

רע"ב 5493/06

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ח' מלצר

המערער: עמנואל פלד

נגד

המשיב: רשות בתי הסוהר

רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט לעניינים  
מנהליים בתל-אביב בע"א 2003/05, בע"א 2502/05  
ובע"א 1293/05, מיום 10.05.2006, שניתנה על ידי  
כבוד השופטת נגה אהד

תאריך הישיבה: י' בשבט התשס"ט (04.02.2009)

בשם המערער: עו"ד טל ענר

בשם המשיב: עו"ד אילאיל אמיר

## **פסק-דין**

הנשיאה ד' ביניש:

1. עמנואל פלד (להלן: המערער), הינו אסיר שנידון למאסר בגין הרשעתו בשורה ארוכה של עבירות ובהן עבירות של סחיטה ומרמה על רקע של טענת קיום שיחות ארוטיות. עתה מבקש המערער כי יותר לו להכניס לבית הסוהר סרטים פורנוגרפיים או לחלופין פרסומים פורנוגרפיים בדפוס. כן מבקש הוא כי נורה על ביטול פקודת נציבות בתי הסוהר מס' 04.50.00 (להלן: פקודת הנציבות או הפקודה) האוסרת על הכנסת חומר פורנוגרפי לבתי הסוהר. עתירת אסיר שהגיש בעניין זה לבית המשפט המחוזי נדחתה, ומכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו. דנו בבקשה כבערעור.

2. כאמור, מלכתחילה הוגשה העתירה כעתירת אסיר לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו והופנתה כנגד סירובו של שירות בתי הסוהר, בהתאם לסעיף 2(ג) לפקודת הנציבות, להתיר למבקש להכניס חומר פורנוגרפי לבית הסוהר. את העתירה נימק המערער ברצונו ובצורכו להגיע לפורקן מיני – צורך המוגן לשיטתו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובמסגרת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. המערער טען בפני בית המשפט המחוזי כי כשם שניתנת לאסירים האפשרות להתייחד עם בני ובנות זוגם, כך על המשיב לאפשר לו את התנאים להתייחד עם עצמו באמצעות צפייה בסרטים פורנוגרפיים. עוד נטען בעתירה כי למיטב הידיעה יש בתי סוהר באירופה המאפשרים צפייה בסרטים פורנוגרפיים, וכי יש בכך כדי להקטין את המתח בו מצויים האסירים.

3. ביום 10.5.2006 דחה בית המשפט המחוזי (השופטת נ' אהד) את העתירה. בית המשפט קבע כי ניתן לסווג את הצפייה המתבקשת בסרטים פורנוגרפיים בתור טובת

הנאה, המתאימה לאחד ואינה מתאימה לאחר. בית המשפט ציין כי על שירות בתי הסוהר מוטלת החובה לדאוג לכלל האוכלוסייה הנמצאת במשמורתו ולפיכך אין ביכולתו להיעתר לשיגיונותיו ורצונותיו של כל אסיר. עוד נקבע כי בהינתן שונותה הרבה של אוכלוסיית האסירים, ובהתחשב בכך שחלק מן האסירים תקיפים, אלימים ובעלי התנהגות בלתי צפויה, אין לצפות מראש מה תהיינה תוצאות הכנסת חומר פורנוגרפי לתאים ועד כמה ייפגעו מכך חלק מן האסירים. הכרעה זו, ציין בית המשפט המחוזי, מתיישבת עם הפסיקה האמריקאית, שאוסרת אף היא הכנסת חומר פורנוגרפי לבתי סוהר.

4. על החלטת בית המשפט המחוזי הגיש המערער בקשת רשות ערעור. תחילה הוגשה הבקשה על ידי המערער עצמו, ולאחר מכן, משנקבע כי בקשת רשות הערעור תידון בפני הרכב, ניתן למבקש ייצוג מטעם הסנגוריה הציבורית. במאמר מוסגר יוער כי היריעה שפרשה הסנגוריה הציבורית שונה ורחבה לאין שיעור מזו שפרש המערער בפני הערכאה הדיונית. כידוע, ככלל, דינן של טענות חדשות המועלות לראשונה בפני ערכאת הערעור להידחות על הסף. עם זאת, בהתחשב בכך שהשאלה היא משפטית ובשים לב לעובדה שהמערער לא היה מיוצג בהליכים הקודמים, ראינו לנכון להידרש למכלול הטענות המועלות בבקשה כאילו הועלו מראשיתו של ההליך.

#### טענות הצדדים

5. עיקר טיעוני המערער מוקדו בתקיפת חוקתיות ההסדר הקבוע בפקודת הנציבות, מכוחו נשללת הכנסת חומרים פורנוגרפיים לבתי הסוהר. לגישת המערער, יש באיסור הגורף על הכנסת חומר פורנוגרפי, כפי שקבוע בסעיף 2(ג) האמור, כדי לפגוע בזכות לחופש ביטוי ובזכות לכבוד, ועל כן, יש מקום לבחון אם פגיעה זו עומדת במבחנים החוקתיים המקובלים. עוד נטען כי אין הצדקה ממשית לאיסור הגורף הקבוע בפקודה, שכן אין כל יסוד מוכח, אמפירית או מחקרית, כי צפייה בחומרים פורנוגרפיים בין כותלי הכלא מובילה לעלייה ברמת האלימות הפיסית או המינית בין האסירים, כמו גם לפגיעה ברגשותיהם. תמיכה לטענה זו מצויה, לגישת המערער, בדינים הנוהגים במדינות מערביות אחרות, המלמדים, לשיטתו, על הימנעות המחוקק הזר מחקיקה גורפת ועל העדפה של נוסחאות המותירות מתחם של שיקול דעת למנהלי הכלא.

המערער טוען עוד כי הזכות לחופש ביטוי כוללת גם את הזכות לצרוך ולקבל מידע, ובכלל זה גם מידע מסוג הביטויים הפורנוגרפיים. לפיכך, לגישת המערער, הגבלה או שלילה של הזכות לצרוך ביטוי פורנוגרפי אפשרית רק אם תוכח, ברמת הסתברות של וודאות קרובה, פגיעה ממשית באינטרס לגיטימי עקב הכנסת חומרי קריאה או צפייה פורנוגרפיים.

6. המשיב טען מנגד כי סעיף 2(ג) לפקודה הינו חוקתי, וזאת בשל שני טעמים מרכזיים – הראשון, קיומה של סמכות להגבלת חופש הביטוי של האסיר; והשני, היות ההגבלה סבירה, מידתית ולשם תכלית ראויה. לגישת המשיב, פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר) והתקנות שהותקנו מכוחה, מסמיכים את נציב שירות בתי הסוהר לקבוע הוראות ופקודות כלליות לעניין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר, המשמעת והבטחת הפעילות התקינה בבתי הסוהר. מכוחה של הסמכה זו נחקקו שורה של הוראות ופקודות שמטרתן להסדיר, בין היתר, את האפשרות הניתנת לאסירים לרכוש ספרים, כתבי עת או אמצעים ויזואליים אחרים באישורו של מנהל בית הסוהר.

בבסיס האיסור הקטיגורי על הכנסת חומרים פורנוגרפיים לכותלי הכלא עומד, לטענת המשיב, הרציונל שעיקרו הצורך בשמירה על הסדר, המשמעת והביטחון בין כותלי הכלא. בכך, סבור המשיב, פקודת הנציבות משקפת איזון מידתי וסביר בין זכותו של האסיר לקרוא ספרים וכתבי-עת בשעות הפנאי לבין חובת המשיב לשמור על שלומם

של האסירים וסגל הסוהרים. המשיב טוען כי כאשר מבקשים לבחון את השפעת הכנסתם של סרטים פורנוגרפיים לבתי הסוהר, יש לקחת בחשבון את שונותם הרבה של האסירים מבחינה דתית ותרבותית, וכן את תנאי הצפיפות והלחץ השוררים בין כותלי הכלא. עוד טוען המשיב כי צפייה בסרטים פורנוגרפיים בתנאים אלה תביא לעליה במתח השורר בין האסירים – דבר שעשוי להגדיל את מספר ההתפרצויות האלימות והפרות הסדר. כן נטען כי צפייה בסרטים פורנוגרפיים עלולה לגרום להתעוררות מינית בקרב אסירים, אשר עשויה להוביל למעשי אינוס ופגיעות מיניות אחרות במסגרת הכלא. בתמיכה לטענותיו סקר המשיב שורה של דינים במדינות מערביות מהן עולה כי הסדר דומה נקבע גם במדינות אחרות.

