

הניתן להגביל את החופש הפורנוגרפי?

התשובה ה"אמיתית" לטרוניות אלה מופיעה בפסק-דינה של השופטת דורנר (וגם של השופט חשין) בפרשת ש.י.נ. הנ"ל: זה מה שרוצה העם, ואנו כשופטיו מחוייבים כביכול להיגרר אחריו. מגדיל השופט חשין לעשות ומצטט אמרת הכנף: "קול העם הוא קול האל" באחת קישר בין שני רחוקים אלה שנראים כאינם ניתנים לגישור. ועוד המשיכה השופטת דורנר – אישרו את ערוץ PLAYBOY ב-175 מדינות שונות – אם כך, מה העותרים רוצים? מה שטוב לכולם, טוב גם לנו.

לעיני המתבונן, נימוק זה, של "זריקת" האחריות על העם, מעולם לא היה נוח, שכן תמיד שני פנים לו. רוצה השופט, זורק הוא את האחריות אל העם. לא רוצה, קובע שלא ניתן לזרוק את האחריות אל העם וכי רק האדם הסביר והנאור, המיוצג על ידי השופטים, הוא הקובע (ולא חסרות פרשיות גם במישור הנזיקי, גם במישור הפלילי וגם במישור הציבורי המוכיחות זאת).

במקרה שלנו החליט העם, כי הוא רוצה פורנו, והרבה, ובית המשפט כופף את ראשו: ממילא יש לך פורנו בכל מקום, אז למה "לקפח" דווקא את הערוץ המסוים הזה? עובדה היא, שעם השקת הערוץ היתה עליו "התנפלות", לפי נתוני חברות הכבלים רכשו למעלה מ-50% ממנוי הלוויין ולמעלה מ-65% ממנוי הכבלים את שידורי ערוץ זה! האם אתם מתארים לעצמכם כמה אנשים מוכנים לשלם כסף בשביל ערוצים אלה, שדומיהם זמינים חינם באינטרנט? ומכאן קלה וקצרה הדרך להפעלת גישות תועלתניות המצדדות ב"הגדלת האושר" בחברה על פי ה"נכונות" לשלם.

אולם כאן מגיעה השאלה האמיתית – אם לפחות מחצית מהעם "צמאה למין" ואנו מקבלים זאת בהבנה, ואף פותחים לו גם ערוצים לכך בהכשר בג"ץ, איזה מקום יש לחוק כמו חוק למניעת הטרדה מינית, וכי כמה כבר אפשר ל"חמם" אדם בטרם יישרף? ואם תאמר לו – "אכול בביתך" יאמר לך – "וכי כמה אנשים מסוגלים כל יום לשתות אותו מרק?" ואם הכל מותר לראות, אז מדוע "לזרוק כמה מלים" אסור? מדוע להיות אנכרוניסט? ועוד לא אמרנו מאומה וד"ל.

בכל שבוע ושבוע "מתבשרים" אנו בידיעות מדהימות חדשות, ובכל פעם שואלים אנו את עצמנו, באיזו מדינה אנו חיים. כך, למשל, שמענו אתמול על חשד לפיו 4 נערים קטינים, בגילאים 12-14, ביצעו מעשי סדום בקטינה בת 8, במשך תקופה ממושכת, "בגלל חוב 25 שקל", וזאת לטענתם בהשפעת סרטים פורנוגרפיים (הנערים נעצרו והודו בחשדות המיוחסים להם). הפעם החלטנו לעשות מעשה ולהתייחס לרעה חולה זו המכלה כל חלקה טובה.

הזמינות של החומרים האמורים בכל אמצעי תקשורת, ונגישותם לכלל הציבור, פועלים את פעולתם, ובמקביל מורגשת עלייה בתלונות על אלימות, פדופיליה (מי שמע על המושג לפני כמה שנים?) וסטיות אחרות, מן הסתם מחמת העובדה שהציבור משתעמם מהחומר ה"רגיל" ומחפש כל העת ריגושים חדשים. לפי נתוני המשטרה מדי שנה מוגשות למעלה מ-3,500 תלונות על אלימות מינית בדרגה זו או אחרת (ראו באתר המשטרה police.gov.il).

החופש הפורנוגרפי הגיע לשיאים דמיוניים, עד כדי כך שהוא מפתיע בכל פעם מחדש גם אנשים המגדירים את עצמם ליברליים. וכך, "פינת החטא הקטנה" השמורה לכל אחד בינו לבין עצמו לעת הצורך, מעלה היום גיחוך כאנכרוניזם. ראו, למשל, דבריו של השופט חשין בפרשת ש.י.נ. (עתירה כנגד העלאת ערוצים "כחולים" לאוויר):¹

"נזכור כי בימינו, ולא לפני זמן רב מאוד, היה סיפרו של D.H. LAWRENCE: *LADY CHATTERLEY'S LOVER* סיפרות תועבה ממש; ואילו היום - היום שחוק יימלא פינו."

