליה של חנות וידיאו שהציעה למכירה סרטי פורנוגרפיה "קשה". בערכאה הראשונה הורשע באטלר בחלק מהעבירות וערער לבית המשפט העליון בטענה שאיסורי התועבה אינם חוקתיים וסותרים את חופש הביטוי. בית המשפט, שהרשיע אותו לבסוף בכל סעיפי כתב האישום, מסר פסק דין מכוון, שעיצב מחדש את נקודת מבטו של המשפט הקנדי על איסורי התועבה. בפסק הדין נקבע כי בהערכת פרסום תועבה על בית המשפט להתחשב בפוטנציאל הנזק שעלול לגרום הפרסום לחברה כשיקול עיקרי; "נזק לחברה" הוא המידה שבה עשוי הפרסום לעודד התנהגות אנטי-חברתית, כגון גרימת נזק פיזי או נפשי לנשים על ידי גברים.<sup>157</sup> השופט סופינקה (Sopinka), בהסכמת כל שופטי ההרכב, התייחס בפסיקתו לשלושה סוגים של פורנוגרפיה: פורנוגרפיה אלימה, פורנוגרפיה לא-אלימה אך מציגה יחסי מין שיש בהם השפלה וניצול, ופורנוגרפיה "סטנדרטית" שאינה כוללת אלימות, השפלה או ניצול. לדברי השופט, ניתן לקבל כ"כלל אצבע" שפורנוגרפיה מהסוג הראשון היא בסבירות גבוהה לגרום נזק, פורנוגרפיה מהסוג השני היא בעלת פוטנציאל נזק מסוים ופורנוגרפיה מהסוג השלישי היא בדרך כלל נטולת פוטנציאל נזק.<sup>158</sup> בית המשפט מודה בכך שטרם ניתן להצביע על קשר מחקרי מובהק בין פורנוגרפיה לבין עבירות מין, אך לדבריו די בכך שחלק גדול מהציבור מאמין כי לסוגים מסוימים של פורנוגרפיה יש פוטנציאל נזק כדי לאפשר הגבלה על פרסומים פורנוגרפיים.<sup>159</sup> בפסק הדין R. v. Sharpe,

155 שם, בסעיף 6(b). ובלשון המקור: "No person shall be convicted of an offence under this section if the act that is alleged to constitute the offence... does not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years"

156 [1992] 1 S.C.R. 452 (Can.) (להלן: פרשת באטלר). בישראל אוזכר פסק הדין בפרשת סטיינר פילם, לעיל ה"ש 18, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט ברק.

157 וראו בפרשת באטלר, לעיל ה"ש 156, בפסק דינו של השופט Sopinka: "The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men"

158 שם.

159 שם.



מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

שניתן כעשור מאוחר יותר, הכיר בית המשפט ברלוונטיות של רציונל פוטנציאל הנזק גם בנוגע לפורנוגרפיית קטינים.<sup>160</sup> שארפ נעצר בשוכו לקנדה, לאחר ששהה באמסטרדם בחברתו של אקטיביסט לזכויות פדופילים. הוא נתפס במכס הקנדי כשברשותו דיסקים ועליהם קובצי טקסט המתארים פורנוגרפיה עם קטינים. חיפוש שנערך עקב כך בדירתו העלה מאגר תמונות פורנוגרפיות של קטינים זכרים, שבחלקן אולצו הקטינים לבצע מעשים מיניים זה בזה. הוא הואשם בהחזקה לא חוקית ובהחזקה במטרה למכור או להפיץ פורנוגרפיית קטינים. שארפ החליט לייצג את עצמו בבית המשפט. טענת ההגנה שלו התבססה בעיקרה על כך שהחיפוש בדירתו וההאשמות נגדו פוגעות בזכותו לחופש הביטוי והיצירה, ושיש לאפשר לו להחזיק חומרים פורנוגרפיים המגרים אותו מינית. לדבריו, כיוון שמשיכתו המינית היא לנערים, יש לאפשר לו, בפרטיותו, להחזיק ולצפות בחומרים מסוג זה.<sup>161</sup> עוד טען שארפ כי צפייה בחומרים כאלה מונעת תקיפה מינית של נערים, כיוון שהצופה מגיע לסיפוק מצפייה במעשה ולא מעשייתו. בית

160 [2001] 1 S.C.R. 45 (Can.)

161 טענה דומה הועלתה בישראל בשנת 2006 בפרשת מיל. מיל נעצר על ידי משטרת ישראל בעקבות חקירה של ה-FBI לגבי צרכני פורנוגרפיית קטינים ברשת שהובילה אליו. בחיפוש בדירתו נמצאו מעל 20 קבצי מחשב המכילים סרטונים ומעל 70 קבצי מחשב המכילים תמונות של פורנוגרפיית קטינים. מיל הואשם על פי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין – החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין. כמו שארפ גם מיל טען לפגיעה בפרטיותו, כנגדה קבע בית המשפט כי "הצורך הפרטי של האזרח בהחזקת פרסומים אלו, הוא המניע את גלגלי הפעילות הסובבת את ייצורם והפצתם של אותם חומרי תועבה". בית המשפט דחה מכל וכל את טענותיו לגבי פגיעה בזכויותיו כיוון שהפגיעה היא מידתית ולתכלית ראויה ועומדת בתנאי פיסקת הגבלה וכך אמר: "סנגורו של הנאשם טען בעיקרו של דבר כי הוראת החוק הרלוונטית פוגעת בזכות מוגנת חוקתית לפרטיות, אלא שמתברר ועולה מהאמור לעיל שזכות זו צריכה וראוי שתיסוג, במידה הראויה, מפני צריכת פרסומים מתועבים, שהם נשוא דיונו, לאמור פרסומים בעלי תוכן פדופילי שהפגיעה הניבטת מהם בקטינים כה קשה ומזיקה, גם אם טמונה בכך הטלת מגבלות החודרות לפרטיות של אדם" וגם: "ראוי לקבוע אפוא כי אל מול הזכויות המוגנות, נשוא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עומדים אותם אינטרסים וזכויות מוגנות של קטינים, לאמור, מניעת הפגיעה בגופם ופרטיותם של קטינים ועל מנת שאינטרסים קריטיים אלו יהיו מוגנים ככל האפשר וככל הניתן, באה אותה הגבלה ספציפית נשוא ס' 214(ב3) לחוק האמורה לסייג את הזכויות המוגנות של הנאשם, בתנאים שנקבעו בסעיף, ושבהם מוחזק חומר פדופילי, שלא על דרך האקראי ושלא בתום לב". טענה נוספת שטען מיל הייתה כי כפי שהחוק אינו מעניש את הלקוח אלא את הזונה – כך גם ראוי שיעשה בעניינו, הוא הלקוח/צרכן והחוק צריך להעניש את היצרנים והמפיצים בלבד. טענה זו נדחתה בשאט נפש על ידי בית המשפט שקבע כי: "אין גם מקום להקיש בענייננו מתופעת הזנות, שבה לא מצא לנכון המחוקק להעמיד לדין את צרכן הזנות ולעניין זה יש לחזור ולהדגיש כי מדובר בענייננו בתכלית נבדלת ושונה של מניעת פגיעה בקטינים חסרי ישע, העוברים התעלות פיזית ונפשית, שאין לה שיעור ונופלים או עלולים להיות קרבן למעשי פדופיליה אלו ולתכלית זו בא ס' 214(ב3) בספר החוקים". ראו: ת"פ (שלום ת"א) 5174/06 מדינת ישראל נ' מיל (פורסם בנבו, 27.12.2006).

המשפט קבע כי אכן הייתה פגיעה בחופש הביטוי, אך היא שקולה, מידתית ומאוזנת כנגד השיקול והמטרה של הצלת ילדים מניצול מיני ומהנזק העלול להיגרם להם.<sup>162</sup>

### ג. דיון בדין המצוי: פורנוגרפיה כאיום על מוסר החברה

#### 1. האם מאחורי איסורי התועבה בישראל עומד רציונל מוסרני?

במאמר זה, כאשר אשתמש במונח "רציונל מוסרני" לתיאור עבירה, כוונתי לכך שבהכללתה של העבירה בתוך דיני העונשין מבקש המחוקק להגן על מוסר החברה. לכאורה רציונל זה אינו מלמד אותנו הרבה, שכן ערכים שונים ואף מנוגדים עשויים להיתפס כמוסר החברה – מהגנה על מוסד המשפחה ועד להגנה על מעמד האישה, מקידום זכויות האדם ועד קידוש שם שמים. ואולם, הגדרת הרציונל של עבירה כמוסרני מלמד אותנו לכל הפחות כי השפעתו הצפויה של המעשה או המחדל על אמונתם והשקפת עולמם של הפרטים בחברה או על צביונה היא תנאי הכרחי ומספיק להפלתו, גם בהיעדר השלכות צפויות נוספות. אין פירוש הדבר שהשלכות נוספות אינן רלוונטיות. הרציונל המוסרני בנוי כמגבלה דאונטולוגית מתונה; אף על פי שהוא עשוי להתחשב בתוצאותיה השליליות של פעולה, יכול הוא לאסור על פעולה גם בהיעדר תוצאות שליליות.<sup>163</sup> אם מאחורי האיסור על פרסום תועבה והצגתה עומד רציונל מוסרני, ניתן לחלוק על הרכב הערכים הנכללים באותו מוסר חברתי שעליו מבקש להגן המחוקק; עם זאת, אין מחלוקת שדי בכך שפרסום יתאר התנהגות המסכנת את אותם ערכים כדי לסווגו כפרסום תועבה, וההשלכות הנוספות של חשיפה לאותו פרסום (כגון עליית הסיכון לביצוע עבירות מין) הן לכל היותר שיקולים מסדר שני.<sup>164</sup>

162 בנוסף מצא בית המשפט כי יש מקום להרחיב את המונח "אדם" ופירושוהו כאדם בשר ודם וגם כדמותו של אדם (למשל בסרטוני אנימציה יפנית, מאגנה, המראים מעשים מיניים אלימים ו/או עם קטינים. סרטונים אלו אינם חוקיים בארצות הברית וביפן). [2001] 1 S.C.R. 45 (Can.).

163 אף על פי שהצגה דאונטולוגית של הרציונל המוסרני היא אינטואיטיבית יותר, מובן כי אם נבחר להגדיר "נזק מוסרי" בתור תוצאה הניתנת למדידה וכימות, נוכל לתאר רציונל מוסרני גם כצורה מורכבת של תוצאתנות; על אודות מאפייניה של מגבלה דאונטולוגית ראו, SHELLY KAGAN, NORMATIVE ETHICS 70–105 (1998).

164 היות שבמשפט הישראלי השופט שנודמן לדון במקרה הוא שיקבע אילו ערכים נכללים במוסר החברתי, ייתכן כי יקום שופט ויגדיר כהלכה מחייבת שמשמעותה הבלעדית של "השחתת הרוח והמוסר" לעניין העבירה היא העלאת הסיכון לאלימות מינית מצד הצרכנים. ממבט ראשון נראה כי אין הבדל בין הגדרה מוסרנית כזו לבין הגדרה מבוססת נזק כגון "פרסום תועבה הוא פרסום אשר עלול לעודד אלימות מינית מצד הצרכן" – שתיהן מעוניינות, לכאורה, ב"שורה התחתונה" – אם ובאיזו מידה מעלה הפרסום את הסיכון לאלימות מינית – ולא ביתר עולמו הערכי של הנאשם; ובכל זאת קיים פער בין שתי ההגדרות, שאותו ניתן להמחיש באמצעות הטענות שיכול הנאשם לטעון להגנתו בכל אחד מהמקרים: לפי הניסוח השני יטען הנאשם "החומר שפורסם אינו מעודד אלימות

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

הגם שסעיף 214 לחוק העונשין אינו מכריז במפורש על הרציונל שמאחוריו, אין איש חולק כי מאחורי רוב הוראותיו אכן נמצא רציונל מוסרי. מקורם של איסורי התועבה בחוק ויקטוריאני שהרציונל המוסרי מאחוריו מעוגן בהלכה אנגלית בת 150 שנה.<sup>165</sup>

מינית, וגם אם מעודד, הרי שבנסיבות המקרה יש להתחשב בגורמים נוספים להגדרת תועבה; לפי הניסוח הראשון יוכל הנאשם לטעון להגנתו, "החומר שפורסם אינו מעודד אלימות מינית, וגם אם מעודד, הרי שבנסיבות המקרה יש להתחשב בגורמים נוספים להגדרת 'השחתת הרוח והמוסר', ואם אין להתחשב בגורמים נוספים להגדרת 'השחתת הרוח והמוסר', הרי שבנסיבות המקרה יש להתחשב בגורמים נוספים להגדרת תועבה".

165 מקור הסעיף בדין הישראלי הוא בפקודת החוק הפלילי, לעיל ה"ש 13, פקודה זו מקורה בקוד הפלילי של קווינסלנד, שנוסח למושבות אנגליה ובהן גם קפריסין. תרגומה של הפקודה הישראלית נעשה מן הנוסח הקפריסאי. בפקודת החוק הפלילי עוגן האיסור על פרסום דברי תועבה בסעיף 179 שלשנו:

179. כל אדם —

- (א) המוכר, או המחזיק ברשותו לשם מכירה, השכרה או הפצה, או המדפיס או מעתיק באופן אחד לשם מכירה, השכרה או הפצה כל חמד תועבה בין בדפוס או בכתב, או כל תמונת תועבה, צלום, שרטוט, או דוגמא או כל חפץ אחד העשוי לגרום להשחתת המוסר או
- (ב) המציג לראווה או מפיץ לשם הצגה במקום ציבורי כל תמונה או צלום, או שרטוט או דוגמא מתועבים, או כל חפץ אחר העשוי לגרום להשחתת המוסר או
- (ג) המנהל או משתתף בכל עסק לשם מכירה או פרסום או הצגה של כל חומר תועבה, בדפוס או בכתב, או של כל תמונה, צלום, או שרטוט, או דוגמא מתועבים, או כל חפץ אחר העשוי לגרום להשחתת המוסר! או
- (ד) המפרסם במודעה או מודיע ברבים באיזה אופן שהוא כי פלוני מתעסק במכירה, בהדפסה, בהעתקה, בהצגה, או בהפצה של כל דבר תועבה או חומר תועבה כזה, או שיש להשיג חומר תועבה או דבר תועבה כזה, ישירות או בעקיפין, מאיזה אדם, יאשם בעוון ויהיה צפוי למאסר שלשה חדשים, או למאה פונט קנס או לשני העונשין גם יחד. ראו: פקודת החוק הפלילי, לעיל ה"ש 13.

בשנת 1977 עם קבלת חוק העונשין (קבלה ולא חקיקה, כיוון שהחוק אינו פרי יצירה מקורית אלא עבודת עריכה של ועדת חוק ומשפט שמעולם לא נחקקה בכנסת ישראל, ולכן אין בנמצא דברי הסבר לחוק המקורי) עוגן בו סעיף 214 בנוסחו כדלקמן:

- (א) העושה אחת מאלה, דינו מאסר שלוש שנים:
  - (1) מוכר חומר תועבה, או מחזיקו, מדפיסו או מעתיקו לשם מכירה, השכרה או הפצה;
  - (2) מציג חומר תועבה לראווה או מפיצו לשם הצגה במקום ציבורי;
  - (3) מנהל עסק למכירה, לפרסום או להצגה של חומר תועבה, או משתתף בו;
  - (4) מפרסם במודעה, או מודיע ברגים בכל דרך אחרת, שפלוני עוסק במכירה, בהדפסה, בהעתקה, בהצגה או בהפצה של חומר תועבה, או שניתן להשיג חומר תועבה אצל פלוני במישרין או בעקיפין.
- (ב) אין הברל, לענין סעיף זה, אם חומר התועבה הוא דבר שבדפוס או שבכתב, או תמונה, תצלום, שרטוט, דגם או כל חפץ אחר העשוי לגרום להשחתת המוסר.

הרציונל המוסרני קיים באופן מובנה במילה שאותה בחר מתרגם הפקודה המנדטורית כתרגום למונח האנגלי Obscenity. מקור המילה "תועבה" בעברית המקראית, שם פירושה התנהגות אשר אורחות חייה של החברה אינן מסוגלות לשאת,<sup>166</sup> וגם בעברית בת זמננו לא ניתן להשתמש במילה "תועבה" באופן נטול שיפוט מוסרי וערכי. בפסיקת בית המשפט בישראל ביחס לסעיף 214 שב ועולה מקומו המרכזי של מוסר החברה בכל פעם שהמונח "תועבה" מופיע בדיון המשפטי; כפי שתואר לעיל, בית המשפט מזהה את התועבה כחומר שמטרתו "להשחית את הרוח ואת המוסר" או לעורר "תאוות בשרים טמאה".<sup>167</sup> המשפט הישראלי איננו יוצא דופן בעניין זה. בפרק הקודם הוצג מקומו המרכזי של מוסר החברה באופן שבו מתפרשים איסורי התועבה במשפט האנגלי והאמריקני, וניתן לזהות רציונלים דומים גם בשיטות המשפט נוספות המושפעות מהמשפט המקובל, כגון המשפט האירי, האוסטרלי וההודי.<sup>168</sup>

חריג לנוכחותו הבלעדית של הרציונל המוסרני בעבירות התועבה הוא הרציונל שמאחורי הוראות החוק הנוגעות לפורנוגרפיית קטינים. הוראות החוק נוספו לחוק העונשין בתיקון מס' 16952 בעקבות הצטרפותה של ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד,<sup>170</sup> שבמסגרתה התחייבה ישראל "להתאים את חוקיה לאמור באמנה בכל הנוגע להגנה על ילדים מפני כל סוגי האלימות, ההתעללות, ההזנחה או הניצול, בין היתר מפני התעללות מינית בהם במסגרת המשפחה [...] ולנקוט את כל האמצעים המתאימים כדי למנוע מהם

להרחבה על מקורות פקודת החוק הפלילי ראו: יורם שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי 1936" עיוני משפט ז' 75 (1979). להרחבה על חוק העונשין ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א' 16, והערות השוליים שם (מהדורה שלישית, 2014).

166 התועבה המקראית מופיעה לרוב כצירוף סמיכות, תועבתו של פלוני. תועבה עשויה להתייחס למעשים פסולים *per se* (ראו למשל דברים כה 15–16: "כי תעבת ה' אלהיך כל עשה אלה, כל עשה עָלְךְ"; משלי יא' 1: "מאזני מרמה תועבת ה', ואבן שלמה רצונו"), אך מופיעה גם בהתייחס לתופעות הפסולות רק בחברה או בתרבות מסוימת, למשל בנוגע לקדושת הצאן בעיני המצרים והאיסור לרעות צאן על אדמת מצרים או להקריבו כקרבן (בראשית מו' 33: "כי תועבת מצרים כל רועה צאן"; שמות ח' 22: "הן נובח את תועבת מצרים לעיניהם ולא יסקלנו").