דיון

7. נקודת המוצא לדיון שלפנינו היא שזכויות היסוד של כל אדם ואזרח במדינה נתונות גם לאסירים ועצורים בבתי סוהר, ועצם העובדה שאדם מצוי במאסר אין משמעה שלילה של זכויותיו הבסיסיות (השוו: עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 152 (1996) (להלן: פרשת גולן): "הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם 'שורדות' גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו" (השופט א' מצא); ראו גם בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 832, 826 (1984), (השופט מ' אלון). אכן, על פי התפיסה החוקתית בישראל, לאסירים שמורות זכויות בסיסיות, אותן אפשר לשלול או להגביל רק מקום בו ניתן להצביע על תכלית או אינטרס המצדיקים הגבלה או שלילה כאמור; ובמקרים של פגיעה בזכות המוגנת הגנה על-חוקית, רק בהתקיים התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. המאסר, המגביל מטיבו את חופש התנועה, אינו עילה לשלילת זכויות אחרות, אלא כשמצטרפים אליו שיקולים או אינטרסים נוספים הגוברים על הצורך במימוש מלא של זכויות.

ההכרעה אם קיימת הצדקה חוקית לשלול או להגביל זכויות תלויה, בין היתר, במעמדה ואופיה של הזכות הנפגעת, מחד גיסא, ובמשקלם של האינטרסים הציבוריים הנוגדים, מאידך גיסא. מטבע הדברים, לא הרי פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות כפגיעה בזכויות שאין להן מעמד חוקתי, "וכגודל הזכות הנפגעת כך גודל הנימוקים, הדרושים להצדקתה של פגיעה זו" (עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201, 212 (1984); (להלן: פרשת תמיר), (השופט מ' אלון). כך במצב הדברים הרגיל באיזון בין זכויות או בין זכויות ואינטרסים, וכך גם באיזון המתייחס למימושן של זכויות בין כותלי בית הסוהר – הגם שיש להניח כי סוג האינטרסים והמשקל שיינתן להם עשוי להיות שונה בהתחשב במאפיינים המיוחדים הרלוונטיים למימוש זכויות בין כותלי הכלא. כך, אף כי זכויות היסוד שמורות לאסירים ועצירים, שלילת החירות הכרוכה מטיבה במאסר עשויה להגביל את מימוש הזכויות, אם באופן מלא ואם באופן חלקי. חופש התנועה, למשל, מעצם טיבו של מאסר, מוגבל באופן כמעט מלא עם כליאתו של אדם. זכויות וחירויות אחרות עשויות להיות מוגבלות, אם בכלל, ברמות משתנות, וזאת בהתחשב בעובדה שמיושן מתבקש בין כותלי בית הסוהר. כך, למשל, יש מקרים בהם מימוש הזכות חלקי בלבד משום שלא ניתן, מבחינה פיסית, לאפשר מימוש מלא. זה היה המצב בעתירת אסיר שביקש להיבדק על ידי רופא מומחה שאינו נמנה על הצוות הרפואי הרגיל של בית הסוהר (ראו פרשת תמיר הנ"ל). לעיתים, מימוש הזכות מוגבל וההגנה על הזכות היא חלקית, משום שיש אינטרסים נוגדים שעשויים להיפגע אם יתאפשר מימוש מלא של הזכות. כך, למשל, נקבע בעבר שלשירות בתי הסוהר אפשרות למנוע מאסיר חולה איידס להתייחד עם בת זוגו, מקום בו עולה כי לא ניתן יהיה להבטיח את שלומה של בת הזוג נוכח ההערכה כי קיים חשש של ממש שהאסיר לא ינקוט באמצעי הזהירות הנדרשים (רע"ב 2416/05 פלוני נ' שרות בתי הסוהר (טרם פורסם, 16.8.2007)). כך גם נקבע בפסיקת בית משפט זה בעבר כי שירות בתי הסוהר רשאי לסרב להרשות להכניס לכלא חומר ספרותי מסית מקום בו ישנו חשש ממשי להפרת היכולת להבטיח את השלום, הסדר והמשמעת בין כותלי בית הסוהר (בג"ץ 543/76 פרנקל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לב(2) 207 (1978) (להלן: פרשת פרנקל)).

8. אחד האינטרסים המרכזיים המוזכר בהקשר של שלילה או הגבלת המימוש של זכויות בין כותלי בית הסוהר, העומד גם במוקד המחלוקת בעניין שלפנינו, נוגע לאופן ניהול בית הסוהר ולצורך לשמור על הסדר והמשמעת בבית הסוהר, ולהבטיח את שלומם של האסירים והסוהרים הנמצאים בו. אינטרס ציבורי זה עוגן בחקיקה, במסגרת סעיפים 80א(א) ו-80א(ב) לפקודת בתי הסוהר, המסמיכים את נציב שירות בתי הסוהר לקבוע הוראות כלליות לעניין ארגון השירות והבטחת הפעילות התקינה של בתי הסוהר. וכך קובעים סעיפים 80א(א) ו-80א(ב) לפקודת בתי הסוהר:

הוצאת  
פקודות  
השירות

80א(א). הנציב יוציא, באישור השר, הוראות כלליות שיקבעו עקרונות לעניין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה (להלן – הוראות שירות בתי הסוהר).

80א(ב). הנציב יוציא פקודות כלליות שיקבעו פרטים בנושאים האמורים בסעיף קטן (א).”

נציב שירות בתי הסוהר עשה שימוש בסמכותו זו, ופרסם שורה של פקודות המסדירות עניינים מגוונים הנוגעים לניהול התקין של בתי הסוהר על היבטיו השונים, ובהן גם פקודת הנציבות הרלוונטית לענייננו שעניינה האפשרות להחזיק חומרי קריאה ומדיה אלקטרונית אחרת בין כותלי בית הסוהר. הפקודה שואבת כוחה מתקנה 49 לתקנות בתי הסוהר, התשל”ח-1978, לפיה “אסיר רשאי לרכוש על חשבוננו באמצעות בית הסוהר ספרים, כתבי-עת, חוברות ועיתונים ובלבד שמנהל בית הסוהר אישר החזקתם בבית הסוהר”. תכלית הפקודה, כפי שעולה מסעיף 1(א), היא לאפשר לאסירים להחזיק חומרי קריאה ומדיה אלקטרונית אחרת, כאמור בתקנה 49 הנזכרת, וזאת על מנת שינצלו באופן חיובי את זמנם הפנוי. תכלית זו מאוזנת עם הצורך בניהול התקין של בית הסוהר. לשם כך נקבעה בפקודה הוראת איזון כללית לפיו זכות האסיר להחזיק חומרי קריאה כאמור תישקל מול חובת שירות בתי הסוהר לקיים את הסדר, המשמעת, והביטחון בבתי הסוהר, כשלצידה, פורטו בפקודה שורה של סייגים נוספים לאפשרות להכניס חומרי קריאה ועיון לבית הסוהר. כך, למשל, סעיף 2(ה) קובע כי קציני המודיעין בבתי הסוהר יערכו רשימה של ספרים שנפסלו והכנסתם לבית הסוהר אסורה. בדומה נקבע בסעיף 2(ג), העומד לבחינה בעתירה שלפנינו, כי תיאסר הכנסת חומר קריאה “שלבביו קיים חשש סביר שיגרום סיכון לביטחון המדינה או בית הסוהר וכי תיאסר הכנסת חומר קריאה פורנוגרפי, אנטישמי או חומר קריאה שנועד להשפיע על אדם להמיר את דתו”.

9. האיסור על הכנסת חומר פורנוגרפי הוא העומד ביסוד הבקשה שלפנינו. כאמור, לגישת המערער, העובדה שנמנעת ממנו צריכה של חומר פורנוגרפי בעודו מרצה את עונשו גורמת לפגיעה בשתי זכויות יסוד – הזכות לחופש ביטוי והזכות לכבוד. מבין שתייהן התמקדו טיעוני המערער בפגיעה בזכות הראשונה, הזכות לחופש ביטוי. המערער טוען, כפי שצוין לעיל, כי הזכות לצרוך חומר פורנוגרפי היא חלק מחופש הביטוי שלו, ועל כן, השלילה הגורפת על הכנסת כל חומר פורנוגרפי לכלא פוגעת בזכותו פגיעה שאינה מידתית. אל מול טענה זו, שירות בתי הסוהר מבסס את מדיניות האיסור על הכנסת חומר פורנוגרפי על האינטרס הלגיטימי הגלום בצורך להבטיח את הסדר והביטחון בבתי הכלא ולמנוע פגיעה ברגשות של אסירים וסוהרים. כאמור, ההכרעה במחלוקת שבין הצדדים תלויה במשקל ובמעמד של הזכויות והאינטרסים הניצבים על כפות המאזניים. נוכח העובדה שהזכות הנפגעת היא בעלת מעמד חוקתי, איזון זה יתבצע בגדרי התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. טרם נבחן את תנאי פסקת ההגבלה, נעמוד על

היקף ההגנה הניתן במשפטנו לזכות לחופש ביטוי פורנוגרפי. היקף ההגנה משליך, כמובן, על משקלם של האינטרסים שיידרשו להצדקת הפגיעה בזכות.

