

מדינת ישראל

נגד

1. "חדשות" עיתון יומי בע"מ
2. יוסי קליין
3. מנחם לס

בבית-משפט השלום בתל-אביב—יפו

[20.9.92]

לפני השופטת ש' גדות

חוק העונשין, תשל"ז—1977, ס"ח 226, סעיפים 214, 214 (א) (1), 216 — פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1 (ע) 263, (א) 281, סעיפים 179, 179 (ב), 193.

כנגד הנאשמים הוגש כתב-אישום המייחס להם עבירה של מכירת חומר תועבה, לפי סעיף 214 לחוק העונשין, תשל"ז—1977.

הנאשמת 1 היא הבעלים המוציא לאור של עיתון יומי בשם "חדשות". הנאשם 2 היה עורך העיתון והנאשם 3 היה כתב העיתון בניר-יוק, על פי האמור בכתב האישום, פורסמה בעיתון כתבה, פרי עטו של הנאשם 3, בה הובאו תיאורים מפורטים של קיום יחסי מין הומוסקסואליים, בצירוף תצלום.

במהלך הדיון, חזרה בה התביעה מהאישומים כלפי הנאשמים 2 ו-3. הנאשמת 1 טענה להגנתה, כי על פי העיקרון בדבר חופש הביטוי, לא עברה הנאשמת 1 עבירה בפרסמה את הכתבה ואת התצלום וכי אלה אינם מהווים חומר תועבה.

בית-משפט השלום פסק:

- א. (1) החופש למסור מידע ולקבל מידע כמוהו כחופש הביטוי וגם הוא מעיקרי המשטר הדמוקרטי.
- (2) מול האינטרס הציבורי בקיום חופש הביטוי עומד סעיף 214 לחוק העונשין, שעיקרו מניעת השחתה של המידות והמוסר בשל פרסומי תועבה ומכירתם. סעיף זה מבטא את רצון החברה להגביל את חופש הביטוי, ככל שהדבר נוגע לפרסום ולמכירה של חומר תועבה.
- (3) סעיף 214 אינו "דאג" לכלל הציבור, אלא לחלקים בציבור; אין, איפוא, חובה כי הפרסום ישחית את כלל הציבור ודי אם יש בו כדי להשחית חלק מהציבור.

ב. (1) החוק אוסר מכירת חומר תועבה, אך אינו מגדיר "חומר תועבה" מהו.
 (2) (בעקבות ע"פ 15/63 [9]): "תועבה" משמעותה גסות המגיעה עד כדי השחתת המוסר; מעשה שאינו מעשה תועבה כשהוא נעשה בחדרי חדרים יכול שיהפוך למעשה "תועבה" בהיעשותו במקום ציבורי, או בהתפרסמו בכלי התקשורת.

א

(3) המושגים בדבר "תועבה" משתנים ממקום למקום וזמן לזמן. כבוא בית המשפט לבחון אם חומר הוא בבחינת "תועבה" אין עליו להתייחס לקבוצות אוכלוסיין, החיות על פי ערכים מחמירים ולקבוצות שבהן שולטת מתירנות רבה יותר, אלא לירוב הדומם הנמצא בין שני הקצוות.

ב

(4) תיאורים של נושאים מיניים, שאין בהם אלא מגמה להדהים את הקורא על ידי גיבוי גועל זוהמה לשמם, יש להם ממילא מגמה להשחית את המוסר. אולם, אין חובה להוכיח, כי חומר התועבה עשוי להשחית מישהו בפועל. ההחלטה כולה נתונה להכרעתו של בית המשפט, שיעריך את החומר על פי קנה המידה המקובל בציבור.

ג

ג. (1) נקודות האיזון בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים המוגנים על ידי החברה, מתבטאים גם בהיקף ההתפרסות של החירויות השונות. בענייננו, היקף הפרסום משמש אבן בוחן באיזון בין החירויות השונות.
 (2) בנסיבות דנן, הכתבה והצילום נושא הדיון, התפרסמו בעיתון יומי שתופעתו רבה בחלקים נרחבים של החברה, ללא הבדל ברור בין גיל, השקפה חברתית או דתית, חאת, בהבדל משבוענים או ירחונים שאופיים נוטה בחלקו לכיוון המיני.

ד

(3) אין להתעלם מהתיקונים לסעיף 214 לחוק העונשין, המבטאים הלך רוח ונורמות, שאין בית המשפט רשאי להתעלם מהן בבואו להחליט מהם ערכי החברה, ותהא דעתו הפרטית של השופט אשר תהא.

ה

ד. (1) הכתבה נושא הדיון, כפי שהיא מובאת ובצורתה הנוכחית, מטרתה להדהים את הקורא על ידי תיאור גס ו"ניבול" לשמו, הנכנסים להגדרת המונח "תועבה", שמטרתו לעורר תאווה מינית גסה ועל ידי כך להשחית את המוסר.

ו

(2) אפשר שעל פי הנורמות המקובלות בחברה הישראלית יש מקום לדוח, גם בעיתון יומי, על התופעה שנוכרה בכתבה. עם זאת, לא הוכח ולא נטען כל צורך בפירוט מיני כה רב, כדי לתאר ולספק מידע על התופעה אותה תיאר הכתב.

ז

(3) האיזון בין המבחינים שנקבעו בפסיקה, מביא למסקנה כי גם הצילום, כפי שהוא מופיע, מהווה פרסום תועבה, אשר על ידי פרסומו ומכירתו עברה הנאשמת עבירה על סעיף 214 לחוק.

(4) האמת האינפורמטיבית אינה יכולה להצדיק כל פרסום, ומתן פירוש כזה לסעיף 214 לחוק העונשין, אינו סביר.

- ה. (1) העובדה, שפרסומים כאלה קיימים בחוברות ובסרטים פורנוגרפיים, אינה יכולה להועיל לנאשמת ו, שכן בעניינו מדובר על עיתון יומי, שהוא כלי תקשורת המוני.
- (2) העובדה, שהרשויות אינן אוכפות את החוק במידה שווה, היא תופעה קשה אך אין בה הגנה לנאשמת ו.
- (3) אין בית המשפט חייב לשמוע עדות בדבר ההשפעה האפשרית של חומר התועבה הוא יחליט בעניין זה על פי המבחנים שנקבעו בפסיקה.

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"מ 5/86 טפירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ(4) 227.
- [2] ע"א 348/85 בן ציון נ' הוצאת מודיעין בע"מ ואח', פ"ד מב(1) 797.
- [3] בג"צ 259/84 מ.י.ל.י. מכוון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר בע"מ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לח(2) 673.
- [4] בג"צ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה ואח', פ"ד לה(3) 589.
- [5] בג"צ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד לז(1) 757.
- [6] בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא(1) 421.
- [7] ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205.
- [8] בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא(3) 255.
- [9] ע"פ 15/63 וייס ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד יז 2310.
- [10] ע"פ 235/62 עוד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 42.
- [11] ע"פ 495/69 עומר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כד(1) 408.

