**ב. מעמדה המשפטי של הפורנוגרפיה במשפט המשווה**

**1. המשפט האנגלי**

ראשית האיסור במשפט האנגלי (ולמעשה במשפט המקובל כולו) על פרסום תועבה והצגתה מצויה ב-Obscene Publications Act,[[1]](#footnote-1) חוק משנת 1857 שאסר על החזקה של חומרי תועבה (Obscene) למטרות מכירה או הפצה. המונח "תועבה" לא פורש בחוק וזכה להגדרה קונקרטית רק כעשור מאוחר יותר, בפסק הדין הידוע R. v. Hicklin*.*[[2]](#footnote-2)פסק הדין עסק בעניינו 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) לווידוי 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"*.[[3]](#footnote-3) 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,[[4]](#footnote-4) ששינה את פני האיסור על פרסום והפצת תועבה מקצה לקצה. תיקון החוק טבע הגדרה חוקית חדשה למונח "תועבה", שעיגנה לראשונה את מבחן ה"יצירה בכללותה" כתנאי הכרחי לסיווג פרסום כחומר תועבה;[[5]](#footnote-5) כמו כן קבע התיקון כי בסיווג יצירה כחומר תועבה יש להתייחס לערכה האמנותי, המדעי והחינוכי,[[6]](#footnote-6) ודוגמה ראשונה ליישומו של הסייג החדש מופיעה בפסק דין מפורסם ומצוטט שעסק ברומן *Lady Chatterley's Lover*.[[7]](#footnote-7) חידוש דרמטי לא פחות בתיקון החוק הוא שלראשונה הוגדרו פרסום והפצת תועבה כעבירה פלילית, שבצדה עונש מאסר שלוש שנים או קנס.[[8]](#footnote-8) בשנת 2005 הורחבה תחולתו של החוק גם לחומרי תועבה בפורמט ממוחשב.[[9]](#footnote-9) החוק משנת 1959 יצר הסדר חדשני ופורץ דרך שהשפיע רבות על חוקים מקבילים במדינות ממשפחת המשפט המקובל, והוראותיו (בתוספת תיקון מינורי בשנת 1964)[[10]](#footnote-10) 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.[[11]](#footnote-11) בעקבות פסק הדין נוצר לחץ ציבורי ופוליטי חזק,[[12]](#footnote-12) 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[[13]](#footnote-13) 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[[14]](#footnote-14): "פורנוגרפיה" מוגדרת בחוק כפרסום אשר טבעו מוביל למסקנה שהופק למטרות גירוי מיני ותו לא;[[15]](#footnote-15) "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.[[16]](#footnote-16) החידוש המשמעותי והבולט ביותר של החוק משנת 2008 הוא ההפללה של פעולת ההחזקה של פורנוגרפיה קיצונית גם כאשר איננה למטרת הפצה עם 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,[[17]](#footnote-17) 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.[[18]](#footnote-18) בשנת 1994 תוקן החוק לראשונה ותחולתו הוחלה גם על דמות קטין שנוצרה או נערכה במחשב.[[19]](#footnote-19)

**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,[[20]](#footnote-20) 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 המחוקק והשופטת האמריקנים את הסוגיה: חופש הביטוי, המעוגן (באופן סמלי) כתיקון הראשון לחוקה האמריקנית,[[21]](#footnote-21) 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.[[22]](#footnote-22) 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.[[23]](#footnote-23) 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[[24]](#footnote-24) 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.[[25]](#footnote-25) הגדרת התועבה נותרה ללא שינוי במשך כ-80 שנה, עד שבשנת 1957 קבע השופט ברנן (Brennan) בפסק הדין המכונן Roth v. Unites States[[26]](#footnote-26) 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".[[27]](#footnote-27) בדומה לשינוי שעתיד לחול במשפט האנגלי שנתיים מאוחר יותר, הלכת רות' 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),[[28]](#footnote-28) 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 איננו 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.[[29]](#footnote-29) 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 ניתן להגבילה בחקיקה.[[30]](#footnote-30)

