

פרק א

משפט חוקתי

מאת

חן צ'רנוביצקי, שאול בלגי

1. מבוא

סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק¹ ולחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו² מורה בחלקו הראשון כי זכויות היסוד של האדם בישראל יהיו מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין. בחלק השני מפנה הסעיף לעקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל ומורה כי אותן זכויות, אשר פורטו בתחילתו של הסעיף, יכובדו ברוח עקרונות אלה. בהכרזה העצמאות נקבע כי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה, תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום [...]"; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות...". עיון בעקרונות אלה מעורר את השאלה האם הם מתיישבים עם העיסוק בזנות לאור פגיעתה הרעה של הזנות; בין היתר – ההשפעות הנפשיות והבריאותיות הקשות הנלוות אליה, והפגיעה בשוויון וביחסי הכוחות בין גברים לנשים, שהזנות משמרת ומקדמת.

סעיף המטרה – סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ובסעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – מזכיר את שמירת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לאור זאת, ראינו לנכון לפתוח בבחינה קצרה של השאלה האם תופעת הזנות עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, תוך התייחסות לתופעת הזנות במקרא ולגישת ההלכה בנושא. עיקר דברינו יוקדש לבחינת תופעת הזנות לאור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

1 חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90.

2 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

לאחר מכן נדון בחוק-יסוד: חופש העיסוק, על סעיפיו השונים, ובחשיבותו לענייננו. במסגרת זו ננסה לענות על השאלה האם זנות וסרסרות הם עיסוקים, ובהנחה שכן – האם הגבלתם מותרת ובאילו תנאים. בחלק זה ננתח את מבחני פסקת ההגבלה וניישם אותם על ענייננו. כמו כן נציג מודלים שונים, המתמודדים עם תופעת הזנות. בהמשך נבחן אפשרות של הוספת פסקת התגברות מפורשת בחוק המוצע. החלק הבא יעסוק בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על סעיפיו השונים. לאחר מכן נעסוק בנוסחאות איזון בין זכויות מתנגשות, ולסיום נזכיר מספר סוגיות ספציפיות, הרלוונטיות לענייננו, כגון היעדרו של מנגנון פיצוי עצמאי מכוח חוקי היסוד ונושא השוויון.

2. מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

א. ערכיה של ישראל כמדינה יהודית

מדינה יהודית היא מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה והם שאובים ממסורתה הדתית³. על פי גישתו של אהרן ברק, ערכיה של ישראל כמדינה יהודית הם מושג עשיר ומורכב ויש לגשת אליהם מתוך מבט רחב⁴. ערכים אלה מבטאים שני היבטים עיקריים – ציוני ומורשת-הלכתית⁵.

ההיבט המורשת-הלכתי כולל ערכים כפי שהתפתחו בהיסטוריה של עם ישראל לדורותיו⁶. ערכים אלה הם בעלי מעמד חוקתי על חוקי ומשפיעים על פירושם של חוקי היסוד ועל חוקיותם של כל החוקים⁷. הזונה בתנ"ך היא אישה המספקת שירותי מין תמורת אתנן והתורה, הנבואה וספרות החוכמה ראו מקצוע זה בעין רעה. מצד שני, אין בהם זכר להטלת עונש על זונה או על מי שמקבל את שירותיה⁸.

במשפט העברי נתפסת הזנות כתרבות מינית לא תקינה. הדגש אינו מושם על שאלת האתנן אלא על יחסי אישות בלי הבחנה. הסכמת שני הצדדים, ובעיקר רצון הגבר, לקיום יחסי מין שלא במסגרת מחייבת נתפסים כדבר שלילי⁹.

3 אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (תשס"ד), 87.

4 **שם**, בעמ' 88.

5 ההיבט הציוני פחות רלוונטי לענייננו ולכן נדון להלן בהיבט המורשת-הלכתי.

6 אלכסנדר יעקובסון, אמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** (תשס"ג), 150.

7 **שם**, בעמ' 89.

8 מאיר גרובר "זונה וזנות בעולם המקרא" **זמנים** 90 (תשס"ה) 20, 29.

9 אברהם נ' טננבאום "על עברת הזנות – אל תחלל את בתך להזנותה" אתר דעת ללימודי יהדות ורוח, גיליון מס' 249 (תשס"ו). ניתן לצפייה באתר: <http://www.daat.ac.il/mishpat->

זנות: לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי

זאת ועוד, ההלכה מייחסת חשיבות רבה לשמירה על כבוד הבריות. כך, למשל, ביישום התלמודי של השמירה על "כבוד הבריות" הושם הדגש במניעת השפלה הקשורה לגוף. ביטוי נוסף של המונח "כבוד הבריות" בענייננו הוא בהקשר של פירוק המשפחה. הטענה היא שמעשה, שיגרום אף בעקיפין להפרדת בעל מאשתו, פוגע ב"כבוד הבריות" – שלהם ושל בני משפחותיהם¹⁰.

כעולה מכך, גם אם אין ההלכה אוסרת על הזנות במפורש, קיימת בה מודעות לנזקי התופעה ולפגיעתה בכבוד, הגם שההקשר המובא בהלכה שונה מהאופן שבו נתפסת פגיעה בכבוד היום.

יריעה זו קצרה מלעסוק בהרחבה במעמד הזנות בהלכה; כל שביקשנו הוא לפתוח באזכור מעמדה הבעייתי של התופעה במורשת ישראל, ובאפשרות להתמך גם במורשת זו.

ב. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית

על אופייה הדמוקרטי של מדינה יש ללמוד ממכלול ההסדרים החוקתיים המונחים ביסודה, ממכלול ערכיה ומהפעלתם הלכה למעשה¹¹.

דמוקרטיה מבוססת על שני אדנים¹². האחד – ריבונות העם¹³. ההיבט השני משקף את שלטונם של ערכים, פרט לשלטון הרוב, המאפיינים את הדמוקרטיה. החשובים באלה הם הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות השופטים, זכויות האדם ועקרונות יסוד המשקפים ערכים אחרים (כגון מוסר וצדק), מטרות חברתיות (כגון שלום הציבור ובטחוננו) ודרכי התנהגות ראויות (סבירות, תום לב).

בהקשר זה עולה השאלה האם העיסוק בזנות מתיישב עם ערכיה של מדינה דמוקרטית?

נבחן להלן קבוצות שונות של ערכים. לעיסוק בזנות נלוות השפעות קשות, בכללן פגיעות בריאותיות ונפשיות קשות. פגיעות אלה אינן מתיישבות עם זכויות האדם המוענקות ומוגנות במדינה דמוקרטית. בנוסף, האינטרסים החברתיים, המשתקפים

ivri/skirot/249-2.htm (כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה בספטמבר 2009).

10 יעקב בליד שטיין "כבוד הבריות" וכבוד האדם "שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית" (יוסף דוד עורך, תשס"ו) 97, 110 ו-124.

11 לדיון על קיומו של ניגוד לכאורה בין ישראל כמדינה יהודית לבין ישראל כמדינה דמוקרטית ראו יהודה כהן **מי מפחד ממדינה יהודית?** (תשס"א), 138 ואילך.

12 ברק (לעיל, הערה 3) בעמ' 91.

13 מפאת קוצר היריעה ואי רלוונטיות לענייננו לא נרחיב בעניין זה.

מאופיייה הדמוקרטי של מדינה, אינם מתיישבים עם המתרחש בחברה המאפשרת, אף בעצימת עיניה, לתופעת הזנות להתקיים.

האינטרס החברתי לבריאות הציבור, השאיפה ליצור חברה מוסרית וערכית והרצון לדאוג לעתידו של הדור הצעיר, המתחנך על יסוד ערכים אלו, אינם מתיישבים עם קיומה של תופעת הזנות.