167 על אודות טענה שלפיה דאגתו של בית המשפט בישראל למוסר החברתי איננה דאגה למוסר גופא אלא לפגיעה ברגשות הציבור הנלווית לפגיעה במוסר ראו דיון בפרק ד' למאמר.

168 לדיון ברציונל מאחורי הוראות החוק בדין האוסטרלי והאירי ראו Shawna Coxon, *The Regulation of Fantasy in Child Pornography Legislation: A Comparative Analysis of Canada and Ireland in Relation to Other First World Countries*, 8 U. C. DUBLIN L. REV. 105, 112–115 (2008) (להלן: קוקסון); ובדין ההודי ראו Vallishree Chandra & Gayathri Ramachandran, *The Right to Pornography in India: An Analysis in Light of Individual Liberty and Public Morality*, 4 NUJS L. REV. 323 (2011).

169 לעיל ה"ש 5.

170 Convention on the Rights of the Child, 44 U.N. GAOR, Supp. No. 49, U.N. Doc. A/44/49, (Sept. 2, 1990), at 167.

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

להיות מעורבים בכל פעילות מינית אסורה.<sup>171</sup> עיקר דאגתו של המחוקק נתונה לילדים המופיעים באותם פרסומים ולניסיון למנוע את הפקתם של סרטים מסוג זה ולא לפגיעה במוסר החברה. ואולם, העובדה שגם פרסומים הכוללים דמות קטין שנוצרה במחשב נאסרו בחוק הישראלי (ובשיטות משפט נוספות, כפי שתואר) מעידה שהמחוקק איננו מוטרד רק מהאפשרות של פגיעה בילדים בתהליך ההפקה (שכן כאשר מדובר בדמות קטין ממוחשבת לא נפגע כל קטין), ושמהאחורי האיסור על פורנוגרפיית קטינים עומדים רציונלים נוספים. אחד מהם הוא הדאגה למוסר החברה (בהנחה הסבירה שאנו מכלילים כל ביטוי פורנוגרפי הכולל דמות קטין בגדר "תועבה"), אך אין לפסול את האפשרות שהמחוקק מוטרד גם מהשפעתה השלילית של צפייה בחומרים אלו על הסבירות לביצוע עבירות מין בילדים על ידי הצרכן (אם כי מלשון החוק ודאי אין מדובר בתנאי הכרחי להפלת ההחזקה בהם). גם בעניין זה המשפט הישראלי איננו יוצא דופן; בשיטות משפט רבות שבהן קיים רציונל מוסרי מובהק מאחורי איסורי התועבה, ניתן לזהות גם רציונלים מבוססי נזק כאשר מדובר בפורנוגרפיית קטינים.<sup>172</sup>

## 2. הבעייתיות שבניסוח עבירות התועבה כעבירות מוסר

כאמור, החלטת המחוקק לכלול בחוק העונשין איסור על פרסום תועבה והפצתה נועדה להגן על ערכים והשקפות עולם מוסריות הנוהגים בחברה ולשמור על צביונה. כוונה זו עולה מתוך האופן שבו נוסחו הוראות החוק ומהרקע ההיסטורי לחקיקתן, ומערכת המשפט מודעת אליה ומיישמת אותה הלכה למעשה. חוק העונשין אינו מספק הגדרה למונח "תועבה". בהלכה הפסוקה נקבע כי פרסום תועבה הוא פרסום המשחית את הרוח ואת המוסר, ובית המשפט מוסמך להכריע בכל מקרה לגופו בנוגע תוכנו והיקפו של אותו מוסר ולשאלה אם יש או אין בפרסום כדי להשחיתו. היות שטרם התגבשו במשפט הישראלי מבחנים וקריטריונים מחייבים להכרעה בשאלות אלה, שיקול דעתו של השופט הוא כמעט בלתי מוגבל. תואר לעיל כיצד מצב זה הוא תוצאת השתלתן של הוראות חוק והלכה פסוקה מהמשפט האנגלי, שבו הסמכות להכריע בשאלות הנוגעות לזיהוי המוסר החברתי הנוהג וסימון גבולותיו נתונה בידי חבר מושבעים, אל תוך מערכת משפט שבה לא קיים חבר מושבעים. בחלק זה של המאמר אציג את הבעייתיות הנובעת מהאופן שבו התעצבו איסורי התועבה במשפט הישראלי. בחלקו הראשון של הדיון אעסוק בקושי העולה ממהותם המופשטת של איסורי התועבה כעבירות מוסר – הדיסוננס הנוצר מכך

171 ראו דברי ההסבר לחוק העונשין (תיקון מס' 52), ה"ח הממשלה התשנ"ז 2639, 465.

172 בפרק הקודם ראינו כיצד נאבק המחוקק האמריקני בהפקתם של סרטים אלה על ידי הטלת חובת תיעוד זהות וגיל המשתתפים על מפיקי הסרטים הפורנוגרפיים. מאמרה של קוקסון, לעיל ה"ש 168, מתאר יחס דומה בין הרציונלים לאיסורי התועבה הכלליים ולאיסור על פורנוגרפיית קטינים גם בשיטות המשפט של אירלנד, אוסטרליה וניו זילנד: שם, בעמ' 112–119.

ששיטת משפט ליברלית בוחרת לנסח הוראות חוק מתוך כוונה לאכוף מוסר נוהג; בחלק השני אתיחס לקשיים הנובעים מתוכנם של איסורי התועבה – אותן השפעות שליליות הנובעות לא מעצם העובדה ששיטת משפט ליברלית מבקשת לאכוף מוסר נוהג, אלא מהאופן שבו בחרה לעשות זאת שיטת המשפט הישראלית: ניסוח העבירה באופן עמום ומעורפל והותרת שיקול דעת נרחב לשופט להכרעה בשאלות מוסריות.

#### (א) הקושי במישור הרעיוני

אכיפת מוסר בשיטת משפט ליברלית: שיטת המשפט הישראלית מושתתת על ערכי הליברליזם. כך התעצבה עוד מראשית ימיה. כללי משפט שנשאבו מהמשפט האנגלי, המשפט האמריקני והמשפט הקונטיננטלי שלפני מלחמת העולם השנייה ואחריה הטמיעו במשפט הישראלי נקודת מבט הרואה בפרט גורם אוטונומי עליון, הנהנה מאגד זכויות המוקנות לו מעצם היותו אדם. לפרט מותר לבצע כל פעולה שאיננה אסורה לפי חוק, למדינה אסור לבצע כל פעולה ללא הסמכה בחוק, ותכליתם הכללית של חוקי המדינה היא קידום זכויות הפרט והגנה עליהן.<sup>173</sup> על פי התפיסה הליברלית המסורתית, כפי שהיא מתבטאת בהגותו של הפילוסוף ג'ון סטוארט מיל, הגבלה של זכויות הפרט אפשרית רק כאשר מטרתן למנוע פגיעה בזכויותיהם של פרטים אחרים.<sup>174</sup> המדינה אינה מתעניינת בעולמו הערכי של הפרט, ולא תנקוט פטרנליזם "חזק" שמטרתו לאכוף על הפרט סטנדרט מוסרי ראוי בעיניה.<sup>175</sup> אם כן, כיצד מוצאת את מקומה הוראת חוק שעיקרה אכיפת סטנדרט מוסרי על הפרט בדין הפלילי של שיטת משפט ליברלית, אשר איננה מתעניינת במעשיו של הפרט כל עוד אינם מזיקים לאחר או לחברה (ובוודאי לא בעולמו הערכי של הפרט)? השאלה היא נגזרת של מחלוקת קלסית בין שתי גישות, המיוצגות במאה האחרונה בכתיבתם של השופט האנגלי לורד דבלין והפילוסוף האנגלי הל"א הארט, על אודות סמכותה של המדינה הליברלית לאכוף על אזרחיה סטנדרט

173 על אודות השפעתן של שיטות משפט זרות על התעצבות המשפט הישראלי כשיטת משפט ליברלית ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 122–127 (1993) (להלן: מאוטנר); פנינה להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז 475 (1992); פנינה עוז-זלצברגר ועלי זלצברגר "המסורת הגרמנית ובית המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (1998).

174 במסה הקלסית של מיל (1991) JOHN STUART MILL, ON LIBERTY.

175 "פטרנליזם חזק" הוא גישה שלפיה יש למדינה סמכות (ואף חובה) להגן על הפרט מפני החלטות שהתקבלו מתוך תפיסות עולם הנתפסות בעיניה כשגויות או לא-ראויות, בניגוד ל"פטרנליזם רך", המבטא גישה שלפיה על המדינה להגן על הפרט מפני החלטות שאינן מבטאות את רצונו האמתי, כגון החלטות המבוססות על טעות בעובדות, על כפייה או עושה. ראו JOEL FEINBERG, HARM TO SELF 3–7, 12 (1986).

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

מוסרי. לא אתיימר להציג ברשימה זו דיון עמוק ומקיף במחלוקת,<sup>176</sup> אך כיוון שסעיף 214 הוא מקרה פרטי של אכיפת מוסר נוהג באמצעות הדין הפלילי, אבקש לבחון אם וכיצד ניתן להצדיק את קיומו בראי עיקרי תורותיהם של דבלין והארט. על פי גישתו של הלורד דבלין, על המדינה מוטלת חובה לאכוף את המוסר החברתי הנוהג משום שאי־אכיפתו מסכנת את הלכידות החברתית.<sup>177</sup> המוסר החברתי מהווה את התשתית המוסכמת שבבסיס החברה, ופגיעה בו עלולה להוביל להתפוררותה. הלגיטימציה הנתונה למדינה לעשות שימוש במשפט הפלילי להגנה על המוסר החברתי איננה שונה מהותית, לדידו, מהלגיטימציה לפעול באמצעות המשפט הפלילי כנגד תנועות חתרניות או גורמים המבקשים לפגוע בממשל. ואולם, המוסר הנוהג איננו זכאי להגנת המשפט הפלילי במלוא היקפו. איזון בין הצורך לשמור על הלכידות החברתית לבין הגנה על חירויות הפרט מעלה כי המחוקק רשאי להטיל איסורים פליליים רק בהיקף המדויק הדרוש להגנה על החברה מפני התפוררות; בהפללתה של התנהגות המנוגדת למוסר החברה יש להתחשב בזירה שבה מתרחשת אותה התנהגות (אם בצנעה או בפרהסיה) ולעוצמת הסתירה בין ההתנהגות לבין המוסר החברתי. הלורד דבלין, לו עיין בחוק העונשין הישראלי, לא היה מתקשה להבין מדוע ראה המחוקק לנכון למנוע הפצת פרסומים שבכוחם "להשחית את הרוח ואת המוסר", שכן התנשלות המדינה מחובתה להגן על המוסר החברתי הייתה חושפת את החברה הישראלית לסכנת התפוררות. הלורד דבלין היה מהנהגן בהסכמה גם לנוכח ההבחנה שיוצר הסעיף בין איום קל על המוסר החברתי (למשל, צפייה בפורנוגרפיה סטנדרטית ברשות היחיד) לבין איום חמור (למשל, החזקת פורנוגרפיית קטינים). לכאורה סעיף 214 הנו ייצוג מובהק של הגישה שאותה מייצג הלורד דבלין, אך האם החשש מפני התפוררות החברה, שהוא הנחת המוצא לתורתו, אכן רלוונטי לעניין איסורי התועבה בעיני המשפט הישראלי? האם השופטת הישראלית אכן סבורה כי הפצתם של פרסומים פורנוגרפיים המערערים את התפיסות המקובלות בחברה עלולה להוביל להתפוררותה? בפרשת וידאוקסט אמרה השופטת ברמן: "קריטריונים שהיו טובים בתקופות ויקטוריאניות ובחברות פוריטניות אינם יכולים להיות תואמים את הקריטריונים בחברה מתירנית [...]. בשל מהותו של חומר זה, הנתון לתנודות בערכי המוסר של החברות השונות, לא נתן

176 המחלוקת בין דבלין להארט התפתחה בעקבות פרסום דוח הוועדה המלכותית בראשות הלורד וולפנדן (ידועה בשם "ועדת וולפנדן"). הוועדה הוקמה בשנת 1954 והתבקשה לבחון שוב את עבירות ההומוסקסואליות והזנות במשפט הפלילי האנגלי. נקודת המוצא של הוועדה הייתה שהחוק הוא אינו מכשיר לאכיפת נורמות מוסריות, ורבות מהעבירות בתחום המין הנן ביטוי לתפיסות מוסריות ולא הגנה על החברה ויחידיה מפני נזק פוטנציאלי. להרחבה על הוועדה והמחלוקת ראו חיים שיין הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי 99–105 (2008).

177 ראו PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (1963); וכן אמנון רובינשטיין אכיפת מוסר בחברה מתירנית 43–52 (1975) (להלן: רובינשטיין).

המחוקק הגדרה מדויקת<sup>178</sup>. כאמור בפרק א' למאמר, בית המשפט מכיר בכך שערכיה ותפיסותיה של החברה ביחס למין ומיניות הן דבר חי, מתפתח ומשתנה, ולכל שינוי קודמת חשיפה לתפיסות המאתגרות את תפיסותיה הקודמות של החברה; תאוריה המקדשת את הסטנדרט הנוהג ביחס למין ומיניות ורואה בגישות מתחרות סכנה ללכידות החברתית איננה מאפיינת את המשפט הישראלי.

בניגוד לדבלין, הארט סבור כי הגנה על המוסר הנוהג איננה סיבה מוצדקת, לכשעצמה, להטלת איסור פלילי<sup>179</sup>. כממשיך דרכו של מיל, הארט מאמין כי למדינה הליברלית קמה סמכות להגביל את חירויות הפרט של אזרחיה רק כאשר המטרה היא מניעת נזק (להוציא נזק מוסרי טהור). לדברי הארט, ניתן להצדיק הגנה על המוסר החברתי באמצעות הדין הפלילי רק כאשר היא איננה המטרה אלא האמצעי, אם נקבל "כלל אצבע" שלפיו לפעולות המנוגדות למוסר החברתי יש נטייה לגרום נזקים מוחשיים<sup>180</sup>. אילו ניתנה להארט הזדמנות לעצב את איסורי התועבה בחוק העונשין של מדינה ליברלית, נראה שהיה בוחר בניסוח דומה לחוק הקנדי, שהוצג בפרק הקודם: ניתן לאסור על הפצת פרסומים המנוגדים למוסר הנוהג, משום שפרסומים כאלה הם בעלי נטייה לגרימת נזק מוחשי; אך אם ניתן להוכיח כי פרסום מסוג מסוים באופן מסוים אינו צפוי לגרום נזק, אין לאסור על פרסומו גם אם הוא מנוגד למוסר הנוהג. הארט היה מתקשה אפוא לקבל הוראת חוק כגון זו שנוצרה בסעיף 214 ובהלכה הפסוקה, שלפיה היותו של פרסום מנוגד למוסר הנוהג היא תנאי הכרחי ומספיק להגבלת פרסומו, ולנאשם לא עומדת טענת הגנה כדוגמת זו שבחוק הקנדי, שלפיה אין להטיל אחריות פלילית כיוון שהפרסום אינו צפוי לגרום כל נזק. לעומת זאת, נראה כי גישתו של הארט קרובה למדי לגישה שאותה מיישם המשפט הישראלי ברגולציה המנהלית על פורנוגרפיה. בפרק א' תואר כיצד בפסיקה הנוגעת לתכנים מיניים בשידורי רדיו, טלוויזיה ובסרטי קולנוע בית המשפט מאזן בין הפגיעה בחופש הביטוי האמנותי או המסחרי לבין הנזק שגורם הפרסום, ובהקשר המנהלי ניתנת למושג "נזק" פרשנות מרחיבה, הכוללת גם פגיעה ברגשות הציבור כנזק מוחשי המצדיק הגבלות על זכויות הפרט; ואולם, כאשר פרסומת רדיו, תכנית טלוויזיה או סרט קולנוע אינם צפויים לגרום לפגיעה קשה ורצינית ברגשות, בית המשפט אינו רואה בערעור המוסר החברתי הנוהג סיבה מספקת לאסור על הצגתם. לסיכום, ניתן לראות כי אף על פי שמלשון החוק והפסיקה ברור כי מאחורי איסורי התועבה עומד רציונל מוסרני, קשה להצביע על תאוריה קוהרנטית וסדורה שבאמצעותה ניתן להסביר מדוע מוכן המשפט הישראלי, כשיטת משפט ליברלית, להגן על המוסר

178 לעיל ה"ש 19.

179 ראו ה.ל.א. הארט חוק, חירות ומוסר 61–64 (איליה גילדין מתרגם, 1981) (להלן: הארט).

180 אם כי בשונה ממיל, הארט סבור כי מותר למדינה לפעול גם מתוך שיקולים פטרנליסטיים "רכים", לעיל ה"ש 174; וראו הארט, לעיל ה"ש 179, בעמ' 25–50.



מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

החברתי במחיר של הגבלת זכויות הפרט. ניכר כי בית המשפט בישראל איננו מונע מתוך דאגה מפני פגיעתן הרעה של תפיסות עולם מתירניות בלכידות החברה, אך גם איננו מיישם מדיניות שמתייגבת לחלוטין עם ראיית פרסומים הפוגעים במוסר כבעלי נטייה לגרום נזק שאיננו מוסרי (לפחות בכל הנוגע למשפט הפלילי). ייתכן שניתן להציג את גישתו של המשפט הישראלי להגבלות על פורנוגרפיה כווריאציה על תורתו של הארט: כאשר פרסום פורנוגרפי "משחית את הרוח ואת המוסר", נוצרת חזקה בלתי ניתנת לסתירה שאותו פרסום עשוי לגרום לנזקים מוחשיים (כלומר אף על פי שהעובדה שהפרסום אינו צפוי לגרום נזק היא שיקול משני רלוונטי, החזקה חלוטה במובן זה שניתן להרשיע את הנאשם גם אם יוכיח שהפרסום אינו עתיד לגרום לנזק). מצב זה יוצר אנומליה בדין הישראלי שקשה להסבירה: דווקא במשפט הפלילי, שבו מונחים על הכף שמו הטוב של הנאשם וכן עונש של עד שלוש שנות מאסר ובו מצווים עקרון החוקיות ועקרון השיוויון על פרשנות מצמצמת לטובת הנאשם,<sup>181</sup> מונעים אנו מהנאשם לטעון טענת הגנה שבמשפט המנהלי עשויה הייתה להתקבל. האיזון בין הגנה על זכויות הפרט להגנה על מוסר החברה במשפט הישראלי עשוי, באופן תאורטי, להתיר את הקרנתו של סרט בבתי הקולנוע, ובה בעת לשלוח את יוצר הסרט למאסר.