פסקי-דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [12] ע"פ (ת"א) 433/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' בר כוכבא, פ"מ כח 16.
- [13] ת"א (חי') 404/82 ישעיהו נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ד (2) 522.
- [14] ע"פ (ת"א) 2154/88 — לא פורסם.

פסקי-דין של בתי-משפט השלום שאוזכרו:

- [15] ת"פ (ת"א) 6257/87 — לא פורסם.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [16] Miller v. California 413 U.S. 16 (1972).

ס' קואל - בשם התובעת:
שטרית - בשם נאשמת ו.

א

הכרעת-דין

(1) כנגד הנאשמים הוגש כתב-אישום, המייחס להם עבירה של מכירת חומר תועבה - עבירה לפי סעיף 214 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

ב

(2) העובדות על פי כתב האישום הן כדלקמן:

(א) נאשמת 1 היא הבעלים והמוציא לאור של עיתון יומי בשם "חדשות". נאשם 2 היה, במועד הרלוונטי לכתב האישום, העורך הראשי של העיתון, ונאשם 3 היה במועד הרלוונטי כתבו של העיתון בניו-יורק.

(ב) ביום 25.10.85, או בסמוך לכך, נמכר העיתון במכירה חופשית לציבור בארץ ופורסמה בו כתבה, פרי עטו של נאשם 3, תחת הכותרת: "יותר מזה אין".

(ג) בכתבה פורסמו תיאורים מפורטים של קיום יחסי מין הומוסקסואליים כשלתיאורים אלה מצורף תצלום, המתאר יחסי מין אוראליים.

(ד) התיאורים שפורסמו לעיל, על פי כתב האישום, הינם חומר תועבה והנאשמים מכרו את חומר התועבה, בכך עברו עבירה על סעיף 214 לחוק העונשין.

ד

(3) (א) לאחר שמיעת ראיות התביעה העלו הנאשמים 1 ו-2 טענה, כי אין להשיב לאשמה, מן הטעם העיקרי כי אין הם "מוכרים" את העיתון. משום כך, לטענתם, לא ביצעו את העבירה שיוחסה להם בכתב האישום, (ראוי להזכיר, כי ביום 5.3.90, בעמ' 6 לפרוטוקול, הצהירה התביעה כי היא מבססת את האישום על סעיף 214(א)(1) לחוק).

ה

(ב) הצדדים הגישו סיכומיהם בכתב בטענה זו ולפני מתן החלטה, ביום 11.5.92, הודיעה התביעה בכתב לבית המשפט, כי היא חוזרת מכתב האישום כנגד נאשמים 2 ו-3 ונותרת לדיון ההחלטה בעניינה של נאשמת 1.

(ג) ביום 21.5.92 ניתנה החלטה המחייבת את נאשמת 1 להשיב לאשמה, שעיקרה הקביעה כי נאשמת 1 נכללת במונח "מוכר" הנזכר בסעיף 214(א)(1) לחוק העונשין, ההחלטה מיום 21.5.92 מהווה חלק בלתי נפרד מהכרעת-דין זו.

(ד) לאור עמדת התביעה, שחזרה בה מהאישומים כנגד נאשמים 2 ו-3, זוכה נאשם 2 מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום ואילו האישום כנגד נאשם 3 נמחק, משום שנאשם 3 לא השיב לאישום ולא נכח בדיונים (ראה עמ' 25 לפרוטוקול מיום 21.5.92). (ה) נאשמת 1 העידה מטעמה עד הגנה והצדדים סיכמו את טענותיהם בשאלה שנותרת לדיון, דהיינו, אם הכתבה והתצלום נושא האישום הם חומר תועבה.

ז

(4) בהכרעת-דין זו עומד העיקרון של חופש הביטוי וחופש המידע כנגד העיקרון של השמירה על המוסר ושל מניעת השחתת המידות, כאשר העיקרון של

השופטת ש' גדות

השמירה על המוסר ומניעת השחתתו מבוסס על דבר חקיקה (סעיף 214 לחוק העונשין).

בא-כוח נאשמת ו התייחס לעיקרון חופש הביטוי, בנסותו להוכיח כי על פי עיקרון זה אין הכתבה והתצלום נושא האישום מהווים חומר תועבה, ומשום כך, לא עברה הנאשמת עבירה של מכירת חומר תועבה.

התביעה אף היא מכירה בעיקרון חופש הביטוי ובחשיבותו, כעיקרון יסוד בחברה דמוקרטית, אך היא סבורה, כי הכתבה והתצלום נושא האישום עברו את הקו המותר ואת האיזון הנכון בין חופש הביטוי לבין השמירה על המוסר ועל מניעת השחתת המידות.

הפסיקה התייחסה בהרחבה לעיקרון חופש הביטוי ולחשיבותו, ובא-כוח הנאשמת היפנה את בית המשפט בסיכומיו לפסיקה רבה בנושא זה.

בעש"מ 5/86 [1], בענד 240, נפסק מפי כבוד הנשיא שמגר:

"הבטחת חופש הביטוי אינה רק אינטרס של הפרט אלא לא פחות מכך גם אינטרס ציבורי, שהרי שניים היבטיו של האינטרס הציבורי האמור: (1) זכותם של האזרחים והאינטרס שיש להם לשמוע את דעת הזולת; (2) האינטרס הציבורי להגן על חופש הביטוי ובכך להגן על המשטר הדמוקרטי".

ובהמשך:

"לא רק הדובר הוא בגדר מי שמפעיל חירויותיו ונהנה מן הזכות המוקנית לאדם בחברה חופשית. קהל השומעים או הקוראים בכוח זכאי לשמיעתם ולקריאתם של דברי הזולת, וצמצום ההאזנה והעיון בדברי אחרים הוא לא רק פגיעה בזכותו של הכותב או הדובר, אלא לא פחות מכך גם בזכויותיהם של אלה, אשר אליהם מופנים דבריו".

ראה גם: ע"א 348/85 [2], בענד 800; בג"צ 259/84 [3], בענד 683 ובענד 684.

חלק ניכר מפסקי הדין מתייחסים לחופש הביטוי, כאשר חופש הביטוי מתייחס, בדרך כלל, ליצירת אמנות, להבעת דעות ולהבעת ביקורת. למען הסר ספק, ניתן לקבוע כי החופש למסור מידע ולקבל מידע כמוהו כחופש הביטוי וגם הוא מעיקרי המשטר הדמוקרטי.

