

## החופש לגלוש בספריות ציבוריות

מיכאל ד' בירנהק\*

א. מבוא. ב. סיגון בספרייה - הסדרה ישירה והסדרה עקיפה:  
1. התמודדות ראשונה - הסדרה ציבורית ישירה; 2. הסדרה טכנולוגית -  
תוכנות סיגון; 3. מהותה של הסדרה טכנולוגית במוסד ציבורי. ג. החופש  
לגלוש כנגזרת של חופש הביטוי: 1. מהות החופש לגלוש; 2. הבסיס  
העיוני של החופש לגלוש. ד. החופש לגלוש מול אינטרסים אחרים:  
1. הפגיעה בחופש הביטוי; 2. צורת הפגיעה בחופש הביטוי ובחופש  
לגלוש, ומידתיותה; 3. סיגון כאמצעי להקצאת משאבים יעילה. ה. סיכום.

*רק הספרן מחליט אם ראוי לתיתו [את הספר - מ"ב]  
לנזיר המבקש לעיין בו, כיצד ומתי. פעמים רק לאחר  
שהחליף דברים עימו, לפי שלא כל האמיתות שוות לכל  
אוזן ולא כל השקרים ניתנים להבחנה כדבריישקר בידי  
נפש תמימה... אוי למי שפחו עליו יצרו ונתפט לסקרנות,  
אם מחמת חולשה אם בגין יוהרתו ואם בעצת  
הסטרא-אחרא.*

(הסברו של אב המנזר לאת גוליאלמו, אומברטו אקו, שם  
הורד (תרגום: עמנואל בארי, זמורה ביתן, תשמ"ז), 37).

### א. מבוא

הרגלי צריכת המידע שלנו הולכים ומשתנים. לצד עיתונים וספרים, רדיו ומוסיקה, טלביזיה, קולנוע ושיחות עם אנשים אחרים אנתנו קולטים ומייצרים מידע על-ידי גלישה באינטרנט. השינוי במקורות המידע מתהווה לנגר עינינו והוא רק אחד התהליכים

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מבקש להודות לשולמית אלמוג, לאריאל בנדור ולאורן גול על הערותיהם המועילות; ולעידו עשת על סיוע מצוין במחקר. כמו-כן תודתי לחברי ועדת האתיקה של המועצה לספריות ציבוריות, ששיתפו אותי בהתחבטויותיהם. כל אתרי האינטרנט המאוזכרים להלן נצפו לאחרונה באוקטובר 2002.  
1. להיסטוריוגרפיה של מהפכת המידע ראו: Aharon Kellerman, "Phases in the Rise of the

החברתיים שאנתנו חווים נוכח הטכנולוגיה הדיגיטלית.<sup>1</sup> הגישה לאינטרנט מציעה לנו מבחר עצום של מקורות מידע, כמו גם חוויה חברתית-תרבותית עשירה. הגישה למידע שבאינטרנט מתרחשת במגוון מקומות - בבית, במקום העבודה, באינטרנט-קפה ובמוסדות ציבוריים. מבין אלה אני מבקש להתמקד באחרונים, ובמיוחד בספריות - חשיבותן בהקשר זה נובעת מכך, שהן פתוחות לקהל הרחב ומציעות גישה לאינטרנט חינם או במחיר עלות מינימלי. עבור פלח שלם באוכלוסייה הספריות הן המקום העיקרי המניח גשר על הפער הדיגיטלי ובאמצעות הגישה לאינטרנט מציע גישה להשתתפות שוויונית יותר בקהילה הדמוקרטית.<sup>2</sup>

לא כל המידע המצוי במרחבי הרשת מספק צרכים אינטלקטואליים ופוליטיים. ברשת ישנם אתרים המכילים ביטויי שנאה והסתה, הוראות לבניית פצצות, פורנוגרפיה ושאר תכנים מפוקפקים. מבין אלה אני מבקש להתמקד בפורנוגרפיה. דעה רווחת היא שאתרים פורנוגרפיים ויישומים אחרים המציעים ריגושים מיניים כלשהם תרמו במידה לא-מבוטלת להתפשטות המהירה של הרשת, לפחות בעולם המערבי.<sup>3</sup> פורנוגרפיה ידועה לשמצה לא רק מחמת השחיתות המוסרית שאנשי דת ושמרנים מוצאים בה, אלא גם משום שהיא משפיעה על תודעתם של צרכניה באשר לנשים ולמין.<sup>4</sup> למרות זאת נראה, שהפורנוגרפיה איננה צפויה להיעלם מחיינו. כל עוד יהיה לה ביקוש - ונראה שכך יהיה - ימצא לה ההיצע.

ההשלמה עם קיומה של הפורנוגרפיה כחלק מחיינו איננה מחייבת שלא נתגונן מפניה ולא נגן על אלה הזקוקים להגנה מפניה, ובמיוחד ילדים. הנגישות הקלה לפורנוגרפיה באינטרנט חושפת ילדים להשפעות שליליות. האינטרס הציבורי להגן על ילדים ברור וחשוב. ההנחה היא, כי מבוגרים שכבר גיבשו את דמותם המינית והשקפת-עולמם ידעו להבחין בין טוב לרע ולהחליט בעצמם אם ירצו לצרוך פורנוגרפיה; ואילו ילדים טרם סיגלו את היכולת הזאת. משום-כך הדיון המשפטי מניח, שפורנוגרפיה היא ביטוי המוגן עלידי עקרון חופש הביטוי. הנחה זאת חשובה לא משום שפורנוגרפיה תורמת לשיח

1. Information Society", 2 *Inform* (Dec. 2000) 537. הגיוון במקורות המידע הוא שיפור ראוי כמובן, אבל נלווה לו מחיר מסוים של היצף מידע. לדיון בתופעה זאת ראו: David Shenk, *Data Smog – Surviving the Information Glut* (1st ed., Harper Edge, San Francisco, California, 1997).

2. על-פי סקר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 1998, ב-7.1% מהספריות הציבוריות פעלו שירותי אינטרנט (כ-70 ספריות). ראו השנתון הסטטיסטי לישראל מס' 51 (2000), לוח 26.5. המחלקה לספריות במשרד המדע, התרבות והספורט והמועצה לספריות ציבוריות יזמה בקיץ 2001 פרויקט רחב-היקף שנועד להקים תחנות אינטרנט בכ-450 ספריות נוספות.

3. לדיון ראו: Yaman Akdeniz and Nadine Strossen, "Sexually Oriented Expression", *The Internet, Law and Society* (Yaman Akdeniz, David Wall and Clive Walker – eds., UK, 2000) 207.

4. ראו, למשל: Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified – Discourses on Life and Law* (Cambridge, Mass., 1987).

הציבורי - היא אינה תורמת - אלא משום שהיא מאפשרת "מרחב נשימה" לביטויים גבוליים. יצירות אמנות, ספרות קלאסית, פרסומות לבגדיים, ביטוי פוליטי מוחצן, מוסיקה מתקדמת - כל אלה ועוד עשויים להיחשב בעיני אחרים כפורנוגרפיה ובעיני אחרים מדובר פשוט באמנות, בספרות או בפרסומת, כלומר: ביטוי מובהק.

השאלה היא, כיצד להגן על הילדים מבלי לגרום לתוצאות לא־רצויות אחרות ומי יקבע את המותר והאסור? המדינה או האזרחים לעצמם? בפועל נוסו דרכים שונות לצמצם את החשיפה לילדים, אולם כל פתרון שנוסה עד היום היה כרוך בהפסד במקום אחר. בדרך־כלל ההפסד הוא בחופש הביטוי של מבוגרים. אחד הפתרונות שנבחן לאחרונה, מעשית ומשפטית, הוא התקנת תוכנות סינון במחשבים (או בנקודות אחרות ברשת), המונעות גישה לאתרים מסוימים. לכאורה מדובר בהפרטה של האכיפה המדינית: המדינה איננה קובעת עוד את המותר והאסור, אלא התוכנה עושה זאת. כל עוד מדובר בשימוש ביתי בתוכנה, הרי זאת החלטת הורים: אם הם מבקשים להמיר את ההיגיון של ילדיהם להבחין בין טוב לרע בקוד התוכנה, אין מקום להתערב בכך. אלא שתוכנות הסינון מופעלות גם בספריות ציבוריות ובמוסדות ציבור אחרים שבהם ישנה גישה חופשית לאינטרנט.<sup>5</sup> האם רשאיות ספריות להגביל את גישת הגולשים בהן כדי להגן על ילדים? האם יכולה המדינה לחייב ספריות לעשות כך?<sup>6</sup>

ברשימה זאת אני מבקש לשרטט את מסגרת הדיון המשפטי לשאלה זאת. התוויית מסגרת הדיון מתייבת אותנו לבחון תחילה את שאלת היחס בין הסדרה (רגולציה) משפטית-ציבורית ובין הסדרה טכנולוגית-פרטית ואת תפקידה של הספרייה בעידן הדיגיטלי. שנית, עלינו לעמוד על מהותה המשפטית-חברתית של הגלישה באינטרנט. אטען כי עלינו להכיר בחופש לגלוש, שהוא נגזרת של חופש הביטוי: זהו החופש של

5. בין מיוזמת הספריות בין לפי הוראת המדינה. במדינות מסוימות המדינה מנסה לשלוט במישורין בתכנים הנגישים לאזרחיהן על־ידי סינון מוקדם. כך, למשל, סין, אפגניסטן ומדינות לא־דמוקרטיות נוספות. ראו: Leonard R. Sussman, "The Internet in Flux", *Press Freedom Survey* (2000) 1, pp. 2-4 (נמצא ב-<http://www.freedomhouse.org/pfs2001/pfs2001.pdf>). ארצות־הברית נקטה עמדה עקיפה. חוק פדרלי התנה חלק מהמימון הציבורי לספריות בכך שיתקינו תוכנות סינון. ראו: Children's Internet Protection Act (CHIPA), Pub. L. 106-554, 114 Stat. 2763 (2.12.00). החוק נפסל על־ידי בית־משפט פדרלי בערכאה הראשונה לאחר שנמצא, כי הוא נוגד את חופש הביטוי. ראו: *American Library Association v. United States*, 201 F. Supp. 2d 401 (E.D. Pa., 2002).

6. השאלה מטרידה ספריות רבות בעולם ובארץ בימים אלה ואינה פשוטה כלל. לתיאור המבוכה ראו: Barbara McComb Jones, *Librarians, Access and Intellectual Freedom - Developing Policies for Public and Academic Libraries* (American Library Association, Chicago, Illinois, 1999), 55. בישראל המחלקה לספריות ציבוריות במשרד המדע עושה סקר מקיף בנושא, והמועצה לספריות ציבוריות מקיימת דיונים מפורטים בסוגיה.

גולשים (בגירים) בספריות ציבוריות לגלוש ברשת, כאשר בצדו חובה של המדינה שלא להגביל את הגישה למידע, בין במישרין בין בעקיפין.<sup>7</sup> שני היסודות האלה – מהות ההסדרה וזיהוי הגלישה כפעילות ביטויית מוגנת – צריכים להביא לגיסוח הבעיה כעומת בין חופש הביטוי ובין האינטרס של הגנה על ילדים. הפתרון לדיון מצוי בשפת האיוונים המקובלת במשפט הישראלי הנקלטת לתוך המערך החוקתי.

הגלישה בספריות היא רק אחת מהסוגיות החברתיות המתעוררות בעקבות האפשרויות הטכנולוגיות של השנים האחרונות. כאשר אנו ניגשים לפתרון של שאלות אלה עלינו לאמץ נקודת-מבט רחבה של דיני מידע – מסגרת הערה ליחס המורכב בין משפט, טכנולוגיה והברה. הדיון בחופש לגלוש מבקש להמחיש את הכלים התיאורטיים ואת סוג השאלות שעלינו להצטייד בהם בטרם הכרעה.

## ב. סינון בספרייה – הסדרה ישירה והסדרה עקיפה

המשפט מבחין בין סוגים שונים של הסדרת פעילויות אנושיות: סוג אחד הוא הסדרה פרטית, כלומר: החלטות של אדם לגבי עצמו, כללי התנהגות מחייבים במקום פרטי וכדומה. אלה אינם כפופים בדרך-כלל לביקורת שיפוטית כל עוד אין בפעילות משום החצנה. כך, למשל, אין מניעה שהורה יאסור על ילדו גישה לאינטרנט, אין מניעה שמקום עבודה פרטי יגביל את גישת העובדים לאינטרנט ואין מניעה שמחירו של מוצר ייקבע לפי ההיצע והביקוש לו. הסוג השני הוא הסדרה ציבורית, כלומר: התערבות של המדינה או גופים הכפופים למשפט הציבורי בחיי האזרחים. הסדרה כזאת כפופה לביקורת המשפט המינהלי והחוקתי. הסדרה ציבורית עשויה להיות ישירה בחוק או בהחלטה מינהלית: קביעת המותר והאסור, או עקיפה: קביעת מנגנון כלשהו, המגדיר בתורו את המותר והאסור.

כאשר הגבלת הגישה לאינטרנט נעשית על-ידי תוכנה ולא על-ידי הספרייה עצמה, הדבר נראה במבט ראשון כמעבר מהסדרה ציבורית להסדרה פרטית: הפעילות האנושית שוב איננה מוסדרת על-ידי החלטה של גורם ציבורי, אלא באמצעות הטכנולוגיה. ההסדרה הטכנולוגית-פרטית נתפסת – לפחות לפי כמה הערות בפסיקה האמריקנית – כתחליף להתערבות המדינתית. משמעותה של עמדה זאת היא, שהסדרה פרטית עשויה למצוא את עצמה מחוץ לטווח היד של המשפט החוקתי. הטענה בחלק זה של הרשימה פשוטה: כדי לקבוע כיצד יש להתייחס לשאלת הסינון בספריות עלינו לזהות תחילה את מהות ההסדרה. זאת, בתורה, צריכה להיקבע לפי שתי אמות-מידה עיקריות (ומצטברות): מיהות הגוף המסדיר ומהות הפעולה המוסדרת. בדיקה זאת מעלה, שהמשפט החוקתי הוא המושל בכיפה בתחום זה. במלים אחרות: עצם ההחלטה להגביל את הגישה לאינטרנט, גם אם ההחלטה מבוצעת על-ידי תוכנה, היא הסדרה ציבורית.