#### (ב) קשיים במישור התוכני

1. פגיעה בעקרון החוקיות: "חוק פלילי שאינו מוגדר די צרכו חוטא בעקרון המקודש של *nulla poena sine lege*, ובדרך זו מגיעים אנו משלטון החוק לשלטון הפרשנות הפתוחה לרווחה לשיקול-דעתו של הפרשן [...] בכך הורסים אנו את תדמיתו של המשפט הפלילי".<sup>182</sup> דברים נחרצים אלה, שנשמעו מפי השופט ויתקון בפרשת זקצר, מתייחסים לבעיה הרלוונטית להוראות חוק רבות בדין הפלילי הישראלי: כאשר העבירה הפלילית איננה מנוסחת בבהירות, הדבר פוגע בעקרון יסוד של דיני העונשין, עקרון החוקיות. העיקרון, שמשמעותו התמציתית היא "אין עבירה אלא על פי חוק", הוא נגזרת של תפיסה ליברלית של דיני העונשין, שלפיה השלכותיה החמורות של הטלת אחריות פלילית על שמו הטוב, חירותו, רכושו ואף חייו של אדם מחייבות כי רק המחוקק הראשי (או מחוקק משני המוסמך מטעמו) יוכל לקבוע אילו מעשים ומחדלים יהוו עבירות פליליות, וכי על עבירות אלו להתפרסם ולבוא לידיעת לציבור. עבירה שניסוחה מעורפל פוגעת בעקרון החוקיות בכך שהיא מפקיעה את הסמכות ליצירת נורמות פליליות מידי המחוקק ומותירה

181 עקרון הפרשנות המצמצמת מוגדר בסעיף 34 ככא לחוק העונשין: "ניתן דין לפירושים סבירים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין"; לאופן יישומו בפסיקה ראו דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פס' 15–21 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 7.6.2004); וראו גם ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א' 17–19 (1984) (להלן: פלר).

182 ד"נ 7/78 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 828 (1978).

מקום רב לחקיקה שיפוטית פלילית בדרך הפרשנות; בכך היא פוגעת בצפיות המשפט הפלילי וביכולתו לחנך ולהכווין התנהגות, מעלה חשש מפני אכיפה שרירותית של הוראות החוק, איננה מתיישבת עם ההגינות והשכל הישר הגוזרים כי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" וכן מערבת בין סמכויות הרשות המחוקקת לסמכויות הרשות השופטת באופן הסותר את עקרון הפרדת הרשויות.<sup>183</sup> אכן אכיפתם של איסורי התועבה הפליליים היא אירוע נדיר, וגם כאשר נאכפים איסורי התועבה נוקט בית המשפט מדיניות מתירנית למדי המקלה עם הנאשם, אך אין בכך בכדי לבטל את השלכותיה של פגיעתו של סעיף 214 בעקרון החוקיות: ראשית, גם אם כיום החקיקה השיפוטית בנושא נוטה לטובת הנאשם, הרי שמדיניות שיפוטית היא עניין גמיש ומשתנה ויכולת ההסתמכות עליה וצפייתה מראש נמוכות ביחס לחקיקה (והראיתי כיצד עליית הזמינות של פורנוגרפיה באינטרנט שינתה בתוך שנים ספורות מדיניות ארוכת שנים של אכיפה ספורדית של סעיף 214 בנוגע לפורנוגרפיית קטינים); שנית, ניתן לומר כי גם אם ביחס לסעיף 214 לא נוצרה חקיקה שיפוטית הפוגעת בנאשם, הרי שעצם נוכחותה של עבירה כה עמומה בחוק העונשין תורמת ליצירת תרבות חקיקתית-פלילית קלוקלת ומטשטשת את החשיבות שבניסוח בהיר ומוקפד של עבירות פליליות; שלישית, מדיניות שיפוטית מקלה איננה מעלה או מורידה מפגיעתו של ניסוח עמום ומעורפל במטרתם של דיני העונשין כאמצעי לחינוך ולהכוונת התנהגות;<sup>184</sup> רביעית, עצם קיומה של חקיקה שיפוטית פלילית כה נרחבת בתחום איסורי התועבה מערבת בין סמכויות הרשות המחוקקת והרשות השופטת ומערערת את עקרון הפרדת הרשויות, וגם לעניין זה אין נפקא מינא אם החקיקה השיפוטית מחמירה או מקלה.<sup>185</sup>

2. קושי להצדקה משיקולי גמול: אם נביט על סעיף 214 וההלכה הפסוקה הנלווית לו מנקודת-מבט גמולנית, הרי שמדובר בהוראת חוק פוגענית במיוחד: לא זו בלבד שאיננה מנוסחת בבהירות המאפשרת לאזרח להעריך בצורה סבירה אם החומר שאותו הוא מבקש לפרסם מהווה פרסום תועבה, אלא שפרשנות העבירה תלויה כל כולה באופן שבו תופס הפרשן את אותו מושג כה שנוי במחלוקת, "מוסר". העובדה משמעות המונח "תועבה" תלויה באופן שבו מעריך השופט שנודמן לדון במקרה את גבולותיו של המוסר הנוהג, מבלי שמושג זה נתחם אף בקריטריונים, במבחני משנה או ראשית-הגדרה המניחה את הדעת, יוצרת הוראת חוק אשר שרירותיות ואי-צפיות מתקיימות בה באופן מובנה. מאחר שהשקפת עולמו של השופט היא שתכריע אם מעשיו של הנאשם מהווים עבירה פלילית אם לאו, הרי שהסבירות שאדם יורשע בעבירה על סעיף 214 עולה ביחס ישר לא

183 על אודות עקרון החוקיות ראו פלר, לעיל ה"ש 181, בעמ' 3-30; יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 48-39 (2008).

184 ראו פלר, לעיל ה"ש 181, בעמ' 5-6.

185 שם.

למידה שבה ביקש הנאשם להשחית את הרוח ואת המוסר, אלא למרחק בין השקפת עולמו המוסרית לבין זו של השופט. נדמיין שני נאשמים, ראובן ושמעון, העומדים לדין בפני השופט לוי בשל עבירה על סעיף 214. נדמיין גם כי בעולם שבו מתרחש המשפט קיימת טכנולוגיה המאפשרת לדרג את מידת התועבה של פרסום באופן אובייקטיבי בסולם הנע בין 1 ל-10. ראובן מעוניין להשחית את המוסר החברתי ומעריך כי הפצתן של חוברות תועבה בדרגה 4 הנמצאות בידי תשיג את המטרה – אומר ועושה; שמעון, לעומתו, הוא אדם אשר המוסר החברתי עומד בראש מעייניו, אולם בשל קשיי פרנסה נאלץ למכור חומרי תועבה בדרגה 6 שהתגלגלו לידי. הוא איננו גאה במשלח ידו, אך מוכר את החוברות לאחר שהעריך כי רק פרסום תועבה בדרגה 9 ומעלה יסכן את המוסר החברתי (לפסיקות קודמות בעניין סיווג פרסומים כחומר תועבה אין ערך תקדימי רב במשפטנו. הקריטריונים משתנים, כאמור, "מתקופה לתקופה ומשופט לשופט", ולפיכך גם קבלת ייעוץ משפטי לא תספק תשובה אמינה בדבר גבולות המוסר החברתי הנוהג יותר מאשר הערכתו הסובייקטיבית של שמעון).<sup>186</sup> השופט לוי, המעריך כי דווקא פרסום תועבה בדרגה 5 ומעלה משחית את הרוח ואת המוסר, ירשיע את שמעון אך לא את ראובן (כזכור, המניע הסובייקטיבי מאחורי הפרסום איננו שיקול רלוונטי בהערכת פרסום תועבה). האם מדובר בתוצאה צודקת, בהתחשב בכך שהאופן בו תופס אדם את המוסר החברתי מושפעת מגורמים שאינם דווקא תלויים בו (למשל, העובדה ששמעון ולוי החזיקו בהערכות שונות בתכלית בנוגע למוסר החברתי הנוהג עשויה לנבוע מכך ששניהם בני גילים שונים, משתייכים למעמד חברתי וכלכלי שונה, לא זכו לקבל השכלה במידה דומה או אינם בני אותה דת)?

3. דה־לגיטימציה של מערכת המשפט: ערכי היסוד של מדינת ישראל מגדירים אותה כמדינה יהודית ודמוקרטית. רבות נכתב על אודות מורכבותה של הגדרה דואלית זו ועל האופן שבו יחסי הגומלין בין המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל, הנשען על ערכים ליברליים, לבין יהודיותה יוצרים סביבם נקודות מחלוקת חברתיות עמוקות, "שסעים": האחד בין יהודים לבין אזרחי המדינה שאינם יהודים, והאחר פנים־יהודי, בין חילונים לדתיים. בשנים האחרונות אנו עדים לשסע חילוני־דתי הולך ומעמיק, מלווה במגמת "התחזקות" דתית מחד גיסא והקצנה חילונית מאידך גיסא, אשר אחת מהשלכותיה היא עלייה מתמדת בעיסוקו של בית המשפט בנושאים שבין דת למדינה.<sup>187</sup> נמצא כי לאורך שנותיה של המדינה, ובשנים האחרונות ביתר שאת, עומד בית המשפט בישראל במרכזו של מאבק על דמותה של החברה ומול גורמים הקוראים תיגר על ערכיו. בעוד התרבות המשפטית בישראל הושתתה, כאמור, על ערכי הליברליזם בהשראת כללי משפט שיובאו

186 פרשת וידאוקסט, לעיל ה"ש 19.

187 וראו בעניין זה רות גביוון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים 11–19 (1999); אליעזר דון יחיא הפוליטיקה של ההסדרה: יישוב סכסוכים בנושאי דת בישראל 7 (1997).

מהמשפט האנגלי, האמריקני והקונטיננטלי, הולכת ומתעצמת נוכחותם של חוגים דתיים המבקשים להטמיע באופייה של המדינה את ערכי היהדות, שאינם מתיישבים תמיד עם השקפת עולמו הליברלית של בית המשפט.<sup>188</sup> חוקרי היסטוריה ופילוסופיה של המשפט מתארים כיצד בסיטואציה כזו, שבה עומד בית המשפט מול חברה משוסעת ומקוטבת הכוללת קהילות המחזיקות בערכים ותפיסות עולם שונות בתכלית אלה מאלה, עומדות בפניו שתי דרכי פעולה: האחת היא היצמדות לתורת משפט פורמליסטית המשדרת נייטרליות ערכית, והכרזה שכל החלטותיו נובעות מתוך "מדע משפטי" טהור, חף מכל אידאולוגיה. גישה זו חוסכת מבית המשפט את הצורך להתמודד במישרין עם ביקורת התוקפת את אותו מערך סדור של עקרונות ליברליים הטמון מתחת ליסודות פסיקותיו ומאפשרת ליצור סביבן קונצנזוס. זו הגישה שאפיינה את פסיקת בית המשפט בשנותיה הראשונות של המדינה;<sup>189</sup> הדרך האחרת היא הכרזה גלויה של בית המשפט על ערכי הליברליים ועל כוונתו לקדם ערכים אלה ולהילחם בגישות מתחרות. זוהי, במידה רבה, הדרך שנוקט בית המשפט בעשורים האחרונים,<sup>190</sup> וגישתו המתירנית של בית המשפט לפגיעתם המוסרית של חומרים פורנוגרפיים היא מקרה פרטי של מגמה רחבת היקף זו.

נחזור לסיפורו של חבר הכנסת משה זאב פלדמן ממפלגת אגודת ישראל, שהוצג בפרק א'; חבר הכנסת, שהחזיק בתפיסת עולם שאיננה ליברלית, ביקש לפעול כנגד הצגת פרסומי תועבה בניגוד להוראות סעיף 214 ונוכח לדעת שהוא ומערכת אכיפת החוק בישראל – מהמשטרה, דרך הפרקליטות ועד לבית המשפט – אינם רואים את הסוגיה עין בעין. גם אילו הצליח לשכנע את המשטרה והפרקליטות כי קיים עניין לציבור בפרשה, כאשר היה הדיון מגיע לבסוף לבית המשפט, הוא עתיד היה להתנהל בשפת שיח הזכויות הליברלי; לא זו בלבד שכל הנראה תוצאתו של פסק הדין לא הייתה עתידה להיות לרוחו של חבר הכנסת – סיכון כזה קיים בכל דיון משפטי – אלא שחבר הכנסת צפוי היה להיווכח כיצד ארגו הכלים הערכי שבו משתמש בית המשפט כדי להכריע בשאלות מוסריות זר ומנוכר לערכיו הוא ולתפיסת עולמו. בעיני השופט הליברל האיזון בין חופש הביטוי, זכות חוקתית וערך עליון של שיטת המשפט, לבין שמירה על מוסר החברה, מושג ארכאי למחצה שבית המשפט נוטה להתייחס אליו בחשדנות ובפרשנות מצמצמת, הוא במקרים רבים כמעט "רשמיות טקסית" שלפני ניצחון ידוע מראש לחופש

188 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 173.

189 כוזהי למשל התאוריה המכונה "טבלת הופלד", שביקשה להגדיר מונחים כגון "זכות", "חובה", "כוח" ו"חירות" באופן לוגי וכמעט מתמטי: ראו Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L. J. 16 (1913). דוגמה ליישום תאוריה זו במשפט הישראלי בימים פורמליסטיים יותר ניתן למצוא בפסק הדין ע"פ 99/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (1) 341, פסק דינו של השופט אגרנט (1952), וראו גם להב, לעיל ה"ש 173.

190 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 173; וראו גם רובינשטיין, לעיל ה"ש 177.

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

הביטוי;<sup>191</sup> בעיני אזרח המחזיק בעמדות לא-ליברליות, משקלם היחסי של ערכים אלה שונה בתכלית. בידיו של חבר הכנסת פלדמן היה כוח פוליטי שאפשר לו לנסח הוראת חוק חדשה בדמות סעיף 214א, שסבור היה כי תגרום לפיקוח שיפוטי קפדני יותר על המפורסם על שלטי חוצות; אך אילו היה זה אדם מן היישוב, נטול כוח פוליטי של ממש, התוצאה הייתה עלולה להיות ייאוש ממערכת אכיפת החוק. אזרח כזה, אם ייתקל שנית בפרסום תועבה, כבר לא יפנה לבית המשפט, וייתכן שלא ימהר לפנות אליו גם בעניינים נוספים (כל עוד תהיה בידיו בררה אחרת). סוגיה זו אינה רלוונטית רק לעניין איסורי התועבה – גם אם יגיש אותו אזרח תביעה חוזית או נזיקית, ייתכן שיחוש כי פסיקה שאיננה לפי דין תורה לא תביא לתוצאה צודקת.<sup>192</sup> עם זאת סביר להניח כי כאשר בית המשפט מתיימר להכריע בשאלות ערכיות ומוסריות המשפיעות על כלל האוכלוסייה, כאשר השופט אינו עונה רק על השאלה "מה אומר החוק" אלא נותן פסק דין שבו, במסגרת הכרעה בשאלה חוקית טהורה, הוא נדרש גם לזיהוי והגדרתו של הסטנדרט המוסרי הנוהג בחברה (ואגב כך מותיר בהכרח חלקים מהציבור מחוץ לאותה חברה), תחושת הניכור מורגשת ביתר שאת. כאשר מציב המחוקק את בית המשפט בעמדה שבה עליו להכריע בסוגיות הנמצאות במוקד מחלוקת חברתית יוקדת, הוא מעמיד את מערכת אכיפת החוק כולה בפני סיכון מוחשי לאבדן לגיטימיות בעיני אותו חלק מהחברה שאיננו מזדהה עם העמדה שאותה נוקט בית המשפט. בחברה מרובת שסעים, המשועת למציאת מכנה משותף חברתי, אבדן האמון במערכת המשפט בקרב חלקים לא מבוטלים מן הציבור הוא מחיר יקר.

4. אכיפת-חסר: גם אם נכיר בכך שהגנה על המוסר היא אכן אינטרס אשר ראוי להגן עליו באמצעות הדין הפלילי גם בשיטת משפט ליברלית, הרי שהאופן שבו עוצבו איסורי התועבה והאופן שבו הם מיושמים במשפטנו אינם מאפשרים לספק לאותו אינטרס את מידת ההגנה שאותה ביקש המחוקק להעניק לו. כאמור לעיל, אכיפתו של סעיף 214 הפכה במשך השנים לאירוע נדיר, ואכיפתו כעבירה עצמאית לאירוע נדיר במיוחד, עד למידה שבה ניתן לומר כי אכיפתם של איסורי התועבה הפליליים מתמצית בפורנוגרפיית קטינים ואילו סוגי פורנוגרפיה אחרים נותרים לטיפולו של המשפט המנהלי. יצירת מדרג שלפיו עבירות קלות יחסית מטופלות באמצעים שאינם פליליים בעוד החוק הפלילי

191 טענה דומה נשמעת בביקורת הנמתחת על ידי הגישה הפמיניסטית למשפט על אורות יחסו הליברלי של בית המשפט לפורנוגרפיה: ראו Elizabeth H. Dionne, *Pornography, Morality and Harm*: 15 GEO. MASON. L. REV. 611, 613–618 (2008) וראו *Why Miller Should Survive Lawrence*, 15 GEO. MASON. L. REV. 611, 613–618 (2008). דיון להלן בנוגע לאכיפת החסר של איסורי התועבה בחוק העונשין.

192 ראו למשל מאמרו של ד"ר חפרי-וינוגרדוב, המציע כי תחושות ניכור אלו הן אחד הגורמים לשגשוגם של בתי הדין ההלכתיים לדיני ממונות כאלטרנטיבה למערכת המשפט האזרחית: אדם חפרי-וינוגרדוב "התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עלייתם של בתי הדין ההלכתיים לדיני ממונות במגזר הציוני-דתי" עיוני משפט לד' 47 (2011).