### הזכות לחופש ביטוי פורנוגרפי

10. רבות נכתב על חופש הביטוי בישראל ועל היותו נמנה עם זכויות היסוד בשיטתנו המשפטית, אשר גם אם אינן כתובות עלי ספר, הן נובעות במישרין מאופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית. כך חופש הביטוי הוא ערך מוגן במשפטנו. פסיקתו של בית משפט זה נתנה לכך ביטוי שנים רבות לפני שהוחק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו, בין היתר: בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, 878 (1953); ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295 (1977)). חופש הביטוי אף הוגדר בפסיקת בית משפט זה בתור "זכות עילאית" והגנה עליו נתפסת כהגנה על "ציפור נפשה של הדמוקרטיה" (ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968)). לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הובעה במספר פסקי דין ההשקפה כי לחופש הביטוי מעמד חוקתי על חוקי בהיותו חלק מכבוד האדם המעוגן בחוק היסוד (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 674-677 (1966) (להלן: פרשת סטיישן פילם); בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 81-83 (2004) (להלן: פרשת ש.י.ן); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 20.8.2008)).

לצד ההכרה בחשיבותו של חופש הביטוי ובכך שהוא משתרע על כל ביטוי, מקובלת בפסיקתנו התפיסה כי היקף ההגנה לה זוכה חופש הביטוי עשוי להשתנות על פי סוג הביטוי ובהתחשב בזכויות ובאינטרסים העומדים מנגד. אמות המידה העקרוניות הקובעות את מידת ההגנה על חופש הביטוי גובשו על פי החשיבות החברתית של הביטוי אל מול החשיבות היחסית של הערכים והעקרונות אשר חופש הביטוי מתנגש עימם (ראו: פרשת סטיישן פילם, בעמ' 676-677). כבר נפסק כי לא הרי חופש הביטוי הפוליטי, החיוני לקיומו והתפתחותו של המשטר הדמוקרטי וזוכה להגנה הרחבה ביותר כחופש הביטוי המסחרי, למשל. כך נקבע לגבי חופש הביטוי הפוליטי מבחן "הודאות הקרובה", לפיו, רק בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור תותר פגיעה בו (ראו, למשל, פרשת קול העם הנ"ל). לצד הביטוי הפוליטי ניצב חופש הביטוי האמנותי, הספרותי והאישי המבוסס על הצורך להביא להגשמתו העצמית של האדם ואף מעמדו רם, כך שגם הוא זוכה, ככלל, להגנה רחבה. יש הגורסים כי בדרגה נפרדת ממוקם חופש הביטוי המסחרי, אשר לגביו נקבע בפסיקתנו כי היקף ועוצמת ההגנה שיינתנו לו מצומצמים ביחס להגנה על חופש הביטוי בתחום הפוליטי, הספרותי או האמנותי (ראו, למשל: בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 13-14 (1994); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178, 182 (2000)).

היכן ממוקם במדרג זה החופש ליצור או לצרוך פורנוגרפיה? פסיקת בית משפט זה הכירה בכך שהביטוי הפורנוגרפי אף הוא חוסה בצילו של חופש הביטוי (ראו, למשל, פרשת ש.י.ן), אך לצד קביעה זו נמצא כי מאחר ש"הערך החברתי של הביטוי ביצירה הפורנוגרפית הוא נמוך, וככלל, הוא אמצעי נחות להעברת מסריו ועמדותיו" (שם, עמ' 82) היקף ההגנה עליו קטן מהיקף ההגנה שיינתן לצורות ביטוי אחרות. ההגדרה המדויקת של היקף ההגנה על הביטוי הפורנוגרפי לא נענתה באופן מקיף בפסיקת בית משפט זה (ראו, שם, עמ' 96), בין היתר נוכח הקושי להגדיר באופן ברור מהי פורנוגרפיה (ראו, בעניין זה, רם ריבלין בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר פורנוגרפיה: מוסר, חירות, שוויון הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה ועבירות קרובות 8-9 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003)). בשיטות משפט שונות התמודדו עם הקושי במתן הגדרה ממצה לחומר פורנוגרפי, שיכול לבוא לידי ביטוי בצורות שונות ובאופנים שונים. כך למשל, פורנוגרפיה יכולה להיות בעלת היבטים אומנותיים שאין בהם, בהכרח, ביטוי

משפיל ופוגעני. לצד אלה קיימים ביטויים פורנוגרפיים שתכליתם מסחרית ונועדו לגירוי היצרים. ביטויים אלה, על פי רוב, כוללים אלמנטים משפילים הפוגעים בכבוד האדם המוצג בהם כאובייקט חפצי לניצול מיני. זהו המצב ברוב מוצגי הצריכה הפורנוגרפיים שכרוכה בהם פגיעה בכבוד האדם של האישה. ביטויים מסוג זה אינם מגשימים בהכרח את הטעמים המרכזיים העומדים ביסוד ההגנה הרחבה על חופש הביטוי ובהם, הרצון לחשוף את האמת על רקע קיומו של "שוק דעות" פתוח במסגרתו מתחרים רעיונות נוגדים; הבטחת קיומו של המשטר הדמוקרטי המאפשר לפרטים בו לשכנע ולהשתכנע באופן חופשי וללא הגבלות וכן הצורך האנושי בהגשמה עצמית (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 271-280 (1987); כן ראו פרשת חברת סטיישן פילם). בפורנוגרפיה שיש בה כדי לגרות למעשים מיניים אלימים ומשפילים, ואשר עיקר תכליתה בסיפוק היצרים המיניים, אף אין כדי לתרום ממשית לחקר האמת או לקידומו של המשטר הדמוקרטי. קשה גם לטעון כי בצריכת פורנוגרפיה יש כדי להעשיר את האדם, להרחיב את אופקיו, או לפתחו מבחינה רוחנית ואינטלקטואלית, ואף נראה כי יוצרי הפורנוגרפיה אינם מכוונים לכך. לזאת יש להוסיף את העובדה שהפקת הביטוי הפורנוגרפי כרוכה, מטיבה, בפגיעה קשה בכבודם של נשים וילדים ובניצול של קבוצות חלשות לתועלת כלכלית של המפיקים ויתר המעורבים בתעשייה זו.

מטעמים אלה, אף כי הביטוי הפורנוגרפי נכלל במסגרת חופש הביטוי, הרי היקף ההגנה עליו קטן מהיקף ההגנה שניתן לצורות ביטוי אחרות. ההיקף המוגבל של ההגנה על הביטוי הפורנוגרפי משקף הן את הערך החברתי הנמוך הגלום בצריכתם של ביטויים פורנוגרפיים, והן את היות ביטויים אלה, בנסיבות מסוימות, בשולי הזכות לחופש ביטוי. אכן, העקרון המנחה הוא כי כאשר הביטוי כרוך בפגיעה בזכויות, בכבוד האדם, בהסתה או בגזענות, ההגנה שהמשפט מעניק לו תהא, מטבע הדברים, מצומצמת. לפיכך יש לדחות את טענת המערער לפיה פגיעה בזכותו לצרוך פורנוגרפיה אפשרית רק בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור. מבחן זה התקבל בפסיקה, כפי שהצבענו לעיל, לשם הגנה על חופש הביטוי הפוליטי, הנהנה מן ההגנה הרחבה ביותר, ואין הוא בהכרח המבחן המתאים בהקשר של ביטוי פורנוגרפי, במיוחד כאשר מדובר על ביטוי פורנוגרפי בסביבה המערבת תנאים מיוחדים, כמו בכלא. בהתייחסו למבחן ה"ודאות הקרובה" ציין הנשיא ברק: "כמובן, אין זו נוסחת האיזון היחידה" (חברת סטיישן פילם, עמ' 677), וכן הוסיף כי:

"שום הסדר חוקתי המעניק הגנה חוקתית לחופש הביטוי אינו מגן על כל חומר תועבה. חופש הביטוי המוגן אינו החופש לבטא דברי תועבה. בדמוקרטיה חוקתית הרגישות לחופש הביטוי אין זכות חוקתית כללית ליצור או לצרוך חומר תועבה" (שם, עמ' 678).