7. ההכרה בחופש לגלוש חורגת מתחומה של שאלת הסינון בספריות ועשויה להשליך על עיצוב הסדרים משפטיים בתחומים נוספים, כמו שאלות של קניין רוחני, פרטיות ושאלות פרטניות דוגמת קישוריות באינטרנט. לא אדון בהן כאן.

## 1. התמודדות ראשונה – הסדרה ציבורית ישירה

הגישה הפשוטה לאינטרנט ומגוון התכנים העצום הנמצא ברשת מעוררים חשש שחלק מהגולשים, בעיקר הצעירים שבהם, ייחשפו לתכנים שיויקו להם, ייקלעו למצבים שלא ידעו להתמודד אתם ויפלו קורבן למחפשי רעתם. הרצון להגן על ילדים מתפרש על תחומים אחדים, כמו, למשל, הגנת הפרטיות.<sup>8</sup> כאן אתמקד בהגנה מפני פורנוגרפיה. חשוב להבהיר: אינני רן בפורנוגרפיה לילדים, שהיא בלתי-חוקית, אלא בחשיפת ילדים לפורנוגרפיה. התגובה הראשונה של המחוקק האמריקני היתה ישירה: איסור על הצגה באינטרנט, בידעין, של חומרים פורנוגרפיים באתרים הנגישים לילדים או העברת חומרים כאלה לקטינים. האיסור גובה בסנקציה פלילית. החוק לא הסתיר את מטרתו: הוא נקרא בשם Decency Act Communications (CDA) 9. אלא שהדרך להגנה היתה רצופה מכשולים. הקונגרס לא יחס משקל דיו להשלכות האיסורים על חופש הביטוי. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית קבע בפרשת *Reno v. ACLU*, כי החוק נוגד את התיקון הראשון לחוקה, שכן הוא פוגע בחופש הביטוי.<sup>10</sup> נפסק שם שהחוק גורף מדי בניסוחו, שהיו גם עמומים מדי, ומשום-כך יש להם אפקט מצנן: הם עשויים להרתיע בגירים מפני ביטוי מותר.

הקונגרס מיהר לחוקק חוק חדש תחת זה שנפסל – חוק שהתיימר להיות מצומצם יותר בהיקפו ומדויק יותר באיסוריו. אך גם החוק החדש כשל בינתיים במבחן הביקורת השיפוטית.<sup>11</sup> ההסדרה הציבורית הישירה נתקלת אפוא בקשיים חוקתיים של ממש. זהו ביטוי ברור לסלידת הדמוקרטיה הליברלית מהתערבות המדינה ב"שוק הדעות". מקורה של סלידה זאת עוד במשנתו של ג'ון סטיואט מיל, שדן באי-יכולתה של המדינה להבחין בין אמת לשקר;<sup>12</sup> ועיגונה המשפטי הוא בהערתו המפורסמת של אוליבר ונדל הולמס, כי

8. ראו, למשל: 15 Children's Online Privacy Protection Act, 1998 (COPPA), codified as 15 U.S.C. §§6501 et seq.

9. ראו: 104-104, 110 Stat. 56. Communications Decency Act of 1996, Pub. L.

10. ראו: 521 U.S. 844 (1997) *Reno v. ACLU* (להלן: פרשת *ACLU*).

11. ראו: 105-227, 112 Stat. 2681 (1998) Child Online Protection Act (COPA), Pub. L.

12. *ACLU v. Reno*; codified as 47 U.S.C. §231; ופסק-הדין שקבע את אי-חוקיותו: *ACLU v. Reno*

(2000) 217 F. 3d 162 (3rd Cir.). בית-המשפט העליון פסל את הנימוק היחיד שעליו

התבסס פסק-הדין בדבר היותו של המושג "community standards" רחב מדי. עם זאת,

בית-המשפט העליון הותיר על כנו את צו המניעה כנגד יישום החוק והחזיר את הדיון

לערכאה הנמוכה. ראו: 122 S. Ct. 1700 (2002) *Ashcroft v. ACLU*. בחוק החדש, נעשה

ניסיון לצמצם את היקף האיסורים על-ידי הגבלתם לאתרים מסחריים. כן נעשה ניסיון

להבהיר את האיסור על-ידי אימוץ הגדרות של בית-המשפט העליון שם באשר לזיהוי

פורנוגרפיה. המשפט האמריקני מבחין בין obscenity, אשר איננה מכוסה על-ידי התיקון

הראשון לחוקה, ובין ביטוי שהוא "indecent" ומוגן על-ידי החוקה. הקושי הוא כמובן

להבחין בין ביטוי שהוא obscene לביטוי שהוא indecent. הפסיקה האמריקנית פיתחה שורת

מבחנים. ראו במיוחד: 413 U.S. 15 (1973) *Miller v. California*.

12. ראו: 20 (1859) John Stuart Mill, *On Liberty* (Wordsworth ed., 1996).

מבחינה הטוב ביותר של האמת הוא תחרות בשוק הדעות מול דעות אחרות.<sup>13</sup> במצב של שוק יעיל התחליף להתערבות המדינה בשוק הוא היד הנעלמה: השוק יפיק מתוך עצמו את הפתרונות המתאימים. אלה יומצאו - או יימצאו - על ידי שחקנים בשוק הפועל על סמך ביקוש והיצע. המדינה רשאית - ואפילו חייבת - להתערב בשוק רק במקרה של כשל שוק. עד כה סירבו בתי המשפט להכיר בפורנוגרפיה ככשל שוק, הגם שהטעון הפמיניסטי נגד פורנוגרפיה התבסס בין היתר על הטענה שפורנוגרפיה משתיקה נשים ובכך גורמת לכשל בשוק הדעות.<sup>14</sup> בענייני חופש הביטוי, בכלל, נוהר המשפט מזיהוי כשלי שוק ומהתערבות בשוק.<sup>15</sup> בפרשת *ACLU* רמזו שניים מהשופטים על האפשרות שהסדרה הציבורית תומר בהסדרה פרטית: החלטה עצמית של כל אחד מהשחקנים בשוק תביא לתוצאה הרצויה של הגנה על קטינים, וכך - משתמע מהערותיהם - יתייתר הצורך בהסדרה ציבורית. השופט ג'ון פול סטיבנס כותב:

Systems have been developed to help parents control the material that may be available on a home computer with Internet access. A system may either limit a computer's access to an approved list of sources that have been identified as containing no adult material, it may block designated

13. ראו: "But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas - that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market..." (*Abrams v. United States* 250 U.S. 616, p. 630 (1919) (Holmes J., dissenting)).

14. לטיעון הפמיניסטי ראו, למשל, *MacKinnon* (לעיל, הערה 4). בית המשפט לערעורים במחוז השביעי בארצות הברית פסל חוק עזר עירוני (שחובר על ידי מקיגון ואנריאה דוורקין) שביקש להגביל פורנוגרפיה. ראו: *American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut* 771 F.2d 323 (1985).

15. נושא חריג הוא הגבלות על תעמולת בחירות, שנועדו לשמר מרחב החלטה חופשי של הבחורים. ראו, למשל: *Burson v. Freeman* 504 U.S. 191 (1992), שם אושרה הגבלה על קיומה של תעמולת בחירות ברדיוס מסוים סביב הקלפי. לעמדה דומה ראו את החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית תב"מ 23/01 סיעת ישראל אתת ג' אינטרנט מעריב, פ"ד נה (3) 174. השופט חשין אסר פרסום סקר בחירות באתר אינטרנט ועל גבי מסך אלקטרוני פומבי לפני מועד סגירת הקלפיות. רונלד דוורקין סבור, כי החלטות מעין אלה מתחייבות מתוך עקרון חופש הביטוי על רקע הבנתו כאמצעי לקידום הדמוקרטיה ואינן מנוגדות לו. ראו: Ronald Dworkin, "Free Speech and the Dimensions of Democracy", *If Buckley Fell: A First Amendment Blueprint for Regulating Money in Politics* (Joshua E. Rosenkranz - ed., The Century Foundation Press, New York, 1999) 63.

inappropriate sites, or it may attempt to block messages containing identifiable objectionable features. "Although parental control software currently can screen for certain suggestive words or for known sexually explicit sites, it cannot now screen for sexually explicit images." Nevertheless, the evidence indicates that "a reasonably effective method by which parents can prevent their children from accessing sexually explicit and other material which parents may believe is inappropriate for their children will soon be available."<sup>16</sup>

הפתרון הטכנולוגי היה רק בתיתוליו, וההסדרה הציבורית הישירה - קביעת המותר והאסור - נבלמה מכוח המשפט החוקתי.

## 2. הסדרה טכנולוגית - תוכנות סינון

לפסק־הדין בפרשת *ACLU* היתה, ועדיין ישנה, השפעה החורגת מתחומי אותו מקרה. פסק־הדין הוא ההתמודדות המשפטית הראשונה של בית־משפט עליון בעולם עם סוגיות חברתיות ומשפטיות שרשת האינטרנט מעוררת.<sup>17</sup> השפעת פסק־הדין חשובה במיוחד בשל העובדה שמרבית הפעילות האינטרנטית עד כה התרחשה באתרים הפועלים בארצות־הברית או המכונים לתושביה. פסק־הדין מסמן קו מדיניות משפטית של הרחקת המדינה מהתערבות בנעשה ברשת. התפתחויות מאוחרות יותר מראות, שקו זה מוגבל לשאלות של חופש הביטוי בלבד.<sup>18</sup> פסק־הדין ניתן בשנת 1997 ומאו חלפו דורות אחדים, במושגי זמן אינטרנטי. האמצעים הטכנולוגיים שנוכרו בפסק־הדין כאפשרות עתידית

16. ראו: פרשת *ACLU* (לעיל, הערה 10), 854-855. גם השופטת סנדרה דיי אוקונור העירה, כי הטכנולוגיה עשויה לשנות את מאזן הכוחות המשפטי. היא דיברה על תיחום האינטרנט ל"מתחמים" שהתכנים בכל אחד מהם שונה וכך גם הנגישות אליהם. שם, 886.

17. פסק־הדין חשוב גם משום דרך התייחסותו העקרונית לאינטרנט. במשפט האמריקני פותחו הדוקטרינות של חופש הביטוי בהתאם למדיום: לא דין העיתונות הכתובה (print) כדין התקשורת המשודרת (broadcast), ולא דין אלה כדין טלביזיה בכבלים. רשת האינטרנט סווגה בפסק־הדין בקטיגוריה נפרדת ונקבע, כי מידת ההתערבות המדינתית בה צריכה להיות מינימלית, אם בכלל. לגישה זאת ביטוי מסוים גם בדין הישראלי. ראו תב"מ 16/01 תנועת ש"ס - התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' ח"כ אופיר פינס-פז, סגן יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נה (3) 159 (להלן: תב"מ ש"ס).

18. בשאלות של קניין רוחני המשפט מגלה נכונות רבה יותר להתערב. ראו, למשל, את ה-Digital Millennium Copyright Act, 1998 (DMCA) (הרחבת ההגנה של זכויות יוצרים למדיום הדיגיטלי). ניבה אלקין-קורן עומדת על היחס המשפטי השונה בענפים משפטיים שונים וממחישה זאת באמצעות דיון בשאלת אחריותם של ספקי גישה. ראו מאמרה המתפרסם בחוברת זאת.

הפכו למציאות. בהקשר זה מעניין לציין כי בין התובעים בפרשת *ACLU* שעתרו לפסילת החוק היו כמה חברות פרטיות המייצרות תוכנות סינון.<sup>19</sup> בשנים הספורות שהלפו נוצר שוק של תוכנות סינון וכיום אפשר לרכוש מוצרים המותאמים לבית, למקומות עבודה או למוסדות-חינוך. הטכנולוגיה שהתוכנות מבוססות עליהן שונה מחברה לחברה, ועיקר השוני לענייננו הוא בדרך שבה נקבע התוכן המסונן. סוג אחד מבוסס על החלטות אנושיות. חברה אחת מסבירה באתר באינטרנט שלה, כי בשלב הראשון היא מפעילה "תוכנת עכביש" הסורקת את האינטרנט ומפיקה רשימת אתרים, ובשלב השני צוות של הורים בוהן את האתרים ומסווג אותם לפי קריטריונים שנקבעו מראש.<sup>20</sup> בדרך זאת מורכבות "רשימות שהורות" ו"רשימות לבנות".<sup>21</sup> אלה מתורגמות לתוכנה. גולש שבמחשבו הותקנה התוכנה שיבקש לגלוש באתר המצוי ברשימה השחורה או שייקלע אליה במקרה, ייחסם. הגולש יכול לשנות את הגדרות התוכנה וכך – מסבירה החברה – תתאפשר להורים בקרה על התוכנה: אם סברו כי אתר מסוים אינו מכשיל את ילדיהם, יוכלו לאפשר את הגישה אליו, ולהיפך. מובן ששיטת סיווג זו מצריכה עדכון שוטף ועלויות ניכרות.

סוג שני של תוכנות סינון קובע את התוכן המסונן בהתבסס על אלגוריתם טקסטואלי: התוכנה סורקת במהירות את האתר (או דואר אלקטרוני, צ'אט ויישומים אחרים) לפני שהוא מוצג לגולש.<sup>22</sup> התוכנה "מחפשת" מלים מסוימות אשר נקבעו על-ידי המתכנתים כטעם לסינון ואם היא מזהה מלה כזאת, או על-פי כתובת האתר,<sup>23</sup> האתר נתסם

19. למשל: חברת SurfControl, המייצרת את תוכנת CyberPatrol. ראו אתר החברה <http://www.surfcontrol.com/news/newsitem.aspx?id=840>.
20. תוכנת CyberPatrol, ראו שם.
21. למשל: תוכנת Nct Nanny, המורכבת מרשימת CanGo ו-Can'tGo. ראו: [www.netnanny.com/home/net\\_nanny\\_4/how\\_we\\_filter.asp](http://www.netnanny.com/home/net_nanny_4/how_we_filter.asp). קשה להימנע מהקונוטציה של רשימות שחורות. הוותיקן פרסם בשנת 1959 את ה-Index Librorum Prohibitorum – רשימה המפרטת אלפי ספרים האסורים לקריאה, רשימה שעורכנה גם במהלך המאה העשרים עד לביטולה בשנת 1966. ראו: <http://www.fordham.edu/halsall/mod/indexlibrorum.html>. משטרים טוטליטריים ביקשו גם הם להגביל את אפשרויות הקריאה של האזרחים באמצעות שליטה בקטלוגים, שמהם נמחקה ספרות "אסורה". מובן שפעמים רבות הקטלוג הוא שער גישה לספר ומשום-כך שליטה שבו היא שליטה כמעט מלאה בתוכן הקריאה. לניסיון הסובייטי דאו בוריס קורש, "הקטאלוג – תהת פיקוח פוליטי וכמכשיר לפיקוח פוליטי", יד לקורא (תשל"ה) 171.
22. יצרנית התוכנה הפופולרית X-STOP, למשל, מתבססת על תוכנת סריקה של הרשת. ראו <http://www.8e6technologies.com/about/index.html>.
23. ראו, למשל, את תוכנת SmartFilter, המסבירה באתר המוצר כי הרכיבה רשימה של מיליוני אתרים (הרשימה נקראת Control List), בהתבסס על כתובתם (URL) ובדיקה אנושית. התוכנה משווקת למקומות עבודה. ראו <http://www.securecomputing.com/pdf/SFProdOverview30B.pdf>, בעיקר עמ' 17-32.