ראה בג"צ 509/80 [4], בענד 594:

פ"מ כרך תשנ"ב, חלק רביעי, תשנ"ג-1992

השופטת ש' גדות

א

"אין חולקים, כי חירותו של האזרח לקבל מידע ולהפיצו — כל עוד אין בכך נזק לאינטרסים חיוניים של הכלל או של הפרט — כמוה כחירות הביטוי, הן מעיקרי המשטר הדמוקרטי, שבלעדיהן לא ייכון... שליחיו של הציבור בהגשמת חירויות אלה, הלכה למעשה, הם אותם אנשים, שעיסוקם באיסוף מידע ובהפצתו באמצעות כלי התקשורת, הקרויים 'עיתונאים'."

ב

ראה גם בג"צ 243/82 [5], בעמ' 763, 765 ובעמ' 786: בג"צ 14/86 [6] בעמ' 432—433; ע"פ 677/83 [7] בעמ' 213, 218; בג"צ 399/85 [8] בעמ' 266—281.

ג

ניתן לסכם ולקבוע, כי חופש הביטוי וחופש המידע הם מעיקרי המשטר הדמוקרטי ומערכי היסוד של שיטת המשפט שלנו ובלעדיהם לא ייכון משטר דמוקרטי.

ג

5) מול האינטרס הציבורי בקיום חופש הביטוי עומד סעיף 214 לחוק העונשין (כמו חוקים נוספים), שעיקרו מניעת השחתת המידות והמוסר על ידי פרסומי תועבה ומכירתם. משום כך — ככל שתהא חשיבות לחופש הביטוי והמידע — בהיותו מוגבל על ידי חוק, אין אלא לצמצמו כנדרש על פי החוק.

ד

צימצום זה של חופש הביטוי הוכר כפסיקה הרבה שנוכרה לעיל ואצטט רק את פסיקתו של כבוד השופט ברק, בבג"צ 399/85 [8] הנ"ל בעמ' 283:

ה

"עד כה עמדתי על מהותו 'הפנימית' של חופש הביטוי בישראל. מהות פנימית זו משמעותה, כי תפיסתנו הקונסטיטוציונית הינה, כי כל ציבור יהא אשר יהא — ולו החריג — נתפס במסגרת עקרון היסוד של חופש הביטוי.

ו

השאלה הבאה, אשר עליה עלינו להשיב היא, אם על חופש זה מוטלות מגבלות 'חיצוניות' כלשהן? האם חופש הביטוי הוא גם החופש להוציא לשון הרע או לפרסם דברי תועבה...? הבחנה זו בין המהות 'הפנימית' של חופש הביטוי לבין מהותו 'החיצונית' חשובה היא... הגישה המקובלת בישראל היא... כי חופש הביטוי אינו חופש מוחלט. זהו חופש יחסי. יש להבחין בין חופש להפקרות... חירות אין פירושה הפקרות... שאלת המפתח היא, מה הן המגבלות החיצוניות שחברה דמוקרטית, ראוי לה להטיל על חופש הביטוי. בעניין זה קובעת לעצמה כל מדינה את תפיסתה שלה, הן באשר להיקף המגבלות והן באשר לאורגנים הקובעים זאת." (ההדגשות אינן במקור — ש' ג').

ז

בית המשפט (כבוד השופט ברק) מתייחס גם לחופש הביטוי, שבו יש עבירה על הוראה פלילית והוא קובע, בעמ' 297 לפסק הדין:
"חופש הביטוי אינו החופש לעבור עבירה פלילית."

השופטת ש' גרות

אין ספק, כי הפסיקה הכירה בהגבלת חופש הביטוי לשם שמירה על אינטרסים חיוניים אחרים של החברה. לענייננו — הגבלת חופש הביטוי מצאה את ביטוייה לא רק בפסיקה אלא בחוק — בסעיף 214 — המבטא את רצון החברה להגביל את חופש הביטוי, ככל שהדבר נוגע לפרסום ולמכירה של חומר תועבה.

6) סעיף 214(א)(1) לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"העושה אחת מאלו, דינו — מאסר שלש שנים:

1) מוכר חומר תועבה, או מחזיקו, מדפיסו או מעתיקו לשם מכירה, השכרה או הפצה..."

החוק אוסר מכירת חומר תועבה, אך אינו מגדיר מהו חומר תועבה.

מהו, אם כן, חומר תועבה?

בע"פ 9(ת"א) 433/60 [12] מתייחס בית המשפט לשאלה מהו חומר תועבה ומהו ספרות זימה העשויה להשחית את המוסר.

בית המשפט מתייחס, בענ"פ 19 לפסק הדין, לצורך שלא לפגוע בחופש הביטוי, ושלא להגביל את חופש ההבעה האמנותית, ומתייחס גם לעובדה שעם שינוי הזמנים משתנים המושגים לגבי חופש ההתנהגות והביטוי הפומבי בשאלות של מוסר ומין, ומבחיני העבר עשויים להתיישן.

בענ"פ 21 קובע בית המשפט כי:

"אם נרצה לסכם את דברי ההסבר לגוף הענין, החוזרים ונשנים בפסקי הדין הנוכחים, נמצא לבסוף, כי חומר תועבה הוא כל דבר פרסום הערוך כך שלפי תוכנו או צורתו הוא עשוי רק לגרות יצרי מין ולעורר תאוה מינית גסה ובדרך להשחית את המוסר. זהו הניבול לשמו' לפי אמרתו של השופט וולמי בפסק הדין אוליסס" (ההדגשות אינן במקור — ש' ג').

ובהמשך:

"תיאורי הווי אירוטי, אף שיש בהם כדי לעורר הרהורי תשוקה ולגרות יצרים, 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 להרחשויות בנפש האדם..."

בע"פ 15/63 [9] בענ"פ 2316, קבע בית המשפט, כי תועבה משמעותה: "גסות המגיעה עד כדי השחתת המוסר".

בענ"פ 2317 קובע בית המשפט כי:

השופטת ש' גדות

"הסעיף 193(א) דואג לרגשות הציבור בכללו ואילו סעיף 179 (ב) [סעיף 214 היום — ש' ג'] דואג לאותם חלקים בציבור, שרמתם המוסרית יכולה להיות מושפעת לרעה על ידי כל... דבר שהוא עלול להשחית את המוסר".

א

דהיינו, סעיף 214 אינו "דואג" לכלל הציבור, אלא לחלקים בציבור ולענייננו — אין חובה כי הפרסום ישחית את כלל הציבור ודי אם יש בו כדי להשחית חלק מהציבור.

ב

בעמ' 2322 קובע בית המשפט, כי הדבקת תמונות פורנוגרפיות על לוח מודעות ברחוב תהווה עבירה על סעיף 179 (ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936 (סעיף 214 — ש' ג') ובעמ' 2323 קובע בית המשפט:

"מטרת סעיף 179 היא להגן על הציבור מפני השפעה משחיתה של דברי תועבה על הניתנים להשפעה כזאת".

ג

בעמ' 2319 מביא בית המשפט ציטוט מדבריו של כבוד השופט זילברג בע"פ 235/62 [10], בעמ' 44:

"מעשה שאינו מגונה כשנעשה בחדרי חדרים, יכול שיהפוך 'מגונה' בהיעשותו במקום ציבורי...".