בהמשך הדברים עמד הנשיא ברק על כך שכל חברה זכאית להגן על עצמה מפני ביטויי תועבה. על כן רשאית כל חברה, הרגישה לזכויות אדם בכלל ולזכות בדבר חופש הביטוי בפרט, להטיל מגבלות על חופש הביטוי בכל הנוגע לביטויי התועבה. מגבלות אלה צריכות להיות לתכלית ראויה ופגיעתן לא מעבר למידה הדרושה. כמובן, שאלה לעצמה היא הגדרת הביטוי חומר תועבה והאם אין זיקה בין סוג החומר למקום ולזמן שבו הוא נדרש (שם, שם).

11. על רקע האמור לעיל יש לבחון את האיסור הגורף על הכנסת חומר פורנוגרפי הקבוע בפקודת הנציבות. אין חולק כי נוכח איסור זה נפגעת זכותו של המערער לחופש ביטוי, החולש, כאמור, גם על הביטוי הפורנוגרפי. השאלה היא אם פגיעה זו היא חוקתית וחוקתית בהתחשב בתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה ובשים לב למידת ההגנה הניתנת במשפטנו לביטוי הפורנוגרפי. פסקת ההגבלה מתווה ארבעה תנאים בהתקיימם נמצא כי הפגיעה בזכות הינה כדין. התנאים הם כי הפגיעה תיעשה בחוק או מכוח הסמכה

מפורשת בו; על הפגיעה להיות לתכלית ראויה, אשר הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; ולבסוף, פסקת ההגבלה קובעת כי אין הפגיעה יכולה לעלות על הנדרש. הדרישה האחרונה היא דרישת המידתיות, המחייבת התאמה בין הפגיעה בזכות ובין התכלית הראויה כשלעצמה.

12. דרישת ההסמכה: על פי התנאי הראשון בפסקת ההגבלה, על הפגיעה להיות בחוק או מכוח הוראה מפורשת של דבר חקיקה ראשית. בעניין שלפנינו אין מדובר בהוראת חוק ראשית מכוחה נאסרת הכנסת פורנוגרפיה לבתי הסוהר, כי אם בפקודה כללית שהוציא נציב שירות בתי הסוהר. במצב דברים כזה, על הרשות המינהלית להצביע על דבר חקיקה ראשית המתיר לה, באמצעות הסמכה מפורשת, לפגוע בזכות היסוד (ראו: דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (טרם פורסם, 19.10.2009) (להלן: ארקו), פסקה 7 לפסק הדין). המשיב הצביע על סעיפים 80א(א) ו- (ב) לפקודת בתי הסוהר כסעיפי ההסמכה הרלוונטיים. סעיפים אלה, המקנים לנציב שירות בתי הסוהר סמכות להוציא הוראות כלליות ופקודות הנוגעות לארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בבתי הסוהר, ומכוחם הוצאו פקודות שונות ובהן הפקודה בענייננו, מקיימים את דרישת ההסמכה הקבועה בפסקת ההגבלה. כפי שקבענו בעבר, מקום בו האובייקט הטעון הסדרה מצריך מומחיות ומקצועיות מיוחדת, די ברמת הפשטה גבוהה בחקיקה הראשית, ובלבד שמהות ההסדר, מידת הפגיעה בחירותו של הפרט והשלכותיו החברתיות תואמים זאת (ראו, למשל, בג"ץ 3267/97 דובינשטיין נ' משרד הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 515 (1998)). בהתחשב בעובדה שסעיפי ההסמכה נוגעים לניהול התקין, ולסדרי המינהל, המשטר והמשמעת בבתי הסוהר, יש להניח כי הצורך להבטיח את כל אלה מחייב, באופן אינהרנטי, גם הגבלה מסוימת של חירויות וזכויות שונות של האסירים. סעיפי ההסמכה, והפקודה שהוצאה מכוחם, נובעים מן ההנחה שחייב להיות פיקוח על החומרים והאמצעים המוכנסים לבתי הכלא, בשל הצורך בשמירה על הביטחון והסדר בבתי הסוהר. לשם כך נמסרה לנציב סמכות רחבה שמאפשרת הגבלה של הכנסת אותם חומרים היכולים לסכן את השלום, הביטחון והמשמעת בבתי הסוהר (ראו, בהקשר זה, בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (טרם פורסם, 13.6.2006), פסקה 14 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

13. התכלית הראויה: התנאים השני והשלישי בפסקת ההגבלה עניינם התכלית של דבר החקיקה הפוגע בזכות היסוד. אין בפנינו טענה כי סעיף 2(ג) לא נועד לתכלית ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל, ועל כן, אין אנו נדרשים לבדיקה זו. מעבר לצורך יצוין כי בהחלט ניתן לראות בהגבלת היכולת לצפות בביטויים פורנוגרפיים בין כותלי הכלא קידום ערכים חברתיים, כדוגמת שוויון בין המינים וכבוד האישה, אשר הולמים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

האם התכלית הגלומה באיסור על הכנסת חומר פורנוגרפי היא תכלית ראויה? על תכלית האיסור, כמו גם על תכלית הפקודה בכלל, ניתן ללמוד מתוכן הפקודה עצמה. כאמור, סעיף 1(א) לפקודה קובע את תכליתה הכללית – לאפשר לאסירים ניצול חיובי של זמנם הפנוי, בין היתר, על ידי קריאה ומשחקי חברה. לשם כך, נקבעו בפקודה הסדרים המאפשרים לאסירים לרכוש חומרי קריאה ומדיה אחרת, בכפוף להגבלות שנקבעו, ואשר מטרתן לאפשר לשירות בתי הסוהר לקיים את הסדר, המשמעת, והביטחון בבתי הסוהר. סעיף 2(ג) מונה אחת מן ההגבלות הללו, בקובעו כי תיאסר הכנסת חומר קריאה שלגביו קיים חשש סביר שיפגע בביטחון המדינה או בביטחון בית הסוהר, וכן תיאסר הכנסה של חומר קריאה פורנוגרפי. תכלית הסעיף, בחלקים הרלוונטיים לענייננו, היא להגביל את האפשרות לצרוך חומרי קריאה וצפייה פורנוגרפיים, על מנת למנוע פגיעה בביטחון בית הסוהר ובאפשרות של הסוהרים לשמור על הסדר והמשמעת. תכלית זו היא תכלית ראויה, והיא נגזרת מן החובה הכללית של שירות בתי הסוהר לדאוג לשלומם ולרווחתם של אסירים. במאמר מוסגר יצוין כי המערער לא חלק על כך שתכלית זו ראויה, אלא שלגישתו אין מקום לקבוע כלל שלילה קטיגורית, אלא אך לשלול את אותם ביטויים פורנוגרפיים לגביהם יש חשש ממשי שיגרמו סיכון לביטחון האסירים.

14. במידה שאינה עולה על הנדרש: משלא נתעוררה מחלוקת ממשית בשאלות ההסמכה והתכלית, שדה המחלוקת העיקרי הוא באשר למידתיות ההסדר הגורף, מכוחו נשללת הכנסת כל חומר פורנוגרפי לבתי הכלא.

אכן, כל אימת שנבחנת שאלה של פגיעה בזכויות מטרידה השאלה אם אין מקום לקבוע הסדר המבוסס על בדיקה פרטנית על פני קביעת הסדר גורף, שאין בו מקום לשיקול דעת. כך גם במקרה שלפנינו. אלא, שלצד הטענה הכללית לפיה קיומו של הסדר המבוסס על שיקול דעת עדיף על פני הסדר גורף, יש להתחשב בשיקולים נוספים ובהם, טיבן של הזכויות הנפגעות וההקשר הכללי בו נקבע ההסדר. במקרה שלפנינו, שני שיקולים מרכזיים משפיעים על ניתוח חוקיות ההסדר הגורף – האחד, העובדה שהפגיעה הנטענת היא בזכות שזוכה להגנה מצומצמת יחסית במשפטנו, והשני, העובדה שמימוש הזכות לצרוך חומר פורנוגרפי מתבקשת בין כותלי בית הסוהר. לשני אלה, כפי שיפורט בהמשך, השפעה על מסקנתנו, לפיה ההסדר הגורף עומד במבחן המידתיות.

