

# הזונות הנעלמות מהעין

## נזכחות נפקדות במשפט הישראלי

תיזה לתואר שני המוגשת בידי איתי פרוסט

מנחה ד"ר אייל גרוס



2

What s thy sentence, then, but speechless death, which robs  
my tongue from breathing native, William Shakespeare,  
King Richard //, Act I, Scene ///

א. מבוא

ב. קורבנות ומשפט – המשפט כמערכת כללים ועקרונות

ג. קורבנות ומשפט – על ה"שתקת האחר" במשפט

ד. על מושג "אוטונומיה" – "חילחול" מוסר "כבוד" האדם ו"חירותו"

ה. אי הפללת הזנות במשפט הישראלי ו"אחרות" האשה - הזונה

1. פקודת החוק המנדטורי 1936 והמשפט הישראלי הצעיר

2. תיקון חוק לדיני עונשין (עבירות זנות) התשכ"ב – 1962

(א) הפללת הזונה כסרסור - איסור זנות בבית

(ב) הזונה "כקורבן" - הרחבת הסרסרות – הפללת זנות כפרנסה וחיי אישות

(ג) העלמת הזונה מהעין – מעשה הזנות מאקט גופני לייצרי ומייצרי לחלפני

(ד) הזונה כראייה חפצית – השלמת אוביקטיפקצית הזונה בעולם הראייתי

(ה) סיכום ביניים

(ו) מתורג'מן לתורג'מן – בית המשפט כ"מטהר הסרסורים"

ו. סיכום המהלך - התוצאות בשטח עובר לעבירת הסחר בנשים

ז. בין סרסרות לסחר – שלושה מומנטים בסחר בבני אדם

ח. על ההקשבה לקורבנות הסחר ופתיחת המערכה הבינלאומית

ט. הסחר במדינת ישראל - על הכשל התחיקתי בעבירת הסחר

י. מאימת הסוחרים לכבוד הקורבן – הפסיקה למען קורבן הסחר

יא. במקום סיכום - סוף טוב לא הכל טוב

יב. ביבליוגרפיה

הזנות מעולם לא הופללה בחוק הישראלי. נהפוך הוא – החוק הפלילי הכריז מלחמת חורמה על אלו המנצלים ורודים בעוסקות במין עבור כסף – היינו הגנה על הזונות כקורבנות סרסוריהן. הכרה זו הייתה אמורה, לכאורה, להוביל להגנה על הזונה, תוך חיזוקה אל מול מנצליה. עבודה זו תבקש לטעון כי הלכה למעשה נפלה הזונה קורבן לא רק למסרסים בה, אלא גם לתפישות המוסרניות של המשפט הישראלי. עמדה זו מתחדדת לנוכח תופעת הסחר בבני אדם לשם זנות אשר העלתה מחדש את הדיון המשפטי בדמותה של הזונה ובעייתיות היחס אליה. העיסוק המשפטי בזנות עמד מאז ומעולם על קו הגבול שבין המשפט והמוסר, ובשים לב לחיסרון דיון שכזה בספרות הישראלית, נבקש לבחון בעבודה זו את מעמדה של הזונה במשפט הישראלי, בעבר ובהווה. אין בכוונת (וביכולת) עבודה זו להיכנס לסוגייה הנרחבת של הזנות – הן במסגרת התיאורטית והן בהיבט החברתי – וכל שנבקש הוא להצביע על שהתרחש ברווח שבין מציאות למשפט, בין רטוריקה לפסיקה בין הזונה לפוסקי דינה.

נקודת המוצא למסע זה תהא במבט כללי על המשמעות של נטילת חלק בהליך המשפט, בעיקר מנקודת מבטו של מושא המשפט, האדם הבא באולמו. לשם כך אפתח במיפוי והארת הפוטנציאל הדכאני של המשפט המודרני. בחלק הראשון אבקש להציג ביקורת על מסוכנות המשפט הן כאמצעי אלים ובעיקר כמערכת משמעות סגורה. המשפט כמוהו כשדה שיח מקצועי בירוקרטי הפועל למען ומתוך ערכיו הוא ובתוך כך מעלים את דמותו ו"קולו" של מי שאמור להיות מושאו ומטרתו הסופית – האדם החוסה תחת קורתו. אבקש להציג את אופן המשמעות המוסרית של "קול" האדם במסגרת עולם השיח החברתי ככלל, והמשפטי בפרט, וזאת באמצעות המושג הנטוע בתאוריות "השיח" של "האחר".

בד בבד אבקש להצביע על ההתפתחות הערכית במסגרת המשפט לפיו מתקיים "חלחול" של דמות האדם – והטענת "קולו" – וזאת באמצעות המושג המרכזי בתורת המוסר : מושג ה"אוטונומיה". מתוך הדיאלוג המוסרי-משפטי אבקש להצביע על שני מובנים ערכיים מרכזיים למושג ה"אוטונומיה" – ביטוי "חופש רצון" והכרה ב"כבוד" – אשר קבלו מעמד על במשפט הישראלי ב"חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו". אבקש לטעון כי מושג האוטונומיה במשפט הישראלי מניח רק פן אחד בלבד של חוק היסוד, קידוש "חופש הרצון", וכי לנוכח לחשיבותו ההכרה ב"קולו" של ה"אחר" כ"כבודו", יש צורך לפתח את מושג ה"כבוד" כמרכיב פרשני משמעותי בייחוד כאשר מדובר בעבירה הפוגעת בזכויות אדם.

<sup>1</sup> למען הגילוי הנאות הרי שעבודה זו נכתבה יד ביד עם משרת הכותב במשרד המשפטים ומעורבותו בסוגיית הסחר בבני אדם, הן בהופעות בבית המשפט כמו גם בשותפותו בוועדה הבין משרדית שהוקמה על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

מצויד במשקפיים אלו, כמו גם בתובנת יסוד בדבר הסטריאופיט הדואלי המלווה את האשה הזונה כ"קְדוּשָׁה/קְדוּשָׁה", אבקש בחלק השני, ההיסטורי משפטי, להציג את מקורות אי הפללת הזנות והאופן בו המשפט הישראלי נרתם לכאורה לעזרתה במלחמת חורמה בתופעת הסרסרות. הניתוח יאתר את דמותה המשפטית של ה"זונה" החל בפקודת החוק הפלילי המנדטורי ושרטוטה ועד ימינו. מסע זה יבקש להפריך את "מיתוס אי-ההפללה" תוך הצבעה על האופן הפטרנליסטי בו נע היחס המשפטי התת-מודע לזונה מ"טמאה" ל"קורבן". מסע זה ילמד כיצד "קול" ה"קורבן" העוסקת במין עבור כסף בהסכמה הועלם באמצעים שונים מהשיח המשפטי - בין אם בהפללת הזנות הלכה למעשה, בין הפללת עולמה הפרטי תוך הרחבת הגדרות ומונחי החוק באופן חסר תקדים בנזילותו - וזאת ללא כל חקיקה ובניגוד למטרתה. הפרכת "מיתוס אי-ההפללה" יוסיף וילמד כי בנוסף לרדיפת הזונה נוכס קולה לצרכי הרשעת הסרסור מכח מעמדה הייחודי כ"מבצעת בצוותא" א-פריוורית, עובדה שהתווספה לרדיפתה ואשר הובילה להברחת הזנות הישר לידיהם של מנצליהן הסרסורים למניעת פגיעת המשפט בעולמן הפרטי. לא זו בלבד שהמשפט הרים תרומה זו לתשתית הסרסרות - הוא השלים את מהלכו הפוגעני בכך שהקל על סרסורים אלו תוך שהוא מייחס להם שיח ייחודי לזנות עצמה, כתופעה בעלת תו מטרדי וקשר המבוסס על כסף בין בגירים וללא כפיה - עובדה שהוסיפה תרומה לתשתית הסרסרות והסחר. פרק זה יבקש להראות כיצד הזונה אינה רק קורבן של מציאות אלימה ונצלנית, אלא אף של מערכת המשפט שעשתה ככל ידה להימנע מלדון לגופה של זונה ולהקשיב לקולה.

הפרק השלישי יפנה מבטו אל מקומה של הזונה עת ייחשף לנגד עיני החברה הישראלית פניה המכוערים של עבירת הסחר בבני אדם. כחידוד למסורת "אי - ההקשבה" במשפט הישראלי, אבקש להציג את מהות תופעת הסחר בבני אדם; העבודה תסקור את התופעה הגלובאלית על של "הגירת עבודה" ואת הגדרת תנאי הסחר הפסול מתוך בחינת קולם של הקורבנות ותוך זיהוי רעתה כתופעה הפוגעת בשני מושגי ה"אוטונומיה" אותם ניתחנו - "כבוד" האדם ו"חירותו". על רקע זה אציג את הכשל היסודי בהבנת התופעה בהצבת הזונה במרכז ומתוך המשכיות במסורת הפטרנליסטית לזונה אשר שימשה הינע לתיקון חוק העונשין בסעיף 203א' העוסק בסחר בזוי זה. אבקש למתוח בקורת על החקיקה החפוזה ותוצאותיה ואציג את הכשל באי זיהוי השחקנים המרכזיים של העבירה והערכים המוגנים בה המעידים בתפיסה הסרסורית מסורתית של הסחר בהתאם למסורת ההתעלמות מדמות הקורבן ו"קולו" כמכונן העבירה. מנגד אבקש להראות כיצד בית המשפט, בניגוד למחוקק, פרש את העבירה ביתר רגישות ואף התמסר לא רק להקשבה לקולו של קורבן העבירה, כי אם גם ליציקת תכנים למושג "כבוד" האדם.

לסיכום אבקש להצביע על חשיבות הרבה שיש לשרטוט הדמויות המשפטיות, לזיהוי הערכים המוגנים וחשיפת הפרקטיקות לאורם בית המשפט צריך לפעול. כמו כן אבקש להזהיר כי למרות פרשנותו היוצרת של בית המשפט, נוצרה לטעמי אנומליה משפטית בין מילות החוק לפרשנותו, שמחייבת לעצב את מסגרת החוק מחדש בשים לב לפרקטיקת העבודות.

ב. קורבנות ומשפט – על המשפט הפוזיטיביסטי מערכת הכללים והעקרונות

לנוכח העובדה כי מושא דיוננו, וטענת קורבנותו, האדם חי בעולם המשפט – נבקש למפות, בטרם פריטה, את פוטנציאל הסכנה באתר בו פועלים השחקנים השונים במסגרת הנורמטיבית השלטת במשפט המודרני. מהקמת בית המשפט הראשון בידי האלה אתנה על גבעת האראופגוס ליישוב דרישת אלות הנקמה ואילך – מושג ה"צדק" הוגדר וכוונן על ידי המשפט.<sup>2</sup> מנגד, האופן בו אלימות אינטגרלית למשפט מוצגת על ידי Austin Sarat בשלושה מובנים :  
 "It (Violence, I F) provides the occasion and method for founding legal orders, it gives law (as regular of force and coercion) a reason for being, and it provides a means through which law acts"<sup>3</sup>

משמעות קשר זה הינו חד - משמעי : משפט ללא צדק מהווה אלימות לכל דבר.

על יסוד המבט המפוקח ששלח Pascal בספרו "הגיגים" לעצם אפשרות המשגת הצדק, לפיו:  
 "Laws keep up their good standing, not because they are just, but because they are laws: that is the mystical foundation of their authority, they have no other... Anyone obeys them because they are just is not obeying the way he ought to"

למד Derrida (בדרכו הפתלתולה) כי ה"צדק" במשפט, הינו אירוע אלים מיסודו אשר בהיותו מכוונן הפרפורמטיבי ומתוך אי יכולת המשגת הצדק הופך כל פעולה שיפוטית המופעלת על הבא בפניו לאקט שרירותי ואלים :

"... founding, inaugurating, justifying law (*droit*), making law, would consist of *coup de force*, of a performative and therefore interpretive violence that in itself is neither just nor unjust and that no justice and no previous law with its founding anterior moment could guarantee or contradict or invalidate"<sup>4</sup>

<sup>2</sup> על המחזה ומשמעותו למשפט ראה מאמרו המרתק של עדי פרוש, "נקמה, צדק ותפקידו של בית המשפט במחזה נופות מחסר של איכילוס", "מחקרי משפט יח", עמ' 147

<sup>3</sup> A. Sarat, "Situating Law Between the Realities of Violence and the Claims of Justice", in "Law, Violence and the Possibility of Justice", p. 5

<sup>4</sup> Jacques Derrida, "The 'Mystical Foundation of Authority'", in "Deconstruction and the Possibility of Justice", Cornell, Rosenfeld & Carlson Ed, Routledge 1992, p. 3. pp. 12-13

תובנת סכנת אלימות זו מחייבת בחינה זהירה ביותר של "תפעול הצדק" השיפוטי, וביתר דיוק, את הניסיון המודרני ל"חלוקן" את מושג הצדק לא ממקורותיו המסתוריים, אלא מאופן תפעולו. סימן הכר מרכזי במסע זה היה זיהוי בין ה"ראציונאליות" ל"עשיית הצדק", ומתוך כך למוֹכְנוֹת ה"אמת" אל תוך ההכרעה צודקת.<sup>5</sup> התכנסותו של מושג הצדק אל ההליך הפרוצדוראלי מצא את ביטויו בעולם המשפט במאמץ הנועז לנתק בין המשפט והמוסר, או ליתר דיוק, במעבר בין "משפט טבעי" ל"משפט פוזיטיביסטי". מסע קצר בתורתו של מי שנחשב לגדול ההוגים הפוזיטיביסטים יבהיר אולי את איום המבוך המשפטי והתנועה בו ממבט פנימי של המשוטט בתורת המשפט גופא.

בספרו של H.L.A.Hart "The Concept of Law"<sup>6</sup> מכונן Hart את קתדרלת המשפט כמבנה המבוסס על עקרונות יסוד שמייצרת חברה ואשר כל עניינה "משחק לשון" של טקסטים אוטוראטיביים באמצעות הפעלת עקרונות וכללים. Hart מְנַגֵּד את המשפט למערכת חברתית נורמטיבית רגילה וטוען כי בניגוד לפגמים הנורמטיביים בחברות המבוססות על "עקרונות ראשיים" בלבד, המערכת הסוציאלית המשפטית הנה דינאמית מכח "כללי משנה". הפגמים המרכזיים המאפיינים מערכות "פרימיטיביות" מסדר ראשוני בלבד - פגמי "חוסר הוודאות", "סטאטיות" ו"אי אפקטיביות" של מערך נורמטיבי ראשוני - הם שמקבלים מעמד של "ערכי השיטה" (ומתוך כך של המשפט) ונפתרים לדידו באמצעות כללים מסדר שני כש"כללי זיהוי" מצביעים על טקסטים כאוטוראטיביים, ובכך פותרים את בעיית "חוסר הוודאות". "כללי השינוי" מזהים את השינוי בכללים הקיימים כבעלי תוקף, בכך נפתרת בעיית ה"סטאטיות" ו"כללי השיפוט" המכריעים את אופן יישום ההכרעה בין כללים והאם כלל ראשוני נפגע אם לאו, ובכך למעשה פותרים גם את בעיית "אי האפקטיביות".<sup>7</sup>

המכשיר אותו כונן Hart הינו מתוחכם עד אין קץ. מחד, העובדה כי הוא מוצא את האוטוריטה בטקסטים הַמְתוֹקְפִים מכח זיהויים, מנטרלת (לכאורה) כל פניה לעולמות נורמטיביים אחרים ובשל כך המשפט מכונן מכח עצמו ומיישם עצמו באופן אוטונומי ומתוך כך אובייקטיבי (לכאורה). עם זאת, המערכת מכוננת ומייצבת ערכי וודאות (לכאורה), יציבות (לכאורה) ודינאמיות (לכאורה) המאפשרת התקיימותה המשתנה של החברה, ועל כן מחייבת היא את קידושם של ערכי המערכת הללו באשר הם מתמצתים למעשה את מטרת המפעל כולו.

<sup>5</sup> ראה תפיסתו הסוציולוגית של וובר את המשפט כמערכת רציונאלית פורמאלית ולוגית וניסיונו המפורסם רולס הממפה את הצדק בהכרעה רציונאלית, ומכאן "אמיתות" הנדרשת ומבוטאת בתמציתה ב"סימואצית האמת" המפורסמת שלו - "מסך הבערות" (סימואציה שניתן לטעון לשיקופה ברעיון המגולם במגבלות סדר הדין, בעיקר זה הפיליפי).

John Rawls. "A Theory of Justice", Harvard University Press 1971, p. 126 - 161

<sup>6</sup> H.L.A. Hart "The Concept of Law", Calendron press, Oxford 1990

<sup>7</sup> ibid, p 90 - 95



יתר תחכומה (ואימתה) של המערכת נטוע בכך שמעצם כינונה היא גם מטעימה מתוקף עצמה את צידוקי התקיימותה - באשר מערכת הפועלת על מערך "זיהוי" שמכונן על ידה למעשה יזוהה כאוטוריטיבי רק על ידה וּבְקִבְיָהּ.<sup>8</sup> התקיימותה, תפעולה ויישומה של מערכת משפט תלויה באופן מוחלט ב"מבט הפנימי" של ההליך השיפוטי כמי שמיישמה ומי שמקיימה מתוך כך. האוטוריטה של טקסט אינה בגדר מעלתו, אלא בגדר יחס ביורוקרטי של הפקידים המתפעלים אותה ככזו. יתירה מכך, כחו של השיפוט נטוע לא רק בכינונו של המשפט, אלא גם בהבנתו אותו. המשפט אמון על "שפה פנימית" הייחודית ונבדלת מ"שפה טבעית" באשר "מדעיותה" הנה תוצר מתחייב של עיסוק תוך טקסטואלי - על חוקיו, תקדימיו ודרכי תפעולו המכוננים, בהליך של "בליעה לשונית" של המציאות, שיקוף המציאות בהגדרות החוק על מרכיביו ופיקוחה לטקסט כמודל שמכונן משמעויות מציאותיות כמשפטיות.<sup>9</sup> ככזה, המשפטן הפוזיטיביסטי נושא עמו את החוק ותקדימיו כ"תְּרָגוּמוֹן" דרכו משתקפת המציאות בעיני השפה המשפטית, ושאליה חוזרים עם תבנית נורמטיבית לאכיפת התנהגות.

---

<sup>8</sup> נקודה זו מובהרת היטב, עת מתאר Hart את דרך תפעולם של כללי הזיהוי. לדידו, הלכה למעשה מתנסים כל כללי הסדר שני לכדי "כלל זיהוי" אחיד אשר בצורה ויטגינשמיאנית מכוננים מערכת משפטית מתפעולם בידי "פקירי המשפט":

"... the rule of recognition of a legal system is like the scoring rule of a game. In the course of the game the general rule defining the activities which constitute scoring is seldom formulated; instead it is used by officials and players in identifying the particular... the declarations of officials have a special authoritative status attributed to them by other... identifying particular rules of the system is characteristic of the internal point of view. Those who use them in this way there by manifest their own acceptance of them as guiding rules and with this attitude there goes a characteristic vocabulary different from the natural expressions of the external point of view. *ibid* p. 99

<sup>9</sup> למעט "Hard Cases" יוצאי דופן ואשר אינם חותרים תחת התפעול הכללי של הליך הפרשנות, אומר לנו Hart, מאפשרת לנו השפה פרקטיקת כימות ועיצוב המציאות לחוק ללא כל בעייתיות.

בשים לב לאלימות הנטועה ביסוד המשפט, די בקריאה זו כדי להעלות חוסר נוחות מעצם "סגירות" המערכת הפוזיטיביסטית, כמו גם בקדימות ערכיה לאחרים ומסוכנות פעולתה לצידוק עצמה ומטרותיה, הכל תוך תפיסת עצמה כאובייקטיבית.<sup>10</sup> בהשענות הצידוקית על רציונאליות הייחוס המדעי להליך כימות הערכים החברתיים לשיח משפטי, מצטרף "מדע המשפט" למכלול סיפורה של ה"נאורות" המודרנית, שותף ל"סיפורי העל" של המדע אשר ללא צידוק מקריין מכוחו המתקף למפעל המשפט ונותן לו את אפיונו האוטוריטיבי ואת הלגיטימיות שלו.<sup>11</sup> סוג זה של נאורות זו חושף ד"ר רונן שמיר ביסוד מושג "הסבירות" המשפטית - זו המכוננת עצמה כמכלול הערכים באמצעות ה"מדע" והרציונאליות - כאשר לפי ד"ר שמיר "בית המשפט אס כן, מדבר הן כדוברו של האור והן כאמת המידה שלו"<sup>12</sup>

בעולם בירוקרטי זה נע ק. גיבורו של פרנץ קפקא ביצירתו המונומנטאלית "המשפט". תנועת שיטוט אין סופי במציאות שכולה פוכי משפט, הליך לגאליסטי חסר "משכן" באשר דפי הספר בכללותם הנם "לוקוס" המשפט. גן השבילים המתפצלים לשום מקום משפטי זה מתואר על ידי Deleuze & Guattari כ"Rhizome"<sup>13</sup> - התפשטות מחילתית שאין לה צד ואמצע, מרכז ושוליים, מסע אין סופי בין דלתות לשכות, עליות גג ומשכנים אינטימיים - המהווים כולם את מקום משכנו של המשפט, ללא כל אפשרות להגיע לגרעין המשפט וללא אפשרות להשתחרר ממנו. אביגדור פלדמן הדגיש כיצד שיח Rhizome זה משתלב גם בארכיטקטורה הייחודית של בית המשפט ומוביל בשילוב ייחודי להעלמות הגוף - הן של השופטים והן של מושאייהם - באופן המאפשר הפעלה אלימה וחודרנית על ישויות מופשטות וחסרות מימד<sup>14</sup> באופן המלמד היטב מדוע תוהה ק, בתם שיטוטיו המייגעים בנככי המשפט ורגע לפני מותו, "היכן השופט שמעולם לא ראה? היכן היה בית הדין הגבוה, שמעולם לא הגיע אליו?"<sup>15</sup>

<sup>10</sup> שבקורתה הקיצוני בפי ניטשה "חשיבות הלשון בהתפתחות התרבות היא בכך שהאדם כונן לו בה עולם שנחשב בעיניו איתן דיו כדי לעקור ממנו את כל שאר העולם מציריו ולשים עצמו לאדוניו" ["אנושי אנושי מידי" מתוך "ניטשה", עריכה ותרגום ניראד והמרמן, הוצאת עם עובד, 2000, עמ' 75] וכי כל פרשנות הנה ביטוי ל"רצון לעוצמה", מקום בו "החוקים נעדרים בו, וכל עוצמה מוציאה מדי רגע את מסקנתה האחרונה" ["מעבר לטוב ולרע", הוצאת שוקן 1979, עמ' 34]

<sup>11</sup> על "סיפורי על" מדעיים ותיקופם ראה זאן פרנסואה ליוטארד, "המצב הפוסט-מודרני", הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1999

<sup>12</sup> רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככת שיפוט", תיאוריה וביקורת 5, סתו 1994, עמ' בעמ' 13.

<sup>13</sup> Gilles Deleuze & Felix Guattari, "Kafka, Towards a Minor Literature", in Theory and History of Literature, Volume 30, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1990, p.3 & 45

<sup>14</sup> אביגדור פלדמן, "שירת הסירנות: שיח וחלל בבית המשפט", תיאוריה וביקורת 1, עמ' 143

<sup>15</sup> פרנץ קפקא, "המשפט", הוצאת שוקן, עמ' 219

על פי ביקורת זו, הופכת המכונה הליגאליסטית מכאניסטית למה שניתן לכנות בהשאלה "הביורוקרטיה של ההיגיון הטהור" - גוף אוטונומי בראציונאליותו היישומית, המטרית והמתקפת אשר מתוך כך בלבד, ובאופן ראשוני, למושאו וסיבת התקיימותו וכינונו, האדם, אין מקום ו"קול". אף שהמשפט הינו יצירה אנושית למען צדק הומאניסטי - בו האדם הוא מחוללו ומטרתו - הרי שפן יסוד בביקורת הקפקאית מצביע על המְגִנְנֵוּת המכאניסטית הצנטריפוגלית בקיומו האוטונומי של המשפט כמעלימה כל זאת.<sup>16</sup> מותו של ק. מטריד את נפשנו בדיוק בנקודה זו בה הוא נטוע בעולם משפט הדן בו מחד, אולם חסר פשר אנושי מאידך. העלמותו של מושא המשפט – האדם המופיע בחלל אולם המשפט – מהווה אם כן את יסוד הסכנה. במקום להיות עולם המשפט, נעלם האינדוידואל בין קפלי גלימת המשפט ונדם.

---

<sup>16</sup> אימה המחוארת לק. על ידי בעל ניסיון בהליכים : "השתדל להבין כי המנגנון המשפטי הגדול הזה יישאר תמיד תלוי ועומד, כביכול, ואם תשנה ביוזמתך דבר מה במקום שאתה עומד, עלול אתה לשמוט את הקרקע מתחת רגליך ולהזדרז לתהום, ואילו המנגנון הגדול יפצה עצמו על ההפרעה הקטנה במקום אחר - הלא חוליותיו מחוברות זו בזו - ויישאר כשהיה או, כפי שסביר להניח, ייעשה עוד יותר מסוגר, עוד יותר עירני, עוד יותר מחמיר, עוד יותר מרושע", ראה הערה

## ג. קורבנות ומשפט – על ה"שתקת האחר" במשפט

צעד נוסף בפריטת הביקורת מעלה, בדבר העלמות דמותו וקולו של מושא המשפט, מציג Roland Barth מתמצת במכתמו "משפטו של דומיניסי". Barth חושף את הכח המסורתי על יסודו מכונן המשפט עצמו בתארו אותו כהליך הפועל לתיקופו "תוך שאיבה ממקורותיה העתיקים של התבונה האוניברסאלית, שאיננה בעצם התבונה שלהם עצמם".<sup>17</sup> לדידו, הדרישה ל"שיח פנימי" במשפט "בא ומזכיר לך שהיא מוכנה ומזומנה להשאל לך מח להחלפה כדי להרשיע אותך כפי שהיית צריך להיות ולא כפי שהנך..."<sup>18</sup> תפעולו הבירוקרטי אוטונומי של שיח זה מכונן שפה ייחודית עליה מצביע Barth ככזו המהווה "השפה האוניברסאלית הזאת היא שמכוננת את פסיכולוגית האדונים אל מטרתה: היא שמאפשרת לה להתייחס תמיד אל הזולת כאל אובייקט, לתאר ולהרשיע בה-בעת. זוהי פסיכולוגיה של שמות תואר, אין היא יודעת אלא לעטר את קורבנותיה בלוואים, ומתעלמת מכל מה שהוא מחוץ לקטגורית האשמה שאליה דחקה אותם בכח... לגנוב את שפתו של האדם בשם השפה עצמה – כאן מתחילות כל הרציחות החוקיות".<sup>19</sup>

ביסוד תיאור "גניבת השפה", עומדת שלילת ה"קול" מהקורבן. דכאנות המערכת בפניה באדם מחדד עד כמה ה"שפה", והשיח במסגרתו, הנה "אתר קיומי", מקום בו "משמעות" מכוננת לא רק במובן התקשורת, אלא ברמה אקזיסטנציאליסטית. תקצר יריעת עבודה זו מלכסות ולעמוד על חשיבות מה שמכונה "המהפכה הלשונית" כמהפכה קופרניקאית שהעמידה את "השפה" כמכוננת מציאות<sup>20</sup>, משמעות<sup>21</sup> ותפיסת החוויה האנושית כפרשנית מעיקרה.<sup>22</sup> נקודה חשובה הנטועה ביסוד תפיסה לשונית זו היא כי מעצמה, "שפה" מניחה

<sup>17</sup> רולאן בארת', "דומיניסי או ניצחונה של הספרות", ב"מיתולוגיות", הוצאת בבל 1998, עמ' 64

<sup>18</sup> שם, עמ' 65

<sup>19</sup> שם, עמ' 66

<sup>20</sup> כתפיסת Saussure את השפה כהליך קוגניטיבי של משמעות ייצוגית, בהנחילו לשיח המודרני את תפיסת המציאות בהרכבי המושגים "סִימָן" ו"מֶסְמָן" כמערכת ניתוח משמעויות לחשיפת המערך הסוציאלי המובנה בשפה ראה "The Object of Study" in "Modern Criticism and Theory" David Lodge Ed. Longman 1992.

<sup>21</sup> המסע מאמיתות לוגיות של Gottlieb Frege עובר ל Bertrand Russell עד תורת המשמעות הקונבנציונאלית של Ludwig Wittgenstein לפיה "The Meaning of a word is its use in the language"

<sup>22</sup> בייחוד ההרמוניטיקה ממדרשו של Hans-Georg Gadamer לפיה למשמעות פרשנית מעמד אקזיסטנציאליסטי באשר "משמעות" הנה "מיוזג אופקים" בין עברו התרבותי של הקורא ותופעה, שבלעדיו מצבו הקיומי של אדם היוו כמצבם חסר העבר, ההווה והעתיד של אסטרטגיה וולדימיר ב"מחכים לגורו" - חסר משמעות ועל כן מאפשר דיון רק בהתאבדות.

הכרח דיאלוגי - עובדה שהובילה לעיצוב תורות "שיח" שונות, כמו גם לתאור השחקנים המרכזיים במחזה זה.

אחד החברים הבכירים במסגרת תאוריות שיח דיאלוגי זה הינו דמותו של "האחר". לביטוי זה ניטענו אין סוף משמעויות ותאוריות שניתן לטעמי לחלקן לתאוריות "פוזיטיביות" – תאוריות פסיכולוגיות,<sup>23</sup> חברתיות<sup>24</sup> ואפילו דתיות,<sup>25</sup> הרואות ב"אחר" כלי בעל חשיבות מוסרית בכינון הזהות האנדוידאולית והחברתית, ומולן תאוריות ביקורתיות – כתאוריות פמיניסטיות (רדיקאליות ורדיקאליות פחות<sup>26</sup>), "קולוניאליות"<sup>27</sup>, "גזעיות"<sup>28</sup> ואחרות המדגישות את תיאור "גניבת השפה" ומלמדות על ה"אחר" כמדוכא, כמי שמוכפף באמצעות כחניות אמצעי השיח, בין היתר בשיח המקצועי משפטי. נבקש תחילה לבחון את הפן הביקורתי.

"גניבת השפה בשם השפה" מדגיש עד כמה ה"תמונה הלשונית" היא "תמונה קיומית", ואת כוחניותה הדכאנית של "השפה האוניברסלית" בידי האמונים עליה. בתמונה זו ה"אחר" הוא מי ש"מושתק" מכיוון שאינו אמון על השפה "קיומית", מוכפף לכוחניות "השפה האוניברסלית", בו פסיכולוגית האדונים מרשיעה אותו שלא על קיומו, אלא על מה שה"תבונה" מכריעה כי צריך להיות. בו מערכת השתקה זו באה לידי ביטוי ב"הזרה" של משתתף בשיח, ב"ניכורו" מכח "נוכריותו" הנקבעת בידי שליטי השיח באמצעים לשוניים גרידא. מהלך זה קיבל מימד בעיצוב דמות מושג ה"אחר" במסגרת התחומים התיאורטיים השונים עליהם הצבענו מעלה.

---

<sup>23</sup> "The first object of desire is to be recognized by the other", Jacques Lacan, "The function and field of speech and Language in Psychoanalysis", in "Ecrit", Routledge 1977, p. 50, "What I seek in speech is the response of the Other. What constitute me as a Subject is my question", ibid 86, "The Other is, therefore, the locus in which is constituted the I who speaks to him who hears, that which is said by the one already the reply, the other deciding to hear it whether the one has or has not spoken", "The Freudian Thing", ibid, p. 141

<sup>24</sup> "The genesis of human mind is in this sense not monological, not something each person accomplish on his or her own, but dialogical... My own identity crucially depends on my dialogical relations with others", Charles Taylor, "Multiculturalism and The Politics of Recognition" Princeton University, p.32 - 33.

<sup>25</sup> ראה מרכזיות ה"אחר" בכתביו של עימואל לוינס

<sup>26</sup> ראה לדוגמא נרחבות הרעיון במאמרים הפזורים בקובץ המאמרים המצוין

"Feminist Legal Theory – Foundation" D. Kelly Weisberg ed. Temple university Press 1993

<sup>27</sup> אדוארד סעיד, "אוריינטליזם", הוצאת עם עובד 2000, הומי ק. באבא, "שאלת האחר", תאוריה וביקורת 5, עמ' 144

<sup>28</sup> Crenshaw, Gotanda, Peller & Thomas ED. "Critical Race Theory", The New Press - New York

בהפניית מבטינו אל "שפת המשפט", יש לבחון את תנאי האפיון הלשוניים המתקיימים במסגרת שיח מקצועי זה, ואופן יחסו אל "האחר". אני מבקש להציע כי את התיאור הנהיר מכל באמצעותו ניתן לבחון את השיח המשפטי הציע Jean Francois Lyotard בספרו the DIFFEREND. למרות שלכאורה המדובר במסגרת דיאלוגית ולא במסגרת רבת משתתפים - איכות תיאורו זה של Lyotard טמונה, לטעמי, הן בשיבוץ פעולה זו בשדה השיח שהינו רגולטיבי ופרקטי, בדומה לשיח המשפטי, והן בהצבעה מדויקת על אופן פעולתה ותוצאתה בין למעשה שני שחקנים מרכזיים – אלו האמונים על השיח המשפטי ואלו שאינם. Lyotard מלמדינו, ומיישם את האמור מעלה ביחס ל"אחר", כי נקודת המוצא לבחינת אופן פעולת השיח הדכאני חייבת להיות בקורבן, במי שחיצוני לשיח השלט. וכך, ובלשון ליגאלסטית להפליא, הוא מגדיר קורבן שיח שכזה :

"It is the nature of a victim not to be able to prove that one has done wrong... One becomes a victim if one loses these means (of proving)"<sup>29</sup>

על רקע הגדרת קורבנות זו, מעצב Lyotard את עיצוב הדכאני של ה"אחר" בשיח :

"I would like to call a *differend* the case where the plaintiff is divested of the means to argue and becomes for that reason a victim... A case of differend between two parties takes place when the 'regulation' of the conflict that opposes them is done in the idiom of one of the parties while the wrong suffered by the other is not signified in that idiom"<sup>30</sup>

כאמור, למרות שבשיח המשפטי משתתפים יותר משני שחקנים, הרי שבהשלכה לשיח המשפטי המדובר בשפה תבונית המוחלת ברגולציה ולשון על מי שאינו שולט בה. "קורבנות" הליך דכאני זה, אומר לנו Lyotard היא "השתקה" :

"The differend is singled by this inability to prove. The one who lodges the complaint is heard, but the one who is a victim, and who is perhaps the same one, is reduced to silence"<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Jean Françoise Lyotard "The Differend", in Theory and History of Literature, Volume 46, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1992, p. 8

<sup>30</sup> שם, עמ' 9

<sup>31</sup> שם, עמ' 10

בשים לב כי עבור Lyotard “not to speak is part of the ability to speak”<sup>32</sup>, הרי שלפנינו מהלך הטמון מתחילתו ועד סופו בשפה, ב”לשון האדונים”, בסיטואציה דִּפְאָנִית המכוננת מכח השיח ובה נטועה תוצאתה הקורֶפְנִית – ה”השתקה”.

בהפניית מבטינו אל המשפט הישראלי – עומדת תמונת “השתקה” זו מכח “פסיכולוגית האדונים” ביסוד ביקורתו של ד”ר רונן שמיר בחשיפתו את “התבונה האוניברסלית” העומדת מאחורי מסך “שיקול הדעת השיפוטי” ותכני ה”נאורות” המשמשים כקריטריון השיפוטי של מושג “הסבירות”. שמיר טוען כי מאחורי גלימת שיקול הדעת קיימת עמדה לפיה מי שלא נימנה על “כוחות האור” של ה”נאורות”, פשוט הושתק באמצעות שיקול הדעת השיפוטי שתורגם באמצעות מושג הסבירות.<sup>33</sup> אותה השאלת המח לשם הרשעה, כפי שהיית צריך להיות ולא כפי שהנך, עליה הצביע Barth, מקבלת את ייחודה בציוור קווי המיתאר של תוצר “סבירות” זו במושג זה “האדם הסביר”, דמות מוסרית באופן בלתי מושג, שבינה ובין “האדם” אין כל קשר, כפי ששורטט במאמרה המבריק של ד”ר אורית קמיר.<sup>34</sup>

אמצעי נוסף המשמש את בית המשפט בכינון השיח בדמותו בלבד, מצייר אביגדור פלדמן, בהצביעו על ה”בידוד האקוסטי” של הקולות באולם בית המשפט באמצעים הכוחניים של סדר הדין של השיח, “מסך הבערות” של צנזור מה שאינו “משפטי” ומתוך כך חיזוק השיח הבלעדי והכוחני (עליו מוסיף פלדמן את החלל הארכיטקטוני ואופן התנועה בבית המשפט).<sup>35</sup> באופן דומה, מצביעה ד”ר ליאורה בילסקי<sup>36</sup> על האופן בו שולט השיח המשפטי בקול הקורבן, במקרה של עבירת האונס. ד”ר בילסקי מצביעה כיצד קולה של המתלוננת “מנותב” במסגרת כללי הסדר הפלילי שמהווים אמצעי רגולציה לדין והמשמעות לקולות בחלל האולם ומציפה את שליטי השיח המשפטי ואופני ההשתקה של הקורבן כך ש”קולה נישלט ומעוצב, אולי יותר מתמיד, על ידי שאלותיהם של עורכי דין ושופטים. אלה נהנים מהכח להגדיר את הנושאים של העדות ולעצב את כיוון העדות ותכניה...”<sup>37</sup>

<sup>32</sup> שם

<sup>33</sup> ראה הערה 12, עמ' 16

<sup>34</sup> אורית קמיר, “ארץ מאלתרת אטונוטיה”, תרבות ודמוקרטיה 1, תשנ”ט – 1999, עמ' 137.