"פינת החטא הקטנה" הפכה להיות שיטפון של מיצגי מין (היום כבר לא ניתן לכאורה לכוותם כ"תועבה" – מי בכלל יכול להגדיר תועבה מהי?) ה"נשפכים" אליך מכל מקום אליו אתה נושא עיניך. לעתים אתה שואל – אולי אני האנכרוניסט? אולי אני הטיפש והחשוך? מדוע לא להיות נאור? מתקדם? חופשי? "תזרום" אומרים, תרתי משמע...

¹ בג"ץ 5432/03 ש.י.נ. לשוויון יצוג נשים ואח' נ'. המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין ואח' (מיום 3.3.04).

CITY OF LITTLETON

פסק-הדין אותו נסקור הפעם ניתן לפני יומיים, על-ידי בית- המשפט העליון הפדרלי, בעניין: CITY OF LITTLETON, ²COLORADO v. Z. J. GIFTS D-4, L.L.C.

העותרת לבית-המשפט העליון הפדרלי הינה העיר ליטלטון במדינת קולורדו, המבקשת רשות לערער על החלטתו של בית המשפט לערעורים (10th circuit), לפסול את החוק שחוקקה העותרת ושמו: "adult business license ordinance" (להלן: **הפקודה**) המטיל הגבלות שונות על האפשרות לפתוח בתי עסק הקשורים לעינינוגו מבוגרים.

לפי החוק הנ"ל, הוקצה לבתי העסק האמורים איזור פעילות מיוחד. המשיבה (ZJ GIFTS), אשר פתחה חנות לממכר ספרים למבוגרים מחוץ לתחום המותר, לא בקשה רישיון, אלא פנתה לבית המשפט המחוזי המדינתי, בתקיפה ישירה של החוק, בטענה כי הוא בלתי חוקתי.

בית המשפט המחוזי דחה את העתירה, אולם המשיבה לא ויתרה, פנתה לבית המשפט לערעורים, אשר קיבל את העתירה. מכאן הפניה לעליון מצד העותרת, שקיבל את הערעור.

הציר המרכזי – השופט בריר

השאלה העומדת בפנינו הינה האם הפקודה ממלאת אחר התיקון הראשון לחוקה, המחייב כי הוראות או נוהלים בדבר מתן רישיון יאפשרו הליך מזורז ("מיידית") של ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות, שלא להעניק רישיון למבקשו.

לפי הפקודה, נדרש כי חנות לממכר ספרים או קלטות למבוגרים, או בית עסק ל"עסקי מבוגרים" יקבלו רישיון כתנאי להפעלתם. בבקשה יש לפרט מידע בסיסי אודות העסק, תכליתו ופעילותו, ונקבעו הוראות אודות "אזור למבוגרים בלבד" במסגרתו ינוהלו העסקים. הפקודה מונה שמונה עילות שונות לסירוב למתן רישיון ומחייבת את הרשות להגיע להחלטה תוך 40 ימים מיום הגשת הבקשה. על ההחלטה ניתן לערער לבית המשפט המחוזי.

בשנת 1999 המשיבה פתחה חנות לממכר ספרי מבוגרים שלא באיזור המותר, ובקרת מקום לכנסיה ולצהרון לילדים, וזאת בניגוד לפקודה. כאמור, במקום לבקש רישיון, המשיבה פנתה ישירות לבית המשפט בתקיפה ישירה של הפקודה, בטענה כי מרווחי הזמנים המאפשרים החלטה רחבים מדי ואינם עומדים בתנאי התיקון הראשון המחייב, מנגנון של החלטה מיידית בבקשה למתן רישיון.

נימוק מוטעה נוסף הוא "אמצעי הבטיחות" כביכול שנגקטים על מנת שלא תהיה גישה לילדים לשידורים אלה, כגון "קוד סודי" או שעות הלילה. ואני שואל אתכם – האם באמת אתם סבורים שלילדים אין גישה לערוצים אלה? וכי מיהם המומחים בנוגע לכל המכשירים האלקטרוניים בבית – מחשבים וכו'? "אינני קונה" את התירוץ.