ד

ולענייננו — מעשה שאינו מעשה תועבה כשנעשה בחדרי חדרים יכול שיהפוך למעשה "תועבה" בהיעשותו במקום ציבורי, או בהתפרסמו בכלי תקשורת.

ה

בע"פ 495/69 [11], התייחס בית המשפט העליון (כבוד השופט לנדוי) להגדרת "חומר תועבה" על פי הפסיקה האנגלית וקובע, בעמ' 411, כי על פי ההלכה האנגלית: המבחן הוא אם יש לחומר מגמה להשחית את הרוח ואת המוסר של אלה שאל ידיהם הוא עלול להגיע".

מאחר שנוסח סעיף 179 (סעיף 214 היום) בחוק שלנו שונה מהחוק האנגלי ופחות "אישי" ממנו, קובע כבוד השופט לנדוי, כי על בית המשפט בישראל לקבוע אך ורק אם מהות הפרסום של חומר שפורסם הוא נתעב, ואין כל מקום לבדוק אם חומר כזה עלול להשפיע בפועל על חוג זה או אחר של אנשים.

ו

מכלליות המבחן, היותו "שווה לכל נפש", מתחייבת גם מסקנה נוספת והיא שמהות המשחיתה של הפרסום אינה יכולה להיקבע על פי השפעתו השלילית על בני נוער דווקא (ראה עמ' 411 לפסק הדין).

וכך נקבע על ידי כבוד נבו לנדוי, בעמ' 411:

"בין הדעות הרבות והסותרות הקיימות בנושא הפורנוגרפיה כולו בין משפטנים, סוציולוגים, פסיכולוגים ואחרים, קיימת אסכולה האומרת שלא

השופטת ש' גדות

הוכח מעולם כי לחומר פורנוגרפי השפעה שלילית כלשהי על מאן דהוא — ויש המרחיקים לכת ואומרים שההיפך הוא הנכון... בית המשפט אינו נדרש לנקוט עמדה משלו במחלוקות הללו, כי כל עוד קיים הסעיף 179 בספר החוקים שלנו, ברור ממנו שמי שחוקקו דחה את דעת הגורסים העדר נזק כלשהו בפרסום 'חומר תועבה'. נקודת המוצא של המחוקק היתה בעליל שישנם סוגים של חומר פורנוגרפי העלולים להשחית את המוסר הציבורי — שאם לא כן, היה צריך לוותר על הסעיף כולו. זו השקפה האומרת שבעצם הצגתו למכירה והפצתו של חומר נתעב יש לראות תופעה חברתית שלילית, משחיתה, החותרת תחת יסודות המוסר הציבורי.

ברוח זו חייב בית המשפט לפרש את הסעיף, תהיה דעת השופט אשר תהיה. את קו הגבול בין מותר ואסור על בית המשפט לקבוע בכל מקרה על פי שיקולו. בהתאם להשקפות נאורות הרווחות בחברה של ימינו, בזכרו שכל הגבלה של חופש ההתבטאות — ריח של צנזורה נודף ממנה, ובמקרי גבול הנטיה תהיה איפוא להתיר ולא לאסור. (ההדגשות אינן במקור — ש' ג').

בעמ' 412 קובע בית המשפט, כי "תיאורים של נושאים מיניים שאין בהם אלא מגמה להדהים את הקורא על ידי גיבוכי גועל וזוהמה לשמם — לתיאורים כאלה ממילא מגמה להשחית את המוסר".

יחד עם זה:

"מחייבת אותנו השקפה נאורה... להשלים עם מידה ניכרת של תיאורי מין מגרים אם הם מופיעים כחלק אינטגרלי של יצירה בעלת ערך ספרותי או מדעי המחפה על הצד הפורנוגרפי שבה. במקרה זה נגיד, בלשון בית המשפט העליון הפדרלי... שיש לספר 'ערך חברתי פודה'... בחינת גאולת הגועל מגועל".

ואשר להשפעה אפשרית של פרסום חומר תועבה קובע בית המשפט: "שאלת מהותו המשחיתה של החומר אינה תלויה בכך אם הוא עשוי להשחית מישהו או מישהם בפועל, אלא היא נתונה כולה להכרעתו הבלעדית של בית המשפט, שיעריך את החומר מיניה וביה לפי קני המידה המקובלים בציבור".

וכשהוא ער לקושי בהחלטה על היות חומר תועבה, קובע בית המשפט, בעמ' 412:

"ההחלטה על כך תלויה, כאמור, בקני המידה המקובלים בחברה. על בית משפט לתת ביטוי לקני מידה אלה, כשם שהוא קובע, למשל, רמות התנהגות רשלנית בדיני נזיקין..."

השופטת ש' גדות

פסק-דין נוסף דן בעבירה דומה הוא ת"א (חיי) 404/82 [13].
 בעמ' 525 קובע בית המשפט (כבוד השופט ד' בייז), כי אם חומר הוא "נתעב" לפי מהותו, קיימת הנחה שבחוק, שאינה ניתנת לסתירה, כי יש בו כדי להשחית את המוסר.

א

בית המשפט קובע בפסק-דינו כדלקמן:

א. תיאור חזותי של פעילות מינית והדגמה בוטה של אברי מין יש בהם כדי לפגוע ברגשות חלק ניכר מהציבור.

ב

ב. לא כל תיאור חזותי של פעילות מינית הוא אסור מיניה וביה, והכל תלוי בצורה ובמטרה שלשמה פעילות זו מודגמת.

ג. המושגים בדבר "תועבה" משתנים ממקום למקום ומזמן לזמן.

ג

ד. בבחינת בית המשפט, אין עליו להתייחס לקבוצות אוכלוסין החיות על פי ערכים מחמירים ולקבוצות שבהן שולטת מתירנות רבה יותר, אלא ל"רוב הדומם", הנמצא בין שני הקצוות.

ג

ה. בפסק-דין מנחה של בית המשפט העליון של ארצות הברית *Miller v. California* [16] (1972) ניתנו הנחיות כלליות, על דרך של דוגמאות, למדינות באשר לסוג החומר הנוגע לענייני מין שהן רשאיות לאסור את הפצתו מבלי לפגוע בעקרונות המותווים בתיקון הראשון לחוקה.

ד

ואלה הדוגמאות:

1. הצגה או תיאור הפוגעים בעליל של מעשים מיניים סופיים נורמלים או סוטים, אמיתיים...

2. הצגה או תיאור של אוננות או פעולת מעיים הפוגעים בעליל, והצגה נתעבת של אברי מין.

ה

מסכם בית המשפט, בעמ' 527 לפרוטוקול, כי כל תיאור חזותי של פעילות מינית הוא פסול אם יש בו "פגיעה בעליל".

ו

7) פסקי הדין, כפי שצוטטו והובאו לעיל, מאירים את כיוון הפסיקה כשהיא באה להבהיר את המושג "חומר תועבה", בהחלטה, אם פרסום כל שהוא מהווה "חומר תועבה".