<sup>35</sup> ראה הערה 14, עמ' 144

<sup>36</sup> ליאורה בילסקי, “אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה וקול”, עיוני משפט כג [2] עמ' 421

<sup>37</sup> שם, עמוד 437

נתיב ההכוונה מונחה על פי רב לפי "קדם הנחות", סטריאוטיפים של אותם שליטי שיח וציפיותיהם. במאמרה מצביעה ליאורה בילסקי על השפעת "קדם סיפורים" וסטריאוטיפים אלו כתו נוסף ב"ניתוב" המופיעים באולם ושמכח "ידע" תבוני זה מושתקים הבאים לפני המשפט, משמע לא רק מכח העובדה שאינם אמונים על אופן השיח, אלא גם מכח אי התנהגות בהתאם להם: "האמת שנשמעת בבית המשפט מעוצבת בהתאם לנרטיבים קונוונציונאליים המעצבים את הקטגוריות המשפטיות ומכוונים את הליך החקירה המשפטית... ההגיון העומד ביסודן מבוסס על נרטיב מוכר למשתתפים בהליך המשפטי (לגבי האונס האמיתי). הנרטיב הזה מוכר לכל המשתתפים והוא מעצב את הדיון גם כאשר השופטת מנסה לשנות כמה מן ההנחות החברתיות..."<sup>38</sup> ככזה, דמותו של השופט היא כדמותו של המפטי דמפטי המסביר לאלים כי משמעות נטענת לשפה כרצונו מכח היותו "אדון" לה.<sup>39</sup>

"השתקה", "בידוד", "ניתוב" ויישום "קדם הנחות" אינם משמשים רק אמצעי להשתקת קול, אלא הם הופכים את אולם בית המשפט גם לאתר להחדרת תכנים לשיח נורמטיבי, וזאת בעיקר על יסוד אותם סטריאוטיפים ו"קדם הנחות" תרבותיות של המשתתפים בהליך. פרופ' מאוטנר, בהציגו את השופטים כמספרי סיפורים על יסוד השכל הישר,<sup>40</sup> מציג מהלך הרמנויטי לפיו "השכל הישר" הינו מאגר הידע התרבותי שמהווה "המקור למידע על העולם שמשפטים משתמשים בו בהפעילם את הדין המהותי"<sup>41</sup>. ההליך השיפוטי הינו למעשה הפעלת "השכל הישר" על קדם הנחותיו והסטריאוטיפים התת מודעים לו במבט "אחורה" ו"קדימה", במעין מחול של "איזון אופקים שיפוטי": "סיפורים ששופטים כותבים במהלך הדיונים המתנהלים לפנייהם אינם יכולים לא להישען על השכל הישר שלהם, מבחינה זו שחומריהם אינם יכולים לא להיות חומרי ידע, בעצם: סטריאוטיפים שלהם באשר למאפיינים של בני האדם הנימונים על הקטגוריות של בני האדם שהצדדים לדיון משתייכים אליהם מהבחינה האתנית, המקצועית המגדרית, הגזעית הדורית וכולי".<sup>42</sup>

<sup>38</sup> שם, עמ' 439-438

<sup>39</sup> לואיס קרול, "מבעד למראה" הספריה החדשה 1999, עמ' 110

<sup>40</sup> פרופסור מנחם מאומנר, "שכל שיר לגיטימציה, כפייה: השופטים כמספרי סיפורים", פיליפס ז, עמ' 11

<sup>41</sup> שם, עמ' 15

<sup>42</sup> שם, עמ' 45



לסיכום נקודה זו ניתן לומר כי התקיימותו של ה"אחר" בשיח ככלל, ובשיח המשפטי בפרט, הופכת להיות "נוכחות קורבנית" עת ניטל ממנו "קולו" – כאשר אין לו כושר, גישה ויכולת להשפיע על השיח המנהל סביבה ודמותו נתונה לחסדי מעצביו השולטים בשיח. עובדה זו לא רק מכוננת את "קורבנות" האחר בשיח, היא גם מציירת את מה שנידרש על מנת ל"נטרל" קורבנות שיח זו ואת הנדרש מוסרית על מנת להתאים בין המטרה והאמצעים – החשיבות המוסרית להקשבה לקולו של "קורבן" ולאור קולו לעצב את הפרקטיקה השיחית ומתוך כך גם את הפרקטיקה הנורמטיבית. הקשבה זו, כמו גם עיצוב מסגרת נורמטיבית מכח הנאמר, מהווה למעשה כלל יסוד במתן "הכרה" באחר, מתן כבוד ל"אוטונומיה" המוסרית שלו, אשר בשל חשיבותה להמשך עבודתנו, נבקש להרחיב אודותיה במספר מילים.

"חירותו"

המשפט הפוזיטיביסטי לא היה אדיש לביקורת ה"סגירות" ומניעת ביטוי מהותי לערכי הצדק אותו הוא אמור לגלם וזאת בהתחשב בהיסטוריה המשפטית שהובילה למרכז הבמה את זכויות האדם בשנים שחלפו לאחר מלחמת העולם השנייה. המשפט הישראלי הינו דוגמא מצוינת. בספרו "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים"<sup>43</sup> מתאר הפרופסור מאוטנר את השינוי מהפורמאליזם של תפיסת המשפט כ"פרוצדורה של הסדרת סכסוכים" אל היותו מקדם, ואף מכונן ערכים של "נאורות". באופן שמגלם פתיחות זו, "פורץ" כבוד הנשיא ברק, הנחשב למוביל עמדה זו, את המערך המשפטי הסגור בקובעו<sup>44</sup>: "עקרונות היסוד של השיטה וזכויות היסוד של האדם קובעים את תכליתו של דבר חקיקה. חזקה היא, כי תכליתו של דבר חקיקה היא להגשים את עקרונותיה של השיטה ולקדם זכויות אדם בה. עקרונות אלה מהווים מעין 'מטריה נורמטיבית' הפרושה מעל דברי החקיקה כולם... הם מחלחלים לכל דבר חקיקה ומהווים את תכליתו".

בבחינה ממעוף הציפור נראה כי מקור ערכים אלו, והנורמות המעוצבות בפרשנותם, אינם עולים מהעולם הפרטיקולארי של "קולות" המופיעים בבית המשפט אלא מעומק "התבונה האוניברסלית" של "נאורות" פועלי המערכת המשפטית וחכמתם. ד"ר שמיר אינו מתייחס במאמרו לחוק היסוד ונראה כי ניתן לערוך אנאלוגיה מעניינת בין מושג "הסבירות" לבין "חוק היסוד; כבוד האדם וחירותו" הן באופן תפקודם הפונקציונאלי כ"מחלחלי" ערכים לשיטה המשפטית, כמו גם במהותם כמיצגי ערכי "נאורות". בבוחנו את מהלכי הנשיא ברק, טוען שמיר, כי הפונקציה לה משמש קריטריון "הסבירות" מתפקד כ"ערך מתווך", השער דרכו באים שאר הערכים הנאורים אל תוך השיטה המשפטית והוא קנה מידתם<sup>45</sup>. בדומה, "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" משמש לדברי כבוד הנשיא ברק "מעין מתפרץ" של תכנים ערכיים האמורים להנחות את הפסיקה ולכוננה.<sup>46</sup> מכאן שהמושגים משמשים באופן דומה "אמצעי חילחול".

<sup>43</sup> מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", הוצאת מעגלי דעה, 1993

<sup>44</sup> בנ"צ 693/91 אפרת נ. הממונה על מרשם האוכלוסין, פד"י מז (1) עמ' 749

<sup>45</sup> שם עמ' 11

<sup>46</sup> "ערך האדם, "קדושת חיו" והיותו בן חורין, מהווים, לפי המודל הפרשני, אמות מידה להוצאה מהכח אל הפועל של פוטנציאל נורמטיבי הטמון בזכויות האדם השונות הקובעות כחוקי יסוד... זוהי זכות מסגרת ממנה נגזרות זכויות פרטיקולאריות ללא שם" פרשנות במשפט, כך שלישי פרשנות חוקתית, הוצאת נבו 1994, עמ' 304 & 404, וראה פרום הזכויות הפרטיקולאריות שם.

אולם לא רק מבחינה פונקציונאלית יש דמיון בין המושגים. כאמור מעלה, מושג "הסבירות" שואב את כוחו, ומחדיר ערכיו, על יסוד השתתפותו, באמצעות מתפעליו, ב"עולם הנאור". עולם "מוֹאָר" זה ממשיך לכוון את תכני "חוק היסוד", כלשונו של הנשיא ברק: "תכנו של "כבוד האדם" יקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכיסו של מושג זה עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי. "כבוד האדם" משתרע על מגוון רחב של היבטים אנושיים."<sup>47</sup>

בשים לב לדמיון בשני האספקטים עליהם הצבענו מעלה, נראה כי יש בכך לחזק את טענתנו בדבר העובדה כי גם לאחר חקיקת חוקי היסוד, נותרה העובדה כי למרות "חילחול" הערכים לשיטה המשפטית, עדיין המדובר בתפעול משפטי המבוסס על אותה "תבונה אוניברסלית", אותה "פסיכולוגיה של אדונים", אותו "שיקול דעת" המוביל את ד"ר שמיר להשוות את תפקיד השופט לזה של "פֶּסְטוֹר": "השופט בוחן כליות ולב, עוסק בתם לב ובסבירותם של הסובייקטים הנתונים לטיפולו ובמבטיח לייצג נאמנה את ערכי היסוד המוסכמים עליהם"<sup>48</sup> ככה, נותר המשפט קשוב לשיח האוניברסלי של התבונה המדעית רציונאליסטית, תוך השתייכות לעולם ערכי ספציפי. מאידך, אותה הקשבה לקול הפרטיקולארי, על חשיבותו עמדנו מעלה, אינו מקבל את המקום הראוי לו. כך נותר היחס למופיע בפני בית המשפט בבחינת "השאלת מח", דרישה לעמידה בקווי המתאר הערכיים המשורטטים על ידי תבונת שופט תוך התבססות על מסורת אינטלקטואלית, ופחות על הקשבה ישירה לקולו של מי שניצב אל מולו.

אולם, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי בניגוד למושג ה"סבירות" – חוק היסוד מצביע מפורשות על שני ערכי יסוד "חירות האדם" ו"כבודו", כמו גם טומן בחובו מספר זכויות מפורשות, אשר מכוננות ערכים מוגנים באופן ישיר. שני המושגים המכוננים את חוק היסוד מהווים אושיות מבנה ה"אוטונומיה המוסרית" של האדם מתוך היותן לב שתי תורות המוסר המרכזיות בתקופת המודרנה – תורתו הֶדְאוֹנְטוֹלוֹגִית של עמנואל קאנט מזה וזו האֶמְפִּירִית מבית מדרשו של ג'ון סטיוארט מיל מזה. מבט על התמודדותו של המשפט הישראלי עם שני ערכים אלו מלמד על נטייה מובהקת לפיתוח פן "האוטונומיה כחירות", על פני חברו "האוטונומיה ככבוד" אשר נתפס יותר כ"צִלָּה" של החרות.

<sup>47</sup> בנ"צ 5688/92 - ויכסלבאום ואח' נ' ער הביטחון ואח' . פ"ד מז(2), 812, עמ' 827-828.

<sup>48</sup> ראה הערה 12, עמ' 11

יתירה מכך, נבקש לטעון כי גם בניתוח מושג "האוטונומיה כחירות" נדרשה הפסיקה למקרים קיצוניים על מנת לבחון את תנאי היסוד להתקיימות חירות זו, בנבדל מעצם קיומה. נראה היה כי למרות מרכזיות "חופש הרצון" וערכו, נטה המשפט להניחו כאקט קיים שיש לבחון בדיעבד, את התאפשרותו הפרטיקולארית בפועל ולא את יסוד עצם קיומו ותנאי חירות זו. זו האחרונה קרובה יותר לתפיסת "חירות האדם" כ"כבודו", באשר היא דנה בתנאים המאפשרים לחירות שכזו להתבצע ולא מסתפק ב"חירות" של אקט פרטני להתרחש.

ההתמקדות ב"אוטונומיה כחירות" נמצא פזור בהיסטוריה הפסיקתית. טרם חקיקת חוק היסוד, נימצא כי לב ליבו של עולם החוזים מכוון על יסוד בחינת ביטוי האוטונומיה ב"חופש רצונם" של המתקשרים<sup>49</sup>, ובאופן דומה, ספריית השטרות מכוונת עצמה אל זיהוי אוטונומית רצון הסובייקטים הפועלים באופן בה<sup>50</sup> וגם מעבר לקיומנו האנושי רצונו של מנוח מכוון באולם בית המשפט על יסוד רצונו ב"צוואת חיים".<sup>51</sup> ההתמקדות בבחינת חירות האקט ממשיכה גם מעבר לפרקטיקות העוסקות בייצוגים של "רצון חופשי", כך בסוגיית האפוטרופסות<sup>52</sup> דנה ומאזנת חירות זו וידועה הפסיקה במשפט הפלילי הדורשת וידוא שהודאה תימסר באופן "חופשי ומרצון".<sup>53</sup>

<sup>49</sup> בע"א 1912/93, שחם נ' מנס תק-על 198(1), 62 אומר הש' מירקל: "בעוד שטעות הינה פגם תודעתי (קוגניטיבי), מהווה הכפיה פגם רצוני (וולנטיבי). מי שנתון לכפיה פועל בידיעת הנתונים, אך הלחץ המופעל עליו שולל ממנו את חופש הפעולה... אכן, חופש הרצון מתפרש בצורה רחבה כאשר נבחנים פגמים ברצונו של צד לחוזה."

<sup>50</sup> ע"א 1560/90, צימאט נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל, פ"ד מח(4), 498 "משמעות השטר תפורש, איפוא, לפי אומד דעתם של הצדדים... הפרשנות מבקשת להתחקות אחר רצון סובייקטיבי של הצדדים."

<sup>51</sup> ע"א 3828/98, מיכקשוילי ו-2 אח' נ' מחקשוילי ואח תק-על 2000(1), 270 מפי הש' דורנר: "ככלל, רצון המצווה הוא המכריע לעניין תוקפה של צוואה. זאת, אם אומנם משקפת הצוואה את רצונו האמיתי... צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום, השפעה בלתי-הוגנת, תחבולה או תרמית היא בטלה... היינו, השפעה הפוגעת ברצונו החופשי של המצווה"

<sup>52</sup> בנ"צ 431/89, 758/88, ריצ'רד ו-10 אח' נ' שר הפנים פ"ד מו(4), 505: "כשם שזכותו של יהודי לקבלת אשרת עולה מוקנית לו אם הביע את רצונו להשתקע בישראל, כן זכותה תלויה בהבעת רצון כזו. אך בהיותה קטינה, לא די בהבעת רצונה שלה... שעל האפוטרופסים (ההורים או האפוטרופוס שימונה) להביע את רצונם כי הקטינה תשתקע בארץ גם כשהורים עצמם לא יוכלו לשבת כאן."

<sup>53</sup> ד"א סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א - א 1971 [שם בסעיף א]

לנוכח מבנה העומק המוסרי הנטוע מכללא במושגי "חוק היסוד", ניתן לראות בברור בעליית מדרגה ברטוריקה המוסרית עם חיקוק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, כמו גם את חידוד זיהוי מושג האוטונומיה וערך "חופש הרצון" כערך מוסרי מרכזי בשיטה המשפטית. אולם, הפסיקה המשיכה בהתרכזותה דווקא בפן "האוטונומיה כחירות", על חשבון פיתוח "האוטונומיה ככבוד". מתוך קלות היחסית בבחינת משמעות מושג זה, ובאין מסורת לחברו, מתרכז בית המשפט במושג התוצאתי של ה"חירות", בעוד המושג האמורפי יותר, הקרוב יותר אצל הזכויות החוקתיות הכלליות, לא חורגים מקווי מְתָאָר הֵטֵל צִילוֹ של מושג החירות, תוצרו הנלווה. ניתן לומר כי ניתוח מושג החירות התפתח בכיוון מושג הכבוד, בהתקרבו יותר לניתוח תנאי התאפשרות הפעולה החופשית מאשר בחינתה כהנחה. אם זאת, וכהמשך לניתוחנו מעלה, אין המדובר בהבניה נורמטיבית מתוך קולות הבאים בפני בית המשפט, ומתוך כך הכרה ב"כבודם". פרשנות החוק עולה מאותם מקורות תבוניים אוניברסליים ממנה שאב מושג הסבירות משמעו ויישומו – השיח של התבונה ומדעיותו של השופט בהגדרו אותם.

כך, מקום בו עלתה סוגיית "הסכמת החולה" נערכה השוואה מוחלטת בין ערך "האוטונומיה" לערך "חופש הרצון": "לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה... הזכות לאוטונומיה של הפרט... כוללת גם רובד נוסף – פיזי – של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו... מזכות זו משתמע, בין השאר, כי לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו... ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית... אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"<sup>54</sup>.

ככל שהמשפט "חילחל" לעומק רצונו של אדם, כך "חילחלה" התפיסה המוסרית של אוטונומיה כ"חופש הרצון" והדיון בסוגיית אשפוזו של אדם שימש קרקע ראויה להעמקת הנושא. במסגרת זו גם החל קיבוע מושג "כבוד האדם" כהד ל"חרותו", הכבוד כצל התנועה החופשית של חופש הרצון והפגיעה בו כמי שנובעת מהגבלתו<sup>55</sup> לפיה: "עשייה בגופו של אדם בניגוד לרצונו – ובעניינו: בדיקה ואשפוז הנכפים עליו – פוגעת באוטונומיה הקנויה לאדם מעצם היותו מה שהוא – באוטונומיה ובזכות הבחירה הקנויה לו באשר הוא אדם;

<sup>54</sup> בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה תק-על 99(3), 574

<sup>55</sup> בבש"פ 92/00, פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(3), 840

והאוטונומיה של הרצון מעוגנת עמוק-עמוק בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי "טובתו": הפרט הוא המחליט על "טובתו" שלו: "טובתו" היא רצונו ורצונו הוא "טובתו". "רצון" מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, "טובתו" של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו. במקום שאדם אינו יכול להביע את רצונו, ורצונו (האמיתי) אף אינו משתמע מנסיבות העניין, נייחס לו לאדם רצון (imputed will), ורצון זה נבנה על-פי האינטרסים המשוערים שלו. יתר-על-כן: אשפוזו הכפוי של אדם אין בו אך שלילת חירות וחופש - זכות -יסוד שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הכיר בה בסעיף 5 בו; יש בו פגיעה בנימים העדינים ביותר בנפשו ובכבודו של אדם, הרחק אל-מעבר להגבלת החירות כשהיא לעצמה. כך אף הסטיגמה העלולה לדבוק באדם שאושפז בבית חולי-נפש".

הסוגיה האתית המוקשית של זכות הפרט למשפחה, ולחילופין לאי כפייתה, שימש גם הוא קרקע פורייה להטענת "האוטונומיה כחירות" בשלל טיעונים ערכיים, כמו גם לדיון ייחודי לשרטוט תנאי היסוד להתקיימות חירות זו<sup>56</sup>. כב' השופטת שטרסברג כהן מתארת את העושר המוסרי העומד מאחורי הכרעתה בדבר חירות זו לפיה: "זוהי החלטה המושתתת על ערכי הצדק של השיטה, המקופלים בתוכה והמהווים את נשמת אפה: זכויות הפרט, אוטונומיה אישית, יחסים בין בני זוג בתחום ההולדה, פרי החלטה משותפת הדורשת שניים לשם הוצאתה לפועל. הימנעות הממסד מלכפות על אדם הורות, דרישת שיתוף והסכמה בין בני זוג בנושא החבוי במחוזות נפשו של האדם וארוג ברקמה העדינה של זוגיות והורות. ההכרעה אליה הגעתי, היא פרי תהליך של איזונים שונים בין ערכים, זכויות ומשאלות, המעומתים אלו כנגד אלו. יש בה - למיטב הבנתי ותחושתי - עשיית צדק משפטי, במובנו השלם והקוהרנטי. נאמנות לנורמות הבסיסיות, לעקרונות היסוד של השיטה, לזכויות היסוד של האדם, לחרויות הפרט ולשוויון בהפעלת ובמימוש זכויות אלה ויישום הדין במובנו הרחב, יבטיחו עשיית משפט צדק נורמטיבי, ערכי, עקרוני ושווה לכל נפש".

<sup>56</sup> דנ"א 2401/95, רותי נחמני נ' דניאל נחמני ו-2 אה, פ"ד נ(4), 661

למרות התוצאה ההפוכה, כבוד השופטת דורנר נוקטת באותה לשון של מימוש משאלה ככיבוד "האוטונומיה כחירות" בקובעה את תנאי יסודה לפיהם: "חירות במובנה המלא אינה רק חופש מהתערבות חיצונית של השלטונות או של אחרים. כלולה בה גם יכולת האדם לכוון את אורח חייו, לממש את מאווייו הבסיסיים, ולבחור בין מגוון אפשרויות תוך הפעלת שיקול-דעת. בחברה האנושית, אחד הביטויים החזקים לשאיפה אשר בלא הגשמתה לא יראו עצמם רבים כחופשיים במלוא מובן המילה, היא השאיפה להורות. אין מדובר בצורך טבעי-ביולוגי גרידא. עניין לנו בחירות אשר בחברה האנושית מסמלת את ייחודו של האדם... אל מול זכות בסיסית זו, המהווה נדבך מרכזי בהגדרת האנושיות, עלינו לבחון את הזכות שלא להיות הורה. יסודה של הזכות שלא להיות הורה היא באוטונומיה של הפרט מפני התערבות הרשות בפרטיותו"

אם אשפוז כפוי והזכות להורות מהווים סיטואציות ייחודיות לדיון ב"אוטונומיה", הרי שפסגת קידוש "האוטונומיה כחירות" על ידי בית המשפט, נערך סביב עבירת האונס. השילוב שבין אכזריות המעשה לתוצאתו, כמו גם פעילות ציבורית ומחקרית בנושא, הוביל את בית המשפט לניתוח תקדימי בהקיפו. כבוד השופט חשין משרטט את קווי המיתאר האנושיים של האישה תוך שהוא עוטפה בהגנת מסגרת הידע והניסיון המשפטי, המוסרי והמחקרי. באופן יוצא דופן מקדש השופט את תנאי חירותה של אישה מכח הצטברות מסה קריטית של עדויות שחייבו הקשבה לקולן וכשיקוף כבודה "כבודה" כאדם אוטונומי. פותח השופט חשין בזיהוי החירות עם האוטונומיה במובנה המוסרי היסודי ביותר, לפיו: "כל אשה, כל אדם, זכאים לכתוב את סיפור חייהם כרצונם ועל-פי בחירתם - כל עוד אין הם פולשים לתחומו של הזולת - והיא האוטונומיה של הרצון החופשי. כי ייכפה על אדם ללכת בדרך שלא איווה ללכת בה, תיפגע האוטונומיה של רצונו החופשי. אכן, זה גורלנו, גורל האדם, שעושים וחדלים אנו כל העת שלא-מרצון חופשי, ועל דרך זו נמצאת האוטונומיה של רצונו חסרה. ואולם במקום שהפגיעה באוטונומיה של הרצון החופשי פגיעה עמוקה היא, או-אז יתערב המשפט ויאמר את דברו. המלומד יוסף רז כתב על נושא זה של האדם האוטונומי, ובין שאר דבריו כך השמיענו:

The ruling idea behind the ideal of personal autonomy is that people should make their own lives. The autonomous person is a (part) author of his own life. The ideal of personal autonomy is the vision of people controlling, to some

degree, their own destiny, fashioning it through successive decisions throughout their lives... A person whose every decision is extracted from him by coercion is not an autonomous person. Nor is a person autonomous if he is paralysed and therefore cannot take advantage of the options which are offered to him."

כבוד השופט חשין מצביע על יחסי הגומלין בין שני הערכים וקובע את הגזירה המשווה לפיה החירות היא ביטוי כבוד האדם שכן "האוטונומיה של הרצון החופשי נגזרת מתוך כבוד האדם והיא בתשתית חשיבתנו המשפטית. כבוד האדם משמיע אדם חופשי - לא בכדי חברו הכבוד והחירות וירדו אל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - והוא אדם שהמשפט מקנה לו זכות וחופש להתוות את מהלכיו בדרכו-שלו. האוטונומיה של הרצון החופשי משמיעה, כמו-מעצמה, זכות כמעט אבסולוטית לאדם על גופו."

ביישומו תפיסה ערכית זו, עוזב השופט חשין את התפיסה שהיתה מקובלת בדבר מרכיב הכפיה, אי ההסכמה שנדרשה בעבירת האונס, ומתוך קידוש חירותה של האשה הוא מכונן את מתן ההסכמה לערך המרכזי בעולם העבירה לפיו: "זכות בלתי-מתפשרת ובלתי מעורערת קנויה לה לאשה, והיא שתקבע לעצמה אם תבוא במגע-אישות ועם מי תבוא במגע-אישות. איש בעולם אינו זכאי להורות לה מה תעשה ומה תחדל. אדם, כל אדם, חירותו וחופשו עימו שהזולת לא יעשה בגופו ללא רשותו... פרק עבירות המין בחוק העונשין נועד להגן על האוטונומיה של הרצון - האוטונומיה של האדם, של האשה: יעל גופו, שלא יהא קורבן לאלימות; על כבודו כאדם, שלא יהא קורבן להשפלה; וזכותו שלא ייעשה בו שימוש, בניגוד לרצונו, לשם סיפוק תאוות מיניות...! נועדה להגן על האוטונומיה של האשה על גופה, והיא אונה באישיותה ובכבודה... מותרים ורשאים אנו - אפשר אף חייבים אנו - לרומם את יסוד ה"שלא בהסכמתה החופשית" בהגדרתה של עבירת האונס, ובה-בעת מותרים ורשאים אנו לראות את יסוד הכפיה בגודלו הראוי-לו. יסוד הכפיה לא ייעלם, אמנם - והרי לא נוכל ואין אנו רשאים להתעלם מדבר החוק - ואולם נקבע לו את מקומו הצנוע. יסוד ה"שלא בהסכמתה החופשית" יהיה כגוליוור בארץ הננסים."<sup>57</sup>



וכך, באופן יוצא דופן משלב בית המשפט בין ערכים, נסיון תיאורטי ומקצועי להכרה בדמות קורבן האונס מתוך חשיבות "קולו". באופן זה מעצב בית המשפט במקרה קיצוני זה מסגרת נורמטיבית שלא רק מקדשת את האוטונומיה של האשה, ומתוך כך שולחת מסר חברתי של הכרה והגנה, אלא מוסיפה וקובעת כי עיצוב זה יעשה תוך הקשבה ל"קול" הקורבן ופעולה בהתאם לו. אף שגישה "אוטונומית" זו של השופט חשין הייתה תקדימית, היא חגגה את ניצחונה עת תוקנה עבירת האינוס והועמדה על יסוד קבלת ההסכמה בלבד.

מסקירה קצרה ולא ממצת זו נראה כי ניתן לחלוץ שתי תובנות יסוד הנוגעות לעבודתנו : ראשית, נראה כי בית המשפט טוען את מושג ה"אוטונומיה" תוך השענות יתר על צד אחד במשוואת חוק היסוד, "חירות האדם" ותוצאותיו, כאשר למעט מקרים קיצוניים, "כבוד האדם" מהווה הֵטל נילווי לתוצאה זו, אפקט משנה לו מכוחו ולא מכח עצמאותו. קדימות זו של "חירות האדם" ל"כבודו" לא רק שמלמדת על חוסר בדיון המוסרי משפטי אלא אף חושפת תובנה נוספת המצביעה על הימנעות המשפט מלהקשיב ולעצב את הנורמות הנדרשות בהתאם לחוק היסוד לפי "קולו" של מי שבא בפניו, לפי ביטוי "כבודו" הייחודי. "שיח האוטונומיה" הקיים במשפט הישראלי, השואב את כוחו מ"חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" מכונן ומכוון על יסוד מסורתו האינטלקטואלית ורק במקרים יוצאי דופן וקיצוניים תוך הקשבה ל"קול" הקורבן.

כיצד ניתן לקדם את מושג "האוטונומיה ככבוד" וליתן לו מימד משפטי מובהק יותר מאשר הידמותו ל"אוטונומיה כחירות". הדיון בתנאי התקיימותה של "חירות", אף שמהווה פן בסיסי, לא רק שאינו ממצה מושג עשיר זה, אלא אינו נותן לפן "כבוד" את הקדימות הנטועה באינטואיציה בהקדמת "כבוד האדם" ל"חירותו" בנוסח חוק היסוד, כמו גם בהכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם. על רקע הצגתנו בפרק הקודם אודות ה"אחר" והמשמעויות המוסריות העולות מבחינתו, נבקש להציג נסיון מעניין לבחינת מקומו של "הכבוד" אל מול "החירות" במוסר ובמשפט בכתביו של פילוסוף המוסר והמשפט מאיר דן כהן. ייחוד עמדת דן כהן הוא בהסתת הדגש המוסרי ממרכזיות פרדיגמת חופש הרצון לעבר מסגרת "כבוד האדם", ומתוך כך עליית המשמעות למקומו של "האחר" במבנה נורמטיבי זה, דמותו של "האחר" במובנו הפוזיטיבי – החיוני לכינונו של הסובייקט המוסרי מתוקף ההכרה בו וההקשבה לקולו.

על רקע המאבק הקלאסי שבין עמדת "התועלתניות" - התועלתנות הנטועה ביסוד מפעלו של ג'ון סטיוארט מיל - לעמדה ה"דאונוטולוגית" – המהותנות מבית מדרשו של קאנט ושעליה אמון דן כהן - החל מסעו של דן כהן להסתת האחריות המוסרית של הפועל מפראדיגמת "חופש הרצון" אל עבר פרדיגמה אותה הוא מכנה "כינון האני".

במאמרו "Responsibility and the boundaries of the self"<sup>58</sup> מציג דן כהן את מושג האחריות המוסרית על מקורות מבנה ה"אני" האוטונומי כנובעת מעובדת היות "האדם מְחַבֵּר עצמו לדעת". בניגוד לשופטי בית המשפט העליון, המדגישים את יסוד החירות מהתערבות ב"כתיבת סיפור חיים", מדגיש דן כהן דווקא את אופן כינון מבנה ה"אני" כמסגרת פלסטית, ריבויית, רב – זמנית המתעצבת באמצעים חברתיים של הזדהות ואינטגרציה תוך בנייה מודולארית על יסוד קדם הנחות של משמעות וסמליות.<sup>59</sup> ככזה מגלם אדם את מהותו כמטרה בפני עצמה, כבודו נטוע בהיותו מפעל מוסרי של בניה אנושית וככזה הופך "אני" זה גם למושא לייחוס אחריות מוסרית לאדם אשר תימצא מקום בו יש יחס של "שיקוף" המעשה בדמותו המכוננת של ה"אני" הפועל, כנובע ממבנה "תכונותיו":

"Responsibility for character should be interpreted as asserting not object-responsibility, but subject-responsibility. Using this interpretation, we can understand responsibility for character not as derivative from voluntary responsibility, but as coequal with it. I am responsible for my character in the sense that my character's emanations and manifestations are simply generated by *Me*... asserting subject-responsibility for character affirms my identity with my character as that by virtue of which I am the author of certain objects and events"<sup>60</sup>

תמונת עולם זו מיסודה מציבה מטיבה וטיבעה במרכז הבחינה את מלוא עולמו של האדם, ומתוך כך את חשיבות "קולו". לא זו גם זו - במסגרת זו, ל"אחר", עליו עמדנו מעלה, חשיבות "מכוננת" במסגרת מה שכינינו מעלה הפן הפוזיטיבי במפגש של "האני" עם "האחר" - הן במימד של עיצוב ה"אני", אך גם במימד של האחריות הקולקטיבית.<sup>61</sup>

במאמר הממשיך את מסעו זה, "Between Selves and Collectivities"<sup>62</sup> עומד דן כהן על החשיבות בכינון ה"אני" האוטונומי על קשריו עם הגופים הקהילתיים והמדינתיים, בטוענו להטרוגניות מוחלטת בין השלושה<sup>63</sup> כאשר :

<sup>58</sup> Meir Dan-Cohen, "Responsibility and the boundaries of the self", Harvard Law Review, Vol 105, p. 959, March 1992

<sup>59</sup> שם עמ' 969-962

<sup>60</sup> שם, עמ' 974

<sup>61</sup> שם, עמ' 989.

<sup>62</sup> Meir Dan-Cohen, "Between Selves and Collectivities; Toward a Jurisprudence Of Identity", University of Chicago Law Review, Vol 61, 1213

"A self, we might say, is an integrated set of social rules"<sup>64</sup>

במסגרת זו, וכחלק מההכרה ב"אני", טוען דן כהן כי למשפט יש משמעות מרחיקת לכת בעיצוב וכינון "אני" זה, והוא עומד על המשמעות היתירה שעל המשפט ליתן דעתו בהשפעתו זו כחלל מרכזי לחברה וכיסוד נורמטיבי מכונן. בשים לב לתמונה המצוירת מעלה, החוק אינו נותר כ"מערכת נורמות" מכתובות התנהגות, אלא מתהווה לטקסט חברתי אשר :

"law as guiding behavior by participating in the script of the social roles. Lawmaking, accordingly, is for the most part a form of social scriptwriting. On this view law addresses, at bottom, neither individual nor collectives. Instead law operates at the level of social roles – the building blocks from which both individuals and collectivities are constructed. By rewriting the scripts of existing social roles and by scripting new ones, the law shapes with a single stroke individuals and collectivities alike"<sup>65</sup>

לנוכח הקשר המובהק בין כינון ה"אני" למרכזיות "כבודו" כמטרה בפני עצמה, ובשים לב להכרה ההדדית כיסוד מכונן, ממשיך דן כהן במסע לפריטת מושג האוטונומיה - בין "חירות" ל"כבוד" - בהדגישו את הערך המוסף שיש ליתן לאחרון. במאמר שפורסם לא מכבר תחת הכותרת המלמדת "Defending Dignity"<sup>66</sup> מאיר דן כהן את מושג "הכבוד" כעקרון חלופי לעקרון "הנוק" התועלתני במשפט :

"...replacement of the harm principle by what be called the *Dignity principle* : the view that the main goal of criminal law is to defend the unique moral worth of every human beings... Provide a more adequate criterion for criminality... and allows us to insist on law's enforcing a substantive morality while leaving ample yet not infinite room for cultural variation"<sup>67</sup>

<sup>63</sup> שם, עמ' 1216

<sup>64</sup> שם עמ' 1222

<sup>65</sup> שם, עמ' 1228

<sup>66</sup> Meir Dan-Cohen, Defending Dignity, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 92, pp. 150-171, Princeton University Press, 2002

<sup>67</sup> שם, עמ' 150

לטענת דן כהן, העיקרון המשפטי הוותיק והניטראלי לכאורה של חישוב הנזק כתוצאת העבירה אינו עומד יותר בצידוק ה"יעילות" בשל התרחבות תחומי התביעה מעבר לעמדה נזיקית גרידא<sup>68</sup>, אך חשוב מכך, בשל העובדה כי אין הוא עומד בדרישה כי עקרון ההפללה המודרני מחייב קריטריון שיהיה גם מוסרי וגם ביקורתי. דן כהן נותן שתי דוגמאות בהם כושל עקרון הנזק התוצאתי אל מול תפיסות היסוד הערכיות שלנו – אונס ברמייה ותסמונת האשה המוכה "מרצונה" – וטוען כי האינטואיציות המוסריות שלנו מצביעות בברור על פגיעה ענישה, בעוד עקרון הנזק ימנע זאת – אם מכח אי נזק ואם מכח תפיסת "הרצון החופשי"<sup>69</sup>. לטענת דן כהן ביסוד בחינה זו, כמו גם בסוגיית העבדות אליה נחזור מאוחר יותר, עומד התביעה המוסרית הנטועה בעקרון לפיו המעשים פוגעים בכבוד האדם ומתוך כך בערך המוסרי השווה של בני האדם<sup>70</sup>, בהכרה הערכית שלנו ב"אחר".

בתמונת העולם הקאנטיאנית, טוען דן כהן, מובחן מושג ה"אוטונומיה כחירות" לחוקק לעצמו כללי חייו ממושג ה"אוטונומיה ככבוד", כיכולת האנושית הנטוע בכל אדם כאדם. דן כהן מבחין לא רק בין שני פנים אלו, אלא מדגיש גם האבחנה בתוך מושג ה"אוטונומיה ככבוד" בין כיבוד המעשים האוטונומיים של אדם (הגדרה הקרובה אצל הגדרת הפסיקה תנאי חירות במקרים קיצוניים), למתן "כבוד האדם", ה"אחר" כמו גם כיבוד עצמי, אשר הינו א-פריורי בשל היותו ערך היות אדם אוטונומי, "מטרה" מוסרית בפני עצמה.<sup>71</sup> מהותיות זו של כבוד האדם כיסוד הערך המוסרי, טוען דן כהן, היא גם הנותנת למושג ה"אוטונומיה ככבוד" את קדימותו לערכים נוספים המכוננים את מושג האוטונומיה, מושג המהווה לדידו את "הצו הקטגורי" שלא רק מגדיר את המבנה המוסרי, אלא אף מכוננו.<sup>72</sup>

ושוב, מעבר לחשיבות הערכית, מצביע דן כהן על "גמישות" מסגרת כבוד האדם ורגישותה למערכות תרבותיות וחברתיות שונות המכוננות את המסגרת הערכית באופן קונוונציונאלי, כמו גם את אופן הערכת מידת הפוגע והפגיעה.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> שם, עמ' 152

<sup>69</sup> שם, 153-154

<sup>70</sup> שם, עמ' 157

<sup>71</sup> שם, עמ' 158-159

<sup>72</sup> שם, 160

<sup>73</sup> שם, 161-166

קדימות מוסרית זו ל"כבוד האדם" על "חירותו", וחשיבות "האחר" במסגרתו, מקבלת חיזוק גם במעבר אל העידן ה"פוסט מודרני". Zygmunt Bauman<sup>74</sup> משרטט מפה היסטורית של מבנה הדילמה ה"מוסרית", לפיה השיח המוסרי הקדם מודרני הציע תשובה דתית לסוגיה זו באמצעות חרטה וישועה. העידן המודרני נתן ביד הסובייקט קודקסים אתיים פילוסופיים להימנע מכל רע על יסוד רשימת חובות ידועה מראש שעמידה בהן מאיינת למעשה את עצם החטא. העידן ה"פוסט מודרני" מתאפיין בשבירת המבנה ההירארכי והאוטוריטטי של מקורות הנורמות המחדד עד כאב את מעמדו הדרמטי של "האני". שלב זה מכונן את מה שהוא מכנה ה"טיראניות של הבחירה"<sup>75</sup> העולה מכח העובדה שמחד קיים עושר חסר תקדים של הצעות לפתרון דילמה מוסרית ומאידך שבירת המסגרת האוטוריטיבית באופן שאינו מבטיח כי הבחירה המסוימת תוביל ל"מעשה הטוב".<sup>76</sup> לא רק שעמדה זו מחדדת את בדידותו של האינדוידואל המוסרי, היא מחדדת את עמדתו כלפי "האחר". עובדה זו היא שמובילה את Bauman למה שהוא מכנה "פוזיציה המוסרית" ביחס ל"אחר" המקדימה את "כבוד" האדם לחירות הכרעתו, או ההכשרה לכך, ולפיה ההכרעה המוסרית הינה תוצר קיומי "טרומ הכשרה מוסרית" מכח הערך האנושי הטבוע ב"היות אדם עבור אחר" :

"Well before we are taught and learn the socially constructed and socially promoted rules of proper behavior, and exhorted to follow certain patterns and to abstain from following others, we are already in the situation of *moral choice*. We are, so to speak, ineluctably - *existentially* - moral being : that is, we are faced with the challenge of the Other, which is the challenge of responsibility for the Other, a condition of *being-for*"<sup>77</sup>

<sup>74</sup>Zygmunt Bauman, "Life in Fragments". Blackwell, 1997

<sup>75</sup> שם, עמ' 3-5

<sup>76</sup> שם, עמ' 6-8

<sup>77</sup> שם, עמ' 1

הד לעמדות אלו של "אוטונומיה ככבוד", ומקומו של ה"אחר", במסגרת בהליך השיפוט, נמצא בעבודות הדנות במשפט הישראלי. בדומה למהותיות אותה מציג דן כהן, דיונה של ד"ר אורית קמיר, תחת הכותרת מרומזת "האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם",<sup>78</sup> נע מעמדת המשפט האמריקאי, השם דגש דווקא על פן "החירות" בפגיעה בעקרון השוויון בעבודה הנטוע בלב האתוס האמריקאי, אל תפיסת המהות הפוגענית של המעשה בכבוד האדם וביזויו. הן הוכחת הגמישות התרבותית, לה טוען דן כהן, אך חשוב מכך המהות הפוגענית של ההטרדה המינית, שנזקן אינו תוצאתני בהכרח אלא מבזה כבוד אנושי מיסודו, בא לידי בדבריה של קמיר בטוענה כי "השוויון אינו ערך מרכזי באתוס התרבותי ובמשפט בישראל... "כבוד האדם וחירותו" היה לערך מרכזי של שיטת המשפט ומשם הוא עושה דרכו במהירות אל עבר לב האתוס התרבותי הישראלי... בישראל נכון להציג את ההטרדה המינית כפוגעת בראש ובראשונה בכבוד האדם וחירותו... מכוון שהיא פוגעת בכבודו העצמי ובכבודו החברתי של האדם המוטרה, ובחירותו הרוחנית, הגופנית והמינית".<sup>79</sup>

את הפן ה"דיאלוגי" עם ה"אחר", וחשיבותו החברתית מדגישה כהוגים מעלה ד"ר ליאורה בילסקי בהציגה את חלל המשפט כאחד המרחבים הציבוריים והנורמטיביים החשובים בו מעצבים ערכים כמו גם יחסים חברתיים. המקום המרכזי של ה"עדות" באולם המשפט מחדד סיטואציה בה יש חשיבות ל"קול" של המופיע ומשמעות מרחיקת לכת ל"הכרה" ב"קיומו" של קורבן, ולעיצוב היחס אליו : "שאלת ה"קול" מניחה כי ההליך המשפטי ממלא פונקציות חברתיות אחדות שרק אחת מהן היא חלוקת משאבים : פונקציה נוספת של ההליך היא מתן קול, או במילים אחרות, הכרה (recognition) בסובייקטים משפטיים, יחידים וקבוצות. תפקיד זה מתגלה בברור כאשר בית המשפט נותן שם משפטי לזק לא מוכר, כאשר הוא מקבל סיפור מסוים כחלק מפרטואר הסיפורים המקנים משמעות לקטגוריה המשפטית, וכאשר הוא מפתח הליכים משפטיים המיועדים להקנות אמינות לעדויות של אנשים שונים על מנת להעניק להם מעמד של שווים בשיח המשפטי ובקהיליה המשפטית המדומיינת על ידי בית המשפט בקובעו את הדין".<sup>80</sup>

<sup>78</sup> אורית קמיר, "איזו מין הטרדה : האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם", משפטים כ"ט, תשנ"ח, 317

<sup>79</sup> שם עמ' 373-375

<sup>80</sup> ראה הערה 36, עמ' 422

מכאן, ולסיכום, שבה ומתחדדת העובדה כי לִיבֵת יחס דכאני זה של השתקת ה"אחר" הנה בכשל המוסרי הפוגע לא רק ב"חירותו" של אדם, אלא במהות "כבודו", תוך חידוד חשיבותו וקדימותו לחברו. שילוב שתי המשמעויות של "אוטונומיה" בשיח החברתי, כמו גם זה המשפטי, מלמד כי הכשל המוסרי נעוץ במי שניטל ממנו קולו ומתוך כך נחשף לשתי עוולות הנטועות בחשיבות הזוהות האנושית הייחודית והקולקטיבית ל"כבוד האדם" ו"חירותו". ראשית, האוטונומיה של קורבן השיח כפופה להגדרת זהותו על ידי מי ששלט בשיח הדכאני – קווי מתאר זהותו משורטטים בידי מי שהכח השיחי בידו ומתוך כך נשלל יסוד "כבודו" כאדם. שנית, הוא מנוע מ"אמירת" וכינון זהותו האוטונומית הייחודית, ביטויה ועיצובה במפגשה עם המציאות. מסגרת מוסרית זו נטועה ופועלת ב"שדה השיח" החברתי תוך מתן חשיבות למרכזיות אקט ה"דיאלוג" בתפיסה הערכית של כינון זהותו של האינדוידואל, חשיבות יצירתו וכבודו של "האני האוטונומי" מול "האחר". בטרם נפנה לבחון את האופן בו נהג המשפט הישראלי ב"אחר" קלאסי – היא האשה הזונה – נבקש לעמוד בקצרה על בדי פניות ה"אחרות" הנטועה בשיח אודותיה.