לגישה.<sup>24</sup> ברור, כי תוכנה כזאת מועדת לטעויות רבות ומרבית הביקורת כנגד התוכנות התמקדה עד כה בהצבעה על מגבלותיה.<sup>25</sup> דוגמאות ידועות הן תוכנות שחסמו אתרים העוסקים בסרטן השר או במתכונים לחזה עוף, מאחר שהופיעו בהן המלים "שד" ו"חזה".<sup>26</sup> לצדם נחסמו גם אתרים המציעים הסברים על מין בטוח או אתר של הארגון האמריקני לתכנון המשפחה.<sup>27</sup> באוניברסיטה העברית נחסמה הגישה לאתר שהכיל מאמר משפטי על פסק-הדין של בית-המשפט העליון בפרשת דנילוביץ' ותרגום לאנגלית של פסק-הדין.<sup>28</sup> זאת בעיה של סינון-יתר, אבל לצדה מוכרת גם תופעה של תת-סינון: לא תמיד מצליחות התוכנות לזהות אתרים המכילים חומרים פורנוגרפיים.<sup>29</sup>

סוג שלישי של תוכנת סינון מבקש להתגבר על מגבלות אלה של התוכנות ומיישם תוכנות מתחום הביולוגיה החישובית (ביומטריקה). המתכנתים זיהו מאות מאפיינים של אתרי פורנוגרפיה ויצרו פרופיל מורכב שלהם, המגולם באלגוריתם, שהוא לבה של תוכנת

24. יצרניות התוכנות שומרות במקרים רבים על ערפול באשר לשיטת הסינון שלהן. אתר העוקב אחרי התוכנות מציין, למשל, כי תוכנת CyberSitter נסמכת במידה רבה על סינון על-פי מלות-מפתח. ראו: [www.peacefire.org/censorware/CYBERSitter](http://www.peacefire.org/censorware/CYBERSitter). באתר התוכנה עצמה אין הסבר באשר לשיטת הסינון. ראו: <http://www.cybersitter.com/>.

25. ראו האתר היומי של ארגון PeaceFire, המציג את "חסימת היום": <http://www.peacefire.org/BSOTD/>.

26. על-פי אתר ארגון PeaceFire העוקב אחרי תוכנות הסינון, חסמה תוכנת BESS המיוצרת על-ידי חברת N2H2 אתרים שעסקו בסרטן השר לפרקיזמן מסוימים (ראו, למשל, <http://www.bloobery.com/bformfaq/>). על-פי הארגון, החסימה היתה תוצאה של בקרה אנושית דווקא ולא מילולית. ראו: <http://www.peacefire.org/censorware/BESS/>.

27. על-פי ארגון PeaceFire, חסמה תוכנת I-Gear אתרים מגוונים כמו אתר מכירת חולצות למאבק באידס, אתר שהכיל את נוסח פסק-הדין בערכאה הראשונה בפרשת ACLU, אתר של המפלגה השמרנית הבריטית, קורס על צנזורה שניתן ב-MIT ואת הטקסט המלא של הספר ג'יין אייר. תוכנת X-STOP חסמה את אתר ארגון Safer Sex (ראו *Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library* 24 F. Supp. 2d 552 (E.D.Va. 1998) at note 2 (להלן: פרשת Loudoun). לדוגמאות אלה ורבות אחרות ראו: <http://www.peacefire.org/>.

28. ראו מכתבו של עו"ד דורי ספיבק מהמרכז לסיוע משפטי בזכויות אזרח אוניברסיטת תל-אביב, בשם תא העשירון האחר באוניברסיטה העברית (19.7.00) (עותק בידי המחבר). פסק-הדין ותרגומו נמצאו באתר שתכנוו הוכנו על-ידי פרופ' אלון הראל, במסגרת קורס על מיניות והמשפט.

29. ראו סקר של Consumer Report, שהשווה שש תוכנות מובילות ומצא שהן נכשלות בהסימה של עד חמישית מהאתרים. [http://www.consumerreports.org/main/detail.jsp?CONTENT%3C%3Ecnt\\_id=18867&FOLDER%3C%3Efolder\\_id=18151&bmUID=996766578117](http://www.consumerreports.org/main/detail.jsp?CONTENT%3C%3Ecnt_id=18867&FOLDER%3C%3Efolder_id=18151&bmUID=996766578117) (הסקר הוא ממרס 2001).

הסינון.<sup>30</sup> מדובר במאפיינים כמו צבע הרקע, גודל האותיות, מספר הקישורים הפנימיים, מספר התמונות וכמובן גם הטקסט, שם האתר וכתובת האינטרנט (Internet Protocol) שלו.<sup>31</sup> התוכנה סורקת את האתר שבו מבקש הגולש לצפות ומשווה את מאפייניו למאות המאפיינים של אתרי הפורנוגרפיה. בדרך זאת מושגת תוצאה טובה יותר, כלומר: התופעות של חסימת יתר ותת-חסימה מצטמצמות.

התוכנות שונות זו מזו בנתונים שונים, אולם רובן שותפות לדבר אחד: הן אינן חושפות את האלגוריתם ואת הקריטריונים שעל-פיהם הן פועלות. הטעם לכך הוא, שכל עוד המידע הזה סודי הן נהנות מהגנת דיני הסודות המסחריים, וזהו מקור הכנסתן.<sup>32</sup> נסיונות לחשוף את המידע הזה נתקלו בקשיים: הגם שדיני סודות המסחר מתירים "הנדסה חוזרת" – קרי: פירוק מוצר כדי לגלות את הרעיון שעל-פיו נבנה ולפיו הוא פועל – הרי שפיצוח של תוכנה כרוך בהעתקתה הומנית. תחילה מצא בית-משפט אמריקני כי העתקה זמנית זאת מספיקה כדי להיחשב הפרה של זכות היוצרים בתוכנה,<sup>33</sup> אך לאחר-מכן נקבע בדין האמריקני שהעתקה במסגרת הנדסה חוזרת לשם גילוי הקריטריונים של תוכנות סינון, מותרת.<sup>34</sup>

הורים הבוחרים להתקין אחת התוכנות האלה במחשב הביתי עושים זאת מבחירה חופשית:<sup>35</sup> הם מגנים על ילדיהם באמצעי שבחרו בו ומגבילים את חופש הגלישה מרצונם. באשר לילדים אלה, האינטרס הציבורי מושג בלי התערבות המדינה. הפרטת האכיפה מצליחה במקרה כזה: אין צורך בהסדרה ציבורית, שכן ההסדרה הפרטית המבוססת על הטכנולוגיה משיגה את המטרה הרצויה.<sup>36</sup> הקושי מתעורר כאשר תוכנות הסינון מותקנות במסדות ציבוריים הנגישים לציבור, ובעיקר ספריות.

30. ראו, למשל, את תוכנת PureSight של חברת iCognito, <http://www.puresight.com/FrameSet.shtml?Technology/About.htm>. החברה מתהדרת בדיוק של 99.2% בחסימה. יצויין כי על-פי מכתבו של ספיבק לאוניברסיטה העברית (לעיל, הערה 28), תוכנת Pure Sight היא שחסמה את הגישה לפסק-הדין בפרשת דנילוביץ. גם תוכנת Net Nanny פועלת באופן דומה. ראו [www.netnanny.com/home/about\\_us/company\\_profile.asp](http://www.netnanny.com/home/about_us/company_profile.asp).
31. ראיון טלפוני עם מיכאל איזאקוב, מנהל פיתוח עסקי ב-iCognito, ביום 23.5.01.
32. ראו, למשל, את ההסבר של חברת SurfControl (לעיל, הערה 19).
33. *Microsystems Software, Inc. v. Scandnavia Online AB* (D. Mass., 28.3.00), נמצא ב-[http://www.epic.org/free\\_speech/censorware/cp\\_conclusions.html](http://www.epic.org/free_speech/censorware/cp_conclusions.html).
34. במסגרת ה-DMCA נקבע, כי לרשם זכויות היוצרים שיקול-דעת להוסיף סוגים של חריגים לאיסורים שבחוק. הרשם קבע שני סוגים כאלה, שאחד מהם הוא המקרה של העתקת תוכנות סינון לשם פיצוח סודן. ראו: <http://lweb.loc.gov/copyright/1201/>.
35. ככל שהבחירה איננה חופשית, ימצאו ההורים סעד בדיני החוזים, בדיני הגנת הצרכן ובדיני מוצרים פגומים. מובן שעומדת בפניהם הבחירה שלא לרכוש את התוכנה או לנקוט אמצעי בקרה אחרים באשר להרגלי הגלישה של ילדיהם: השגחה, או – איך שכחנו – חינוך.
36. שאלה נפרדת היא יכולתם של ילדים לעקוף את ההגבלות הטכנולוגיות. כל עוד קיים פער

## 3. מהותה של הסדרה טכנולוגית במוסד ציבורי

הרמוים שנשמעו בפסיקה האמריקנית, כאילו הפתרון הטכנולוגי עשוי לייתר את הצורך בפתרון המשפטי, יוצרים רושם שהסדרה טכנולוגית היא חלופה הולמת להסדרה ציבורית. במקרים רבים ייתכן שהדבר כך וייתכן שהפתרון הטכנולוגי עדיף מן הבחינה התיאורטית. כך, למשל, באשר להגבלת גישתם של ילדים לאינטרנט, בביתם. אפיק של הסדרה ציבורית משמעו, שהמדינה מחליטה, במקום ההורים, מה טוב ונכון עבור ילדיהם ומה לא. אפיק ההסדרה הטכנולוגית מותיר את הבחירה בידי ההורים: אין הם חייבים להתקין תוכנת סינון כלשהי וגם אם יבחרו להתקין, יוכלו להשוות את התוכנות השונות מבחינת יכולתן. רוב התוכנות מאפשרות התאמה אישית, כך שההורה יכול לבחור את רמת ההגנה הרצויה בעיניו. פני הדברים שונים כאשר מדובר במקום ציבורי שבו ישנה גישה לאינטרנט, דוגמת ספריות ציבוריות. המרתה של הסדרה ציבורית ישירה – מהסוג שנפסל על-ידי בית-המשפט בארצות-הברית בפרשת *ACLU* – בהסדרה טכנולוגית פסולה בעיני. המרה כזאת היא למעשה האצלת שיקול-הדעת הציבורי של נבחרה הציבור (ועל-כן הם נאמני הציבור) לחברה בבעלות פרטית והיא בגדר הסדרה ציבורית עקיפה. החברות אינן חייבות דין-וחשבון לציבור ושומרות בקנאות את שיקולי הסינון שלהן. אין אנו יודעים מהם הקריטריונים שעל-פיהם פועלות התוכנות – קריטריונים הנקבעים בעיקר משיקולים עסקיים ולא משיקולים ערכיים. התחרות הנוכחית בשוק תוכנות הסינון בוחנת את מידת ההצלחה של התוכנות לפי היקף החסימה ונראה, כי עקרון-העל המנחה רבות מהתוכנות הוא "יש ספק – אין ספק", כלומר: התוכנות מוטות להסימת-יתר. ההטיה העסקית באה לידי ביטוי גם בכמה מקרים שבהם אתרים שביקרו את תוכנות הסינון נחסמו על-ידן.<sup>37</sup> נוסף על כך ההטיה איננה רק עסקית, אלא גם תרבותית. יצרני רוב התוכנות הן חברות אמריקניות וגם תוכנות לא-אמריקניות מכוונות בעיקר לשוק האמריקני. משום-כך הקריטריונים שיפעילו החברות נוטים לשקף את הסטנדרט המוסרי האמריקני. מובן כי הסטנדרט האמריקני אינו בהכרח מתאים למקומות אחרים.<sup>38</sup> תוצר-לוואי נוסף של האצלת שיקול-הדעת לחברות התוכנה הוא, שכך נוצר מעמד של מתווכים חדשים, בלא בקרה ציבורית.<sup>39</sup>

דורות מסוים באשר לשימוש במחשבים ובאינטרנט, יש להניח שילדים שירצו יוכלו לעקוף את תוכנות הסינון מבלי שהוריהם ידעו על כך.

37. כך, למשל, אתר PeaceFire נחסם על-ידי תוכנת BESS למשך כמה חודשים בשנת 1997. לדברי הארגון הנחסם, החסימה באה בעקבות ביקורת על התוכנה. ראו: [http://www.peacefire.org/censorware/BESS/#pf\\_blocked](http://www.peacefire.org/censorware/BESS/#pf_blocked)

38. ובמלים אחרות: זהו פן נוסף של הגלובליזציה. לביקורת ברוח דומה, בהקשר האוסטרלי, ראו: Carolyn Penfold, "The Online Services Amendment, Internet Content Filters, and User Empowerment", 7 *National L. Rev.* (2000). בהקשר האנגלי ראו: Peter Brophy, Jenny Craven and Shelagh Fisher, "Extremism and the Internet", 145 *British Library Research & Innovation Report* (1999) 61-62.