כידוע, מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה: ראשית, יש לבחון האם קיים קשר רציונאלי בין התכלית הראויה כשלעצמה לבין האמצעי שנקבע להגשמתה. שנית, יש לבחון האם ניתן היה להגשים את התכלית באמצעים שפגיעתם בזכות פחותה. ולבסוף, במבחן המידתיות השלישי יש לבחון האם קיים איזון מידתי בין התועלת החברתית שבהגשמת המטרה ובין הנזק הנגרם עקב הפגיעה בזכות (ראו, למשל, בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997) (להלן: פרשת מנהלי ההשקעות); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 494-550 (2005) והאסמכתאות המופיעות שם (להלן: פרשת חוף עזה)).

אשר למבחן הראשון, מבחן הקשר הרציונאלי, אין חולק כי מניעה גורפת של הכנסת חומרי קריאה או סרטים פורנוגרפיים לכלא מקיימת קשר רציונאלי לשמירת הסדר, המשמעת והביטחון בבתי הסוהר. עמדה זו מבוססת על חוות דעתו המקצועית של המשיב לפיה הכנסת חומר פורנוגרפי לבתי סוהר, ובפרט צפייה בסרטים פורנוגרפיים, עלולה להביא לעליית המתח בין האסירים בכלא. מתח זה, נטען בפנינו, עלול להוביל להתפרצויות אלימות, לעלייה במקרי הפרות הסדר והמשמעת ואף לגידול במעשי אינוס ופגיעות מיניות אחרות, בין האסירים בכלל ובאוכלוסיית עברייני המין בפרט. בעניין זה, שירות בתי הסוהר הוא הגורם המקצועי המוסמך והמיומן לקבוע מהם המאפיינים ההתנהגותיים העלולים להעלות את המתח בין כותלי הכלא, ובגבולות מתחם הסבירות, שיקול הדעת המקצועי נתון למשיב. לעיתים, ההכרעה בדבר גבולות מתחם הסבירות והערכת הסיכון מהתנהגות או מדיניות מסוימת אינה ברורה; אולם, בעניין שלפנינו ניתן להעריך כי עמדתו המקצועית של הנציב נמצאת במתחם הסבירות. אכן, כבר נקבע בפסיקתנו כי הכרעה שיפוטית בשאלת הקשר הרציונאלי יכול שתיעשה "תוך הערכה הגיונית המתבססת על ניסיון החיים והשכל הישר" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם, 11.5.2006), פסקה 58 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק).

לא נעלמה מעינינו טענת המערער לפיה לא הוצגו בפנינו מחקרים המאששים את הטענה כי פורנוגרפיה לא אלימה אינה מובילה לאלימות (וזאת בהנחה שניתן להגדיר מהי פורנוגרפיה שאינה אלימה, אם בכלל; ראו, למשל: Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* (2<sup>nd</sup> Ed., 2007), pp. 1369-1373, 1384-1388). לפסק דין של בית המשפט העליון האמריקאי, שם נקבע כי ניתן להגביל הפצה של חומר פורנוגרפי גם ללא מידע מחקרי אמפירי. אולם, חשוב לזכור כי השאלה שבפנינו אינה מתייחסת לאפשרות לצרוך פורנוגרפיה בכלל, אלא לאפשרות לצרוך פורנוגרפיה בין כותלי בית הסוהר, על כל המשתמע מכך. בכפוף לכך, יש לתת משקל משמעותי לעמדת שירות בתי הסוהר, שהשמירה על הסדר בין כותלי הכלא היא בתחום מקצועיותו



ועל כך הוא אמון (השוו, דברי מ"מ הנשיא מ' לנדוי בפרשת פרנקל, עמ' 209 לפיהם בהחלט מבחנים הסתברותיים, כדוגמת מבחן הודאות הקרובה, יש להתאים את המבחן לתנאים בבתי הכלא ולתרגמו "למבחן של הבטחת השלום, הסדר והמשמעת בין כתלי בית-הסוהר, על הבעיות המיוחדות שעמן על הנהלת בית-הסוהר להתמודד").

15. הגם שכאמור, קיים קשר רציונאלי בין שלילת הכנסת חומר פורנוגרפי והשמירה על הביטחון, השאלה הנשאלת היא האם יכול היה שירות בתי הסוהר להגשים את תכלית הסעיף – לאפשר לאסירים ניצול חיובי של הזמן הפנוי תוך שמירה על הסדר והביטחון והבטחת הניהול התקין של בית הסוהר – באמצעים שפגיעתם בזכות לצרוך חומרים פורנוגרפיים פחותה. בהקשר זה העלה המערער מספר טענות שעיקרן בשתי אלה: על פי הטענה הראשונה, כלל השולל באופן מוחלט הכנסת כל חומר פורנוגרפי לבית הסוהר, מבלי להידרש למבחן הסתברותי ברמה של וודאות קרובה ומבלי להוכיחו, מהווה אמצעי שפגיעתו בלתי מידתית. על פי הטענה השנייה, יש בידי המשיב להקטין את הפגיעה בזכות באמצעות בחינת אופיים של החומרים הפורנוגרפיים אותם מבקשים האסירים להכניס לבית הסוהר ושלילת אלה האלימים בלבד. כן נטען, כי ניתן לאפשר את הצפייה בתנאים שיעניקו למבקש פרטיות, וכך אף תמנע הפגיעה ברגשותיהם של אסירים אחרים ויקטן החשש להפרות סדר ומשמעת.

מבחן המידתיות השני, כך נקבע בפסיקה בעבר, משול לטיפול על סולם. על המחוקק לעצור באותו שלב באמצעותו מושגת התכלית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה (ראו, למשל, פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 385). חשוב לציין בהקשר זה כי הכוונה אינה בהכרח לעצירה באותו שלב המאפשר את הפגיעה הפחותה ביותר, כי אם די בעצירה בשלב המאפשר פגיעה פחותה. ההנחה ביסוד מבחן המידתיות השני היא שקיים מרחב תמרון חקיקתי, המכונה גם "מתחם המידתיות", במסגרתו עשויות להיות מספר דרכים להגשים את התכלית, מהן יכול המחוקק או מחוקק המשנה לבחור בדרך אחת. גבולות מתחם המידתיות נקבעים בכל מקרה לגופו ועל פי נסיבותיו. ככלל, כל עוד הדרך שנבחרה אינה חורגת באופן ברור ומשמעותי ממתחם זה, בית המשפט ייטה שלא להתערב בה (ראו, למשל, בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280 (2002) והאסמכתאות המופיעות שם).

16. האמצעי שנבחר על ידי נציב שירות בתי הסוהר, כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 2(ג) סיפא לפקודה, הוא כלל קטגורי השולל מאסיר את האפשרות לצרוך חומרי קריאה וצפייה פורנוגרפיים. הנחת המוצא הגלומה באיסור זה היא שעצם ההימצאות של חומרים פורנוגרפיים ברשות האסירים תוביל לפגיעה ממשית ביכולתם של הסוהרים, ושל מערך שירות בתי הסוהר בכלל, לשמור על הסדר, המשמעת, והביטחון של האסירים והסוהרים. אמנם, כפי שציינו קודם, המשיב לא הציג מחקרים אמפיריים לאישוש עמדתו, אולם ניסיונו כמי שאמון על מערך הכליאה בישראל ומקצועיותו הם שתומכים במסקנתו. לשיטת המשיב, מידת ההגבלה המוטלת על זכותם של האסירים לצפות בסרטים פורנוגרפיים נעשתה בשים לב לייעודם של הסרטים ובהתחשב בתנאי הכליאה השוררים בבתי הסוהר. בפרט טוען המשיב כי חומרים פורנוגרפיים, מטיבם, עשויים להגביר את תנאי הלחץ, הצפיפות והמתח בהם שרויים האסירים בבתי הסוהר; וכי בבתי הסוהר אסירים מרקע תרבותי ודתי שונה, וכן אסירים – ובהם גם עברייני מין – שההשפעה של הסרטים הפורנוגרפיים על התנהגותם עשויה להיות בעייתית. על כן, לגישת המשיב, יש מקום לניסוח הגורף של הוראת סעיף 2(ג) לפקודה.

המערער טוען מנגד כי ניתן למצוא פתרונות חלופיים שעשויים למנוע את התוצאות מהן חושש המשיב. כך, למשל, המערער הציע כי סוהרים יבחנו את החומר הפורנוגרפי אותו מבקשים האסירים להכניס לבתי הסוהר ויאשרו להכניס לבית הסוהר רק את אותם חומרים פורנוגרפיים שאין בהם כדי להוביל לאלימות. כן הציע המערער ששירות בתי הסוהר יקצה חדרי צפייה נפרדים, שיכולים למנוע פגיעה ברגשות אסירים שאינם מעוניינים לצפות בחומר הפורנוגרפי אף הם.