## ה. אי הפללת הזנות במשפט הישראלי ו"אחרות" האשה - הזונה

הזנות במדינת ישראל אינה מופללת. זוהי תוכנת היסוד עמה נצא למסע משפטי ולמפגש עם דמותה המורכבת של האשה הזונה. מורכבות זו תצויד ברגישות המוסרית אל ה"אחר" המופיע בבית המשפט, שהצגנו מעלה, עליה נבקש להוסיף בקצרה גם תוכנה נשית לגבי נרטיב פטריארכאלי בסיסי ביחס לאישה שלטעמינו מצטרף כיסוד לבחינה. בבסיס ההבניה הפטריארכאלית של המינים, טוענת ד"ר כרמל שלו<sup>81</sup> עומדת האידיאה לפיה "הבחנה ערכית בין פוריותה ומיניותה, היא השניות של "הקדושה/קדשה"(Madonna/whore). ייעודה הטבעי של האשה, לפי העמדה הפטריארכאלית, הוא לבטא עצמה במימוש כושר פוריותה. דמות האשה הטובה, מן הבחינה המוסרית, היא הרעיה הנאמנה והאם המסורה, הקורנת א-מיניות. לעומת זאת, דמות האשה הרעה היא הזונה אשר נותנת ביטוי עצמאי למיניותה. אשה זו מנודה בשל כך מקרב האנשים המכובדים ומודחקת לקיום עלוב בשולי החברה המקובלת."<sup>82</sup>

ד"ר אורלי לובין מביאה בספרה<sup>83</sup> הרחבה לדואליזם סטריאוטיפי זה, לפיה "בעקבות עיון במספר רב של טקסטים שנכתבו במהלך ההיסטוריה משרטטות סנדרה גילברט וסוזאן גובאר את מערך הסטריאוטיפים הנשיים כמושתת על דימוי מכונן של האשה שהיא גם מלאך וגם מפלצת. גילברט וגובאר מדגישות את הבו קיום של שני הקטבים: "המצב הנשי אינו מאפשר בחירה בין להיות מלאך (שמאפיינו הם היעדר קול, היעדר התנגדות ובעצם היעדר חיים) לבין להיות מפלצת (שמאפיינה חריגה מהנורמות). השילוב הוא בעקרו של דבר ביטוי להיעדרה של אפשרות בחירה, שכן באופן חוזר ונשנה מיוצגת האישה כמי שממלאת את שני התפקידים גם יחד: גם מלאך וגם מפלצת (גם כאשר גילויי המפלצת אינם נכרים לעין, הרי שהפוטנציאל של קיומם מאיים תמיד). הכפילות הזו, שמשמשת את גילברט וגודאר כמודל לתיאור הייצוג הנשי, נשפסת על ידי התרבות שמייצרת אותה כשלילית. היא שלילית מטעם כפול: ראשית משום שהיא תמיד מכילה פן שלילי (מפלצתיות) ושנית משום שדואליות פירושה היעדר לכידות בדמות האשה וזה כשלעצמו נתפש כשלילי"<sup>84</sup>

<sup>81</sup> ד"ר כרמל שלו, "על שיויון, שונות והפלייה מינית", ספר לנדוי, עמ' 893.

<sup>82</sup> שם עמ' 897

<sup>83</sup> אורלי לובין, "אשה קוראת אשה", אוניברסיטת חיפה/זמורה ביתן 2003

<sup>84</sup> שם עמ' 41



ככזו, אין האשה הזונה מהווה רק "אחר"<sup>85</sup> נורמטיבי המופיע עם סיפורו בבית המשפט ושדמותה משורטטת בידי מי שאמון על תבונה נאורה ואוניברסלית. לפי לובין, סטריאוטיפ זה מהווה את המנגנון הקיצוני ביותר ביחס אל ה"אחר", ובשבצה את ה"אחר" במסגרת "שדה שיח" היא שבה על תיאורינו מעלה ומלמדת כי "התבנית הבסיסית של סטריאוטיפ המוצגת כאן אמונה ביחס אל האחר : יחס בין בעלי כחות שונים, שיש ביניהם הירארכיה. השיח של בעל הכח במערך הזה משקף אמביוולנטיות ביחס ל"אחר" : מצד אחד לבעל הכח דימוי עצמי של סמכות, ויש בו תשוקה לשליטה באחר, אבל בה בעת הוא עושה כן באמצעות הטמעתו של האחר והפיכתו לזהה לו... ככל שהחרזה מהאחר רבה יותר, כך מתקרבים מנגנוני ההגנה לייצוג פטשיסטי של האחר, כלומר ייצוג כחפץ או הפשטה, שהם בחשבון אחרון, סטריאוטיפים... האחר כצורה של אמונה רבת פנים ומפצלת את הסובייקט, צריך, אומר הומי באבא, לצורך הצלחת הסימון שלו, להיות מיוצג באמצעות שרשרת רציפה וחוזרת של סטריאוטיפים של אחרות... מה שמוכר ומיוצג כנשיי ו"לגברי" אינו תולדה הכרחית של מבנים ביולוגיים אלא הוא תולדה של מבנים חברתיים ותרבותיים משתנים, ולכן גם תולדה של צרכים אידיאולוגיים..."<sup>86</sup>

לנוכח הפטריארכאליות הגברית הנטועה בשיח המשפטי הכמעט בלעדי לתקופה, סטריאוטיפ דואלי זה, נציע, הוא שעומד ביסוד דו פניות המשפט בקדם הנחותיו עת הוא בוחן את מעמדה המשפטי של הזונה. כאמור מעלה, הדיון המשפטי נע על קדם הנחות, נראטיביים סטריאוטיפים תת תודעתיים המעצבים את יחס המתדיינים אל הזונה. בלעדיו, היינו מצפים לראות כיצד מציע המשפט הגנה למי שעיסוקה מעולם לא הופלל ושנמצא בסיטואציה אלימה ונצלנית, ממש כשם שעבירת האינזוס ופרשנות המשפט נועדה להגן על הנאנסת מול שולל הכרעתה האוטונומית. קריאתנו מציעה כי הפסיקה נעה במטוטלת נראטיבית זו של "הקדושה/קדשה" - דואליזם ה"מופקרת" עמה יש לבוא חשבון ו"המופקרת לכל" עליה יש להגן - וזאת מבלי ליתן כל מקום לקולה האוטנטי של האישה העומדת לדיון. מעניין הוא, כי בין אם יחסו של השופט אל הזונה הוא כאל "טמאה" ובין אם כאל "קורבן" - תוצאת הכרעתו אחת היא : ביעור עיסוקה ושלילת אופן התקיימותה בכל דרך אפשרית. כפי שננסה להראות מטה, גאולת המלאך - חסר הקול וההתנגדות, כרדיפת המפלצת - המאיימת בחריגה מהנורמות, עמדות יסוד אלו הובילו לתוצאות לא רק של הפללה באין חוק ובניגוד למטרה, אלא גם בתרומת המשפט לקורבנותה.

<sup>85</sup> על האשה כ"אחר" ראה גם עמדתה המפורסמת של סימון דה בובואר, "המין השני", כך ראשון הוצאת בבל 2001, ראה

לדוגמה היסטורית עמ' 103.

<sup>86</sup> ראה הערה 83, עמ' 47-48.

1. פקודת החוק המנדטורי 1936 והמשפט הישראלי הצעיר – הזנות כמטרד

המחוקק המנדטורי הביא עמו מאנגליה פני יאנוס ביחסו לזנות. מחד, מבטו הוויקטוריאני, המוסרני מיסודו, שלל את שראה לנגד עינו ברחובות לונדון במאות השמונה עשרה והתשע עשרה בו נשים מציעות עצמן לכל דורש ברחובות ובתי זונות לרוב של נשים וגברים כאחד.<sup>87</sup> מאידך בחן המחוקק האנגלי תמונה זו מתוך התפיסה הליבראלית מבית מדרשו של ג'ון סטיוארט מיל שראה בפרטיות זכות עליונה אשר הגבלתה יכול ותהיה רק מכח פגיעה בזולת.<sup>88</sup>

התוצאה הינה הקביעה המשפטית, הרווחת עד ימינו, כי מעשה הזנות כשלעצמו ובתחום הפרט אינו עניש בפלילים. מעבר לכך, "כיכבה" הזונה במשפט הפלילי המנדטורי בשני עולמות שונים. ראשית, מקום בו הוחזק בידי אדם "בית זונות", מעשה זה מהווה מטרד וככזה הינו בר ענישה בפלילים. שנית, סרסרות, תוך אפיון הייחודי של הסרסרות הנשית, נשלל מכח החיים על רווחי זונה, והינו עניש מכח אופיו הנצלני. כפי שנפרוש, דקדק המחוקק האנגלי באבחון הדמויות השונות – הזונה, בעל/מחזיק בית הזונות והסרסור – אבחנה שתעלם בעתיד הישראלי

לגבי הגדרת הזנות, בית המשפט המנדטורי, בעניינה של רחל סטורמאק<sup>89</sup> היה חד משמעי באימוץ הגדרת המשפט האנגלי לפיו "מעשה זנות" הוא מעשה חדירה בין בני המין השני :  
 "We accept the definition of prostitution given in the case of Winter V. Wolf. 1 K.B. 1931, where Avory J. says : 'Prostitution is permitting people of the opposite sexes to come there and have illicit sexual intercourse'"

<sup>87</sup> ניחוח פריצות זו ניתן למצוא ביומנו של פילוסוף גרמני בשם George Lichtenberg אשר במאה השמונה משוטט

ברחובות לונדון ומתאר בתדהמה את הנשים שרואות עיניו ואשר:

" got up in any way you like, dressed, bound up, hitched up, tight - laced, loose, painted, done up or raw, scented, in silk or wool, with or without sugar, in short, what a man cannot obtain here, if he have not money, upon my word, let him not look for it anywhere else in this world of ours"

Lucy Moore, "The thieves' Opera", Harcourt Inc, 1997 in p. 44

בתי זונות היו אלטרנטיבה יקרה יותר לזנות הרחוב – והן שימשו משכן לזונות ממין נקבי וזכרי (He-Whores) כאחד, חלקם יוקרתיים ביותר, שם, עמ' 45 ואילך

<sup>88</sup> "מן ההכרח שיהיה חופש היחיד מוגבל בצורה ידועה : אין לתת לו להיות מטריד ומציק לאחרים", ג'ון סטיוארט מיל,

"על החרות", הוצאת מאגנס, תשמ"ו, עמ' 97

<sup>89</sup> Cr. App. 91/45, The Attorney General V Rachel Stourmak: (1945), P.L.R Vol 12 p. 336

הפן הפלילי המטרדי של הזנות לא פוּנָן מכח מעשה הזנות כשלעצמו, אלא מכח העובדה כי בית זונות מהווה מקום המושך אליו אנשים ומהווה מטרד לדירים. כך בסעיף 151 לפקודה נקבעה המסגרת המטרדית של "בית זונות": "כל בית או חדר או שורה של חדרים בכל בית שבהם יושבות או מבקרות שתי נשים או יותר לשם מעשי זנות, יחשבו לבית זונות". החוק מבחין היטב בין הזונה, המכוננת את בית הזונות, לבין הדמות אותו ראה המחוקק כאחראי לפן מטרדי ושכסעיף 163 הגדירם בנפרד "(א) מחזיק או מנהל בית זונות או מסייע או עוזר בהנהלתו או (ב) כשהוא הדייר של איזה בית או הממונה על איזה בית מרשה ביוזעין... (ג) כשהוא בעל הבית של כל בית או סוכנו... והוא משכירו מתוך ידיעה שבית כזה או חלק הימנו שימש בית זונות... יאשם בעוון". מכאן כי ההפללה המטרדית אינה מכוונת לזונה אלא למי שמעמיד בכל צורה שהיא מקום בו פועלות זונות באופן מטרדי.

לא רק שלאבחנה בין הזונה לבין מחזיק "בית הזונות" ניתן ביטוי אנאליטי בהגדרות החוק, הרי שמקום ובו השיקו השניים לדמות אחת - נקבע בפסיקה המנדטורית, בהלכה הידועה כ'*הלכת רודנשטיין*'<sup>90</sup>, כי אין להפליל בעבירת החזקה זונה מקום בו היה המקום בית מגוריה:

"Where a woman is the occupier of a house which she uses for the purposes of her own habitual prostitution with men, she cannot properly be convicted of permitting the premises to be used for the purposes of habitual prostitution"

לא זו גם זו, מבחינה ראייתית הטיל פסק הדין על התביעה חובת ההוכחה בדבר שליטה במקום, ובאין ראיות, הרי שגם מקום ששתי נשים ויותר עוסקות במין במקום אינה מאפשרת הרשעה בדין את המחזיקה בגין מעשה זנותה. חובה זו התחדדה בפסק דין קאמא<sup>91</sup> עת בית המשפט המנדטורי דרש הוכחת ביקורים סדירה, ולא להסתפק בביקור בודד למטרת זנות, על מנת לכונן הגדרת מקום כ"בית זונות".

<sup>90</sup>Cr. App. 67/41 Lydia Rudenstein V The Attorney General: (1941), P.L.R Vol 8 p. 223

<sup>91</sup> Cr. App. 157/45 The Attorney General V Nazli Said Abu Kamha (1945) P.L.R Vol 12 p. 475

בעוד החזקת "בית זונות" נחשבה כמטרד, הסרסרות נשללה מכח אי מוסריות נצלנות החיים על רווחי הזונה. בצורתה המינורית, נאסרו חיים נצלניים אלו במסגרת סעיף 166 (1) "כל גבר החי לגמרי או במקצת על רווחיה של זונה, יאשם בעוון" ובסעיף (2) נקבעת החזקה כי "כשהוכח כי גבר חי יחד עם זונה או מצוי בקביעות בחברתה או אם הוכח שהשתמש בהשפעתו או בשליטתו על תנועותיה של זונה באופן המראה שהוא עוזר או מסייע בידה או מכריחה לזנות עם כל אדם אחר, או לזנות בכלל, יחשב אותו אדם, בלתי אם הוכח לבית המשפט אחרת, כאילו הוא חי בודעין על רווחיה של זונה".

בצורתה המאיימת יותר של הסרסרות, לא רק שהמחוקק המנדטורי מדגיש את חומרת מעשה הסרסור בפועלו לשם הכפפת הזונה לגחמותיו, הוא גם משרטט את קווי המיתאר המשפטיים של הזונה, המובחנים בשונה מכל "אשה" אחרת. וכך, בסעיף 161 לפקודה מודגשים מעמדו הייחודי של יחסי הסרסור והזונה, לפיו "כל אדם": "(א) המשדל או מנסה לשדל אשה למטה מבת עשרים שאינה זונה רגילה ושאינה ידועה כבעלת אופי בלתי מוסרי לשכב שלא כחוק עם כל אדם אחר בתוך פלשתינה (א"י) או מחוצה לה; או (2) המשדל או מנסה לשדל אשה למען תהיה לזונה מופקרת לרבים בתוך פלשתינה (א"י) או מחוצה לה; או (3) המשדל או המנסה לשדל אשה לעזוב את פלשתינה (א"י) מתוך כוונה שתגור או תבקר תכופות בבית זונות או... (5) המשדל או מנסה לשדל כל אשה לעזוב את מקום מגוריה הרגיל בפלשתינה (א"י) כשמקום כזה אינו בית זונות, למען תגור או תבקר תכופות בבית זונות לצורך זנות, בין בפלשתינה (א"י) או מחוצה לה - דינו עוון" ובסעיף 162 מאובחנת הזונה מאשה בכך ש"כל אדם" חב בפלילים אם הוא "(ב) המשדל בטענות או באמתלאות כוזבות אשה, שאינה ידועה כזונה מופקרת לרבים או כאישה מושחתת, לשכב עם איזה אדם שלא כחוק בתוך פלשתינה (א"י) או מחוצה לה"

היות ובמכלול עבירות הסרסרות מציינות במרכיבי החוק כי ביסודן יהיו חיים על רווחי "זונה", נראה כי כאשר נדרשת הרשעה בסרסרות לא רק נידרש כי יוכח מעשה החדירה ולא רק כי המעשה אינו אקראי אלא חובה על התביעה להראות כי מבצע אקט הסרסרות מקיים את מעשיו עם זונה, ולא עם אשה "סתם". לא זו גם זו, לא רק שהזונה אובחנה מ"אישה", ניצול סרסורי זה אובחן ממעשה "גבר", כאשר המחוק המנדטורי מצייר דמות של סרסורית בסעיף 173: "כל אשה אשר נתברר שלצורך קבלת שכר פקחה, נהלה, או השפיעה על תנועותיה של זונה באופן המראה שהיא מסייעת או עוזרת בידיה, או מכריחה אותה לזנות עם איזה אדם מיוחד או עם אדם סתם, תאשם בעוון"

עמדה מובחנת זו בין השחקנים השונים נשמרת גם לאחר הקמת המדינה בשלביו הראשונים של המשפט הישראלי הצעיר. במשפטו של דב פיק<sup>92</sup> חוזר בית המשפט על עמדת הילכת "דודנשטיין" ביחס לעמדה העקרונית לזונה לפיה "כשהמזדבר באשה שדבר הימצאה בבית בושת ומעשי פריצותה שם כשלעצמם אינם מהווים עבירה, וכן אין היא עוברת עבירה לפי פסקה (ב) של סעיף 163, אם היא משתמשת במקום מגוריה לצורך זנות רגילה."

באופן דומה, שאלת השליטה ב"בית זונות" והידיעה בדבר העיסוק במקום נשאה מהדין המנדטורי למשפט הישראלי. בערעור המדינה על זיכויה של סימה וסרמן<sup>93</sup> מדגיש בית המשפט כי לשם הרשעת אדם בהחזקת בית זונות מתחייבת הוכחת השליטה במקום. האבחנה האנאליטית בין הזונה לבית מחזיק בית הזונות מתחדדת עת נידרש בית המשפט לקבוע האם זונה רשאית להעיד כנגד דב פיק<sup>94</sup>, המחזיק בבית זונות, וכבוד השופט ברנזון קובע אבחון חד משמעי לפיו "אשה זונה העוסקת במקצועה בבית בושת אינה שותפה לא לעבירה של החזקת בית בושת ולא לעבירה האחרת של הרשאת השימוש בו למטרות זנות"

<sup>92</sup> ע"פ 158/53 פיק'נ' היועמ"ש, פד"י י, עמ' 663

<sup>93</sup> ע"פ 259/54 היועמ"ש'נ' וסרמן, פד"י ט' ע' 34

<sup>94</sup> ראה הערה 92

אימוץ אמות המידה המנדטוריות גם התקיים במקרה של דב וגיטל שמעיה<sup>95</sup> בו נתפסו שתי נשים במקום בו במהלך שעה נצפו עשרים גברים ממתנינים בקוצר רוח לתורם. אחת מהנשים זוכתה מחוסר הוכחות ובית המשפט חזר על סוגיית ההגיון המיטרדי, כאשר כבוד הנשיא אולשן קורא בדווקנות מצרה את לשון הפקודה בדבר מספר הנשים וקובע כי: "הימצאה של אשה, ואפילו של שתי נשים, פעם אחת במקום מסוים לשם מעשי זנות אינו הופך את המקום לבית זונות מבחינת ההגדרה שבסעיף 151... המחוקק השתמש במילים "שתי נשים או יותר", וזה – כדי להבליט שמקום מבוקר ואפילו בקביעות, ע"י אישה מסוימת אחת אינו נחשב לבית זונות". קריאה זו לא הועילה לבני הזוג שהשכירו המקום בידיעה, לא כל שכן עת שב וחזר דב שמעיה בפני בית המשפט העליון בערעור נוסף.<sup>96</sup>

הדרישה המנדטורית מהתביעה להוכחת מרכיבי חזקת הסרסרות נותרה בשלב ראשוני ובעינינו של מודיס בן אליהו<sup>97</sup> שב בית המשפט הצעיר וקבע כי לפי ס' 166 לפקודה יש צורך להראות כי אכן המדובר בזונה, כמו גם כי מפקח עליה "אין כאן מקרה בודד של הנאה מקרית (מסרסרות) שאם התביעה מוכיחה, כי הנאשם השפיע על תנועות הזונה באופן המראה שהוא עזר לזונה בזנותה, הרי קיימת ההנחה שהנאשם חי על הכנסותיה של הזונה." במקרהו של מחמוד כאלד בקי<sup>98</sup>, לא רק שעמד בית המשפט על הוכחת אופן הפיכת ילדה לזונה אלא שהוא שב המשפט וחוזר על חובת המדינה לפיה יעביר חזקה כי המדובר בחיים על ריווחי זונה רק "משהוכחה על ידי הקטגוריה מסכת העובדות המפורטת בו".

לסיכום ניתן לומר כי למרות עמדתו המוסרנית, לפיה ה"זונה" היא דמות מופקרת, בלתי מוסרית ואשה מושחתת ללא כחל וסרק – עמדה הפסיקה המנדטורית והישראלית בראשיתה, על אי הפללת הזונה באבחונה המוחלט מהשחקנים החיים על רווחיה. מפגשן של הזונות עם המשפט הפלילי לא היה כנאשמות, ואפילו הייתה הזונה מחזיקה בית זונות בביתה – לא הייתה עוברת היא כל עבירה. באופן מאובחן הגדרתית ומהותית – מי שחי על רווחיה מכח שליטתו ב"בית הזונות", הרי שהוא בר עונשין מכח המימד המיטרדי במעשיו. בקומה העליונה נימצא את דמות הסרסור המוכתם בפלילים מכח נצלנות רווחי הזונה, כמו גם החשש מאימתו המשעבדת ודקדקנות איבחון היות סרסור גברי מסרסורה.

<sup>95</sup> ע"פ 31/52 שמעיה נ' היועמ"ש, פד"י ו' עמ' 765

<sup>96</sup> ע"פ 154/52 שמעיה נ' היועמ"ש, פסקים י"ג, עמ' 316

<sup>97</sup> ע"פ 115/51 אליהו נ' היועמ"ש פד"י ה', עמ' 1644

<sup>98</sup> ע"פ 181/57 בקי נ' היועמ"ש פד"י יב, עמ' 143

## 2. תיקון חוק לדיני עונשין (עבירות זנות) התשכ"ב - 1962

14 במאי 1962 התקבל בכנסת "חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות זנות), תשכ"ב - 1962" אשר איגד בחוק העונשין, תחת כותרת "זנות ומעשי תועבה", את מכלול עבירות הסרסרות אשר היו מפוזרים בפקודה המנדטורית ובחקיקה המתפתחת בישראל ואשר נבחנם בדקדוק מטה. משם מה התקבל תיקון כה חשוב ללא כל דברי הסבר (עובדה שתאפיין את הליכי החקיקה בנושא עד התיקון לעבירת הסחר). למרות זאת, עיון בדיון בכנסת סביב הצעת החוק מלמד כי התיקון כולו נולד למטרה אחת בלבד - מלחמת החורמה בסרסורים והצלת הנשים ממלתעותיהם.

ח"כ ניר-רפאלקס, אשר יזם את התיקון, זועק מעל דוכן הנואמים בכנסת הצהרת מלחמת חורמה של המחוקק בסרסורים ועל הערך המוגן שביסוד החקיקה בהגנה על הזונה כ"קורבן" כך: "חברי הכנסת, שידול אישה, ובייחוד בחורה צעירה בת 16-17, לזנות, וכן להדיח אותה לזנות ואחר כך לחיות על רווחים שהופקו ממעשי הזנות, - לפי הערכתי זהו מעשה רצח של נשמת האדם. אינני מבין מדוע רצח נשמת האדם הוא פחות מרצח גוף האדם. אשה זו שנעשה בה מעשה זה, איננה עוד בן אדם. ואנו, לצערנו הגדול, במשך הזמן האחרון ראינו, שאצלנו מתייחסים לחיים על רווחי זונה בקלות יתרה."<sup>99</sup>

ובנאומו עת עבר החוק בקריאה שנייה ושלישית, תוך התייחסות לקביעת מאסר החובה לסרסור, שב ומצהיר ח"כ ניר-רפאלקס על ההגנה לזונה בטוענו: "כאשר אדם חי על רווחי זונה, כאשר אדם מתחתן עם בחורה והופך אותה לזונה, הוא רוצח את נשמתה... כידוע יש פושעים ויש פושעים מקריים. מאסר על תנאי מכוון למקרים של פושעים מקריים שעברו עבירה ויש סיכוי שאם יוטל עליהם רק מאסר על תנאי, ייטיבו את דרכם. האם שר המשפטים, או מי שהוא אחר מאיתנו יכול להאמין שאדם ששולח את אשתו לעסוק בזנות, ייטיב את דרכו אם יוטל עליו עונש מאסר על תנאי? מי ששולח את אשתו לעסוק בזנות, אינו פושע מקרי, אלא פושע מועד. אנו יודעים מאיזו שכבה באים אנשים אלה. אלה אנשים שזהו מקצועם. הם שולחים בחורות למועדוני לילה בחוץ לארץ על מנת שיעסקו שם בזנות"<sup>100</sup>

<sup>99</sup> דברי הכנסת, כרך 31, בעמ' 1735

<sup>100</sup> דברי הכנסת, כרך 34, בעמוד 1925

ברוך אזניה, בשם ועדת החוקה, מדגיש את מושא החוק ומטרתו "שהמגמה היסודית של הצעת החוק הייתה להחמיר בעונשים לגבי סרסורי זנות, ואנו שמרנו על המגמה הזאת. אבל תוך כדי כך רצינו שיהיה חוק אחד בכל תחום העבירות האלה ולא כמה חוקים".<sup>101</sup> וכך, בהתקבל החוק נבנתה מסגרת ייחודית לעבירות הסרסרות, שתשולב במאוחר יותר עם חוק העונשין, אשר הרימה את סף הענישה על סרסורים מתוך ראיית הסרסור כ"רוצח נשמות" בעוד מעמדה של הזנות נותר כשהיה – היא אינה התנהגות פלילית. מיותר לציין כי הנחת המחוקק הייתה כי הזונה היא ממין נקבה בלבד. הנחת יסוד זו – על הסטריאוטיפ הנשי הטבוע בו – ישמש יסוד בהתפתחות יחס המשפט לזונה כפי שנראה מטה.

לנוכח העמדה החד משמעית שהוצהרה מעלה, לא כל שכן לנוכח לשון החוק והתפיסה ה"קורֶפְנִית" של החיים על רווחיה של מי שעיסוקה לא הופלל בכל צורה שהיא, הצפיה הלגיטימית הייתה כי חקיקה זו הייתה מובילה להקשבה ל"קולה" של הזונה, תוך חיזוק תנאי קיומה והגנה על חירותה וכבודה. הלכה למעשה הוביל התיקון דווקא למלחמה על הזנות עצמה בהיפוך גמור לכוונת המחוקק ובסתירה לעקרון החוקיות. אם המחוקק שם לנגד עיניו את הסרסור כאויב הגדול, הרי שבית המשפט הגדיל את קורבנותה בהשתקתה בין אם על ידי עיצובה כ"טמאה" ו"מופקרת" המחייבת הפללה כסרסור – ובין אם כ"קורבן", ה"מופקרת לכל" המחייבת הגנה בהפללת כל סובביה ללא אבחן. כפי שנבקש להראות, המשפט לא הסתפק בחדירה אלימה לעולמה של הזונה, הוא הגדיל עשות בהופכו אותה לכלי ראייתי "מושתל" כנגד סרסורה. עובדה מתחייבת היא שהזונה לא נדרשה לסרסור להגן עליה בפני מוראות לקוחותיה בלבד, אלא היא נדרשה לסרסור על מנת לחצוץ בינה ובין המשפט המבקש את הקרבתה במלחמה.

נקודה מעניינת עליה נבקש להצביע תוך כדי המסע הוא כי התפתחות פרשנות הסעיף באה לאחר פרסומו של דו"ח וולפנדן, תחת הכותרת Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, המפורסם בספטמבר 1957 הדן המעמד הזנות וההומוסקסואליות. הדו"ח מגלה עמדה זהה לזו השורה בארץ, הן מבחינה משפטית והן מבחינה של תפיסת הזנות באופן סובלני, לא מופללת למעט עת היא מטרדית מעיקרה וכמי שמבטאת את רוח התקופה הפוזיטיביסטית של אבחנת המוסר מהמשפט.<sup>102</sup> וכך באה לידי ביטוי עמדתה הכללית של הועדה :

<sup>101</sup> שם עמ' 1923

<sup>102</sup> להרחבה ראה את דיונו הקלאסי של ה.ל.א. הארט, חוק חירות מוסר, אדם מוציאים לאור, 1981.



"Prostitution in itself is not, in this country, an offence against the criminal law. Some of the activities of prostitution are, and so are the activities of some others who are concerned in the activities of prostitutes. But it is not illegal for a woman to 'offer her body to indiscriminate lewdness for hire', provided that she does not, in the course of doing so, commit any one of the specific acts which would bring her within the ambit of the law."<sup>103</sup>

לנוכח הדיאלוג המשפטי עם המשפט האנגלי, לא כל שכן על הקרבה ברמה התיאורטית והתורתית, מדהים לגלות כיצד בניגוד מוחלט לעמדת הועדה, התואמת לחלוטין לעמדת המחוקק הישראלי, ראה שהמשפט הישראלי לנכון לצעוד בכיוון הפוך לחלוטין, לא לשעות לחברה ולחוקיה, ופתח במתקפה משלו על הזונה ועיסוקה, אותה נבקש להציג מטה.

---

<sup>103</sup> למרבה ההפתעה קשה לאתר את הדוח אפילו באינטרנט, והציטוט מתוך

בדומה לקודמו המנדטורי שאסר על החזקת בית זונות, גם התיקון לחוק אסר על אדם החזקה והשכרה של מקום לשם החזקת בית זונות. בניגוד לקודמו המנדטורי, נעלם האיסור המטרדי יחד עם העלמות ההגדרה המנדטורית ל"בית זונות", ובהתאמה לתפיסה הסרסורית המחמירה של העבירה, העונש בצד העבירה יצאה מעולם המטרד ועלה מדרגה אל עולם הפשע. סעיף 5 לחוק קובע: "מי שמחזיק או מנהל מקום לשם עיסוק בזנות, דינו - מאסר חמש שנים"<sup>104</sup>. לכאורה, מאום לא השתנה וברי כי תחולת סעיף זה אינה חלה על הזונה. ההגיון המנדטורי שאיבחן את הזונה אנאליטית ממחזיקי המקום ואף קריאה תמה בלשון הסעיף החדש, לא כל שכן לנוכח מטרת החוק וההחמרה הכבדה בו בענישת הדמות הסרסורית הנצלית – כל אלו מורים ללא כל ספק כי הדמות אליה מכוון סעיף זה הינה דמותו של הסרסור ולא אל מי שאמור לבצע את אקט הזנות. אולם הפסיקה חשבה אחרת, כאשר דמותה של הזונה כ"טמאה" מחלחלת לפסיקה ומובילה לעריכת זהות בין מעשיה המטרידים לבין מעשי נצלנות הסרסור.

בהחלטה שלכאורה שומרת על אבחון דמות הזונה *דחל פינקלשטיין*<sup>105</sup> מדמות הסרסור, מתייחס כבוד השופט כהן לאי הפללת העיסוק בזנות בבית מגורים וקובע כי האיסור על החזקת מקום לעיסוק בזנות מטיל נטל על התביעה להוכיח כי המקום הוחזק באופן בלעדי לצורכי העיסוק בזנות, ולעיסוק זה בלבד, שכן "ייתכן שמחזיק דירה יחזקנה גם לשם מגורים וגם לשם עיסוק בזנות... ובראיות שהמקום משמש גם לעסקי זנות לא סגי". אימרה זו נושאת הד לנטל שהוטל בעבר על התביעה בהוכחת היות מקום בית זונות. אולם באין יותר משכן משפטי ל"בית זונות", על ההגנה שניתנה בו לשוהות בו, פוסק בית המשפט - בניגוד ל"הלכת רודנשטיין", ללא כל הסבר ובניגוד לראציונאל החוק המכוון לאיסור טפילות סרסורית על רווחי זונה - כי החזקת מקום על ידי זונה במטרה לביצוע מעשי זנות ייפול למסגרת עבירת הסרסורות לפי סעיף 5 לחוק.

<sup>104</sup> סעיף 6 לחוק קובע: "מי שמשכיר או מחדש שכירות של מקום בודעו שהוא משמש או ישמש לאשה מקום למעשי

זנות, דינו - שישה חודשים"

<sup>105</sup> ע"פ 268/63 פינקלשטיין נ' היועמ"ש פד"י יז ע'2101

הדברים נאמרים מפורשות כאשר השופט זוסמן מתייחס לסוגיה האנושית במקרה של אסתר בלאגאלי<sup>106</sup> אשר שכרה מקום לשם עיסוקה בזנות, וקובע כי "כאז כן עתה חופשית אשה למכור גופה ומעשה הזנות אינו עבירה. זאת ועוד: אף אישה שעיסוקה בזנות זקוקה לבית מגורים, ומשהוברר שזנות אינה עבירה ואשה המחזיקה בית מגורים המשמש לה גם לשם עיסוק בזנות, הייתכן שתהא אשמה בעבירה של סעיף 5 הנ"ל? היכן תגור אם החזקת בית המגורים שלה תהא פשע הגורר אחריו מאסר עד 5 שנים? התהא בלי קורת גג?" אולם למרות אצטלה מוסרית זו, מטמיע בית המשפט את אסתר בדמות הסרסור בקובעו שהבית לא שימש אותה למגוריה, ומתוך ששימש הוא למעשה "הטמאים", הורשעה בלאגאלי בסרסרות עצמה, ללא כל מקור חוקי ובניגוד להגיון התחיקתי. התוצאה שעברה בשתיקה היא, כי באין "בית זונות" לשכון בו בבטחה, אשה אחת העוסקת בזנות שאפילו לא מהווה מטרד - מופללת ללא חוק בידי הפסיקה אשר מזהה בינה ובין מי שכנגדו יצא המשפט למלחמה.

בשים לב למתח המוסרי-משפטי הטבוע בראשם של השופטים ובדמות אשה כזונה "מופקרת", עמדה המאפיינת תקופה מוקדמת זו, לא נידרש זמן רב עד שעמדה מרחיבה תצוץ בדבר מטרות החזקת בית מגורים ואשר תשלול את עצם אפשרות מגורי הזונה בביתה. השופט מני, אליו מצטרף השופט זילברג, בוחנים את המקרה של דחל מאיר<sup>107</sup> וקובעים כי "די בכך אם אחת מהמטרות שלשמן מוחזק המקום הוא עיסוק בזנות. פירוש של הסעיף עלול אומנם, בתוקף הסנקציה שבו, לשלול את אפשרות השימוש במקום מגוריה למטרות עיסוקה ועל ידי כך להצר צעדיה ולפגוע בפרנסה שהיא מתפרנסת מעסוק זה, אך כנראה שזו הייתה מטרות וכוונתו המוצהרת של החוק לאור הלשון שבה הוא השתמש בסעיף 5". קשה להבין כיצד בית המשפט תודה על כוונתו "כנראה" של המחוקק תוך התעלמות מוחלטת מדבריו, כמו גם מהערך המוגן שביסוד עברת הסרסרות ולפיכך לא יכול להיות ספק כי ברקע הפללה זו עומדת תפיסת הזונה כ"טמאה", כ"מופקרת" שיש להפלילה כסרסור.