3. חוק-יסוד: חופש העיסוק

חוק-יסוד: חופש העיסוק (להלן גם – חוק היסוד) מעניק הגנה חוקתית לחופש העיסוק, אשר קיבל מעמד של זכות חוקתית המוגנת על ידי חוק יסוד. חוק היסוד אינו מגדיר מהו עיסוק, ולכן יש לפרש את העיסוק, אשר לגביו חל חופש העיסוק, על פי תכליתו של חוק היסוד.

בחלק זה של הפרק נדון בשאלת תחולתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק על נשים בזנות וסרסורים, וננסה לענות על שתי שאלות מרכזיות: האם זנות וסרסורות הם עיסוקים? ואם הם אכן נחשבים לכאלה, האם הגבלתם מותרת ובאילו תנאים?

א. זנות וסרסורות – האם מדובר בעיסוקים?

על פי סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד". ניתן לטעון שהזנות אינה נכללת ברשימת העיסוקים המוגנים תחת חוק היסוד לאור חשיבותה הנמוכה לחברה וחוסר תכליתה הכלכלית. אולם, אין לשפוט את העיסוק כפעילות על פי תכלית כלכלית או בעלת חשיבות חברתית, שכן ההגנה החוקתית מתייחסת לכל העיסוקים ולא דווקא רק לאלה אשר לחברה יש עניין בהם¹⁴. מכאן, שהמבחן לפעילות שנכללת בזכות חופש העיסוק הוא מבחן המסגרת של פסקת ההגבלה.

מנגד, ניתן להביא טיעונים לשלילת הזנות והסרסורות כעיסוקים המוגנים בחוק היסוד. כך, למשל, ביסוד הזכות לחופש העיסוק מוצבת זכותו של אדם לבחור לעצמו את העיסוק המדבר לליבו וזו בחירתו החופשית¹⁵. במקרים רבים מובטח לנשים כי יעסקו בעבודות כגון מטפלת, מלצרית, ברמנית או פקידה, פעמים אחרות נאמר להן כי תעסוקנה בזנות ומובטחים להן חיי נוחות והתעשרות מהירה. עבור נשים, המצויות בעוני מחפיר ואינן רואות מוצא, האפשרות להרוויח תוך מספר חודשים הן עתק, אשר

14 איתן ענבר, המשפט החוקתי – בראי ההלכה הפסוקה (תשס"ב), 135.

15 אריה שחם ודורון מרום חוקי יסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק בראי הפסיקה והחקיקה (1997), 303.

זנות: לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי

יאפשר להן להיחלץ מהמצוקה אחת ולתמיד, לרכוש דירה או לתמוך במשפחתן, הינה אפשרות מתקבלת על הדעת אף אם תיאלצנה לעבוד בזנות בתקופה זו¹⁶.

נוכח דברים אלה בולטת העובדה כי האפשרות של אותן נשים העוסקות בזנות לבחור במקצוע זה כמעט שאינה קיימת¹⁷. חשוב לזכור גם כי לאדם שנאבק להשיג תנאי מחייה מינימליים אין חופש של ממש לחתור להשגת יעדים כלשהם¹⁸.

כמו כן ניתן לטעון כי בזנות ישנם מאפיינים ייחודיים כמו הנטייה לא לתת פומבי לעיסוק בה והקלון החברתי בה, שבגינם לא ניתן להגדירה כעיסוק שחוק היסוד חל עליו¹⁹.

יתר על כן, העובדה שהזנות כשלעצמה אינה אסורה על פי חוק אין משמעה שמדובר בעיסוק ככל עיסוק אחר שיש לעודד ולטפח אותו. נהפוך הוא, מחקרים רבים מצביעים על מתאם גבוה בין עיסוק בזנות לבין מצוקה אישית על רקע כלכלי או אחר ולבין התמכרות לסמים ולאכזרה²⁰.

ב. פסקת ההגבלה ומבחניה

חוקי היסוד בישראל באשר לזכויות האדם מאפשרים פגיעה בזכות אדם חוקתית אם הפגיעה תקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. על השופטים לנתח את יסודות פסקת ההגבלה ולנסח את נוסחת האיזון העולה מתוך כך²¹. לצורך המשך הדיון נניח כי הזנות והסרסרות הם אכן עיסוקים, ובהתאם לכך נבדוק האם הגבלתם מותרת ובאילו תנאים. האם הטלת אחריות פלילית או אזרחית על לקוחות או נקיטת אמצעים אחרים, הפוגעים באפשרות לעסוק בזנות ללא הפרעה, מקיימים את התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה?

להלן נבדוק את האפשרות לחקיקת חוק בישראל, על פיו תוטל אחריות פלילית ו/או אזרחית על לקוחות, הפונים לשירותי זנות. לצורך חקיקתו של חוק כזה יש לערוך בחינה חוקתית ולבדוק האם יעמוד חוק שכזה במבחניה של פסקת ההגבלה לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

השופט שטרסברג-כהן בדעת מיעוט קבעה שאין זה מובן מאליו כי קביעת התנהגות כעבירה פלילית, שעונש מאסר בצידה, פוגעת בזכות שחוק יסוד בא להגן עליה ולכן במקרים מסוימים מסתיימת הבדיקה החוקתית בנקודה זו ואין צורך לפנות לבחינת

16 אורי שדה "אימפוטנציה ממסדית נוכח סחר בנשים בישראל" מפנה 46-47 (2005) 69, 70.

17 ראו דיון נרחב בשאלת ההסכמה בספרה של שולמית אלמוג נשים מופקרות (תשס"ח), 60.

18 יורם רבין, יובל שני זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (תשס"ה), 45.

19 ה.ל.א. הארט חוק, חירות ומוסר (1963), 47.

20 ענת חולתא "הזנות, סוחריה, סרסוריה ומערכת המשפט" מפנה (2005) 32, 34.

21 ברק (לעיל, הערה 3), בעמ' 270.

פרק א – משפט חוקתי

החוק במבחניה של פסקת ההגבלה²². לשיטתה, הטלת צל של אי-חוקתיות אפריורית על סנקציית המאסר, שהיא הסנקציה המרכזית במשפט הפלילי, מרופפת את ההגנה על החברה מפני המבקשים לפרוע את סדריה ולפגוע בזכויות היסוד של חבריה. עם זאת, דעת הרוב קבעה שאין צורך להעמיק בבדיקה המקדמית וכי ברור שהוראת חוק, המאפשרת הרשעתו של אדם בעבירה שעונשה הוא מאסר, פוגעת בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²³. על כן, לפי קביעה זו, נעבור לבדיקה חוקתית לפי מבחני פסקת ההגבלה, שאלה חלקיה:

1. "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק" – במידה ואכן יוסדר חוק כפי שהצענו, הרי שהתנאי יתקיים.

2. החקיקה הפוגעת הולמת את ערכיה של מדינת ישראל – אלה הוגדרו כיהודיים ודמוקרטיים. בניתוח שבו פתחנו את דברינו, תיארונו כיצד סותרת הזכות את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית.

3. החקיקה הפוגעת נועדה לתכלית ראויה – הנחת היסוד בהצעתנו להסדרת חוק, אשר יטיל אחריות אישית פלילית ו/או אזרחית על לקוחות, היא שחוק כזה עתיד לצמצם באופן משמעותי את תופעת הזנות בישראל, על כל היבטיה, לרבות ההשפעות השליליות הנלוות לתופעה. נראה כי צמצום כזה מהווה תכלית ראויה.

4. החקיקה פוגעת בחופש העיסוק במידה שאינה עולה על הנדרש – מבחן המידתיות. יש לבדוק אם הפגיעה הנדרשת חיונית או מתבקשת להשגת התכלית הראויה²⁴.

בג"ץ מחלק את מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה, אותם נפרט אחד לאחד וננסה ליישם על ענייננו.