אמנם, אפשר שיש בפתרונות אותם הציע המערער כדי לצמצם את הפגיעה בזכויות האסירים. כאמור, מוכנה אני אף להניח שבאופן כללי עריכה של בדיקה פרטנית לשם פגיעה בזכויות יסוד עדיפה על פני קביעת הסדר גורף. יחד עם זאת, חשוב להבחין במקרה שלפנינו בין הפתרונות התיאורטיים ובין הפתרונות אותם ניתן ליישם הלכה למעשה. בבואנו לבחון האם יש מקום לבחור באמצעי אחר, שפוגע פחות בזכות היסוד, יש לתת את הדעת לא רק למידת הפגיעה הצפויה מן הבחירה בכל אחד מן האמצעים האפשריים, אלא גם לנטל שיוטל על הרשות היה ותבחר באמצעי שפגיעתו פחותה יותר. בעניין שלפנינו אין ספק שבדיקה פרטנית של כל החומרים הפורנוגרפיים שאסירים מבקשים להכניס לבתי הסוהר תפגע פחות בזכותם לחופש ביטוי. אולם, כאמור, הכרח הוא כי הבחינה הפרטנית תהא בת יישום ויעילה מבחינת הגשמת התכלית. קבלת הצעות המערער תחייב שימוש באמצעים וכלים באופן המטיל נטל משמעותי על שלטונות הכלא. מטבע הדברים, המשאבים הציבוריים העומדים לרשותו של המשיב מוגבלים. במסגרת מגבלות אלה קובע המשיב את סדרי העדיפויות להקצאת המשאבים, המיועדים להבטחת ניהולו הבטוח של מערך בתי הסוהר בישראל לשם קיום תנאי הכליאה המחויבים בחוק. כל עוד קביעת סדרי העדיפויות היא מידתית, אין מקום להתערבות בשיקול הדעת של המשיב.

לא זו בלבד, אלא שיישום הצעות המערער אף מעלה שורה של בעיות אשר ספק אם פתרון אפשרי הלכה למעשה. כך, למשל, בהינתן הקושי בהגדרה מהו חומר פורנוגרפי, כיצד ייקבע הגבול המבחין בין פורנוגרפיה "מותרת" לבין פורנוגרפיה אלימה או כזו שעשויה להוביל לאלימות? האם באמת מצופה כי המשיב יקצה כח אדם לטובת צפייה בחומרים האמורים וסיווגם לקטגוריות? האם קביעת מנגנון כאמור מחייבת הסדרתו של הליך השגה על סיווג הביטוי הפורנוגרפי הקונקרטי כאלים? האם קיומם של "חדרי צפייה" ימנע את הסכנות עליהן הצביע המשיב, אף אם הצפייה תתאפשר רק למעונינים בכך? דומני כי די בשאלות אלה כדי להמחיש את הבעייתיות הטמונה בפתרונות המוצעים על ידי המערער, גם אם יש בהם כדי לצמצם את הפגיעה בזכויות האסירים. בנסיבות אלה, ובהתחשב בשיקול הדעת המסור למשיב, אין לומר כי האיסור הקטיגורי חורג באופן ברור ומשמעותי ממתחם המידתיות הרחב בו הוא פועל, כמי שאמון על הסדרת ניהולם השוטף, הבטוח והיעיל של בתי הסוהר.

17. דומה כי על סבירותו של שיקול הדעת של המשיב ניתן ללמוד, בין היתר, גם מן ההסדרים הנוהגים במדינות אחרות. הצדדים הקדישו חלק לא מבוטל מעיקרי הטיעון אותם הגישו לבית המשפט לבחינת המשפט המשווה. עיון בהסדרים אלה מעלה כי אין בנמצא מודל יחיד על פיו נוהגות מרבית המדינות. יש מדינות בהן נקבע, בדומה לכלל בישראל, כלל קטיגורי האוסר על הכנסת כל חומר פורנוגרפי, בעוד שבמדינות אחרות ניתנו לגורמים שונים בבתי הסוהר סמכויות שבשיקול דעת להגביל הכנסת חומר פורנוגרפי. יצוין כי במספר מדינות בארצות הברית, בהן הונהג איסור קטיגורי על הכנסת חומר פורנוגרפי לבתי הסוהר, איסור זה אושר על ידי בתי המשפט שם. עוד יצוין כי במדינות בהן נמסר שיקול דעת לגורמים בכלא, בדרך כלל הוגבל שיקול הדעת לשורה של קריטריונים ובהתאם למבחן הסתברותי מקל. העובדה שעיון במשפט המשווה מצביעה על כך שאושרו בחקיקה ובפסיקה מודלים שונים ורמות שונות של הגבלת ההכנסה והשימוש בחומר פורנוגרפי בין כותלי בתי הסוהר מלמדת שקיים מתחם מידתיות רחב למדי בגדרו ניתן לפעול. מכאן, אין ניתן לומר כי הבחירה לאסור באופן מוחלט על הכנסת חומר פורנוגרפי לבתי הסוהר היא בלתי מידתית, אלא היא מצויה באותו "מתחם מידתיות" בגדרו רשאי לפעול המשיב. יוער כי באותה מידה, אילו היה המשיב מחליט לאמץ את המלצות המערער ולאשר הכנסת חומרים פורנוגרפיים מסוימים לבתי הסוהר, גם החלטה זו הייתה, כפי הנראה, מצויה במתחם המידתיות. אלא שהחלטה כזו, נוכח הקצאת המשאבים וכח האדם הנדרשים במסגרתה, צריכה להתקבל על ידי המשיב, בשים לב למכלול המטלות שעליו למלא במסגרת אחריותו לניהול הבטוח של בתי הסוהר, ובהתחשב בתנאים הקיימים בבתי הסוהר בישראל. משבחר המשיב לאסור

באופן מוחלט הכנסת חומרים פורנוגרפיים, אין לקבוע כי אמצעי זה אינו עומד במבחן המידתיות השני.

18. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות במוכן הצר. על פי מבחן משנה זה, חייב להתקיים יחס מידתי וראוי בין התועלת הצומחת מההסדר הקבוע בפקודה ובין הפגיעה בזכותו של האסיר לצורך ביטויים פורנוגרפיים. זהו ביסודו מבחן ערכי הבא להעריך את היחס שבין הזכות הנפגעת – בהתאם למעמדה של הזכות ולמידת הפגיעה בה, ובין האינטרס הציבורי בשמו נעשית הפגיעה. במקרה שלפנינו נועדה ההגבלה על האפשרות לצרוך חומר פורנוגרפי לשם שמירה על בטחונם של האסירים והסוהרים בבית הכלא, ובכדי לאפשר ניהול תקין ויעיל של בית הסוהר. על פי עמדת המשיב, שנמצאה מקובלת עלינו, הכנסת פורנוגרפיה לבתי הסוהר תעלה את רמת המתח בין האסירים ותפגע ביכולת המשיב לשמור על הסדר, המשמעת והביטחון. זהו אינטרס כבד משקל אשר על המשיב, מתוקף תפקידו, מוטלת חובה להבטיחו. כבר נאמר לא אחת בפסיקת בית משפט זה כי "באין סדר ומשמעת, במוכנס הרחב של מושגים אלה – לא עוד, אלא סדר ומשמעת קפדניים – לא ייכון בית-סוהר והמערכת כולה תיפרע" (פרשת גולן, עמ' 173, השופט מ' חשין).

מנגד, הוראת סעיף 2(ג), בחלק הרלוונטי לענייננו, שוללת מן המערער ומאסירים אחרים את האפשרות לצרוך ביטויים פורנוגרפיים כחלק מזכותם לחופש ביטוי. אין חולק כי זכותו של המערער לחופש ביטוי נפגעת במידה מסוימת. יחד עם זאת, כאמור, הביטוי הפורנוגרפי מצוי בתחתית המדרג הנורמטיבי של חופש הביטוי וככזה, ההגנה עליו פחותה. מידת הגנה זו משפיעה, מטבע הדברים, על האופן בו יש לערוך את האיזון. בשים לב לעובדה שהביטוי הפורנוגרפי מצוי בשוליה של הזכות לחופש ביטוי, ובהתחשב בנימוקים עליהם הצביע המשיב – שהוא הגורם המוסמך לקבוע את סדרי הנוהל בין כותלי בית הסוהר – אין לומר כי הפקודה אינה מידתית.

המסקנה היא, אפוא, כי האיסור על הכנסת חומר פורנוגרפי לבתי הסוהר, הקבוע בסעיף 2(ג) לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר מס' 04.50.00, עומד בתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.