השופט לנדוי חולק על עמדה זו, הן בהסכימו עם דברי השופט זוסמן בפרשת בלאגאלי, כמו גם בהסתמכו על עמדת וועדת וולפנדן אשר פורסם זה מכבר, לפיו: "אם השימוש במקום בו מחזיקה הזונה לצורך זנות על ידה הופך לעבירה פלילית, פירושו של דבר שהופכים את הזנות עצמה לעבירה; וכמו שאמרנו לעיל, דעתנו שאין לתמוך בדעה זו... כל עוד סובלת החברה את הזונה, היא צריכה להרשות לה לעסוק בעיסוקה במקום כלשהוא", ללא הועיל.

<sup>106</sup> ע"פ 361/63 בלאגאלי נ' היועמ"ש פד"י יח ע' 63

<sup>107</sup> ע"פ 135/64 מאיר נ' היועמ"ש פד"י יח (4), עמ' 516

אם על עובדת הפללת הזונה כסרסור עת משמש המקום כבית זונות עבר בית המשפט העליון בשתיקה מוחלטת, הרי שלכבוד עיסוקה של מרים תורג'מן<sup>108</sup> בזנות בבית מגוריה נתכנס הרכב מורחב של חמישה שופטים בראשות הנשיא דאז אגרנט. הנשיא אגרנט פותח במהלך של "בירוקרטיית ההגיון הטהור", ובפורמאליזם צרוף הוא מכריז על חובת הפללת הזונה כסרסורה משפטית שכן: "התשובה שהכרחי להשיב - מבחינה משפטית טהורה - לקושיה הנ"ל היא: בסעיף 5 מעניש החוק על החזקת מקום (או ניהולו) לשם עיסוק בזנות; העובדה, כי התוצאה בשל הענשת אישה על עבירה זו עשויה להיות שהיא נענשת על עצם מעשי הזנות שהיא מבצעת במקום המוחזק על ידה כאמור, אינה - ושוב מבחינה משפטית טהורה - לא מעלה ולא מורידה... אין התוצאה בהכרח שהאישה "נשארת בלי קורת גג" אלא אך ורק שעליה לחדול מהעיסוק בזנות במקום המוחזק על ידה".<sup>109</sup>

השופט אגרנט לא עוצר בניתוחו המשפטי הפורמאליסטי, בהפללה את שאינו אסור, ובניגוד לדברי הכנסת ובאחד הטקסטים המרתקים במשפט הישראלי משמיע השופט אגרנט את "קול העם" כנגד "טומאת" הזונה לפיה: "רובם המכריע של האזרחים - לא רק אנשי הדת והמוסר והסוציולוגים, אלא גם האזרחים "הפשוטים" - רואים בעיסוק בזנות תופעה שהיא בלתי מוסרית ומזיקה כאחד. עם זאת הנסיון מלמד... שהמשימה לבער כליל את הנגע האמור באמצעות חקיקה פלילית מדכאה, לא הצליחה. אכן, אין בלקח הניסיון הזה כדי לחייב התייאושות מאותה משימה; להפך, כל מדינה נאורה צריכה לחתור תמיד לקראת עקירת הרע הנ"ל... לעצור בעד התהליך הזה לא רק על ידי החמרת העונשים והקלת ההוכחות לגבי אלה המסרסורים... אלא גם על ידי ביעור בתי הבושת"<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> ע"פ 94/65 תורג'מן נ' היועמ"ש פד"י ים (3) עמ' 57

<sup>109</sup> שם עמ' 67

<sup>110</sup> שם עמ' 69

העמדה המוסרנית ביחס ל"טומאת" הזונה זקפה ראשה בגאווה ואין בכוחו של השופט זוסמן, בדעת המיעוט, להצביע על מטרת החוק למלחמה בסרסור כאמצעי הפרשנות הראוי, לא בזעקו על האבסורדיות ביישומו של החוק במקרה זה על יסוד האנלוגיה "לחוק אשר מתיר גניבה, אבל הופך החזקת רכוש גנוב לפשע"<sup>111</sup>, ולא בדיספרופורציה ההיסטורית לנוכח החומרה היתירה של הענישה בדבר מעשה שמבחינה משפטית-היסטורית הינו מטרדי ממהותו. כן לא עוזרת התייצבות השופט לנדוי לפירוש המקל לטובת הנאשם – כפי שנידרש בדין הפלילי – כמו גם המבט המפוקח כי הפללת העיסוק בבית תבריה הנשים לידי סרסורים ולרחוב, אזהרה נבואית כפי שנראה. כל אלו לא הועילו ובנקודה היסטורית זו הפך ביתה של הזונה למְאָרְתָהּ.

הנע מוסרי זה הוביל למעשה הנוגד את אושיות המשפט הפלילי, הפללה ללא חוק. בית המשפט עוקף קושי זה בכך שהוא יוצר זיהוי של דמות הזונה – זו החיה לפרנסתה מעשיית מין עבור כסף - עם הסרסור הניזון מטפילות לכסף זה. פסק דינו של השופט אגרנט מגלם את האופן שבו עמדה ערכית משפטית כלפי הזונה "הטמאה" הפכה להלכה עליה שב השופט ברנזון בעינינו של אברגיל<sup>112</sup>, ונותר כך למעשה עד ליום זה.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> שם עמ' 83

<sup>112</sup> ע"פ 8/66, אברגיל נ' היועמ"ש, פד"י כ (1), עמ' 251

<sup>113</sup> בע"פ 538/75, לבן נ' מ.י. פ"ד (2), 583, נידחתה בקשה לדיון נוסף על ידי השופט ויתקון באומרו כי "כשלעצמי, נראה לי שיש בשאלה זו פנים לכאן ולכאן, ומאחר שישב בית-המשפט על מזוכה זו בהרכב מורחב ופסק את אשר פסק, סבורים אנו שאין מקום להפוך את ההלכה על פיה."

בנקודה זו ראוי לציין כי מחוץ לכותלי המשפט נשמעו קולות אחרים. כך, בשנת 1977 ישבה על המדוכה וועדת בן עיתו<sup>114</sup>. זוהי אחת הוועדות היסודיות שכללה אנשי משפט ומקצוע מכל התחומים, אף שהתרכזה בעיקר בזנות הרחוב. בשים לב למימד הקורבני במסגרת יחסי הזונה והמסרסר בה, וברוח התפיסה המטרדית של וועדת וולפנדן ושמירת עקרון אי הפללת העיסוק בזנות, הציעה הוועדה פרקטיקות אשר לא רק שיחזקו את מעמדה העצמאי של הזונה, אלא גם ינטרלו באופן משמעותי את אימת הקשר במידה ויתקיים. כך, בסעיף 2, "הוועדה ממליצה לבטל את האיסור על החזקת מקום לשם עיסוק בזנות במידה שהדבר נוגע ליחידת דיור נפרדת המוחזקת על ידי אישה אחת בלבד וכן על חדר במלון, על כלי רכב ועל כלי שיט". ובסעיף 4 להוציא מכלל מיטרד "באריס, בתי קפה, ומועדוני לילה בתנאי שהמצאות הזונה שם אינה מהווה מיטרד ונעשית בהסכמת הבעלים". ועדת החוקה של הכנסת הגישה הצעת חוק ברוח הדו"ח בשנת 1979. החוק נעלם למעלה מעשור ורק בשנת 1992, מטעמי בריאות הציבור ועליית המודעות למחלת האיידס, הועלתה שוב הצעת החוק בכנסת ושם הוא קבור עד ליום זה.<sup>115</sup> הקול השלט אם כן בחיי הזונה הוא עדיין קול הפסיקה.

התוצאה של הפללת הזונה כסרסורית בביתה הינו מתבקש - הזונה תבקש לה "בית מחסה" מפני המשפט, ואין כמו הסרסורים לשמש לכך. חדירת המשפט לביתה של הזונה לא רק היווה סטייה מהעבר המשפטי של המדינה, הוא לא רק היה תחיקה פסיקתית פלילית, הוא לא רק היה העלמת דמות הזונה והטמעתה בזו של סרסורה – פסיקת המשפט היה תוספת אלימות כנגד הזונה ובמקום לחזק תנאי קיומה והבטחת שלומה, למעשה תרם המשפט להקרבתה.

<sup>114</sup> דו"ח הועדה לבדיקת בעיות הזנות, הוצאת משרד המשפטים, ירושלים ניסן תשל"ז אפריל 1977 - הוגש 26.4.77

<sup>115</sup> הצעת חוק העונשין (תיקון)(עבירות זנות) התשנ"ב - ב' 1992

ב) הזונה "כקורבן" - הרחבת הסרסרות - הפללת זנות כפרנסה וחיי אישות

אם בסוגיה מעלה בלטה תפיסת המשפט את הפן ה"טמא" של ה"זונה", הרי שסעיף חזקת הסרסרות, ס' 1(ג) לתיקון, מבטא יותר מכל את תפיסת הזונה כ"קורבן", לפיו:

"גבר הגר עם זונה או שהוא רגיל להילוות אליה דרך קבע או משתמש בפיקוחו או בהשפעתו עליה בדרך שיש בה לסייע ביזה או להכריחה לזנות, חזקה עליו שהוא חי על רווחיה, זולת אם הוכח ההפך"

השוואה לחזקת הסרסרות המנדטורית מלמד על יתר פטרנליזם המרחיק לכת מעבר לאלמנט השליטה הברור והזהה. את התיבה "חי יחד" החליף מונח רחב יותר של "הגר עם זונה" ואת הדרישה להמשכיות שליטה של "מצוי בקביעות בחברה" הוחלף מושג תובעני פחות של "רגיל הילוות אליה". יתירה מכך, כזכור חייב המשפט המנדטורי את התביעה בהוכחת שני אלמנטים – היות האישה "זונה" והוכחת יסודות השליטה לשם הרמת חזקת החיים על רווחיה. לנוכח זאת מדהים לראות כיצד בית המשפט משיל מעל דרישות ההוכחה את עורם, מייתר את הדרישה להיות מבצעת המעשה זונה והופך את יסודות השליטה עצמם לחזקה במעין ידיעה שיפוטית אשר הופכת את כלל הסעיף לחזקה ולא רק את החיים על רווחים. במקביל, מעלה המשפט את סף ההפרכה של חזקה זו לרמה כמעט בלתי אפשרית המחייבת אמינות כתנאי מקדים ואין בלתו.

בעניינו של *אברהים אל בנא*<sup>116</sup> הואשם בן זוגה של ירדנה בחיים על רווחיה בכך שקיבל לידיו סכום 10 ל"י על סמך הבטחה לאחר לקיים יחסי מין עמה, אירוע שלא יצא לפועל אולם הסכום שימש לארוחה. סגן הנשיא זילברג פותח במהלך ראשוני של הגדרתה המשפטית של הזונה במשפט הדו משמעי לפיו הזונה: "מופקרת לכל, כלומר: מוכנה להיבעל לכל מי שירצה לתת לה אתונה...זונה האמורה בחוק פירושה: מופקרת ומזומנת לכל תמורת אתנן". מעניין לציין כיצד דו משמעות הגדרה זו מכיל בחובו הן את "מופקרות" הזונה, כמו גם את קורבנותה ב"מופקרותה לכל".

אולם, בית המשפט קובע כי למעשה ירדנה לא היתה זונה ואף כי לא התקיים כל מעשה זנות וחדש התגנב ללבו כי מדובר ב"עוקץ".

<sup>116</sup> בע"פ 236/65 אל - בנא נ' היעמ"ש פד"י ים (3), ע' 581

למרות עובדת מצג מרמה ברור זה, במשפט אחד שסולל את דרכה המשפטית של הזונה לאבדון עתידי ומייסד את העלמתה מהעין, קובע בית המשפט כי העובדה כי סכום הכסף לא נועד אלא לארוחה המשותפת של בני הזוג אינה מעלה ואינה מורידה "מטרתו התחיקתית היא מניעת הסרסרות במעשי זנות, שלא יהיו סרסורים טפילים... הסרסרות היא מקור הרע... מה לי סרסור המתחלק עם האשה ברווחיה שלאחר מעשה מה לי סרסור המתחלק איתה ברווחים שהיא מקבלת לפני המעשה. גם אתנן ששולם מראש הוא – ואפילו אם בסופו של דבר משם מה לא בוצעה התמורה – וגם הוא מושך אליו את להקת הזאבים הלזו".

כיצד חיים על רווחים כל חייה של זונה מוסק מהעובדה שבני זוג אכלו סעודה על סמך קבלת כסף במרמה – לבית המשפט פתרונים. חמורה מכך היא עובדת העלמות דרישת רכיבי העבירה בהוכחת היות אשה "זונה" שביצעה מעשה זנות והטשטוש עד קהות בין מרכיבי השליטה – שכזכור נדרשו להוכחה בפסיקה המנדטורית – לבין החזקה כי אדם חי על רווחי זונה. מעשה הזנות יוצא מחלון בית המשפט, ועימו הזונה, ודי שהתקבל כסף המוכרז כאתנן על מנת לחייב מאן דהו בסרסרות. העובדה כי המדובר בזוג החי חיים משותפים מחריפה את הבעיה הנטועה בלב השימוש בחזקה, ומחדד את עליית היחס לזונה כ"קורבן".

כך מתאר השופט כהן את היותו של מר פרג'<sup>117</sup> אבי שלושה מילדיה של מי שעסקה בזנות, אשר עזר לה בשכירת מקום הזנות, הציגה ברבים כאשתו אף שלא היו נשואים, ומעל לכל היה זה שתמך בה כלכלית. כל כאלו לא שינו את הקביעה כי "העובדה שנקבעה על ידי השופט המלומד שהמערער נתן לאישה את מחייתה ולמחיית ילדיה תשלום חודשי אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה כלל ועיקר. יש ואדם הוא בעל הכנסות משלו ואינו זקוק לרווחי הזונה החיה עמו, ואף-על-פי-כן רואים אותו כחי על רווחיה... ויש מהכנסותיו האחרות משלם האיש להוצאות הבית המשותף לו ולזונה וברוחי הזונה משתמשים הם לצרכים אחרים (או משקיעים אותם ליום צרה)". לא יכול להיות ספק כי המסגרת עובדתית המאיינת את דמות פרג' כסרסור נידחת מפני בית המשפט בחיבוק הדוב המגונן שהוא מעניק לזונה, בראותו אותה כ"קורבן" על אפה ומערכות יחסיה.

<sup>117</sup> בע"פ 281/66 ; 238/66 פ'נ' 1 היועמ"ש, פד"י כ(4)ע' 477



במקרהו של ישראל גיאת<sup>118</sup> קובע כבוד השופט אשר: "שבכל מקרה של מגורים משותפים כאלה נולדת חזקה מסויימת שהגבר רשאי להפריכה. מקורה של החזקה בנסיון החיים המלמדנו שגבר הגר עם זונה, ואפילו הוא בעלה, מוצל, בדרך כלל, את הזונה מבחינה כספית ואף מדיח או מאלץ אותה להמשיך בביצוע מקצועה." אמרתי "בדרך כלל" מכיון שקיימים גם יוצאים מן הכלל, אך מי שטוען שהוא נמנה עם היוצאים מהכלל עליו ההוכחה, בין אם הוא בעלה של הזונה ובין אם הוא גר עמה ללא נישואין. יתכן שלבעל קל יותר מאשר לגבר זר להסביר את המגורים המשותפים ולשכנע את בית-המשפט כי אין בהם סימן לשותפות ברווחי הזונה, אך דבר זה תלוי בנסיבות ואין לקבוע מסמרות בנדון זה."

אולם המסמר נקבע והוא ננעץ עמוק בלב חיי אישות האשה. בעינינו של יוסף בייך<sup>119</sup> קבע בית המשפט רף הוכחה גבוהה לפיו כדי להוכיח שבן זוג של זונה אינו חי על רווחיה – רק אמינותו תוכל לדבר בשמו ולא שם ראייה אחרת: "יכול אדם להיות עשיר כקורח, ויעבור את העבירה הנידונה כאן, מבלי שיהיה לו צורך באתנן זונה למחייתו שלו. חוששני שלמען הצליח בהזמת החזקה החוקית, תנאי בל יעבור הוא, שעדותו של הנאשם עצמו תהא מהימנה על בית המשפט", ובאופן מדהים דחה בית המשפט את הפגיעה לה טען הנאשם שנמנע ממנו להביא עדים להוכיח חפותו. בית המשפט קובע דבר חסר תקדים בעולם הפלילי לפיו התנאי המקדמי – ההכרחי והמספיק – לזיכוי הנה עדות נאשם וחובת מהימנות שנותן בית משפט על מורכבותה.

אם קולו של הנאשם הכרחי, הרי שקולה של ה"זונה" מיותר לחלוטין. במקרה נדיר בו לא רק שהיו בפני בית המשפט ראיות לאי קיום סרסרות טפילית, אלא אף נשמע בה קולה של האשה, פורס השופט אלון את התנהגותו של יהודה רותם<sup>120</sup> את המסכת הבאה: "הנאשם לא דחק את חברתו שעסקה בזנות לעיסוק זה, לא שלח אותה לזנות ולא לקח מכספה כדרכם של סרסורים. למעשה הוא חי אתה ועם ילדיה ונהנה מהכנסותיה על ידי זה שהיא פרנסה אותו וגם סיפקה לו כספים להוצאות כיס ולבילויים משותפים. לפי עדותה של האישה, היא גרה עמו "מפני שיש לי רגש אליו וטוב לי אתו" (עמ' 27 בפרוטוקול), "התפתח בינינו אהבה ואנחנו אוהבים אחד את השני" (עמ' 26). האישה עוסקת בזנות כבר 10 שנים, וקשריה עם

<sup>118</sup> ע"פ 400/73, גיאת נ' מ.י., פ"ד כח(1), 604, עמ' 611-610

<sup>119</sup> ע"פ 346/65 : 344/65 ביין נ היועמ"ש פד"י כ (1) 192

<sup>120</sup> ע"פ 132/81, רותם נ' מ.י., פ"ד לו(1), 134

המערער החלו רק לפני שנתיים. משהכירו זה את זה, ניסה המערער, ובמקצת אף הצליח, להניא אותה מלעסוק בזנות: "לפני שנתיים הוציא אותי מהזנות. הוא הוציא אותי מהזנות למשך 6 חדשים ואני אחרי זה מרצוני הטוב חזרתי לזנות" (עמ' 20-21). דא עקא, ונוסחו הברור והמוחלט של סעיף 199(א) (1) על כורחנו כולל הוא במסגרתו גם את המקרה שלפנינו, שהרי מחייתו של המערער זנו, מקצתה דרך קבע וכולה בתקופה של כחודשיים, הייתה על רווחיה של זונה. מינח אני, שניסוח כה גורף בא למנוע אפשרות של הערמות מהערמות שונות, שמצויות אצל סרסורי זונות למיניהם, כזו גם הסיבה לקביעת החזקה שבסעיף 200 האמור. יהא אשר יהא, לפי הנוסח של סעיף 199(א) (1), כפי שהוא עתה לפנינו, אין מנוס מלהרשיע את המערער בעבירה זו.

רוצה לומר, אף אם אין ראיות בידי בית המשפט, ואפילו יש ראיות מפריכות - הזונה הנה קורבן על אפה וחמתה, כאשר נסיון החיים מחליף למעשה את מרכיבי החזקה שנדרשים להוכחה והעמדה הכללית מלמדת כי הסרסרות היא ערמומית מעין כמותה ועל כן נמנע קיום משותף, בשימושו הטיבעי של העיסוק, גם אם בפנינו נשמע קולה של האישה. עובדות לחוד ומיתוס לחוד. שפה לחוד וסטריאוטיפ לחוד.

במסגרת טשטוש האבחנה המהותית בין הוכחת השליטה וחזקתה, בין היות אשה זונה ואי הדרישה לכך, בין סף הנדרש להוכיח וקושיו המופרך - מוסיף בית המשפט ומשתמש בפרשנות להרחבת מושגים בתוך מסגרת החזקה על מנת לפרוש את תחולתה הרחק מהקשרים האישיים הקרובים אותם מנהלת הזונה, וכך כמובן מוסיף על בידודה. כאמור מושג הזונה ומעשה הזנות נידרשו להוכחה במשפט המנדטורי לכונן את אקט הסרסרות. במקרהו של אל בנא חמק אל בנא מחזקת הסרסרות, באשר בית המשפט לא יכול היה לפסוק כי אשתו ירדנה זונה היא. בית המשפט, בערכאת הערעור (!) מצהיר באבירות כי "מותר לנו וחייבים לנו להמיר את ההרשעה" ותוך שהוא פונה לסעיף 1(א)(2), לפיו "מי שמקבל ביוזעין מה שניתן בעד מעשה זנות של אשה", קובע בית המשפט חלופה אלטרנטיבית לאי עמידה בתנאי החזקה לפיה "על אף האמור לעיל כי לא הוכח שירדנה 'זונה' היתה, הרי המעשה שנותן הכסף רצה שייעשה תמורת הכסף על ידה היה מעשה זנות". המדובר בעקיפה אגפית מצד בית המשפט המחלחלת את הגדרת מושג אחד למשנהו, דמות אחת לאחרת ויצירת סעיף סל בהמשך.

לא רק יחסי זוגיות ונישואין מוקשים על הזונה, אלא גם יחסי ידידות חשופים להפללה וזאת על ידי הרחבת המושג "רגיל להילוות בחברתה" מתמונה סרסורית של פיקוח ליחסי התלוות. פסק הדין בעניין *סעדון*<sup>121</sup> מספר על קשר ידידות בין בחורה ממוסד ובחור שאליו הייתה נימלטת ושהיה נוהג לטייל עימה ולשהות בחברתה. במקרה הנידון הציעה הנערה לנהג מונית לשכב עימו והלה נטל אותה עימו לבית חנינה, בעוד המערער ממתין מחוץ לביתם. בית המשפט קבע כי די בחברותם כדי לקבוע "שהמערער רגיל היה להילוות אל המתלוננת כאמור בסעיף ו (ג) הני"ל, אם כי המתנתו בבית עוודה, עת נבעלה המתלוננת בחדר הסמוך, היתה מצדיקה גם קביעה שהמערער פיקח על פעולות המתלוננת".<sup>122</sup> מכאן שההילוות כשלעצמה, ללא כל אלמנט של שליטה או רווח, הופכת לכינון החזקה אותה אמורה להקים של חיים על רווחי הזונה. החייב ראייה לכינון חזקה הופך להיות חזקה המעידה בעצמה.

באופן דומה, פורש בית המשפט גלימתו הפרשנית המגוננת על הזונה בדרך בה המושג "גר" מאבד את קשריו עם המציאות הלשונית. במסע הרחבת החזקה קבע בית המשפט בפסק דינו של *מר פרג*<sup>123</sup> כי למעשה אין כל צורך במערכת יחסים הקבועה בחוק לפיה "גר עם" מהווה תנאי לכינון החזקה שכן השופט ויתקון קובע "נכון שלמערער שלפנינו מקום מגורים שונה מזה של הזונה, אך לעניות דעתי, הדיבור "גר עם" משמעותו בהקשר זה לאו דווקא המען הפיזי של אדם, אלא בעיקר חברתו".<sup>124</sup>

וכך אין בעיה כי בית המשפט בוחן את חלקו *שמואל בן שלמה*<sup>125</sup> ורואה בהתנהלות הזו "גר": "הארבעה נראו בדירה יחד במשך חדשים, נכנסים ויוצאים בכל שעות היום, הערב והלילה, נמצאים שם ועורכים במקום מסיבות, קניותיהם עושות הבחורות (שאין הן השוכרות) במכולת הסמוכה - דבר המצביע אף על ניהול משק-בית מסויים, ולכך ללא ספק ייקרא "גר" במובן סעיף ו (ג) של החוק - והמבחן אינו דוקא אם זהו מקום מגורין יחידי או שמא משתמש הגבר גם במקום מגורין אחר, מלבד אותו מקום בו הוא גר יחד עם הזונה."

<sup>121</sup> פ"ד 217/71 סעדון נ' מ.י., פד"י כה (2) ע' 453

<sup>122</sup> שם, ע' 455

<sup>123</sup> ראה הערה 117

<sup>124</sup> שם ע' 485

<sup>125</sup> ע"פ 12, 11/76, *בן שלמה נ' מ.י.*, פ"ד (2), 828

התוצאה של כל האמור מעלה נראית אך טבעית. בהנחת "קורבנותה" של הזונה טבע בה בית המשפט וירוס שמניעת העברתו מחייבת נתק חברתי כל עוד היא עוסקת בזנותה. התעלמות בית המשפט מהדרישה לבחינת עצם קיום יחס סרסורי תוך הרחבת תחומי החזקה מעבר לכל הגיון וקביעת קריטריון גבוה לעצם אפשרות הפרכת חזקה זו - משמעו נידויה של הזונה ודונה לבדידות על ידי בית המשפט. הפללת המעגל הפנימי של חייה חייבו הקמת חוצץ בין הזונה למבטו הבוחן של משפט וההמלטות לזרועות הסרסורים המוסדרים הפך לאופציה המתחייבת בבקשה של האישה הזונה לגונן מהפללת אלו שבקשרים עימה.

ג) העלמת הזונה מהעין – הרחבת מעשה הזנות מגופני לייצרי ומייצרי לחלפני

גבוליות מעשה הזנות בין המוסר למשפט נטוע באופן המיוחד שאנו מיחסים למעשה עבורו ניתן התשלום – המין. בניגוד להגדרה שהייתה בדין המנדטורי, התיקון לחוק לא הגדיר מהי מהי זונה ומהו מעשה זנות. הדבר מפתיע שכן מאז ההגדרה המנדטורית נטמעה בלשון הליבראלית דמוקרטית ההגדרה המקובלת לפיה מעשה הזנות הינו "אקט מיני בין בגירים בהסכמה ועבור כסף". למרות זאת, התיקון לחוק מסיט עיניו ממעשייה של הזונה ומתחמק מכל הגדרה בעודו מפליל בסרסרות כל מי שמקבל פרי אתננה זה - דהיינו "מי שמקבל ביוזעין מה שניתן בעד מעשה זנות של אישה או חלק ממה שניתן כאמור"

נראה כי לא יכולה להיות מתקפה פטרנליסטית יותר מהפללה חודרנית זו של כל מי שבא במגע כלכלי עם רווחיה לא רק של הזונה, אלא של כל אשה העושה מעשה זנות לפרנסתה שלא הופללה בדין. בשם גאולת הזונה כ"קורבן", מכתים המחוקק תוצר מעשייה ותוך היתממות צבועה טוען בנשימה אחת כי אף שמקבל אתננה סרסור – הרי שאין במעשייה כל פסול. בריונות לשונית זו לא רק איומה בהשתמעותה, היא גם אבסורדית בהקפה. לפי לשונו של הסעיף די בידיעת עיסוקה של הזונה להפלייל את הרוקח מוכר הקונדומים, את בעל המכולת הגר תחת מגוריה, את השליח הנוקש בדלתה, פקיד הבנק הדואג לעתידה וכל שאר הנושאים ונותנים כספית עם הידועה כזונה. יתירה מכך, הכתמת האתנן את מקבלו מחדד את חשיבות הגדרת מעשה הזנות כצבע מיסודו מוכתם המקבל. כזכור הגדרת אקט הזנות במשפט המנדטורי הייתה "בעילה על ידי בני מין שונים" ונסיון הגדרת מעשה הזנות שמעלה סגן הנשיא זילברג הלך בעקבות מסורת זו, בטיבול תנכ"י ומיסגר את שדה המעשה של הזונה בחוק כמי ש"מוכנה להיבעל לכל מי שירצה לתת לה אתננה" – הגדרה השבה ומצביעה על מעשה הזנות כחדירה.

והנה, נתחכמו להן הזונות ובמקרהו של דוד אביטל<sup>126</sup> ניצב השופט שמגר מול קושייה לפיה: "תפקידן של הבחורות היה לגרום בידיהן לגברים, אגב העיסוי, לשפכת זרעם. הן עצמן היו לבושות ולפי העדויות אסר עליהן המערער לבוא במגע מיני עם הלקוחות או להרשות להם לגעת בגופן. השאלה היא, האם עסקו הבחורות ב"זנות", משמע שהיו "זונות", שכן, נטען, בהתאם להגדרתו של השופט זילברג באין בעילה של האשה אין מעשה זנות.

<sup>126</sup> ע"פ 531/75, אביטל נ' מ"י, פ"ד (2), 579

מתוך התגייסות להצלת הזונות, והוקעתם באותה הנשימה, עוזב השופט שמגר את האקטוס ראוס של מעשה הבעילה והופך את מעשה הזנות לאירוע שאינו ידוע מראש, תלוי הקשר וחמור מכל – מעשה שדמותו והקפו נקבעים ומכוננים בדיעבד על פי בחינת גחמותיו המיניות של המין הגברי. השופט שמגר משתחרר מהלכת זילברג ופותח בהרחבת המושג מאקט פיזי לרעיוני: "הדברים שאמר השופט זילברג לא נאמרו בקשר לשאלה שאנחנו עוסקים בה, ולא להקשר זה היו מכוונות ... בערעור ע"פ 72/68 (לא פורסם) שם אמר השופט זוסמן, כי מטרתו של החוק היתה "לבער את הנגע של הפקת רווחים ממעשה שנעשה לסיפוק היצר המיני תמורת תשלום. מעשים אלה הם שונים ומשתנים ובשוותי את מטרת החוק לנגד עיני איני מוצא צידוק אפילו בדוני בחיקוק פלילי לצמצם את הדיבור, מעשה זנות' ולפרש אותו כשם נרדף לבעילת אשה כדרכה... מעשה זנות כמשמעותו בחוק הנ"ל פירושו שימוש בגוף האשה בתשלום לשם סיפוק התאוה המינית. מבחינה זו אין נפקא מינה בכך כיצד בא הגבר על סיפוקו, אם בא עליה כדרכה או שלא כדרכה או בדרך אחרת..."

וכך, אם הקף קבלת האתנן נראה אבסורדי בהקפו, הרי שהגדרת מעשה הזנות כמכונן האתנן מופשט מאיפיונו הקונקרטי של בעילה ואפילו מעצם קיום מגע מיני בין גבר ואישה בעבור כסף ונהפך בלשונו של השופט ליצר מיני מופשט ולא מוגדר שהקף גבולותיו מוגדר אך ורק על ידי אלמנט אחד: היצר המיני הגברי ודמיונו את השימוש בגוף האשה לשם סיפוקו. לא יכול להיות ספק שהגדרה זו פותחת פתח לאין סוף מעשים באופן שעקרון הוודאות במשפט הפלילי לא יכול היה להשלים עמו. חמור מכך, דמותה של האשה כאובייקט מיני מקודש ומשוכפל על ידי בית המשפט במסגרת הדואליזם של "קדשה/קדושה". ולראיה לכך כי כאובייקט מיני ל"קולה" של הזונה אין כל משמעות עולה כאשר דחק הסנגור כי בית המשפט יתייחס לרצונה של האישה וטען שיש מקום לדיון בדבר סוגיית הרצון והיות האירוע מוסכם על שני בגירים. אולם בית המשפט מבסס באופן סופי את הנתק שבין קיומה של הזונה לעולמה וקובע "אף לא נמצא יסוד לטענת הסניגור המלומד שלפחות דרושה נכונות מצד האשה לבוא במגע מיני רגיל עם הגברים, שכן אם די במעשי מין שאינם מגיעים כדי מגע רגיל, נכונות האשה למגע רגיל אינה יכולה להיות רלבנטית. החוק בא להגן על אשה מפני ניצול לעסקי מין, ונראה בעליל שגם המקרה שלפנינו נופל לגדר מטרתו." וכך מקודשת דמותה הקורבנית של הזונה לא רק כמגלמת יצר גברי ותו לא, אלא שלרצונה אין כל משמעות מפני חיבוק הדב של "מגוננה".

אם במקרה רותם היה חשש כי דמותו של רותם הסרסור הטילה צל ענק על הזונה ורצונה, הרי שעמדת בית המשפט לא השתנתה ביחס להעלמתה מהעין עת הגיעה זונה בודדה שעיסוקה בשפשוף' ללא ראייה לניצול וללא כל סרסור ברקעה. ליליאן לבן<sup>127</sup> פרסמה בעתונות מודעות המזמינות גברים לעבור מסג' בביתה הכולל, הרפיה', דהיינו לשפשוף את אבר מינם עד לשפיכת זרע. השופט ויתקון מעלים לחלוטין את ליליאן הזונה מעל עינו, מתעלם מנסיבות המקרה שהוא עצמו קבע ומהעובדה כי הזנות אינה מופללת וקובע כי "בהתחשב במטרת החוק הזה, שכל תכליתו "לבער את הנגע של הפקת רווחים ממעשה שנעשה לסיפוק היצר המיני תמורת תשלום", כדברי השופט זוסמן בעניין עוקשי האמור, אין אנו רואים מקום לסטות מההלכה הפסוקה. הסברנו את נימוקינו ביתר פירוט בערעור אחר, שנתברר בעת ובעונה אחת עם הערעור שלפנינו, הרי הוא ע"פ 531/ד5, אביטל נ' מדינת ישראל, ואין לנו מה להוסיף לדברים שאמרנו ש.ס."

כיצד מזוהה מעשה סרסרות אביטל ומעשה זנות לבן ? לבית המשפט הפתרונים. מה שבטוח הוא בהרשעה זו הטמיע בית המשפט באופן סופי את דמותה של הזונה – על עיסוקה בעל האפיון הייחודי ועל היותו לא מופלל ונידרש להגנה ממסרסריה - בדמות הסרסור וזאת בהפללה בניגוד מוחלט להיסטוריה המשפטית, למטרת החוק ורציונאל הענישה.

מעניין לציין כי וועדת בן עיתו משרטטת את דמותה של הזונה כמי שנימצא בשנות העשרים, על פי רוב בחלוקה של זונות צמרת מיוצאי אשכנז וזונות רגילה מעדות המזרח, לרוב עם בעיות כלכליות ובעיות קליטה, הסובלות מדימוי נמוך ובעלות רמת השכלה נמוכה - אולם באופן מפתיע קובע הדו"ח כי "בניגוד לדעה המקובלת בציבור אנו סבורים כי רוב הזונות אינן עוסקות בזנות בניגוד לרצונן... להוציא מקרים נדירים ביותר אין אישה עוסקת בזנות תקופה ממושכת בניגוד לרצונה וללא שיתוף פעולה שלה"<sup>128</sup>

אין ספק כי הבחירה בזנות, בייחוד על סמך מצוקה כלכלית, מעלה דילמה האם המדובר ב"חירות הרצון" של היות זונה. נקודה זו מהווה סוגיה מרתקת והדיונים בה בין הגופים השונים טעונים ומרתקים, לחלקם נתייחס מטה. אולם לנוכח העובדה כי אין בידינו הכרעה חד משמעית וכי העיסוק, מסיבות שונות, לא הופלל והחשוב מכל בהתחשב בכך שהזונה מופיעה בבית המשפט כ"קורבן" הסרסרות - נדרש היה שהמשפט הפלילי יהיה חב להלחם ביחסים אלו מקום בו קיימת כפיה ומנגד ליתן חיזוק לקורבן להשתחרר ממנה.

<sup>127</sup> ראה הערה 113

<sup>128</sup> ראה הערה 114, עמ' 20

אם הנחת היסוד של חזקת הסרסרות היא כי יחסי סרסור - זונה הנם משעבדים מיסודם, היה מקום לצפות לא רק להגנת המשפט ברדיפת הסרסור, אלא גם חיזוקה מקום בו הזונה פועלת במסגרת המנטרלת מטבעה את החשש ומספקת מסגרת הולמת לפעילות שאינה מופללת מטבעה.

אפשרות שכזו הוצעה לבית המשפט בדונו במשרדו של דן תומר<sup>129</sup>, משרד בשם V.I.P., שתיווך טלפונית בין נערות ליווי שנתנו את פרטיהם למשרד ללקוחות שפנו למשרד. הקושי שעמד בפני בית המשפט הוא שמר תומר ייצג מבנה שונה לחלוטין של סרסרות אשר נִיטָרָל לחלוטין את אלמנט הניצול המסורתי, והשאיר טווח בחירה למצטרפות, כפי שתואר בהחלטה מפי זונה: "מתקשרים אלי הביתה מישו אחר מהמשרד, ונותן לי פרטים של לקוח ואני לאחר שמקבלת את הפרטים מתקשרת אל הלקוח ומדברת איתו, כמה זמן הוא רוצה שאני יהיה אצלו, קובעים את הסכום שהוא ישלם כבר בטלפון. אני משתדלת שבטלפון אני לא ידבר עם הלקוח על המשמעות של הפגישה, כלומר לא מפרטים מה יתרחש בפגישה עצמה. לאחר מכן אני מגיעה למקום המפגש וברגע שאני עם הלקוח העניינים מתפתחים כל פעם בצורה שונה. לרוב המפגשים עם הלקוח כוללים יחסים מיניים, שהם לעיתים מלאים ולעיתים לא. אני רוצה לציין שהלקוח משלם לי את הכסף מראש אבל לא עבור יחסי מין אלא עבור הזמן שאני נמצאת איתו. רוב הלקוחות דורשים יחסי מין, הכוונה שהמטרה שלשמה הם הזמינו אותי למקום המפגש הוא לצורך קיום יחסי מין. ישנם מקרים שבהם אני אפילו מחזירה את הכסף ללקוח או לפני שאני לוקחת את הכסף אני עוזבת את המקום מאחר והלקוח לא נראה לי... והסכום עבור התיווך שאני משלמת למשרד וי.א.פי. הוא 140 שקל עבור כל לקוח שהמשרד שלח אותי אליו".

<sup>129</sup> ע"פ 2885/93, תומר נ' מ.י., פ"ד מח(1), 635.



הנשיא שמגר מתעלם מהיות המערכת כמי שמנטרלת אימת הסרסרות ונותנת מקום לקיום רצונה החופשי של הזונה ומתעקש על ההטמעה ההכרחית של דמות הזונה בסרסרות, מכח "קורבנותה", תוך הרחבת החזקה והתעלמות ממרכיביה: "הסניגור המלומד טוען כאמור, כי התיווך היה למען שירותי ליווי ולא לשם זנות, שהרי המערער לא קבע מה תעשה האשה הנשלחת על ידיו ללקוח, ואליבא דכולי עלמא, היה לאשה שיקול דעת שלא להסכים למגע מיני... אכן, היה כלל והיו יוצאים מן הכלל: הפניית האשה ללקוח נעשתה לפי בקשת הלקוח, שהיתה בעלת מגמה מינית. לא היתה כל מטרה אחרת, ולו מדומה, להזמנת הבחורה למקום המפגש שנקבע על ידי הלקוח. האשה שנשלחה על ידי המשרד היתה יכולה לסרב למגע עם פלוני שחששה מפניו או שסלדה ממנו, אולם בכך לא היתה שונה מכל פרוצה שזכותה על גופה נשמרת לה גם בעת עיסוקה במקצוע העתיק."

פסק דין זה לא רק שמדגיש עד כמה אטם בית המשפט את אוזניו לקול הזונה מכח "הדאגה" לקורבנות הסרסרות, אלא גם את מזויפות הדאגה וחוסר התובנה לצורך בחיזוק הקורבן בהמנעות מהפללת פרקטיקות שהיו יכולות לשמש חלופה לסרסרות המאיימת, תוך חיזוק וקידוש רצונה של הזונה.