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 חומר תועבה לפי מבחני מילר,[[31]](#footnote-31) ובפרשת אוסבורן (Osborne) נפסק כי הוראות חוק האוסרות על החזקת פורנוגרפיית קטינים אינן בלתי חוקתיות.[[32]](#footnote-32) 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.[[33]](#footnote-33) 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,[[34]](#footnote-34) 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,[[35]](#footnote-35) 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).[[36]](#footnote-36) ניסיון שני נעשה בשנת 2003, וכלל הגדרה מצומצמת יותר: רק פורנוגרפיה הכוללת דמות קטין ממוחשבת ועומדת בדרישות מבחני מילר תיחשב פורנוגרפיית קטינים.[[37]](#footnote-37) בשנת 2007 עמד החוק לביקורת חוקתית בבית המשפט לערעורים, שקבע כי איננו חוקתי משום שהוראותיו עמומות וכוללניות מדי.[[38]](#footnote-38) החלטה זו נהפכה שנה מאוחר יותר בבית המשפט העליון, שאישר את חוקתיות החוק.[[39]](#footnote-39)

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 המאפיין את המשפט החוקתי האמריקני, וניתן לראות בבירור כי אין מדובר במס שפתיים אלא בעיקרון שבית המשפט לא נרתע מיישומו הלכה למעשה. בשנת 1998, למשל, ביקש המחוקק להעביר את ה- Child Online Protection Act (COPA), הוראת חוק המחייבת אתרי אינטרנט המכילים תכנים שאינם מתאימים לילדים, לאמץ אמצעי הגנה משמעותיים מפני גישת ילדים.[[40]](#footnote-40) 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.[[41]](#footnote-41)

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, ומה 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"[[42]](#footnote-42) (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 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).[[43]](#footnote-43) 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,[[44]](#footnote-44) והגדרת המונח "תועבה" בסעיף, המחליפה הגדרה קודמת המבוססת על הלכת היקלין,[[45]](#footnote-45) מזהה פרסום תועבה כפרסום אשר מאפיין עיקרי שלו הוא הצגת יחסי מין הכוללים ניצול, איום, אכזריות, אלימות או ביצוע פשע.[[46]](#footnote-46) סעיף 163 כולל התייחסות לחריג של ערך חברתי פודה[[47]](#footnote-47) וכן לתפיסה שלפיה מניעיו של מפרסם התועבה אינם רלוונטיים לעבירה.[[48]](#footnote-48) ההסדר החוקי בנוגע לפורנוגרפיית קטינים מופיע בסעיף 163.1: הסעיף אוסר הן על הפצה של חומרים אלה והן על החזקתם לצפייה עצמית[[49]](#footnote-49) וחל גם על דמות קטין שנוצרה במחשב.[[50]](#footnote-50) 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 סיכון שלא לצורך לגרימת נזק לקטינים.[[51]](#footnote-51) 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 העבריין מאחריות פלילית.

ראשיתו של רציונל הנזק בדיון על אודות מעמדה של הפורנוגרפיה במשפט הקנדי בפסק הדין המצוטט R. v. Butler,[[52]](#footnote-52) 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 מכונן, 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.[[53]](#footnote-53) 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.[[54]](#footnote-54) 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.[[55]](#footnote-55) בפסק הדין R. v. Sharpe, שניתן כעשור מאוחר יותר, הכיר בית המשפט ברלוונטיות של רציונל פוטנציאל הנזק גם בנוגע לפורנוגרפיית קטינים.[[56]](#footnote-56) שארפ נעצר בשובו 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, בפרטיות ביתו, להחזיק ולצפות בחומרים מסוג זה.[[57]](#footnote-57) עוד טען שארפ כי צפייה בחומרים כאלה מונעת תקיפה מינית של נערים, כיוון שהצופה מגיע לסיפוק מצפייה במעשה ולא מעשייתו. בית 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.[[58]](#footnote-58)

**על הקשר בין פורנוגרפיה לבין אלימות כלפי נשים**

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 לגילויי 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, לשפיה 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.[[59]](#footnote-59)

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 תפיסותיו המוסריות והשקפת עולמו של הצרכן בנוגע למין ומיניות או לעליית הסיכון לביצוע עבירות מין, ועל כן אין כל תועלת חברתית בחקיקה המגבילה צריכת פורנוגרפיה.[[60]](#footnote-60) 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.[[61]](#footnote-61)

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).[[62]](#footnote-62) 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, ולכולן 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 הניסוי) 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.[[63]](#footnote-63) 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.[[64]](#footnote-64)

בעקבות הביקורת על מסקנות הוועדה הוחלט בשנת 1986 על כינוס ועדה חדשה מטעם התובע הכללי האמריקאי אמריקני, 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.[[65]](#footnote-65) 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 הסתמכו, לכאורה, על ממצאי מחקריהם).[[66]](#footnote-66) 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.[[67]](#footnote-67) 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.[[68]](#footnote-68)