אשר על כן, ובשים לב לנימוקים שהובאו בפסק הדין, הבקשה נדחית. אין צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף של הנשיאה. ברצוני רק להוסיף כי ההסדרים השונים הנוהגים בסוגיה שלפנינו במדינות אחרות יש בהם כדי להאיר זרקור על שתי מסקנות:

(א) האיסור על הכנסת חומר פורנוגרפי לבתי הסוהר, המגולם בפקודת הנציבות, נשוא דיוננו – מצוי באותו "מיתחם מידתיות" בגדרו רשאי המשיב לפעול, כקביעת הנשיאה בפסקה 17 לחוות דעתה.

(ב) האמור בס"ק (א) שלעיל יכול להדגים את המושגים: "מיתחם המידתיות" ו"מיתחם ההתחשבות" (Margin of Appreciation), שלעתים נוהגים לעשות בהם שימוש בהקשרים חוקתיים שונים. בהבחנה זו אעסוק בתמציתיות להלן.

2. "מיתחם ההתחשבות" פותח במשפט האירופאי ותחילתו בפסק הדין של בית המשפט האירופי לזכויות האדם בפרשת HANDYSIDE V. THE UNITED KINGDOM, App.

No. 5493/72, 1 EHRR 737(1979). פרשה זו עסקה בעניין שיש לו קירבה נושאת מסוימת לשאלות שעלו בפנינו. בפרשת HANDYSIDE נתקפה חוקתיות ההרשעה של מו"ל שפירסם בבריטניה ספר מתורגם ובו הדרכה בוטה וייעוץ לתלמידים בענייני מין. הוא חויב בדין (אגב חילוט העותקים המפרים) בגין הפצת דבר תועבה על פי חוק אנגלי, שאסר פעילות מעין זו. הסוגיה המשפטית שעמדה במוקד העתירה שהוגשה על ידו לבית המשפט בשטרסבורג היתה האם האיסור בחוק האנגלי, שעל פיו פסק בית המשפט הבריטי, מקיים את דרישותיה של פסקה ההגבלה הקבועה בסעיף 10(2) לאמנה האירופית (1950) For the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, או שהוא מגביל – מעבר לנדרש – את הזכות לחופש הביטוי.

העתירה נדחתה, שכן נפסק כי "מיתחם ההתחשבות" מקנה למחוקק המדינתי ולרשויות של המדינה (הנכללת באיחוד האירופי), לרבות בתי המשפט שלה – עדיפות בפירוש ובהחלת החוק הלאומי ושל העקרונות הקונסטיטוציוניים והנסיבות הרלבנטיות לאותה מדינה. להתפתחות הדוקטרינה של "מיתחם ההתחשבות" ברבות השנים עיינו: John Wadham, Helen Mounfield, Caoilfjonn Gallagher and Elizabeth Prochaska with Anna Edmundson BLACKSTONE'S GUIDE TO THE HUMAN RIGHTS ACT 1998, 40-42 (5th ed., 2009)

3. פרופ' אהרון ברק בספרו החדש: מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (תש"ע-2010) (להלן: ברק – מידתיות במשפט) מסביר את ההבחנה בין "מיתחם המידתיות" לבין "מיתחם ההתחשבות" כך:

"הדוקטרינה של מתחם המידתיות משקיפה על חוקתיות הגבלתה של זכות מנקודת מבט לאומית. היא קובעת את מערכת הנתונים העובדתיים והנורמטיביים שקיומם מתיר פגיעה בזכות חוקתית. לעומתה, הדוקטרינה של מתחם ההתחשבות משקיפה על חוקתיות הגבלתה של זכות מנקודת המבט של השופט הבינלאומי. היא קובעת את מערכת הנתונים העובדתיים והנורמטיביים שקיומם מתיר לשופט הבינלאומי לתת משקל נכבד להכרעה העובדתית והנורמטיבית של האורגנים הלאומיים" (שם, בעמ' 511)

על רקע הדמיון והשוני בין שתי הדוקטרינות, בוחן פרופ' א' ברק את מקומו של "מיתחם ההתחשבות" במשפט הלאומי (המקומי) וקובע כי עיון בדוקטרינה זו חשוב באשר הוא מסביר לשופט המקומי את הפסיקה הבינלאומית (והזרה) – ולמשפט השוואתי יש, כידוע, מקום בפרשנות חוקתית (עיינו: ברק, מידתיות במשפט, עמ' 91-94). מסקנתו היא כי דוקטרינת ה-Margin of Appreciation:

"מאפשרת לשופט הלאומי, המודע למתחם ההתחשבות, להבין באופן עמוק יותר את תפקידו שלו בגדרי מתחם המידתיות. בכך מסתיימת חשיבותה של הדוקטרינה... עבור השופט הלאומי (ראו: Rivers "Proportionality and Variable Intensity of Review" 65 CAMBRIDGE L.J 174-175 (2006)). במסגרת המשפט הלאומי תחול אך הדוקטרינה של מתחם המידתיות. ביסוד פסיקתו של השופט הלאומי מונח האיזון בין טובת הכלל לבין זכויות הפרט בשיטתו שלו. אמת, הוא יעשה ככל שביכולתו שלא להכיר באיזון הנופל מזה המוכר על פי המשפט הבינלאומי. עם זאת, הוא ישאף לאיזון אופטימלי המשקף את ערכיה וצרכיה של החברה שבה הוא חי" (שם, בעמ' 512).

4. העולה מן המקובץ מלמד כי האיסור שהוטל פה על ידי המשיב נופל בגדר "מיתחם המידתיות" הישראלי. יתר על כן, על פי "מיתחם ההתחשבות" – אין מקום לקלוט במכלול שלפנינו פתרונות "זרים" שננקטו רק בחלק מהמדינות אליהן הופנינו במחקר המשווה שהוצג לנו על ידי באי-כוחו המלומדים של המבקש. הנה כי כן הדרך שבה נקט המשיב מתאימה, ולו לעת הזו, לאילוצים הקיימים במערכת ולצרכיה של החברה בארצנו.

## ש ו פ ט

### השופט א' רובינשטיין:

א. אף אני מצטרף בהסכמה לתוצאה שאליה הגיעה הנשיאה, וכן להנמקתה המעוגנת במצב המשפטי הקיים בישראל, גם על פי פסיקתו של בית משפט זה. נראית לי - בכל הכבוד - הבחינה החוקתית שערכה למשאלת המבקש, ולחשש (פסקה 18) פן הכנסת פורנוגרפיה לבית הסוהר יהא בה כדי להעלות את המתח בו, ולפגוע ביכולת שירות בתי הסוהר לשמור על הסדר. חברתי ציינה (שם) כי "הביטוי הפורנוגרפי מצוי בתחתית המדרג הנורמטיבי של חופש הביטוי... בשוליה של הזכות לחופש ביטוי". אודה, כי פריסת חופש הביטוי על "חופש הביטוי הפורנוגרפי" מוקשה בעיני במהותה הערכית - יהודית - מוסרית. אכן, בית משפט זה, בפרשת ש.י.ן. (בג"ץ 5432/03 ש.י.ן. – לשוויון יצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נ"ח(3) 65), בהרכב 11 שופטים קיבל פה אחד את הדעה, בהקשר אישורה של המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין לשידורי ארוטיקה, כי גם אם "הערך החברתי של הביטוי ביצירה הפורנוגרפית הוא נמוך, ובכלל, הוא אמצעי נחות להעברת מסריו ועמדותיו" - ואף שיש לו פוטנציאל של נזק וגם היבטים פליליים אפשריים - אין זה מוציאו ככלל מגדר זכות היסוד לחופש הביטוי (ראו פסק הדין העיקרי באותו עניין מפי השופטת דורנר בעמ' 82). כשלעצמי אזכיר את דברי השופט לוי שם (עמ' 90), כי "נפשי סולדת מתכניו של ערוץ השידור שבמחלוקת", אף שהצטרף בנסיבות החוקתיות לתוצאה, וכן את דברי השופט (כתארו אז) מ' חשין (עמ' 92), שלפיהם "האמירה כי חופש הביטוי הפורנוגרפי חוסה בצלו של חופש הביטוי... אינה אמירה מובנת מאליה", וכי "... מתקשה אני לקבל, למשל, כי הפורנוגרפיה – בעיקר הפורנוגרפיה הקשה... תיכנסנה אל זירת המאבק באינטרסים חברתיים אחרים וכתר מלכות של חופש דיבור על ראשן"; זאת, חרף עוצמתו הרבה של חופש הביטוי. עוד אזכיר את דברי השופט טירקל שם (עמ' 94), שלפיהם הביטוי הפורנוגרפי הוא "איי" שאינו מכוסה על ידי הזכות הנעלה לחופש הביטוי, ומכל מקום ניתן הוא להגבלה, אך גם הוא לא ראה לקבל אותה עתירה. דברים אלה קרובים ללבי.