הפללת קבלת האתנן והרחבת המעשה המיני שמכתיים את פרי המעשה מתוך "מגמה מינית" בלבד, מלמד על חוסר הנעימות של בית המשפט בדיון במעשים מיניים וזאת לא רק על ידי העלמת הזונה מחלל האולם, אלא אף בהעלמת האקט המיני – עליו בא הגינוי המוסרי להגן – ומוביל אותנו לשלב הבא בהחלפת "מעשה הזנות" במה שנכנה "אקט חלפני".

כזכור, במקרה אל בנא<sup>130</sup> ביצעו ירדנה ובעלה תרגיל "עוקץ" וסגן הנשיא זילברג ייסד מהלך דו שלבי להעלמתה של הזונה מהעין. שלב ראשון הינו בקביעתו כי אין חשיבות להיות האישה זונה, ומרחיב אותו לכל אשה. לעינינו מפרש השופט, בשלב השני, באופן דווקני את לשון החוק הרענן וקובע כי אין כל חשיבות להתקיימות האקט המיני עצמו שכן לשון החוק אומרת "מה שניתן בעד מעשה זנות", ולטעמו מתחייב כי "לא מטרת הקבלה היא העיקר, אלא מטרת הנתונה". רוצה לומר שאף שפְּעִינִית העבירה ניצב הסרסור המפיק ממעשי מין של הזונה רווח, המשפט מבקש להשמיד פעילות נפסלת זו ולהרחיבה על ידי הפניית מבטו לראשונה אל

<sup>130</sup> ע"פ 236/65 אל – בנא נ' היעמ"ש, פד"י ים (3), ע' 581

ה"לקוח" ומכלול היחסים יופלל מכח עמדתו שלו. הזונה, שהיא קורבן יחסיה עם מסרסרה ומתוך מערכת יחסיהם מופללת הפעילות, כלל אינה שחקנית במופע אימים זה, ומתוך כך גם אין חשיבות לנוכחותה מעבר להיותה אובייקט מיני נשוא משא ומתן. העבירה משנה צורה, ומעבירה של אקט שיעבוד בין סרסור וזונה היא הופכת לאקט חלפני גרידא של משא ומתן בעל "מגמה מינית" בין לקוח וסרסור.

עמדה זו מתחדדת עת אדמונד פרץ<sup>131</sup> וחברתו, שאינה זונה בעיסוקה, הזמינו שניים מחבריו לחאפלה בביתו עבורה גבה כסף שהיה מיועד לאוכל ולפי הבנת החברים גם למין עם חברתו. ואכן החברים הגיעו ושכבו עם החברה. השופט ברנזון קובע כי אין כל משמעות מה חלק מהתשלום עבור מעשה הזנות, וכי "הבחינה היחידה החשובה היא בעד מה ניתן הכסף, האם הוא בעד מעשה זנות שהיה בדעת הנותן לבצע". עמדתה של מבצעת המעשה, כוונתה והתנהגותה מוצאים לחלוטין מהמשחק והיא לחלוטין לא רלוונטית בעיני המשפט זנותה נקבעת בידי הנותן והנושא. בתוך כך, מאבד האקט את גווניו המיניים והופך ל"שיח חלפני".

מהותה של העבירה כ"אקט חלפני" הוכרזה קבל עם ועדה עת ערערה המדינה על שהוכרע בעינינו של יוסף ביטון<sup>132</sup> וכבוד השופט חיים כהן פוסק מעל לכל ספק כי אין המדובר בשעבוד מיני שכן: "העבירה היא בקבלת התשלום, ולא בפעולה המינית. ממילא אין "קרבן" הפעולה המינית מתלווה ומעיד נגד הנאשם, כי אם נותן הכסף הוא המעיד נגדו; נמצא שאופיה ההוכחתי של העבירה אין לו ולעבירה מינית ולא כלום".

לא יכול להיות ספק כי בפרשנותו זו לא רק שהעלים בית המשפט את הזונה מהעין – הוא קידש את הליך האובייקטיפיקציה שלה מאדם העוסק בעיסוק לא מופלל למושא יצר מיני תלוי דמיונו של הגבר, וממושג רעיוני זה לאובייקט העובר לסוחר. הסרסרות הפכה לעבירת חליפין בה האיסור הוא על שטר וכל שצריך להראות הוא את מטרת המרתו על פי כוונת נותנו. שיח "הזונה כאובייקט" הינו תרומת הפסיקה למעמדה הציבורי של הזונה. כפי שטענו, השיח המשפטי מהווה נידבך חשוב במסגרת התירבות, בשיעתוק והטמעת דמות זו בתודעת החברה. לא יכול להיות ספק כי התעלמות כה מופגנת מ"קולה" של הזונה, מאי התערבות להגנתה ומהעלמת מטרת העבירה תוך כינון העבירה כעבירה חלפנית שבין סרסור ולקוח, הובילה למנוסת הזונה הרחק ככל הניתן מהשג ידו של החוק ולא היה מקום טוב יותר מחסות הסרסורים המאורגנים.

(ד) הזונה כראייה חפצית – השלמת אובייקטיפיקציה הזונה בעולם הראייתי

<sup>131</sup> ע"פ 382/68 פרץ נ' מ.י. פד"י כב (2) 968

<sup>132</sup> ע"פ 128/72, מ.י. נ' ביטון פ"ד כז(1), 152

עד לנקודה זו הצבענו כיצד העלים המשפט את הזונה מהעין - אם על ידי קיבוע דמותה כ"מופקרת", זיהויה עם הסרסור והכתמת מעשיה בכעורו ואם בגאולתה על אפה ורצונה כ"קורבן הפקר לכל". סיימנו בהצבעה על הליך האוביקטיפיקציה שעברה הזונה בשיח המשפטי, וכיצד למעשה ההגנה עליה מפני סרסורה, הקשור בטבורו ביחסייהם, הועלם במעבר לבחינת יחסי הנושאים ונותנים בה כחפץ ייצרי.

כעת נבקש לפנות ולהראות פן נוסף בהעלמת הזונה מהעין וזאת במישור הראייתי. בד בבד עם העלמתה מהעין וחזוק דמותה כאוביקט, הקל המשפט בדרישות התמיכה הראייתית הנדרשת לזונה במשפט לשם עיצובה כראיה א-פריורית להרשעת סרסורה, מבלי ליתן דעתו כלל לקולה, מעמדה וזכויותיה.

כזכור, במעבר לשיטת המשפט הישראלית נשמרה אבחנת דמות הזונה מסרסורה. כך, אפשר בית המשפט לזונה להעיד כנגד *דב פיק*<sup>133</sup>, המחזיק בבית זונות, שכן "אשה זונה העוסקת במקצועה בבית בושת אינה שותפה לא לעבירה של החזקת בית בושת ולא לעבירה האחרת של הרשאת השימוש בו למטרות זנות". אולם מעמדה המוסרי הנחות של הזונה, והאשה ככלל במסגרת שנאה לה הצניעות, הוביל במקרה זה לדרישת התקיימות הסיוע מכח תפיסת העבירה כעבירת מין. אף שקשה להבין מדוע חיים נצלניים נופלים בגדר עבירת מין, קיבלה עמדה גברית זו ביטויה עת נדרשה זונה להעיד על יחסי הניצול של הסרסור *יצחק ג'אמל*<sup>134</sup> וכבוד השופט חשין קובע כי: "קל מאד לטפול על אדם אישום שווא על ביצוע עבירה מינית, וקשה מאד להתגונן בפני מעלילים ומוציאי לעז. החוק בא אמנם להגן על קרבן העבירה המינית, שהוא בדרך כלל העד היחיד. אך עם זאת - ואולי דווקא מפני כך - חייבים בתי-המשפט לנקוט כלפיו עמדה של גבזהו וחשדהו' ...! דרישת הסיוע בעבירות מיניות היא מבטחו של האזרח מפני עלילות שווא .....".

בתיקון משנת 1962 נשמר הרציונאל המיני בסעיף 8 לחוק ונקבע כי אומנם זונה לא תחשב כשותפה אולם עדותה טעונה סיוע. מעניין לעמוד על השוני בין הצעת החוק לחוק עצמו.

<sup>133</sup> ראה הערה 92

<sup>134</sup> ע"פ 62/59, נ'מאל נ ו ד היעמ"ש פד"י, כרך יג, ע' 696, 692

בהצעת החוק יש שימוש מפורש של הדמות ששורטטה בדין המנדטורי: "עדותה טעונה סיוע אם הייתה זונה או ידועה כזונה", אולם החוק עצמו העלים את דמות הזונה ובאופן "צורני" קובע כי הקף הדיון מהיום ואילך לא יהיה בזונה, אלא ב"מה שניתן בעד מעשה זנות של אשה" (ס' 1) וכי עדותה של האישה לא יהיה כזונה אלא "במשפט בשל חוק זה בקשר למעשה זנות של אשה... אין רואים את האשה כשותפה לעבירה, אולם עדותה טעונה סיועה"

המהלך אותו תארנו מעלה, לפיו עוצבה עבירת הסרסרות בידי המשפט לידי "אקט חלפני" מעיקרו, יצרה דיסונאנס משפטי – ומתוך כך הוצאת דיבה פסיקתית – בהכמת דרישת הסיוע לעדות זונה אך ורק מכח היותה זונה. כזכור, במקרהו של *יוסף ביטון*<sup>135</sup> קבע השופט כהן כי: "העבירה היא בקבלת התשלום, ולא בפעולה המינית. ממילא אין "קרבן" הפעולה המינית מתלונן ומעיד נגד הנאשם, כי אם נותן הכסף הוא המעיד נגדו; נמצא שאופיה ההוכחתי של העבירה אין לו ולעבירה מינית ולא כלום." מכאן מתחייב כי דרישת הסיוע איבדה את ראציונאל קיומה כ"מבטחו של האזרח מפני עלילות שווא" אשר יוחד לעבירה מינית.

אולם ללא כל הסבר, למעט החשש תת המודע בפסיקה בדבר "טמאות" הזונה ומתוך כך עדותה ה"מזוהמת", נותרת דרישת הסיוע על כנה ובית המשפט קובע כי: "אפילו יש לסווג עבירה פלונית לפי החוק האמור כעבירה לא-מינית – מקום שהעדות היחידה להוכחתה היא של האשה והמדובר הוא במעשה זנות שעשתה היא, גזירת המחוקק היא שעדותה טעונה סיוע סעיף (2) (8) הני"ל: שמא דבק בעדותה שמץ חשש מן החששות שאמרנו, אף בעבירה שאינה "מינית" מטבעה. מה שאין כן לגבי עדות שאינה של האשה שעשתה מעשה הזנות".

באין דברי הסבר לתיקון, ודברי הכנסת שרק מרעידים על הצורך במלחמה בסרסור ולנוכח אי הפללת עיסוקה של הזונה וההכרזה כי אינה שותפה ועל סמך הקביעה כי העבירה אינה מינית – הרי שלנוכח כל אלו קשה להבין על סמך מה תידרש הזונה לראיית סיוע. בדין הפלילי אין כל מערכת יחסים נצלנית או כפייתית אחרת, ואפילו התבצעה ביחידות, המחייבת ראיית סיוע לעדות הקורבן לה.

<sup>135</sup> בע"פ 128/72, מ.י. נ' ביטון, פ"ד כז(1), 152

לא יכול להיות ספק כי דרישת הסיוע מהזונה רק משם שהיא זונה נטועה עמוק בעמדת הזנות כ"טומאה" ופרשנות זו באה מקירבה. יתירה מכך, מתוך מגמה זו לא רק שמנוטרל האלמנט המיני משדה הראייה השיפוטי, אלא שגם מערכת היחסים הנצלנית מוסיפה להעלם וכך מצטרפת המסגרת הראייתית, המסדירה את המתרחש בחלל בית המשפט, למהלך העלמת הזונה מהעין והטמעת העבירה במה כינינו "עבירת החליפין".

יתירה מכך, כינון יחסי הסרסרות במשא ומתן הנטוע ב"שיח החליפין" הוליך לאובדן מעמדה הראייתי של הזונה כראייה מסייעת לעבירה לה היא עצמה קורבן. כחלק מביסוס שיח חלפני זה, עלתה סוגייה ראייתית זו משבא ערעור המדינה לבחינה האם מחמד בן חסן עליאן<sup>136</sup> הינו רועה זונות. השופט עציוני נמנע מלהרשיע על סמך עדותה של הזונה שושנה כרמל, לפיה נהג להביא לה לקוחות מדי יום ביומו שכן הוא לא ראה בעדות הזונה תקוה לוי, שהעידה כי ידוע לה שהמשיב עוסק בהבאת לקוחות והיא עצמה קיבלה ממנו לקוח אחד, כעדות מסייעת. השופט מסביר כי "כדי שעדות כזו תהווה סיוע - עליה להתייחס ישירות לאותם המקרים עליהם העידה העדה שושנה, ואילו כאן, העידה העדה תקוה על מקרה אחד ויחיד, בלי שתציין כלל ועיקר את המקום והזמן בו אירע", דהיינו אירוע המשא ומתן ולא אירוע הסרסרות המהותית.

הכרעה זו היא תוצר מובהק של שינוי מהותה של העבירה מכזו שביסודה ניצול מעשה מיני והפיכתו לפעולה חלפנית גרידא. מרגע שנקבע הקפה הראייתי של העבירה כעבירת חלפנות, זירת המשחק אינה בין הסרסור לקורבנו, כי אם בין הנושאים ונותנים. בכך לא רק שמעלים בית המשפט את מהותה האמיתית של העבירה, ומטרת לחימתה בניצול חיים על רווחים, אלא שהוא מוסיף ומקדש את מעמדה השולי של הזונה במסגרת העבירה כאובייקט מיני בשולי הסחר בה וכמי שאינו חלק, או מושא, השיח המשפטי.

חוסר הערכה מופגן זה לעדות הזונה הגיע לשיאו בתיקון המיוחד להעדת זונה עַל אַפְתָּר בתקונו של סעיף 111א' לחוק העונשין. לא יכול להיות ספק כי העדה מוקדמת מהווה כלי משפטי חשוב בהתאם לסיטואציות שונות. העצוב הוא כי לידתו של החוק לא באה מתוך חשיבותו הכללית להתדינות יעילה ושימור עדות מקום בו יש חשש למעיד, אלא מתוך אבחנתה של הזונה מכל שאר הנדרשים לעדות ונמצאים בסיטואציות מורכבות.

<sup>136</sup> ע"פ 221/72, מ.י. 1' עליאן פ"ד כו(2), 732

במקרהו של יוסף בן ישראל ינקו<sup>137</sup> מסביר כבוד השופט שמגר מטרתו של הסעיף וגידרו: "סעיף 110 לא נוצר בחלל ריק אלא יש לראות בו תגובה של המחוקק על הלחצים המופעלים בדרך כלל על-ידי סרסורים לזנות כדי להשפיע על פרוצה, שמצאה לרגע עוז בנפשה להתלונן כנגד משעבדה, כי תתכחש לתלונתה... יש לאפשר גבייתה של העדות סמוך ככל האפשר למועד הגשת התלונה למשטרה, כי הזמן שחולף מעת הגשת התלונה הראשונה הוא בגדר פירצה הקוראת ללחצים".

בדומה לסוגיית הסיוע, קשה להבין מדוע דווקא הזונה "זוכה" לחוסר הערכה של המחוקק ובית המשפט כי לא תדבוק בעדותה לאורך זמן כעדים אחרים בסיטואציות דומות אחרות. יתירה, בחינת הזירוז לאור המעמד שנתן בית המשפט לזונה מקשה עוד יותר להבין במה מועיל זירוז זה לזונה עצמה. בניגוד לעדים אחרים הבאים מתוך תקווה לשיפוי, מימוש זכויות ואפילו נקמה גרידא – הזונה אינה זוכה למאום מכך בשים לב כי העבירה כלל לא עוסקת בה ובניצולה, למעמדה אין כל חשיבות שלא לומר תרומה לזכויותיה והגנותיה. נראה כי היחידים שמפיקים תועלת מהעדתה על אתר הנם הרשויות.

דסונאנס זה בין העלמת הזונה וההגנה עליה ובין ההקלה על הבאת הראיות כנגד הסרסור גדל ככל שמתרבה תופעת מכוני העיסוי וגדל תחכומם של הסרסורים. בתיקון 6 לפקודת הראיות משנת 1982<sup>138</sup> תוקן סעיף החוק, שהפך בינתיים לסעיף 206 (2) לחוק העונשין ודרישת הסיוע שנדרשה בו לעדות יחידה של זונה הוחלפה ברמת תמיכה נמוכה יותר של "דבר לחיזוק". וכך – כל שנידרש בנוסף לזונה להרשעה הינו בדל תומך. נדגיש כי אין המדובר בהכרה כל שהיא שכן תיקון זה מגיע בד בבד עם העלמות הזונה מהעין, ועת דמותה נעלמת לחלוטין מעמדה הראייתית הרקיע שחקים בקביעת עבירת הסחר בנשים, במסגרת תיקון 56 לחוק העונשין<sup>139</sup> בו נשקל כנראה הקושי בעבירת הסחר, בו אין די להוכחת העבירות באותם אלמנטים חפציים המעידים בסחר – ומכאן כי נדרשת עדות ישירה לחלופת כספים בעבור גופה של הזונה עצמה, כפי שתואר מעלה. על כן דרישת התמיכה לעדותה של הזונה נמחקה לחלוטין וכיום הזונה הנה ראייה מושלמת ועגולה כנגד מעסיקיה וסוחריה על הנשיאה ונתינה בה.

ולמי מועיל כל מהלך פלאים זה? האם הוא תרם להכרה בדמותה וזכויותיה של הזונה?

<sup>137</sup> ע"פ 765/78, 820 ינקו ואח' נ' מ.י. פ"ד לג(3), 219

<sup>138</sup> חוק לתיקון פקודת הראיות (מספר 6) התשמ"ב 1982

<sup>139</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 56), התש"ס - 2000

נשוב ונדגיש כי השינוי במעמד הראייתי של הזונה לא צמח מתוך ההכרה בזונה וקורבנותה – להיפך. השינוי מגיע בדיוק בנקודה בזמן עת מבט המשפט מוסט לחלוטין מדמותה אל הנושאים ונותנים בה וקולה, על הצורך שלה בחיזוק והגנה, כל זה נעלם זה מכבר. לפיכך כל שינוי במעמדה נובע מהתרכזות המשפט בסרסור במנותק ממנה, בדמותו המרחפת באופן עצמאי כפסולת אדם,<sup>140</sup> בדמותו כחלפן "יצר מיני". מנגד, אי ההכרה בדמות הזונה, רדיפתה, העלמתה מהשיח המשפטי ואי מתן כל הגנה לה מלמד כי למעשה אין ביד "הזונה" כל סיבה להעיד. במרבית המקרים, בהם הזונה הייתה עובדת מכח חוסר אפשרותה לעבוד בביתה, אין בעדותה לא נקמה ולא גאולה, שלא לדבר על פיצוי כלשהוא או שמירת המשפט על זכויותיה כדין. תוצאת עדותה היחידה היא חשיפה לסיכון מצד אלו כנגדם העידה, וככזה מוסיף המשפט חטא על עוול לזונה.

---

<sup>140</sup> כתאורו של השופט חשין את דמות הסרסור כשלעצמו בע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מ.י., פ"ד מז[1] 441: "מעשים מכוערים עושים אנשים מכוערים, פרוזים אנושיים – שמא נאמר תת-אנושיים – שהמחוקק הורנו כי יש וראוי להיפרע מהם. וזו דמותו של הסרסור ה"קלאסי", הסרסור שהמחוקק שיווה לנגד עיניו: איש אלים, קשוח, אגוצנטרי, חסר-רגשות וחסר מצפון, נעדר ריגשי מוסר כלשהם. אדם השולח נשים צעירות וחלשות-אופי לעבוד עבורו בזנות, נוטל מהן את כספן, נוהג בהן באלימות ובכפייה, וחי חיים בזבזניים על חשבונן."

המבט באמצעותו בחן המשפט את הזונה באמצעות מבט "מופקרת" מחד ו"מופקרת לכל" מאידך – הובילו לרדיפת הזונה ולהעלמת מערכת יחסיו הנצלניים של סרסורה מלהיות לב העבירה, כפי שיועדו להיות. כיום, תפיסת המשפט אותה הינה פונקציונאלית לחלוטין - היא כלי שרת בידי המשפט. בראש "חולית המרדף" המשפטי כנגד סרסורים וסוחרים עומדת אשה חסרת כל זכויות ומשוללת כל זהות משפטית למעט זו אשר ניתנה לה מכח הטבעת המשפט בה אות קין סרסורי או תו קורבן מבלי להטות אוזן לקולה. דמותה של הזונה העולה מהפסיקה הנה כפרסונה חסרת בית ומשפחה, וללא אפשרות לכך, משוקעת ללא אבחון בדמותו של הסרסור מכח הרחבות פרשניות נזילות ונוזלות לכל כיוון, מגלמת היצר הגברי, מושא מְקָח ללא כל מימד משלה, פונקציה ראייתית מצוינת מכח מיקומה הא-פריורי לצד סרסורה המצורפת על כורחה לשרשרת הראיות להוכחת סרסרות - בשורה אחת עם קונדום, קופה קטנה, רשימת לקוחות ותלונת שכן.

עירוב רע של סטריאוטיפים פטריארכאליים ותת מודע מוסרני הוביל את בית המשפט להמנע מלהאזין לקולה של הזונה, לבקשתה לעסוק במה שאינו אסור ולאפשרות ההגנה האמיתית עליה והכל בשם נאורות חברתית, תחת כסות "תבונה אוניברסלית" שהינה למעשה "פסיכולוגית אדונים" המציעה "מח בהשאלה" לשם הרשעה. את הסטת פניו של בית המשפט ממצוקת קורבן העבירה, באצטלת נאורות זו, מיטיב לתאר מישל פוקו בהצביעו על שלוש טקטיקות כחניות של שיח "אמת" להימנע מדיון לגופו של מושא: "התחמקות מפניה, חסימת דרכי הגישה אליה, כיסויה במסכה - כל אלו הן טקטיקות מקומיות אשר מונחות כשקפים, ואשר מבקשות, כמו באיגוף של הרגע האחרון, לצבוע בגוון פרדוכסלי את מה שהוא במהותו בקשה ליזע. לא לרצות להכיר, זו עדיין אחת מתמורותיו של הרצון לאמת".<sup>141</sup>

התוצאה היא שותפות של המשפט בהליך הקרבתה של הזונה. לא רק שהשיח חיזק וקיבע את דמותה כ"קורבן" וכ"אובייקט" - הוא הגדיל את פגיעתו במניעת זכויות יסוד, בהתעלמות מקולה, בדחיפתה לידי הסרסורים, במניעת פרקטיקות מנטרלות אימה ובניצולה כעדה ללא כל רווח אלא רק סיכון. זהו סרסור משפטי, הליך אובייקטיפיקציה מוחלט של הזונה כדמות חברתית ומשפטית, כאשה וכאדם. לא פלא אם כן כי מאמצע שנות השבעים שמות כמו לידיה רודנשטיין, אסתר בלגאלי, רחל מאיר וליליאן לבן נעלמות ממפת הפסיקה.

<sup>141</sup> מישל פוקו, תולדות המיניות 1 - הרצון לדעת, הוצאת הקיבוץ המאוחד, 2000, עמ' 40.



בתחילת שנות התשעים, ובאופן יוצא דופן, מתכבדת ועולה אישה לבית המשפט העליון בירושלים. הגב' הלנה תורג'מן<sup>142</sup> פרסמה וניהלה "מכון עיסוי" בתל אביב בו הועסקו על ידה מספר נשים במתן שרותי מיין עבור כסף. הגב' תורג'מן הורשעה ונדונה לעבודות שירות, מאסר מותנה וקנס. בין שלושת שופטי הערעור לא הייתה מחלוקת על עובדת הרשעתה של הנאשמת ופן זה של הערעור נדחתה בצוותא חדא. כפי שנבקש לפרט מטה, ייחודו של פסק הדין בעמדה שהושמעה בדעת מיעוט לגבי העונש על ידי השופט חשין לפיה יש להקל שכן אי האכיפה השוויונית על ידי הרשויות והענישה נמוכה שנגזרת בידי בתי המשפט, מגלמים תפיסה מטרדית דה פאקטו של סרסרות כמו גם ריכוך דמות העוסק מתוך מתן חשיבות לבחינת מערכת יחסי הגב' תורג'מן עם עובדותיה "כמערכת יחסים שהתנהלה בהסכמה וברצון בין כל הצדדים".

לכאורה המדובר במה שחסר במהלך כל הפסיקה בדבר דמותה של הזונה - הדיון בשאלת היות מעשה הזנות מתוך רצון חופשי, בהסכמה ובין בגירים. הבעיה היחידה היא כי הגב' תורג'מן הייתה סרסורה לזונות ושיח שאמור להיות סמנטיקה ייחודית לזנות באופן ליבראלי, יושמה במקרה זה דווקא על מנצלה – הסרסור. כך יצא שלאחר רדיפתה של הזונה לידי הסרסורים והעלמתה מהעין – "מטהר" בית המשפט את הסרסור באופן שאמור היה בעצם לחול עת הוא בוחן את יחסי הזונה ולקוחה. חשיבות פסק הדין של השופט חשין לא רק בכך שגילם בחובו את רוח התקופה הליבראלית אלא שימש יסוד לקביעת מדיניות התביעה ביחס לעבירת הסרסרות בשני אופנים מהפכניים.

ראשית, מגדיר השופט את נשוא הדיון ואת קשייו הפרקטיים בקובעו כי: "מכוני עיסוי" כזה של המערערת קמו והיו במקומותינו, ואלה עצמו ורבו במאוד-מאוד... המשטרה יודעת על קיומם של מכוני העיסוי הקיימים - מכוני עיסוי כזה של המערערת - אך מדיניות המשטרה היא "לא לטפל" בהם אלא אם נתקבל מכתב תלונה בעניינם... כללם של דברים: מדיניות המשטרה באשר למכוני העיסוי למיניהם, יצרה דין-למעשה, ולפיו יש לראות בעלים ומנהלים של מכוני עיסוי כמו עוברים הם עבירה שעיקרה הוא מיטרד, בעיקר מיטרד ליחיד... עקרון שלטון החוק משמיע את עקרון החוקיות, ומוסיף הוא ומשמיע צורך בהפעלת החוק באורח שוויוני וללא הפלייה, בהתאם לכללים ידועים וקבועים מראש, ללא שרירות וללא מיקריות...

<sup>142</sup> ע"פ 3520/91, תורג'מן נ' מ.י. פ"ד מו(1), 441, עמ' 451-450

נסכם דברינו ונאמר כך: מתוך שמדיניות המשטרה היתה כפי שהיתה, מחובתנו לראות את העבירות בהן הורשעה המערערת - לכאורה - כעבירות שמתחום דין המיטרד הפלילי, וזו ראויה שתהיה נקודת המוצא לגזירת דינה... דברים אלו מהווים צעד נוסף בהתרחקות מלב נצלנות העבירה שבחיים על ריווחי אחר, וצביעת מה שנתפס כ"אקט חלפני" כ"אקט מטרדי".

שנית, פונה השופט ומצייר את דמותו הכעורה של הסרסור עליו הצבענו מעלה כמנותק מיחסיו עם הזונה, ומשווה בעיניים ליבראליות את דמותו של זו של הגב' תורג'מן: "סרסורות למעשי זנות היא מן המכוערים שבמעשי אדם. מעשים מכוערים עושים אנשים מכוערים, פריזטים אנושיים - שמא נאמר תת-אנושיים - שהמחוקק הורנו כי יש וראוי להיפרע מהם. וזו דמותו של הסרסור ה"קלאסי", הסרסור שהמחוקק שיווה לנגד עיניו: איש אלים, קשות, אגוצנטרי, חסר-רגשות וחסר מצפון, נעדר ריגשי מוסר כלשהם. אדם השולח נשים צעירות וחלשות-אופי לעבוד עבורו בזנות, נוטל מהן את כספן, נוהג בהן באלימות ובכפייה, וחי חיים בזבזניים על חשבונן... התמונה המצטיירת באשר ליחסים שהיו בין המערערת לבין הבחורות שהעסיקו עצמן בדירה, היא של עיסקה בין אנשים בגירים היודעים את אשר לפניהם, ללא ניצול כלשהו של מצוקה וללא יחסי-תלות. הבחורות באו למקום מרצונן, ויכולות היו ללכת כרצונן. המערערת לא היתה "מעסיקה" - במובן המקובל של המושג - והבחורות נתנו שירותיהן לגברים שבאו למקום כאותו "קבלן עצמאי". התשלום ניתן לבחורות במישרין, ובמקביל שילמו אלו למערערת - או שהגברים שילמו במישרין למערערת - תמורת השימוש במקום. ועוד זאת נאמר, שדמי השימוש ששולמו למערערת לא היו, לכאורה, מופקעים, ולא היה בהם משום ניצול לרעה אכן, אין עניינו באותו אב-טיפוס של סרסור, שהכל נוטל הוא לעצמו ומותיר אך שיירים ופירוים לבחורה, משל היתה שיפחה חרופה העובדת תחתיו"

מהלך זה השלים למעשה את העלמת הזונה מהעין. אם לאורך כל מסעינו מעלה חיפשנו לשווא בפסיקה הישראלית דיון כה בסיסי בתחום הפרט של מעשה זנות כ"מעשה הנעשה בין שני בגירים, בהסכמה ועבור כסף", הרי כפי שהראנו - גם מקום בו רצונה של הזונה חדר את קפלי גלימת הבידוד האקוסטי של אולם בית המשפט, הסיט פסק הדין את עיניו ממנה ואטם אוזניו לעיסוקה עד הפיכתו ללא רלוונטי לביצוע העבירה.

והנה, באירוניה היסטורית ומשפטית אכזרית נוטל בית המשפט שיח ייחודי לעולמה של הזונה, שיח המוביל להכרה בה ובעיסוקה, ומיישמו על מי שמיסוד יחסיו עימה הוא מנצלה. לראשונה מטה בית המשפט את אוזנו לשיח הרצון החופשי, במין מוסכם עבור כסף ובין בגירים דווקא למי שלא בא בפני בית המשפט כ"קורבן", אלא דווקא במי שאחראי להקרבנה.

אירוניה אכזרית זו לא הסתיימה בהטמעת השיח, היא גם נטלה את איפיון עולמה של הזונה במפגשה עם המשפט, שהיתה כזכור במסגרת עבירת המיטרד, ומיישמת גם אותו על מנצלה. בעוד הסרסור נטוע בכיעור אורח חייו, הרי שגם כאן "מרוויח" הסרסור מעולמה של הזונה כאשר דמותו יורדת מדרגה ממעשה פשע למטרד. כך יוצא שלאחר רדיפה והעלמתה מחלל המשפט, מעצב בית המשפט מחדש את דמות הסרסור דווקא על יסוד שיח ותווי אופי שהוא ממהותו נטוע בעולמה של הזונה דווקא. הטמעת יחסי סרסרות ביחסי "זונה – לקוח" מעלים לחלוטין את אותה מהות נצלנית ראשונית עליה הצביע המחוקק ו"מטהר" את דמות הסרסור אף שלמעשה לא השתנה מאום בפסול מעשיו.

קשה להמעיט בערכו של פסק דין *תורגמן* מפי השופט חשין שכן על יסודו ניתן הלכה למעשה פסק הרשאה לסרסרות שכן על יסודו הוצאה הנחייה של פרקליטת המדינה 2.2. למשטרה ולפרקליטות, תוך הפנייה מפורשת לפסק הדין, לפיה אין לפעול כנגד פעילות מכוני עיסוי אלא במקרים בהם א. יש במקום קטינים ב. העוסקות בזנות הודחו ג. מקרי ניצול סחיטה וכפייה ד. מקרים בהם פעילות פלילית נוספת ה. מקרי מיטרד לשכנים - בכל אלו די באזהרה להפסקת הפעילות הפלילית ורק אם לא נשמע לאזהרה יוגש נגדו כתב אישום. המדובר במהפכה של ממש אשר אפשרה את פרקטיקת ניצולן ההמוני של הזונות באצטלה של ליברליות ותוך שימוש ציני בעולמן של הזונות לשם הקלה על הסרסורים, שמסגרת פגיעתן הרעה נותרה כשהיתה עת חוקק החוק. כפי שראינו מעלה – ניתן היה להקשיב לזונה וללמוד על פרקטיקות המנטרלות את השעבוד הנטוע ביחסי סרסור זונה, אולם משם מה בחר המשפט לתת אשראי לפרקטיקת הניצול בכללה. מתוך כך נהגה המשטרה על פי ההנחיה תוך יצירת פרקטיקה של ביקורי פיקוח בלבד במכוני העיסוי, ובתי המשפט המשיכו במסורת הענישה המקלה, כפי שפורט בפסק דין *תורג'מן*.

אם לא די בכך, הוסיפה הפסיקה והקלה על הסרסורים ועל פרקטיקת החיים על רווחיה בהוצאת ה"פקידים" מקבלי השכר בבתי הזונות, הנציגים של הבוס, ממעגל ההפללה. לנוכח ההתעלמות המתמדת מדמות הזונה, מדהים לגלות דיון מעמיק, אנאליטי והשוואתי שנערך בניתוח שחקני הסרסרות בדיוק באותה העבירה שדנה את הזונה להיות סרסורה בפסק דין *תורג'מן* הראשון.

הרצל גביזון,<sup>143</sup> אשר היה פקיד ושליח בבית בושת, עורר את הדין האם הוא בגדר מנהל ומחזיק בית בושת אם לאו. באופן שבוודאי היה מעביר רטט של קינאה זועמת בגבה של הגברת תורג'מן הראשונה, מאבחן השופט קדמי את הפועלים בבית הבושת על יסוד מעמדם וקובע כי "המושגים 'מחזיק' ו'מנהל' הפכו בדרך זו למבטאי 'מעמד', להבדיל ממבטאי 'פעילות' בלבד. 'מנהל' מרכז בידו את כלל סמכויות הניהול ואילו 'ממלא-מקום' - לשעה, אף שעומד הוא בנעלי 'המנהל' אינו הופך להיות כזה. כל עוד 'מילוי המקום' מתבטא ב'שמירה-על-הקיימים' ללא סמכות של שינוי סטייה או חידוש, אין המדובר ב'מנהל' אלא במי ש'מסייע למנהל' לאחר ניתוח אנאליטי מעורר השראה ופניה לפסיקה משווה, פוסק השופט קדמי כי "לעניות דעתי, יש להבחין: בין 'ממלא מקום' העומד בנעלי המנהל ומחזיק בסמכויות ההנהלה; לבין 'מחליף-לשעה' שבידיו סמכויות מסויגות להבטחת פעילות תקינה של העסק ותו לאו."

אל מול עמדה זו, מנסה השופט ברק להזכיר לכל את תכלית החוק, את העובדה כי למעשה עוסקים אנו במי שמקיים מערכת ניצול מהגדרת מעשיו, וקובע כי: "גם מי שהופקד על שמירת 'הסטטוס קוו' שולט (ועל כן גם מנהל) מקום. זאת ועוד: אין כל דרישה כי השליטה תהא בלעדית.... מספר אנשים עשויים להחזיק או לנהל אותו עסק, כאשר לכל אחד מהם תפקיד משלו. פירוש זה מתבקש לשם הגשמתה של תכלית החקיקה שעניינה מלחמה במנגנונים השונים הקשורים לזנות. ... הבחנה זו בין מעמד לבין התנהגות אינה מעוגנת בלשון החוק ואינה מתיישבת עם תכליתו... לגבי דידי אין כל הבדל לעניין הגשמתה של התכלית החקיקתית, בין מנהל (כמעמד) לבין מי שמנהל (כפעולה). בגדרי התכלית למנוע את הסרסרות לזנות, לא רק 'הבוס' הגדול הוא 'מנהל מקום'."

אולם המאבק להגנה על הפקיד, בעבירה בה הורשעה הזונה עצמה בגין מעשים שאינם פליליים, מוכרע גם הפעם לרעתה כאשר השופט בכ פוסק לטובת הסרסרות ומצטרף לעמדת השופט קדמי, גם כן בניתוח מעמיק ותוך אזכורי הפסקיה האנגלית והאמריקאית לפיו: "לא הייתי דורש הוכחה בדבר ריכוזן של כל אותן סמכויות בידי 'מנהל המקום', אך הימצאות חלק ניכר מהן בידיו נראית בעיני הכרחית. זאת בנוסף לקבלת אותו חלק מהכנסות המכון המגיע לבעלי המקום מאת העובדות, וההחזקה בו עד למסירתו לבעלים."

<sup>143</sup> ע"פ 2249/92, גביזון מ.י., פ"ד מח(4), 805

ומתחתית ערמת ההירארכיה של מכון העיסוי - מתחת ל"מנהל" שסרסרותו הפכה למטרד, מתחת ל"פקיד" שאינו אפילו מסרסר ומתחת לגופות הלקוחות אליהם לא מתייחס כלל המשפט - יכולה הזונה רק להסתכל בקנאה על התייצבות המשפט לצד המסרסרים בה ולהבין כי אבדה תקוותה לחיזוק מעמדה והגנה על פגיעותה מצד המשפט. פסק דין זה הוביל לתוצאה המיידית והמובנת מאליה של הקלה על הסרסורים וניהול מכוני העיסוי ב"שלט רחוק", באמצעות מי שהוגדרו על ידי המשפט כחסרי "שליטה אפקטיבית".

מגמה ליבראלית חד צדדית זו, המטובלת בהרמת ידיים מהניסיון להגן על הזונה ממסרסריה, קיבלה ביטויה בריכוך דמות הסרסורים לא רק על ידי בית המשפט. כאילו לגלם בקליפת אגוז כיצד באופן מזויף יוצא המשפט להגן על הזונה, אולם הלכה למעשה לחושפה לפגיעה ללא כל הגנה, מתפרסם בשנת 1998 תיקון מספר 52 לחוק העונשין המכריז תחת הכותרת האירונית "איסור פירסום בדבר שרותי זנות של בגיר" מפרט את תנאי ההיתר לפירסום סרסורים את מרכולתם האנושית, אם (1) עינינו אך ורק נתן שרותי זנות (2) הוא התפרסם בנפרד מדברי פרסום אחרים (3) הוא נמסר לאדם לפי בקשתו (4) סומן בצורה בולטת, כי מטרתו היא לפרסם שירותי זנות" - הוראות שכמובן נעקפו ופורשו בדרך התואמת את מדורי השירותים היום.

אם ראינו כיצד במהלך רדיפתה והעלמתה של הזונה מהעין נותרה בעצם מלחמתו של המשפט לא בסרסור על יסוד "קולה" של קורבנו, ולא מכח מהותה המיני והנצלני של העבירה - אלא מכח הגועל מ"סיחורו" ביצר, באובייקטים מינים חסרי פנים, ומתוך כך ההנחה השיפוטית כי המדובר בדמות איומה ומאיימת באופן עצמאי מהזונה, כפי שציירו השופט חשין, הרי שדמות זה משנה פניה ומתחילת שנות התשעים פורש המשפט חסותו על אותה דמות שעברה טרנספורמציה פלאית ושינתה מראיה, בזכות הזונה אולם לא לזכותה.