גם אם פסקי-דין אלה יכולים להנחות את בית המשפט, אין בהם כדי להדריך את בית המשפט באופן ברור בשאלה הקונקרטית העומדת לפנינו, דהיינו, אם הפרסום נושא כתב-אישום זה מהווה חומר תועבה.

ז

על בית המשפט, בכואו לדון בשאלה זו, להתייחס, כאמור, לחופש הביטוי והמידע, לחוק, לפסיקת בית המשפט, כפי שהובאה לעיל, ולערך השמירה על המוסר, ולמצוא את האיזון הנכון בין כל אלה.

השופטת ש' גדות

על איוון זה נאמר על ידי כבוד השופט ברק בפסק הדין כהנא [8], בעמ' 283: "חופש הביטוי אינו העיקרון היחיד שבו יש להתחשב, שכן בחברה דמוקרטית יש להתחשב בעקרונות יסוד אחרים, כגון, כבוד האדם, זכות הקניין, טוהר השיפוט ושלום הציבור. מקום שעקרונות יסוד אלה מתנגשים, יש לאזן ביניהם. האיוון נעשה, בראש ובראשונה, על ידי המחוקק עצמו. בית המשפט צריך, כמובן, לפרש את דבר המחוקק ובכך תרומתו שלו למלאכת האיוון... כאשר השופט מבצע את מלאכת האיוון, הוא נתקל לא פעם בעקרונות סותרים שיש להכריע ביניהם..."

וראה עמ' 284—288.

בעמ' 284 נקבע:

"האיוון משתנה מעניין לעניין, על פי מהותם של הערכים הנאבקים על הבכורה. על כן, אין לנקוט אמת מידה אחידה, אלא יש לגבש אמות מידה משתנות, על פי משקלם של הערכים המתנגשים... נקודות האיוון משתנות, הן על פי מהותן והן על פי אופיין. כך, למשל, יש נקודות איוון שעניינן הקשר הסיכתי בין סוכב למסוכב, ויש נקודות איוון שעניינן היקף ההתפרסות של חירויות שונות... האיוון, מן הראוי שיושתת על אמת מידה, הנושאת כתוכה קרימנחה שהוא בא בעת ערכי... רציונלי..."

ובעמ' 286:

"ביטוי המביא לפגיעה ברגשות המוסריים והדתיים של הציבור נדחה כנגד הצורך לשמור על רגשות אלה".

ובעמ' 287:

"פרסום חומר תועבה הוא עבירה גם אם הוא תוצאת הגשמתו העצמית של היוצר".

ובעמ' 291:

"כפי שראינו, חופש הביטוי אינו הערך היחיד שעליו צריכה חברה דמוקרטית להגן. מטבע הדברים, מתבקשת פשרה, שתאזן בין האינטרסים השונים. פשרה אינה אות לחולשה. פשרה היא תנאי חיוני לסובלנות ולחיים משותפים. חברה דמוקרטית המבוססת על פלוראליזם וסובלנות, חייבת לבסס עצמה על פשרה ולא על 'הליכה עד הסוף'."

(8) ההשקפות, העקרונות, הפסיקה והחקיקה, שפורטו על ידי לעיל עמדו לנגד עיניי בבואי להכריע את דינה של נאשמת 1. אין הכרעת הדין משקפת את דעתו האישית של השופט ואין עליה גם לשקף

השופטת ש' גדות

חלקים של אוכלוסיה החיים על פי אמות מידה מחמירות או על פי אמות מידה מתירניות.

א

הכרעת הדין צריכה להתייחס למהות הפרסום ביחס ל"רוב הדומם באוכלוסיה", להיקפו של הפרסום ולמקום הפרסום, תוך התייחסות לנורמות החברתיות בתקופתנו.

ב

על כך נאמר בפסק-דין כהנא [8] מפי כבוד השופט ברק, בעמ' 284: "תפקידו של השופט הפרשן הוא לתאר את הערכים המתנגשים, להעמידם כנגד זה, ליתן להם משקל ולמצוא ביניהם אותו איוון המשקף בצורה הראויה ביותר את 'האני מאמין' של האומה... את 'מערכת החיים הלאומיים של...' את 'תפיסות היסוד המדינית של החברה'... ואת מה שמכונה 'השקפות המקובלות על הציבור הנאור'..."



ג

זהו האיוון הנדרש מהשופט, בכואו להכריע את הדין ולשקול את ה"אני מאמין" של האומה ואת תפיסותיו החברתיות והשקפותיו המקובלות של הציבור הנאור.

ד

כדי למצוא את האיוון הנכון בהגדרת "חומר תועבה" יש להיעזר במבחנים השונים שנקבעו על ידי הפסיקה ומבחנים "חיצוניים" נוספים שיפורטו להלן: (א) האם יש בפרסום מגמה להשחית את הרוח ואת המוסר? (פסק-דין עומר [11]).

ה

(ב) סוגים שונים של חומר פורנוגרפי עלולים להשחית את המוסר הציבורי (פסק-דין עומר [11]).

(ג) "תיאורים של נושאים מיניים, שאין בהם אלא מגמה להדהים את הקורא על ידי גיבושי גועל וזוהמה לשמם — לתיאורים כאלה ממילא מגמה להשחית את המוסר" (פסק-דין עומר [11], הנ"ל).

(ד) אין חובה להוכיח, כי חומר התועבה עשוי להשחית מישהו בפועל, אלא ההחלטה כולה נתונה להכרעתו הבלעדית של בית המשפט שיעריך את החומר, על פי קנה המידה המקובל בציבור.

(ה) חומר תועבה אסור אינו חדל להיות כזה, גם אם המניע לפרסומו היה מניע כשר.



(ו) המונח "תועבה" מוגדר גם כגסות המגיעה עד כדי השחתת המוסר (פסק-דין וייס [9]).

ז

(ז) סעיף 214 לחוק העונשין (סעיף 179(ב) לפקודת החוק הפלילי) דואג לאותם חלקים בציבור, שרמתם המוסרית יכולה להיות מושפעת לרעה על ידי כל דבר העלול להשחית את המוסר.

סעיף זה שונה מסעיף 216 לחוק (סעיף 193 לפקודת החוק הפלילי), בין היתר, משום שסעיף 216 מתייחס לציבור כולו, בעוד שסעיף 214 מתייחס לחלק מהציבור (פסק-דין וייס [9]).

(ח) מעשה שאינו מגונה שנעשה בחדרי חדרים יכול שיהפוך מגונה בהיעשותו במקום ציבורי (פסק-דין וייס [9]).

השופטת ש' גדות

ולענייננו — מעשה שאינו מעשה תועבה שנעשה בחדרי חדרים יכול שיהפוך לפרסום תועבה כשהוא מתפרסם באמצעי תקשורת.