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 הקרבן. 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.[[69]](#footnote-69) 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" 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.[[70]](#footnote-70) 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.[[71]](#footnote-71)

נוכח מסקנותיו של ה-Meese Report השמיעו חוקרים כגון דורנשטיין, לינז 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.[[72]](#footnote-72)

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.[[73]](#footnote-73) מחקרים רבים לא הצליחו להצביע על קשר בין צפייה בפורנוגרפיה לא אלימה לבין הפגנת אלימות כלפי נשים,[[74]](#footnote-74) ומחקרים אחרים זיהו השפעות מסוימות של צפייה בפורנוגרפיה לא אלימה על תפיסות עולם ונטיות התנהגותיות של הצופים. לדוגמה, מחקרו 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?";[[75]](#footnote-75) מחקרם של זילמן ובראיינט (Zillman & Bryant) (1982) העלה כי גם חשיפה לפורנוגרפיה לא אלימה תורמת ליצירת ניכור מיני ולהטמעת "מיתוס האונס" בקרב הצופים.[[76]](#footnote-76) 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 ובולטות לעין, השפעותיה של פורנוגרפיה לא אלימה מגוונות יותר ודרמטיות פחות, ולכן קשות יותר לזיהוי.[[77]](#footnote-77)

תאוריה רדיקלית וביקורתית באשר לאופן שבו עשויה פורנוגרפיה לא אלימה להשפיע על אלימות כלפי נשים הוצעה על ידי ראסל (Russell) (1992).[[78]](#footnote-78) במאמרה, שבו היא סוקרת את תוצאותיהם של מחקרים שונים בנושא ומשווה ביניהם, מחלקת ראסל את 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 וניוונם של הריסונים הפנימיים והחיצוניים בקרב גברים שהרצון לאנוס כבר נוצר אצלם.[[79]](#footnote-79) הריסונים הפנימיים נחלשים כאשר בתפיסתו של הגבר מושרש דימוי האישה ככנועה, כמופקרת מינית וכמי שמיניותה 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 קוצנזוס 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.

**הפורנוגרפיה ככלי להנצחת היררכיה מגדרית**

הטיעון המרכזי ביסודה של גישת הפמיניזם הרדיקלי,[[80]](#footnote-80) כפי שזו מוצגת בכתיבתה של הבולטות והמשפיעות בנציגותיו- קת'רין מקינון (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 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.[[81]](#footnote-81)

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".[[82]](#footnote-82) תעשיית הפורנוגרפיה משרישה בתפיסתם של הצופים דמות נשית שעברה "החפצה". היא נעשית מעין חפץ בכך שהיא נטולת רצונות, זהות או דעות. שבסרטים 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 (בין שבאופן ישיר ובין שבאמצעות המגע היומיומי עם גברים שנחשפים לפורנוגרפיה) את מקומן בחברה ואת ציפיות החברה מהן. היא משפיעה במישרין גם על מעמדם של גברים הומוסקסואליים, שתדמיתם ה"נשית" מציבה אותם בצד הכנוע והנשלט של ההיררכיה המגדרית, לצד הנשים.[[83]](#footnote-83) 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.[[84]](#footnote-84) 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, ואותה 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.[[85]](#footnote-85)

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 מקינון ואנדריאה דבוקרין (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 אותם סרטים ספציפיים שהובילו לאלימות כלפיה.[[86]](#footnote-86) 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 ומקינון הייתה רחבה בהרבה מזו שנקבעה במבחני מילר.[[87]](#footnote-87) 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;[[88]](#footnote-88) 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 מבוססת-נזק.

יתרונו 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 המדינתית ולסמכות המדינה להפעיל כוח כלפי אזרחיה גם לפי האדוקים שבליברלים (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)).[[89]](#footnote-89) 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 שמשתקף 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.