## ו. סיכום המהלך - התוצאות בשטח עובר לעבירת הסחר בנשים

כפי שטענו בראשית העבודה, הפעלתה של מערכת משפטית ללא צדק מהווה אלימות לשמה. כפי שהצענו, יסוד לכינון אפשרות כזו של צדק במסגרת השיח המשפטי הנה ההכרה באוטונומיה של האדם – כבודו וחירותו – וזאת לא רק מכח הניתוח התבוני של מושגים אלו בישומם, אלא, ואף ביתר חשיבות, מתוך ההקשבה ל"קולו" של הקורבן כהכרה מוסרית וחברתית בקיומו האנושי, כמו גם כמקור לכינון המסגרת הנורמטיבית הנדרשת. מאום מכל זה לא יושם במקרה של הזונה. אף שהוכרזה מלידתה כ"קורבן" הסרסור, לא רק שבית המשפט השתיק קולה - בניתוחו ה"תבוני" המונחה על תבונתו האוניברסלית בדבר "מופקרותה" "והפקרה לכל", אלא שבית המשפט הוביל לרדיפת מי שנועד להגן עליו ותרם תרומה משמעותית לעיצוב דמותה כאובייקט ותו לא. אותו עיסוק שלא הופלל מעולם, ששכן לבטח "בבית זונות", הרחק מידי החוק, הפך למעשה מופלל.

בדומה לתמונה שעל כריכת העבודה – מולכת הזונה אחר כבוד על ידי המשפט ללא פנים וקול. המשפט השקיף על הזונה באמצעות משקפי קדם הנחותיו – עדשה אחת רואה בה "טמאה" ו"מופקרת" באופן שמוביל לזיהוי מוחלט בינה ובין מנצלה, בעוד העדשה השניה בוחנת אותה כ"מופקרת לכל", "קורבן" אילם שיש לגואלו על אפו וחמתו תוך חדירה אלימה לחיי הפרט והאישות והפיכת הזונה לנושאת מחלת אתננה שפרשנות רחבה והכבדה ראייתית סגרו עליה מכל כיוון. במקום להקשיב לזונה, לעצב את הפרשנות על מנת לחזק אותה, את בסיסה העצמאי ומתן אפשרויות לפרקטיות שמנטרלות את האימה הטבועה ביחסי קורבנותה – בחר המשפט הישראלי לפסוע בכיוון שמעלים את הזונה, את מהות מעשיה ומעל לכל את מהות יחסיה עם הסרסור מהעין, ובמקומו לעצב את עבירת הסרסרות כעבירת חלפנות, תוך קידוש מעמדה של הזונה כאובייקט מיני ותו לא, כאישה המגלמת רק יצר גברי, כמו גם במתן לה מעמד ראייתי נחות ככל ראייה חפצית אחרת. כאמור טרגדית הזונה לא נעוצה רק בעובדת רדיפתה והעלמתה מהעין, אלא גם במהפך הרעיוני שעבר על המשפט הישראלי, בו אומצה הסרסרות לחיק החברה הישראלית וזאת באירוניה אכזרית של שימוש בסמנטיקה מעולמה של קורבנה – כמערכת בין בגירים, על יסוד רצון חופשי, כתופעה מטרדית, שיש רק לפקח עליה ולאפשר פרסומה.

טרגדיה אנושית זו אינה מהווה רק כשל מוסרי כלפי האדם המגיע לבית המשפט, לא כל שכן עת הוא מגיע כקורבן עבירה. למסגרת זו השלכות ישירות על תשתית המסגרת העבריינית סביב הזונה, בו למשפט תרומה נכבדה :

ראשית, באמצעות השימוש בנרטיב של "המופקרת" שיש לרדוף, או "המופקרת לכל" שהיא קורבן שיש לגונן עליו - הובילה רדיפת הזונה והעלמתה מהעין ליצור חיץ בינה ובין בית המשפט. לנוכח העובדה שאופציית זנות הרחוב הלכה ונתמעטה ככל שמכוני העיסוי רבו – הרי שפסיקת בית המשפט תרמה רבות להברחת הזונות הישיר ליד מכוני העיסוי אשר פרחו ועלו.

שנית, המשפט הרים תרומה נוספת לתשתית הסרסרות בריכוך דמותו של הסרסור, תוך שימוש ציני בשיח הזנות ותוך איבוד הדרך בדבר חומרת הניצול העומד ביסוד הסרסרות וחשיבות המאבק בו להגנה על הזונה. לא זו גם זו, המציאות לימדה כי המסגרת ה"פיקוחית", על פי הנחיית פרקליטת המדינה, תרם לקשר ישיר בין הסרסורים והמשטרה מכח ביקוריה. עובדת מיקומם של הסרסורים בלב המאפליה העברנית הובילה לכך שקצרה הדרך בה רבים מהסרסורים הפכו למקורות מידע מודיעיניים תוך תמורה של שמירת שמירת מקומותיהם פתוחים, הקלה בעונשם או הטבות אחרות. אף שסחר מידעים שכזה הינו מקובל ולגיטימי, יש לזכור שהוא נערך על גבם וביתר ניצול הנשים העובדות עבור הסרסורים, בעיקר אותן נשים זרות ששהותן הלא חוקית נוצלה למניפולציות בידי סרסוריהן.

נקודה אחרונה זו קושרת את עיסוקינו בזונה אל הסחר בבני אדם. בדומה לדיווח "בלי מורא – בלי משוא פנים" של "העולם הזה" על ייבוא זונות על רקע העליה של שנות החמישים, שנות התשעים הובילו לזרימת נשים מהעולם לארץ ישראל, בעיקר בעליה מארצות שמעבר למסך הברזל שהחל יורד, כמו גם במסגרת תיירותית שפרחה לנוכח השגשוג הכלכלי בישראל של אותן שנים. עובדה זו, בתוספת האמור מעלה, הובילה ללא ספק לפריחה בשוק מכוני העיסוי, תרבות נרחבת חזקה ובעלת קשרים לקלוט את אותן נשים אשר נותרו בארץ במטרה לשלוח ידן בתחום, אולם לא רק את אלו. בד בבד עם פריחת מכוני העיסוי, החלה תעשיית ייבוא הנשים לפעול בארץ, וזאת טרם מודעות הרשויות או הארגונים הפועלים למען נשים. לא יכול להיות ספק כי קיומה של תשתית סרסורית זו זכתה לתרומה נאה מהמשפט הישראלי.

בטרם נפנה מבטינו לבחון את התמודדות המשפט הישראלי עת נחשפה תופעת סחר בבני אדם לשם זנות, והאם העמדה אותה ציירנו מעלה – העלמה ורדיפה של קורבנות העבירה מבלי להקשיב ולעצב את הנורמה בהתאמה - נותרה בעינה, נבקש לברר תחילה את מקורות הקשר התת קרקעי שבין סחר נפסד זה לתופעת הזנות.

הסחר בבני אדם והזנות נקשרו בצורה היסטורית, ומתוך כך גם תודעתית, באופן שנבקש להציגו בקצרה. לשם הנוחות, אנו נבקש לשרטט שלושה מומנטים בתקופה המודרנית הקשורים בתודעה של הסחר בבני אדם. מומנט הראשון נטוע בתופעה שזכתה לכינוי "עבדות לבנה", המתייחס לתקופת של סוף המאה התשע עשרה, לפיה נחטפו נשים אנגלו סקסיות מארצותיהן למטרות שיעבוד מיני באמצעים שונים ומשונים. לפי החוקרת Jo Doeze<sup>144</sup> יותר משמדובר היה בתופעה של ממש – מושג זה הינו ביטוי לפאניקה ציבורית שנותבה בידי גורמים בעלי עניין. לטענת Doeze<sup>144</sup> היסטוריונים מסכימים כיום כי מקרים מובהקים של חטיפה ומכירת נשים לבנות היו מועטים בלבד, וכי על רקע הפתיחות המודרנית ותופעת ההגירה המתפתחת – מושג זה שימש כמיתוס הן לבעלי עמדות גזעניות (בהבדל מ"עבדות שחורה"), הן לבעלי עמדות שמרניות שהשתמשו במיתוס כלפי נשים כמו גם כאמצעי ביד גופים "טהרניים" ששאפו לביטולה של הזנות. כך או כך – קישור ייחודי ואסוציאטיבי בין עבדות לזנות בוסס במסגרת זו. המומנט השני, והמורכב יותר, נטוע בלב התפתחות המאבק על מעמד האשה והתאוריה הפמיניסטית, תוך השלכה על הקושי שלה בהתמודדות עם הזנות. לא נוכל להרחיב בנקודה זו ורק נציין כי מתוך היחס המשפיל והדכאני אל נשים שעסקו בזנות לפי "חוק למניעת מחלות" משנת 1864 באנגליה, נולד זרם "פרה פמיניסטי" פוריטאני בהנהגתה של הגב' ג'וזפין באטלר. נקודת המוצא לעמדה זו ביחס לזנות הניחה את היות הזונה כ"קורבן" היצר הגברי.

במסגרת התפתחות השיח המודרני של הפמיניזם, עמדה זו משתבצת באגף הרדיקאלי של הפמיניזם. על רקע חשיפת המבנה הפטריארכלי הגברי בתרבות ובחברה, ושיעבוד נשים בו,<sup>145</sup> בעיקר באמצעות "אוביקטיפיקצית" האשה,<sup>146</sup> הרי שהפמיניזם הרדיקאלי רואה בפרקטיקת הזנות מנגנון משמר דיכוי ומפיץ "תודעה כוזבת" במסגרת מנגנוני השעבוד הפטריארכלי. קיומה של הזונה כ"קורבן", כמו גם ככזו שמגלמת ומנציחה את המעמד הנחות ו"החפצי" של האשה, היא הנע העומד ביסוד הדרישה לביטולה בידי מי שנתכנו, בעקבות התנועה לביטול העבדות באמריקה, התנועה ה"אבולושיסטית" (Abolitionism).<sup>147</sup>

<sup>144</sup> Jo Doeze<sup>144</sup>, *Loose Women or Lost Women*, Gender Issues, Vol 18 No. 1, Winter 2000 p. 23

<sup>145</sup> Andrea Dworkin "Prostitution and Male Dominance" in Michigan Journal of Gender & Law, Vol I, 1993, Catharine A. MacKinnon *Prostitution and Civil Rights* Michigan Journal of Gender & Law, 1993, Volume 1: 13-31

למרות שחשוב לציין כי מקינון מודה כי מתקשה להכריע בדינמה אך תומכת ללא סייג בחיזוק הזונה בזכויותיה משפטיות.

<sup>146</sup> ראה דיונה המפורסם של מקינון על הפורנוגרפיה בספרה "only words", Harvard Press 1993 אל מול מאמרה של

המלומדת מרתה נוטבאום "Objectification" בספרה "Sex and Social Justice" Oxford Press, 1999

<sup>147</sup> <http://www.macom.org.il/todaa-home.asp>



אל מול העמדה הרדיקאלית, הזרם הליבראלי במסגרת השיח הפמיניסטי דוחה את ההשתמעויות המוסריות משלילת הזנות ומקדש באופן מובן את זכויות הפרט.<sup>148</sup> אף אם עמדה זו אינה רואה בזנות דבר רצוי, היא מתמקדת במלחמה במנגנוני המצוקה והכפיה על הזונה ומקדמת את אי הפללתה תוך פיקוח רגולטורי של העיסוק כאמצעי לעזור לאותן נשים העוסקות בתחום. בין לבין, החל משנות השבעים החלה התפתחות מעניינת בה החל להישמע קולן של הזונות עצמן לכדי זרם הטוען ל"זכויות הזונה".<sup>149</sup> חשיבות ניתנה להשמעת "קולן" של נשים אלו,<sup>150</sup> אשר מעבר לדרישה הברורה של אותן זונות להכרה בהן כעובדות לכל דבר, הגדילו לעשות ולטעון בתוך השיח הפמיניסטי כנגד העמדה הרואה בפרקטיקה שלהן כמשעבדת, אלא ככזו שלמעשה מגלמת את תנאי ה"העצמה" והכח הנשיים.<sup>151</sup>

כמובן שכל זרם וזרם משתמש בתובנות ובתאוריות הפמיניסטיות לצרכי הוכחת טיעוניהם.<sup>152</sup> לנוכח ספקטרום העמדות, לא פלא שהכנס הפמיניסטי הראשון עם הזונות הסתיים בחילופי מהלומות. מנגד, מעניין לציין כי בשולי מאבק ארגוני הנשים, לארגוני זכויות האדם המרכזיים – כאמנסטי ו IOM – אין עמדה רשמית ביחס לזנות, עובדה שלא השתנתה עת הסחר בהם הנחשף במלוא עוזו.

תופעת הסחר חידדה כמובן את הדילמה במסגרת הפמיניסטית ביחסה אל הזנות. טרם ההיחשפות לתופעת הסחר המודרני התרכזה התאוריה הפמיניסטית בהליך ה"אוביקטיפיקציה", כאשר מבחינה אנתרופולוגית מושג ה Trafficking הופיע בספרות הפמיניסטית כתיאורה הקלאסי של Gayle Rubin את המבנה החברתי כלכלי אותו מכנה "sex/gender System"<sup>153</sup> בו האישה היא "אובייקט סחיר" מכח דיכוייה הן במערכת תרבותי - כלכלית, הנלמדת מעמדתו

<sup>148</sup> לדוגמה מאמרה של נוסבאום "Taking Money for Bodily Service" בהערה 146

<sup>149</sup> דוגמת ארגון Coyoty בארה"ב, ארגוני הזונות האירופאים, ה PCV האוסטרלי ועוד

<sup>150</sup> "Sex Work: Writing by women in the sex industry", Delacoste & Alexander Ed. Celis Press 1998

<sup>151</sup> ראה לדוגמה את טיעוניה של קמי פגליה "Vamps & Tramps", Penguin Books 1994, p. 36 ואת הקול מתוך תעשיית הזנות והפורנוגרפיה של אני ספרינקל בספר שתורגם לאחרונה "פוסט-פורנו-מודרניסטית", הוצאת אסיה 1994 והערה 158 מטה.

<sup>152</sup> לדיון בדילמה זו, שאף שכתבתי עליה בעבר וארצה לפתחה בעתיד, ראה :

Belinda L. Carpenter, Re-Thinking Prostitution – Feminism, Sex and the Self, in "Eruptions, New Thinking across the Disciplines" Erica McWilliam Ed, Vol 6, Peter Land Pub. 2000, Jo Doezema, "Coercion, consent and the UN Trafficking Protocol" in "Gender, Trafficking and Slavery", Rachel Masika Ed., Oxfam press 2002. p.20

<sup>153</sup> Gayle Rubin, "The Traffic in Women", in Towards an Anthropology of Women, Ed, Reiter, Monthly Review Press 1975. p. 157

של אנגלס, והן משפחתית, הנחשפת בכתבי לוי שטראוס. חשיפת קולות הנשים שנסחרו לזנות הובילה לכך שמסגרת הדיכוי קיבלה פני שעבוד קונקרטיים באופן שתאם להפליא את טעוני האגף הרדיקאלי. סחר זה השתלב במודעות הגדלה לאלימות כנגד נשים והתוצאה הייתה כי הסחר לשם זנות קיבל את מירב ההתעניינות, והמחקר.<sup>154</sup> חשיפת התופעה, וההתמקדות בסחר בנשים לשם זנות, חיזקה עד מאוד את הארגונים הלא ממשלתיים האבולוטיסטים, אשר נתאחדו לארגון "Coalition Against Trafficking"<sup>155</sup> מיסודה של קת'לין בארי, כאשר מהאגף הליבראלי נתאגד מה שמכונה "Global Alliance"<sup>156</sup>, הניבדל בהתנגדותו לזנות בכפיה.

אולם חשיבות חשיפת תופעת הסחר נטועה לטעמי בעובדה כי היא חוצה גבולות ואינה ייחודית למטרת זנות בלבד. כאן אנו מגיעים למומנט השלישי השייך לתם המילניום השני – שלב בו התודעה הציבורית (והפמיניסטית) נחשפה לעובדה כי מעבר לסחר בנשים, כפי שנחשפו בשלבים הקודמים, מוסד הסחר בבני אדם הינו רחב יותר ממסגרת קודמיו ומהווה תופעה חובקת גזעים, מינים, וגילאים. תופעת הסחר התחילה להיות מובנת כמי שמהווה חלק אינטגראלי מתופעת ההגירה העולמית הלא חוקית, תנועת המונים במצוקה על פני הגלובוס באמצעים לא חוקיים.<sup>157</sup> מחקרים מטעם ארגוניו השונים של האו"ם, כמו גם ארגונים לא ממשלתיים, העלו על פני השטח את העובדה כי הסחר בנשים לשם זנות – על מאפייניו הייחודיים – חולק מקום עם סחר בילדים, אברים ועובדים זרים הכל כחלק מחרושת שינוע בני אדם על פני הגלובוס לשם העסקתם באופן בלתי חוקי, כחלק מפעילות ארגוני הפשיעה.

<sup>154</sup> מבין מאות האתרים כיום ברשת לא ניתן שלא להזכיר מקסט יסוד :

"The Natasha Trade : Transnational Sex Trafficking", by Donna M. Hughes

<http://www.uri.edu/artsci/wms/hughes/natasha.htm>

כמו גם את המחקר המרשים והפרטני בדבר מצב הנשים הנסחרות :

A Comparative Study of Women Trafficked in the Migration Process, Janice G. Raymond, PhD - International Coordinator <http://action.web.ca/home/catw/attach/CATW%20Comparative%20Study%202002.pdf>

<sup>155</sup> <http://www.catwinternational.org/>

<sup>156</sup> <http://www.inet.co.th/org/gaatw/bodyframe.html>

<sup>157</sup> על התופעה הגלובאלית ובעיקר על קיומה בישראל ראה מחקרם של ד"ר רייכמן וד"ר קמפ, "עובדים זרים בישראל",

ב"מידע על שווייץ", גיליון 13, יוני 2003 עמ' 13

חשיפת התובנה לפיה הסחר נעוץ במסגרת הגירה לשם פרנוס התחזקו הקולות מהאגף הדורש לראות בזונה עובדת לכל דבר. למרות שאין חולק בין כל אגפי הפמיניזם בדבר מקור העיסוק כיום במצוקה, הרי שבעוד האגף הפוריטני מתרכז בתופעה כביטוי לדיכוי נשי, מבקש האגף לזכות הזונה לטעון כי העובדה כי המדובר בתופעה חובקת מינים והעובדה כי רבות מהנשים נרתמות לעיסוק בידיעה למהות עיסוקן – יש לראות את התופעה כחלק ממנגנון הגירה כלל עולמי בו הנשים, כמו עובדים אחרים, מעמידים עצמם בסכנות לשם שיפור מצבן הכלכלי. וכך, אם מסקנת הקואליציה היא כי יש להכריז מלחמה על הזנות לשם חיסול התופעה, הצד לזכויות הזונה יטען כי יש להפסיק להיטפל לנשים השוהות באופן בלתי חוקי ולחזקן כעובדות מהגרות לכל דבר.<sup>158</sup>

בטרם נפנה לראות את אופן התמודדות המשפט הישראלי עם התופעה, נבקש לשרטט בקווים מספר את מבנה התופעה של הסחר ככלול, שכן כשם שהראנו על החשיבות הרבה לאבחון הזנות מהסררות, ותוצאות אי ההקשבה, נדרשת חשיבות לאבחון תופעת הסררות מהסחר על מנת לְזַקק את פְסוּל השעבוד שעומד ביסודו, ושעליו לא יכול להיות חולק, אשר על המשפט הפלילי להילחם בו תוך עיצוב הנורמות וכינון מסגרת מגוננת על יסוד הקשבה לקול הקורבן.

---

<sup>158</sup> ראה את העמדה המובעת באסופת המאמרים של הנוקטים בעד זכויות הזונות העובות מולדתן לשם עיסוק במשלה ידן "Global Sex Worker: Rights, Residence and Redefinition", Ed. Kempadoo & Doezema, Routledge 1998

## ח. על ההקשבה לקורבנות הסחר ופתיחת המערכה הבינלאומית

העבדות נותחה ונסקרה בהררי כתיבה היסטורית, חברתית ומשפטית כמי שפוגעת בלב כבוד האדם וחירותו. אם זאת, תופעת העבדות המודרנית לא זכתה לחשיפה, כמו גם ניתוח מעמיק, בדומה להורתה ההיסטורית. נראה כי הסיבות לכך נעוצות הן בעובדה כי המדובר בתופעה חדשה יחסית, אשר התפתחה בשילוב עם הליך הגלובאליזציה הקאפיטאליסטית, כמו גם בעובדה שהיא נטועה עמוק בכוחות השוק, כך שגורמים רבי כח מונעים את חשיפתה.

כפי שטענו מעלה – על מנת לעמוד על מהות של תופעה פסולה, חובה להקשיב לקולות קורבנותיה על מנת להבין הן את הפגיעה שהיא מייצרת, כמו גם את הדרך להצלה. לפיכך כל הכותבים מטה הנם חוקרים שעבודתם מצטיינת ביציאה אל השטח, בראיונות מעמיקים שמתוכם מנותחים האינטרסים, נחשפות פרקטיקות השעבוד השונות ופגיעתן ומוצעות תרופות.

Kevin Bales, אשר נחשב לאחד המומחים המובילים בתחום הסחר בבני אדם, יצא למסע חובק ארצות בנסיון מיפוי והגדרת תופעת הסחר בבני אדם, לפי שלדידו ההכרה בקיומה ובהנהרתה הם תנאי ראשון במלחמה בה. בספרו<sup>159</sup> מעריך Bales כי כעשרים ושבעה מליון בני אדם מועסקים כעבדים על פני העולם, תוך שהוא מציין כי זהו מספר שמרני ביחס להערכות ארגוני זכויות האדם המעמידים את המספר עד כמאתיים מליון.<sup>160</sup> העבודה לשמה נסחרים אנשים אלו הנה פשוטה ברובה, לא טכנולוגית ומסורתית - מעבודות חקלאות לעבודות טוויה, מעשיית לבנים לכריית יהלומים, מזנות לעבודות בית – מגוון עבודות נרחב עד מאוד.<sup>161</sup>

בנתחו את ממצאיו, רואה Bales בשני גורמים מרכזיים את מאפשרי סחר אנושי זה : פיצוץ האוכלוסייה לאחר מלחמת העולם השנייה והקיטוב הכלכלי הגלובאלי.<sup>162</sup> שילוב התנאים מצביע על כמות האוכלוסייה העצומה הנמצאת בעוני מחריד ושתעשה הכל על מנת לפרנס עצמה, מצוקה המהווה את התרבות לגידולו של סחר מודרני נצלני זה בבני אדם.<sup>163</sup>

<sup>159</sup> Kevin Bales, "Disposable People", University of California Press, 2000

<sup>160</sup> שם, עמ' 8

<sup>161</sup> שם, עמ' 9

<sup>162</sup> שם, עמ' 12

<sup>163</sup> שם, כמפורט בפרק הראשון

למסגרת מתח כלכלי זה מתלווה ממד חברתי תרבותי של כינון מערכת יחסי העבודה, במסגרת העידן התרבותי - קאפיטאליסטי, על רקעם משובצים המהגרים לשם עבודה. בספרה "NO Logo"<sup>164</sup> עומדת נעמי קליין על "מותגיות העולם" הגלובאלי. על רקע מסעותיה בעולם, מציגה קליין באופן מרשים את תחילת ה"מותג" כאירוע הכרחי מיסוד התפיסה התעשייתית שכן "בעידן המכונה בשל אחידות המוצר, היה צורך לייצר גם על הבדל המבוסס על תדמית"<sup>165</sup>. "תדמית" הפכה משנות השמונים לאירוע המרכזי בעולם הצרכנות עד כדי "אסטרטגיית פטיש" המשכללת את "עידן הצריכה" לזיהוי וזהות סיבת התשוקה למושא התשוקה. מהלך זה הרחיק את המבנה המסורתי של מפעל כמייצר מוצרים, והוא אף הורחב עת השיעתוק הטכני חוצה את גבולותיו ברגע בו חברות ענק עלו שלב לפיו "לא עוד מיתוג מוצריהן שלהן בלבד, כי אם מיתוג התרבות..."<sup>166</sup> התאגידים נותני החסות והתרבות שהם ממתגים התמזגו זה בזה ויוצרים תרבות שלישית: יקום מסוגר בתוך עצמו של אנשים ממותגים, מוצרים ממותגים ואמצעי תקשורת ממותגים<sup>167</sup>.

גלובליזציה מותגית זו הובילה לא רק לניתוק הקשר בין חברות למוצריהם, ולא רק להרחבת השווקים באמצעות "פטיש" צריכה מושגי, אלא גם לחפש מקומות זולים לייצור מותגיהם. קליין משרטטת קווים לדמות "בתי עבודת הזעה" באזורי העולם השלישי, סין, כמו גם במערב, תוך שהיא מצביעה כיצד הובילו ענקי הכלכלה העולמית למה שבתמציתיות היא מגדירה: "כשתהליך הייצור הממשי עובר פיחות כזה, הגיוני שהיחס אל האנשים העוסקים בייצור יהיה כמו אל שאריות החומר שנשאר מאחור"<sup>168</sup> האדם עובר המרה מהותית לכדי "מרכיב" כלכלי נוסף הכפוף לחוקי המשחק הקאפיטאליסטי, ששואף להורדת עלויות להעלאת רווח. ה"מייצרים הנעלמים מעין", מנוצלים באופן שיטתי בשם חסכון עלויות ועצימת עיניים לרווחה לפגיעה האנושה באיכות וכבודם של חיי אדם באזורי הייצור עבור העולם המערבי.

<sup>164</sup> נעמי קליין, No Logo, הוצאת בבל, 2002

<sup>165</sup> שם, עמ' 28.

<sup>166</sup> שם, עמ' 49, "הרעיון היה לספוג רעיונות ואיקונוגרפיות תרבותיים שהמותגים שלהם יוכלו לשקף על ידי הקרנת הרעיונות והתמונות האלה בחזרה על 'התרבות' לשלוחות של מותגיהם... פרסום ומתן חסות היו כרוכים תמיד בשימוש בדימויים כדי לקיים משוואה בין מוצרים לבין חוויות תרבותיות או תרבויות חיוביות... השפעת המיתוג המתקדם גם אם לא תמיד זו הכוונה המקורית, היא דחיקת התרבות המארכת אל הרקע והפיכת המותג לכוכב: זה לא לתת חסות לתרבות, זה להיות תרבות", שם, עמ' 50

<sup>167</sup> שם, עמ' 81

<sup>168</sup> שם, עמ' 217

הסוחרים בבני אדם מודעים למנגנון הקאפיטאליסטי הגלובאלי ולערך הנמוך לאדם בו, תוך שהם מנצלים את הקדימות שיש לערכים יצרניים על אנושיים. על מנת לעמוד על מאפייני סוג חדש זה של עבדות, מציג Bales השוואה מאירה ומגדירה של הבתופעה המודרנית מול העבדות הישנה, כשביסודה תפיסה כלכלית "טהורה" בדבר מקומו של "עובד" במסגרת חישוב עלויות, וחסכונה ככל האפשר :

א. העבדות ההסטורית קבעה יחסי קנין ואחריות משפטית בין הבעלים לעבד. אחריות משפטית זו אינה קיימת בעולם המודרני באשר הם זמניים, חסרי מעמד משפטי ונשפטים על פי ערכיהם הכלכליים.

ב. העבדות ההיסטורית נתנה תג מחיר גבוהה לעבד, בשל ההשקעה בהבאתו ממרחק, בעוד שהאמצעים המודרניים מובילים למחירים נמוכים עד מאוד של עבדים מודרניים.

ג. העבד ההסטורי הניב רווחים נמוכים מאוד בהשוואה לזה המודרני. התפיסה הקלאסית מכתובה יחס השקעה לעבד כאל נכס מניב פירות חייב השקעה מרובה בתנאים, כמו גם בשוולתו, בעוד במודרנית אין כל השקעה בעבד ובהחזקתו.

ד. העבדות הקלאסית התאפיינה במחסור בעבדים, בעוד המצב המודרני מעמיד כמות בלתי נגמרת של מועמדים לעבדות.

ה. בעוד שמערכת היחסים בין העבד הקלאסי למעבידו התאפיינה ביחסים ארוכי טווח, הרי שעבדות מודרנית הנה קצרת טווח עד מאוד ומהווה פונקציה כלכלית גרידא.

ו. אם מאפיין מרכזי בהחזקתו של עבד הייתה השקעתית, הרי שהעבד המודרני ניתן לחלופה על אתר ומכאן צומחת הימנעות כלשהי מהחזקתו הראויה.

ז. העבדות ההיסטורית התבססה על "אחרות" אתנית כיסוד מכונן להסבר וניצול קבוצה זו או אחרת של עבדים. העבדות המודרנית עיוורת לצבעים. המכנה המשותף של העבדות המודרנית כיום הינו עוני ולא צבע.

מכאן כי בלב האפיון המכונן של "עבדות מודרנית" – זו המבוססת על הגירה המונית על יסוד מצוקה מחד ועל ערך כלכלי בלבד של האדם מאידך - נמצא את היותם של אנשים אלו "זניחים", Disposable People כלשון ספרו של Bales – עובדה ההופכת את הסחר המודרני בבני אדם לרווחית באופן יוצא דופן.

אף שסחר עבדים מודרני זה הינו דינאמי, משתנה ומשנה פנים ללא הרף, הרי שלטענת Bales ניתן לזהות את הכח העומד ביסוד הסחר באיום על יסוד "חוב". איום זה, שיכול ויהיה מגובה באלימות, משמעו שמימוש החבות כלפי "המעביד" מוביל לכך שקורבן הסחר מאבד את השליטה על חייו, את האוטונומיה האישית שלו. Bales מונה שלושה סוגי חיוב מאפיינים :

Chattel Slavery – צורה שעבוד הקרובה לזו ההיסטורית, בה אדם נתפס, נולד או

נמכר לחיי עבדות כנכס של בעליו, אשר מחדד את "רכישתו" באדם.

ב. Debt Bondage – הצורה הנפוצה ביותר של הכפפת חירותו של אדם לחוב לפיה אדם מחייב עצמו בגין הלוואה לעבודה, מבלי לדעת את טיבה ומישה. "שעבוד החוב", אם זאת, אינו מכלה עצמו בעבודה והוא יכול להוסיף ריבית או הוצאות שאינן ניתנות לכיסוי, כמו גם העברת החוב ממעביד אחד למשנהו, המחדשו בשנית. "רכושנותו" של המעביד בקורבן הסחר אינה מוצהרת, אבל השליטה בו היא מוחלטת.

ג. Contract Slavery – ה"מסכה" הנפוצה לקשרי עבדות מודרנית היא בחתימה על חוזה המבטיח דבר שעת שמגיע עת הביצוע מתגלה לעובד כי הוא מוכפף לתנאי עבדות. החוזה נועד לפתות אדם לקחת על עצמו עבודה זו, כמו גם מסיכה של לגיטימיות משפטית להעבדה זו.

Beth Hertzfeld<sup>169</sup> מאפיינת את העבדות המודרנית באופן ספציפי בארבעה תנאים:

- א. כפייה לעבודה באמצעות איום או אלימות.
- ב. העבדה באמצעות "קניית בעלות" או שליטה באמצעים פיזיים, מנטאליים או איומים.
- ג. דה-הומאניזציה, יחס כאל סחורה ואף רכישה ומכירה כאובייקט.
- ד. הגבלות פיזיות או אחרות על חופש התנועה או חופש המעבר בין מעבידים.

במלוא הצניעות נבקש להוסיף שני תווי אופי נוספים להגדרת התופעה שתחושנתו היא כי הם נעלמים בכל שנאמר מעלה. ראשית, נבקש להדגיש כי *בְּהַמְשִׁיךְ הַמוֹשָׁג הַמוֹקָשׁ* של תופעת ה"סחר" (Trafficking), יש לאבחנו ממושג "ההברחה" (Smuggling/Transporting). מושג ה"סחר", מדגיש פעולת השעבוד ונטוע בהמשכיות השליטה במוברח בהתבססות של הפניה לגורמים פליליים גם לאחר ההברחה. רוצה לומר, מי שהוברח למדינה שלא כחוק מסיים קשר זה עם מבריחיו עת הגיע למדינה. קורבן הסחר לעומת זאת, מיועד למטרה מסוימת ועל כן ניתן להוסיף לאמור מעלה את החולשה המובנת של קורבן הסחר בכניסתו לשרשרת מסע לא חוקי, לא כל שכן הברחה ושהייה הלא חוקית במדינת היעד ולעיתים העובדה כי יש קורבנות סחר המועסקים בעיסוקים פליליים מיסודם - כל אלו נותנים בידי ה"מעבידים" יתר שליטה בהכפפת חירות קורבנות הסחר הנטועה בשרשרת הגיוס, ההברחה וההגעה לשליטת ה"מעביד".

<sup>169</sup>Beth Hertzfeld. "Slavery and gender", in "Gender, Trafficking and Slavery", Rachel Masika Ed., Oxfam press 2002. p. 50

שנית, ובאופן העולה מהאמור מעלה, נבקש להצביע על אלמנט יסוד לשעבוד אדם, ואשר נטוע בייחודיות האופי הגלובאלי של התופעה, הוא אלמנט הזרות. לא יכול להיות ספק כי ביסוד הכפפת חירות קורבנות הסחר יש משמעות מכריעה וייחודית לעובדה כי המדובר באנשים הניטלים ממולדתם, מתרבותם וקשריהם התומכים, אל ארץ זרה בה אין להם כל ידיעה של השפה,<sup>170</sup> כמו גם חוסר הבנה לתרבות המקומית, שלא לדבר על התמצאות במוסדות הציבוריים ומעמדם. זרות זו לבדה יש בה כדי מתן עוצמה אדירה בידי מי שמשמש כמתווך אל סביבתם, לא רק למניפולציה אלא גם ליצירת תלות. העובדה כי מרבית העובדים הלא חוקיים מועלמים, ומבקשים להעלם, מהעין הציבורית, מובילה לא רק לבידוד והזרה אלא גם לשליטה מוחלטת בידי אלו עבורם הם עוסקים. החל בהגבלת עולמם כעולם עבודתם, עובר לשליטה מוחלטת על לוח הזמנים של אותם עובדים וכלה בקביעה מוחלטת במותר והאסור להתבצע בידי קורבן סחר - תלות אינהרנטית זו הנה אלימה מיסודה ומנוצלת בידי הסוחרים.

פגיעה אנושה זו באוטונומיה של האדם - הן במובנה המהותי, ככבודו, והן הפרקטית, בהשבתת חירותו - מחייבת כי בחינת התופעה לא תיעצר בהגדרת תוצאותיה הפוגעניות בלבד, אלא גם תקיף את אופן הטיפול בקורבן כחלק מההכרה בה. פוגענות זו בשני פני מושג האוטונומיה עליהם עמדנו מעלה, הובילו את Bales לחייב את שיקום האוטונומיה האישית של קורבן סחר כחלק מחויב מאחריות כוללת למלחמה בתופעה, שכן :

" A person denied autonomy, who has never had to make choices, can be paralyzed when faced with making decisions."<sup>171</sup>

עובדה אחרונה זו מחדדת עד כמה "כבוד האדם", תנאי קיומו ב"כבוד", מהווה תנאי מקדים לכל פן מוסרי אחר. שעבודו של אדם לאחר מעלה לא רק המובן הטבעי של שלילת החירות, כפסול שביסוד העבירה, כי אם הפגיעה בעצם קיומו של אדם כ"מטרה בפני עצמה" – הן בתוצאתו והן בשיקומו הנדרש. כזכור, לדידו של מאיר דן כהן פגיעה ב"כבוד האדם" היא המהווה למעשה את לב ליבו של הפסול המוסרי, כמו גם את תמצית המעשה הפלילי, אותו נבקש לאסור גם אם מבחנו התוצאתי לא מלמד על נזק.

<sup>170</sup> שכמוה כנמילת החיים כדברי שייקספיר מפי האציל נורפוק המגורש מאנגליה ומשפחתו בידי ריצ'ארד השני :

"The language I have learn'd these forty years, My Native English, now must forego... What s thy sentence, then, but speechless death, which robs my tongue from breathing native" William Shakespeare, King Richard II, Act I, Scene III



בנתחו את העבדות הקלאסית, מראה דן כהן כיצד כושלת התפיסה התועלתנית לתפוס ולשולל את תופעת "העבד מרצון", שלכאורה אינו מעלה שם נזק נראה לעין. נסיון לבחינת הנזק על יסוד "מידת" חירות בלבד, טוען דן כהן, לא רק שכושל באיון הפגיעה, הוא גם אינו תופס את התמצית הפוגענית של מוסד העבדות, של "יצירת קניין" באדם, באופן שהוא אנאליטי למוסד והכרחי<sup>172</sup> – היותו פגיעה בכבוד האדם, בערכו המוסרי:

"Slavery is the paradigm of injustice because it denies people's equal moral worth and thus treats them with disrespect"<sup>173</sup>

עובדה זו היא המנטרלת את החשש מהאשמת עמדתנו בפטרנליזם ובהתעלמות אפשרית מ"קולו" של מי שמבקש להיות "עבד מרצון". בניגוד, לדוגמא, לרצון אשה לעסוק בזנות – שעל מעמדה והשלכותיה לעולם החברתי והנורמטיבי חלוקות העמדות והדילמה עדיין בתוקפה – הרי שלא יכול להיות חולק כי מעשה השעבוד שביסוד הסחר מהווה פרקטיקה הפוגעת ומאיינת את יסוד משמעות האוטונומיה האנושית, בשני אופניה של "כבוד האדם" ו"חירותו". ה"רצון" להיות עבד כמוהו כרצון לוותר על האוטונומיה המוסרית שבאופן אנאליטי נידחה מכח חוסר יכולת אדם לוותר על היותו אדם ושלילת הכשר לכך.

בבקשינו לזקק את האלמנטים העומדים ביסוד פרקטיקת הסחר המודרני, ניתן לטעמנו להצביע על שני יסודות שלא רק מבטאים את הערכים המוגנים במעשה, אלא שבשילובם הם מהווים גם "נייר לקמוס" לבחינת התקיימות הנסיבות המכוננות את העבירה על שני פניה הפוגעניים במה שכינינו "האוטונומיה של אדם":

1. ההקפצה (אוביקטיפיקציה) של קורבן הסחר – הפן המדגיש ומחדד פרקטיקות של שיעבוד שביסודם פגיעה ב"כבוד אדם" בהמרת מהותו המוסרית בחפצית.
2. הכפפת חירותו לשם קיום המטרה לשמה נסחר הקורבן – הפן המדגיש ומחדד פרקטיקות של שיעבוד שביסודם פגיעה ב"חירותו של אדם", הן באופן ישיר והן את עצם אפשרות התקיימותה של חירות זו.

<sup>172</sup> ראה הערה 66, עמ' 154-157

<sup>173</sup> שם, עמ' 157

חשוב להדגיש, עם זאת, כי אין אבחנה אנאליטית בין הפרקטיקות השונות והן אינן מוציאות זו את זו. נהפוך הוא, תּוּ אופי ייחודי לפעולות אלו הינן פגיעתן הכפולה, ומתוך כך גם כוחן. לדוגמא, "בדיקת" הנשים בהפשטתם, או "בחינתם" באינוסן עם קבלתן לעיסוק בזנות, לא רק שמשמש כאקט סמלי של "כיבוש" והכפפת חירות קורבן הסחר, אלא שהוא אף מכונן את השפלתה של האישה וביטול כבודה כאדם. כך גם יצירת "שעבוד חוב", במסווה של דרישה מהקורבן להשבת "הוצאות" ההבאה, לא רק ש"קושר" את הקורבן למשעבדו, אלא משמש מנוף להשפלתו וביזויו בדרישות קשות, כמו גם בהעברתו מיד ליד כחפץ עובר לסוחר במסגרת השבת חוב זו וחידושו. עבירת כליאת קורבן הסחר לא רק שמגבילת חרות הכלוא לכולאו, היא מובילה לחיי תלות והשפלה. אפילו עבירה פעוטה כמו נטילת דרכון הופך לכלי רב כח במסגרת השליטה המוחלטת, וחוסר האונים מאידך, במסגרת פרקטיקה זו.