39. אחד השינויים הכלכליים-חברתיים המרכזיים של רשת האינטרנט היה ירידה בכוחם של מתווכים שונים, כמו למשל מוציאים לאור שתיווכו בין הסופרים לקהל הקוראים. שינוי זה

במהלכה של האצלת שיקול-הדעת אובדת חובת האמון של הרשות (הספרייה) כלפי הציבור, האינטרסים שלו וזכויותיו. בענייננו, הרשות (הספרייה) מחויבת שלא לפגוע בחופש הביטוי. רוב הספריות אכן רואות את תפקידן כנושאות את דגלו של חופש הביטוי,<sup>40</sup> אולם הלחצים החברתיים והפוליטיים עלולים להכניען. לעומת זאת, החברות הפרטיות פטורות מהחובה לכבד את חופש הביטוי. מטעם זה ראוי להסיר את המעטה מעל פעולתה של ספרייה או מוסד ציבורי אחר כאשר הם מחליטים להתקין תוכנת סינון. הספרייה איננה יכולה להתפרק מחובותיה, וגם כאשר היא מחליטה להתקין תוכנת סינון המגבילה את הגישה לאינטרנט, היא איננה יכולה להתנער מאחריותה שלא לפגוע בחופש הביטוי של הציבור.<sup>41</sup>

קביעה זאת ודאי נכונה באשר לספריות ולמוסדות הפועלים במסגרת המשפט הציבורי ובין אלה יש למנות בישראל את הספריות שהוקמו על-פי חוק הספריות הציבוריות, תשל"ה-1975, או שהוכרו ככאלה על-פי אותו חוק;<sup>42</sup> ואת הספריות הפועלות במסגרת

היה אחד ממאפייני הרשת ש"נתגגו". ראו: Eugene Volokh, "Cheap Speech and What it Will Do", 104 *Yale L.J.* (1995) 1805. להבחנה כי תוכנות הסינון הן מעמד מתווך חדש ראו: Kathleen M. Sullivan, "First Amendment Intermediaries in the Age of Cyberspace", 45 *UCLA L. Rev.* (1998) 1653, p. 1674. סליבן מציעה להבחין בין מצב שבו פעילות גורמי-ביניים רק משקפת נורמות קיימות, שאז אין מקום להסדרת פעילותם, ובין מצב שבו הם יוצרים נורמות חדשות, שאז יש מקום להתערבות המשפט. ראו שם, 1662-1664.

40. בהצעת הקוד האתי של ספרני ישראל, למשל, נקבע אחד מעקרונות-היסוד של הספרייה: "הימנעות מצנזורה: [ההדגשה במקור - מ"ב] הספרן בוחר ומשתמש בספרות מבלי לצנזר את החומר מבחינות של השקפה, דת או עמדה פוליטית, בתנאי שהחומר רלוונטי למטרות הספרייה ועומד בסטנדרטים שלה. הספרן אינו פוסל חומר רק מפני שהוא שנוי במחלוקת או עלול לפגוע ברגשות של הלק מאוכלוסיית המשתמשים בספרייה". ראו אורי בלון, תמר הררי, אופיר כץ ואסא כשר, "הצעת הקוד האתי של ספרני ישראל", בספריות 11 (תשנ"ו) 1, עמ' 1.

41. לקביעה ברוח זאת בהקשר של מדיניות ספרייתית להתקנת תוכנת סינון (דובר שם בתוכנת X-STOP) ראו פרשת *Loudoun* (לעיל, הערה 27), ("a defendant cannot avoid 569 its constitutional obligation by contracting out its decisionmaking to a private entity") במשפט הישראלי ראו קביעה דומה בהקשר שונה בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' קציר, פ"ד נד (1) 258, עמ' 283, שם קבע בית-המשפט כי "המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין, על-ידי שימוש בגוף שלישי הנוקט מדיניות מפלה. אכן, את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין". הגיונה של קביעה זאת נכון גם כאן.

42. ראו סעיף 2 לחוק הספריות הציבוריות, תשל"ה-1975, ס"ח 230. בארץ פועלות למעלה קרוב ל-1,200 ספריות ציבוריות.

גופים ציבוריים, כמו מוסדות חינוך.<sup>43</sup> נראה לי, כי יש מקום לכלול כאן גם ספריות הפועלות מבחינה משפטית פורמלית במסגרת פרטית, אם הן פתוחות לקהל הרחב בלא הגבלה. ספריות כאלה ייחשבו בדרך כלל "גוף דומהותי", כלומר: גוף המאוגד כגוף פרטי, אבל מוכפף לחלק מן הגורמות של המשפט הציבורי.<sup>44</sup> הטעם לכך הוא תפקידן הציבורי החשוב של ספריות. ראוי לתת את הדעת לתפקיד זה ולשינוי המתחולל בימים אלה נוכח הסביבה הדיגטלית. בית המשפט העליון נדרש לתפקידה של הספרייה הציבורית ולא חסך בחשיבותה: "תפקידה העיקרי של הספרייה הציבורית הוא להעשיר את עולמם הרוחני של צעירים ומבוגרים כאחד, להעמיק את הקשר של האדם לספר ולהבב קריאה לשמה, ולשמש מקור עזר לעיון ולימוד עצמי לבני כל הגילאים"; "חובתן של המדינה ושל הרשויות המקומיות להקים, לפתח, להחזיק ולנהל ספריות ציבוריות אינה רק חובה שמכוח החוק, אלא גם חובה מוסרית המוטלת על הרשויות, שהיא גם נגזרת מזכותו של אדם לחינוך, תרבות ונגישות למידע."<sup>45</sup>

ספריות הן מאגר ידע ושער לידע. הן מציעות סביבה מאורגנת ונוחה להפש מידע, הן כזה הנמצא פיזית בספרייה הן במקומות אחרים.<sup>46</sup> עבור רבים הספרייה היא נקודת המוצא

43. במוסדות חינוך מתעוררים קשיים נוספים באשר ליכולתו של המוסד להגביל את פעילות המחקר שבו על-ידי התקנת תוכנות סינון. בית המשפט אמריקני קבע, כי הגבלת אפשרות הגלישה של חוקרים באוניברסיטאות על-ידי התקנת תוכנות סינון במחשבי המוסד מותרת. ראו: *Urofsky v. Gilmore* 216 F. 3d 401 (2000) (להלן: פרשת *Urofsky*). החלטת הרוב אינה נקייה מקשיים באשר למעמדם של חוקרים באקדמיה, מהות הביטוי שהם מפיקים וחופש אקדמי.

44. במשפט הישראלי גופים כאלה כפופים לחובות מסוימות של המשפט הציבורי. ראו, למשל, בג"ץ 731/86 מיקרודף נ' חברת השמל לישראל, פ"ד מא (2) 449; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט (3) 196 (להלן: ע"א און). המבחן לראייתו של גוף פרטי ככפוף לגורמות ציבוריות איננו ברור. בית המשפט דיבר בהקשר זה על "המהות והתפקיד" (ע"א און, שם, 208) ופירט כמה מבחני-עזר המתמקדים בשליטה הגוף הנידון, מידת התלות של הציבור הרלבנטי בו וכיוצא באלה.

45. ראו בג"ץ 2376/01 מרכז השלטון המקומי בישראל נ' שר המדע התרבות והספורט ואח' (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ מרכז השלטון המקומי), בפסקה 2 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה ופסקה 1 לפסק-דינו של השופט טירקל, בהתאמה.

46. ראו, למשל, באתר ארגון הספריות האמריקני: "[t]he mission of the public library... is to provide access to the broadest range of information for a community of diverse individuals". נמצא ב-<http://www.ala.org/cipa>. ראו גם The Library Bill of Rights (ALA, 1948, 1996) המופיע בספרה של Jones (לעיל, הערה 6, 178). להגדרה אחרת של תפקיד הספרייה ראו אורי בלוך, "ספרייה ציבורית בארץ במאה ה-21?", יד לקורא (תשנ"א) 60, הכותב על שתי מטרות בסיסיות: איסוף ידע, ארגונו והפצתו לציבור המקומי, וכן לאצור ולהפיץ את תרבות החברה שבה היא פועלת.

לרכישת מידע שלאחר הטמעתו ועיבודו הופך לידע. תפקידה של הספרייה הוא להציע למבקריה את הגישה למידע המצוי בה וכן שירותי-עזר להשגת המטרה. הספרנים מסייעים לנו לאתר מידע בנושא שבו אנו מבקשים להעמיק ולא אחת מסייעים בעצות בדבר קיומו של מידע עדכני יותר או אחר בנושא. כימים אלה עוברות ספריות רבות שינוי מהותי. אם בעבר היה עיקר תפקידן לשמש מאגר ידע הנשמר באטומים, הרי שהן הופכות יותר ויותר לנקודת-גישה למידע השמור כסיביות (ביטים) במרחבי הרשת.<sup>47</sup> למעבר מאטומים לסיביות השפעה על מגוון פעילויותיה של הספרייה. המיומנות הנדרשת מהספרנים משתנה<sup>48</sup> ושאלות של מקום על מדפי הספרים הופכות לשאלות על היקף השימוש המותר במידע דיגיטלי. למרות זאת, תפקידה הבסיסי של הספרייה בעידן הדיגיטלי נותר כשהיה – שער לידע.

ככל שהדבר נוגע לספריות ציבוריות או לספריות הפועלות במסגרת גופים ממלכתיים, אפשר להגיע למסקנה המשפטית בדבר הכפפת הספריות לנורמות מן המשפט הציבורי, ובעיקר לעקרון הופש הביטוי באופן השולל הסתמכות על תוכנות סינון גם מכיוון דוקטרינת "הפורום הציבורי". דוקטרינה זאת מבחינה בין סוגי מקומות על-פי מידת הציבוריות שלהם. מקובל להבחין בין פורום ציבורי מסורתי, בקצה האחד (הכולל פארקים ומדרכות), ובין פורום שאינו-ציבורי, בקצה האחר (גם אם הוא בכעלות ציבורית. למשל: משרדו של עובד-מדינה),<sup>49</sup> ובתווך "פורום ציבורי מיועד" או "מוגבל" – כלומר: פורום שאינו נמנה על המרחב הציבורי, אבל יועד לכך, בין בהחלטת רשות בין בהתנהגותה, להיות כזה.<sup>50</sup> ספריות סווגו במעמד-הביניים הזה, סיווג שמשמעותו היא החלת ביקורת

47. לתיאור העולם הפיסי כאטומים לעומת העולם הדיגיטלי כסיביות ראו ניקולאס גרופונטי, להיות דיגיטלי (עמנואל לוטם – מתרגם, מעריב, 1996), 17.

48. ראו אתר ארגון הספריות האמריקני: "librarians are needed more than ever to cut through the information jungle and help lead library users to the best information sources" (<http://www.ala.org/cipa>).

49. ראו פרשת *Urofsky* (לעיל, הערה 43).

50. להבחנות אלה ראו: *Perry Education Association v. Perry Local Educators'* (1983) 460 U.S. 37, p. 45, שם נקבע כי מערכת הדואר הפנימית של בית-ספר איננה פורום ציבורי הפתוח לשימוש הכולל. השיקולים לסיווג מקום על פני הרצף הזה הם כוונת הממשל, השימוש בפועל – ככל שהוא פתוח לציבור הרחב בלא הגבלות שימוש – ומידת ההתאמה של הפורום ביהם לפעילות הנידונה. בישראל נקלטה הדוקטרינה באופן מוגבל בבג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט (2) 529 (להלן: בג"ץ כהן), עמ' 547 (דעת מיעוט של הנשיא שמגר, שלפיה בטאון לשכת עורכי-הדין הוא גם במה ציבורית וגם פורום ציבורי), עמ' 572 (השופט שטרסברג-כהן, הסבורה כי הביטאון נושא אופי ציבורי מובהק, אך אינו במה ציבורית במובן הדוקטרינה הנ"ל). ראו גם בג"ץ 714/89 טמקין נ' שר התחבורה ואח' (לא פורסם), שם העיר בית-המשפט שהוא מסכים, "כי אין להפוך את אולמות הנוסעים במל התעופה למין 'הייד פארק'". והשוו לבג"ץ 2481/93 דיין

שיפוטית מחמירה כלפי נסיונות להסדיר את הפעילות הביטויית בספרייה, ככל שמדובר בפעילויות שיועדו להיות פתוחות לציבור.<sup>51</sup> נקודה אחרונה זאת חשובה לענייננו: הספרייה איננה פורום ציבורי לכל סוג של פעילות ביטוי. היא איננה פורום להפגנות, למשל. עם זאת, ברור כי היא פורום לקבלת מידע.<sup>52</sup>

העיון במהותה של התקנת תוכנות הסינון והעמידה על תפקידה החברתי-פוליטי של הספרייה מובילים למסקנה כי ספרייה, ובוודאי ספרייה ציבורית, מחויבת בעקרון חופש הביטוי, והתקנת תוכנה אינה פוטרת אותה מאחריות זאת. לפיכך השאלה הבאה שיש לברר היא, האם הגבלת הגישה לאינטרנט פוגעת בחופש הביטוי? והאם פגיעה זאת אסורה? בחלק הסמוך אטען, כי גלישה היא פעילות החוסה תחת עקרון חופש הביטוי.

### ג. החופש לגלוש כנגזרת של חופש הביטוי

מה טיבה של הגלישה באינטרנט? האם אכן יש בה ערך הראוי להגנה משפטית-חוקתית? בחלק זה של הרשימה אני מבקש לטעון, כי הגלישה היא פעילות ביטויית יסודית הראויה לחסות תחת כנפי חופש הביטוי, על כל המשתמע מכך. הדברים בחלק זה עוסקים בחופש לגלוש, בכלל, ולא במגזר צר של "חופש לגלוש לאתרים פורנוגרפיים". בחלק הבא אתמקד בבעיה המסוימת של הפורנוגרפיה.