ב. לביקורת הנושא ראו מאמרה, של אורית קמיר "על פורנוגרפיה ("הזניה מתועדת") וכבוד האדם; פסק הדין שלא נכתב (בעניין הארגונים החברתיים וחברי הכנסת נגד שידורי ערוץ פלייבוי, ואח')", בספר שקט מדברים (עורך מ' בירנהק, תשס"ו-2006), במאמרה, בגישה פמיניסטית, שעיקרו מופנה כנגד מיסוד הפורנוגרפיה בישראל (הפורנוגרפיה מתוארת כ"הזניה מתועדת", כאמור) תוך הצבעה על נזקיה, מובא ציטוט נרחב מחוות דעתו של פרופ' רון שפירא הדנה, בין היתר ב"החפצת" נשים כיסוד מאפיין של חומר פורנוגרפי (עמ' 270); המחברת קוראת לכך (עמ' 272) "חפצון" לשימוש מיני הפוגע בכבוד האדם (עמ' 282-285, 289). הדברים נסבו על פרשנות סעיף 6כ"ה(3) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1981 (כפי שתוקן באחרונה בתשס"ב), האוסר על "הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני". אוסיף כי נציגתי כיועץ משפטי לממשלה בשעתו (עו"ד נגה רובינשטיין) הצביעה בדיון ראשון נגד אישור שידורי פלייבוי (ראו הע' 24 בעמ' 258 במאמרה של א' קמיר); כך - גם אם סברתי שהחוק ניתן לפירושים שונים, ולמועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין שיקול דעת (פסק דין ש.י.ן., עמ' 74).

ג. לפרשת ש.י.ן קדמה החלטתו של בית משפט זה בבג"ץ 4804/94 סטייטן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, לעניין הקרנתם של קטעים בעלי אופי פורנוגרפי בסרט. ברוב דעות (הנשיא ברק והשופט (כתארו אז) מצא כנגד דעת השופט (כתארו אז) חשין החליט בית המשפט, בגדרי חופש הביטוי האמנותי וחופש היצירה, לאשר הקרנת קטעים שניתן לראותם כפורנוגרפיים, בתנאי שיוצגו לבוגרים בלבד. באותו עניין ציטט השופט חשין מספר בראשית את סיפור אדם וחווה, אשר תחילה היו בעירומם "ולא יתבוששו" (בראשית ב', כ"ה), אך משאכלו מעץ הדעת "ותפקחנה עיני שניהם וידעו כי עירומים הם ויתפרו עלי תאנה ויעשו להם חגלת" (שם ג' ז') (ראו עמ' 697); ועוד הביא השופט חשין מדברי ר' חנן בר רבא (בבלי שבת, ל"ג א') "הכל יודעין כלה למה נכנסת לחופה, אלא כל המנבל את פיו, אפילו חותמין עליו גזר דין של שבעים שנה לטובה – הופכין עליו לרעה". ראו גם דברי הרב עובדיה יוסף לעניין לבוש צנוע (שו"ת יביע אומר, ו', יורה דעה, י"ד) "אש בנעורת ולא תהבהב? כי טוב מראה עינים מהלך נפש, טוב מראה עיניים בגופה של אשה יותר מגופו של מעשה". כן ראו ד"ר אברהם טננבוים "ההשלמה עם יצר הרע, יפת תואר והימורים", פרשת השבוע (א' הכהן וא' ויגודה, עורכים), 222 (תשס"ה).

ד. אציין כי אין ההלכה עוסקת באיסורי פורנוגרפיה כמות שהיא, אך הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה כ"א, ב' כותב "והמסתכל אפילו באצבע קטנה של אשה ונתכון להנות, כמי שנסתכל במקום התורף (הערוה), ואפילו לשמוע קול הערוה או לראות שערה". כותב הרב עובדיה יוסף (שו"ת יביע אומר ו' אורח חיים מ"א) על המצב בישראל (בשנות השבעים):

"ומבחינה רוחנית, אשר ירוד ירדנו אלף מעלות אחורנית, ועדים אנו להתדרדרות מוסרית מדהימה, המתירנות גוברת, וההתפרקות משתוללת בראש כל חוצות, חוסר צניעות, בגדי פריצות, ספרי פורנוגרפיה, וסרטי קולנוע מבישים".

וראו גם שו"ת משנה הלכות לר' מנשה קליין (הקטן) י"ב, רצ"ז. לדעתי יש מקום להתחשב גם באלה בגדרי ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שגם אם אין חולק על חופש הביטוי בה, אין חולק גם כי יש הגבלות מסוימות עליו, וככל שהמדובר בפורנוגרפיה – המחלוקת היא על היקפן, והכל מסכימים כי יחולו לגבי קטינים. במדינתנו שהמרכיב היהודי מרכזי במהותה, ראוי להידרש גם לכך.

ה. במשפטנו עולה, ועל כך אין חולק, כי גם לשיטה שאין לבי עמה אך שנתקבלה על דעת בית המשפט, והרואה את הביטוי הפורנוגרפי כבא בגדרי חופש הביטוי, הריהו נתפס כנחות וכמצוי שלא בליבת חופש הביטוי (כפי שתיארה חברתי, למשל לעומת חופש הביטוי הפוליטי). לשאלות הסדרתו בדין של הביטוי הפורנוגרפי. ראו גם ר' ריבלין בהנחיית מרדכי קרמניצר, פורנוגרפיה, מוסר, חרות, שויון: הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה ועבירות קרובות (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ו-2006).

ו. בבית הסוהר מתווספת לכך במובהק הבעייתיות של יצירת מתח במקום שהוא מטבעו ומתחילה רווי מתחים. נשוא בנפשנו אסיר החפץ בסרטים פורנוגרפיים ואל מולו ניצב אסיר שמטעמים דתיים – ואגב, באלה עשויה לדעתי להיות אחדות דעים בין אסירים דתיים יהודים ומוסלמים, למשל – מתנגד לכך. נקל לשער כי במהרה יגאה סיר הלחץ והמתח ויעלה על גדותיו, והוא עלול להגיע לאלומות, וכן לעוררות מינית מסוגים שונים, על תוצאותיה הבעייתיות. ועוד נשוא בנפשנו בקשה לצפיה בחומר פורנוגרפי בצה"ל, להבדיל, ואין צורך להכביר מלים.

ז. אכן, בפסיקת עבר כבר קבע בית משפט זה כי יש מקום להגביל הכנסתו של חומר פורנוגרפי לבתי סוהר (בג"ץ 189/66 אטינגר נ' מנהל בית הסוהר, פ"ד כ(3) 95; בג"צ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר פ"ד כח(2) 688; עע"א 4/82 מדינת ישראל נ'

תמיר פ"ד לז(3) 201). יצר לב האדם ואופיו לא נשתנו מאז אותה פסיקה; אך נתווסף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחברתי הנשיאה בחנה את הנושא לאורו ובהתאם לפסקת ההגבלה. מסקנותיה מקובלות עלי, כאמור, לרבות השיקולים המעשיים שכל המבקר תדיר בבתי הסוהר בישראל, אשר ברובם הם צפופים ובהם לא אחת תריסר אסירים בתא, מבין כי אין דרך של ממש לטפל בכעיה באורח שיוני על-ידי יצירת "מרחבי צפיה" לחומר פורנוגרפי או הגבלה לתאים קטנים בלבד שכל יושביהם מסכימים לצפיה הפורנוגרפית. וכדברי חברי השופט מלצר, גם "מיתחם ההתחשבות" (ברק, מידתיות במשפט, 511) עומד לצדה של הגישה המסויגת.

ח. ולבסוף, זכויות אסירים קרובות מאוד ללבי תדיר; אך לטעמי, גם מי שאיננו פוריטני ביותר, והחרד ביומיום השיפוטי לזכויותיו החוקתיות והחוקיות של כל אסיר באשר הוא, אינו יכול שלא לתמוה על שנגררנו לדיון זה, גם אם ראתה אותו הסניגוריה הציבורית כראוי להתגייסותה; ומכל מקום, ל"זכות" זו, הזכות לצפיה המבוקשת בבתי הסוהר, לא ראיתי צד זכות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, ד' בחשון התשע"א (12.10.2010).