א. האם יש קשר רציונלי בין האמצעי למטרה? האמצעי במקרה שלפנינו הוא הטלת אחריות (פלילית ו/או אזרחית) על לקוחות. אמצעי כזה, לדעתנו, ירתיע לקוחות פוטנציאליים מלפנות לשירותי זנות ונראה כי הרתעה שכזו תשיג את המטרה, שהיא צמצום משמעותי של תופעת הזנות על כל היבטיה²⁵.

22 ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (להלן – עניין סילגדו).

23 ובמקרה זה – סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת. ראו דברי הנשיא ברק בעניין סילגדו (שם, בעמ' 535).

24 שחם ומרום (לעיל, הערה 15), בעמ' 313.

25 על אלמנט ההרתעה ראו הלין מיס, קוריאה הראלד "שימו לב לזנות" אתר פרלמנט נשים. ניתן לצפייה באתר: http://www.w-p.co.il/article_page.asp?id=484&scid=110.

זנות: לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי

ב. האם נבחר האמצעי שפוגע פחות (בזכות המוגנת) ויכול להשיג את אותה מטרה? על מנת לענות על שאלה זו יש לבחון חלופות שונות ואת מידת פגיעתן של חלופות אלו בהתייחס לחוק המוצע, לדוגמה: מיסוד הזנות, פעילות חברתית, הסברה או השארת המצב הקיים (התעלמות מהתופעה, בדומה למצב בארץ כיום)²⁶.

ג. האם התועלת שבהשגת המטרה עולה על הנזק שבפגיעה? (מכונה גם "מידתיות במוכח הצר")²⁷. בבדיקה של מבחן זה עלינו להתייחס לאינטרס הציבורי, הגלום ביסודה של הדרישה כי התועלת תעלה על הנזק²⁸. נראה כי התועלת לחברה כתוצאה מההצעה הנדונה, המתבטאת בצמצומה המשמעותי של תופעת הזנות, עולה במידה רבה על הפגיעה בחופש העיסוק.

כחלק מהבדיקה של מבחן המידתיות עלינו לאזן בין זכויות מתנגשות. הפסיקה קבעה כי מיקומם של איזונים אלה, אשר יפורטו בהמשך, הוא במסגרת מבחן המשנה השלישי²⁹.

ג. מודלים להתמודדות עם תופעת הזנות

כחלק זה נבחן את האמצעים השונים להתמודדות עם תופעת הזנות ולבסוף נסביר מדוע לדידנו הסדר, המטיל אחריות פלילית על לקוחות, כדוגמת זה הנוהג בשוודיה, הינו המתאים ביותר להשגת המטרה.

תחילה, מתבקש לבדוק האם לגיטימציה מלאה לתופעה, מה שמכונה "מיסוד הזנות", תהיה הדרך הטובה ביותר להתמודדות עם נזקיה. ואכן, בעשורים האחרונים גוברים הקולות הקוראים למיסוד הזנות או להקלת המגבלות המוטלות עליה בניסיון להגביל את הנזקים שהיא גורמת. להלן נציג את הטענות בעד ונגד המיסוד וננסה להתמודד איתם.

יש הטוענים שמיסוד הזנות יפתור את בעיית הקלון החברתי בהפכו את הזנות למקצוע ככל מקצוע אחר. אולם, מהניסיון שנצבר ממקומות שונים בעולם, בהם נהוגה לגיטימציה של זנות, עולה כי מיסוד אינו מצמצם את היקף הקלון החברתי; קלון זה טבוע בעצם העיסוק בזנות. זה גם מעין מס נסתר, ששינוי ההסדר המשפטי לא יפחית את

26 סקירת החלופות השונות תיעשה בהמשך. ראו גם מרטינה ונדנברג **הכרחת נשים לישראל וזנות בכפייה – דו"ח של שדולת הנשים בישראל** (1997), 2.

27 נעמה כרמי "פרופורציות" אתר קרוא וכתוב (2009). ניתן לצפייה באתר: <http://www.notes.co.il/carmi/52489.asp>

28 ניתן לומר כי פסקת ההגבלה היא מכשיר המאזן בין חופש העיסוק לאינטרס הציבורי. ראו שחם ומרום (לעיל, הערה 15), בעמ' 314.

29 ראו דברי הנשיאה ביניש בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פורסם בנבו (ניתן ב-20.08.2008).

שיעורו³⁰. בנבאדה, למשל, תוצאה שלילית בולטת של שיטת המיסוד היא חיזוק הסטיגמה או הקלון החברתי המוטל על העוסקות בזנות³¹.

יש הגורסים כי מיסוד יקל על גישה לשירותים רפואיים וסוציאליים, ויאפשר פיקוח ומעקב אחר מצבן הבריאותי והנפשי של נשים בזנות. לדעתנו טענה זו בעייתית. דרישה למיסוד הזנות, בטענה שכך ניתן יהיה לבדוק את הנשים, ממשיכה להסיר מן הלקוח את האחריות לקיום מגע מיני בטוח ולהטיל את האחריות רק על הנשים. עולה ממנה כי הלקוח תמיד רשאי לדרוש מין לא מוגן והנשים יכולות לסרב רק לעתים. חיוב הנשים לעבור בדיקות רפואיות עשוי להקטין את ביטחונן, שכן לקוחות שיעדו שהן נבדקות, ירגישו בטוחים יותר לדרוש מין לא מוגן, וסרסורים עלולים להשתמש בבדיקות לשם שיווק סחורתם הנשית. כך, למשל, בעקבות בדיקות שערך בעבר משרד הבריאות, פרסם בית בושת ישראלי מודעה זו: "הנשים שלנו נבדקו ונמצאו נקיות מאידס, אישורים ניתן לקבל ממשרד הבריאות"³².

שיקולים נוספים מובילים לעבר פסילת רעיון הלגיטימציה. הגבלת העיסוק בזנות לבתי בושת ורישום נשים העוסקות בזנות תעניק הכשר חוקי לסרסורות, ותקל מאוד על הניצול הנורא של העוסקות בזנות בידי הסרסורים, שעד עתה נאלצו לפעול בסתר ולחשוש מענישה פלילית.

מהניסיון שנצבר במדינות בהן מוסדה הזנות, עולה כי החקיקה יצרה בהן תרבות של זנות, והפכה את המנהג הגברי לקנות מין מנשים ללגיטימי וקביל³³. למעשה, כתוצאה משיטת המיסוד המדינה נוטלת על עצמה את תפקיד הסרסורים והופכת למעין "סרסור על". ההסדרים הנורמטיביים מאפשרים למדינה לשלוט מגבוה בעסקאות שבהן גברים קונים מין מנשים.

לגיטימציה מלאה, אם כן, אך תעצים את נזקי הזנות. נבחן עתה האם הותרת המצב הקיים בעינו מהווה מענה מספק. ישראל ירשה מן המנדט הבריטי דגם של הפללה חלקית של תעשיית המין. הזנות וצריכתה לא נאסרו (למעט לקוחות של זנות קטינים); הופללו רק סרסורים ומנהלי בתי בושת. במציאות צמח דגם אחר. בישראל מעולם לא עוצבה מדיניות מוצהרת בנושא, אך בפועל התגבשה מדיניות של "העלמת עין" בידי המשטרה והפרקליטות, אשר העדיפו להקצות משאבים לתחומי פשיעה "חשובים"

30 שם, בעמ' 16.

31 עצם פנייתה של אישה לקבל רישיון לעיסוק בזנות כבר משמעו בחירה רשמית וגלויה לעטות קלון וסטיגמה. ראו אלמוג (לעיל, הערה 17), בעמ' 106-107.

32 נעמי לבנקרון "מיסוד הזנות בין מיתוס למציאות – מחקר משווה בין ארבע מדינות" (2007), 65. ניתן לצפייה באתר מוקד הסיוע לעובדים זרים: http://www.hotline.org.il/hebrew/pdf/The_Legalization_Of_Prostitution_Hebrew.pdf.

33 אלמוג (לעיל, הערה 17), בעמ' 105.