במה נתייחדה הגלישה באינטרנט מפעולות אחרות של רכישת מידע וידע?<sup>53</sup> הרי גם

- 
- ג' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח (2) 456 (להלן: בג"ץ דיין), שם הובחן בית-מגורים פרטי של איש-ציבור ממקום עבודתו לעניין היתר להפגין מול ביתו.
51. ראו: *Kreimer v. Bureau of Police* 958 F. 2d 1242, pp. 1255-1262 (1992), שאישר את חוקתיותה של מדיניות ספרייה אשר התכוונה להרחיק אדם חסר-בית שנהג לבלות בספרייה. בית-המשפט שם מצא, כי המדיניות מכוונת להסדיר התנהגות, איננה מבוססת על תוכן הביטוי וכל עוד היא משרתת מטרה רצויה באופן מידתי אין היא פוגעת בתיקון הראשון לחוקה.
52. כך נקבע בפרשת *Loudoun* (לעיל, הערה 27), 561-563. לביקורת פסק-הדין בנקודה זאת ראו: Mark S. Nadel, "The First Amendment's Limitations on the Use of Internet Filtering in Public and School Libraries: What Content Can Librarians Exclude?", 78 *Tex. L. Rev.* (2000) 1117, pp. 1135-1136. נאדל טוען, כי הפונקציה הרלבנטית של הספרייה היא זאת של בחירת תוכן ובפונקציה זאת אין מדובר בפורום ציבורי. עם זאת, כפי שמציין Junichi P. Semitsu, "Burning Cyberbooks in Public Libraries: Internet Filtering Software vs. The First Amendment", 52 *Stan. L. Rev.* (2000) 509, p. 535 עיקר החומר באינטרנט נגיש חינם ומשום-כך אין מעורבת כאן החלטה של ספרייה על רכישת תוכן.
53. להבחנה בין מידע לידע ראו: Neil Postman, *Building A Bridge to the 18th Century* (Alferd A. Knopf, New York, 1999), 93 "[k]nowledge [is] organized הכותב:

כאשר אנחנו קוראים עיתון או ספר, מאזינים לרדיו או צופים בטלביזיה, אנחנו רוכשים מידע. ההבדל הוא במרחב הבחירה שלנו באשר לתכנים שאנו נתשפים אליהם. אנחנו יכולים לבחור בין כמה עיתונים, ובתוך כל עיתון אנחנו יכולים לבחור איזה חלק נקרא, אבל תוכן המידע מוגבל על-ידי גוף אחד אשר בחר וערך בשבילנו את המידע. קריאת העיתון חורגת אפוא מקבלת מידע אובייקטיבי גולמי וקרובה יותר להעברת ידע. לעומת זאת, הגלישה ברשת מאפשרת לנו לקבוע את נתיב המידע, את עיבודו ואת עריכתו ועל-ידי כך לקבוע את משמעותו בעצמנו. אמנם, גם ברשת אנחנו מוגבלים לתוכנו של כל אתר, אבל היקף הבחירה בין אתרים, יכולתנו העצומה לנווט ביניהם (להבדיל מיכולתנו המוגבלת לקרוא את העיתון או לַפְּזֵף בין ערוצי הטלביזיה) והיותם של לפחות חלק מהאתרים אינטראקטיביים משנה את מהות הפעילות – הגלישה מגבירה את היצע המידע הזורם אלינו ומחזירה לידינו את הכוח להפוך אותו לידע בעצמנו. בסמוך אדון בקצרה במהותו של החופש לגלוש, אאבחן אותו מכללים משפטיים אחרים בדבר נגישות למידע ואקשור בין החופש הזה ובין ההצדקות הקלסיות של חופש הביטוי.

#### 1. מהות החופש לגלוש

מִן הַבְּחִינָה הַתִּיאורִטִית, הגלישה ברשת היא חופש, ולא דווקא זכות. משמעות הדבר היא, כי מדובר בחירות שלילית במונחיו של ישעיה ברלין: זהו החופש שלא יתערבו בפעילות, ובמיוחד שהמדינה לא תפריע לי לקיים את הפעילות שבחרתי בה. המדינה איננה חייבת לספק לאזרחיה גישה לרשת, לפחות במצב הדברים הטכנולוגי-חברתי הנוכחי.<sup>54</sup> החובה היחידה המוטלת על המדינה – וכל גוף ציבורי אחר – היא שלא להפריע לאדם לגלוש. התקנת תוכנת סינון במקום שמהות פעילותו היא ציבורית ועיקר ייעודו לספק גישה

---

information - that is embedded in some context; information that has a purpose, that leads one to seek further information in order to understand something about the world"

54. אם כי בתנאים מסוימים חובה כזאת עשויה להיגזר מזכויות אחרות כמו שוויון. כוונתי למצב שבו אפיק ההשתתפות האפקטיבי ביותר בחברה יהיה כרוך בגלישה ברשת. במצב כזה יהיה מקום לטיעון, שהמדינה חייבת לספק לאזרחים את הכלי הבסיסי להשתתפות שוויונית בחיים הפוליטיים. כל עוד ישנם אפיקים מקבילים להשתתפות פוליטית נראה לי, שאין להטיל על המדינה חובה כזאת. שאלת הזכות להשתתף בשיח הציבורי והחובה הנגזרת מכך ומוטלת על המדינה עולה גם בהקשר של הקניין הרוחני נוכח ההרחבה הנמשכת של זכויות קנייניות במידע. ככל שההגנה המשפטית על הקניין הרוחני מתעצמת, יכולת ההשתתפות בשיח מוגבלת יותר. לדיון ראו ניבה אלקין-קורן, "על כלל ועל 'נהלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט כה (תשס"א) 9, עמ' 33. אלקין-קורן סבורה, שהזכות ליטול חלק בשיח הציבורי היא זכות פוזיטיבית, כלומר: "זכות שכנגדה חובה להבטיח את מימוש הזכות". בהקשר הנידון כאן די להכיר בחופש לגלוש ולא בזכות לגלוש:

למידע, היא התערבות בחופש הגלישה.

בספרות ובפסיקה על חופש הביטוי מצויים כללים אחדים בדבר גישת אחרים למידע מסוגים שונים, וחשוב להבחין בין החופש לגלוש לכללים המוכרים.<sup>55</sup> ההבחנה תסייע לנו להבין את מהותו של החופש לגלוש ולעצב את כלליו הפרטניים בהתאם לכך. החופש לגלוש איננו דומה לשאלת הגישה לאמצעי התקשורת האלקטרוניים בנוסח דוקטרינת ההגינות, אין מדובר בחובת המדינה למסור לאזרחיה מידע מסוים ואין מדובר רק בזריאציה של "זכות הציבור לדעת".

דוקטרינת ההגינות מטילה חובה על כלי התקשורת האלקטרוניים לאפשר זכות תגובה לאזרח שהותקף באותו כלי תקשורת, ויותר מכך: הדוקטרינה מטילה חובה על כלי התקשורת להשמיע מגוון של דעות.<sup>56</sup> בית המשפט העליון השתית את הדוקטרינה על רציונל ציבורי – הרצון לעודד את זרימת המידע מהציבור ואליו.<sup>57</sup> רציונל זה מניח תפיסה מסוימת של המשטר הדמוקרטי, היא התפיסה של שלטון עצמי. על-פי הגינה, כדי שהאזרחים יוכלו לשלוט בגורלם ולקבל החלטות מושכלות – ולא שליט או קבוצה בלתי נבחרת – עליהם להיחשף למידע.<sup>58</sup> לכאן מצטרף האינטרס של בקרה על הגוף המשדר – למנוע אפלייתו של דעה אחת לעומת אחרת.<sup>59</sup> הקושי המרכזי המתעורר באשר לדוקטרינת ההגינות הוא, שהיא כרוכה בהתערבות בשיקולי הדעת של הגוף המשדר ומשום כן היא פוגעת בחופש הביטוי של אותו גוף.<sup>60</sup>

החופש לגלוש שונה מדוקטרינת ההגינות במצב העובדתי ובבסיס העיוני שלו שאדון בו בסמוך. להבדיל מדוקטרינת ההגינות, החופש לגלוש אינו מטיל חובה על הספרייה לספק גישה לאינטרנט, אולם אם הספרייה בוחרת לאפשר למבקריה גישה כזאת, אסור לה להתערב במתווה גלישתם. הספרייה, להבדיל מכלי התקשורת, איננה דובר. היא איננה

55. על חופש הביטוי באינטרנט בהשוואה למגבלות הקיימות באשר לכלי תקשורת אחרים ראו יובל קרניאל, "חופש הביטוי באינטרנט", עלי משפט א (תש"ס) 163, ובמיוחד עמ' 178-181, 188.

56. ראו, למשל, סעיף 4 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ס"ח 106, הקובע כי "הרשות תבטיח כי בשידורים יינתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור ותשודר אינפורמציה מהימנה". ראו גם סעיף 5(בא) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990, ס"ח 59.

57. ראו בג"ץ 1/81 שירן ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (3) 365, עמ' 378; בג"ץ כהן (לעיל, הערה 50), 543.

58. ראו, להלן, ליד הערה 69 ואילך.

59. בג"ץ כהן (לעיל, הערה 50).

60. על הגוף המשדר כדובר ראו, למשל, בג"ץ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא (3) 255. טעם זה – התערבות בחופש הביטוי של כלי התקשורת – היא אחד הגורמים שהובילו לביטולה של הדוקטרינה בארצות הברית. ראו: 1985 FCC Fairness Doctrine Report, 102 F.C.C. 2d 142, 1985 Lexis 2733 וכן *Syracuse Peace Council v. FCC* 867 F. 2d 654 (1989).

ספקית תוכן, אלא ספקית גישה.<sup>61</sup> משום-כך התערבות בשיקול-דעתה אינו פוגע בחופש הביטוי שלה ולכן אין קושי בכך שבית-משפט יבחן את חוקיות מדיניותה של הספרייה ויכפיף אותה לעקרונות תוקתיים. ספרייה שונה מכלי-התקשורת במובן נוסף: כלי-התקשורת הוא "במה" שעליה מתנהל הדיון הציבורי, כאשר דוקטרינת ההגינות מתירה לאנשים מסוימים בקהל לגשת לבמה, להתייצב בפני שאר הנוכחים/משתתפים ולהשמיע את דברם. הספרייה, במיטפורה התיאטרלית, היא בסך-הכול אחד הפרוודורים אל האולם. הגם שזהו תפקיד משני, הריהו חוליה חשובה בשרשרת הביטוי הפוליטי ודי בחוליה חלשה אחת כדי לפגום בעוצמתה של השרשרת כולה. החופש לגלוש הוא הזכות לעבור במעבר, להיכנס לזירת השיח הציבורי ולשמוע את שמתרחש בו. בלי הגישה הבסיסית הזאת אין טעם לדבר על "עלייה לבמה".

החופש לגלוש שונה גם מענף אחר של חופש הביטוי, הוא הענף של גישה למידע הנמצא בידי המדינה ורשויותיה. חוק חופש המידע שנחקק לפני שנים ספורות מסדיר גישה למידע כזה ובכך כונן את "מהפכת השקיפות".<sup>62</sup> ענף זה מוצרק על-ידי פנייה למושכלות-יסוד דמוקרטיות: השלטון הוא נאמן הציבור וחייב לו דין-וחשבון על התנהלותו. החוק מכוון להגברת זרימתו של המידע בין הציבור לשלטון ומתמקד בהסרת הסכרים המגבילים את שטף המידע בצד הקרוב לשלטון. האינטרס הציבורי הזה מנוסח פעמים רבות כ"זכות הציבור לדעת".<sup>63</sup> ניסוח האינטרס כזכות מעמיד את הציבור מול המדינה ומפקיד בידי הציבור כלי-בקרה רב-עוצמה כנגדה.<sup>64</sup> במלים אחרות: שוב מדובר בביטוי לרעיון של שלטון עצמי. החופש לגלוש רחב מזכות הציבור לדעת. הוא רחב משום שכפי שנראה מיד, הוא איננו מושתת רק על הרעיון של שלטון עצמי, אלא על אדנים נוספים של עקרון חופש הביטוי. הוא רחב יותר גם משום שעניינו כל סוג של מידע, ולא רק מידע שחובר על-ידי השלטון או נמצא בידיו. יתירה מזאת: החופש לגלוש עניינו מידע שכבר נמצא במקום פומבי, בעוד שהזכות לדעת היא באשר למידע חסוי ועומדת על חשיפתו.

## 2. הבסיס העיוני של החופש לגלוש

את החופש לגלוש אפשר להשתית על כמה יסודות עיוניים באשר לחופש הביטוי. מדובר הן בהצדקות האינסטרומנטליות הרואות בחופש הביטוי אמצעי לקדם מטרה, בדרך-כלל

61. טעם זה עמד בבסיס החלטה של בית-משפט בקליפורניה שלא להטיל אחריות נזיקית על ספרייה שנתבעה בשל אי-סינון תכנים פורנוגרפיים. ראו: *Kathleen R. v. City of*

*Livermore* 104 Cal. Rptr. 2d 772, p. 777 (Cal. App. 1 Dist., 2001).

62. ראו חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998; ודיון אצל זאב סגל, הזכות לדעת באור חוק חופש המידע (תש"ס), 120.

63. ראו, למשל, בג"ץ 1514/01 י. גור אריה ואח' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ואח', פ"ד נה (4) 267, עמ' 274; בש"פ 2794/00 אלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (3) 363, עמ' 368-369.

64. יצוין, כי הביטוי "זכות הציבור לדעת" אינו מתיישב עם שיח הזכויות הליברלי, המכיר רק בזכויות של פרטים ולא של קבוצות. להבחנה זאת ראו: Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge University Press, Mass., 1985), 76.