מטפל בעבירות קשות יותר הוא ביטוי לעקרון היסוד של שיוריות הדין הפלילי ומתיישב עם מגמות מקבילות בענפים נוספים במשפט הישראלי.<sup>193</sup> ואולם, החלוקה החדה שיצר המשפט הישראלי בפועל, שלפיה פרסום והחזקה של פורנוגרפיית קטינים היא עבירה פלילית בעוד פרסום פורנוגרפיה שאיננה כוללת דמות קטין כמעט לעולם אינה עבירה פלילית, איננה מתיישבת עם לשון החוק. אילו התכוון המחוקק לכך שאיסורי התועבה ייאכפו כמעט באופן בלעדי בנוגע לפורנוגרפיית קטינים, מדוע בחר לייחד הוראת חוק ספציפית לעניין פורנוגרפיית קטינים לצד איסור התועבה הכללי? עיון בסעיפים 214 ו-214א לחוק העונשין מעלה כי המחוקק ביקש ליצור מדרג בין ארבע קטגוריות של פרסומים: פרסומי תועבה הכוללים דמות קטין, אשר הפצתם היא עבירה פלילית מסוג פשע והחזקתם היא עבירה מסוג עוון; פרסומי תועבה אשר אינם כוללים דמות קטין, אשר הפצתם היא עבירה מסוג עוון והחזקתם איננה עבירה פלילית; "פרסום פוגע", אשר פרסומו על גבי שלטי חוצות היא עבירה מסוג עוון, ופרסומו בדרכים אחרות או החזקתו אינם מהווים עבירה פלילית; ופרסומים אחרים, אשר פרסומם והחזקתם אינם מהווים עבירה פלילית (אך הצגתם בציבור עשויה להיות מוגבלת על ידי המשפט המנהלי). האופן שבו מיושמים איסורי התועבה בבית המשפט גרם לכך שהקטגוריה הרביעית בלעה אל קרבה, למעשה, את הקטגוריה השנייה (וייתכן שגם את השלישית).

את הפער בין כוונת המחוקק לבין האופן שבו מיושם החוק בבית המשפט יש לתלות, בראש ובראשונה, ברציונל המוסרי שמאחורי איסור התועבה. אם נשתמש בארבע הקטגוריות שהוצגו, נוכל לתאר את האופן שבו בוחנים שופטי בית המשפט פרסומים פורנוגרפיים בצורת תרשים זרימה: כאשר בא לפני השופט פרסום פורנוגרפי, ראשית יבחן השופט אם יש בפרסום כדי להשחית את הרוח ואת המוסר; אם התשובה חיובית, הרי שמדובר בפרסום תועבה, וכל שעל השופט לעשות הוא לבחון אם הפרסום כולל דמות קטין (ולכן משתייך לקטגוריה הראשונה) או אינו כולל דמות קטין (ומשתייך לקטגוריה השנייה); אך אם הפרסום איננו משחית את הרוח ואת המוסר, הרי שהוא משתייך לקטגוריה הרביעית, ואין למשפט הפלילי כל עניין באותו פרסום (אלא אם כן מדובר בשלט חוצות, אז יבחן במבחני 214א כדי להחליט אם מדובר ב"פרסום פוגע"). נמצא כי סיווגו של פרסום פורנוגרפי אשר אינו כולל דמות קטין כשייך לקטגוריה השנייה או לרביעית תלוי כל כולו בשאלה אם יש בו כדי להשחית את הרוח ואת המוסר, כלומר באופן שבו תופס השופט שנודמן לדון במקרה את המוסר החברתי הנוהג ואת גבולותיו.

193 ראו למשל כיצד חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985, ס"ח 1160, 31, מעניק שיקול דעת לבית המשפט להמיר ענישה פלילית בשל עבירה על הוראות חוק מסוימות בהטלת קנס מנהלי כאשר מדובר בעבירה שאיננה מסוג פשע, וכיצד, באופן דומה ובהיעדר הוראת חוק מפורשת בעניין, פרסומי תועבה שאינם כוללים דמות קטין (אשר פרסומם אינו מהווה עבירה מסוג פשע) נותרים לרוב לטיפול המשפט המנהלי, בעוד פרסומי תועבה הכוללים דמות קטין (אשר פרסומם מהווה עבירה מסוג פשע) מטופלים באמצעות המשפט הפלילי.

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

בית המשפט נוקט כאמור בעקביות עמדה ליברלית ומתירנית. עמדתו של בית המשפט בסוגיה היא תוצאתם של הגורמים והתהליכים שהוצגו לעיל: מודעות השופט לכך שהוא פועל כשלוח של שיטת משפט ליברלית אשר התערבות בעולמו הערכי של הפרט היא "רע הכרחי" מבחינתה, ועליה להיעשות בצמצום ובזהירות, היא השלכה ישירה של עקרון החוקיות ושל הצורך לפרש עבירות לפי הפירוש הסביר המקל עם הנאשם, והיא מבטאת תגובת־נגד של בית המשפט כלפי גורמים בחברה המבקשים לאתגר את תפיסות העולם הליברליות שהמשפט הישראלי מושתת עליהן. באופן אירוני, כל עוד מצייד המחוקק את השופט הישראלי בנייר לקמוס המסוגל לבחון רק את המידה שבה מסכן פרסום פורנוגרפי נתון את המוסר החברתי, אין לשופט כל בררה מלבד נקיטת מדיניות מתירנית שאיננה מגנה על אותו מוסר די צורכו (או לכל הפחות, די צורכו של המחוקק).

#### ד. שלושה טעמים שאינם מוסרניים להגבלת פורנוגרפיה

##### 1. על הקשר בין פורנוגרפיה לבין אלימות כלפי נשים

(א) האם אכן ניתן לבסס קשר סיבתי או מתאמי בין השתיים?

אף על פי שפורנוגרפיה היא תופעה אשר ימיה כימי התקשורת הכתובה בין בני אדם, מחקרים הבוחנים את השפעותיה של צריכת פורנוגרפיה על תפיסות עולמו ונטיותיו ההתנהגותיות של הצרכן החלו להיערך לפני כארבעה עשורים בלבד. מחקרים שבהם נבחן הקשר בין צריכת פורנוגרפיה לבין העלאת הסיכון לגילוי אלימות כלפי נשים נבדלים זה מזה בשיטות המחקר שבהן בחרו להשתמש ובהשערות שאותן ביקשו להפריך או לאמת. חלק מהחוקרים בחנו ניתוחים סטטיסטיים בחתכים שונים כדי לברר אם קיים מתאם בין מידת צריכתה של הפורנוגרפיה לבין הסבירות לגילוי אלימות, וחלקם ניסו ליצור, בתנאי מעבדה, סביבה שבה ניתן יהיה לחשוף נסיינים לתכנים פורנוגרפיים שונים ולבחון את תגובותיהם באמצעות מדדים ביולוגיים, מילוי שאלונים או מתן הזדמנות להביע אלימות כלפי נשים בסביבה בטוחה. מחקרים אחדים ביקשו לבחון השערות שלפיהן סוגים מסוימים של פורנוגרפיה עשויים לעודד אלימות מינית (או אלימות בכלל). מחקרים אחרים בחנו השערות שלפיהן צפייה בפורנוגרפיה תורמת ליצירת ניכור מיני (Sexual Callousness) – החפצת המין הנשי, הנצחת מיתוסים של דמות האישה כמי שבתוך תוכה הנה מופקרת מינית (והתנגדותה לקיום יחסי מין הם "צביעות" או "משחק") וכמי שמיניותה מתמצית בשאיפה לספק את צרכיו המיניים של הגבר – ועליית הסיכון לגילוי אלימות מינית היא השפעה אחת מני רבות של אותו ניכור מיני. חלק מהחוקרים ביקשו לבחון דווקא השערה הפוכה, לפיה צפייה בפורנוגרפיה ואוננות מהוות "שחרור

מבוקר" של אנרגיה מינית אשר הייתה עלולה להתבטא כאלימות כלפי נשים, ועל כן לפורנוגרפיה השפעה חיובית על הפחתת הסיכון לביצוע עבירות מין.<sup>194</sup> המחקר המשמעותי הראשון שפורסם בנושא נערך מטעם ממשלת ארצות הברית. ה-*President's Commission on Obscenity and Pornography* הייתה ועדה שכונסה ביוזמתו של הנשיא דאז, לינדון ג'ונסון, בהשתתפות חוקרים מתחומי הסוציולוגיה והקרימינולוגיה, אנשי דת, משפטנים ופוליטיקאים, והתבקשה להעריך את מידת התועלת החברתית שבהטלת הגבלות חוקיות על צריכת פורנוגרפיה. מסקנותיה של הוועדה, שפורסמו בשנת 1970, היו חד-משמעיות: נכון למועד פרסום המסקנות לא קיימים מחקרים המצביעים על כך שצריכת פורנוגרפיה משפיעה על תפישותיו המוסריות והשקפת עולמו של הצרכן בנוגע למין ומיניות או לעליית הסיכון לביצוע עבירות מין, ועל כן אין כל תועלת חברתית בחקיקה המגבילה צריכת פורנוגרפיה.<sup>195</sup> בשנים שלאחר פרסום דוח הוועדה התפרסמו מחקרים נוספים שהתיישבו עם מסקנותיה. מחקרם של קארל וגולדשטיין (Karl & Goldstein, 1973), למשל, בחן שלוש קבוצות: עברייני מין מורשעים שסיימו לרצות את עונשם, צרכני פורנוגרפיה קבועים שאינם עברייני מין וצרכני פורנוגרפיה באופן מזדמן שאינם עברייני מין. לשלוש הקבוצות הוצג שאלון בן שתי שאלות: "לכמה פורנוגרפיה נחשפת בגיל העשרה?", "לכמה פורנוגרפיה נחשפת בשנה האחרונה?". נמצא כי כל עברייני המין דיווחו כי צרכו פורנוגרפיה פחות משתי הקבוצות האחרות, בשני חתכי הזמן. מסקנתו העיקרית של המחקר הייתה שעברייני מין נוטים לצרוך פחות פורנוגרפיה מצרכנים נורמטיביים; מסקנה זהירה פחות הייתה כי לצריכת פורנוגרפיה עשויה להיות השפעה חיובית על הפחתת הסיכון לביצוע עבירות מין על ידי הצרכן.<sup>196</sup>

194 James Weaver, *The Social Science and Psychological Research Evidence: Perceptual and Behavioral Consequences of Exposure to Pornography*, in *PORNOGRAPHY* 284 (Catherin Itzin ed., 1992).

195 ראו (1991) 86-90 RONALD M. HOLMES, *SEX CRIMES* (להלן: הולמס).

196 שם, בעמ' 87. מעניין להשוות את תוצאות המחקר לתוצאות מחקר נוסף שנערך באותה שנה (Goldstein & Kant, 1973) והציג שאלונים זהים לנסקרים מקבוצות שונות: אנסים מורשעים, פרופילים מאובחנים שלא ביצעו מעשי אונס וקבוצת ביקורת, וגילה כי בעוד רוב הנסקרים שלא ביצעו מעשי אונס דיווחו כי הפעם הראשונה שבה נחשפו לפורנוגרפיה בצורה משמעותית הייתה בין הגילים 16-18 (73% מקבוצת הביקורת, 63%-67% מקבוצת הפרופילים שאינם אנסים), 75% מקבוצת האנסים דיווחו כי החשיפה המשמעותית הראשונה לפורנוגרפיה התרחשה בין הגילים 10-15. האם את תוצאות המחקר שהצביע על כך שעברייני מין צורכים פחות פורנוגרפיה (ועל כן אין הפורנוגרפיה מעלה את הסיכון לביצוע עבירות מין, ואולי אפילו מפחיתה אותו) ניתן לאתגר על ידי מסקנת המחקר של Goldstein & Kant בטענה שגם אם עברייני מין צורכים פחות פורנוגרפיה, הרי שהם נחשפים אליה לראשונה בגיל צעיר יותר ועל כן השפעתה עליהם חזקה יותר? ראו MICHAEL J. GOLDSTEIN & HAROLD S. KANT, *PORNOGRAPHY AND SEXUAL DEVIANCE: A REPORT OF THE LEGAL AND BEHAVIORAL INSTITUTE* 73 (1973).



מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

דוח ועדת הנשיא לא נותר בקונצנזוס למשך זמן רב, ומסקנות הוועדה זכו לביקורת בכמה חזיתות: ראשית, נטען כי במהלך שנות השבעים השתנה אופייה של הפורנוגרפיה מקצה לקצה; היא הפכה לאלימה יותר וקיצונית יותר, ועל כן גם אם מסקנות הוועדה היו נכונות לזמנן, הרי שיש מקום לבחינה מחודשת שלהן (McCarthy, 1982).<sup>197</sup> שנית, נטען כי הוועדה התעלמה ממחקרים חשובים שהצביעו, עוד בזמנה, על מסקנות הפוכות. מחקרו של טננבאום (Tannenbaum) (1970), לדוגמה, ביקש לבחון כיצד חשיפה לתכנים מיניים תשפיע על האגרסיביות של הנסיין. הנסיינים (כולם גברים) נחלקו לשלוש קבוצות, ולכלן הוקרן אותו סרט ארוטי אך בדיבוב שונה: לקבוצה הראשונה הושמע דיבוב בעל אופי ארוטי אך לא אלים, לקבוצה השנייה הושמע דיבוב בעל אופי ארוטי ואלים ולקבוצה השלישית – דיבוב בעל אופי ארוטי ואלים באופן קיצוני. לאחר הצפייה פגשו הנסיינים שחקנית (חלק מצוות הנסיינים) שניסתה, באמצעות פרובוקציות שונות, לעורר אצלם תגובות כעס. בידי הנסיינים היה מכשיר אשר נאמר להם שבעזרתו יוכלו להכאיב לשחקנית באמצעות מכת חשמל (לאמתו של דבר המכשיר אינו עושה דבר, אך השחקנית קיבלה הנחיה להתעוות בכאב בכל פעם שהנסיינים לוחצים על הכפתור). תוצאות המחקר הראו כי צפייה בסרט ארוטי תוך האזנה לדיבוב האלים גרמה לנסיינים לגלות אלימות רבה יותר באמצעות המכשיר שבידם.<sup>198</sup> על אף התעלמותה של ועדת הנשיא, נחשב המחקר של טננבאום עד היום להוכחה חזקה לקיומו של קשר בין צריכת תכנים המשלבים אלימות ומין לבין עידוד התנהגות אלימה של גברים כלפי נשים.<sup>199</sup>

בעקבות הביקורת על מסקנות הוועדה הוחלט בשנת 1986 על כינוס ועדה חדשה מטעם התובע הכללי האמריקני, במטרה לבחון מחדש את מסקנותיה של ועדת הנשיא. דוח הוועדה, המוכר בשם The Meese Report, כלל מסקנות נפרדות בנוגע לפורנוגרפיה אלימה ולפורנוגרפיה לא־אלימה, והוועדה זיהתה קשר סיבתי בין סוגים מסוימים של פורנוגרפיה (ובכללם גם, אך לא רק, פורנוגרפיה אלימה) לבין עליית הסיכון לאלימות כלפי נשים.<sup>200</sup> דוח התובע הכללי זכה לביקורת קשה עוד יותר מאשר דוח ועדת הנשיא. בעוד חוקרים רבים הסכימו למסקנות הוועדה בנוגע לקשר בין פורנוגרפיה אלימה לבין אלימות כלפי נשים, מעטים מהם הסכימו להתחייב למסקנות הוועדה שהתייחסו לפורנוגרפיה שאיננה אלימה (בין המתנגדים היו גם חוקרים אשר מסקנות הוועדה

197 ראו הולמס, לעיל ה"ש 195, בעמ' 87.

198 Percy H. Tannenbaum, *Emotional Arousal as a Mediator of Erotic Communication Effects*, 35 *in* PORNOGRAPHY (Daniel Linz & Neil M. Malamuth ed., 1993) (להלן: Linz & Malamuth).

199 ראו: Dana A. Fraytak, *The Influence of Pornography on Rape and Violence Against Women: A Social Science Approach*, 9 *BUFF. WOMEN'S L. J.* 263, 268 (2000–2001).

200 ATTORNEY GENERAL'S COMMISSION ON PORNOGRAPHY, FINAL REPORT (Department of Justice, 1986), available at <http://www.porn-report.com>.

הסתמכו, לכאורה, על ממצאי מחקריהם).<sup>201</sup> חלק מהביקורת על דוח הוועדה התייחסה לזמן הקצוב ולתקציב המוגבל שהוקצו לה, וכן לתחושה שמסקנותיה כוללות קפיצות לוגיות רבות ומערבות בין תפיסות עולם מוסריות לבין מסקנות אמפיריות.<sup>202</sup> בניגוד לאופן שבו התקבל הדוח של ועדת התובע הכללי, מסמך נוסף בנושא שפורסם באותה שנה, ה־Surgeon General's Report on Pornography, זכה לקונצנזוס רחב סביב מסקנותיו, שהיו צנועות יותר מאלו של ועדת התובע הכללי אך רחבות יותר מאלו של ועדת הנשיא. דוח זה קבע כי אכן קיימים מחקרים אמפיריים במידה המאפשרת לבסס קשר סיבתי בין צריכת פורנוגרפיה מסוגים מסוימים לבין עליית הסיכון לאלימות מינית, וסוגי הפורנוגרפיה ה"מועדים לפורענות" הם פורנוגרפיה אלימה וכן פורנוגרפיה המציגה יחסי מין שיש בהם ניצול וכפייה של דמות נשית כנועה.<sup>203</sup>

כאמור, לאורך שנות השבעים והשמונים החל להתגבש קונצנזוס מחקרי מובהק סביב הנחת המוצא שלפיה בבחינת השפעתה של צריכת פורנוגרפיה על התנהגות אלימה של גברים כלפי נשים אין להתייחס לפורנוגרפיה כמקשה אחת, ויש להבחין (לכל הפחות) בין פורנוגרפיה אלימה ובין פורנוגרפיה לא אלימה. מחקרים רבים שפורסמו לאורך שנות השבעים והשמונים תומכים במסקנות דוח התובע הכללי ודוח ה־Surgeon General ומצביעים על קשר סיבתי בין צריכת פורנוגרפיה אלימה ובין אלימות כלפי נשים. חלק מהמחקרים התמקדו באופן שבו חשיפה ארוכת טווח לפורנוגרפיה אלימה גורמת לקהות רגשית בקרב הצופים ולירידה הדרגתית ביכולתם לחוש אמפתיה כלפי הקרוב. מחקר שבחן את השפעתה של צפייה בסרטים פורנוגרפיים המציגים סצנות אונס על קבוצת סטודנטים נורמטיביים במשך שישה שבועות גילה כי גם נסיינים אשר בתחילת הניסוי לא מצאו את הסרטים מעוררים מינית ודיווחו על תחושות קשות בעקבות הצפייה, שינו את גישתם ככל שהתקדם הניסוי. הסטודנטים החלו לדווח פחות ופחות על תחושות שליליות בעקבות הצפייה ותיארו את הצפייה בסרטים כמהנה ומעוררת מינית.<sup>204</sup> מחקרים אחרים הצביעו על האופן שבו פורנוגרפיה אלימה מטמיעה בצופה את "מיתוס האונס", שלפיו גם אם בתחילה אישה מגלה התנגדות לקיום יחסי מין, הרי שאם הגבר יגלה "אסרטיביות"

- EDWARD DONNERSTEIN ET AL., THE QUESTION OF PORNOGRAPHY: RESEARCH FINDINGS 201  
Irene Nemes, *The Relationship Between* וראו & POLICY IMPLICATIONS (1987)  
*Pornography and Sex Crimes*, 20 J. PSYCHIATRY & L. 459, 464 (1992). (להלן: נמס).
- Selene Mize, A Critique of a Proposal by Radical Feminists to Censor גם וראו גם  
*Pornography Because of Its Sexist Message*, 6 OTAGO L. REV. 589 (1988).
- EDWARD P. MULVEY & JEFFREY L. HAUGAARD, REPORT OF THE SURGEON GENERAL'S 203  
WORKSHOP ON PORNOGRAPHY AND PUBLIC HEALTH (US Dept. of Health & Human  
Services, Office of Surgeon General, 1986) available at <http://profiles.nlm.nih.gov/ps/access/NNBCKH.pdf>; וראו גם נמס, לעיל ה"ש 201, בעמ' 464–465.
- Daniel G. Linz et al., *The Effects of Long-Term Exposure to Violent and Sexually* 204  
*Degrading Depictions of Women*, 55 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 758 (1986).