נקודה חשובה נוספת שנבקש לטעון היא כי פרקטיקת הסחר בבני אדם, על פְּכירות הפגיעה ב"כבודו" ככזה, מְאֵיין כמעט לחלוטין את המטרות לשמן נסחר אדם ומְמַקְּז את הפסול בעצם יצירת יחסי שיעבוד ושליטת ערך אנוש בין אדם לרעהו. ממש כשם שאין אדם יכול ליתן הסכמתו לעבדות, אין האדם אשר נסחר למטרה מסוימת מְקַיֶּמָה שכן מעשהו מעשה עבד הוא. כפי שציינו מעלה, הסוגיה האם רצונה של אשה לעסוק בזנות "רצון חופשי" הוא אם לאו נתון לוויכוח וחשוף לפטרנליזם תיאורטי ומשפטי. אולם לא יכול להיות ספק כי האישה הנסחרת לזנות אינה זונה שכן מכח אובדן האוטונומיה שלה היא למעשה קורבן סחר שמשועבד לאקטים מיניים עבור תשלום. מתוך כך, ולא מכל עמדה פטרנליסטית שהיא, רצונה או הסכמתה אינם רלוונטים. כך האדם הנסחר מכח מצוקתו למכירת אברים אין הוא תורם אלא קורבן סחר המנוצל לסחר באברים. כך הוא העובד הזר הנסחר לכל עיסוק שהוא ואין הוא עובד כי אם קורבן סחר המנוצל למטרות עבודה, והילד הנסחר לאימוץ אינו אלא מטבע עובר לסוחר.

באופן תואם – אין מי שרכש אישה להעסיקה בזנות סרסור אלא סוחר בבני אדם. חומרת מעשיו כמי שחי על רווחי זונה – כפי שהצגנו בפרטי פרטים בפרקים הקודמים – אין להם דבר עם מהות מעשיו הנפשעים עת הוא משעבד בני אדם מכח איון כבודם ושליטת חרותם. כך המעסיק הסוחר בבני אדם אינו מעביד אלא משעבד, הנושא ונותן בילדים שנקנו תוך ניצול מצוקה אינו אחראי על אימוצי ילדים אלא אשם בסחר בהם וסוחר האברים אינו מתרימם בניצול המצוקה אלא סוחר בבני אדם. למען הסר ספק, המטרות לשמן נסחרים בני אדם יכולים רק להחמיר תמונה זו, אולם חשוב לומר כי המטרה בטלה בשישים אל מול הפרקטיקה מכוחה הובאו בני האדם לעיסוקם וקיימת סכנה בהתרכזות בה לאור הרלטיוויות של העיסוקים השונים כלפי אנשים שונים.

האמור מעלה סותר מיסודו את הטענה הנפוצה לפיה מצב קורבנות הסחר בארצות אליהם נסחרו טוב בהרבה, ומשפר את עתידם, מהמצב בו היו לו נותרו במדינות המוצא – לנוכח חשיפת היסודות המשעבדים והפוגעניים העומדים בבסיס הפרקטיקה. אין ספק כי מעבר לכל האמור מתחייבת פעולה מוחשית בייצוב ואישוש מדינות מצוקה – אולם אין במצב מצוקתי זה כדי להכשיר פרקטיקה מכוערת וטיעוניה המשמשים מסכה צינית לא רק להכשרת השעבוד וצידוקו, אלא גם טעם להימנע מלהתייחס אל עובדים פוטנציאליים אלו כבני אנוש.

מתוך חשיפת "קולות" אלו, הקף התופעה ופגיעתה הרעה, ואף שמהות העבדות נאסרה באין ספור אמנות בינלאומיות<sup>174</sup> – התכנסו נציגי האומות המאוחדות בשנת 2000 לכינון פרוטוקול להנחיה בין לאומית בטיפול בתופעת הסחר המודרני במסמך המכונה "פרוטוקול פאלרמו".<sup>175</sup> פרוטוקול זה מהווה מודל להכרה ומלחמה בתופעת הסחר בבני אדם, ובייחוד בחלשים חברתית שהם נשים וילדים, וזאת מתוך הכרה בתופעה ושיבוצה כחלק מהאמנה כנגד "פשע מאורגן". מתוך תובנת הסחר כתופעת הגירה למטרות פרנוס ומתוך חשיפת המסגרת הכוחנית שביסודה, הגדירו מנסחי האמנה "סחר בבני אדם" תוך עמידה על שלל אמצעי כפיה, כמו גם על המטרות המרכזיות של סחר זה :

"Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs...<sup>176</sup>

<sup>174</sup> ראה סעיפים 1-5 ל"הצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948)", ההסכם הבינלאומי בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) האוסר תופעות דמוי עבדות ועבודות כפיה, האמנה נגד עבדות (1926) והאמנה הנספחת על ביטול העבדות : הסחר בעבדים ומוסדות ומנהגים דומים לעבדות (1956) המפרט פרקטיקות עבדות, ההסכם נגד עבודה בכפיה (1930) ו (1957) וההסכם למיגור הסחר בבני אדם וניצולם דרך זנות (1950)

<sup>175</sup> Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the united nations convention against transnational organized crime, UN 2000

<sup>176</sup> שם, פסקה 3 סעיפים A-D, וראה הפללת הסחר במי שמתחת לגיל 18 אף ללא כפיה.

כביטוי מרכזי להכרה בקולם של קורבנות הסחר, ובעיקר כביטוי להיות סחר כזה "עבדות" אשר מיסודה שוללת את האוטונומיה המוסרית של האדם ומתוך כך שוללת האמנה כל רלוונטיות של "רצון" קורבן העבירה בקובעה :

The consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used;

כבוד האדם מהווה גם את היסוד לכך כי חותמי האמנה חבים לא רק במלחמה בסוחרים, אלא גם בעזרה לקורבנות סחר נפשע זה, לשיקומם והשבת כבודם העצמי והיכולת לנהל עיניהם.<sup>177</sup>

אף ש"אמנת פאלרמו" משמשת אבן ראשה בעיצוב החקיקה המדינתית, אולם לא יכול להיות ספק כי את התרומה המכרעת למלחמה בסחר תרמה ארצות הברית ב Trafficking Victims Protection Act<sup>178</sup>. חוק פדראלי זה מגדיר המעשה כעבירה נגד זכויות אדם, תוך שמאמץ את הגדרת "אמנת פאלרמו" והוספת הגדרות עליהם עמדנו – כ"שרות לא רצונית", "שעבוד חוב" ו"כפייה"<sup>179</sup> – כמו גם עמידה על השבת כבוד הקורבן בהקצאת משאבים בחוק לקיום החובה לטיפול בקורבנות הסחר בשיתוף הרשויות וארגונים לא ממשלתיים.<sup>180</sup> התרומה המכרעת באה בפרק הקובע כי מדינה שלא תעמוד בתנאי השבתת הסחר – תחשף סנקציות עד כדי ניתוק היחסים הכלכליים. דוחות אלו עומדות ביסוד הנע למלחמה בסחר במרבית מדינות העולם, ובכללן ישראל,<sup>181</sup> אליה נבקש לפנות ולבחון את הדרך בה בחרה ללכת עת נחשפה לתופעה.

<sup>177</sup> שם, פיסקה 6.

<sup>178</sup> Trafficking Victims Protection Act of 2000, Division A of Pubic Law 106-386

<sup>179</sup> "Sex trafficking" means the recruitment, harboring, transportation, provision, or obtaining of a person for the purpose of a commercial sex act. "Commercial sex act" any sex act on account of which anything of value is given to or received by any person. "Involuntary servitude" includes a condition of servitude induced by means of (A) any scheme, plan, or pattern intended to cause a person to believe that, if the person did not enter into or continue in such condition that person or another person would suffer serious harm or physical restraint; or (B) the abuse or threatened abuse of the legal process. "Debt bondage" means the status or condition of a debtor arising from a pledge by the debtor of his or her personal services or of those of a person under his or her control as a security for debt, if the value of those services as reasonably assessed is not applied toward the liquidation of the debt or the length and nature of those services are not respectively limited and defined. "Coercion" means (A) threats of serious harm to or physical restraint against any person; (B) any scheme, plan or pattern intended to cause a person to believe that failure to perform an act would result in serious harm to or physical restraint against any person; or (C) the abuse or threatened abuse of the legal process."

<sup>180</sup> ראה סעיף 113 לחוק

<sup>181</sup> <http://www.state.gov/q/tip/rls/tiprpt/2002/> & 2003

במאי 2000 מתפרסם בישראל דו"ח אמנסטי<sup>182</sup> שחשף את פניה המכוערים של תופעת הסחר בבני אדם בארץ הקודש. הדו"ח הביא את קולותיהן של נשים שמספרות על מצוקה בארץ מולדתם שלאורה התפתו, בין אם לעיסוק בזנות בין אם לאו, בהצעות כספיות גבוהות ובתנאים נוחים. בנוסף להתבדות ההבטחות, מספרות קורבנות הסחר על פרקטיקת "שעבוד חוב", בו נדרשו לעבוד חנים עבור "הוצאות עבודתם", אשר הפך למכשיר שליטה בהן בתוספת אלימות קשה של אונס, כליאה ואיומים. למרות שלתופעה היו יותר מרמזים מקדימים, בבית המשפט<sup>183</sup> כמו גם דו"ח שדולת הנשים מחודש נובמבר שנת 1997<sup>184</sup> – הובילו הראיונות הקשים עם נשים שנסחרו ארצה לשם עיסוק בזנות לזעזוע ציבורי עמוק. לא יכול להיות ספק כי העיסוק הרב והפרסום האינטנסיבי בנושא הוביל לטעמינו לפעילות ציבורית נחפזת, ל"פניקה מוסרית"<sup>185</sup> הן מטעם נציגי הציבור והן מטעם ארגונים בעלי עניין. נחפזות מתלהמת זו ראתה לנגד עיניה את דמות הזונה ומכח זאת לא רק שכשלה בהבנת הנאמר על ידי קורבנות הסחר, אלא אף שימרה למעשה את אותו הלך המחשבה הפטרנליסטי הכושל באותם כשלים מסורתיים עליהם הצבענו בדיוננו ביחס המשפט לזונה. וכך, טרם נדמו הדי החשיפה של הדו"ח ובאופן כמעט חסר תקדים בזריזותו - חודשיים מיום פרסום הדו"ח - מתוקן חוק העונשין בתיקון 56 המפנה לביסוסו להצעת החוק 2639 מיום ט"ז בתמוז התשנ"ז 21 יולי, אשר מפליל סחר בבני אדם לשם זנות בפרק עבירות "זנות ותועבה", ובאופן מסורתי ללא כל דברי הסבר.

כפי שטענו לכל אורך העבודה, נראה כי זיהוי המעשה המשעבד העומד ביסוד הסחר וערכי "כבוד" האדם ו"חירותו" המוגנים בו כמו גם חדשנות הפרקטיקה והפגיעה הייחודית בקורבנות מושאיו – כל אלו חייבו כי עיצובה של העבירה, כינונה ושיבוצה בספר החוקים היה נערך מתוך הקשבה לקולן של קורבנות העבירה, כפי ששרטטנו במהלך מסענו מעלה. אולם מאום מכך לא נעשה. התמונה המצטיירת היא כי המחוקק ראה לנגד עיניו עסקה הנערכת בזונה ולפיכך פסע בדרכו המסורתית להעלימה מהעין ונפרט.

<sup>182</sup> <http://web.amnesty.org/library/Index/engMDE150172000>

<sup>183</sup> ח"פ (תל-אביב-יפו) 8175/98, מ.י. נ' שטיינברג ואח', תק-של 2003(1), 154.

<sup>184</sup> תחת הכותרת המלמד "הברחת נשים לישראל זנות בכפייה"

<sup>185</sup> כלשונו של הסוציולוג סטנלי כהן כמצוטט במאמר הערה 144

שיבוץ עבירת הסחר בבני אדם בפרק "זנות ותועבה" לחוק העונשין מלמד על חוסר הבנה משווע שאין לו כל הסבר למעט העובדה כי המחוקק ראה בעבירה כפרקטיקה שביסודה נטועה תופעת הזנות. כפי שהראנו מעלה, הערך המוגן ולב עבירת הסרסרות היה "ביעור הפקת רווחים מאקט מיני", השבתת הטפילות אל מי שמתפרנסת בשולי החברה מהעיסוק במין. לעומת זאת, הערך המוגן בלב עבירת הסחר בבני אדם ממכוון לפגיעה בכבוד האדם וחרותו בשל היותו "ניסחר" – פרקטיקה, אשר כפי שהראנו מעלה, מאיינת לחלוטין את המטרה לשמה נסחר אדם ומעמידה במרכז מלחמתה את הכפפת חרות אדם לאדם אחר והפגיעה בכבודו על ידי הִקְפָצָתוֹ.

מכאן שבאופן זהה לחלוטין לזיהוי שערך המשפט בין הזונה לסרסור התעלם המחוקק לחלוטין מהערכים השונים העומדים ביסוד הפרקטיקות השונות והמשיך בדרך של חירות לקולות הנשים, שראה בהם כאמור זונות, אף שתיאורם לימד על זוועות הסחר ובשם פנים ואופן לא בא במסגרת המבטאת בצורה כלשהי את משלח ידן. שיבוץ עבירת הסחר במסגרת פרק הזנות והתועבה לחוק העונשין לא רק מהווה התעלמות חוזרת מקול הקורבן, אלא אף עלבון לו על יסוד "תבונה אוניברסלית" פטרנליסטית.

פן משלים לנקודה זו מהווה ההתמקדות ה"צהבהבה" של המחוקק בסחר לשם זנות באופן בלעדי. העיוורון למהות הסחר בבני אדם כיסוד העבירה הובילה להתעלמות מהעובדה כי סחר מתועב זה מתבצע למגוון מטרות, והבחירה בייחוד עבירת הסחר לתופעת הזנות בלבד לא רק שממשיך את היחס הפטרנליסטי של החוק אל הזונה כ"קורבן" בהתעלם לחלוטין מהעובדה כי רציונאל האיסור בעבירה אינו נטוע כלל בפרקטיקה של הזנות, אלא שהוא גם מתעלם מהיות פרקטיקת הסחר ופוגענית ב"אוטונומיה" האנושית ככללה כשמטרת הזנות מהווה פן אחד משלוחותיו המרובות.

בחינת הגדרת החוק מחדדת טענתנו כי בעיני המחוקק נותרנו בעבירה שבליבה עומדת זונה. מדהים לגלות כיצד המחוקק אינו ממתין לפסיקה על מנת להעלים את הזונה מהעין במסורת מה שכינינו מעלה "השיח החלפני". בדומה להוצאת הזונה מה"מחזה" העברייני בו נותרו הנושאים ונותנים בה בלבד, מכונן המחוקק תופעה שמיסודה מבוססת על יחסי שעבוד בין "אדון" ל"עבד" כמערכת יחסים בין "מוכר" ו"קונה" בלבד, ופרקטיקת הסחר המשעבדת מתוארת כאקט חוזי גרידא לפיו: (א) המוכר או הקונה אדם להעסקתו בזנות או המתווך למכירה או לקניה כאמור, דינו – מאסר שש עשרה שנים; לענין זה, "מוכר או קונה" – תמורת כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת. נזכיר כי בד בבד עם תיקון הגדרה "סיחורית" זו בוטלה דרישת החיזוק לעדות הזונה הנטועה, לכאורה, בארוע ה"חלפני", כפי שצינינו מעלה.

יתירה מכך, אטימת האוזניים לקורבנות הסחר, תפיסתן כזונות והעלמתן ממרכז הבמה ההגדרתית, מביאה להתעלמות מוחלטת מהעובדה כי "יצירת הקניין" באדם הנה מגוונת ובעלת פנים רבות החורגים ממעשי "קניה", "מכירה" ו"תיווך". כפי שראינו מעלה, השימוש בשלוש פעולות אלו אינן מכילות לא את תמצית מהות התופעה ולא את אופן פעולת "שחקניה"- תופעה שתו האופי שלה הוא "שעבוד" בני אדם בפרקטיקות משתנות ודינאמיות שביסודם אוביקטיפיקצית האדם והכפפת חירותו לגחמת משעבדו. שעבוד זה חייב הגדרת עבירה על יסוד יחסי השעבוד בין העבריין וקורבנו, בדומה להגדרת "פרוטוקול פאלרמו".

כשלים מרכזיים אלו מצטרפים לשורה ארוכה של תהיות, שבאין דברי הסבר להן, מעיד באי הבנת העבירה מחד, ובמסורת "פסיכולוגית האדונים" כלפי זונה מאידך. כך סעיף (ב) לתיקון קובע כי "הגורם לאדם לעזוב את המדינה שבה הוא מתגורר כדי שיעסוק בזנות, דינו מאסר עשר שנים" ואין להבין מדוע נחלקת פעולת הסחר בצורה כזו, מדוע חומרה יתירה דווקא לסעיף הראשון ועל שם מה יש שימוש ברצונו של משועבד כאשר רצון קורבן סחר מאוּן מיסודו. חוסר ההבנה להיות התופעה בין לאומית במסגרת הגירת העבודה, מנעה מקביעת התיקון כבעל תחולת חוץ. תת ההכרה ה"זנותית" של העבירה הפכה אותה לעבירת הֶרְפָּב, כנראה בשל מחשבת המחוקק כי הוא מיועד להתרשם מעדות זונה לאקט מיני לכאורה (שהוא הרציונאל לשמו הורחב דן יחיד ההרכב - להתרשם מעדות קורבן אונס), למרות שאין בין סחר לעבירות אלו ולא כלום. מיותר לציין כי העמדה המסורתית אל הזונה, בתוספת הרתיעה הטבעית שלנו מ"אחר" הבא לארצנו, מנעה לתת מקום של כבוד לחשיבות השיקום במסגרת עבירה היורדת לשורש הפגיעה בחירות אדם וכבודו.

התוצאה של מהלך חקיקה זה הוא תוצר של שילוב בין זעזוע מוסרי ויחס פטרנליסטי מסורתי לזונות, בין הזדעקות מוסרית המפנה מבטה רק לכיעור מעשי הסוחרים להתעלמות מקולות קורבנותיהם ואטימות לעיצוב העבירה מתוך מערכת יחסים משעבדת זו. בדומה לסרסרות, המחוקק הלך שבי אחר קריאות המלחמה בסחר, מבלי ליתן דעתו על האופן הראוי בו יש ליתן מקום למהות המעשה, לערכיו המוגנים ושחקניו המרכזיים. ניתוק שכזה בין מבצע המעשה לקורבנה, מכח החומרה הנטועה בפרקטיקת הסחר לקורבן, מציב לפסיקה את אותם פסי הנסיעה בהם נבחנו הזונות דרך חומרת מעשיהם של המסרסרים בלבד. מהלך חקיקתי זה טמן בקרקע המשפט את סכנת ה"גלישה" ברדיפת הזונה אודותיה דברנו, לה נוספות ההשלכות הקשות בפגיעה הייחודית בקורבן פרקטיקה קשה זו, בכבודו וחירותו. לפיכך נבקש לפנות ולראות האם נקודת מוצא כושלת אפשרה התייצבות לצד הקורבן והרמת מסך מעל אופייה האמיתי של העבירה, בגלמה את ההגנה הנדרשת על ערכי "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו".

י. מאימת הסוחרים לכבוד הקורבן – התגייסות הפסיקה למען קורבן הסחר

אל מול הכשל המוחלט של המחוקק, הובילה הפסיקה מהלך חד משמעי המצייר את תופעת הסחר כתופעת עבדות. עמדה זו הוצהרה בתחילת הדרך על ידי בית המשפט העליון במסגרת בקשות המעצר כאשר ראש וראשון לה כבוד השופט חשין המכריז כבר בתיק ראשוני כי: "בימים שמכבר סחרו אנשים בבני-אנוש כצלמם ובדמותם, כמו היו חפצים דוממים; כך הוא, ככל הנראה, גם בימינו אלה במדינות מסוימות... סעיף 203א. לחוק העונשין נועדה להילחם בדמותו המודרנית והמכוערת של סחר העבדים מימים שמכבר, ואנו, בתי-המשפט, משימה הוטלה עלינו להעלות את תרומתנו למלחמה זו שמלחמת חורמה היא. אמרתי במקום אחר כי המלחמה בסחר סמים נדמית היא למלחמת ישראל בעמלק: מלחמה היא שאין בה לא שביתות-נשק ולא פשרות. אוסיף עתה כי המלחמה בסחר בבני-אדם לעיסוק בזנות אף היא כמלחמת ישראל בעמלק: אף זו מלחמה היא שאין בה לא שביתת נשק ולא פשרה."<sup>186</sup>

כבוד השופט אנגלרד שב על עמדה זו תוך שהוא משבץ את תופעת הסחר בערכי היהדות לפיה: "אוסיף ואציין כי חז"ל ראו בגניבת נפש איסור המופיע בעשרת הדיברות, ואשר גורר אחריו עונש מוות. אביא בהקשר זה את מדרש ההלכה מתוך סנהדרין, פו, א: אזהרה לגונב נפש מניין? רבי יאשיה אמר: מ"לא תגנב" ... תנו רבנן: "לא תגנב" בגונב נפשות הכתוב מדבר, אתה אומר בגונב נפשות, או אינו אלא בגונב ממון? אמרת: צא ולמד משלש עשרה מדות שהתורה נדרשת בהן, דבר הלמד מעניינו, במה הכתוב מדבר - בנפשות, אף כאן - בנפשות. ורש"י מסביר על אתר, ד"ה "דבר הלמד מעניינו": אם אי אתה יודע במה הכתוב מדבר צא ולמד מפרשה שכתוב בה, ולפי הפרשה הוא נכתב אצלה, וכאן במה כל הענין מדבר - בנפשות, "לא תרצח" ו"לא תנאף" כל אלה חייבי מיתות בית דין - אף "לא תגנב" - בגניבה שיש בה מיתת בית דין. ראה להלכה רמב"ם, הלכות גנבה, פ"ט, ה' א-ו. החומרה שבה ראו חז"ל את הפשע של מכירת אדם באה לידי ביטוי במדרש הנוזע המקשר את מיתתם של עשרת הרוגי המלכות, ביניהם רבי עקיבא, אל חטאם של אחי יוסף, שחטאו במכירתו."<sup>187</sup>

<sup>186</sup> בש"פ 7542/00, חנוכוב נ' מ.י.חק-על 2000(3), 1992, עמ' 1994

<sup>187</sup> בש"פ 291/01, רביאי נ' מ.י.חק-על 2001(1), 110, עמ' 112.



אם זאת, האמור מעלה שב ומעלה את העובדה כי אף ששיח בית המשפט העליון הינו ערכי, הרי שלפחות בתחילת הדרך היה הוא שותף להתעלמות מקולות הקורבנות של עבדות מודרנית זו. בדומה למחוקק, נראה כי בראשית הדרך היה בית המשפט שבוי בדימויי חומרת המעשה - יחס הדומה לתפיסה העצמאית של בית המשפט את דמויות הסרסורים כ"זאבים" במנותק מקורבנם – תוך עמידה על חומרת המעשה הנעשה על ידי העבריינים מבלי ליתן מקום למהות המעשה בפעולתו על הקורבן, עובדה שצריכה הייתה להילמד מקולו. סקירת עמדת בית המשפט העליון עד הדיון הראשוני בתוכנו הראוי של הסעיף, מלמד כי עמדה זו שזורה כחוט השני בהכרעותיהם שמלכתחילה בוטאה בבקשות מעצר.<sup>188</sup>

ההתרכזות בחומרת המעשה, על חשבון בחינת יחסי העברייני עם קורבנו, מתחדדת מקום בו לא ניתן להימלט מקולו של הקורבן - שקילת בית המשפט את הטענה שהועלתה כי סיחורה של האשה נטועה היה ברצונה לעסוק בזנות. כפי שטענו מעלה, רצון זה מאוּן מכח היות הפרקטיקה שוללת אוטונומיה, ומתוך כך את עצם מושג הרצון שבו. אולם בית המשפט בוחן ופוסל רלוונטיות רצונה של קורבן הסחר לא מכח השלכות המעשה על קורבנו, כי אם מתוך רטוריקת חומרת המעשה כשלעצמו. וכך, על רקע חומרת המעשה בלבד, מתעלם בבש"פ רביאי<sup>189</sup> כבוד השופט אנגלרד ממושא העבירה וקובע: "כי אין מקום ליחס לו עבירה כלשהי כיוון שהכל נעשה בהסכמתה של אליונה. סעיף 203 לחוק העונשין אינו מזכיר כלל את שאלת ההסכמה של האדם "הנמכר", ומכאן שהסכמה אינה משמשת הגנה כלשהי. סעיף 203 לחוק, תכליתו להילחם בתופעה הבלתי נסבלת של מכירת בני אדם, גם אם האובייקט אינו מתנגד למכירה... החומרה היא, איפוא, בעצם מכירתו של אדם, עבירה שיש לבערה מתוכנו." למעשה כב' השופט אנגלרד עוצם עינו אל הקורבן, מייתר את מעמדו וקובע חוסר רלוונטיות העומדת בסתירה לניתוח הנידרש להבנת שלילת הרצון. ככזו המדובר בעמדה פטרנליסטית לכל דבר ועניין.

<sup>188</sup> ראה עמדת השופט מירקל בבש"פ 9274/01, מ.י.נ' ישי, תק-על 2001(4), 57, כב' הש' לוי בבש"פ 3438/02, פרודנטל נ' מ.י., תק-על 2002(2), 545, הש' דורנר בבש"פ 460/01, מטטוב נ' מ.י., תק-על 2001(1), 17, השופמת בייניש בש"פ 1524/01, מ.י.נ' אקרמן, תק-על 2001(1), 1032, כב' הש' גרוניס בבש"פ 1449/03 (טרם פורסם).

<sup>189</sup> 291/01, רביאי נ' מ.י., תק-על 2001(1), 110

באופן דומה, כב' השופטת פרוקצ'יה המתבוננת להיסטוריה ולמסגרת ה"קלאסית" של העבדות כתו חומרה עצמאי שהופך את שאלת הרצון ללא רלוונטיים לדין: "גורם ההסכמה או העדר ההסכמה של האדם המשמש מושא לסחר אינה מעלה ואינה מורידה לצורך גיבוש יסודות העבירה. החומרה הרבה של תופעת הסחר בבני אדם, השאולה מזמנים אפלים של העבר בהם סחרו בבני אנוש כעבדים, אינה מתקחה כהוא זה גם כאשר ניתנת לכך הסכמתו של מושא הסחר. קיומה של התנגדות וקיום יסוד כפייה הנלווים לסחר עלולים להוליד גם עבירות פליליות נוספות כגון חטיפה, כליאה, וכיוצא באלה, אך אין בכך כדי להעלות או להוריד לעניין עצם פליליותו של מעשה הסחר גם אם האדם הנסחר מסכים לכך ממניע כזה או אחר או אף חפץ בכך, ותהא נכונותו זו ראויה לגינוי ככל שתהא... ואכן, פעילות נפשעת זו של סחר בבני אדם, יש לבערה בלא קשר לשאלת שיתוף הפעולה של הנשים הנמכרות לזנות ומועברות כסחורה עוברת לסוחר ממוכר לקונה"<sup>190</sup>

אולם נראה כי בפרקטיקה בה יחסי העבדות כה חד משמעיים, ולנוכח הכשל עליו הצבענו מעלה במסגרת החקיקה, לא ניתן היה ביד הפסיקה להימנע מלנתח את מבנה העבירה תוך מתן מבט חודר לקורבן העבירה וכי מהות החוק ולשונה נימצאו מראשיתם במסלול התנגשות. הד ראשוני לדסונאנס שבין מילות החוק למהותו משמיע באינטואיציה מוסרית אופיינית כבוד השופט חשין, בהערת אגב מעצר, לפיה<sup>191</sup>: "אשר לדין: ספק בליבי - שמא אומר אין ספק בליבי - אם יש לפרש את המושגים "מוכר" ו"קונה" בהוראת סעיף 203א. לחוק העונשין כמשמעותם בחוק המכר האזרחי בישראל. לעניין זה אומר, תוך שאני משפיל את עיניי בבושה, כי פירוש המושגים "מוכר" ו"קונה" אדם להעסקתו בזנות - כהוראת סעיף 203א. לחוק העונשין - כוללים אף "משכיר" ו"שוכר" אדם להעסקתו בזנות. ולמדקדק בשפה אוסיף, כי בהקשר זה שלפנינו עתה, "השכרת" אדם לזנות שקולה כנגד "מכר לשעה" לזנות. אני משפיל את עיניי בבושה, שכן מכירה וקניה של אדם - וכמותם השכרה ושכירה של אדם - לשם עיסוק בזנות, הינו, במובן מסויים, הזניית השפה; ואולם מה נעשה וכלו מילים מן השפה לתיאור מעשי כיעור כמעשים המתוארים בכתב-האישום. נדע אפוא, כי המושגים "מוכר" ו"קונה" בהוראת סעיף 203א. לחוק העונשין, אינם אלא מושגים שאולים מעולם אחר;

<sup>190</sup> בש"פ 7502/01, שמואלוב נ' מ.י. תק-על 2001(3), 2100, עמ' 2101

<sup>191</sup> ראה עמ' 187

ומתוך ששאלים הם ממסגרות ומתחומי ותחומי חיים אחרים, ממילא משנים הם את פניהם ואין להבינם אלא כמטאפורה לתיאור תופעות חיים מכוערות, תופעות חיים שהשפה דלה מכדי לציירן במדויק".

דברי השופט מלמדים על הדילמה הפרשנית המוקשית באופן ברור. מחד, לשון החוק מכוונת בברור לפעולות חד משמעיות בפרושם הדווקני, פעולות ברורות מעולם חוזי של חוק המכר. מנגד, התובנה המוסרית מורה כי מוסד העבדות אינו מוקל במונחים אלו וכי הם מטאפורות בלבד למגוון של מעשים שביסודם דווקא מערכת היחסים בין משעבד למשועבד ואשר מתוכן יש לזהות את הפרקטיקה ומהות הערכים המוגנים העומדים ביסודו של איסור סחר זה.

דילמה זו סימנה את שני מסלולי הפרשנות שנתן בית המשפט בערכאות הראשונות, שני זרמים מרכזיים שבאופן מעניין גם נחלקו בין מחוז תל אביב ובאר שבע. באזור תל אביב התפתל מה שנכנה ה"זרם הנסיבתי" – עמדה המאמצת את התפיסה המטאפורית של חשין לטעינת המושגים במשמעויות נסיבתיות<sup>192</sup> המגולם בביטוי "מינהג בעלות". את באר שבע חצה מסלול פרשנות ישר ודווקני למילות החוק ואותו נכנה "הזרם החוזי".

את הביטוי "מנהג בעלות", על משמעו הנסיבתי, טבע בבית המשפט המחוזי בתל אביב, הרכבו של כבוד השופט עמית. במקרהו של *מיכאל פרידנטל*<sup>193</sup> אשר "שכר" נשים להעסקתם בזנות, קובע בית המשפט כי: "מלשון סעיף 203א(א) לחוק ניתן ללמוד כי היסוד העובדתי של העבירה כולל בחובו העברה של אדם להעסקתו בזנות (הרכיב ההתנהגותי), מחזקתו של אחד לחזקתו של שני, כאשר התמורה לאותה העברה, כלשון הסעיף, יכולה להיות "תמורת כסף, שווה כסף, שירות או טובת-הנאה" (הרכיב הנסיבתי). "או אז מעמיד בית המשפט את העיקרון המנחה, עליו יחזור גם במקרה כנגד *בן אברהם*,<sup>194</sup> לפיו "אין להצמצם בפרשנות הסעיף הנ"ל ב-ד' אמותיו של הנוסח היבש של החוק, ולא על-פי העקרונות השגרתיים של "מכירה" ו"קניה", אלא יש לפרשו על-פי התכלית החקיקתית שהייתה מונחת ביסודו, ותכליתו של החוק היא לבער את הנגע של הסחר בנשים לשם עיסוק בזנות, בכל חולייה שבסחר, ובכל לבוש מוסווה ומלאכותי שהוא מולבש".

<sup>192</sup> אף שניתן למצוא הד לעמדה זו גם בפסיקה נוספת בבקשות מעצר כגון דברי הש' לוי ב, בבש"פ 5013/01, בן עמי נ' מ.י.

תק-על 2001(2), 270, עמ' 271

<sup>193</sup> תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1064/02 מ.י. נ' נואדי. תק-מח 2002(3), 4839, עמ' 4844

<sup>194</sup> תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1210/01 - מ.י. נ' בן אברהם ואח'. תק-מח 2003(1), 423.

כך, גם בפסק דין בעניין *בן אברהם*, אף שלא היה ביד בית המשפט ראייה ישירה לרכישה, ראה בית המשפט בנסיבות התיווך להעברת חזקה באשה והעברתה לשם השבת חוב נסיבות המרשיעות בסחר.

הרכב זה הוסיף קבע מסמרות בכח הנסיבות ו"מינהג בעלות" לכוונן העבירה עת בחן את התנהגות *קוצ'ובאשוילי*<sup>195</sup> שגם בו לא הייתה ראייה ישירה ל"רכישה" אולם בית המשפט רואה בבחירת הקורבן מבין כמה ובחינתה לתפקיד בבחירה כעובדה אשר "כשלעצמה מביעה על כך ששולמה תמורה עבורן לפני לקיחתן מהמקום, גם אם תמורה זו שולמה מאחורי הקלעים, מבלי שהנשים היו נוכחות באותו מעמד". העובדה כי העסקת הנשים בתנאי כליאה, תוך איום כי תימכר אם לא תעבוד היטב ועמידה על "תפוקה" ממעשי הנשים – מכלול נסיבות אלו, קובע בית המשפט, "מצביעים על מנהג בעלות תרתי משמע, גם בעלים של מכון גם בעלים של הזונות". מכאן כי בית המשפט טוען מושגי המכר שבלשון החוק באופן עליו הורה כבוד השופט חשין מעלה – מונחי "קניה", "מכירה" ו"תיווך" מייצגים למעשה פרקטיקות בהם "קונה אדם בעלות באחר". עובדה זו נילמדת בבחינת נסיבות "מנהג בעלות" העולה מהיחס אל האשה כאל חפץ והכפפת חרותה במובהק לגחמות מעסיקה, הנושאות מטיבן תמורה, נסיבות העידות על מהות העבירה כמשעבדת וערכיה המוגנים הן של "כבוד האדם וחירותו".

בדרום הארץ נשמעה באותה התקופה עמדה שונה לחלוטין אותה כינינו "הזרם החוזי", עמדה אשר נותנת קדימות למונחי החוק ומקדשת את מהות המונחים בדרישת ראייה לתמורה ישירה לעצם קיום ההליך ה"עיסקי". בהכרעת דין בבית המשפט בבאר שבע בעניינו של *דושק* ואחרים<sup>196</sup> מצטט השופט פלפל בית המשפט את דברי כבוד השופט חשין, "בכל הענווה אני מסכים לדברי כב' השופט חשין – אולם לדעתי, לאור הניסוח של סעיף 203 א, באין הוכחה על תשלום תמורה באחד האופנים המתוארים בסעיף (ע"י תשלום של כסף, שווה כסף, מתן שירות או טובת הנאה אחרת) – לא מתגבשת עבירה של סחר בבני אדם לעיסוק בזנות..."

<sup>195</sup> בתפח 1128/02 מ.י. נ' קוצ'ובאשוילי (מרים פורסם)

<sup>196</sup> תפ"ח (באר-שבע) 910/02, מ.י. נ' דושקר סמיון 31 א'ח. תק-מח 2002(4), 619.

כב' השופט פלפל מודע לחלוטין למשמעות פסיקתו ולדילמה הנטועה ביסודו, ולפיכך אין הוא נרתע מלקבוע כי "סעיף 203 א' כפי שנוסח ע"י המחוקק מקשה מאד להוכיח את עבירת הסחר - שכן הוא דורש הוכחה כי שולמה תמורה בעד השיפחה שנמכרה, ובכך המחוקק החטיא, לדעתי את מטרתו - ללכוד ברשתו את סוחרי האדם השפלים. ההחמרה עם המאשימה - הדורשת ממנה להוכיח מתן תמורה לצורך הרשעה בעבירה לפי סעיף 203א הביאה להחמצת כוונת המחוקק, והיא מקשה על לכידת העבריינים ברשת החוק. הפתרון, על מנת לאפשר הרשעת סוחרי האדם, לדעתי, הינו השמטת היסוד של התמורה.."

עם זאת השופט מעיד בתובנתו עת הוא מפרט כי "חשוב להדגיש, כי לאור נוסחו סעיף 203א לא ניתן יהיה להרשיע, למשל, אדם שנתן לזולתו זונה במתנה שכן על פי הוראת סעיף ו(א) לחוק המתנה, תשכ"ח - 1968 "מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה".... הגם שהמאשימה הוכיחה את כל סממני הבעלות שתארתי לעיל והגם כי הנאשם ראה במתלוננות נכס השייך לו ואף אמר לאחת מהן שנפלה "לבעלים טוב", יחד עם זאת, בהעדר הוכחה על תשלום תמורה באחד האופנים המתוארים בסעיף 203 א' הנ"ל - לא הוכחה קניה של המתלוננות ע"י הנאשם."

כב' השופט הנדל מצטרף לזיכוי, אך טוען כי למעשה אין בעיה בלשון החוק אלא שמסגרת נסיבתית - בה המדובר במי שהובאו מחו"ל לעיסוק בזנות, שנבחנו והודע להם על הבעלות בהן, שנדרשו להשבת הוצאות הבאתן כחוב שעבוד, שנכלאו והותקפו ושאת מהם אף נימכרה ללקוח שביקש לפדותה - אינה מעידה בסחר : "אינני סבור כי קיימת בעיה מבנית בסעיף הרלוונטי (203א') המונעת את אפשרות ההוכחה בכל מקרה. ברם, בענייננו, התשתית הנסיבתית, הגם אם מחשידה, איננה מגיעה לדרגת ההוכחה הנדרשת על מנת להרשיע. ..קיימות אפשרויות אחרות בדבר הקשר שלו עם המתלוננות ובדבר מקומו בחוליית השרשרת שהחלה במקום אחר."