מטרה של הציבור כולו, והן בהצדקות הרואות בחופש הביטוי תכלית בפני עצמה. מטרתן של הפסקאות הסמוכות מצומצמת – להצביע על התשתית העיונית של החופש לגלוש.<sup>65</sup>

#### (א) חקר האמת ושוק דעות

אחת ההצדקות המקובלות לחופש הביטוי היא זאת של חקר האמת.<sup>66</sup> השאיפה לגילוייה של אמת (וכמובן שישנה כאן הנחה כי קיימת אמת כזאת, הניתנת לגילוי) מכתיבה את קיומו של "שוק דעות" תוסס ועשיר ככל האפשר.<sup>67</sup> ההנחה היא כי בשוק כזה יתחרו דעות שונות זו מול זו, כך שהשקר ייחשף בריקנותו והאמת תנצח. תיאור זה של חקר האמת ושוק הדעות מבקש להשאיר את המדינה מחוץ לשוק, לפחות ככל שאין בתהליך כשלים ברורים, כמו, למשל, חסמים מפני הכניסה לשוק. הציווי של ההצדקה הוא – מחמת אי-האמונה בכוונה של המדינה להבחין בין טוב לרע, בין אמת לשקר – שאין למנוע שום דעה מלהיכנס לשוק. בענייננו, חופש הביטוי הוא של יוצרי התוכן – קרי: בעלי האתרים – המשתתפים בשיחות צ'אט ומשתמשי יישומים אחרים. באופן מסורתי, הדגש של הצדקה זאת הוא על הדוברים ודעותיהם, ופחות על השומעים. אלא שחסימת הגישה של השומעים אל הנאמר בשוק פוגעת בחופש הביטוי בשני מובנים: האחד הוא שהדוברים נפגעים, בהיעדר קהל, אין טעם בביטוי, שכן ביטוי מטבעו הוא פעולה חברתית המהייבת קהל. חסימת הגולשים מותירה את הדובר לבדו. השני, והמשך לפגיעה בדוברים, הוא שמטרתו של שוק הדעות תסוכל. אין ערך ציבורי לשיח המתקיים בחדר אטום. גם אם הדוברים באים על סיפוקם, הרי כאשר איש אינו שומע את הדברים אי-אפשר לשפוט את הדעות ולהבחין בין טוב לרע. גם אם האמת תנצח, איש לא ידע על כך.<sup>68</sup>

בהיותן שער לידע, הספריות משרתות אותן מטרות שעקרונן חופש הביטוי מבקש להשיג – הן ביטוי מוחשי לשוק הדעות הווירטואלי ומשום-כך מסייעות בבירור האמת. גלישה היא מקור מידע, וזה בתורו הוא בסיס לידע. מידע וידע הם תשתית לקבלת החלטות אישיות, מקצועיות ופוליטיות. משום-כך הספריות ממלאות תפקיד חברתי חשוב במשטר הדמוקרטי – הן מקום שבו האורחים המעוניינים בכך יכולים להצטייד בחומרי-הגלם הדרושים להם לשם קבלת החלטה מושכלת. במלים אחרות: החופש לגלוש הוא נגזרת של חופש הביטוי שנועד לאפשר את הביטוי בסביבה הדיגיטלית. די בניסוח זה של ההצדקה כדי לגזור את חובת המדינה (וכל רשות הכפופה לנורמות חוקתיות) שלא להגביל את

65. לדיון בהצדקות של חופש הביטוי ראו אילנה דיין-אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377; גיא פסח, "הבסיס העיוני של עקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות", משפטים לא (תשס"א) 895; Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge University Press, N.Y., 1982); Kent Greenawalt, *Speech, Crime and The Uses of Language* (Oxford University Press, New York, 1989), 9-40.

66. Mill (לעיל, הערה 12).

67. ראו פרשת Abrams (לעיל, הערה 13).

68. דיין-אורבך כותבת כי מידע הוא "חומר הגלם של הדיון הפוליטי" (לעיל, הערה 65), 407.

גישתם של אלה המבקשים להאזין לשיח הציבורי ולהשתתף בו; שהרי כדי להשתתף השתתפות אפקטיבית בשיח הציבורי נדרשת גישה אליו ואל תכניו. גישה חלקית תוביל להשתתפות חלקית ולשיח של חרשים, אך לא לשיח של אורחים.

## (ב) שלטון עצמי

הצדקה אינסטרומנטלית נוספת של חופש הביטוי, הרואה בו אמצעי להשגת מטרה, היא השקפתו של אלכסנדר מייקלג'ון.<sup>69</sup> בעיניו, חופש הביטוי הוא אמצעי שנועד לקדם את הדמוקרטיה. לעמדה בסיסית זאת שותפים רבים, גם כיום, למעלה מיוכל לאחר שנוסחה, אלא שהם נחלקים בתפיסתם את מהות הדמוקרטיה. מייקלג'ון עצמו הסתפק בתפיסה שהיום תיחשב צרה למדי: שלטון עצמי של האזרחים. הכוונה היא בשלטון העם, להבדיל משלטון על-ידי מונרך, גוף דתי או מעמד אצולה כלשהו. חופש הביטוי משרת את השלטון העצמי בכך שהוא מאפשר זרימת מידע דו-סטרית בין האזרחים ובין השלטון. אלה יודעים מה מתרחש בשלטון וכך יכולים לבקר אותו, לקבל החלטות מושכלות, ובעיקר – לבחור את נציגיו; ופקידי השלטון מצדם יכולים להאזין לצורכי הציבור ולמלאם, שהרי הם נאמני הציבור. תפיסה זאת מגנה בראש-זבראשונה על ביטוי פוליטי, אך מציעה הגדרה רחבה לביטוי הפוליטי: כל דבר היכול לסייע לגיבוש עמדות פוליטיות.<sup>70</sup> הדגש הוא אפוא על כוחו של הביטוי.

הבסיס העיוני הוזה שימש את בית-המשפט העליון בארצות-הברית במקרה שבו נבחנה סמכותה של ספרייה להסיר מהמדפים כמה ספרים שתוכנם עורר את זעמם של כמה הורים.<sup>71</sup> בין השאר דובר בספרים מאת ברנרד מלמוד, קורט ונגוט ודומונד מוריס. בית-המשפט פסל את הרחקת הספרים כלא-חוקתית, אולם בלי דעת רוב ברורה. הדעה העיקרית (plurality) מפי השופט ברנן ביססה את ההחלטה על זכותם של הקוראים לקבל מידע בספרייה ("the right to receive ideas") – זכות שבוססה בתורה הן על זכות הדוברים שביטויים יגיע לקהל הן על זכותם של מבקרי הספרייה להשתתף בהליך הדמוקרטי. לעניין זה הפנה ברנן במפורש לכתביו של מייקלג'ון.<sup>72</sup> האם יש להכיר בזכות לקבל מידע? ומה יישומה לעניין הגלישה לאינטרנט? הניסוח של השופט ברנן מעורר קשיים תיאורטיים סבוכים, שכן הכרה ב"זכות" לקבל מידע מטילה

69. Alexander Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (Kennikat Press, N.Y., 1948), reprinted in *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* (New York, 1965).

70. ראו: Alexander Meiklejohn, "The First Amendment is an Absolute", *Sup. Ct. Rev.* 245 (1961); Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 *Ind. L.J.* (1971) 1.

71. ראו: *Board of Education v. Pico* 457 U.S. 853 (1982) (להלן: פרשת *Pico*).

72. פסק-דין *Pico*, שם, 868-866. עמדה זאת נתקלה בהתנגדות חריפה של המיעוט. ראו פסק-הדין הנ"ל, דעת השופט Burger, 889-890; דעת השופט Powell, 895; דעת השופט Rehnquist, 910-913.

חובה על אחרים לספקו. כאשר הזכות מופנית כנגד המדינה אין בכך קושי, וחובת המדינה מגולמת בחוק חופש המידע. אולם כאשר יוצרי התוכן הם פרטים, מובן כי אי-אפשר לכפות עליהם לספק מידע, ובעייתי לומר שהמדינה חייבת להתערב לשם כך. לפיכך נראה לי מדויק יותר לגזור מתוך חופש הביטוי את חופש הגלישה שמשמעו כי למעוניינים תהיה זכות גישה למידע נגיש וזמין.<sup>73</sup> חופש כזה איננו מטיל חובה לספק גישה או לספק את המידע, אלא רק את החובה החשובה שלא להפריע לגישה רצונית לתכנים וזמינים. הגלישה באינטרנט מאפשרת לאזרחים את הנגישות למידע הזה – מידע הנצבר ממקורות מגוונים מאפשר לאזרחים לקבל החלטה פוליטית מושכלת יותר. התערבות של המדינה בקביעת התכנים שהאזרח יכול לגשת אליהם, בין בהסדרה ציבורית ישירה בין בהסדרה טכנולוגית (שהיא, כאמור בחלק הראשון, שקולה להסדרה ציבורית עקיפה), פטולה. הגבלת הגישה תביא לכך, שלגולשים בספריות תהיה תשתית מידע חלקית ומוטה לדיון פוליטי, היכולה להניב לכל היותר החלטות חלקיות ומוטות.

### (ג) דמוקרטיה השתתפותית

תפיסות עכשוויות מציעות הבנה עשירה ורחבה יותר של מהות הדמוקרטיה. דמוקרטיה איננה רק שלטון עצמי של העם, אלא השתתפות בחיים הפוליטיים (במובן הרחב).<sup>74</sup> ההנחה היא כי ההתמקדות באקט הבחירות, שהוא ביטוי מובהק לתפיסה רובנית של הדמוקרטיה, מחמיצה שני גורמים חשובים: ראשית, אפשרות המיעוט לביטוי ממשי נפגעת; שנית, השלטון העצמי אינו מתמצה רק באקט הבחירות. גם מה שקורה בין בחירות לבחירות חשוב, והדבר שמתרחש בתקופות הביניים הממושכות הוא השית הציבורי. כל אחת מההשקפות השונות של דמוקרטיה השתתפותית מדגישות היבט אחר.<sup>75</sup> לענייננו חשובה התפיסה המדגישה את מרכיב השוויון: אין טעם בהשתתפות בהברה כאשר נקודת-המוצא של המשתתפים איננה שוויונית. מכאן, למשל, התביעה (הליברלית דווקא) להגביל מימון בחירות ומפלגות כדי להשוות את כוחם הפוליטי של העשירים-פחות לכוהם של העשירים-יותר.<sup>76</sup> להבדיל מהתפיסה המייקלג'ונית, התפיסה ההשתתפותית מדגישה את הדוברים, ופחות את תוכן הביטוי שלהם. ההנחה היא, כי הרחבת מעגל המשתתפים

73. נגישותו של המידע עשויה להיות מוגבלת על-ידי יוצר המידע מכוח דיני זכויות יוצרים והגנות נספחות, כמו עוולה של עשיית עושר שלא במשפט או נטילה שלא כדין (misappropriation).

74. ראוי: Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (New York, 1995) 18; Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (2<sup>nd</sup> ed., Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996), 3 (לעיל, הערה 65), 404-395.

75. ראוי דין-אורבך, שם. כמו-כן ראוי: Niva Elkin-Koren, "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace", 14 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 215 (1996) (בעקבות יורגן האברמס; או, למשל, Dworkin (לעיל, הערה 15).

76. Dworkin, שם.

תשפר את איכות השיח, ההתייחסות השוויונית אל הדוברים מחייבת שלא למנוע השתתפות מאף אורח המעוניין בכך בשל תוכן הביטוי שהוא מבקש להביע. הציווי הנגזר מתפיסה זאת לעניין הגלישה בספריות הציבוריות ברור: צריכת מידע היא הבסיס להשתתפות בשיח הציבורי. השתתפות מקיפה לא רק את הדובר האקטיבי, אלא גם את המאזין/הקורא הפסיבי. משום־כך יש לאפשר את מירב הגישה לכל מרכיב של השיח הציבורי, ושיח זה מתנהל כיום גם במרחבי הרשת. מרכיב השוויון חשוב במיוחד. לשעריהן הפתוחים של הספריות חשיבות רבה בתקופה של פערים כלכליים וחברתיים גדלים. רבים אינם זקוקים לשירותי הספרייה, שכן הם רוכשים את המידע הדרוש להם ממקורות אחרים – שידורי טלביזיה, קניית ספרות, עיתונים וכתבי־עת או חיבור ביתי לאינטרנט. אולם לא כל אדם יכול להרשות לעצמו את עלותם של מקורות המידע האלה. כך נוצר פער דיגיטלי – הפער הוא כלכלי, חברתי ופוליטי.<sup>77</sup> שיח שהמשתתפים שבו הם רק בעלי הממון הוא שיח חלקי, המובנה באופן המדיר פלחים שלמים של האוכלוסייה. הספרייה היא פתח לצמצם את הפער הכלכלי ולהרחיב את האפשרות להשתתף בחיים הפוליטיים באופן שוויוני.<sup>78</sup> ברוב המקרים הגלישה בספריות ובמוסדות־ציבור אחרים חופשית לחלוטין או כרוכה בעלות נמוכה מאוד.<sup>79</sup> גלישה חופשית מאפשרת לאלה מבינינו שגורלם הכלכלי לא שפר עליהם להשתתף בכל־זאת בשיח הציבורי. הספריות הציבוריות מציעות חלון להשתתפות עבור אלה הנמצאים בקצה התחתון של הקשת הדיגיטלית ומניחות גשר מעבר לפער הדיגיטלי. סינון תכנים בספריות פוגע באפשרות הזאת. הגולש בספרייה נחשף לפחות תכנים מאשר הגולש הביתי בעל האמצעים, ויכולתו להשתתף בשיח הציבורי פגועה. התפיסה ההשתתפותית תומכת אפוא בהכרה בחופש לגלוש.

#### (ד) מימוש עצמי

הצדקה מקובלת נוספת של חופש הביטוי רואה בו ערך בפני עצמו ולא רק אמצעי להשגת מטרות וערכים אחרים. הצדקה זאת מתמקדת בהשפעת הביטוי על הדוברים: הביטוי הוא

77. על הפער הדיגיטלי ראו, למשל: *Falling Through the Net: Toward Digital Inclusion - A Report on Americans' Access to Technology Tools* (US Department of Commerce, 2000) - נמצא ב- <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/ftn00/contents00.html>. ראו גם: Cees J. Hamelink, *The Ethics of Cyberspace* (2<sup>nd</sup> ed., Sage Publications, London, 2002), 87-88.

78. בבג"ץ מרכז השלטון המקומי (לעיל, הערה 45) נידונה שאלת שיעור ההשתתפות של אוצר המדינה בתיקצוב הספריות הציבוריות. השופטים הדגישו את החשיבות שבפתיחות הספרייה לציבור הרחב, על בסיס של שוויון מלא של הזדמנויות. ראו שם, פסקה 4 לפסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה.

79. בספריות בארץ שבהן ישנה גישה לאינטרנט נגבה סכום של בין ארבעה שקלים (בראשון־לציון) לעשרה שקלים (בספריית בית אריאלה בתל־אביב) לשעת גלישה. יש לקוות שמחיר זה ייפחת על־ידי סבסוד ממשלתי או שיתוף־פעולה בין ספקיות הגישה לאינטרנט.