זנות: לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי

יותר. מדיניותם התקבלה בכרכה בידי גורמים עבריינים שנהנו מ"שקט תעשייתי". ניתן לטעון כי הזנות במדינת ישראל כבר מוסדה למעשה, אם כי באופן סמוי וזוחל³⁴. מיסוד זה משרת את האינטרסים של כל המעורבים, חוץ משל הנשים בזנות, הממשיכות להיפגע. מדיניות המשטרה המוצהרת, כפי שהיא עולה מהנחיות הפרקליטות, הינה פיקוח ללא התערבות במקום בו לא קיימת הפרה של הוראות אחרות של חוק העונשין³⁵.

לסיכום, העיסוק בזנות טומן בחובו השפעות שליליות רבות – חברתיות, תרבותיות, כלכליות, בריאותיות ונפשיות. השארת המצב הנוהג על כנו משמעה השלמה עם כל אלה, והמשך הפקרת הנשים בזנות.

אלטרנטיבה נוספת היא השיטה האוסרנית (קרימינליזציה). מדובר באיסור מוחלט של זנות ושל כל המעשים הנלווים אליה או הכרוכים בה, ובאכיפה בלתי מתפשרת של איסורים אלה. על פי גישה זו, גם הנשים בזנות עוברות עבירה פלילית³⁶. גישה זו היא הפחות נפוצה בעולם, אולם נהוגה ברוב מדינות ארצות הברית, שבהן מתייחסים אל הזנות כאל עבירה יחסית קלת ערך מסוג עוון, ואל הסרסרות כאל עבירה חמורה יותר מסוג פשע. בפועל, הנטייה בארצות הברית היא להחמיר עם העוסקות בזנות יותר מאשר עם הלקוחות, דבר המתבטא בעונשים החמורים ובמעצר תכוף יותר מאשר של הלקוחות³⁷.

הגם שהיא מובילה לעבר מיגור כללי של התופעה, חסרונה הבולט של גישת הקרימינליזציה הוא תפיסת הנשים העוסקות בזנות כעברייניות. תפיסה כזו לא רק מתעלמת מהעובדה שבמקרים רבים הנשים בזנות הן קורבנות, אלא שהיא אף מרחיקה לכת ומענישה את הקורבנות, ובכך מעמיקה עוד יותר את ניצולן וסבלן ואת האטימות החברתית שמקיפה אותן³⁸.

גישה הפוכה בתפיסה העולה ממנה היא זו המכונה "המודל השוודי" ולפיה העיסוק בזנות באשר הוא מהווה צורה של דיכוי או השפלה. בשלב זה נציג את המודל השוודי ונסביר מדוע השיטה המוצעת על ידינו, המבוססת על מודל זה, היא המתאימה ביותר להשגת המטרה.

34 לבנקרון (לעיל, הערה 32), בעמ' 65.

35 שם, שם.

36 דפנה סחייק, "מסמך רקע בנושא: העיסוק בזנות – סקירה השוואתית", הכנסת – מרכז המחקר והמידע (19.7.2004). ניתן לצפייה באתר: <http://www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m00909.doc>

37 אלמוג (לעיל, הערה 17), בעמ' 104.

38 הארט (לעיל, הערה 19), בעמ' 105.

בשוודיה נחקק בשנת 1999 חוק, המטיל על הלקוחות עונש של קנס כספי או עד שישה חודשי מאסר בגין קניית מין. שוודיה היא המדינה הראשונה שהנהיגה מודל חקיקה על פיו מוטלת אחריות פלילית על כל המעורבים בה, מלבד הנשים³⁹.

על פי מחקר שנערך בקליפורניה, נרתעים רוב הגברים שקונים מין מחשיפה ציבורית. לדוגמה, 79 אחוזים אמרו שיימנעו מקניית מין אם יהיה סיכוי שלמשפחתם ייודע על כך, ו-87 אחוזים מהגברים אמרו שיירתעו מקניית מין אם יהיה סיכוי שיפרסמו את שמם או תמונתם בעיתון מקומי. לפיכך, הוקעה פומבית של הלקוחות היא גם אמצעי של ענישה, אך גם כלי יעיל של הרתעה⁴⁰.

נוסף על חוק זה קיים בשוודיה חוק נגד סחר בבני אדם, המאפשר לרשויות בשוודיה להיאבק נגד המנגנון הסובב את תעשיית המין. העונש הקל ביותר על פי חוק זה הוא שנתיים מאסר⁴¹.

המודל השוודי ממקם את הזנות ברצף של התנהגויות אלימות אחרות כלפי נשים, ומטרתו להעביר את הקלון החברתי מהאישה העוסקת בזנות אל הלקוח⁴². מאז כניסת החוק לתוקפו פחתה מאוד תופעת הזנות, והיא הולכת ומצטמצמת מדי שנה בשנה, וזאת למרות קיום נתונים המראים על קשיים באכיפת החוק⁴³. הרשויות השוודיות מדווחות כי מספר הנשים בזנות בשוודיה צנח ב-40 אחוזים כתוצאה מן החקיקה, ועל פי נתונים אחרים מספר הנשים העוסקות בזנות בשוודיה ירד בשני שלישים. משמעות הדבר היא כי רוב הנשים שעסקו בזנות לפני כניסת החוק לתוקפו הצליחו להיחלץ מהעיסוק⁴⁴.

לאחר סקירת האמצעים השונים, מסקנתנו היא כי האמצעי הראוי ביותר להשגת המטרה (מיגור הזנות ובאופן טבעי גם הפחתת מס הקלון החברתי) הינו חקיקה ואכיפה של חוק האוסר צריכת זנות ומפליל את הלקוח, על בסיס המודל השוודי⁴⁵.

39 ראו מיס והראלד (לעיל, הערה 25).

40 Gunilla Ekberg "The Swedish Law than Prohibits the Purchase of Sexual Services" 10(10) *Violence Against Women* (2004) 1187, 120.

41 סחייק (לעיל, הערה 36), בעמ' 6.

42 אלמוג (לעיל, הערה 17), בעמ' 109.

43 Don Kulick "Sex in the New Europe: The Criminalization of Clients and Swedish Fear" 3(2) *Anthropological Theory* (2003) 199, 203.

44 אלמוג (לעיל, הערה 17), בעמ' 110 וכן מיס והראלד (לעיל, הערה 25).

45 יצוין כי מרכיב האכיפה בהסדר זה הוא בעל חשיבות מרכזית. כך, למשל, סבור פרופ' חיים אבני כי ניתן להסיק ממקרים דומים כי גם אילו הפכו הלקוחות לעבריינים, ייתכן כי בהיעדר אכיפה לא היה משתנה דבר. ראו חיים אבני **טמאים** (תשס"ט), 228.

זנות: לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי

ד. פסקת ההתגברות

לאחר בחינת מבחני פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: חופש העיסוק, דומה כי החוק המוצע עומד במבחנים אלו. ובכל זאת, אנו מציעים להוסיף בענייננו פסקת התגברות (פסקת "על אף האמור") לפי סעיף 8 לחוק היסוד, על מנת להבטיח את יציבותו של החוק במידה שיוכרע כי אינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה⁴⁶. מטרתה של פסקה זו היא "לאפשר למחוקק להגשים את יעדיו החברתיים והפוליטיים, גם אם אלה פוגעים בחופש העיסוק והפגיעה אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה"⁴⁷. בפסקה זו יצוין במפורש כי הוראות החוק המוצע, שיתקבל ברוב של חברי הכנסת, יהיו תקפות אף כשאין בהתאם לסעיף 4 לחוק-היסוד (פסקת ההגבלה).

המטרה החברתית שישרת חוק כזה – מניעת פגיעה קשה במספר רב של נשים – הינה חשובה די הצורך כדי להבטיח את מימושה באמצעות פסקת התגברות כאמור.

4. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד) נועד להגן על זכויות האדם העיקריות המוכרות במדינת ישראל. כפי שכותרתו מבהירה, חוק היסוד קובע את כבוד האדם וחירותו כערכי יסוד מהם נגזרות זכויות האדם אשר מוגנות בחוק היסוד. חוק היסוד פותח בסעיף עקרונות יסוד (סעיף 1) וסעיף מטרה (סעיף 1א)⁴⁸.

נפתח בפירוט הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, והאופן שבו תופעת הזנות פוגעת בהן.

סעיפים 2 ו-4:

פגיעה בחייו של אדם – קיים מספר לא מבוטל של מקרים בהם נרצחו נשים בזנות בידי סרסוריהן ולקוחותיהן, בשל העובדה כי לא סרו למרותם או לצורך הפחדה של הנשים האחרות⁴⁹. מקרים אלה נותרים מחוץ לתודעה והרחק מעיני הציבור הרחב⁵⁰.

פגיעה בגופו של אדם – נשים העוסקות בזנות חשופות באופן יומיומי לגילויי אלימות פיזית מסוגים שונים⁵¹.

46 אמנון רובינשטיין, ברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (כרך א: עקרונות יסוד, תשס"ה), 103.

47 בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 26.

48 ראו דיון קודם בעניין סעיפים אלה בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

49 ראו ראיון עם "גניה" (שם בדוי) בנספח 2 בדו"ח של ונדנברג (לעיל, הערה 26), בעמ' 32.

50 דוגמה לכך היא הדיווח שפורסם בעיתון על זונה, שנמצאה עירומה עם דקירות בכל גופה, ושהובא בספרה של אלמוג (לעיל, הערה 17), בעמ' 112.

פרק א – משפט חוקתי

פגיעה בכבוד האדם – למונח כבוד היבטים שונים⁵². במובנו הצר הכוונה להשפלה היומיומית והקשה שחוות אותן נשים העוסקות בזנות. במובנו הרחב ניתן לדבר על מס הקלון החברתי לפי הגדרתה של פרופ' אלמוג בספרה. מס זה, הגלום בעיסוק בזנות, מבטא את ההשפלה הפומבית וההוקעה הציבורית, שאישה בזנות נושאת עמה לעולמי עד, ואשר נלווית אליה גם במקרים הנדירים בהם הצליחה להיחלץ ממועגל הזנות⁵³.

סעיף 3:

פגיעה בקניין – פגיעה ניכרת בקניין של נשים בזנות נעשית מידי יום על ידי סרסורים. לעתים קרובות מופקעים רכושן וכספן, ונשללת מהן, באמצעות מנגנוני "קנסות" שרירותיים, התמורה על שירותי המין.

סעיף 5:

הסעיף עוסק בחירות אישית. נפצל את הדיון בו לעניין הלקוח ולעניינה של האישה בזנות.

מבחינת האישה בזנות – בסיפא של סעיף 5 נכתב "או בכל דרך אחרת"; לשיטתנו – גם עולה כגון כליאת שווא על ידי הסרסור נכללת בגדר נטילת חירות אישית, שאותה אוסר סעיף 545.

מבחינת הלקוח – המדובר בשלילת חירותו כתוצאה מהליך חוקי ומשפטי, שיתבסס על החוק המוצע.

סעיף 6(א):

יציאה חופשית ממדינת ישראל – שלילת חירותן של נשים לצאת את גבולות המדינה נעשית באופן תדיר כתוצאה מהחרמת דרכוניהם על ידי הסרסורים⁵⁵.

סעיף 7:

פרטיות וזנעת הפרט – במידה שיתקבל ההסדר החדש, תיתכן אמנם פגיעה בפרטיותם של הלקוחות ובאנונימיות השמורה להם בהסדר החוקי הקיים⁵⁶. הם אף יהיו

51 ראו, למשל: ונדנברג (לעיל, הערה 26), בעמ' 12 ו-35 וכן אלמוג (לעיל, הערה 17), בעמ' 81.

52 ראו התייחסות נרחבת במאמרה של אורית קמיר "ארבעה פנים של כבוד", הנמצא בספרה של אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (תשס"ד), 19.

53 אלמוג (לעיל, הערה 17), בעמ' 15.

54 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 2191/02 אלמונית נ' איגור, פורסם בנבו (ניתן ביום 8.3.2006) (להלן – עניין אלמונית) וכן ונדנברג (לעיל, הערה 26), בעמ' 1 ו-39.

55 ראו, למשל, ונדנברג (לעיל, הערה 26) בעמ' 31 וכן שדה (לעיל, הערה 16), בעמ' 70.

56 ראו בעניין זה את גישתו של ג'ון סטיוארט מיל, שראה בפרטיות זכות עליונה, אשר

זנות: לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי

חשופים לחקירות משטרתיות, והרשעתם תוביל ככל הנראה לחשיפת זהותם, דבר שיהווה פגיעה חמורה בפרטיות⁵⁷. ואולם, פגיעה קשה זו בפרטיות הלקוחות יש לאזן אל מול הפגיעה הקשה בכבודן של הנשים העוסקות בזנות⁵⁸.

סעיף 8 – פסקת ההגבלה:

כפי שהסברנו בחלקו הראשון של הפרק, במהלך ניתוח חוקי-יסוד: חופש העיסוק, לשם חקיקתו של החוק המוצע יש לבחון האם הוא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

יש להדגיש כי היתכנות הפגיעה במקרה זה תיבחן מעיניו של הלקוח, עליו תוטל אחריות במקרה בו אכן יתקבל החוק המוצע. ניתוחנו בעניין חוקי-יסוד: חופש העיסוק חל גם בהקשר זה.

5. איזון בין זכויות מתנגשות

תופעת הזנות מעוררת שאלות של התנגשות בין זכויות שונות והצורך לאזן ביניהן⁵⁹. בחלק זה נבחן את נוסחאות האיזון בין זכויות מתנגשות, ונבדוק האם הן מאפשרות הטלת אחריות על לקוחות הצורכים שירותי זנות. איזון הוא תהליך נורמטיבי שבו מבקשים לפתור התנגשות בין ערכים נוגדים. תהליך האיזון מבוסס על איתור הערכים – ובכלל זה הזכויות – הרלוונטיים לפתרון השאלה שעל הפרק⁶⁰. בלב האיזון העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ובחירתם, לאחר שקילה, של אלה אשר לאור הנסיבות ידם על העליונה⁶¹. פעולת האיזון היא נורמטיבית. משמעותה היא הערכת

הגבלתה יכול ותהיה רק מכוח פגיעה בזולת. התוצאה היא הקביעה המשפטית, הרווחת עד ימינו, כי מעשה הזנות כשלעצמו ובתחום הפרט אינו עניש בפלילים. על פי איתי פרוסט, **הזנות הנעלמות מהעין – נוכחות נפקדות במשפט הישראלי** (עבודת גמר לתואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל אביב, תשס"ד), 34.

57 ראו דב גלעד כהן "הגנה על שמו הטוב של חשוד", שומרוני כהן סטרטגיה עורכי דין. ניתן לצפייה באתר: <http://www.scs-law.co.il/index.aspx?id=2675&itemID=1533>. ראו גם את **רשימת העבירות שחוקה עליהן שהן פוגעות בחשוד פגיעה חמורה**, המופיעה בנספח ב' של המאמר, ובתוכה העבירות סרסרות למעשה זנות והבאת אדם לידי עיסוק בזנות, הקיימות כיום בספר החוקים הישראלי, וניתן ללמוד מהן על המצב האפשרי לאחר חקיקת החוק המוצע.

58 ראו דיון בנושא זה בתת הפרק "איזון בין זכויות מתנגשות" בהמשך.

59 תודתנו לר"ר אילן סבן מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ולפרופ' אריאל בנדור מאוניברסיטת בר אילן על ההכוונה והייעוץ בנושא זה.

60 ברק (לעיל, הערה 3), בעמ' 262.

61 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 879.