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

לבסוף היא תתרצה, תיהנה מהאקט המיני ואף תחווה אורגזמה; תופעה זו מיוחסת לסרטים פורנוגרפיים המציגים יחסי מין המתחילים בכפייה, אך במהלכם הנאנסת "משנה את דעתה" ומשתפת פעולה.<sup>205</sup> השפעתה הדרמטית של חשיפה לסרטים פורנוגרפיים המטמיעים את "מיתוס האונס" על אלימות כלפי נשים הודגמה במחקרם של דונרשטיין וברקוביץ' (Donnerstein & Berkowitz, 1981): נסיינים חולקו לארבע קבוצות. לקבוצה הראשונה הוצג סרט ארוטי לא־אלים, לקבוצה השנייה הוצג סרט ארוטי ואלים הכולל סצנת אונס שהופכת ליחסי מין מרצון, לקבוצה השלישית הוצג סרט ארוטי ואלים ללא אלמנט רצוני, והקבוצה הרביעית לא צפתה בסרט כלל. לאחר הצפייה בסרט ניתנה לנסיינים הזדמנות להפגין אלימות כלפי שחקנית מצוות הניסוי (בדומה לשיטה שבה השתמשו בניסוי של טננבאום). נמצא כי נסיינים שצפו בפורנוגרפיה אלימה הפגינו אלימות קשה יותר כלפי השחקנית, וההתנהגות האלימה הקשה ביותר נצפתה בקרב נסיינים מהקבוצה השנייה.<sup>206</sup>

נוכח מסקנותיו של ה־Meese Report השמיעו חוקרים כגון דורנשטיין, לינו ופרנוד (Donnerstein, Linz, Pernod) הסתייגות חשובה בנוגע לאופן שבו עשויה פורנוגרפיה אלימה להשפיע על פעולות אלימות כלפי נשים. לדבריהם, בעוד מחקרים רבים אכן מסוגלים להצביע על האופן שבו צריכת פורנוגרפיה אלימה עשויה להשפיע על נטיותיהם ההתנהגותיות של צרכנים, חשוב לזכור כי אלו עדיין רק נטיות. חקר ההתנהגות האנושית הוא מדע מורכב, והמידה שבה צריכת פורנוגרפיה אלימה עשויה להשפיע על התנהגותו של הצרכן תלויה מאוד במבנה אישיותו ובנסיבות המקרה. גם ניסוי שמצליח להצביע, בתנאי מעבדה, על התנהגות אגרסיבית של מדגם מייצג של גברים כלפי נשים לאחר צפייה בפורנוגרפיה אלימה אינו מעיד בהכרח על האופן שבו תשפיע צפייה בפורנוגרפיה כזו שלא בתנאי מעבדה. גורם נוסף שאינו מודגש די צורכו בציטוט המחקרים בנושא הוא האופן שבו חינוך מיני והסברה נאותה עשויים לנטרל את השפעותיה המזיקות של צפייה בפורנוגרפיה אלימה. נסיינים שנחשפו לפורנוגרפיה אלימה למשך זמן ממושך, באופן שגרע מיכולתם לחוש אמפתיה כלפי הקרבן, גילו שיפור ביחסם לקרבנות אונס (ולנשים בכלל) כאשר הצפייה לוותה בהסברים המפריכים את "מיתוס האונס" ומדגישים את חומרתה של עבריינות מין.<sup>207</sup>

- 205 ראו Edna F. Einsiedel, *The Experimental Research Evidence: Effects of Pornography on the Average Individual*, in PORNOGRAPHY 248 (Catherin Itzin ed., 1992) (להלן: אינויידל); וראו גם Neil M. Malamuth & James V. P. Check, *The Effects of Aggressive Pornography on Beliefs in Rape Myths: Individual Differences*, 19 J. RES. PERSONALITY 299 (1985).
- 206 Edward Donnerstein & Leonard Berkowitz, *Victim Reaction in Aggressive Erotic Films as a Factor in Violence Against Women*, 41 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 710 (1981).
- 207 ראו Nadine Strossen, *A Feminist Critique of the Feminist Critique of Pornography*, 79 VA. L. REV. 1099, 1167–1168 (1993).

על המסקנה שלצריכת פורנוגרפיה אלימה יש השפעה על הסבירות לגילוי אלימות כלפי נשים (לכל הפחות לטווח הקצר) התגבש לאורך השנים קונצנזוס. לעומת זאת, מחקרים שבחנו את השפעתה של פורנוגרפיה לא אלימה על התנהגותם של הצופים, הן בחשיפה ארוכת טווח והן בחשיפה קצרת טווח, התקשו להצביע על תוצאות חד-משמעיות.<sup>208</sup> מחקרים רבים לא הצליחו להצביע על קשר בין צפייה בפורנוגרפיה לא אלימה לבין הפגנת אלימות כלפי נשים,<sup>209</sup> ומחקרים אחרים זיהו השפעות מסוימות של צפייה בפורנוגרפיה לא אלימה על תפיסות עולם ונטיות התנהגותיות של הצופים. לדוגמה, מחקר של צ'ק (Check, 1985), שנערך עבור ממשלת קנדה, גילה כי נסיינים שנחשפו לפורנוגרפיה לא אלימה גילו נטייה חזקה יותר להשיב בחיוב לשאלה "האם היית שוקל לבצע מעשה אונס לו הובטח לך שלא תיתפס?"<sup>210</sup>; מחקרם של זילמן ובראינט (Zillman & Bryant, 1982) העלה כי גם חשיפה לפורנוגרפיה לא אלימה תורמת ליצירת ניכור מיני ולהטמעת "מיתוס האונס" בקרב הצופים.<sup>211</sup> במאמרה משנת 1992, המשווה בין תוצאות מחקרים רבים על אודות השפעותיה של פורנוגרפיה אלימה ולא אלימה על הצופים, הציעה איינסידל (Einseidel) כי חוסר האחידות במחקר על השפעותיה של פורנוגרפיה לא אלימה אינו נובע מכך שההשפעות הן זניחות או אינן קיימות, אלא משתי סיבות עיקריות: ראשית, סרטים פורנוגרפיים לא אלימים נבדלים זה מזה הרבה יותר מאשר סרטים פורנוגרפיים אלימים, ומתפרסים על פני ספקטרום רחב, הכולל סרטים אלימים מעט יותר או פחות, סרטים המציגים דמות אישה כנועה יותר או פחות וכדומה. עובדה זו אינה מאפשרת השוואה יעילה בין תוצאות של מחקרים שונים; שנית, בעוד השפעותיה של פורנוגרפיה אלימה על התנהגות אלימה כלפי נשים הן אינטואיטיביות וכולטות לעין, השפעותיה של פורנוגרפיה לא אלימה מגוונות יותר ודרמטיות פחות, ולכן קשות יותר לזיהוי.<sup>212</sup>

תאוריה רדיקלית וביקורתית באשר לאופן שבו עשויה פורנוגרפיה לא אלימה להשפיע על אלימות כלפי נשים הוצעה על ידי ראסל (Russell, 1992).<sup>213</sup> במאמרה, שבו היא סוקרת את תוצאותיהם של מחקרים שונים בנושא ומשווה ביניהם, מחלקת ראסל את

- 208 נמס, לעיל ה"ש 201, בעמ' 465.
- 209 ראו למשל מחקרו של Conklin – הולמס, לעיל ה"ש 195, בעמ' 90; וראו גם תוצאות המחקר של Daniel Linz, *Exposure to Sexually Explicit Materials and Attitudes towards Rape: A Comparison of Study Results*, 26 J. SEX RESEARCH 50 (1989).
- 210 JAMES V. P. CHECK, *THE EFFECTS OF VIOLENT AND NON-VIOLENT PORNOGRAPHY* (1985).
- 211 Dolf Zillman & Jennings Bryant, *Pornography, Sexual Callousness and the Trivialisation of Rape*, 32 J. COMMUN. 10 (1982).
- 212 ראו אינוידיל, לעיל ה"ש 205, שם; וראו גם דיון בנוגע להשפעות הפורנוגרפיה על מעמד האישה בהמשך פרק זה.
- 213 Diana E. H. Russell, *Pornography and Rape: A Causal Model*, in PORNOGRAPHY 310 (Catherin Itzin ed., 1992).

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

אירוע התרחשותו של אונס לארבעה שלבים על גבי ציר הזמן: היווצרות הרצון לאנוס, התגברות על הריסונים הפנימיים שלא לאנוס (המוסר והמצפון של האנס), התגברות על הריסונים החברתיים שלא לאנוס (פחד מענישה פלילית או נידוי חברתי) ולבסוף – אמונה ביכולת לגבור פיזית על הקרבן. לטענתה, רוב המחקרים הבוחנים את קיומו של קשר סיבתי בין פורנוגרפיה לא אלימה לבין אלימות כלפי נשים שוגים בכך שהם בוחנים רק את השלב הראשון – הקשר שבין צריכת פורנוגרפיה לבין יצירת הרצון לאנוס – בעוד עיקר השפעתה של הפורנוגרפיה איננה ביצירת הרצון לאנוס אלא בהחלשתם וניווטם של הריסונים הפנימיים והחיצוניים בקרב גברים שהרצון לאנוס כבר נוצר אצלם.<sup>214</sup> הריסונים הפנימיים נחלשים כאשר בתפיסתו של הגבר מושרש דימוי האישה ככנועה, כמופקרת מינית וכמי שמניוונה מתמצית בסיפוק צרכיו המיניים של הגבר. זהו הדימוי הנשי הפורנוגרפי הקלסי, ולשם אימוצו בתפיסתו של הגבר אין צורך בחשיפה לפורנוגרפיה אלימה דווקא. השפעתה של פורנוגרפיה אלימה, לדברי ראסל, מורגשת בעיקר בהסרת החסמים החיצוניים – החשש מפני ענישה פלילית או נידוי חברתי. לפי מחקרים שאותם היא מצטטת, החשש מפני ענישה מתעמעם כיוון שבכ-97% מהסרטים הפורנוגרפיים שבהם מתואר אונס, האנס אינו סובל מכל תוצאות שליליות למעשיו, עובדה היוצרת אצלו תחושת ביטחון ביכולתו לבצע את המעשה ולחמוק מעונש; החשש מפני נידוי חברתי מתעמעם כיוון שצפייה ממושכת בפורנוגרפיה אלימה משרישה בתפיסתו של האנס את המחשבה שמדובר באקט נפוץ, לגיטימי ומקובל חברתית (וכאמור, בחלק לא מבוטל מסרטים אלה האנס נהנה מלגיטימציה למעשיו גם מצד הנאנסת עצמה).

לסיכום, לאחר 40 שנה ויותר של חקר הקשר בין פורנוגרפיה לבין אלימות כלפי נשים ניתן לזהות קונצנזוס מחקרי סביב המסקנה שאכן קיים קשר בין צריכת פורנוגרפיה מסוגים מסוימים לבין עליית הסיכון לגילויי אלימות כלפי נשים מצד הצרכן. הקשר החזק ביותר מזוהה בהקשר של פורנוגרפיה אלימה, ובפרט פורנוגרפיה אלימה המטמיעה בקרב הצופה את התחושה שאונס הוא מעשה מקובל חברתית. לשאלת קיומו של קשר בין צריכת פורנוגרפיה לא אלימה לבין גילויי אלימות כלפי נשים, לעומת זאת, טרם נמצאה תשובה חד-משמעית. מכל מקום, ברור כי כיום קשה מאוד להגן על עמדה כגון זו שהשמיעה ועדת הנשיא בשנות השבעים, שלפיה הקשר בין פורנוגרפיה באשר היא לבין אלימות כלפי נשים הוא נטול בסיס מחקרי.

(ב) כיצד משתלב איסור פלילי המבוסס על רציונל זה בדין הפלילי?

עבירה פלילית המתייחסת לפרסום והצגה של פרסומים פורנוגרפיים העשויים לעודד אלימות כלפי נשים לא תהיה יוצאת דופן במשפט הפלילי הישראלי. כיום איסורי התועבה

214 Russell מצטטת מחקר סטטיסטי שלפיו 60% ממדגם מייצג של גברים השיבו בחיוב לשאלה "האם היית מבצע אונס לו הובטח לך שלא תיתפס", שם.

מבטאים גישה מרחיבה ביחס לסמכויות המדינה להפעיל אמצעי ענישה כלפי הפרט, גישה המוכנה לקבל איסור פלילי שבצדו עונש מאסר על גרימת "נזק מוסרי טהור". לעומת זאת, בניסוח מבוסס-נזק תבטא העבירה גישה צנועה הרבה יותר ביחס לסמכויות המדינה להפעיל אמצעי ענישה כלפי הפרט. ניתן לקבוע, מבלי להרחיק לכת, כי יצירת סיכון לחייו ושלמות גופו של אדם נתפסת כסיבה מוצדקת להפעלת סמכויותיה הפליליות של המדינה לפי כל תאוריית ענישה אפשרית, החל מגישות גמולניות טהורות ועד לניתוח הכלכלי. עבירה פלילית על פרסום חומרים פורנוגרפיים היוצרים סיכון לאלימות כלפי נשים לא תהיה שונה, למעשה, מעבירות רבות נוספות בחוק העונשין הישראלי שעניינן יצירת סיכון לחיי אדם ושלמות גופו.

הגבלות בדין הפלילי על פרסום, הפצה וצריכה של פורנוגרפיה העלולה לגרום לאלימות כלפי נשים איננה זרה, כפי שתואר לעיל, גם לשיטות משפט קרובות למשפט הישראלי, שבהן ניתן לזהות מגמה הדרגתית של מעבר מרציונל מוסרי מבוסס הלכת היקלין לרציונלים מבוסס-נזק. רציונל הנזק הוא הרציונל העיקרי מאחורי איסורי התועבה במשפט הקנדי שלאחר פסק הדין *Butler*, והוא הרציונל העומד, ככל הנראה, מאחורי החקיקה האנגלית החדשה; כמו כן, בשיטות משפט רבות ממשפחת המשפט המקובל (ובניהן ישראל) ניתן לזהות, לצד איסורי תועבה כלליים בעלי רציונל מוסרי, רציונל מבוסס-נזק בעבירות הנוגעות לפורנוגרפיית קטינים. עבירות אלה מעוגנות לרוב בחקיקה עדכנית יותר מאשר איסורי התועבה הכלליים.

## 2. על הקשר בין פורנוגרפיה לבין מעמד האישה בחברה

(א) הפורנוגרפיה ככלי להנצחת היררכיה מגדרית

הטיעון המרכזי ביסודה של גישת הפמיניזם הרדיקלי,<sup>215</sup> כפי שזו מוצגת בכתיבתה של הבולטות והמשפיעות בנציגותיו־קת'רין מקינאון (Catherine MacKinnon), מתבסס על הבחנה בין "מין" לבין "מגדר". מינו של יצור חי הוא עובדה ביולוגית המגדירה אותו כזכר או כנקבה, בעוד מגדר הוא תופעה חברתית ותרבותית ייחודית למין האנושי, המגדירה את הפרטים בחברה כ"גברים" או "נשים". השתייכות לקבוצת הגברים או הנשים קובעת את תפקידיהם החברתיים של הפרטים; חלקם ימלאו תפקידים גבריים וחלקן תפקידים נשיים, ומתוך התפקיד החברתי המיועד נגזרות התכונות הנתפסות כתכונות גבריות אידאליות ורצויות וכן תכונות נשיות אידאליות ורצויות. המגדר הוא

215 Radical Feminism, בשונה מזרמים אחרים בתנועת הפמיניזם הפוליטי, וביניהם: הפמיניזם הליברלי מבית מדרשו של ג'ון סטוארט מיל (ראו JOHN STEWART MILL, THE SUBJECTION OF WOMEN (1869)), הפמיניזם התרבותי, כפי שהוא מוצג בכתיבתה של קרול גיליגן (ראו CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE (1982)); הפמיניזם המרקסיסטי והסוציאליסטי ועוד.