כב' השופט הנדל מצביע על עובדת חפיפת עבירות הסחר ומטרתו הסרסרות, ומתוך כך על הקושי לחלוץ מתוך "הנסיבות המשעבדות" את עבירת הסחר בקובעו "יש והתשתית הנסיבתית מעוררת חשד לביצוע שתי עבירות ה"מתחרות" זו עם זו. עבירת הסרסרות, פניה מכוערים הם. התנהגות הנאשם כלפי המתלוננות יכולה להתאים גם לעבירה זו, בתוספת ביצוע עבירות נוספות כגון תקיפה וכליאת שווא. מנהג "בעלים" יכול ומקורו בעסקת קניין עם אחר, ויכול ומקורו בהשתלטות מן ההפקר ועל ההפקר תוך ניצול חולשת העוסקת בזנות.. סחר אסור תמיד קשה להוכחה. הצדדים לעסקה אינם ששים לחשוף לעיני כל את עניינם המשותף. במובן זה, סחר בבני-אדם דומה לסחר בסמים. בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973, מצויים פתרונות מעניינים לקשיי הוכחת עבירת הסחר... ייתכן כי ניתן על דרך ההשאלה להיעזר בפקודת הסמים לתוית דרכי חקיקה בענייננו."

המחלוקת בין שני הזרמים שהצגנו הוכרעה בבית המשפט העליון בשני פסקי דין – האחד בעל גוון עקרוני והשני שמיישמו. מר פרודנטל, שסרב לקבל דין שכירת אדם כסחר בו, ערער לבית המשפט העליון. בפסק דין תקדימי בערעורו של פרודנטל<sup>197</sup>, מאמצת כבוד השופטת ביניש את נקודת המוצא הקורבנית, על רקע "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" כאבן ראשה לכינון העבירה בקובעה: "העיסוק הפלילי של סחר בבני אדם למטרות זנות, התפתח על רקע ניצול מצוקה קשה של הנשים שהן קורבנותיו ובבסיסו נטועה ההתייחסות לנשים כאל סחורה עוברת לסוחר. כך באות נשים לישראל, בדרך לא דרך, שלא כחוק, ומועברות מיד ליד כטובין שניתן לרכוש בהם חזקה בתמורה כספית, או תמורה אחרת; ההעברה והחזקה נועדו להפיק רווחים מניצול מחפיר של מצוקת הנשים הללו בעת היותן בארץ זרה, כשהן נתונות ל"חסדי" רוכשיהן. התופעה האמורה פוגעת בזכויות היסוד של האדם, בזכות לחירות, לשלמות הגוף, ולכבוד האדם, והיא היא התופעה שביקש המחוקק לאסור עליה."

כבוד השופטת בייניש דוחה את החפיפה לכאורה בין עבירת הסחר לסרסרות באבחנת הפרקטיקות והערכים המוגנים השונים בעבירת הסרסרות ובעבירת הסחר, עליהם הצבענו מעלה: " ודוק: בעוד אשר עבירת הסרסרות למעשי זנות, החמורה כשלעצמה, אוסרת עסקאות בהן אדם מנצל את הזולת ומפיק רווחים משירותי המין שמעניק אדם אחר העוסק בזנות, הרי עבירת הסחר בבני אדם אוסרת על עריכת עסקאות באדם גופו והעברתו מיד ליד כאובייקט שניתן לרכוש בו זכויות בתמורה כספית או אחרת לשם העסקתו בזנות."

על איבחון חשוב זה בין שתי הפרקטיקות שב וחזר השופט אדמונד לוי, בפסק דין מאוחר בעניין *בן יעיש*,<sup>198</sup> : "שסעיף זה לא נועד לבער את תופעת הזנות, שכאמור אינה חדשה במקומותינו, אלא כדי להלחם באותו פן מכוער המלווה אותה, כאשר נשים עוברות מיד ליד כחפץ דומם, נטול נשמה, תמורת כסף או שווה כסף, ותוך שימוש במונחים שהיו מוכרים עד כה רק מדיני הקניין: "מוכר", "קונה", ו"שוכר". מכאן שאת הסחר בנשים יש לראות בראש ובראשונה ככזה הפוגע בזכויות יסוד של אדם"

בפנותה לאופן הפרשני הראוי למרכיבי סעיף העבירה, מצהירה השופטת בייניש בשם בית המשפט העליון כולו כי "כל אחד מן השופטים שדן בפרשנות הסעיף הביע עמדה נחרצת כי אין לפרש את הרכיבים ההתנהגותיים שביסודות העבירה מכירה וקניה על-פי אמות מידה השאובות מן הדין האזרחי" ותוך שהיא מפנה לאמנת פאלרמו היא קובעת כי "את הוראות החוק הישראלי עלינו לפרש, אפוא, גם בהתאם לרוח האמנה, אשר ביקשה למנוע ניצול לרעה של כח בדרך של העברת בני אדם וסחר בהם למטרות זנות או עבדות. עלינו לתת, אפוא, לחוק פרשנות על פי תכליתו, ובאופן שלא תסוכל מטרת החקיקה".

במסגרת זו מקדשת השופטת בייניש את המימד הקורבני העומד ביסוד "עבדות מודרנית" זו על שני פניה – פן חירותו של האדם כמו גם כבודו – ומתוך כך קובעת את יסוד העבירה והאלמנט המכונן מתוקפו "אדם נולד בן חורין, וזכותו לחרות מוגנת ונשענת על זכויות היסוד של האדם, בין אם חקוקות הן ובין אם אינן כתובות עלי ספר. התיקון האמור לחוק העונשין מבוסס על אותם הערכים שבשיטתנו המשפטית מעוגנים כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נוכח עקרונות יסוד אלה, אין לאפשר "עריכת עסקאות" באדם גופו, והוא אינו יכול להוות נושא לקניינו של הזולת... הן לשון סעיף 203א(א) והן התכלית החקיקתית שלו מחייבים פרשנות לפיה כל עסקה שנועדה ליצור מערכת יחסים רכושית בה אדם אחד רוכש זכויות באדם אחר היא אסורה... בכל דרך של יצירת יחס רכושי אחר... פירושם של הביטויים "מכירה וקניה"... יש לראותם כמתייחסים לכל עסקה בתמורה כלשהי המעניקה לאדם זכות "רכושית" מכל סוג כלפי אדם אחר המשמש אובייקט לעסקה... אין נפקא מינה אם מדובר "בהסדר עסקי" במסווה של בעלות, שכירות, שאילה, שותפות וכל צורה אחרת של יצירת זיקה קניינית באדם"

בעוד פסק הדין בעניין *פרודנטל* עסק בסוגיית הפרשנות ברמה הערכית והחוקתית, בערעור המדינה על הגישה ה"חוזית" בפרשת *דושק*<sup>199</sup>, שב כבוד השופט מצא על עקרונות הפרשנות הראויים כאמור בפ"ד *פרוידנטל*<sup>200</sup> ובניגוד מוחלט לתפיסה החוזית הרואה בנושאים ונותנים כשחקני העבירה, הוא מכניס את קורבן הסחר למסגרת הראייתית וקובע כי: "הדגש הוא על מינהג הבעלות שנוהגים באדם, ועל ביזויו והשפלתו כאדם", כאשר "את מהות ואופי ה'תמורה' הנזכרת בסעיף יש לפרש פירוש רחב. לפיכך, גם אם התמורה בסחר היא עקיפה או מועטה, תגבש העבירה, ובלבד שהוכחה ההסכמה על העברת הזכויות בגופו של אדם להעסקתו בזנות אל "הקונה"."

<sup>199</sup> ע"פ 1069/03 מ.י. נ' בוריסוב ואח' (מרים פורטס)

<http://62.90.71.124/files/03/090/016/e06/03016090.e06.HTM>

<sup>200</sup> "המונחים 'קנה' ו'מכר' שבסעיף מתארים תופעה כואבת וזוויה של התייחסות לאישה או לגבר, בני אדם, כאל חפצים אשר ניתן לעשות עסקאות בגופם... תכלית הוראת החוק היתה לאסור בחקיקה תופעות של מכירה וקניית בני אדם (לשם עיסוק בזנות) במובן הרחב, וכפי שמצויין מפורשות בסעיף, בין אם מדובר בעסקה בכסף, בשווה כסף בשירות או בטובת הנאה כלשהי... המונחים קניה ומכירה, נועדו לבטא את ההשפלה וביזוי האדם, הגלומים בהתייחסות אל אדם כאל חפץ שניתן לסחור בו... וריאציה מודרנית של תופעת הסחר בעבדים. בשני המקרים."



עמדה שכזו מכוננת את השעבוד – את עצם יחסי "אדון" ו"עבד" – כיסוד שלמעשה מכונן את מסגרת התופעה, ומתוך כך את המסגרת הנורמטיבית של העברה. בית המשפט קובע כי העובדה שאין ראייה לאקט המכירה בטל בפני נסיבות התיק בה קורבנה הועברה ל"בעלות" נאשם, קיומה של "פרקטיקה הנהוגה בעולם הסחר בנשים, על פיה משועבדת אישה לחוב הקנייה, ורק לאחר שהיא "פורעת" אותו, היא זכאית לקבל חלק מרווחיה" כמו גם הנסיבות המשעבדות והמבזות דוגמת בחינת גופה<sup>201</sup> שליטה בתנועותיה, איומים עליה, זכותו לשכב עימה ללא תמורה, כליאתה, הכאתה והשפלתה - שבהצטרפותם מלמדות כי "נהג בסוואטלנה בפועל מנהג בעלות... נתונה לשליטתו המוחלטת של סמיון, והוא התייחס אליה כאל נכס השייך לו, הכפוף לרצונו." וכך למרות ש"אין ראייה ישירה על תמורה אותה נתן סמיון עבור סוואטלנה. אך על רקע כלל הראיות הנסיבתיות, מתבקשת המסקנה כי ניתנה על ידי סמיון תמורה כלשהי עבור סוואטלנה." כך מיישם בית המשפט את נייר הלקמוס הנסיבתי של אובייקטיפיקציה האדם והכפפת חירותו כסימן הכר להתקיימותו של סחר והסק תמורה.

נראה היה שנדרשה פסיקה המנתחת לעומקו של מעשה את הסחר, כדי להציף את קולו של קורבן העבירה על פני השטח. אם טרם פסיקה זו התמקדו החלטות בית המשפט בחומרת המעשה, כפי שהראנו מעלה, ואפילו רצונה של הנסחרת נידחה מכח חומרת מעש הסוחרים בה – הרי שהפניית הזרקור אל קורבן העבירה, הוביל לשינוי ברטוריקה המכוננת את העבירה מתוך היחס אליו, אל משמעות הפרקטיקה ל"כבודו" ו"חירותו". הד למעמד ש"כבוד" האדם מתחיל לקבל באופן עצמאי כערך מכוון ומתוך תחיל ההקשבה לקורבן, ניתן אולי למצוא בפסק הדין המאוחר של *בן יעיש*<sup>202</sup>. כזכור טענו כי רצונו של קורבן סחר מאוין מכח שלילת האוטונומיה שביסודו, והנה בפסק הדין רומז כבוד השופט אדמונד לוי למסגרת משמעותו של "כבוד האדם" כמי שאינו מאפשר שסחר שכזה יכול להיות "רצוני" מיסודו, אך שעדיין מתקשה להשתחרר משורשיות "החירות": "שקבלתו של אותו טיעון בדבר הסכמת האשה כנימוק לקולא, כרוכה בה החמצה של מטרת סעיף 203א' לחוק... כאשר נשים עוברות מיד ליד כחפץ דומם, נטול נשמה, תמורת כסף או שווה כסף, ותוך שימוש במונחים שהיו מוכרים עד כה רק מדיני הקניין: "מוכר", "קונה", ו"שוכר". מכאן שאת הסחר בנשים יש לראות בראש ובראשונה ככזה הפוגע בזכויות יסוד של אדם, הואיל והוא שולל מהאשה את

<sup>201</sup> "מזכירה תמונות קשות מן העבר של בזיקת התאמת כושרם של בני אדם לעבודה קודם רכישתם לעבדות. ההתייחסות

אל האדם היא כאל בעלי חיים קודם רכישתו לצורך שימוש בו."

<sup>202</sup> ראה הערה 199

חרותה ורצונה, רומס את כבודה עד עפר, משעבד אותה לשיגיונותיו של הסרסור, והופך אותה נתונה לחסדיו עד אשר יחזיר לעצמו את "השקעתו" בתוספת רווח נאה. עד כמה הופכת חרותה של האשה לדבר ערטילאי, מלמדת התופעה שהסרסור רואה באשה שרכש אובייקט זמין לעבירות מין המבוצעות על ידו, ואם מעזה הקורבן להביע תרעומת או להתנגד, היא זוכה בתגובה אלימה עליה תתקשה להתלונן בפני רשויות החוק, הואיל והיא שוהה בישראל שלא כדין, ולרוב בזהות שאולה. מכאן, שהסכמתה של אשה לעסוק בזנות, ומקל וחומר להיות נמכרת לכל המרבה במחיר, אינה יכולה להכשיר את מעשיהם של אלה העוסקים בכך, ובודאי לא בחברה שחרטה על דגלה את נושא זכויות האדם.

לסיכום ניתן לומר כי בניגוד למחוקק, התגייסות הפסיקה לתפיסת הסחר כ"עבדות", להובלת קורבן העבירה אל מרכז הבמה ולקידוש "כבודה" ו"חירותה" גרמו לכך כי גישת "הזרם הנסיבתי" נחלה נצחון של ממש. חשוב מכך, בסוף מסע זה נראה כי עבירת הסחר בבני אדם נתנה ביד בית המשפט כלי ייחודי לצקת תכנים של ממש לעבירות שפגיעתן ישירה בזכויות אדם, מכח קולו של הקורבן ותוך פתיחת שער ייחודי לפן ה"מוזנח" יחסית של אוטונומית האדם - "כבודו" של אדם כאלמנט מעצב בכינון עבירה.

לכאורה היינו אמורים לסיים את מסענו באנחת רווחה, אולם נבקש לסיים במספר הערות עתידיות על רקע מסענו עד כאן, ולדרך מכאן ואילך.

בחלקה הראשון של העבודה בקשנו להראות כיצד במלחמתו בסרסרות "גלש" המשפט למלחמה בקורבנו תוך רדיפתה והעלמתה מהעין, על הטשטוש בין דמות הזונה והסרסור בזהות הרשעתם ומתוך ההתעלמות המשפטית מהפרקטיקות השונות והערכים המוגנים על חשבון קדם הנחות וסטריאוטיפים מוסרניים. לטעמי קיימת סכנה של ממש כי "גלישה" זהה באופיה עלולה לעלות בשנית עת דמותה של הזונה מופיעה מחדש בזירה המשפטית במסגרת עבירת הסחר בבני אדם. כבר עתה יש קולות הטוענים כי יש להפליל את הזנות, ואף את הלקוח, באשר הם מהווים את התרבות עליה צומחת תופעת הסחר בבני אדם. טשטוש קווי המיתאר של הדמויות אותן כונן המשפט, כמו גם התעלמות מהערכים המוגנים בו, מלמדים על החשיבות העצומה בבירור ואיבחון השחקנים השונים סביב הזונה. אם יש לקח כלשהו מעבודה זו הוא נטוע בחשיבות שיש להגדרות המדויקות של הפרסונות המשפטיות, מתוך הקשבה לקולות הקורבנות להם ומתוך ניתוח מדוקדק של הפרקטיקות שלהן ופגיעתן בערכים מוגנים.

בסיום מסע זה נראה כי מקום בו הזונה מופיעה בפני המשפט, כשלעצמה או כקורבן לאחרים, ניתן לשרטט קווי מיתאר לשחקנים מרכזיים אלו אשר ימנעו חוסר הבנה וקורבנות נישנת של מי שכבר הוקרבו. ראשונה לכולם היא הזונה. אף שהיא מהווה מושא לדיון חברתי נמרץ, עובדה אחת לא נשתנתה מקום המדינה ועד היום – הזנות אינה מופללת כשלעצמה. המשפט חב לזונה הגדרתה כאדם בגיר אשר מקיים יחסי מין בהסכמה עם אדם בגיר אחר עבור כסף וכל עוד מעשה זה לא הופלל בחקיקה הישראלית – המדובר במעשה שאין למשפט הפלילי דבר לומר בגינו כל עוד אינו מעלה עבירה.

לאור כל שאמרנו מעלה נראה כי הסרסור חייב לשוב למאורתו האפלה והנכלולית. דמותו השלילית של הסרסור אינה עולה באופן מתחייב מעצם יחסיו עם זונה, לא כל שכן עם מי שבגינה הוא נושא ונותן. הסרסור מוגדר מכח העובדה שלפרנסתו הוא מנצל חולשות של אחר, בין אם הוא זונה בין אם לאו, על מנת להשיג רווחים מאקטים מיניים שמבצע אחר וזאת באופן נצלני, לא כל שכן בשידול איומים או אלימות. לאור ניתוחינו מעלה, נרחיק לכת ונאמר כי מקום שהסרסרות מבוססת על ניצול חולשה, איומים ואלימות הרי שאין מבצע המעשה המיני "זונה" ומעשיה כלל אינו "מעשה זנות" שכן במעשים אלו יש לאיין את מרכיבי ההסכמה באקט הזנות מיסודם ומעבר לכיעור הסרסרות בניצול עבודת אחר, נופלים מעשי העברייני בעבירות נוספות.

מנגד, לא כל מי ששותף לריווחי זונה הינו סרסור החייב בדין. מבלי להיכנס יתר על המידה אם יש לנקות כליל או להימנע מהעמדה לדין – נראה כי אין להפליל מי שרווחי עיסוקה של הזונה מפרנסים אותו, ללא כל כפיה מצדו, ולו רק מכח העובדה כי למען פרנסתה עוסקת אשה במשלח יד שאינו מופלל בדין. נרחיק ונדרוש כי בית המשפט יבחן מחדש את עמדתו לזונה, לא רק באי הפללתה, אלא גם במתן סיבה לזונה, או למי שנפגע מסירסור בו, לתת אמון במשפט במתן מכלול הזכאויות המוקנות לה מכח חוק. נרחיק ונאמר כי יש לשקול אי הפללת מי שמשותף בפעילות הזונה, וזאת באופן המשמר את האוטונומיה של הזונה, דוגמת מקרהו של דן תומר. אי הפללה זו נטועה לא רק בעובדה כי ב"שותפות העסקית" ההדדית אין מהאלמנטים הסרסוריים המכוערים, אלא שיש בכך להציע פרקטיקה שמחזקת את הזונה באופן שבית המשפט נמנע מהכריזו ככזה לכל אורך הדרך.

חשוב להדגיש בנקודה זו כי האמור מעלה אינו נובע מעמדה נורמטיבית או חברתית של הכותב כלפי הזונה. עבודה זו נטועה בעולם המשפטי והשלכותיו על המציאות למעט העובדה כי היא מעולם לא הופללה. שאלת הפללת או הסדרת הזנות הנה חברתית מיסודה ואינה מעניין עבודה זו. כל שבקשתי להראות הוא כיצד על רקע ניתוחי מעלה, ומכח עובדת אי הפללת הזנות – דברים אלו פשוט מתחייבים על מנת להימנע מלהמשיך בהקרכת הזונה, אף שאיני תמים מספיק על מנת לחשוב שכנגד מסורת כה ארוכה של פסיקה ואל מול עולם שלם של קדם הנחות ינוע בית המשפט בכיוון זה.

כאמור, לאחר הברחת הזונה מהעין, היא הופיעה מחדש בחלל המשפט במסגרת תופעת הסחר בבני אדם. במסגרת זו חשוב היה לנו להדגיש, את שהמחוקק כשל מלהבין, כי עובדת היות האשה זונה, לא כל שכן מטרת הסיחור כולה, אינה רלוונטית כלל למהות העבירה, הקפה וחומריתה. במקום "שם תואר" לפי מטרת הסיחור, בקשנו לשרטט את דמותו של "קורבן הסחר"

ככל אדם אשר הובא באופן בלתי חוקי למדינה זרה ואשר כבודו וחירותו משועבדים להעסקה או ניצול גופני אחר תוך הפעלת אלימות המתחילה בניצול זרותו לשליטה בחייו וכלה באלימות של ממש. באופן קורלאטיבי סוחר בבני אדם הוא כל אדם המגייס, מעביר ומעסיק אדם מארץ אחת לשניה במטרה לשעבדו ואת גופו למטרותיו השונות. העובדה כי תיתכן חפיפה בין היות אדם סוחר לבין היותו משעבד לעיסוקו שלו אינה מעלה ואינה מורידה מהאבחנה בפרקטיקה ובערכים המוגנים השונים, עליהם הצבענו מעלה. מיטב לתאר זאת בלשונו הציורית כב' השופט חשין עת הגיש מר דושקך בקשה לדיון נוסף<sup>203</sup> : "עבירת הסרסרות - כמוה ככל עבירה אחרת - ניתן לתארה כיוצרת עיגול, ותופעות-חיים הבאות באותו עיגול תיקראנה בפניו ובדין עבירות סרסרות. ואולם עיגול זה אין הוא בהכרח - בכל שיטחו - עיגול השייך בלבדית לעבירת הסרסרות. הנה-כי-כן, עבירת הסחר בבני אדם לעיסוק בזנות - וכמוה עבירות אחרות הנסבות על זנות - אף אותה ניתן לתאר כיוצרת עיגול, ותופעות חיים הבאות באותו עיגול תתוארנה בפניו ובדין כעבירות סחר בבני אדם לעיסוק בזנות. והנה, אין כל כורח אפירורי כי שני עיגולים אלה - עיגול הסרסרות ועיגול הסחר בבני אדם לעיסוק בזנות - יהיו זרים ומנוכרים זה לזה. אפשר ששני העיגולים יחפפו בחלקים בהם, כאשר בחלק החופף תיפולנה תופעות חיים המקיימות הן את עבירת הסרסרות הן את עבירת הסחר בבני אדם לעיסוק בזנות. תופעה זו במשפט - תופעת חפיפתם של עיגולי-הגדרות - אינה חדשה עימנו וידענו אותה מכבר"

פן מסכם נוסף שרציתי להצביע עליו מפנה מבטו אל העתיד. מתחילת כתיבת עבודה זו ועד חתימתה חלו התפתחויות מרובות - ראשיתה חסרה כמעט כל פסיקה ובסיומה לא רק שיש פסיקה מנחה, אלא שהוקמו וועדה ממשלתית וועדת חקירה פרלמנטרית בראשות חברת הכנסת זהבה גלאון ותוקנו מספר כשלים עליהם הצביע עבודה זו, דוגמת הפיכת העבירה לעבירת חוץ ודרכי העדת עדים. אולם נראה כי החשוב מכל נעוץ במסע הפרשני של בית משפט העליון. אף כי הפסיקה קלעה לערכים המוגנים הראויים תוך זיהוי הפרקטיקה המשעבדת באוביקטיפיקצית והכפפת חרות הקורבנות למטרות הסחר - נראה כי לא זו בלבד שאין ביד הפסיקה להקיף ומגוון מטרות הסחר, אלא שפרשנותו התכליתית, יוצרת אנומאליה לא בריאה בין מילותיו הברורות של החוק לבין פרשנותו.

בכל הכבוד, החוק הפלילי מקדש את החדות המילולית כחלק מאושיותיו. תיקון 39 ביקש לכוון "מהפכה קופרניקאית" בדין הפלילי ברוח וכשיקוף "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" וזאת בנסיון להעמיד את הנאשם במרכז הבמה הפלילית על עולמו הפנימי. חוק העונשין פותח בגילום עקרון החוקיות לפיו: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו" וביטוי לכך בסעיף 18 לחוק העונשין, המגדיר את היסוד העובדתי (הפיזי) שבעבירה ("אקטוס ריאוס"), קובע: 'פרט', לענין עבירה המעשה בהתאם להגדרתה, וכן נסיבה או תוצאה שנגרמה על ידי המעשה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה.

נראה כי הפרשנות שניתנה לחוק מרחיקה הרחק המעבר למילים המפורשות בחוק. "מכירה", "קניה" ו"תווך" אינם מונחים עמומים המחייבים פרשנות כמטאפורות. יתירה מכך, נראה שפרשנות בית המשפט הרחיבה את משמעות הסחר אף מעבר למטרת התחיקה למלחמה בסחר בין לאומי נפסד זה. פרשנות בית המשפט לא רק שאינה דורשת אלמנט כפייה כלשהוא, כפי שנידרש בהגדרות "אמנת פאלרמו", היא גם מנתקת את הקשרו של הסחר מתופעת ההגירה הבינלאומית וזאת במובחן מפרקטיקות שעבוד אחרות. האיסור על "שעבוד" במסגרת עבירה זו אמור היה להתייחד לאותם קורבנות הנסחרים מארץ לארץ. כזכור, מושג Trafficking נבחן מ"הברחה" בהיותו "הברחה עם ייעוד" – דהיינו שליטה מרגע הגיוס ועד ההגעה לנקודת היעד שמכח עובדה זו קמה יכולת השעבוד הייחודית. פסיקתו של בית המשפט העליון פוסלת כל "יצירת זכות קניינית באדם" וככזו היא חלה למעשה על כל יחסי שעבוד, אולם ללא הייחוד אליו אמורה הייתה מכוונת היות עבירת הסחר. מצער לראות כי בדין הקיים אין למעשים מובחנים אלו של שיעבוד בכפיה והברחה כל יחס ראוי. עבירת השעבוד, ללא סחר, "זכתה" לסעיף 376 בחוק העונשין לפיו הכופה אדם לעבודה שלא מרצונו דינו שנה עלובה ואילו עברת ההברחה, שלכאורה היינו מצפים לקיומה במדינה כשלנו, לא בא זיכרה בחוק.

העולה מכל האמור לעיל הוא כי תופעת הסחר מחייבת התמודדות רב פנית עם התופעה, לה שלוחות רבות במכלול מְקַמֵּי החברה, כמו גם בְּקָמוֹת החוק. העבדות העומדת ביסוד התופעה מחייבת התמודדות מחייבת תפיסה כוללת, אך מדויקת, של התופעה והקפה בחקיקה. כולי תקווה כי בשרטוט הדמויות בעולם המשפט תרמתי תרומה צנועה לאבחנות הנדרשות, כמו גם לחידוד הצורך בחקיקה מושכלת על מנת להילחם בעבדות המודרנית על שלל פניה.

## ספרות

- הולאן בארת', "מיתולוגיות", הוצאת בבל 1998
- סימון דה בובואר, "המין השני", כרך ראשון הוצאת בבל 2001
- אהרון ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי "פרשנות חוקתית", הוצאת נבו 1994,
- ה.ל.א. הארט, חוק חירות מוסר, אדם מוציאים לאור, 1981.
- ד"ר אורלי לובין, "אשה קוראת אשה", אוניברסיטת חיפה/זמורה ביתן, 2003
- זאן פרנסואה ליוטארד, "המצב הפוסט-מודרני", הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1999
- ג'ון סטיוארט מיל, "על החרות", הוצאת מאגנס, תשמ"ו, עמ' 97
- פרידריך ניטשה, "אנושי אנושי מידי" מתוך "ניטשה", הוצאת עם עובד, 2000
- פרידריך ניטשה, "מעבר לטוב ולרע", הוצאת שוקן 1979
- אדוארד סעיד, "אוריינטליזם", הוצאת עם עובד 2000
- מישל פוקו, תולדות המיניות 1 - הרצון לדעת, הוצאת הקיבוץ המאוחד, 2000, עמ' 40.
- נעמי קליין, No Logo, הוצאת בבל, 2002
- פרנץ קפקא, "המשפט", הוצאת שוקן
- לואיס קרול, "מבעד למראה" הספרייה החדשה 1999

Kevin Bales, "Disposable People", University of California Press, 2000

Zygmunt Bauman, "Life in Fragments". Blackwell, 1997

Belinda L. Carpenter, "Re-Thinking Prostitution - Feminism, Sex and the Self", in "Eruptions, New Thinking across the Disciplines" series Erica McWilliam Ed, Vol 6, Peter Land Pub. 2000 ,

"Sex Work: Writing by women in the sex industry", Delacoste & Alexander Ed. Celis Press 1998

Gilles Deleuze & Felix Guattari, "Kafka, Towards a Minor Literature", in Theory H.L.A. Hart "The Concept of Law", Calendron press, Oxford 1990 and History of Literature, Volume 30, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1990

"Global Sex Worker: Rights, Residence and Redefinition", Ed. Kempadoo & Doezema, Routledge 1998

Jacque Lacan, "Ecrit", Routledge 1977







Catharine A. MacKinnon "Only Words," Harvard Press 1993

Jeffery miller, "Ardour in the Court ! Sex and the Law", ECW Press, 2002

Lucy Moore, "The thieves' Opera", Harcourt Inc, 1997

Martha Nussbaum, "Sex and Social Justice" Oxford Press, 1999

Camille Pagalia, "Vamps & Tramps", Penguin Books 1994

John Rawls "A Theory of Justice", Harvard University Press 1971

William Shakespeare, "King Richard II", Act I, "The Completet Works of William Shakespeare", D. Van Nostrad Company Inc., New-York 1937

## מאמרים

- הומי ק. באבא, "שאלת האחר", תאוריה וביקורת 5, עמ' 144  
 ד"ר ליאורה בילסקי, "אלימות האלם : ההליך המשפטי בין חלוקה וקול", עיוני משפט כג[2] עמ' 421  
 פרופ' מנחם מאוטנר, "שכל שיר לגיטימציה, כפייה : השופטים כמספרי סיפורים", פלילים ז, עמ' 11  
 פרופ' מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", הוצאת מעגלי דעת, 1993  
 פרופ' עדי פרוש, "נקמה, צדק ותפקידו של בית המשפט במחזה נוטות החסד של איכילוס", מחקרי משפט יח, עמ' 147  
 אביגדור פלדמן, "שירת הסירנות : שיח וחלל בבית המשפט", תאוריה וביקורת 1, עמ' 143  
 ד"ר אורית קמיר, "איזו מין הטרדה : האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם", משפטים כ"ט, תשנ"ח, 317  
 ד"ר אורית קמיר, "ארץ מאלתרת אסונותיה", תרבות ודמוקרטיה 1, תשנ"ט – 1999, עמ' 137.  
 ד"ר רייכמן וד"ר קמפ, "עובדים זרים בישראל", ב"מידע על שוויון", גיליון 13, יוני 2003 עמ' 13  
 ד"ר רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות : שיקול דעת ככח שיפוטי", תאוריה וביקורת 5סתו 1994, עמ' 7

Crenshaw, Gotanda, Peller & Thomas ED. "Critical Race Theory", New Press - NY



Law Review, Vol 105, p. 959, March 1992

Meir Dan-Cohen, "Between Selves and Collectivities; Toward a Jurisprudence Of Identity", University of Chicago Law Review, Vol 61, 1213

Meir Dan-Cohen, Defending Dignity, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 92, pp. 150-171, Princeton University Press, 2002

Jacques Derrida, "The 'Mystical Foundation of Authority", in "Deconstruction and the Possibility of Justice", Cornell, Rosenfeld & Carlson Ed, Routledge 1992, p. 3.

Jo Doezema, Loose Women or Lost Women, Gender Issues, Vol 18 No. 1, Winter 2000 p. 23

Jo Doezema, "Coercion, consent and the UN Trafficking Protocol" in "Gender, Trafficking and Slavery", Rachel Masika Ed., Oxfam press 2002. p.20

Andrea Dworkin "Prostitution and Male Dominance" in Michigan Journal of Gender & Law, Vol I , 1993

Beth Hertzfeld. "Slavery and gender", in "Gender, Trafficking and Slavery", Rachel Masika Ed., Oxfam press 2002. p. 50

Catharine A. MacKinnon Prostitution and Civil Rights" Michigan Journal of Gender & Law, 1993, Volume 1: 13-31

Austin Sarat, "Situating Law Between the Realities of Violence and the Claims of Justice", in "Law, Violence and the Possibility of Justice", Princeton University Press, 2001 p. 5

Ferdinand De Saussure "The Object of Study" in "Modern Criticism and Theory" David Lodge Ed. Longman 1992.

Gayle Rubin, "The Traffic in Women", in Towards an Anthropology of Women, Ed, Reiter, Monthly Review Press 1975. p. 157

"Feminist Legal Theory – Foundation" D. Kelly Weisberg ed. Temple University Press 1993

פסיקה

Cr. App. 91/45, The Attorney General V Rachel Stourmak: (1945), P.L.R Vol 12 p. 336



- ע"פ 115/51 אליהו נ' היועמ"ש פד"י ה', עמ' 1644
- ע"פ 158/53 פיק נ' היועמ"ש, פד"י י, עמ' 663
- ע"פ 31/52 שמעיה נ' היועמ"ש, פד"י ו' עמ' 765
- ע"פ 154/52 שמעיה נ' היועמ"ש, פסקים י"ג, עמ' 316
- ע"פ 259/54 היועמ"ש נ' וסרמן, פד"י ט' ע' 34
- ע"פ 181/57 בקי נ' היועמ"ש פד"י יב, עמ' 143
- ע"פ 62/59, ג'מאל נ' היועמ"ש פד"י, כרך יג, ע' 696, 692
- ע"פ 268/63 פינקלשטיין נ' היועמ"ש פד"י יז ע' 2101
- ע"פ 361/63 בלאגאלי נ' היועמ"ש פד"י יח ע' 63
- ע"פ 135/64, מאיר נ' היועמ"ש פד"י יח (4), עמ' 516
- ע"פ 94/65 תורג'מן נ' היועמ"ש פד"י יט (3) עמ' 57
- ע"פ 236/65 אל – בנא נ' היעמ"ש פד"י יט (3), ע' 581
- ע"פ 346/65: 344/65 ביץ נ' היועמ"ש פד"י כ (1) 192
- ע"פ 8/66, אברגיל נ' היועמ"ש, פד"י כ (1), עמ' 251
- ע"פ 281/66 ; 238/66 פרג' נ' היועמ"ש, פד"י כ(4) ע' 477
- ע"פ 382/68 פרץ נ' מ.י. פד"י כב (2) 968
- ע"פ 128/72, מ.י. נ' ביטון, פ"ד כז(1), 152
- ע"פ 221/72, מ.י. נ' עליאן פ"ד כו(2), 732
- ע"פ 400/73, גיאט נ' מ.י., פ"ד כח (1), 604, עמ' 611-610
- ע"פ 531/75, אביטל נ' מ.י. פ"ד ל(2), 579
- בע"פ 538/75, לבן נ' מ.י. פ"ד ל(2), 583
- ע"פ 12, 11/76, בן שלמה נ' מ.י. פ"ד ל(2), 828
- ע"פ 820, 765/78, ינקו ואח' נ' מ.י. פ"ד לג(3), 219
- ע"פ 132/81, רותם נ' מ.י. פ"ד לו(1), 134
- ע"פ 3520/91, תורג'מן נ' מ.י. פ"ד מז(1), 441, עמ' 451-450
- ע"פ 2249/92, גביון מ.י., פ"ד מח(4), 805
- ע"פ 2885/93, תומר נ' מ.י. פ"ד מח(1), 635
- ע"פ 161, 115/00, טייב נ' מ.י., תק-על 2000(2), 670.
- ע"פ 11196/02 - פרודנטל נ' מ.י. תק-על 2003(3), 459
- ע"פ 3204/03, מ.י. נ' בן דוד, תק-על 2003(3), 42.
- ע"פ 1069/03 מ.י. נ' בוריסוב ואח' (טרם פורסם)
- דנ"פ 8890/03 דושקר נ' מ.י. (טרם פורסם)

בבש"פ 92/00, פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(3), 840,  
 בש"פ 291/01, רביאי נ' מ.י.תק-על 2001(1), 110, עמ' 112.  
 בש"פ 5013/01, בן עמי נ' מ.י. תק-על 2001(2), 270, עמ' 271  
 בש"פ 7502/01, שמואלוב נ' מ.י. תק-על 2001(3), 2100, עמ' 2101  
 בש"פ 7542/00, חנוכוב נ' מ.י.תק-על 2000(3), 1992, עמ' 1994  
 בש"פ 9274/01, מ.י.נ' ישי, תק-על 2001(4), 57,  
 בש"פ 460/01, מטטוב נ' מ.י., תק-על 2001(1), 17,  
 בש"פ 1524/01, מ.י.נ' אקרמן, תק-על 2001(1), 1032,  
 בש"פ 3438/02, פרודנטל נ' מ.י., תק-על 2002(2), 545,  
 בש"פ 1449/03, פישמן נ' מ.י., תק-על 2003(1), 2032.  
 ת"פ (תל-אביב-יפו) 8175/98, מ.י. נ' שטיינברג ואח', תק-של 2003(1), 154.  
 תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1064/02 מ.י. נ' גנאדי. תק-מח 2002(3), 4839, עמ' 4844  
 תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1210/01 - מ.י. נ' בן אברהם ואח'. תק-מח 2003(1), 423.  
 תפ"ח 1128/02 מ.י. נ' קוצ'ובאשוילי (טרם פורסם)  
 תפ"ח (באר-שבע) 910/02, מ.י. נ' דושקר סמיון ו3 אח'. תק-מח 2002(4), 619.  
 בג"צ 431/89, 758/88, ריצ'רד ו-10 אח' נ' שר הפנים פ"ד מו(4), 505  
 בג"צ 693/91 אפרת נ. הממונה על מרשם האוכלוסין, פד"י מז (1) עמ' 749  
 בג"צ 5688/92 - ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'. פ"ד מז(2), 812  
 ע"א 1560/90, ציטיאט נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל, פ"ד מח(4), 498  
 ע"א 1912/93, שחם נ' מנס תק-על 198(1), 62  
 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה תק-על 99(3), 574  
 ע"א 3828/98 מיכקשוילי ו-2 אח' נ' מחקשוילי ואח תק-על 2000(1),  
 דנ"א 2401/95, רותי נחמני נ' דניאל נחמני ו-2 אח, פ"ד נ(4), 661

## מסמכים

דברי הכנסת, כרך 31, בעמ' 1735  
 דברי הכנסת, כרך 34, בעמוד 1925  
 "העולם הזה", עורך אורי אבנרי, גליונות 901-904, ינואר פברואר 1955  
 דו"ח הועדה לבדיקת בעיות הזנות, הוצאת משרד המשפטים, ירושלים ניסן תשל"ז  
 אפריל 1977 - הוגש 26.4.77  
 דו"ח שדולת הנשים, "הברחת נשים לישראל זנות בכפייה", נובמבר 1997  
 ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948)  
 ההסכם הבינלאומי בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), כתבי אמנה 1040  
 האמנה נגד עבדות (1926), 4קובץ אמנות 26  
 האמנה נגד הסחר בעבדים ומוסדות ומנהגים דומים לעבדות (1956), כתבי אמנה 265

ההסכם נגד עבודה בכפיה (1930), כתבי אמנה 296

ההסכם נגד עבודה בכפיה (1957), כתבי אמנה 315

ההסכם למיגור הסחר בבני אדם וניצולם דרך זנות (1950), כתבי אמנה 26

Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the united nations convention against transnational organized crime, UN 2000

## קישורי אינטרנט

מכון תודעה - <http://www.macom.org.il/todaa-home.asp>

"[The Natasha Trade ; Transnational Sex Trafficking](http://www.uri.edu/artsci/wms/hughes/natasha.htm)", by Donna M. Hughes

<http://www.uri.edu/artsci/wms/hughes/natasha.htm>

A Comparative Study of Women Trafficked in the Migration Process, Janice G. Raymond, PhD - International Coordinator

<http://action.web.ca/home/catw/attach/CATW%20Comparative%20Study%202002.pdf>

הקואליציה נגד סחר בנשים - <http://www.catwinternational.org/>

האיחוד הגלובאלי נגד סחר - <http://www.inet.co.th/org/gaatw/bodyframe.html>

דו"ח מחלקת חוץ ארה"ב & 2003 - <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2002/>

דו"ח אמנסטי - <http://web.amnesty.org/library/Index/engMDE150172000>

ישראל