חשיבותם החברתית היחסית של הערכים המתנגשים⁶². אין מדובר בקביעה מדעית או מדויקת, ולכן קיימים מצבים בהם ניתן לאזן בין ערכים ואינטרסים נתונים, המתנגשים זה בזה, באופנים שונים⁶³. בכך באה לידי ביטוי תפיסתה של החברה באשר לחשיבות החברתית היחסית של הערכים המתנגשים⁶⁴.

מעמד הערכים נקבע על פי יחסם לכלל הערכים של שיטת המשפט. בפסיקה נקבע כי האיזון בין השיקולים הנוגדים ראוי שיהיה עקרוני ולא אד-הוק⁶⁵. קיימים שני סוגי איזונים עיקריים, איזון אופקי ואיזון אנכי. האיזון האופקי הוא מכשיר שיש להשתמש בו כאשר ערכים מתנגשים, לרוב שווי מעמד בחשיבותם החברתית, והפתרון החוקתי להתנגשות זו הוא בויתור חלקי, הנוגע לכל אחד מהם, כדי שיהיה ניתן לקיים את שניהם⁶⁶. האיזון האנכי, לעומת זאת, הוא מכשיר שראוי להשתמש בו כאשר ההתנגשות בין הערכים, לרוב בין זכויות אדם לבין אינטרס ציבורי, יוצרת מצב בו מתבקשת עדיפות של ערך אחד על פני האחר⁶⁷.

להלן נציג את הזכויות המתנגשות הכולטות בחשיבותן בענייננו וננסה לאזן ביניהן:

א. הזכות לכבוד של הנשים בזנות מול חופש העיסוק שלהן (בהנחה שזנות הינה עיסוק כמשמעותו בחוק היסוד) – החוק המוצע יגרום לצמצום משמעותי של תופעת הזנות וכתוצאה מכך תיגרם פגיעה בחופש העיסוק של הנשים בזנות⁶⁸. יחד עם זאת, המהלך יסייע בהגנה על כבודן של נשים אלה. מדובר כאן בשתי זכויות מרכזיות, המופיעות בשני חוקי יסוד (כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק) ומתנגשות זו בזו. לנוכח מערך האינטרסים והזכויות המורכב במקרה זה, המשלב אינטרסים ציבוריים ופרטיים, האיזון הראוי לדעתנו הוא איזון אופקי. במכלול השיקולים, ההסדר המוצע יכבד יותר זכויות ואינטרסים מאשר המצב הקיים, אשר מזניח לחלוטין את האינטרסים של הנשים בזנות ומכבד את הלקוחות. מצד אחד הוא ידאג לאינטרס של הנשים, שהיה מוזנח עד כה, ומצד שני יתחשב במידה מסוימת גם בלקוחות⁶⁹. לפי מבחן האיזון, אם אין אפשרות לקיים בצוותא את שתי הזכויות המתחרות, ואכן לענייננו אין אפשרות כזו,

62 בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 477 (להלן – עניין דיין).

63 דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה פ"ד נא(4) 1, 39.

64 ברק (לעיל, הערה 3), בעמ' 264.

65 שם, בעמוד 270.

66 שם, בעמוד 272.

67 קיים סוג נוסף של איזון – איזון מורכב (המשלב בין שני הסוגים הקודמים) – ונתייחס אליו בהמשך.

68 ראו הדיון לעיל לגבי המצב הקיים בשוודיה לאחר חקיקת חוק הפללת לקוח.

69 הכוונה לשלב בהצעת החוק תוכנית שיקומית, שתהיה מיועדת ללקוחות שייתפסו בפעם הראשונה, כחלופה להרשעה או לעונש, דבר שיפחית בצורה ניכרת את הפגיעה בהם.

זנות: לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי

שכן הזנות תמיד פוגעת בכבוד וגובה מס קלון חברתי, תגבר הזכות שתוצאת הפגיעה בה לפרט היא חמורה יותר⁷⁰.

הזכות לחופש העיסוק, ככל זכויות האדם האחרות, היא זכות יחסית ולא מוחלטת, וההגנה עליה מצומצמת יותר מזו המוענקת לזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷¹. על כן, נראה כי יש להעדיף את ההגנה על כבודן של הנשים גם אם תיגרם להן פגיעה (ואפילו מוחלטת) בחופש העיסוק.

למרות שאנו סבורים כי יש לערוך איזון אופקי, יצוין כי גם לפי האיזון האנכי היינו מגיעים לאותה תוצאה. לפי שיטה זו, ניתן להגדיר את מעמד הנשים בחברה כאינטרס ציבורי רחב, שאותו יש להעמיד בראש ההיררכיה. מאחר שמצטרפות אליו גם זכויות אדם אינדיבידואליות (זכויות הנשים שנפגעות), יש בכך כדי להצדיק מבחן מקל יותר עם המחוקק ויהיה ניתן להסתפק במבחן הסתברותי של אפשרות סבירה. על פי מחקרים שנעשו והידע שקיים, נראה כי אפשרות זו אכן מתקיימת.

נראה כי החקיקה המוצעת הינה חקיקה פטרנליסטית ביסודה. פטרנליזם הוא הגנה כפויה מצד המדינה⁷², המגבילה את האוטונומיה של הפרט. פטרנליזם עשוי להיות אמצעי לגיטימי כשהוא נועד להגביר את האוטונומיה של פרטים חלשים בחברה ליברלית, ולמנוע את ניצולם על ידי אחרים⁷³. לעניין ההתנגשות אשר תוארה לעיל, החוק המוצע מגן באופן כפוי על הנשים העוסקות בזנות על ידי הגבלה על עיסוקן בזנות ומשמש, לדעתנו, אמצעי לגיטימי להגנה על כבודן. גישה זו עולה בקנה אחד עם תפיסתנו החברתית של הגנה על החלש ועם תחושת הצדק והישר⁷⁴.

ב. הזכות לכבוד של הנשים העוסקות בזנות מול זכותם של הלקוחות לפרטיות וזנעת הפרט (שפורש ככולל אוטונומיה)⁷⁵ – הפללת הלקוחות תוביל בראש ובראשונה לחשיפת פרטיהם ובכך תפגע פרטיותם⁷⁶. יש לאזן פגיעה זו בלקוחות אל מול שמירה על כבודן של הנשים. הזכות לפרטיות היא זכות חשובה במשפחת הזכויות בחברה

70 בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 285 (להלן – עניין גור אריה).

71 ענבר (לעיל, הערה 14), בעמ' 143-144.

72 כך, למשל, חוקים הכופים תנאי עבודה מינימליים על עובדים ועל מעבידיהם, במטרה להגן על עובדים. כזה הוא גם החוק המחייב חבישת קסדה, במטרה להגן על רוכבי האופנועים.

73 פרנסס רדאי "על השיוויון" משפטים כד (תשנ"ד) 241, 261.

74 ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 469.

75 ראו ענבר (לעיל, הערה 14), בעמ' 193 וכן פרוסט (לעיל, הערה 56), בעמ' 21.

76 הזכות לפרטיות הוכרה כזכות יסוד. כאמור, זכות זו אמורה להידחות מפני זכות הציבור לקבלת מידע בגין עניין ציבורי לגיטימי. כאשר יש עניין לציבור, אזי יש לגיטימיות לפרסום, וזאת להבדיל מרצון הציבור לספק את חטנותו בענייני אחרים. ראו: שחם ומרום (לעיל, הערה 15), בעמ' 125.

הליברלית-הדמוקרטית, ויש לה מקום מרכזי⁷⁷. בעידן הדיגיטלי, המציע טכנולוגיות של מעקב ותובע יתר יעילות כתוצאה מלחצי השוק, הזכות לפרטיות נאבקה על מקומה, ויותר מתמיד מתעורר הצורך לעגן אותה.