אחד הדברים המפריעים לי ביותר בפסק-הדין בעניין **ש.י.ג.** הוא ההעמדה כביכול של תחרות הזכויות, כתחרות בין חופש הביטוי לבין פגיעה ברגשות הציבור. הרי עיקר המלאכה היא הצבת הניגודים האחד מול השני, ולכאורה במקרה שלנו התוצאה של האיזון כמעט מתבקשת, כאשר מצד אחד אתה מציב את חופש העיסוק יחד עם חופש הביטוי ומהצד השני אתה מציב "רק" את השיקול החוקתי של "הגנה על רגשות".

אולם אין טעות גדולה מזו! וכי האמנם עניין לנו "רק" בפגיעה ברגשות? האם "רק" בכך מסתכם הנזק הפוטנציאלי והממשי של תעשייה עתירה זו? נוה לכולם לשחק את המשחק, עד שמגיעים מקרים כמו של הילדה המסכנה אשר בגיל 8 הרסו לה את החיים, בשל "צפייה בסרטים פורנוגרפיים". מה נאמר להוריה של אותה ילדה? "זה מה שהעם רוצה?" שוא "זו רק פגיעה ברגשות?"

הפתרון לא יכול להיות אך במישור הפלילי. איננו יכולים להותיר את המגרש הציבורי, הפרטי והחינוכי לרצון העם, במישור הזה, שכן רצון העם "מתעדכן" בכל פעם ותנועת המטוטלת, על פי הניסיון ההיסטורי (כמו ביוון) תשנה כיוון רק כאשר ייגרם נזק בלתי הפיך.

ובאשר לרשויות – ידיהן כבולות, שכן כל ניסיון להגבלת מסרים מיניים זוכה מיד למלחמה נגדית, והדבר ברור – מאז ומעולם פורנוגרפיה ומין, הם כשלעצמם והן כתוספי לוואי (למשל – לפרסומות, לתוכניות טלביזיה, לסרטים ועוד) מייצרים כסף, באופן המהיר והקל ביותר, ועל כן תמיד יהיו כאלה שישלמו הרבה כדי להילחם על החופש הפורנוגרפי.

כפי שנאמר, השיח המתייחס להגבלת החופש הפורנוגרפי הוא שיח של זכויות – הגבלת החופש הפורנוגרפי משמעה הגבלת חופש הביטוי, ולעתים גם חופש העיסוק. שניים אלה, ובמיוחד הראשון, קבלו מעמד כה איתן במשפט הישראלי, שדומה שאפילו ההיגיון הבריאי אינו עומד בפניהם וכך, יש עותרים, יש עורכי דין שמייצגים אותם, ויש בית משפט הנכנע לזכויות היסוד, שאת כוחן הוא עצמו האדיר.

ואז מגיעים מקרים כדוגמת זה שראינו לעיל, ועוד מאות מקרים מזעזעים אחרים בכל שנה, וגורמים לנו בכל פעם מחדש לשקול את צדקת הדרך. ואם זקוקים אנו להוכחה נוספת, עד כמה ההגבלות על הרשויות קשיחות, לא רק אצלנו אלא גם בארה"ב, נראה את פסק-הדין הנוכחי.

מכשול המונע מהשופטים לבצע את ההליך השיפוטי במהירות.

אמנם בהלכת פרידמן נקבעו גבולות זמן של 2-3 ימים לצורך הכרעה, אולם בהלכה זו דובר בצנזורה ואילו המקרה שלנו אינו זן בצנזורה, אלא בקריטריונים להתרת מתן רישיון. בית המשפט ניתח את הדרישות המופיעות בחוק ומצא אותן עומדות בתנאי סבירות וחוקתיות. וכל זאת כאשר לבית המשפט הכלים האובייקטיביים לקדם את הדיון ולהביא להכרעה מהירה.

דעות היחיד סברו (חמישה שופטים, שלוש דעות), כי יש ליישם את הלכת *FW/PBS* כלשונה, ועל פיה לא נקבעו כלים פרוצדורליים המבטיחים כי המהות החוקתית תישמר. דעה אחרת (שני שופטים) אף הבהירה, כי מן הסתם בעלי עסקים כאלה לא יהיו חביבים על הרשויות, ועל כן חובה ליצור פרוצדורה כזאת המגינה עליהם ואשר אינה מותירה מקום ל"משחק". עם זאת, הם הצטרפו לתוצאה.