ט) אם חומר הוא "נתעב" — יש הנחה שבחוק, שאינה ניתנת לסתירה, שיש בו כדי להשחית את המוסר (פסק-דין ישעיהו [13]).

י) המושגים בדבר "תועבה" משתנים ממקום למקום ומזמן לזמן. עם "שינוי הזמנים משתנים המושגים לגבי חופש ההתנהגות והביטוי הסובב בשאלות של מוסר ומין, ומבחני העבר שלפיהם נפסק פעם הדין עשויים להתיישן." (פסק-דין בר כוכבא [12]).

יא) ערכי "רוב החברה בישראל" אינם מושגים על קבוצות אוכלוסין החיות על פי ערכים מחמירים ולא על פי קבוצות, בהן שולטת מתירנות רבה יותר, אלא על "הרוב הדומם" הנמצא אי-שם בין הקצוות (פסק-דין ישעיהו [13]).

יב) א) "הצגה או תיאור, הפוגעים בעליל, של מעשים מיניים סופיים... נורמליים... או סוטים, אמיתיים או המבוצעים על דרך של סימולציה..."

ב) "הצגה או תיאור של אוננות או פעולת מעיים הפוגעים בעליל והצגה נחשבת... של איברי מין." (פסק-דין ישעיהו [13]).

יג) "חומר תועבה הוא כל דבר פרסום הערוך כך שלפי תוכנו או צורתו הוא עשוי רק לגרות יצר מין ולעורר 'תאוה מינית גסה' ובדרך להשחית את המוסר". זהו 'הניבול לשמו' לפי אמרתו של השופט וולי בפסק-דין אולסיס". (פסק-דין בר-כוכבא [12]).

יד) "תיאורי הווי אירוטי אף שיש בהם כדי לעורר הרהורי תשוקה ולגרות יצרים אינם אף הם מבחינת דברי מתועבים אם הם משולבים בדברי מדע או ספרות שמטרתם להורות ולהפיץ ידע, או לתת ביטוי אומנותי להסתכלות בטבע ובחיים או להתרחשויות מגפש האדם" (פסק-דין בר כוכבא [12]).

טו) אף כי סעיף 214 לחוק אינו מכוון להגנת המוסר של הנוער בלבד, הרי ברור בתכלית כי בני הנוער הם הזקוקים להגנה זו במיוחד, כהיותם נתונים יותר להשפעות מזיקות (פסק-דין בר כוכבא [12]).

טז) נקודות האיזון בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים המוגנים על ידי החברה מתבטאים גם בהיקף ההתפרסות של החירויות השונות (פסק-דין כהנא [8], עמ' 284).

ניתן להשליך מבחן זה לענייננו בשאלת "ההתפרסות של החירות" שהיא גם תפוצת הפרסום.

הכתבה והתצלום נושא הדיון התפרסמו בעיתון יומי שתפוצתו רבה, בחלקים נרחבים של החברה, ללא הבדל ברור בין גיל, השקפה חברתית או דתית, וזאת, בהבדל משבועונים או ירחונים שאופיים אינו מוגדר ונוטה בחלקו לכיוון המיני (ראה חוברות "מגעים" שהוגשו בתיק זה וחוברות "כול" שהוגשו בת"פ (ת"א) 6257/87 [15] של בית משפט השלום, לפני כבוד השופט אילת).

השופטת ש' גדות

ניתן לכן לקבוע, כי "התפרסות החירויות", דהיינו, היקף הפרסום של חופש הביטוי, גם הוא משמש אבן בוחן באיזון בין החירויות השונות.

א (ז) "ביטוי המביא לפגיעה ברגשות המוסריים והדתיים של הציבור נדחה כנגד הצורך לשמור על רגשות אלה" (פסק-דין כהנא [8], עמ' 286).

יח) אין חופש ביטוי מוחלט גם כדי להגן על האמת. "אנו מענישים על לשון הרע, גם אם יש בה אמת" (פסק-דין כהנא [8], בעמ' 287).

יט) ערכי החברה וה"האני מאמין" שבה מוצאים ביטוי גם בחוקים אחרים שמחוקקת אותה חברה.

1. ביום 26.6.91 פורסמה הצעת חוק לתיקון סעיף 214 לחוק, שעניינו, הכללת הצגות תועבה במסגרתו של החוק, האוסר פרסום או הצגת תועבה והכללת עבירה כגון שימוש בגופו של קטין.

ב ביום 31.7.91 תוקן החוק באופן שהרחיב את סעיף 214 וכלל בו גם הצגות תועבה ועבירה נוספת בשימוש בגופו של קטין.

ג הגה אנו רואים, כי החברה לא רק שלא ביטלה סעיף זה אלא הרחיבה אותו על הצגות הנופלות במסגרת הצגת תועבה ובמסגרת שימוש בדמותו וגופו של קטין (סעיף 214ב).

ד 2. ביום 26.12.90 תוקן סעיף 214 לחוק על ידי הוספת סעיף נוסף, שעניינו "פרסום פוגע על שלטי חוצות".

ה עניינו של תיקון זה אינו פרסום תועבה אלא פרסום פוגע על שלטי חוצות, אך יש בו כדי להצביע על נורמות החברה, המקבלות ביטוי בחקיקה, להרחבת האיסורים כנגד פרסומים פוגעים ופרסומי תועבה.

ו 3. ביום 15.7.91 פורסמה הצעת חוק המרחיבה פעם נוספת את סעיף 214 לחוק העונשין, באופן האוסר על אדם למכור, להשכיר, ולהפיץ חומר תועבה לצרכי עסק, למי שלא מלאו 16 שנים, שכן מטרת החוק היא להתמודד, בדרך של החמרת הענישה, עם התופעה ההולכת ומתרחבת של חשיפת ילדים לחומר תועבה (ראה הצעות החוק). זוהי, כאמור, הצעת חוק וטרם התקבל החוק, אך גם בה ניתן לראות את הכוונה להחמיר ביחס לחופש הביטוי בפרסום דברי תועבה.

ז 4. לא נעלם מעיניי לחלוטין, כי הצעת החוק מיום 15.7.91 אינה מחייבת והצעות החוק והחוקים האחרים התפרסמו לאחרונה, שנים מספר לאחר פרסום הכתבה והצילום נושא כתב האישום זה. יחד עם זה, יש בהם כדי להצביע על הנורמות החברתיות בישראל, כפי שקיבלו ביטוי בחקיקה, ויהיו הסיבות לחקיקה זו אשר יהיו – פוליטיות, קואליציוניות או אחרות.

ח מרגע שהחוק פורסם כחוק מדינה, הוא מבטא הלך-רוח ונורמות, שאין בית המשפט רשאי להחעלם מהם כבואו להחליט מהם ערכי החברה, ותהא דעתו הפרטית של השופט אשר תהא.