גם כאן, בהתנגשות בין שתי הזכויות הללו נראה כי יש לקיים ביניהן איזון אופקי. אין חולק כי מיקומה של הזכות לפרטיות בחוק היסוד אינו נותן לה מעמד עדיף על פני זכויות יסוד אחרות. נהפוך הוא, זכויות היסוד של האדם – ולפחות רובן המכריע – הן יחסיות. כלומר, בנסיבות מסוימות הן עשויות לסגת מפני זכויות, ערכים ואינטרסים מתחרים⁷⁸. כך היא הזכות לפרטיות וכך ראוי גם בענייננו. באיזון בין הזכויות ראוי כי הזכות לפרטיות תיסוג כליל מפני הזכות לכבוד, וזאת לאור תפיסתנו בדבר החומרה היתרה הנובעת לפגיעה בכבודן של נשים בזנות. על פרטיות הלקוחות לסגת לנוכח המטרה החשובה יותר – ההגנה על הכבוד.

ג. הזכות לכבוד של הנשים העוסקות בזנות מול זכותם של הלקוחות לחירות מפני מאסר – הטלת אחריות על לקוחות תגרום להתנגשות ביניהן, משום שמטרתה לשמור על כבודן של הנשים, אך מנגד היא שוללת את חירותם של הלקוחות. על פניו, נראה כי מדובר בשתי זכויות שוות מעמד והאיזון הראוי ביניהן הוא איזון אופקי, שיבטא את מידת הוויתור ההדדי שכל אחד מהערכים המתנגשים צריך לשאת בו. שלילת החירות באמצעות מאסר היא אכן פגיעה קשה ביותר בפרט. אולם, בחינה נוספת מעלה כי ההתנגשות בין הערכים במקרה זה אינה דו-ערכית אלא רב-ערכית, נוכח המורכבות של היחסים הבין אישיים ומתוך כך שאותה התנהגות עצמה מהווה לעתים קרובות גם ערך שלפרט עניין בו וגם ערך שלכלל עניין בו. במצב דברים זה יש לשקול תחילה ניסיון לויתור הדדי בין הזכויות, ואם ניסיון זה לא צולח, יש מקום להגביל את זכותו של האחד בהתחשב באינטרס הציבור (איזון אנכי)⁷⁹. באיזון אנכי, משתלבות אל תוך עיקרון המידתיות נוסחאות איזון, כגון מבחן "הוודאות הקרובה" ומבחן "האפשרות הסבירה", אשר מתחשבות במשקלן הסגולי של הזכות ושל האינטרס הציבורי שלמענו מתבקשת פגיעה בזכות⁸⁰. גם כאן, הזכות לכבוד, הנפגעת אנושות אצל נשים בזנות, הינה זכות מרכזית ויסודית של הפרט, אך בנוסף לכך ניתן לטעון כי היא מגלמת גם אינטרס ציבורי נרחב, שכן תופעת הזנות פוגעת בציבור כולו וביעד השוויון

77 ראו חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 וכן מיכאל בירנהק "הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא (תשס"ח) 9, 10.

78 פרופ' אריאל בנדור יוצא נגד גישה זו וטוען כי הרחבת היריעה גורמת לפגיעה באיכות ההגנה הניתנת אף לזכויות הראויות להגנה רצינית ולתשלום מחיר חברתי של ממש תמורת הגשמתן. ראו אריאל בנדור "בגנות היחסיות של זכויות-היסוד" **משפט וממשל** ד (תשנ"ח) 343, 344.

79 ברק (לעיל, הערה 3), בעמ' 272-273.

80 עניין **גור אריה** (לעיל, הערה 70), בעמ' 284.

זנות: לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי

המגדרי, ולכן היא גוברת על זכותו האישית של הלקוח לחירות. על כן תישלל הזכות לחירות מפני מאסר במקרים המנויים בחוק המוצע.

ד. זכויות חיוביות ושליטיות

ההבחנה הקלאסית בין זכויות חיוביות ושליטיות גורסת כי הזכות השליטית היא זו המורה לאחרים לסגת ממתחם הפרט ואילו זכות חיובית דורשת מהחברה לפעול באופן אקטיבי על מנת לקיים ולקדם את זכותו של הפרט⁸¹. הזכות לכבוד האדם מטילה על רשויות השלטון חובה (שליטית), שלא לפגוע בכבוד האדם, וחובה (חיובית) להגן עליו⁸². הואיל והכבוד הוא גם זכות חיובית, שהמדינה חייבת להגן עליה לפי סעיף 4 לחוק היסוד, הדבר עשוי להצדיק גם קביעה של עבירה פלילית, שלא הייתה קיימת עד כה.

6. עוולות חוקתיות – כבוד בר־פיצוי

בפרק הרביעי נערך דיון מעמיק בתרומתם האפשרית של דיני הנזיקין לצורך יצירת מענה לנזקי הזנות. מצאנו, אולם, כי יש מקום להתייחס לאופציה של פיצוי כספי גם בהקשר החוקתי.

לאחר בחינת ההסדרים השונים הקיימים, הגענו לידי מסקנה כי הסדר הפללת הלקוחות הוא המתבקש לאור המשפט החוקתי במדינת ישראל. בזמן שחלף מאז התקבלו, חוקי היסוד כבר טבעו חותם של ממש במשפט הישראלי; הם סייעו לביסוס ההגנה על זכויות האדם, השפיעו על פרשנותם של דברי חקיקה ואף שימשו בסיס לביקורת שיפוטית עליהם. לדעתנו, בהתבסס על חוקי היסוד, ראוי לחזק את ההגנה הכספית על זכויות האדם.

כשם שכל זכות משפטית זוכה, במקרה הרגיל, להגנה באמצעות ציווי או פיצויים, לחלופין או במצטבר בהתאם לנסיבות, כך גם על זכויות האדם ליהנות מאותה מידה של הגנה משפטית⁸³. לצד ההסדר החדש, המומלץ על ידינו, אנו מציעים ליצור מנגנון בו יוכר פיצוי כספי עצמאי המושתת על פגיעה בזכויות המוגנות על ידי חוקי היסוד⁸⁴.

81 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** ז (2000) 65, 93.

82 דברי השופט ברק בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פורסם בנבו.

83 דפנה ברק-ארו "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט (תשס"ו) 103, 107-106.

84 השוואה למשפט הפרטי מלמדת, כי ההגנה על זכויות באמצעות תביעות פיצויים הינה מקובלת תמיד, ואילו סעד הציווי, הנחשב לחזק ומגביל יותר, כפוף לסייגים ולשיקול דעת. מבחינה זו, האפשרות לקבל סעד של ציווי במשפט הציבורי, בלי שתלווה לה הזכות

פרק א – משפט חוקתי

המשמעות המעשית היא כי מעתה לא יהיה צורך לפנות לעולות הנזיקיות השונות, כשם שהדבר נעשה כיום, ולהוכיח את יסודות העוולה על מנת לזכות בפיצוי. כל עת שהוכחה פגיעה בזכות חוקתית מוגנת, יתקבל פיצוי עצמאי על יסוד הוראות חוק היסוד⁸⁵. כל זאת בנוסף לסנקציות העונשיות, אשר יקבעו בחוק הפללת לקוח.

אי ההכרה באפשרות לתבוע פיצויים בגין הפרה של כל זכות אדם יוצרת הבחנה לא ראויה בין זכויות האדם – בין זכויות אדם שדיני הנזיקין מגנים עליהן, ובין זכויות אדם שאינן זוכות להגנה נזיקית⁸⁶. ראוי להדגיש כי כמעט כל עוולה נזיקית מגנה גם על אינטרס חוקתי, אולם דיני הנזיקין, כאמור, העניקו פיצוי בעיקר בגין פגיעות מוחשיות. מהפכה חוקתית נזיקית ראויה תהיה לכן זו שתעניק משנה תוקף לפגיעות חוקתיות מובהקות, שהנזק הטיפוסי בהן הוא הנזק האישיותי⁸⁷.