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

תופעה כה אינהרנטית לחברה האנושית עד כי הפרטים בחברה מתקשים להבחין בינו לבין מין. התכונות המגדריות, יצירות אדם, נתפסות כטבעיות ואותנטיות לא פחות מהתכונות הביולוגיות, יצירות הטבע (למשל, ניתן לשער מבלי להרחיק לכת כי קיימת תפיסה נפוצה בחברה שלפיה מלאכת גידול הילדים היא "מטבעו" של המין הנשי כמעט כמו נשיאת העובר ברחם. בעוד התפקיד השני הוא עובדה ביולוגית, שכן גבר איננו מסוגל להרות, הרי שהטבע לא חסך מהגבר איבר או תכונה המונעים ממנו להשתתף במלאכת גידול הילדים, ו"אי-התאמתו" של הגבר לתפקיד היא קונוונציה חברתית). לפי גישת הפמיניזם הרדיקלי, האופן שבו התעצבה חלוקת התפקידים המגדרית איננו מקרי. כמעט בכל חברה אנושית קיימת, התפקידים הנשיים בחברה והתכונות הנשיות הרצויות עוצבו על ידי גברים מתוך כוונה ליצור דומיננטיות גברית ולהנציח אותה. תפקיד הנשים בחברה עוצב כדי לשרת את הגבר – אחזקת ביתו, גידול ילדיו וסיפוק צרכיו המיניים. גם התכונות הנשיות הרצויות עוצבו בהתאמה לתפקידה המיועד של האישה בחברה ומתוך כוונה לנטרל את יכולתה להתנגד לתפקיד זה. התכונות הנשיות האידאליות הן חום, רכות, רגישות ורגשנות, בעוד תכונות כגון כוחניות, אסרטיביות, דעתנות וחשיבה רציונלית ומפוכחת נתפסות כלא-נשיות. לא בכדי, טוענים חסידי הפמיניזם הרדיקלי, מדובר בתכונות אשר עשויות היו לסייע למין הנשי להיוודע להיררכיה המגדרית ולהיאבק לשינויה.<sup>216</sup>

הפורנוגרפיה, לטענת הפמיניזם הרדיקלי, איננה רק ביטוי קיצוני להיררכיה המגדרית המתבטאת בכל תחומי החיים, אלא היא עצמה בעלת תפקיד מפתח בהטמעת אותה היררכיה ובהנצחתה, ובמילותיה של מקינון, פורנוגרפיה היא "תעמולה גברית".<sup>217</sup> תעשיית הפורנוגרפיה משרישה בתפיסתם של הצופים דמות נשית שעברה "החפצה". היא נעשית מעין חפץ בכך שהיא נטולת רצונות, זהות או דעות. בסרטים פורנוגרפיים רבים הצילום אכן מתמקד באופן בלעדי באברי המין של האישה או בשדיה ובמכניקה של האקט המיני, עד כי ניתן לשכוח כי אותם איברים הם חלק מגופה של אישה, בשר ודם, ולא חפץ דומם. האישה המוצגת בפורנוגרפיה זמינה תמיד וחפצה תמיד בקיום יחסי מין, חווה עוררות מינית רק לנוכח מודל גברי דומיננטי וכוחני ונהנית מיחסי מין המציבים אותה בעמדה "נשלטת". השפעותיו של המודל הנשי הפורנוגרפי, לטענת הפמיניזם הרדיקלי, הן רחבות היקף ואינן תחומות בגבולותיה של תעשיית הפורנוגרפיה. הן מעצבות את האופן שבו גברים תופסים את המונחים "גבריות" ו"נשיות" ואת ההיררכיה בין גברים לנשים, והן משפיעות על עמדותיהם ודעתם של גברים על אודות שאיפותיהן של נשים ויכולותיהן. הפורנוגרפיה משפיעה גם על הנשים עצמן, שמפנימות באמצעותה

216 ראו Catherine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1987).  
217 Catherine A. MacKinnon, *Pornography as Defamation and Discrimination*, 71 B. U. L. REV. 793 (1991) (להלן: מקינון, 1991).

(בין שבאופן ישיר ובין שבאמצעות המגע היומיומי עם גברים שנחשפים לפורנוגרפיה) את מקומן בחברה ואת ציפיות החברה מהן. היא משפיעה כמישרין גם על מעמדם של גברים הומוסקסואלים, שתדמיתם ה"נשית" מציבה אותם בצד הכנוע והנשלט של ההיררכיה המגדרית, לצד הנשים.<sup>218</sup> הפורנוגרפיה מסומנת בכתיבה הפמיניסטית כמכשיר עוצמתי במיוחד לקיבוע ההיררכיה המגדרית, משום שהיא גורמת לארוטיזציה של אי-השוויון המגדרי. היא יוצרת בקרב צרכניה, בטווח הארוך, מעין התניה פבלובית המקשרת בין נחיתות נשית לבין גירוי מיני. כאשר צרכני פורנוגרפיה חווים עוררות מינית ממושכת תוך צפייה בהמחשה גרפית בוטה של נחיתות האישה מול הגבר, ההיררכיה המגדרית עצמה הופכת ל"סקסית" ולמגרה מינית.<sup>219</sup> טענה נפוצה בכתיבה פמיניסטית-רדיקלית היא כי לפרסומים פורנוגרפיים ולפרסומים גזעניים יש מכנה משותף רחב: פרסומים משני הסוגים מסמנים קבוצה מסוימת בחברה כנחותה אל מול קבוצות אחרות בשל מאפיינים הטבועים בה ואינם ניתנים לשינוי או לבחירה; מטרתם "לשווק" ולהטמיע היררכיה חברתית בין נחותים לעליונים, תת-אדם ועל-אדם, ואתה היררכיה מתוארת לעתים קרובות כטבעית, מבוססת מבחינה מדעית ובלתי ניתנת לערעור; פרסומים משני הסוגים מודעים לכוחה הרב של תקשורת חזותית, ומתקשרים באמצעות תמונות וסרטים הן עם הקבוצה החזקה והן עם הקבוצה המוחלשת לצורך חיזוק תחושת העליונות ושימור תחושות הנחיתות; ומעל הכול, פרסומים משני הסוגים מובילים, בסופו של דבר, לאלימות כלפי הקבוצה המוחלשת.<sup>220</sup>

(ב) כיצד משתלב איסור פלילי המבוסס על רציונל זה בדין הפלילי?

עבירה פלילית המגבילה את הפצתם של חומרים פורנוגרפיים המציגים נשים כנחותות לעומת גברים עשויה להתמקד באספקטים שונים ובהשלכות שונות של ההיררכיה המגדרית. עבירה המבוססת על רציונל זה עשויה לראות בשמן הטוב של נשים אינטרס מוגן בפני עצמו, או לראות בפגיעה בשמן הטוב של נשים יצירת סיכון לגרימת נזק פיזי. היא עשויה להתמקד באופן בלעדי בסיכון שגורמת הפורנוגרפיה, בשל אופייה המיזוגני, לאלימות כלפי נשים (התאמתה של עבירה כגון זו לדין הפלילי נדונה בחלקו הראשון של הפרק). לחלופין, היא עשויה להתמקד באופן בלעדי בפגיעה בשמן הטוב של נשים

218 אורית קמיר כבוד אדם וחוה 181–202 (2007) (להלן: קמיר), וכן מקינון, 1991, שם; וראו גם אלון הראל "הערות על פורנוגרפיה ושוויון מגדרי" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום 589 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, התשס"ג) (להלן: הראל).

219 Catherine Itzin, *Pornography and the Social Construction of Sexual Inequality*, in ANDREA DWORKIN, שם; קמיר, שם; PORNOGRAPHY 55 (Catherin Itzin ed., 1992) וראו גם הראל, שם.

220 ראו למשל Aminata Forna, *Pornography and Racism: Sexualizing Oppression and Inciting Hatred*, in Itzin, לעיל ה"ש 194, בעמ' 106; וכן מקינון, 1991, לעיל ה"ש 217.



מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

ובמוניטין שלהן, תוך יצירת הסדר ספציפי ומיוחד לפרסומים מיזוגניים כתחליף להסדר הכללי שבחוק איסור לשון הרע,<sup>221</sup> וכן היא יכולה להתייחס באופן רחב לשלל הדרכים שבהן פרסומים פורנוגרפיים מיזוגניים עשויים לפגוע בנשים – החל מעידוד גילויי איבה ואלומות כלפי נשים ועד לפגיעה במעמדן הציבורי ובשמן הטוב. עבירה כזו עשויה להיות דומה לעבירות בחוק העונשין הנוגעות לפרסומים המסיתים לגזענות, אלימות או טרור.<sup>222</sup> מכל מקום, הגנה על השם הטוב והמוניטין, הגנה מפני גילויי איבה ומפני פגיעה במעמד הציבורי בוודאי איננה רציונל זר לדיני העונשין, לא כל שכן הגנה מפני אלימות, פגיעה בחיים ובשלמות הגוף.

מבחינת סימוכין במשפט המשווה – באשר לעבירה המתייחסת לפוטנציאל הנזק של פרסומים פורנוגרפיים לא אלימים המציגים דימוי נשי משפיל או מבזה – ניתן לציין את הלכת באטלר הקנדית. זו קובעת, כזכור, כי פרסומים כאלה עשויים להיחשב לפרסומי תועבה (אם כי בסבירות נמוכה יותר מאשר פורנוגרפיה אלימה). לעומת זאת, מצבן של עבירות פליליות שבבסיסן רציונל של מניעת פגיעה בשמן הטוב של נשים במנותק משאלת הנזק הפיזי טוב פחות: קשה לאתר בחקיקה ופסיקה זרות דוגמאות לשימוש בדיני לשון הרע על ציבור כנגד פרסומים פורנוגרפיים, או לקיומה של חקיקה פלילית המתייחסת באופן בלעדי לפגיעתם של פרסומים פורנוגרפיים בשמן הטוב של נשים ובמוניטין שלהן במנותק משאלת הסיכון לגרימת נזק פיזי.

ראוי להזכיר, בהקשר זה, ניסיון מפורסם ליצירת הסדר חוקי שנועד להתמודד עם התופעה של אלימות כלפי נשים כתוצאה של צריכת פורנוגרפיה על ידי גברים באמצעות הכלים שמספק המשפט הפרטי: ה־Antipornography Civil Rights Ordinance הייתה יוזמת חקיקה שמאחוריה עמדו הכותבות הפמיניסטיות המשפיעות קת'רין מקינזון ואנדריאה דבורקין (Andrea Dworkin). השתיים ביקשו ליצור עילת תביעה נזיקית מרחיקת לכת עבור נשים שנחשפו להשפעותיה המזיקות של הפורנוגרפיה על מעמדן החברתי, על שמן הטוב או על חייהן ושלמות גופן. בין השאר הן הציעו כי לכל אישה תקום עילת תביעה נזיקית כנגד יצרנים ומפיצים של פורנוגרפיה בשל פגיעה בשמן הטוב ובמעמדן החברתי של נשים באשר הן, וכן הציעו כי כל אישה אשר חוותה אלימות פיזית בעקבות צפייה בחומרים פורנוגרפיים תוכל להגיש תביעה כנגד היצרנים והמפיצים של

221 חוק איסור לשון הרע, התשכ"ח–1965, ס"ח 464, 240; פרסום לשון הרע על המין הנשי מהווה "לשון הרע על ציבור", וסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע קובע כי הגשת כתב אישום בשל פרסום לשון הרע על ציבור היא אמנם אפשרית, אך טעונה הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה. כמו כן דורש סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע כי הפרסום ייעשה "בכוונה לפגוע" (לצורך התגבשות העילה הפלילית בלבד), ולהתפרסם בקרב שני בני אדם או יותר וזולת הנפגע. סוגיה נפרדת היא תביעות מצד מי שמופיע בפרסומים פורנוגרפיים שנעשו או פורסמו בניגוד לרצונו – פרסומים אלו אסורים מכוח חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, ס"ח 1011, 128.

222 סעיפים 144א עד 144ח לחוק העונשין.

אותם סרטים ספציפיים שהובילו לאלימות כלפיה.<sup>223</sup> יוזמת החקיקה הצליחה לעורר דיון ציבורי נרחב, וגרסאות המבוססות עליה אכן נתקבלו כחקיקה מקומית (Ordinance) בערים מספר בארצות הברית. ואולם, בכל המקרים, ללא יוצא מן הכלל, גררה חקיקת החוק פנייה לבית המשפט שפסל את חוקתיותו מטעמים של פגיעה בחופש הביטוי, שכן הגדרת "פורנוגרפיה" בחקיקה המבוססת על הצעתן של דבורקין ומקינן הייתה רחבה בהרבה מזו שנקבעה במבחני מילר.<sup>224</sup> עם זאת, כל ניסיון ליצור היקש בין פסיקת בית המשפט האמריקני בנוגע ל-Ordinance לבין סיכוייה של הוראת חוק פלילית המתייחסת להשפעות הפורנוגרפיה על מעמד האישה להיקלט כחלק מהמשפט הפלילי בישראל ראוי שייעשה בזהירות. ראשית, יש לזכור כי אף על פי שחופש הביטוי נחשב זכות חוקתית ראשונה במעלה גם במשפט הישראלי, היקף ההגנה החוקתית שהוא זוכה לה איננו זהה לזה הנוהג במשפט האמריקני;<sup>225</sup> שנית, ה-Ordinance ביקשה ליצור עילה נזיקית עבור נשים נפגעות פורנוגרפיה, ולא עבירה פלילית. ביסוסה של עילת תביעה נזיקית רחבה כל כך היא פוגענית לאין שיעור כלפי חופש הביטוי לעומת עבירה פלילית. ההגנה שהנתבע זוכה לה בתביעה נזיקית חלשה לאין ערוך לעומת הגנה שלה זוכה הנאשם בהליך פלילי – מבחינת הקלות שבה ניתן לפתוח בהליך משפטי, נטלי ההוכחה והשכנוע, דיני הראיות וסדר הדין. אין להשוות בין מצב משפטי שבו תוכל כל אישה לתבוע כל מפיק פורנוגרפיה בשם כל הנשים באשר הן, לבין עבירה פלילית שהיא גרסה מבוססת-נזק של סעיף 214, שלפיה ניתן יהיה להגיש כתב אישום בשל פגיעה בשמן הטוב של נשים רק על ידי פרקליט מחוז או בהסכמתו בכתב.

### 3. פורנוגרפיה כפגיעה ברגשות הציבור

כנגד אופן הצגתם של איסורי התועבה בפרק השלישי למאמר – כעבירות שמאחוריהן מסתתר רציונל מוסרני – ניתן להעלות טענה שלאמתו של דבר אין עניינם של איסורי התועבה בעולמם הערכי של הפרטים בחברה אלא בהגנה על רגשותיהם. כאשר קבע בית המשפט כי פרסום תועבה הוא פרסום המשחית את הרוח ואת המוסר לא הייתה דאגתו דאגה למוסר גופא, אלא דאגה שמקורה בהנחה או ב"כלל אצבע" שלפיהם לאתגור תפיסותיה המוסריות של החברה על ידי פרסומים מיניים שנויים במחלוקת עלולה

223 ראו ANDREA DWORKIN & CATHARINE A. MACKINNON, PORNOGRAPHY AND CIVIL RIGHTS: A NEW DAY FOR WOMEN'S EQUALITY (1988).

224 חקיקה מקומית ברוח ההצעה התקבלה באינדיאנפוליס, אינדיאנה (1984) אך הוכרזה כלא חוקתית בידי בית המשפט הפדרלי לערעורים בפסק הדין המכונן ( American Booksellers Assn. Inc. v. Hudnut, 771 F.2d 323 (7<sup>th</sup> Cir. 1985) (להלן: עניין Hudnut); ובבלינגהם, וושינגטון (1988) שם הוכרזה כלא חוקתית בידי שופטת מחוזית – ראו Village Books v. City of Bellingham, No. 88-1470 (W.D. Wash. 1989).

225 וראו דיון בפרק ב' למאמר.

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

להתלוות פגיעה חמורה ברגשות הציבור. כך ניתן להציג את איסורי התועבה כעבירות בעלות רציונל מבוסס-נזק ולהדוף ביקורת הנוגעת לשאלה של אכיפת מוסר נוהג בחברה ליברלית. רציונל זה מסביר היטב מדוע הקפיד החוק להבחין בין הצגת תועבה במקום ציבורי (שבו הפגיעה ברגשות הציבור חזקה ומובהקת יותר) לבין הצגה במקום שאינו ציבורי, והיא מתיישבת עם גישתו הטיפוסית של בית המשפט לפורנוגרפיה כמשפט המנהלי והחוקתי בישראל – כתופעה המזמינה איזון בין חופש הביטוי מחד גיסא ופגיעה ברגשות הציבור מאידך גיסא. רציונל של פגיעה ברגשות הציבור בוודאי קיים בסעיף 214א, המציין זאת במפורש: אחת מהגדרות המשנה של "פרסום פוגע" כוללת "תמונה של חשיפה חלקית של גוף [...] שיש בה פגיעה ברגשותיו המוסריים של הציבור או חלק ממנו".

ואולם, השוואה בין סעיף 214 לסעיף 214א מעלה תהייה אם טענה שסעיף 214 מושתת על רציונל מבוסס-נזק של פגיעה ברגשות הציבור אכן משקפת את הדין הקיים. ראשית, הגם שניתן לאתר בפסיקה פלילית בנוגע לעבירות התועבה התייחסויות בדברי השופטים לפגיעה ברגשות הציבור שבפרסום כשיקול משני, קשה מאוד לאתר אזכורים של רציונל זה כשיקול מכריע;<sup>226</sup> שנית, אם פרסום תועבה הוא פרסום הפוגע ברגשותיו המוסריים של הציבור, מדוע טרח המחוקק ליצור את סעיף 214א מלכתחילה? ניסיונו של חבר הכנסת פלדמן לימד אותו (ואותנו) כי לפני חקיקת סעיף 214א לא גילו המשטרה והפרקליטות נכונות לאכוף את הוראות סעיף 214 בשל פגיעה ברגשות בלבד. ויתרה מכך: אם מאחורי שני הסעיפים, 214 ו-214א, מסתתר אותו רציונל של פגיעה ברגשות הציבור, מהי ההצדקה למדרג כה קיצוני בענישה בין שניהם (שלוש שנים לפי סעיף 214 לעומת שישה חודשים לפי סעיף 214א)? כיצד ניתן להצדיק הסדר חוקי שלפיו פגיעה ברגשות הציבור דווקא על גבי שלט חוצות מפחיתה את העונש המקסימלי ביותר מ-83% לעומת פגיעה ברגשות הציבור על גבי מדיום אחר?

אם ביסוס סעיף 214 על רציונל מבוסס-נזק של פגיעה ברגשות הציבור איננו בבחינת דין מצוי, הרי שעיון בפסיקה הפלילית (הנדירה) המתייחסת לאכיפתן של עבירות בחוק העונשין הנוגעות לפגיעה ברגשות הציבור מעלה תהייה אם מדובר בדין רצוי. אף על פי שבית המשפט איננו נרתע מלהגן על רגשות הציבור באמצעות המשפט המנהלי, בפרשת סוסצקין,<sup>227</sup> שבה עסק בית המשפט בעבירה על סעיף 173 לחוק העונשין (פגיעה ברגשי

226 ראו למשל עניין עומר, לעיל ה"ש 15, שבו נקבע כי הפרסום המדובר איננו פוגע ברגשות הציבור, ובכל זאת נדחה ערעור הנאשם על הרשעתו בשל הפגיעה המוסרית שבפרסום: "הפעם אנו דנים בהפצת חומר כתוב [...] לא הייתה כאן הצגה חזותית בפומבי של החומר עצמו (להבדיל מן הספר המכיל אותו), בה כרוך גורם מיוחד של פגיעה ברגשות הציבור [...] די לי לומר לצורך הענין שלפנינו שתיאורים של נושאים מיניים שאין בהם אלא מגמה להדהים את הקורא על-ידי גיבובי גועל וזוהמה לשמם – לתיאורים כאלה ממילא מגמה להשחית את המוסר".

227 ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289, פס' 14 לפסק דינו של השופט אור (1998).