1. 20 & 21 Vict., c.83 (1857) (Eng.) [↑](#footnote-ref-1)
2. לעיל ה"ש 14. [↑](#footnote-ref-2)
3. שם, פסק דינו של השופט Cockburn. [↑](#footnote-ref-3)
4. 7 & 8 Eliz. 2, c. 66 (1959) (Eng.) (להלן: החוק האנגלי 1959). [↑](#footnote-ref-4)
5. שם, בס' 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.). [↑](#footnote-ref-5)
6. ס' 4 לחוק האנגלי 1959, לעיל ה"ש 108. [↑](#footnote-ref-6)
7. ראו R. v. Penguin Books Ltd. [1961] Crim. L.R. 176 (Eng.). [↑](#footnote-ref-7)
8. שם, בס' 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Criminal Justice and Public Order Act, c.33, § 84[3][b] (1994) (amended 2005) (Eng.), להלן: Criminal Justice and Public Order Act. [↑](#footnote-ref-9)
10. c. 74 (1964) (Eng.); תיקון החוק מפליל פעולות נוספות הקשורות להליך הייצור וההפצה של חומרים פורנוגרפיים: החזקת חומרים פורנוגרפיים של אדם אחר המיועדים להפצה (ס' שם), החזקת ציוד המשמש לייצור והפצה של חומרים פורנוגרפיים (ס' 2, שם) וכדומה. [↑](#footnote-ref-10)
11. ראו R. v. Coutts [2006] UKHL 39 (Eng.) [↑](#footnote-ref-11)
12. ראו למשלSteven Morris, *Killer Was Obsessed by Porn Websites*, The Guardian (Feb. 5, 2004), http://www.theguardian.com/technology/2004/feb/05/newmedia.crime. [↑](#footnote-ref-12)
13. c. 4, § 63 (2008) (Eng.). [↑](#footnote-ref-13)
14. שם, בס"ק 2: "An 'extreme pornographic image' is an image which is both- (a) pornographic and (b) an extreme image ". [↑](#footnote-ref-14)
15. 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.". [↑](#footnote-ref-15)
16. 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)". [↑](#footnote-ref-16)
17. c.37 (1978) (Eng.). [↑](#footnote-ref-17)
18. 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.). [↑](#footnote-ref-18)
19. ס' 84 ל- Criminal Justice and Public Order Act, לעיל ה"ש 113. [↑](#footnote-ref-19)
20. 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). [↑](#footnote-ref-20)
21. U.S. Const. amend. I. [↑](#footnote-ref-21)
22. ראו Robert A. Sedler, *An Essay on Freedom of Speech: the United States versus the Rest of the .World,* 2006Mich. St. L. Rev. 377 [↑](#footnote-ref-22)
23. דוגמה מפורסמת ליישום מבחן ה-Strict Scrutiny נמצאת בפסק הדין  Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). לדיון אקדמי ביקורתי במבחן ה-Strict 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). [↑](#footnote-ref-23)
24. 17 Stat. 598 (1873). [↑](#footnote-ref-24)
25. Rosen v. Unites States, 161 U.S. 29 (1896). [↑](#footnote-ref-25)
26. 354 U.S. 476 (להלן: עניין **Roth**). [↑](#footnote-ref-26)
27. כלשונו של השופט ברק בפרשת **סטיישן פילם**, לעיל ה"ש 18 והטקסט הנלווה, ובמקור: "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". [↑](#footnote-ref-27)
28. Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973) (להלן: עניין **Miller**). [↑](#footnote-ref-28)
29. 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". [↑](#footnote-ref-29)
30. 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". [↑](#footnote-ref-30)
31. New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982). [↑](#footnote-ref-31)
32. Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990). [↑](#footnote-ref-32)
33. החובה הופיעה לראשונה ב-Child Protection and Obscenity Enforcement Act, 18 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. [↑](#footnote-ref-33)
34. לדין האנגלי ראו ס' 84 ל- Criminal Justice and Public Order Act, לעיל ה"ש 113; לדין הישראלי ראו ס' 214(ב) לחוק העונשין. [↑](#footnote-ref-34)
35. Child Pornography Prevention Act, 18 U.S.C. § 2252A (Supp. V 1999) (להלן: CPPA) [↑](#footnote-ref-35)
36. 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). [↑](#footnote-ref-36)
37. PROTECT Act, 18 U.S.C. §§ 1466A, 2252A (2003). [↑](#footnote-ref-37)
38. United States v. Williams, 444 F.3d 1286 (11th Cir. Fla. 2006). [↑](#footnote-ref-38)
39. United States v. Williams, 553 U.S. 285 (2008). [↑](#footnote-ref-39)