השופטת סקליה והשופט חשין

הדעה המעניינת והאמיצה ביותר היתה של השופטת סקליה. לדעתה, אין מקום ליתן הגנה חוקתית כזו על עסקים למבוגרים. זאת ועוד, הטענה כי עסקים כאלה במסגרת סוגיית הרישוי (להבדיל מסוגיית הצנזורה) יזכו לצדק מהיר ועדיפות על פני מקרים אחרים, אינה מתקבלת על הדעת והינה אבסורד גמור. המשיבה אינה מבצעת פעילות המוגנת על פי התיקון הראשון לחוקה: "*החוקה אינה דורשת ואינה מספקת הגנה מיוחדת לעסקים למבוגרים הכוללים תצוגת ערום או עידוד וזרזון לפעילות מינית או עירום. זו התפיסה המקובלת מקדמת דנא וכך הפסיקה הבינה את התיקון הראשון (פס"ד גינזבורג)*".

על כן, לדעתה, אין מקום להכפיף את דרישות הפקודה של עיריית ליטלטון כתנאי למתן רישיון לעסקים כאלה, לדרישות החוקתיות של התיקון הראשון.



מבין כל השופטים רק שופטת אחת העזה לטעון את הטענות הסביר וההגיוני – לא ניתן לשים כתר על הראש של העסקים האלה ולהילחם עד טיפת הדם האחרונה על זכותם להשחית כל חלקה טובה.

במלים אחרות, זו הדעה שהביע שופט אמיץ גם אצלנו, השופט חשין, בהלכת *ש.י.ג.* אומר: "*אני מתקשה, למשל, לסווג פירסומי גזענות, פירסומי הסתה, פירסומי המרדה, או פירסומים פורנוגרפיים מסוג XXX, כחוסים מעצמם - ולו לכאורה - תחת כנפי חופש הביטוי*".

מעניין מתי יישמו דעה זו אצלנו.

כאמור, העותרת לבית המשפט העליון היא העיר. טענותיה נסמכות על שני ראשים:

[1] יש צורך על פי התיקון הראשון בהליך מידי (זכות לגישה מיידית), אולם אין צורך בהחלטה מיידית.

[2] כך או כך, הפקודה עומדת בתנאי התיקון הראשון.

השופט קובע: אנו דוחים את הנימוק הראשון, אולם מקבלים את הנימוק השני.

לעניין הנימוק הראשון

בפסיקה קודמת (פס"ד פרידמן) לעניין צנזורה על סרטים נקבע, כי הוראות הגישה המיידית לערכאות אמורות לכלול:

1. מגבלות זמן חמורות שיובילו להליך מהיר ולהחלטה מהירה, אשר ימזערו תופעות לוואי של עיכובים מינהליים.

2. נטלי ההכחה ייטו לטובת חופש הביטוי.

3. כללים דיוניים – לניהול הדיון השיפוטי עצמו – אשר יבטיחו הליך מהיר שיוביל להחלטה סופית מיידית, על מנת למזער את הנזק האפשרי הנגרם עקב הצו הזמני, אם יתברר בסופו של דבר כי זה היה מוטעה.

יישום פס"ד פרידמן בעניין *FW/PBS* (לעניין פתיחת עסק למבוגרים) הוביל לכך שהחוק נפסל מחמת אי עמידה בהגבלות לעניין המועדים, תוך שנתגלעה מחלוקת האם התנאים של פס"ד פרידמן מחוייבים לחול, או שמא "רוחם" בלבד. בית המשפט חזר וקבע שם, כי על מנת לעמוד בתנאים החוקתיים שבתיקון הראשון לחוקה, שומה על הרשות לקבוע כללים פרוצדורליים נוקשים, שיבטיחו כי המהות (ההגבלות החוקתיות) יקויימו במלואן.

בכל מקרה, פרשנות שני פסקי הדין האמורים ודעות השופטים מובילה לכך שבכל מקרה לא רק ההליך צריך להיות מהיר, אלא גם ההחלטה עצמה, כאשר ההליך אמור להבטיח את מהירות ההחלטה.

לעניין הנימוק השני

בית המשפט השתכנע כי ההליך כפי שנקבע והמועדים שנקבעו בו, עומדים בדרישות החוקתיות. יש לתת לבית המשפט את שיקול הדעת לעניין המהירות, תוך קביעת הלכה ממקרה למקרה ולא לקבוע מראש הגבלות זמן חמורות, ולאפשר להלכה להתפתח לעניין זה.

בראש ובראשונה, החוקים במדינת קולורדו מקנים כלים תקיפים דיים לבית המשפט למנוע סחבת ואף להאיץ את קצב הדיון, הן בשלב הראשון והן בשלב הערעור. בית המשפט מאמין בשופטי מדינת קולורדו שיהיו אמונים על זכות מבקש הרישיון לדיון מהיר. לא הוכחו בעיה או