אמצעי למימוש עצמי, להגשמת ה"אני" של האדם.<sup>80</sup> כל התערבות חיצונית בביטוי, ובעיקר התערבות שמקורה במדינה, מביעה אי-אמון ביכולת הבחירה של האדם. היא מתערבת בחירותו – באוטונומיה שלו – להחליט בעצמו עבור עצמו ובכך משפילה אותו ומקשה על יכולתו למימוש עצמי, או אפילו מסכלת אותה.<sup>81</sup> הצדקה זאת נובעת אפוא מחירותו של האדם. משום-כך הגיונה מביא גם למסקנה כי אין מקום להתערבות המדינה בתכנים שהאזרח נחשף אליהם. הגבלת יכולת הגלישה של האזרח על-ידי חסימת תכנים מסוימים מפקיעה את שיקול-דעתו ממנו, חודרת לתוך מרחב האוטונומיה שלו ומונעת ממנו להתפתח באופן עצמאי.

#### ד. החופש לגלוש מול אינטרסים אחרים

הדיון עד כה העלה שראוי להכיר בחופש לגלוש, שמשמעותו היא הכרה בזכות הגישה של גולשים בספריות ובמקומות אחרים הכפופים למשפט החוקתי לתכנים נגישים המצויים באינטרנט. החופש מושתת על הבסיס העיוני של חופש הביטוי והוא נגזרת ערכית-משפטית שלו. אך חופש הביטוי אינו בן יחיד בזירת הערכים בחברה ומולו ניצבים אינטרסים אחרים המבקשים להגבילו. לענייננו האינטרס הרלבנטי הוא ההגנה על ילדים מפני השפעותיה המזיקות של פורנוגרפיה. לצורך הדיון כאן אני מניח כי האינטרס הזה מושתת על בסיס אמפירי ראוי ואם כך, אין ספק שזהו אינטרס "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה".<sup>82</sup>

המתודולוגיה המקובלת במשפט הישראלי להכרעה במצבים מעין אלה פונה לשפת האיזונים שפיתח בית-המשפט.<sup>83</sup> האיזון המקובל באשר לחופש הביטוי ממקם אותו בדרך-כלל במסגרת של איזון אנכי, בזכות הנסוגה מפני אינטרסים נוגדים רק כאשר ישנה ודאות קרובה לפגיעה קשה וממשית באינטרס הנוגד. כיום, לאחר התרתשותה של המהפכה החוקתית, יש לקרוא את חופש הביטוי לתוך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואת המתודולוגיה הקודמת – של שפת האיזונים – יש לקרוא לתוך המסגרת המובנית בחוק-היסוד, זאת של פסקת ההגבלה.<sup>84</sup> בעמודים הסמוכים אני מבקש להתוות את המסגרת הכללית של דרך ההכרעה הראויה בעיני, מבלי להיכנס לפרטים הדוקטרינריים. עם זאת, אעיר כמה הערות על שיקולים ייחודיים המתעוררים בסוגיית הגלישה בספריות.

80. Martin H. Redish, "The Value of Free Speech", 130 *U. Pa. L. Rev.* (1982) 591;

David A. J. Richards, "Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment", 123 *U. Pa. L. Rev.* (1974) 45

81. C. Edwin Baker, "Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and 'Reidsh's The Value of Free Speech'", 130 *U. Pa. L. Rev.* (1982) 646

82. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

83. לדיון ולביקורת על המתודולוגיה ראו מיכאל ד' בירנהק, "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות", מחקרי משפט יט (תשס"ג) 591.

84. כמה שופטים העירו בהערות-אגב, כי יש לקרוא את חופש הביטוי לתוך חוק היסוד, ואני שותף לעמדה זאת. ראו, למשל, בג"ץ דיין (לעיל, הערה 150), 468 רע"ב 4409/94 גולן נ' שותף לעמדה זאת.

## 1. הפגיעה בחופש הביטוי

לאחר שהובהר, כי ההסדרה הטכנולוגית איננה יכולה לפטור את הספרייה (או כל גוף אחר שפעילותו כפופה לנורמות מן המשפט הציבורי) ממחויבותה לחופש הביטוי, ולאחר שראינו כי החופש לגלוש נגזר מתוך חופש הביטוי – יש לברר מהי בעצם הפגיעה בחופש הביטוי. האם הגבלת גישה לתכנים פורנוגרפיים היא פגיעה כזאת? השאלה נחלקת לכמה שאלות-משנה: האחת, האם פורנוגרפיה בכלל ראויה להגנת חופש הביטוי? השנייה, האם יש מקום להבחין בין ילדים למבוגרים בעניין זה? ושאלה שלישית, מהו למעשה טיבה של פעולת הסינון?

לא אדון כאן בשאלה הראשונה, שכן גם אם אנחנו מקבלים שפורנוגרפיה איננה "מכוסה" על-ידי חופש הביטוי ומשום-כך הסדרתה – איסור הפורנוגרפיה, הגבלת הפצתה והגישה אליה – איננה מעוררת שאלה חוקתית, הרי עולה שאלת ההגדרה: כיצד נגדיר מהי פורנוגרפיה?<sup>85</sup> במקרים רבים התחום שבין פורנוגרפיה לאמנות או תחומים אחרים הוא אפור. לבד משאלת ההבחנה בין מותר לאסור ובעיית "האפקט המצנן" של עמימות ההבחנה, עולה בעיית זהותו של הגורם המגדיר. הקריטריונים החסויים של חברות-התוכנה, שבמקרים רבים מוטים מסחרית ונוטים לסטנדרט מוסרי אמריקני, ולא דווקא ישראלי, ובתוספת הבעיה הכפולה של סינון-ייתר ותת-סינון בוזמנית המאפיינת את רוב המוצרים בשוק הסינון כיום – כל אלה "מבטיחים" לנו כי יש לפחות תחום של ביטוי מוגן אשר נפגע. מובן, שעבור אלה הסבורים כי פורנוגרפיה ראויה להגנה, ובמיוחד כאשר מדובר בביטוי רצוני בין מבוגרים, היקף הפגיעה גדול בהרבה.

ההבחנה בין הגבלת הביטוי והגלישה של ילדים ובין זו של מבוגרים היא אינטואיטיבית והתקבלה בפסיקה בשורת מקרים שבהם האינטרס הציבורי בא להגן על ילדים מפני פורנוגרפיה.<sup>86</sup> משום-כך אפשר להגביל את חופש הביטוי של ילדים (ובהתאם לכך את חופש הגלישה שלהם), אך אסור להגביל ביטוי של מבוגרים (בכפיפות להגבלה הצולחת את המבחנים החוקתיים ועל כן אדון בסמוך). אלא שהנסיבות העובדתיות של רוב

שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, עמ' 156. הטענה שפסקת ההגבלה שואבת לתוכה את המיתודולוגיה הקודמת של נוסחאות האיזון למיניהן מצריכה דיון נפרד.

85. כאמור, בארצות-הברית מקובלת ההבחנה בין obscenity ובין ביטוי שהוא indecent. התחום הראשון איננו מוגן על-ידי חופש הביטוי, והשני מוגן. ייתכן שגם במשפט הישראלי תעלה השאלה בדבר ההבחנה בין פורנוגרפיה לשאינו כזה נוכח התיקון האחרון לחוק הבזק, האוסר על שידור ערוצי מין בכבלים. סעיף 6(א2) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, ס"ח 218, מגדיר לאחר תיקונו כך: "משדרי מין – מישדרים שהלק מהותי מתוכם כולל תכנים העוסקים במין בדרך של הצגת יחסים מיניים או בדרך של הצגת מעשים המיועדים לעורר גידוי מיני או שיש בהם ביזוי או השפלה מיניים או שהם מציגים אדם כחפץ זמין לשימוש מיני או כנתון להתעללות גופנית או מינית".

86. ראו, למשל: *Sabel Communications of California, Inc. v. FCC* 492 U.S. 115 (1989), S. Ct. 109, שם מצא בית-המשפט כי הגבלות שהוטלו על שירות שיחות טלפון ארוטיות אינן חוקתיות; ופרשת *ACLU* (לעיל, הערה 10).

הטכנולוגיות הקיימות כיום היא, שהן משמשות ברוזמנית הן מבוגרים הן ילדים. כך, למשל, העברה רצונית של "תכנים" בעלי אופי מיני בין מבוגרים, בשידורי טלביזיה ורדיו שיכולים לצפות בהם גם ילדים וגם מבוגרים, וכמובן עצם הגישה לרשת האינטרנט, שבה תכנים פורנוגרפיים רבים. הטלת מגבלות על חופש הביטוי והגלישה לשם ההגנה על הילדים במצבים כאלה גוררת מיד גם פגיעה בביטוי של המבוגרים. למעשה, משמעותה של הסדרה כזאת היא צמצום היקף הביטוי של מבוגרים לנורמה המותאמת לילדים. משום כך נפסלו בארצות הברית בעקיבות הגבלות מעין אלה.<sup>87</sup> אצלנו המסגרת להבחנה בין הגבלות שנועדו למטרה רצויה (הגנה על ילדים) ובין התוצאות הלא-רצויות (הגבלת ביטוי של מבוגרים) תמצא את מקומה במסגרת שאלת המידתיות.

עניין נוסף הוא בירור טיב הפעולה שבה מדובר. גיהול ספרייה כרוך בהפעלה מתמדת של שיקול-דעת, שכן משאביה של הספרייה – תקציבה וקיבולתה – מוגבלים. אחת ההחלטות המרכזיות של ספרנים היא מה לרכוש ומה לא. כאן הבסיס להחלטה צריך להיגזר מאופי הספרייה (ספרייה המתמחה בביולוגיה לא תרכוש ספרי משפט), מהביקוש לספרות חדשה וכן מאיכות הספרים הנרכשים. אלה החלטות המבוססות על תוכן הביטוי, אם כי הן אמורות להיות החלטות "ענייניות". עם זאת, ברור שקל להסוות בחירה לא עניינית בנימוקים הנראים כשרים. ספרייה נאלצת לעתים לקבל גם החלטות על פינוי ספרים מתחומה. לעתים הטעם לכך הוא "אובייקטיבי" – בלאי טבעי, התיישנות ספר מחמת פרסום מהדורה עדכנית שלו וכדומה. אולם כאשר הטעם מבוסס על התוכן, ולא במצב שבו מגלה הספרן בספרייה הביולוגיה כי נשתרבב למדף ספר משפטי, ההחלטה לפנות ספר היא "חשודה". היא מעוררת ספק ניכר שפינוי הספר בא ממניעים זרים.<sup>88</sup> משום כך

87. ראו פרשת *ACLU*, שם, 874, שם נקבע כי הגבלות על חופש הביטוי באינטרנט שנועדו להגן על ילדים מפני השיפה לפורנוגרפיה פסולות משום פגיעתן בביטוי של מבוגרים. בפסק-דין *U.S. v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, S. Ct. 1878 (2000) פסל בית-המשפט הוראת חוק שהטילה מגבלות על שידורי מין בטלביזיה בכבלים, בין השאר מהטעם שהגבלות, אשר נועדו להגן על ילדים, פוגעות בביטוי מוגן של מבוגרים. ראו דברי השופט *Kennedy*, 812, והשוו לדעת המיעוט של השופט *Breyer*, 838. דובר בהוראה שהתנתה את השידורים המוצפנים בחסימה מוחלטת ובמניעת "זליגה", כלומר: מניעת היכולת לראות תמונה בלא קול או לשמוע קול בלא תמונה גם בלי להזמין את הצפייה בסרט. מעניין כי בהצעת חוק הספריות הציבוריות, ה"ח 158 (תשל"ב), נכלל סעיף שהסמיך את השר הממונה על ביצוע החוק להתקין תקנות, בין השאר "בדבר רכישת ספרים עבריים מקוריים". ראו סעיף 49 (להצעה הנ"ל). סעיף זה נועד לאפשר הרחקת ספרים "מוזיקים" – כדבריו של חבר-הכנסת משה צבי גריה (מפד"ל) בדיון בכנסת. הוא פירט: "ספרי המסיון, ספרי הסתה, ספרים הפוגעים בכבוד המדינה ואישיה, ספרות תועבה". ראו ד"כ 62 (תשל"ב) 1138. כן ראו דברים דומים של חבר-הכנסת שלמה יעקב גרוס, שם, 1140-1141. והשוו לעמדתו של חבר-הכנסת יצחק קלינגהופר (גח"ל), שם, 1049. בנוסח שהתקבל בסופו של דבר מוסמך השר להתקין תקנות באשר ל"עירוד רכישת ספרים המתפרסמים בישראל" (סעיף 9 (4) לחוק הספריות הציבוריות, תשל"ה-1975), ס"ח 230.

מקובלת ההבחנה בין החלטה על רכישת ספר ובין ההחלטה על פיגוי ספר. בדרך-כלל תיהנה ההחלטה הראשונה מהגנה רחבה-יחסית לעומת ההלטה מהסוג השני.<sup>89</sup> סיגון תכנים באינטרנט דומה להחלטה על הסרת ספר מהמדפים. אמנם, ישנם מאגרי מידע המצויים ברשת שהגישה אליהם כרוכה בתשלום (כך, למשל, מאגרי מידע משפטיים, המוכרים לציבור עורכי-דין). החלטה על רישום אליהם כרוכה בתשלום ודומה אפוא להחלטה על רכישה. אולם רוב התכנים באינטרנט זמינים ונגישים חינם. התקנת תוכנת סיגון מגבילה את הגישה אליהם – הגבלה שתוצאתה דומה להרתקת ספר מן הספרייה. משהתברר כי מצד אחד, חופש הביטוי נפגע, ומהצד האחר, שהאינטרס שמבקשים לקדם ראוי, עולה שאלת האמצעי הננקט: האם הוא עומד בדרישות הפורמליות והמהותיות של פסקת ההגבלה?

## 2. צורת הפגיעה בחופש הביטוי ובחופש לגלוש, ומידתיותה

הדרישה הראשונה המופיעה בפסקת ההגבלה היא, כי הפגיעה בזכות צריכה להיות "בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".<sup>90</sup> ככל שמדובר בספרייה ציבורית שהוכרה על-פי החוק ככזאת, הרי נראה שמדיניות סיגון שלה צריכה להיפסל. חוק הספריות הציבוריות אינו כולל הסמכה ישירה לספריות לעניין כלשהו ועוסק בעיקר בשאלת המימון של הקמת הספריות ופעולתן. החוק תוקן בתשס"ב וכעת סעיף 1א קובע את מטרתו ("להסדיר את פעולתן של הספריות הציבוריות לטובת הציבור, במטרה לקדם את החינוך והתרבות בישראל..."), וכן נקבע, כי ספרייה ציבורית תספק שירותים "לרבות שירותים המאפשרים גישה לידע ומידע".<sup>91</sup> ההסמכה לספריות אינה כוללת הגבלת מידע או הגבלת גישה למידע, אלא להיפך: היא מכוונת להגברת המידע. החלטה של ספרייה ציבורית לקבוע מדיניות של התקנת תוכנות סיגון אינה עומדת בתנאי החוקתית.<sup>92</sup>

89. ההבחנה נקבעה בפרשת *Pico* (לעיל, הערה 71), 871, 872. ליישומה לעניין תוכנות הסיגון

ראו גם *Semitsu* (לעיל, הערה 52), 526.

90. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

91. ראו סעיף 6 לחוק, כפי שתוקן בתשס"ב.

92. בית-המשפט פירש את התנאי באופן דווקני (כהקשר לחופש העיסוק, אולם נראה כי הדברים מתאימים גם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). ראו בג"ץ 5936/97 לם ואח' נ' מנכ"ל משרד החינוך ואח', פ"ד נג (4) 673, עמ' 683-685. בית-המשפט שם היה מוכן לבהון גם פרשנות דווקנית פחות, שלפיה רשות מינהלית מוסמכת לפגוע בזכויות-יסוד אם הסמכות נדרשת להגשמת תכלית החוק, אף בהיעדר הסמכה מפורשת. ראו שם, 685, אך נמצא שלא היתה תכלית כלשהי שהתירה זאת. דברים אלה מתאימים גם לענייננו: תכליתו הכללית של חוק הספריות הוא להגביר מידע וידע ולא להגבילם. האינטרס של הגנה על ילדים הוא אינטרס ראוי, אך איננו חלק מתכלית החוק הוה. עוד לשאלת משמעות התנאי הוה שבפסקת ההגבלה ראו עמדתו של אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 491, המציע פרשנות מרחיבה, והשוו אורן גול, "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 381, עמ' 394 (ביקורת על עמדת ברק).

באשר לספריות אחרות, אלה שיימצאו כ"גוף דומהותי", נראה שהנורמות הציבוריות שיחולו עליהן אינן מקיפות את התנאי הפורמלי הנה; שהרי פעילות גופים אלה ממילא איננה מוסדרת על-ידי חוק, משום-כך אבחן בקצרה גם את התנאי המהותי שבפסקת ההגבלה: שאלת המידתיות.

התקנת תוכנות סינון ברשת פנימית בספרייה הציבורית פוגעת בחופש הביטוי של מבוגרים במידה העולה על הנדרש לשם הגנת הקטינים.<sup>93</sup> מובן ששאלה זאת יש לבחון לפי נסיבותיה של כל ספרייה וספרייה, אולם ברור כי ישנה שורת אמצעים היכולים להשיג את המטרה המוצהרת בדרך שתצמצם את הפגיעה בביטוי. כך, למשל, אפשר להקצות מחשבים נפרדים לילדים ולמבוגרים. יש לאפשר לגולש לבטל את אופציית הסינון בדרך פשוטה ובלא צורך בפנייה לספרנים. אפשר לקבוע את אתר הספרייה כ"עמוד הבית" ולכלול בו קישורים למאגרי מידע. בדרך זאת הסיכוי שילדים ייקלעו בטעות לאתרים פורנוגרפיים קטן. הניסיון בספריות שמבקרים בהן ילדים העלה עוד כי כאשר מציעים לילדים "מסלול גלישה" יעיל ונוח לשימוש – למשל: על-ידי יצירת "רשימה לבנה" (אך בלא "רשימה שחורה" בצדה) – פחתה מאוד היחשפותם לפורנוגרפיה. את המחשבים שבהם ישנה גישה לאינטרנט אפשר להציב במקומות מרכזיים בספרייה ולא בפניות מבודדות.<sup>94</sup> נוסף על כך ספריות יכולות להציע הדרכה בקשר לגלישה באינטרנט ולחנך ילדים ל"גלישה בטוחה". בצד אמצעים נייטרליים מעין אלה יש להיות ערים להשלכות שליליות אפשריות ולהימנע מהן, כלומר: לפגיעה בזכויות אחרות: ייתכן, למשל, שתיעוד "מסלול הגלישה" של המשתמשים במחשבי הספרייה יכול להפחית במידה ניכרת את פנייתם לאתרים פורנוגרפיים, אבל תיעוד מעין זה יהפוך את הספרייה ל"את גדול", והפגיעה בפרטיות היא פגיעה בוטה שאין לה כל מטרה אחרת.<sup>95</sup>

### 3. סינון כאמצעי להקצאת משאבים יעילה

המידע באינטרנט איננו משאב מוגבל כמוכן זה שאין מחסור במידע זמין ונגיש. אולם הגישה לאינטרנט עשויה להיות משאב במחסור. מספר המחשבים המצויים בספרייה, מספר המחשבים המקושרים לאינטרנט ורוחב הפס הם משאבים מוגבלים. אך טבעי הוא, כי ספריות יבקשו להקצות את השימוש במשאבים המוגבלים בצורה היעילה ביותר, כאשר

93. אני מתכוון כאן בעיקר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ולמידתיות במובן הצר, כלומר: יחס ראוי בין התועלת מהפגיעה בזכות ובין הפגיעה בה, ופחות למבחן הראשון של המידתיות – מבחן התאמת האמצעי למטרה. למבחני המידתיות ראו, למשל, בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (4) 367, עמ' 384-393.

94. מיקום כזה פוגע במידת-מה בפרטיות הגולשים, אך נראה לי שהפגיעה הזאת איננה עולה על הנדרש, מה גם שהיא תיעשה בהסכמה (המשתמעת) של הגולש ומשום-כך איננה נחשבת "פגיעה" בפרטיות. ראו סעיפים 1, 3 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128.

95. ראו סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128. מטרת אחרות של הספרייה, כמו גביית תשלום עבור השימוש, קבלת הסכמה למדיניות הספרייה וכלליה איננה מחייבת זיהוי של הגולשים, ובוודאי לא של מחוות גלישתם.

הקריטריון להקצאה היעילה נגזר ממטרת הספרייה. משום כך ניתן לטעון: אם מטרתה של ספרייה היא לעודד מחקר, הרי אפשר למנוע גלישה לאתרי פורנוגרפיה שאינם חלק מן המחקר. הטענה מחוזקת גם בעובדה כי כאשר לגלישה מתלווה הורדת תכנים מהרשת, כמו תמונות, הדבר גוזל בז'ומנית רוחב פס בשיעור המשפיע על שאר השימושים ברשת.<sup>96</sup> ככל שטענה זאת מסווה שיקולים אחרים – כמו ניסיון של מנהלי הספריות להשליט את מערכת הערכים המוסרית שלהם – הריהי פסולה מן היסוד. הקושי יהיה להסיר את המסווה מעל לשיקול הנחזה. אולם ייתכן שהכוונה היא כוונת-אמת לייעול את השימוש במשאב המוגבל. כוונה כזאת, תמימה וראויה ככל שתהיה, אינה פוטרת את פעולת הספרייה מן הביקורת החוקתית. אם הכוונה הנטענת נייטרלית לתוכן, כך צריך להיות גם האמצעי שננקט להשגת המטרה. הגבלת הגישה לסוג אחד בלבד של תכנים – ביטוי פורנוגרפי – איננה אמצעי נייטרלי. דווקא יישומים אחרים גוזלים פרקי זמן שימוש ניכרים בספריות ציבוריות, כמו שימוש בתוכנות דואר אלקטרוני ושיתות צ'אט. אם המטרה היא ייעול הניצול של היישומים בספרייה, צריכה זו לחסום את כל היישומים הצורכים משאבים מוגברים ולא רק את אלה שאינם חביבים עליה. מובן כי חסימה כזאת תאיין את מטרת הגישה לאינטרנט.

כמו־כן ישנם אמצעים אחרים להשגת מטרה דומה – של ייעול השימוש במשאב המוגבל – שפגיעתם בחופש הביטוי פחותה מפגיעתו של סינון, למשל: הגבלת זמן השימוש. כשם ששאילת ספר מוגבלת למספר ימים קבוע מראש, כך אפשר להגביל בזמן גם את הגלישה; ובשעות שבהן אין עומס בספרייה – ומשום־כך אין מחסור – אין צורך להגביל את משך השימוש. אמצעי אחר הוא לייעד מהשבים שונים בספרייה למטרות שונות: מסופים אחדים ישמשו לחיפוש קטלוגי בלבד, אחרים לבדיקת דואר אלקטרוני ואחרים לגלישה חופשית. אמצעים אלה ואחרים ישיגו פחות או יותר את המטרה הרצויה, מבלי שהספרייה תתערב בתוכני הגלישה של המבקרים.

#### ה. סיכום

התקנת תוכנות סינון בספריות ציבוריות מעוררת שורת בעיות וקשיים, ועיקרם שהם מגבילים את חופש הביטוי של מבקרי הספריות המבקשים להרחיב את אופקיהם באמצעות גלישה ברשת.<sup>97</sup> מול האינטרס החשוב הזה מצויים אינטרסים אחרים, כמו, למשל, הגנה

96. כך, למשל, הסבירה היועצת המשפטית של האוניברסיטה העברית את התקנת תוכנות הסינון במחשבי האוניברסיטה המיועדים לשימוש הסטודנטים. החסימה הקיפה, נוסף על אתרי מין, גם אתרים כמו "המכרז של המדינה", ואחרים שהאוניברסיטה לא רואה בהם צורך מחקרי. ראו מכתבה של עו"ד פפי יקירביץ' לעו"ד ספיבק מיום 5.11.00 (עותק נמצא בידי המחבר).

97. בעיה נוספת שלא נידונה כאן היא שפורנוגרפיה עלולה ליצור "סביבת עבודה עוינת" עבור הספרנים. לדיון בפן זה ראו: Eugene Volokh, "Freedom of Speech, Cyberspace, Harrasment Law, and the Clinton Administration", 63 *L. & Contemp. Prob.* (2000) 299, p. 327.

על ילדים מפני היחשפות לפורנוגרפיה. ברשימה זאת הצעתי להכיר בקיומו של חופש לגלוש ברשת בספריות ציבוריות. מהותו של חופש זה היא איסור על המדינה או על גופים אחרים, שפעילותם כפופה למשפט הציבורי, להתערב בגישה רצונית של אזרח בגיבוי לתכנים נגישים.

הסביבה הדיגיטלית מאתגרת מושגים משפטיים שהיו עד כה יציבים למדי ומציבה בפנינו בעיות חדשות. הדיון בשאלת הגבלתה של הגלישה בספריות ציבוריות ביקש להמחיש את סוג השאלות שעלינו לברר בשעה שאנחנו ניגשים לעצב את ההסדר המשפטי. עלינו לברר את עמדת המשפט הקיים, לברר את טיב הטכנולוגיה הרלבנטית, ובעיקר חשוב שנהיה ערים לקשרי-הגומלין בין המשפט לטכנולוגיה.<sup>98</sup> הטכנולוגיה יוצרת שפע של אפשרויות המרחיבות את מרחב הבחירה והפעולה שלנו. הגלישה במרחבי הרשת היא אחת מהן. אבל הטכנולוגיה יוצרת גם אפשרויות להגביל את החירויות שלנו – ישנות וחדשות כאחד. תוכנות הסינון הן דוגמא מובהקת לכך. ההישענות על הפתרון הטכנולוגי לשם השגת אינטרס חשוב, כמו הגנה על ילדים, כרוכה בהמרת שיקול-הדעת הציבורי בשיקול-דעת פרטי. במילים אחרות: הטכנולוגיה עשויה להכתיב כללי התנהגות.<sup>99</sup> יש להיזהר מפני אימוץ הטכנולוגיות מבלי לברר את השלכותיהן על ההתנהגות החברתית שלנו.

כיצד אנחנו תופסים את הטכנולוגיה? שפת היומיום העכשווית מציגה פעמים רבות את הטכנולוגיה כבעלת קיום עצמאי, כאילו נוצרה יש מאין, והיא חוקה מכל ניסיון להסדיר אותה. אבל הטכנולוגיה נוצרת על-ידי בני-אדם, ואלה חיים ופועלים במסגרת חברתית שבה צרכים ורצונות, נורמות משפטיות ונורמות מוסריות. הטכנולוגיה מיוצרת על-ידי גורמים הפועלים גם הם במסגרת החברתית וגם להם אינטרסים – כלכליים או אחרים. ראוי שלא נשכח עובדות פשוטות אלה לפני שניקלע לדרסמיניזם טכנולוגי.

המשפט איננו צריך לסגת מפני הטכנולוגיה וגם לא להיות אדיש לה. את ההסדר המשפטי יש לגזור, כמו בכל פתרון משפטי ראוי בכל תחום אחר, מהערכים היסודיים המנחים את החברה. במקרה של הגלישה בספריות, בירור הערכים האלה נעשה באמצעות בירור תפקידה של הספרייה בחברה. זהו תפקיד המשתנה בכל יום. ספריות רבות בעולם וספרנים רבים טרודים בעיצובה-מחדש של הסביבה הספרייתית. אבל פעילות-היסוד שלהם, מטרת-העל של קיומם, נותר כשהיה – שער לידע. בירור הערכים היסודיים קושר אותנו אפוא לעקרונות-היסוד של חופש הביטוי. מכאן צריך ההסדר המשפטי להיגזר ולא רק מעצם קיומה של טכנולוגיה – בין טכנולוגיה מאפשרת ובין טכנולוגיה מגבילה.

98. אני סבור שגישה כזו ננקטה על-ידי השופט חשין בהחלטתו בתב"מ ש"ס (לעיל, הערה 17), וכך גם השופט רמי אמיר בת"א (כ"ס) 007830/00 בורוכוב ג' פורן (טרם פורסם), שם דובר בפרשנות חוק איסור לשון הרע. לעומת זאת, פסק-הדין בק"פ (ת"א) 145/00 ויסמן ג' גולן ואח' (טרם פורסם) שגם הוא הן בפרשנות חוק איסור לשון הרע הצטמצם לפרשנות הטקסט החוקי, בהתעלם מהערכים מחד גיסא, ובהתעלם ממאפייניה היחידים של הטכנולוגיה מאידך גיסא.

99. לדיון ביחס שבין משפט לטכנולוגיה, ראו: Lawrence Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace* (Basic Books, New York, 1999).

---