ט 5. עיון בכתבה נושא כתב האישום מעיד, כי יש בה תיאור מפורט של יחסי מין הומוסקסואליים ואוראליים, לרבות תיאור מפורט של הפעילות והמעשים המדויקים שנעשו. יש בה תיאור מפורט של המילים, המשפטים והביטויים שנאמרו על ידי כל

השופטת ש' גדות

אחד מהמעורבים ויש בה תיאור מפורט של התנהגות הנוכחים שחזו בתופעה ותגובותיהם המילוליות, לרבות תגובתם המינית של הנוכחים שהתבטאה באוננות. הכתבה, כפי שהיא מובאת וכצורתה הנוכחית, מטרתה להדהים את הקורא על ידי תיאור גס ו"ניבול לשמו" הנכנסים להגדרת המונח "תועבה", שמטרתו לעורר תאווה מינית גסה ועל ידי כך להשחית את המוסר.

הכתבה העוסקת ביחסי מין הומוסקסואלים ואוראליים, ובאוננות, עלולה להשפיע על רמתם המוסרית של חלקים מהציבור וברוב הדומם של הציבור לרבות בני הנוער. הכתבה פורסמה בעיתון יומי שפריסתו רחבה והוא מגיע לכתים רבים בישראל. כתבה זו עונה על חלק מהמבחנים שפורטו בפסיקה לגבי הגדרתו של "חומר תועבה" והיא, לכן, נכנסת לאותה הגדרה. העובדה, שמדובר בתיאור מדוייק של תופעה חברתית, אינה יכולה להועיל לנאשמת.

איני שוללת את האפשרות, כי על פי הנורמות המקובלות בחברתנו יש מקום לרווח, גם בעיתון יומי, על התופעה שנוכרה בכתבה.

יחד עם זה, המבחנים שפורטו על ידי לעיל מתייחסים לא רק למהות התוכן אלא גם לצורה. לא הוכח, לא נטען ולא היה גם כל צורך בפירוט מיני כה רב כדי לתאר ולספק מידע על התופעה שאותה תיאר הכתב.

גם הכתב סיים את הכתבה בתארו כי בדרך חזרה למכוניתו הקיא והמשיך ללכת.

בין שמדובר על תיאור עובדתי למה שאכן קרה בפועל לכתב ובין שלא — גם דעת הכתב היא שהתופעה מבחילה. בהיותה מבחילה ומעוררת תיעוב, היא מתועבת.

לסיכום — חירות המידע מאפשרת לפרסם כתבה על הנושא שתואר בכתבה, אולם חירות המידע אינה מאפשרת את הפירוט הנוכח בכתבה. יש בפירוט כדי להדהים את הקורא בתיעוב שבו ויש בו כדי להשחית את המוסר. משום כך, הכתבה נושא האישום היא חומר תועבה האסור על פי סעיף 214 לחוק העונשין.

9) הצילום נושא האישום אינו מגיע ל"דרגת התועבה" שאליה מגיעה הכתבה. יחד עם זה, על פי הפסיקה עולה, כי השפעתם של תצלומים רב יותר מהשפעת המילה הכתובה.

כששקלתי את מקום הפרסום של התמונה — עיתון יומי — ואת שאר המבחנים המתייחסים למגע מיני כפי שפורט לעיל, הגעתי למסקנה, כי איזון כל המבחנים מביא למסקנה כי הצילום, כפי שהוא מופיע, גם הוא מהווה פרסום תועבה, אשר על ידי פרסומו ומכירתו, עברה הנאשמת עבירה על סעיף 214 לחוק.

10) לא נטען, ובצדק, כי הכתבה והתצלום הם אמנות ואף לא נטען, ובצדק, כי הכתבה והתצלום הם עניין שבמוע.

השופטת ש' גדות

א הנאשמת טוענת, כי הפרסום הוא מידע על המתחולל במקום ציבורי בניו-יורק, כי אין מדובר על צילום מפוברק או על סיפור דימוי הנועד לגרות יצרים, אלא על פרסום אינפורמטיבי, על מעשה המתחולל במקום פומבי. כתור שכזה, טוענת הנאשמת, יש לפרסום "ערך חברתי פודה".

ב אני מקבלת טיעון זה, משום שהפסיקה התייחסה למדע ולאמנות בלבד כשהתייחסה ל"ערך חברתי פודה". כאשר מדובר כמדע ואמנות מתקיים הצורך, לעתים קרובות, בתיאור מיני מפורט לצורך הביטוי האמנותי, או לצורך הפצת המידע שמדע. גם אם תחבל הטענה, שעל פיה לפרסום אינפורמטיבי עומדת ההגנה של "ערך חברתי פודה", מתקיימת ההגנה במקרה שלפנינו על פרסום התופעה, אולם לא חלה ההגנה על מלוא הפרטים, הביטויים והמעשים שפורטו בכתבה. לצורך העברת המידע על התופעה אין צורך לכלול את כל הפרטים, שפורטו בכתבה ולא היה גם צורך לפרסם את הצילום.

ג ניתן היה להעביר את המידע על התופעה, מבלי להיכנס לפרטים כה רבים, וכאן עובר גבול האיזון שבין חופש המידע לאיסור תועבה, על פי ההשקפה הרווחת היום בחברתנו.

ד האיזון עובר, למיטב השקפתי על הנורמות הקיימות היום בחברתנו, בין פרסום התופעה והזכות לפרסמה לבין האיסור על הפירוט הנרחב המופיע בכתבה והצילום.

ה שוב עליי להדגיש ולציין, כי הפרסום נעשה באמצעות כלי תקשורת המוני המגיע לרבים מאזרחי המדינה הרוכשים אותו, בדרך כלל, לצורך קבלת מידע חדשות אקטואלי ואחר, ובדרך כלל אין הם מצפים לכתבות מסוג זה בעיתון יומי במדינת ישראל.

ו אילו היתה נכונה טענתה של הנאשמת כי היא רשאית לפרסם כל תופעה בעולם על כל פרטיה, כתנאי שהדיווח הוא אמיתי, כי אז ניתן היה לפרסם כל תופעה פסולה, פורנוגרפית, נתעבת, הכוללת ניבולי פה לצורך ניבול וכיוצא בזה ובלבד שהדיווח הוא אמיתי ומפרט את התופעה.

ז פירוש כזה אינו מתיישב לחלוטין עם סעיף 214 לחוק ויש בו כדי להוכיח כי האמת האינפורמטיבית אינה יכולה להצדיק כל פרסום.

ח (11) בתי המשפט פסקו (פסק דין ישעיהו [13], מפי כבוד השופט דן בין ופסק הדין בעניין "בול" [15] מפי כבוד השופט אילת), כי בית המשפט בתוך עמו הוא יושב ויודע כי הציבור חשוף לפורנוגרפיה ודוכני הספרים מלאים בחומר שכזה. גם בית-משפט זה בתוך עמו הוא יושב ולמיטב ידיעתו עיתונים יומיים בישראל לא פרסמו ואינם מפרסמים, בדרך כלל, תמונות וכתבות כמו אלה נושא כתב האישום. בא-כוח הנאשמת הציג דוגמאות רבות בתחום הספרות, הסרטים, סרטי וידאו וחברות המכילות חומר שאינו נופל במידת "התועבה" שבו מהפרסום נושא כתב האישום.