מסורת הפיצוי בגין פגיעה באינטרס חוקתי מובהק, שלא נלווית לה פגיעה פיזית, מגלה כי הפגיעה היא בעיקר באינטרסים האישיותיים של הניזוקה או הניזוק, המאופיינים בעיקר כפגיעה בכבוד וברגשות⁸⁸. כך גם לענייננו, הפיצוי על עולות חוקתיות, שאותו אנו מבקשים להסדיר, יפצה, ולו חלקית, על פגיעה בכבודן של העוסקות בזנות ועל השפלתן⁸⁹.

כאמור, דברינו כאן מיועדים להוסיף פן נוסף לדיון הנזיקי הרחב, המופיע בפרק הרביעי.

לתבוע פיצויים כאשר התגבש נזק שאינו ניתן עוד לתיקון, היא אנומליה ברורה. זהו מצב ייחודי שבו זכות משפטית אינה מוגנת באמצעות הסעד הנחשב לחלש יותר – פיצויים, אף שקיימת נכונות עקרונית להגן עליה באמצעות הסעד החזק יותר – הציווי. ראו **שם**, בעמ' 107.

85 לעניין זה ראו גם טענותיה של ע"ד נעמי לבנקרון בעניין **אלמונית (לעיל)**, הערה 54) וכן את הדברים בספרו של אהרן ברק **פרשנות במשפט**, כרך ג, **פרשנות חוקתית** (תשנ"ד), 704-705, שם מציין ברק כי אין צורך לדבר חקיקה מיוחדת, הקובע תרופה עקב הפרת זכות חוקתית, שכן התרופה טמונה בעצם ההפרה ובזכותו של הנפגע.

86 בהקשר זה חשוב להדגיש כי דיני הנזיקין המסורתיים הגנו על זכויות אדם חשובות. כך, למשל, עולת התקיפה מגנה על הזכות לשלמות הגוף, העוולה של כליאת שווא מגנה על הזכות לחירות אישית ודיני לשון הרע מגנים על הזכות לשם טוב.

87 ראו: ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 133. שם הבהיר בית המשפט כי מבחינה טכנית הגדרת "נזק" בפקודת הנזיקין יכולה להכיל את אותם אינטרסים אישיותיים, אשר הפגיעה ברגשות היא ללא ספק חלק מהם.

88 יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפט וממשל ט** (תשס"ו) 137, 141.

89 אמאילה קופמן "מהי הזנות – תובנה לתוך קהילת הנשים בזנות – תאור מצב" אתר מכון תודעה (2005). ניתן לצפייה באתר: http://www.macom.org.il/todaa_what-is-prostitution.asp.

7. סיכום

היכוח הידוע בנושא אכיפת מוסר בחברה עכשווית בין לורד דבלין למלומד הארט החל בעקבות פרסום דוח ועדת וולפנדן, שעסק בהסדרה המשפטית של זנות באנגליה⁹⁰. היום ברור כי הקושי הגלום בתופעת הזנות אינו קשור לשאלות מוסר מיני במובן שאליו התכוונו בריי-הפלוגטא האנגלים לפני עשרות שנים. במרכז השיח היום צריכה לעמוד שאלה מוסרית אחרת – כיצד מתאפשרת, בחברה עכשווית, הפגיעה הקשה בכבודן של נשים בזנות; כיצד משלימה החברה עם קיומו של מס הקלון החברתי. בכך ביקשנו לטפל בפרק זה, מפרספקטיבה חוקתית. החוק הפלילי בישראל אינו אוסר את העיסוק בזנות, הוא אוסר, לעומת זאת, חיים על רווחיה של אישה בזנות ושידול לזנות.

הפרק הבא יסקור בהרחבה את טיבו ומהותו של הסדר פלילי חדש, שיפליל רק לקוחות. בפרק זה ביקשנו לפרט כיצד הסדר חדש זה, אשר עשוי להביא לצמצום במספר הנשים בזנות או למצער הטבה במצבן, ובעקבות כך צמצום הניצול וההשפלה, מתחייב לאור בחינה חוקתית. לשם כך ניסינו לבחון בחינה חוקתית את החוק המוצע, ולהעריך אם יעמוד במבחנים החוקתיים השונים.

בחנו את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועמדנו על משמעות המושגים הללו תוך התייחסות לתופעת הזנות. מסקנתנו הייתה כי קיומה של התופעה אינו מתיישב עם ערכים אלו.

בדקנו האם זנות וסרסרות הם עיסוקים כמשמעם בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ולאחר מכן בחנו אם ניתן להגבילם, גם אם רואים בהם עיסוקים המוגנים על פי חוק היסוד, לאור המבחנים השונים של פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: חופש העיסוק ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סקרנו מספר אמצעים חלופיים שהוזכרו בהקשר לתופעת הזנות, וזאת על מנת לבדוק האם ההסדר המוצע הוא הטוב ביותר להשגת המטרה המבוקשת – הגנה על הכבוד.

פירטנו כיצד יש לאזן בין זכויות מתנגשות על פי הפסיקה, ויישמנו זאת על ענייננו. המסקנה אליה הגענו היא כי החוק המוצע עובר את המבחנים. בנוסף, הצענו פסקת התגברות, אשר נותנת מענה גם אם קיים חשש כי החוק החדש ייכשל בפני אחד ממבחניה של פסקת ההגבלה.

בטרם סיום, נוסיף כי הסדר חדש, שיסייע למגר את הזנות, יעלה בקנה אחד עם ערך נוסף, אשר גם אם לא עוגן במפורש בחוקי היסוד⁹¹, אין ספק במעמדו המרכזי בשיטתנו.

90 הארט (לעיל, הערה 19), בעמ' 26-27.

91 על פי עמדה אחת. על פי עמדה אחרת, מעוגן ערך השוויון בתוך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, למשל, קבעה השופטת דורנר בבג"ץ אליס מילר כי לא כל פגיעה בשוויון

פרק א – משפט חוקתי

כוונתנו לערך השוויון, ובהקשר שלנו – השוויון בין גברים לנשים. הזנות מקבעת חוסר שוויון ופערים עצומים ביחסי הכוחות בין המינים⁹². לרוב, העוסקות בזנות הן נשים ואילו העוסקים בסרסרות הם גברים. רבים סוברים כי הזנות היא בראש ובראשונה פרקטיקה של ניצול, אלימות והשפלה, המופעלת בעיקר כנגד נשים⁹³. המודל החקיקתי הנהוג בשוודיה, ושאותו אנו מבקשים לקדם, מבוסס על תפיסה כזו. מסקנתנו, אם כן, מבלי להיכנס לעובי הקורה, כי ערך חוקתי נוסף, אשר נפגע בשל תופעת הזנות, ועל כן יש לשאוף להסדר החדש של הפללת לקוחות, הוא ערך השוויון⁹⁴.

בפרק זה ביקשנו לפרוש באופן תמציתי את עיקרי העקרונות החוקתיים אותם ראוי לבחון עם הסדרתו של חוק חדש ברוח זו בישראל. אנו תקווה כי המתוקק יראה בחקיקת חוק כזה פעולה ראויה, דרושה ונכונה גם מהבחינה החוקתית.

פוגעת בכבוד האדם וכי פגיעה בשוויון שיש עימה השפלה, פוגעת בכבוד. עוד קבעה כי חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם. ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4)128, 133.

92 ענת גור מופקרות – נשים בזנות (תשס"ח), בעמ' 254.

93 גישה זו מפורטת על ידי פרופ' אלמוג בספרה (לעיל, הערה 17), בעמ' 12.

94 יצוין כי במקרים שבהם זכויות, המקבלות הגנה חוקתית על אף חוסר עיגוןן המפורש בחוק, מתנגשות אלו באלו, יש לבדוק את מידת קרבתם של הערכים המתנגשים לליבה של כבוד האדם ולהכריע בהתאם לכך. ראו דברי השופט ברק בעניין דיין (לעיל, הערה 62) וכן דברי השופט דורנר בבג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2)433, 449.