40. 47 U.S.C § 231 (1998) (להלן: COPA). [↑](#footnote-ref-40)
41. 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 לדיון 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 לדיון 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). [↑](#footnote-ref-41)
42. עניין **עומר**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 411. [↑](#footnote-ref-42)
43. לדיון בשאלת אימוץ הסטנדרט הקהילתי במשפט הישראלי ראו גם מאמרם של קרניאל וויסמונסקי, לעיל ה"ש 28. [↑](#footnote-ref-43)
44. Criminal Code of Canada, R.S.C. 1985, c. C-46 (להלן: הקודקס הפלילי הקנדי). [↑](#footnote-ref-44)
45. Parliamentary Info. & Research Serv., The Evolution of Pornography Law in Canada 32 (Library of Parliament, 2007).. [↑](#footnote-ref-45)
46. 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". [↑](#footnote-ref-46)
47. הקודקס הפלילי הקנדי, לעיל ה"ש 148, בס' 163(3). במשפט הקנדי מכונה החריג "Public Good". [↑](#footnote-ref-47)
48. שם, בס"ק (5). [↑](#footnote-ref-48)
49. שם, בס"ק (3) ו-(4). [↑](#footnote-ref-49)
50. שם, בס' 163.1(a). [↑](#footnote-ref-50)
51. שם, בס' 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" . [↑](#footnote-ref-51)
52. [1992] 1 S.C.R 452 (Can.) (להלן:פרשת באטלר). בישראל אוזכר פסק הדין בפרשת **סטיישן פילם**, לעיל ה"ש 18, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט ברק. [↑](#footnote-ref-52)
53. 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." [↑](#footnote-ref-53)
54. שם. [↑](#footnote-ref-54)
55. שם. [↑](#footnote-ref-55)
56. [2001] 1 S.C.R. 45 (Can.). [↑](#footnote-ref-56)
57. 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 ראוייה ועומדת בתנאי פיסקת ההגבלה 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 דיוננו, 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 סעיף 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 שייעשה 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 התעללות פיזית ונפשית, שאין לה שיעור ונופלים או עלולים להיות קרבן למעשי פדופיליה אלו ולתכלית זו בא סעיף 214(ב3) בספר החוקים". ראה: ת"פ (שלום ת"א) 5174/06 **מדינת ישראל נ' מיל** (פורסם בנבו, 27.12.2006). [↑](#footnote-ref-57)
58. בנוסף מצא בית המשפט כי יש מקום להרחיב את המונח "אדם" ופירשוהו כאדם בשר ודם וגם כדמותו של אדם (למשל בסרטוני אנימציה יפנית, מאגנה, המראים מעשים מיניים אלימים ו/או עם קטינים. סרטונים אלו טינם חוקיים בארצות הברית וביפן). [2001] 1 S.C.R. 45 (Can.). [↑](#footnote-ref-58)
59. James Weaver, *The Social Science and Psychological Research Evidence: Perceptual and Behavioral Consequences of Exposure to Pornography*, *in* Pornography 284 (Catherin Itzin ed., Oxford University Press, 1992) [↑](#footnote-ref-59)
60. ראו Ronald M. Holmes, Sex Crimes 86-90 (Sage Publications, 1991) (להלן: הולמס). [↑](#footnote-ref-60)
61. 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, פדופילים 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 הפדופילים 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). [↑](#footnote-ref-61)
62. ראו הולמס, לעיל ה"ש 195, בעמ' 87. [↑](#footnote-ref-62)
63. Percy H. Tannenbaum, *Emotional Arousal as a Mediator of Erotic Communication Effects, in* Pornography 35 (Daniel Linz & Neil M. Malamuth ed., 1993) (להלן: *.(Linz & Malamuth* [↑](#footnote-ref-63)
64. 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). [↑](#footnote-ref-64)
65. Attorney General's Commission on Pornography, Final Report (Department of Justice, 1986), http://www.porn-report.com *available at* [↑](#footnote-ref-65)
66. Edward Donnerstein et. al, The Question of Pornography: Research Findings & Policy Implications (The Free Press, 1987). וראו Irene Nemes, *The Relationship Between Pornography and Sex Crimes*, 20 J. Psychiatry & L. 459, 464 (1992) (להלן: נמס). [↑](#footnote-ref-66)