דת),<sup>228</sup> התייחס השופט אור לבעייתיות המובנית שבשימוש בדין הפלילי לצורך הגנה על רגשות הציבור:

השימוש בהוראת סעיף 173 כבסיס לאישום פלילי הוא נדיר ביותר [...] ככל שהצלחתי לברר, אין בפסיקת בית-המשפט העליון ולו עניין פלילי אחד שבו עלה אישום בעבירה לפי הוראה זו. מצב דברים זה משקף את הבעייתיות הרבה הכרוכה באיסור זה. לא נחטא אם נאמר, כי איסור פלילי רחב על פרסום אשר יש בו לפגוע ברגשות, לרבות רגשות דתיים, מצוי במסלול התנגשות חזיתית עם ערכיה היסודיים של מדינה דמוקרטית. במדינה דמוקרטית, מוכרת חירותו היסודית של האדם לנהוג ולהתבטא בהתאם להשקפותיו, אמונותיו וטעמיו, מבלי שהמדינה תטיל מגבלות על כך [...] הטלת מגבלה על התנהגותו של אחד, בשל העובדה שעצם התנהגותו זו סותרת את ערכיו של האחר, ולכן פוגעת ברגשותיו של האחר, אינה מתיישבת עם תפיסות היסוד של מדינה דמוקרטית (הדגשה שלי – ל"ע).

### ה. דיון בדין הרצוי: מאפייניה, יתרונותיה וחסרונותיה של עבירה מבוססת-נזק

#### 1. יתרונותיו וחסרונותיו של ניסוח מבוסס-נזק

בפרק ג' למאמר הוצגה הבעייתיות הרבה שיוצר סעיף 214 בניסוחו המוסרני: האופן שבו נכשל המשפט הישראלי במתן הסבר מניח את הדעת לאנומליה שבהימצאותם של איסורי התועבה, המאפשרים למדינה להפעיל את סמכויותיה לאכיפה פלילית לשם הגנה על המוסר הנוהג, בדיני העונשין של שיטת משפט ליברלית; האופן שבו ניסוחה העמום של העבירה ושיקול הדעת הנרחב המסור בידי השופט באכיפתה פוגע בעקרון החוקיות, ומתוך כך בצפיות המשפטית, בתרבות החקיקתית, בעקרון הפרדת הרשויות, בשוויון החברתי וביכולתו של חוק העונשין להדריך ולהכווין התנהגות; השלכותיה הקשות של ההחלטה להותיר בידי בית המשפט את ההכרעה בשאלות מוסריות מול חברה משוסעת ומקוטבת; ולבסוף – האופן שבו יוצר הניסוח המוסרי מערך שיקולים אשר איננו מאפשר לבית המשפט להגן על המוסר החברתי כפי שהתכוון המחוקק. בחלק זה של המאמר אבחן אילו מן הבעיות שהוצגו זוכות למענה בניסוח מבוסס-הנזק של סעיף 214, לאילו

228 לשון העבירה: "העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שנה אחת; (1) מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים; (2) משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים".

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

מהן הוא לאו דווקא נותן מענה, ואם ניסוח מבוסס-נזק יוצר בעיות חדשות וייחודיות אשר אינן רלוונטיות בנוגע לניסוח מוסרני.

יתרוננו הבולט והאינטואיטיבי של ניסוח מבוסס-נזק על פני ניסוח מוסרני הוא השתלבותו הטבעית והפשוטה יותר במדיניות ענישה של שיטת משפט ליברלית. ניסוח מבוסס-נזק איננו גורר שאלות סבוכות על אודות סמכות המדינה להפעיל את מערכת האכיפה הפלילית כלפי האזרח. כאמור, ניסוח המאפשר למדינה להפעיל ענישה פלילית כנגד פרט הגורם נזק לפרטים אחרים – מסכן את חייהם, שלמות גופם, רכושם או שמם הטוב – מייצג תפיסה צנועה בהרבה של סמכויות המדינה כלפי האזרח מאשר ניסוח המאפשר להגן, באמצעות הדין הפלילי, על תפיסות מוסריות רווחות. מניעת נזק כזה מצד פרטים אחרים בחברה היא הדרישה היסודית להתכנותם של שיתוף פעולה ושגשוג בין הפרטים בחברה, ועל כן הנה סיבה מוצדקת ובסיסית לקיומה של המסגרת המדינית ולסמכות המדינה להפעיל כוח כלפי אזרחיה גם לפי האדוקים שבלברלים (היא זוהתה ככזו שנים רבות לפני המחשבה הליברלית מבית מדרשו של מיל (John Stewart Mill), למשל ברעיונות המוצגים בתאוריית "מצב הטבע" המפורסמת של תומאס הובס (Thomas Hobbes), או בכתיבתם של ג'ון לוק (John Locke) וז'אן-ז'אק רוסו (Jean-Jacques Rousseau).<sup>229</sup> גם מבלי להידרש להכרעה או לנקיטת עמדה במחלוקת הנצחית בין דבלין להארט על אודות סמכותה של המדינה הליברלית לאכוף מוסר נוהג, הרי שבחירה במדיניות ענישה המדגישה את סמכות המדינה להפעיל ענישה פלילית כדי למנוע גרימת נזק היא מכנה משותף מובהק לכל תורת ענישה ליברלית (ויש להניח שגם לרוב תורות הענישה הלא-ליברליות). נוסף על כך, בפרק ב' למאמר תואר המעבר ההדרגתי, בשיטות משפט רבות ממשפחת המשפט המקובל, מניסוח מוסרי של עבירות התועבה לעבר ניסוח מבוסס-נזק. מעבר זה ניכר הן בנוגע לפורנוגרפיה מכל סוג באופן גורף, כמו במשפט הקנדי שלאחר פסק הדין באטלר, והן באופן חלקי, כפי שמשקף ב-Criminal Justice and Immigration Act האנגלי בנוגע לביטויים פורנוגרפיים "קיצוניים" ובשיטות משפט רבות אחרות (וביניהן ישראל) בנוגע לפורנוגרפיית קטינים. אם יש בכך אינדיקציה להתפתחות נכונה של תאוריית ענישה, נמצא שבחירה במדיניות ענישה המצמצמת את סמכויות המדינה לאכוף מוסר ומדגישה את סמכותה למנוע נזק היא, לכל הפחות, "יישור-קו" עם מגמה רחבת היקף בשיטות משפט ליברליות הקרובות היסטורית ואידאולוגית למשפט הישראלי.

יתרון נוסף של ניסוח מבוסס-נזק, לפחות במשפט הישראלי, הוא שניסוח כזה איננו צפוי לחשוף את בית המשפט לסכנת אבדן הלגיטימציה בקרב חלקים מהחברה המחזיקים

229 ראו THOMAS HOBBS, LEVIATHAN (1950); ובעברית: תומאס הובס לויאתן, או, החומר, הצורה והכוח של מדינה כנסייתית ומדינתית (אהרן אמיר מתרגם, מנחם לוברבוים עורך, 2009); וכן RICHARD ASHCRAFT, LOCKE'S TWO TREATISES OF GOVERNMENT (1987).

בתפיסות עולם שאינן ליברליות, כפי שחושף אותו שימוש בניסוח ובטרמינולוגיה מוסרניים. עבירה מבוססת-נזק מציבה את השופט במקומו הטבעי, כמעריך ומנהל סיכונים פוטנציאליים, ולא כמי שמכריע בשאלות הנוגעות לערכים ומוסר כמעין מנהיג רוחני. לשופט ולבית המשפט נתונים הכלים, הניסיון, המומחיות ובעיקר הלגיטימציה הציבורית להערכת הפוטנציאל הטמון במעשים ומחדלים לגרום נזק לחייו, לגופו, לרכושו או לשמו הטוב של אדם. מנדט זה ניתן לבית המשפט מדי יום, כאשר בעלי הדין באים לפניו בסוגיות פליליות, נזיקיות ואחרות. ואולם, כשמדובר בהכרעה בשאלות מוסריות וערכיות, ניכרת התייחסות שונה. מצד אחד, יש הרואים את שופטי בית המשפט כמייצגים ערכים חברתיים נעלים, שהנם מופת מוסרי ואשר לאורם יש ללכת; מצד אחר, אלה שאינם מזדהים לחלוטין עם מערכת הערכים הליברלית שבבסיס מערכת אכיפת החוק רואים בפרקליטות, בשופטי בית המשפט ובמערכת החוק כולה "ערכאות של מטה", אשר אנשיה, גם אם הם נתפסים כראויים, מוכשרים ומסורים, אינם מהווים סמכות רוחנית. ערכי המוסר שעליהם מושתתת פסיקתו של בית המשפט אינם מייצגים את תפיסת עולמו של אותו ציבור, ומנקודת מבטם יומרתו של בית המשפט להכריע עבורם בשאלות המערכות פגיעה במוסר היא בבחינת Ultra Vires. גם במנותק משאלת הסמכות לדון בענייני מוסר, ארגז הכלים שבו משתמש בית המשפט להכרעה בשאלות הנוגעות להערכת מסוכנותם של מעשים ומחדלים הוא אינטואיטיבי, אובייקטיבי, שקוף וקונצנזואלי הרבה יותר (אם כי לא באופן מוחלט) מאשר האיזון בין ערכים, אינטרסים וזכויות, המשמש את בית המשפט להכרעה בשאלות בעלות פן מוסרי. המילה "מוסר" מזמינה ויכוחים אתיים ומטה-אתיים נצחיים על אודות הגדרתו, היקפו והדרכים שבהן ניתן לכמת ולהעריך פגיעה בו. לעומת זאת, נזק פיזי, ממוני או תדמיתי הם מונחים משפטיים פשוטים ובסיסיים, ויש הסכמה רחבה בנוגע להגדרתם ולאופן שבו ניתן לכמת ולהעריך אותם, ובכוחם ליצור שפה משותפת בין פרטים בחברה בעלי תפיסות עולם שונות בתכלית.

אין די בעצם העובדה שמגבלה על פורנוגרפיה תנוסח בדין הפלילי כעבירה מבוססת-נזק כדי להבטיח שהעבירה איננה פוגעת בעקרון החוקיות. גם עבירה מבוססת-נזק עשויה להיות מנוסחת בעמימות המותירה לשופט שיקול דעת נרחב באופן הפוגע בשוויון, בעקרון הפרדת הרשויות, ביכולת להדריך ולהכווין התנהגות וכדומה (למשל: עבירה הקובעת בלקוניות כי "המפרסם פרסום פורנוגרפי העלול לגרום לנזק דינו מאסר שלוש שנים" איננה בהירה ומדויקת יותר מאשר ניסוחו הנוכחי של סעיף 214). מן העבר האחר, גם עבירה המנוסחת על בסיס מוסרי עשויה להיות מפורטת, בהירה ומדויקת הרבה יותר מאשר ניסוחו הנוכחי של סעיף 214 (היא עשויה לכלול, למשל, "אטומיזציה" של פרסומים פורנוגרפיים המציינת בפרטי פרטים אילו פרסומים מהווים פגיעה במוסר ואילו פרסומים אינם כאלה, כפי שהציע השופט חשין בפרשת סטיישן פילם). ובכל זאת, ניתן

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

לקבוע מבלי להרחיק לכת כי למחוקק בעל רצון טוב, המעוניין ליצור עבירה ברורה ומדויקת ככל האפשר, יהיה פשוט יותר לתת תשובה מלאה, מפורטת ומנומקת לשאלה "אילו פרסומים פורנוגרפיים צפויים להוביל לאלימות כלפי נשים" מאשר לשאלה "אילו פרסומים פורנוגרפיים מהווים פגיעה במוסר החברתי". ניסיון לתת תשובה מפורטת ומנומקת לשאלה הראשונה מזמין ביצוע מחקרים אמפיריים וסטטיסטיים; אלה אמנם עשויים להיות חלוקים בתוצאותיהם ובמסקנותיהם (ואף מנוגדים זה לזה, כפי שהוצג בפרק ד' למאמר), אך אי־ודאות המבוססת על מחקרים רבים וסותרים גם היא תשובה מדעית. המחוקק והשופט יוכלו אפוא לבחור מדיניות להגבלת פורנוגרפיה שתתאים לסיטואציה שבה לא ניתן לקבוע באופן חד־משמעי אם יש לה השפעות מזיקות (בדומה לכך קובע המחוקק, למשל, כאשר הוא נדרש לתקן תקנות בנוגע להצבת אנטנות סלולריות, נוכח מחקרים רבים וסותרים על אודות השפעותיה המזיקות של קרינה אלקטרומגנטית). ניסיון לתת תשובה מפורטת ומנומקת לשאלה השנייה מזמין, במקרה הטוב, וכחנות פילוסופית ופוליטית נצחית על אודות הדרך להגדיר את המוסר החברתי הנוהג, הגורם המוסמך להכריע בשאלה והיקפו המדויק; במקרה הרע יביא ניסיון כזה לפשרה וניסוח עמום וכללי המותיר מקום נרחב להכרעה שיפוטית המבוססת על הערכה סובייקטיבית, נחרצת ולא מנומקת של השופט בנוגע למוסר החברתי וגבולותיו (תחום שלבית המשפט לא נתונה, כאמור, לגיטימציה רחבה לעסוק בו). גם אם לא כל עבירה מבוססת־נזק מתיישבת עם עקרון החוקיות יותר מאשר כל עבירה מוסרנית, הרי שיש לה פוטנציאל רב יותר להיות מנוסחת כעבירה מפורטת וברורה המציגה הסדר חוקי משכנע, קונצנזואלי ומנומק היטב, שביכולתו ליצור צפיות משפטית מבוססת יותר, להדריך ולהכווין התנהגות ולחדד את עקרון הפרדת הרשויות ואת חשיבותה של חקיקה פלילית מדויקת.

חיסרון אפשרי של מגבלה מבוססת־נזק על פורנוגרפיה לעומת ניסוח מוסרני הוא בשינוי האופן שבו מתנהלים דיוניים משפטיים בנושא, העלול לייקר את עלויות הדיון ולהאריך אותו. כיום, לפי ניסוחן הקיים של עבירות התועבה, ההכרעה בשאלה אם יש בפרסומו של חומר פורנוגרפי מסוים משום פגיעה במוסר החברתי הנוהג נתונה לבחינה סובייקטיבית של השופט, שאינו נדרש להיוועץ באיש מלבד עצמו. המסקנות שאליהן יגיע השופט עשויות (ואף צפויות) להיות שנויות במחלוקת, אך אין חולק על כך שמדובר בדרך מהירה ויעילה להכריע בשאלות משפטיות. אין צורך בזימון עדים־מומחים או בחוות דעת מטעם ההגנה והתביעה, אין צורך בסקרי דעת קהל או בקריאה של תוצאות מחקרים. אין ערך רב גם בעיון בפסיקה קודמת בנושא, שהרי הקריטריונים להכרעה בשאלה משתנים "מתקופה לתקופה ומשופט לשופט". ככל שניסוח מבוססת־נזק של העבירה יראה בראיות סטטיסטיות ואמפיריות או בחוות דעת מקצועיות כלי רלוונטי להכרעה בשאלת פוטנציאל הנזק של פרסום, הדיון המשפטי בנוגע לחוקיותם של

פרסומים פורנוגרפיים צפוי להתייקר ולהתארך. החיסרון יהיה רלוונטי פחות אם הוראות החוק והפסיקה בנושא תבחרנה בדרך של שימוש ב"כללי אצבע" ובחזקות חלוטות שלפיהן פרסומים פורנוגרפיים מסוגים מסוימים (למשל פורנוגרפיה אלימה או המציגה דמות קטין) הם בעלי פוטנציאל נזק מוגבר.

לתפיסה שלפיה הפחתת עיסוקן של בית המשפט בסוגיות מוסריות תגשר במידת מה על השסע הדתי-חילוני במדינת ישראל ותתרום ליצירת שיח משפטי משותף בין פרטים בעלי תפיסות עולם שונות יש גם טענת-נגד. ניתן לטעון כי חיסרון מובנה של מגבלה מבוססת-נזק המחליפה מגבלה מוסרנית הוא בהפיכת הפגיעה במוסר לשיקול שאיננו רלוונטי, לכשעצמו, להתגבשות עילה פלילית. בכך שולח המחוקק מסר חד-משמעי לחלקים השמרניים בציבור: דעו לכם כי המדינה איננה מוכנה שוב להפעיל את סמכויותיה כדי להגן על אותם ערכים החשובים לכם כל כך. גם במציאות שבה נוקטת מערכת המשפט מדיניות ליברלית ממילא ביחס לאיסורי התועבה אין מדובר באמירה חסרת משמעות. סביר להניח כי אדם המגיש תלונה במשטרה כנגד תלייה של מודעת פרסומת באזור מגוריו המציגה נשים בלבוש חושפני יודע כי בית המשפט לא יוכל להרשיע את המפרסם כל עוד אין מדובר בפרסום בוטה באופן קיצוני; למרות זאת פונה הוא לבית המשפט, משום שעצם הפנייה משמשת לא רק כאמצעי ל"שחרור קיטור" אלא גם כבמה שבאמצעותה יכולים אותם חלקים שמרניים בציבור להעלות נושאים אלה לדיון ציבורי. כל עוד פגיעה במוסר היא שיקול רלוונטי להפעלת הדין הפלילי, לא יוכל בית המשפט לדחות תביעות כאלו על הסף ויאלץ, לכל הפחות, לדון בהן. גם אם בסופו של דבר ימשיך להתבצר בעמדתו הליברלית, בית המשפט מביע כבוד בסיסי כלפי תפיסות עולם מתחרות, שאינן ליברליות, הרווחות בקרב חלקים מהציבור. התעלמות גורפת של בית המשפט מפגיעתם של פרסומים פורנוגרפיים במוסר עשויה לגרום לרגשות ניכור כלפי מערכת המשפט ואף להוביל לכך שרגשות העלבון והזעם כלפי פרסומים פורנוגרפיים, שעשויים היו להתמצות בפנייה למערכת אכיפת החוק, יבואו לידי ביטוי באמצעים אחרים ורצויים פחות. עם זאת יש להזכיר כי אדם שיחוש כי פרסום פורנוגרפי (אשר לא ניתן להוכיח שקיים בו פוטנציאל נזק) פוגע במוסר החברתי ועל כן אין מקומו ברשות הרבים לא יוותר חסר כלים משפטיים; הוא יוכל לטעון כי הפרסום פוגע ברגשותיו, וטענות הנוגעות לפגיעה ברגשות הציבור, הגם שאינן מקובלות ורצויות במשפט הפלילי, הן טענות מבוססות ומוכרות במשפט המנהלי. ניתן יהיה למנוע את הקרנתו של סרט, את מכירתה של חוברת בדוכן עיתונים או את תלייתה של מודעת פרסום (או לכל הפחות לעורר דיון ציבורי בשאלת פגיעתם של פרסומים אלה ברגשות הציבור) גם מבלי לשלוח את יוצריהם של אותם פרסומים לעד שלוש שנות מאסר בשם הפגיעה במוסר החברתי.



מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

## 2. כיצד עשוי להיראות ניסוח מבוסס-נזק של איסורי התועבה?

עבירה בעלת רציונל מבוסס-נזק (להוציא נזק מוסרי טהור או נזק של פגיעה ברגשות הציבור) שתתפוס את מקומם של סעיפים 214 ו-214א לחוק העונשין עשויה ללבוש צורות שונות ומגוונות, ולאופן ניסוחה עשויה להיות השפעה מכרעת על יחסי הכוחות בין הנאשם לתביעה. באופן מכליל ניתן לומר כי ככל שהעבירה היא תוצאתית באופן מובהק יותר, דורשת הוכחת יסוד עובדתי מורכב יותר ויסוד נפשי הנוטה יותר לעבר כוונה – ניסוח העבירה נוטה לטובת האינטרס של ההגנה; ככל שהעבירה היא התנהגותית יותר, דורשת הוכחת יסוד עובדתי מורכב פחות ויסוד נפשי הנוטה יותר לעבר אחריות מוחלטת, ניסוח העבירה נוטה לטובת האינטרס של התביעה. שאלת החלוקה הראויה של יחסי הכוחות והקצאת נטלי ההוכחה והשכנוע בין התביעה להגנה בעבירות מסוג זה היא שאלה של מדיניות חקיקתית הדורשת דיון רחב מכפי שאוכל להציג במאמר זה (וראויה למאמר בפני עצמה). הניסוח שאציע בחלק זה של המאמר יציג שינוי של סעיפים 214 ו-214א המבקש להימנע, ככל שניתן, משינויים קיצוניים בחלוקת יחסי הכוחות בין הצדדים. הוא יכול רק את השינויים הנגזרים מעצם החלפת הנסיבה "פרסום תועבה", שבה עסקתי עד כה, ברכיב נסיבתי אשר איננו מזמין פרשנות מוסרנית אלא פרשנות מבוססת-נזק.

אפשרות אחת להחלפת הביטוי "פרסום תועבה", הכולל בתוכו הגנה על שני האינטרסים שהוזכרו בתחילת הפרק, ניתן למצוא באחד החוקים המהווים את המסגרת הנורמטיבית להגבלות המנהליות על פורנוגרפיה: סעיפים 6 כה ו-4ט לחוק התקשורת (בזק ושידורים). סעיפים אלה, שהוזכרו בפרק הראשון למאמר ועניינם מגבלות על שידורים פורנוגרפיים בטלוויזיה ואתרי אינטרנט פורנוגרפיים, טבעו את המונח "תוכן פוגעני" הכולל "הצגת יחסי-מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול", "הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין" וכן "הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני". גרסה לא מוסרנית של ההסדר החוקי הקיים בסעיפים 214 ו-214א, המבוססת על המונח "פרסום פוגעני" במקום "פרסום תועבה", עשויה להיראות כך:

214. (א) בסעיף זה -

"פרסום פוגעני" – כל אחד מאלה:

- (1) הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול;
- (2) הצגת אדם שאינו קטין, או איבר מאיבריו, כחפץ זמין לשימוש מיני;

#### לימור עציוני

- (3) הצגת יחסי מין עם אדם הנחזה לקטין, עם הדמיית קטין או עם ציור של קטין;
- והכל כשאינן בתוכן המוצג ערך אמנותי, מדעי, חדשותי, חינוכי או הסברתי המצדיק, בנסיבות העניין, את הצגתו; וכן –
- (4) הצגת יחסי מין עם קטין;
- (5) הצגת קטין או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני;
- (ב) (1) המפרסם דבר המהווה פרסום פוגעני לפי סעיפים קטנים (א)(1) או (א)(2), או מכינו לצורכי פרסום, דינו – מאסר שלוש שנים;
- (2) המפרסם דבר המהווה פרסום פוגעני לפי סעיף קטן (א)(3), או מכינו לצורכי פרסום, דינו - מאסר חמש שנים;
- (3) המחזיק ברשותו פרסום פוגעני לפי סעיף קטן (א)(3), דינו – מאסר שנה; לעניין סעיף קטן זה, "מחזיק" – למעט המחזיק באקראי ובתום לב.
- (4) לנאשם לפי סעיף קטן (ב)(1) עד (ב)(3) תהא זו הגנה טובה שאין בפרסום בכדי:
- (א) להוביל לביצוע עבירת מין לפי סעיפים 345 עד 351;
- (ב) להוביל לגילויי אלימות;
- (ג) להוביל לגילויי איבה, להפליה או לפגיעה בשם הטוב על רקע מין או נטייה מינית.
- (ג) המפרסם דבר המהווה פרסום פוגעני לפי סעיפים קטנים (א)(4) או (א)(5), דינו – מאסר חמש שנים.
- (ד) המשתמש בגופו של קטין לעשיית פרסום פוגעני, דינו – מאסר שבע שנים.
- (ה) נעברה העבירה לפי סעיפים קטנים (ג) או (ד) בידי האחראי על הקטין כהגדרתו בסעיף 368א, או בהסכמתו של אחראי כאמור, דינו של האחראי – מאסר עשר שנים.

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

(1) המחזיק ברשותו פרסום פוגעני לפי סעיף קטן (א)(4) עד (א)(5), דינו – מאסר שנה; לעניין סעיף קטן זה, "מחזיק" – למעט המחזיק באקראי ובתום לב.

(ז) 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, תשכ"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.

(ח) לא יוגש כתב אישום:

(1) לפי סעיף קטן (ב)(1) – אלא בתוך שנתיים מיום ביצוע העבירה, ובידי פרקליט מחוז או בהסכמתו בכתב;

(2) לפי סעיפים קטנים (ב)(2), (ב)(3), וסעיפים קטנים (ג)-(1) – אלא בידי פרקליט מחוז או בהסכמתו בכתב.

214.א. (בוטל).

סעיף קטן (א), סעיף ההגדרות, מייבא לתוך חוק העונשין את הוראות חוק התקשורת (בזק ושידורים) בשינויים קלים (שבהם אדון להלן). שתי הגדרות המשנה בסעיפים קטנים (א)(1) ו-(א)(2) מתייחסות לאינטרסים שהוזכרו לאורך הפרק – הגנה על נשים מפני גילויי אלימות העלולים להילוות לצריכת סוגים מסוימים של פורנוגרפיה, וכן הגנה מפני יחס עויין, משפיל או מפלה שמקורו באופיים המיזוגני של פרסומים פורנוגרפיים מסוימים. סעיפים קטנים (3) עד (5) משמרים את רציונל הנזק שקיים, כאמור, גם בניסוחו הנוכחי של סעיף 214. שינוי קל מוצע בנוגע לתחולתו של סייג הערך החברתי הפודה (היותו של הפרסום בעל ערך אמנותי, רפואי וכדומה): לעומת חוק התקשורת (בזק ושידורים), שבו הסייג רלוונטי נוגע לפרסום פורנוגרפי מכל סוג, מוצע לשלול את תחולתו על פורנוגרפיית קטנים, זאת בהתאם להלכה שקבע בית המשפט האמריקני בפרשת פרבר, להוראות ה־Protection of Children Act האנגלי וכן בהתאם למדיניות המחמירה שמיישם בית המשפט בישראל בעבירות הנוגעות לפורנוגרפיית קטנים. עיקר החידוש שבנוסח הסעיף המוצע לעומת ניסוחם הנוכחי של סעיף 214 וההגדרות השאולות מחוק התקשורת (בזק ושידורים) מתבטא בשלושה שינויים: ראשית – סעיף קטן (ב)(4), היוצר הגנה חדשה המגנה על נאשמים אשר יעלה בידם להעלות ספק סביר בדבר קיומו של פוטנציאל נזק בפרסום, נותן תוקף לאמירה שפגיעה במוסר החברתי איננה תנאי הכרחי או מספיק להרשעה בגין עבירה על סעיף 214 בניסוחו

זה; אם אין אנו מעוניינים באכיפת מוסר נוהג, הרי שאין עילה להרשעת נאשם אשר עלה בידו להעלות ספק סביר בדבר קיומו של פוטנציאל נזק בפרסום. הגנה זו איננה, כמובן, הכרח בכל עבירה מבוססת-נזק. שיקולי מדיניות עשויים להקצות את נטלי ההוכחה והשכנוע בין התביעה להגנה באופן שונה, כך שייטו יותר לטובת התביעה (למשל, קביעת חזקה חלוטה שלפיה פרסומים פוגעניים, כהגדרתם בסעיף קטן (א), הם בעלי פוטנציאל נזק, או קביעת חזקה שאיננה חלוטה אך המציבה דרישות קפדניות וספציפיות יותר בפני ההגנה לצורך הפיכתה).

שנית, הטמעתו של רציונל מבוסס-נזק בהוראות החוק מחייבת ליצור הבחנה, שאיננה קיימת בחוק כיום, בין פורנוגרפיה המציגה דמות קטין ממשית לבין פורנוגרפיה המציגה אדם הנחזה לקטין, הדמיית קטין או ציור של קטין. בפרסומים מהסוג הראשון הנזק הוא אינהרנטי ונעשה כבר ביצירת הפרסום, ומכאן שאין טעם במתן הזדמנות לנאשם להוכיח את היעדרו של פוטנציאל נזק. מדובר בנזק שכבר התגבש ולא בנזק פוטנציאלי; בפרסומים מהסוג השני, לעומת זאת, לא נפגע כל קטין ביצירת הפרסום, והבסיס היחיד להרשעת הנאשם הוא פוטנציאל הנזק של אותם פרסומים. הבחנה דומה בין דמות קטין ממשית לבין הדמיית קטין נמצאת ב־PROTECT Act האמריקני.<sup>230</sup>

שלישית, מוצע להסיר את הוראות החוק המתייחסות להשפעה על הפרהסיה הציבורית, הן כחלק מהמעבר מרציונל מוסרני לרציונל מבוסס-נזק והן כהתאמה לזמנים המשתנים. ההבחנה שקיימת כיום בסעיף 214 ו־214א בין הצגת תועבה במקום ציבורי, במקום שאינו ציבורי ועל גבי שלטי חוצות נובעת מתוך דאגה לאופי הפרהסיה הציבורית (שהיא פן מסוים של אכיפת מוסר חברתי נוהג). קשה להצדיק חלוקה זו מתוך רציונל מבוסס-נזק (שאיננו נזק מוסרי טהור או נזק של פגיעה ברגשות הציבור). אם צריכתה של פורנוגרפיה מסוג מסוים עשויה להוביל לאלימות כלפי נשים, ליחס משפיל ומבזה כלפי נשים או לביצוע עבירות מין, פגיעתה רעה גם כאשר צריכתה נעשית בחדרי חדרים. אין ממש גם בטענה שלפיה פרסום במקום ציבורי יגרום לחשיפה רחבה יותר לחומר המסוכן. בימים שבהם צריכת פורנוגרפיה נעשית, לרוב, באמצעות האינטרנט, פרסום סרטון באתר אינטרנט וצריכתו ברבבות מקומות שאינם ציבוריים עשויה להוביל לחשיפה גדולה לאין שיעור מזו של הצגת אותו פרסום ברחובה הראשי של עיר. מוצע אפוא לבטל חלוקה זו; ההכרעה בשאלה אילו פרסומים ראויים להצגה ברשות הרבים ובשאלות הנוגעות לאופי הפרהסיה הציבורית – ויהא זה בבתי הקולנוע, בתיאטרון או על גבי שלטי חוצות – תיעשה בכלי המשפט המנהלי בלבד.<sup>231</sup>

230 לעיל ה"ש 141 והטקסט הנלווה.

231 בהצעה כזו טמון יתרון לעומת המצב הקיים, הנוסף על אלו שהוזכרו בחלק א' לפרק: גרסה כזו של סעיף 214 תורמת לפשטות ובהירות החוק בכך שבמקום שלושה מונחים משפטיים שונים – "פרסום תועבה" ו"פרסום פוגע" בדין הפלילי ו"תוכן פוגעני" בדין המנהלי – נותרנו עם מונח משפטי יחיד.

מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים : על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי

סעיפים קטנים (ג) עד (ו) בתוספת סעיף ההגדרות יוצרים הסדר חוקי בנוגע לפורנוגרפיית קטינים, אשר איננו שונה מזה הקיים מבחינת המעשים שהחוק אוסר או העונש שנקבע בגינם. כל פרסום פורנוגרפי המציג דמות קטין, ויהא זה בדרך של הצגת עירום חלקי או מלא, הצגת יחסי מין מלאים או שאינם מלאים, נכלל בגדר הגדרת-משנה אחת לפחות של המונח "פרסום פוגעני". פרסומים המציגים מגע מיני מלא נכללים ללא קושי בסעיף קטן (א)(4), ופרסומים שאינם מציגים מגע מיני מלא נכללים, לכל הפחות, בסעיף קטן (א)(5) המשמש כהגדרת-סל; סעיפים קטנים (ז) ו-(ח) משמרים גם הם את המצב החוקי הקיים ללא שינוי.

## סיכום

איסורי התועבה שבחוק העונשין יוצרים מציאות משפטית אשר חסרונותיה עולים על יתרונותיה. המדיניות שאותה מיישם המשפט הישראלי באכיפת איסורי התועבה קשה להצדקה תאורטית. כחלק מאכיפתם הוא מוכן להפעיל סמכויות ענישה פלילית בשם ההגנה על המוסר החברתי, בניגוד לתפיסתו הבסיסיות כשיטת משפט ליברלית, אך הסיבה לכך אינה ברורה; מפסיקות בית המשפט עולה בוודאות כי המשפט הישראלי איננו רואה בערעור תפיסתיה של החברה בנוגע למין ומיניות סכנה ליציבות החברה, וכן איננו רואה בפוטנציאל הנזק של פרסומים פורנוגרפיים תנאי הכרחי או מספיק להפללת פרסומם והצגתם. לאופן שבו התעצבו איסורי התועבה בחקיקה ובפסיקה יש השלכות קשות ולא רצויות: ניסוחם העמום והכוללני, המותר שיקול דעת נרחב לבית המשפט, מנוגד לעיקרון החוקיות, ומתוך כך פוגע בצפיות המשפטית, ביכולת הדין הפלילי לחנך ולהכווין התנהגות ובעקרון הפרדת הרשויות ומשפיע לרעה על תרבות החקיקה הפלילית. תלותה של העבירה הפלילית במושג שסתום כה סובייקטיבי ותלוי-קהילה כמו "מוסר" יוצר דוקטרינת ענישה שלפיה אדם נענש לפי המידה שבה רחוק עולמו הערכי מזה של השופט הן בעניינו, ולא לפי מידת ה"אנטי-חברתיות" של המעשה או המחולל. העבירה מציבה את בית המשפט בעמדה שבה עליו להכריע אגב הדיון בה בשאלות הנוגעות להרכב הערכים הנכללים במוסר החברתי ולמידת ההגנה שהם ראויים לה, ובכך היא חושפת אותו לדה-לגיטימציה מצד חלקים נרחבים בציבור המחזיקים בתפיסות עולם שונות מאלו של בית המשפט. מערך השיקולים הפועלים על בית המשפט בדונו בנושאים כה רגישים מוביל, בסופו של דבר, לאכיפת-חסר ולפער ניכר בין כוונת המחוקק לבין אופן יישומו של החוק.

פגיעה במוסר החברתי איננה הטעם המשפטי היחיד המצדיק הטלת מגבלות פליליות על פורנוגרפיה, לפחות מסוגים מסוימים. בעשרות השנים האחרונות ניתן להצביע על מגמה בכמה שיטות משפט ממשפחת המשפט המקובל, ובראשן המשפט הקנדי, הכוללת

מעבר (חלקי או מלא) מרציונל מוסרני להגבלות על פורנוגרפיה לעבר רציונל מבוסס־נזק. מגמה זו זוכה לרוח גבית מצד קונצנזוס מחקרי הולך ומתגבש סביב הפוטנציאל הטמון בחשיפה לחומרים פורנוגרפיים אלימים לעידוד אלימות כלפי נשים, וכן מצד דומיננטיות הולכת וגוברת של קולות פמיניסטיים בשיח הפוליטי, הפילוסופי והמשפטי, המצביעים על תפקידה המכריע של הפורנוגרפיה בעיצוב אי־שוויון מגדרי והנצחתו.

תיקון סעיף 214 לחוק העונשין והפיכתו מעבירה מוסרנית לעבירה מבוססת־נזק, מלבד היותו "יישור־קו" עם מגמות מודרניות בשיטות משפט קרובות, נותן מענה לחלק ניכר מחסרונותיו של ניסוחו הנוכחי. ניסוח מבוסס־נזק מייצג גישה צנועה בהרבה של סמכויות המדינה להפעיל ענישה פלילית כלפי האזרח, מציב את בית המשפט במקומו הקונצנזואלי והטבעי – כמעריך ומנהל סיכונים ולא כמצפן מוסרי – ויש לו פוטנציאל רב יותר להתגבש כהסדר חוקי בהיר, מפורט ומשכנע.

להערכת, יתרונות אלו עולים על חסרונותיו הצפויים של ניסוח מבוסס־נזק. העובדה שפגיעה במוסר החברתי שוב לא תהווה, לכשעצמה, עילה להגשת כתב אישום אמנם פוגעת ביכולתו של בית המשפט לשמש את אותם מיעוטים המחזיקים בדעות שמרניות ככמה לעידוד דיון ציבורי על אודות המוסר החברתי וגבולותיו, וכאמצעי לגיטימי להתמודדות עם הרגשות העזים הנלווים לחשיפה לפרסומים המאתגרים את תפיסותיו המוסריות של הציבור. ואולם, יש לזכור כי לטענות כגון אלו עדיין יהיה מקום להישמע בבית המשפט במסגרת עתירות מנהליות. השלכה אפשרית נוספת של מעבר לעבירה מבוססת־נזק היא סרבול הדיון המשפטי והארכתו, שכן ההכרעה המבוססת לחלוטין על הערכתו הסובייקטיבית של השופט תוחלף בהליך משפטי שעשוי להתחשב בחוות דעת אמפיריות, סטטיסטיות ואחרות. עם זאת, השפעות אלו ניתנות לאיזון על ידי אימוצן של חזקות (חלוטות יותר או פחות) ו"כללי אצבע" בנוגע לפוטנציאל הנזק של פורנוגרפיה מסוגים מסוימים, וגם ללא שימוש בכלים אלה נראה כי מדובר במחיר הוגן לשלם עבור קידום דיני עונשין ראויים, בהירים, הוגנים ושקופים יותר.