השופטת ש' גדות

יחד עם זה, למרות הדוגמאות הרבות, לא נמצאה אפילו דוגמא אחת של פרסום דומה בעיתון יומי.

12) עינתי בכל החוברות והספרים, שהוצגו על ידי בא"כ הנאשמת, ראיתי את קטעי הסרטים ועטיפות הווידאו וניתן לקבוע לגביהם כדלקמן:
א) הספרים והסרטים הינם ביטוי אמנותי, שעליו חלה ההגנה של "ערך חברתי פודה" ולכן אין הם לענייננו.

ב) הצילומים בחוברות ("מגעים", עיתון "בול" והצילומים הבלתי ברורים של עיתון "מוניטין"), הם דוחים, אולם עיון בהם מראה כי הם מופיעים בחוברות שחלקן בעלות גוון מיני מוהבק, בחלקן פורנוגרפי, אשר אין להשוותן כלל לעיתון יומי. החוברת "מגעים" אינה מכוונת לכל חלקי הציבור אלא לחלק מהציבור בלבד. סרטים פורנוגרפיים הם אכן דברי תועבה האסורים על פי החוק.

יחד עם זה — העובדה, שפרסומים כאלה קיימים בחוברות אחרות ובסרטים פורנוגרפיים, אינה יכולה להועיל לנאשמת, מהטעמים הבאים:

א. לענייננו מדובר בעיתון יומי, שהוא כלי תקשורת המוני כהבדל מחוברות בעלות גוון מיוחד וסרטים פורנוגרפיים.

ב. יתרה מכך וחשוב מכך, העובדה, שהרשויות אינן אוכפות את החוק במידה שווה, היא תופעה קשה אך אין בה הגנה לנאשמת.

על כך נאמר על ידי כבוד השופט דן בין בפסק דין ישעיהו [13], בעמ' 528:

"יחד עם זאת, אודה שיש לי הרגשה מאוד לא נוחה כחיק זה. היא נובעת מכך שהתובע זכאי להרגיש עצמו במידה רבה 'שעיר לעזאזל'. הרי בתוך עמי אני יושב, ויודע אני כי דוכני הספרים מלאים חומר תועבה מאותו הסוג שנתפס אצל התובע ואין פוצה פה ומצפצף. תהיה ההשקפה האישית על איסור חומר תועבה אשר תהיה, בוודאי יסכימו הכל, כי אכיפה ספורדית ומפלה פוגעת קשה בחוש הצדק. ועל כן אחת מן השתיים. או שתהיה אכיפה עקבית ומלאה יותר, או שיבוטלו החוקים הנוגעים לחומר תועבה או לפחות ישארו בבחינת 'אות מתה' כמו איסורים פליליים הנוגעים לתחום המוסר".

13) בתי המשפט התייחסו כהרחבה לעיקרון, כי חופש הביטוי נסוג מקום שהפגיעה בסדר הציבורי היא קשה, וקבעו, כי הפרסום יימנע רק אם הפגיעה בסדר הציבורי היא קרובה לוודאי, (ראה פסק דין כהנא [8]).

עיון באותם פסקי-דין מראה שהם מתייחסים למניעה מראש של פרסום, שבו המבחינים למניעת הפרסום הם חמורים. ככל שהדבר נוגע להתייחסותו של בית המשפט לפרסום תועבה, לאחר שהפרסום כבר נעשה, המבחינים רחבים יותר ולכן אין להחיל את המבחינים של מניעת פרסום מראש (צנזורה) למבחינים שבענייננו (ראה פסקי-דין כהנא [8] עמ' 293—294, 297—300).

השופטת ש' גדות

א

14) בא-כוח הנאשמת מתייחס לפסק דינו של כבוד השופט אילת בת"פ 6257/87 [15] של בית-משפט השלום בתל-אביב, ומציין, כי למיטב ידיעתו לא הוגש ערעור על פסק הדין. בכך טועה בא-כוח הנאשמת. המדינה הגישה ערעור על פסק הדין לבית המשפט המחוזי בע"פ 2154/88 [14].

מועדי שמיעת הערעור נדחו מעת לעת וכיום 2.1.92 נמחק הערעור על פי בקשת פרקליט המחוז, מהטעם שמשיב ו לא אותר לאורך תקופה רבה.

ב

מבלי להתייחס לפסק הדין של כבוד השופט אילת, ניתן לקבוע, כי החלטת בית-המשפט שלום אחת אינה מחייבת הרכב אחר של בית-משפט השלום ויש גם להבחין בין חוקרות "כול" באותו חיק, לבין ענייננו, שכאן מדובר בפרסום של עיתון יומי.

ג

ג

15) המתלונן כתיק זה העיד על השפעתו השלילית של הצילום על בנו הקטין ולא נשמעה עדות המתייחסת להשפעה השלילית האפשרית של הכתבה. נפסק על ידי בתי המשפט, כי אין בית המשפט חייב לשמוע עדות בדבר השפעה אפשרית של חומר תועבה והוא יחליט החלטה זו על פי כל המבחנים שפורטו על ידי לעיל.

ד

כתב האישום מתייחס לכתבה ולצילום ומשום כך הכרעת הדין מתייחסת לכתבה ולצילום, ולא היה כל צורך בעדות של מאן דהוא ביחס לטיבה והשפעתה של הכתבה בכתב.

ה

16) בפסק-דין כהנא [8], מסביר כבוד השופט ברק היטב, כי החלטתו אינה נובעת מהשקפתו האישית ביחס לדעות ולהשקפות נושא הכג"צ, אלא החלטתו מבוססת על מתן הכשר לזכות העותרים להשמיע דברי טריפה שאותם ביקשו להשמיע.

תוך השלכה לענייננו, החלטה זו אין בה ביטוי להשקפתו האישית של בית המשפט, אלא להשקפתו על הנורמה החברתית המחייבת במדינת ישראל.

ו

על פי הנורמה החברתית המחייבת במדינת ישראל ובהתייחס לחירות הביטוי והמידע, לסעיף 214 לחוק, לפסיקה ולמבחנים שפורטו לעיל, ועל פי המוצגים והדוגמאות שהציגה הנאשמת, אני סבורה, כי הכתבה והצילום הם חומר תועבה האסור על פי החוק.

ז

17) אשר על כן, ולסיכום, אני מרשיעה את הנאשמת במכירת חומר תועבה — עבירה לפי סעיף 214 לחוק העונשין.

ניתן והודע היום, 20.9.92, במעמד עו"ד גב' קואל ועו"ד שטרית, בא-כוח נאשמת

.1