67. שם; וראו גם Selene Mize, *A Critique of a Proposal by Radical Feminists to Censor Pornography Because of Its Sexist Message*,6 Otago L. Rev. 589(1988). [↑](#footnote-ref-67)
68. Edward P. Mulvey & Jeffrey L. Haugaard, Report of the Surgeon General's 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' 465-464. [↑](#footnote-ref-68)
69. Daniel G. Linz et al., *The Effects of Long-Term Exposure to Violent and Sexually Degrading Depictions of Women,* 55 J. Personality & Soc. Psych. 758 (1986) [↑](#footnote-ref-69)
70. ראו Edna F. Einsiedel, *The Experimental Research Evidence: Effects of Pornography on the 'Average Individual', in* Pornography 248 (Catherin Itzin ed., Oxford University Press, 1992) (להלן: אינזיידל); וראו גם Neil M. Malamuth & James V. P. Check, *The Effects of Aggressice Pornography on Beliefs in Rape Myths: Individual Differences,* 19 J. Res. Personality 299 (1985). [↑](#footnote-ref-70)
71. Edward Donnerstein & Leonard Berkowitz, *Victim Reaction in Aggressive Erotic Films as a Factor in Violence Against Women*, 41 J. Personality & Soc. Psych. 710 (1981) [↑](#footnote-ref-71)
72. ראו Nadine Strossen, *A Feminist Critique of the Feminist Critique of Pornography*, 79 Va. L. Rev. 1099, 1167-1168 (1993). [↑](#footnote-ref-72)
73. נמס, לעיל ה"ש 201, בעמ' 465. [↑](#footnote-ref-73)
74. ראו למשל מחקרו של Conklin- הולמס, לעיל ה"ש 195, בעמ' 90; וראו גם תוצאות המחקר של Brislin-Slutz, Daniel Linz, *Exposure to Sexually Explicit Materials and Attitudes towards Rape: A Compariosn of Study Results*, 26 J. Sex Research 50 (1989). [↑](#footnote-ref-74)
75. James V. P. Check, The Effects of Violent and Non-Violent Pornography (1985) [↑](#footnote-ref-75)
76. Dolf Zillman & Jennings Bryant, *Pornography, Sexual Callousness and the Trivialisation of Rape*, 32 J. Commun. 10 (1982) [↑](#footnote-ref-76)
77. ראו אינזיידל, לעיל ה"ש 205, שם; וראו גם דיון בנוגע להשפעות הפורנוגרפיה על מעמד האישה בהמשך פרק זה. [↑](#footnote-ref-77)
78. Diana E. H. Russell, *Pornography and Rape: A Causal Model, in* Pornography 310 (Catherin Itzin ed., Oxford University Press, 1992 [↑](#footnote-ref-78)
79. Russell מצטטת מחקר סטטיסטי שלפיו 60% ממדגם מייצג של גברים השיבו בחיוב לשאלה "האם היית מבצע אונס לו הובטח לך שלא תיתפס", שם. [↑](#footnote-ref-79)
80. 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. [↑](#footnote-ref-80)
81. ראו Catherine A. MacKinnon, Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law (Harvard University Press, 1987). [↑](#footnote-ref-81)
82. Catherine A. MacKinnon, *Pornography as Defamation and Discrimination*, 71 B. U. L. Rev. 793 (1991) (להלן: מקינון, 1991). [↑](#footnote-ref-82)
83. אורית קמיר **כבוד אדם וחוה** 181-202 (הוצאת כרמל, 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). [↑](#footnote-ref-83)
84. Catherine Itzin, *Pornography and the Social Construction of Sexual Inequality*, *in* Pornography 55 (Catherin Itzin ed., Oxford University Press, 1992; קמיר, שם; Andrea Dworkin, Pornography: Men Possessing Women (Women's Press, 1981); וראו גם הראל, שם. [↑](#footnote-ref-84)
85. ראו למשל Aminata Forna, *Pornography and Racism: Sexualizing Opression and Inciting Hatred*, *in* Itzin, לעיל ה"ש 194, בעמ' 106; וכן מקינון, 1991, לעיל ה"ש 217. [↑](#footnote-ref-85)
86. ראו Andrea Dworkin & Catharine A. MacKinnon, Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality (1988). . [↑](#footnote-ref-86)
87. 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 (7th 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) . [↑](#footnote-ref-87)
88. וראו דיון בפרק ב' למאמר. [↑](#footnote-ref-88)
89. ראו Thomas Hobbes, Leviathan (Dutton, 1950); ובעברית: תומאס הובס **לויתן, או, החומר, הצורה והכוח של מדינה כנסייתית ומדינתית** (אהרן אמיר מתרגם, מנחם לוברבוים עורך, 2009); וכן Richard Ashcraft, Locke's Two Treatises of Government (Allen & Unwin, 1987). [↑](#footnote-ref-89)