

# הפרקטיקה של פסקת ההפללה: הצרה חוקתית של הדין הפלילי - המחשה באמצעות בחינת האיסור על צריכת זנות במבחני פסקת ההגבלה

ד"ר אסף הרדוף\*

## רקע ומטרת המאמר

לפני כחודשיים פורסם בכתב העת **משפטים** מאמרי "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה - על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" (להלן: **פסקת ההפללה**).<sup>1</sup> המאמר הציג מודל עיוני מפורט לתקיפה חוקתית של איסורים פליליים רחבים מדי, בין כדי להביא לביטולם ובין כדי להביא לפרשנות מצרה שלהם. לבקשת עורכי הדין **הסיניגור** נכתב המאמר הנוכחי כמאמר המשך, במטרה להקל על ציבור הסניגורים להכיר ולעשות שימוש פרקטי במודל העיוני. המאמר עושה זאת בשני אמצעים: ראשית, הוא מתמצת את מודל פסקת ההפללה המפורט לרשימה קצרה של כללים המנוסחים בפשטות יחסית. שנית, הוא ממחיש את אופן השימוש הפרקטי במודל באמצעות בחינה חוקתית אינטואיטיבית של עבירה לדוגמה. העבירה שנבחרה היא עבירה שנמצאת כיום בהליך חקיקה וטרם נכנסה לספר החוקים - איסור על צריכת שירותי זנות.

## א. מבוא

חוקי היסוד העשירו את השיח בענפי משפט שונים, במובן האקדמי וגם במובן הפרקטי. חידושים לא פסחו גם על ענפי המשפט הפלילי. סדרי הדין הפלילי עברו שינויים פרשניים<sup>2</sup> ופסילה חוקתית של סעיפי חוק<sup>3</sup> דיני הראיות התעשרו בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית<sup>4</sup> גם שאלות הקשורות לענישה זכו, לעתים לא קרובות, לניתוח חוקתי, בעקפיין<sup>5</sup> ובמישרין.<sup>6</sup> ומנגד, הרובד של הדין המהותי ביותר בדיני העונשין, של העבירות עצמן, כמעט ולא זכה בהתחדשות כלשהי בעידן החוקתי. פרט לפסק דין אחד של ניתוח חוקתי רחב לאיסור פלילי, שנערך במסגרת עתירה מנהלית דווקא,<sup>7</sup> ופרט לפסקי דין אחדים של ערכאות דיוניות שערכו ניתוח חוקתי קצר,<sup>8</sup> מעטים המקרים בהם חוקי היסוד העשירו את הפרקטיקה של דיני העונשין במובנם המהותי.

מאמר זה מבקש לעשות צעד בכיוון חיזוק הרובד החוקתי של דיני העונשין ולסייע לסניגורים לרתום את חוקי היסוד בהצגת טיעונים משפטיים הנוגעים לגבולות העבירה הפלילית. אפתח ואתיחס לחשיבות שאלת ההפללה (criminalization) ולדלות השיח העוסק בה; אתקדם ואציג את פסקת ההפללה, כלי שפיתחתי כדי להקל על דיוני הפללה בישראל; אסביר באופן מופשט כיצד ניתן להפעיל את הכלי האמור במסגרת השיח החוקתי והחוקי בישראל; אמחיש באופן אינטואיטיבי את פעולת הכלי ביחס לעבירה בהתהוות, צריכת שירותי זנות; ואסכם.

## ב. חשיבותו של שיח גבולות ההפללה ודלותו

שאלת גבולות ההפללה, או בקיצור - שאלת ההפללה, היא השאלה אילו התנהגויות ראוי שתהינה עבירות פליליות. קשה לפקפק בחשיבותה העצומה של שאלה זו. האם צריך לאסור על שימוש בסמים? על הפלות? על ריבוי נישואין? על החזקת חומרי תועבה? ההפלה משרטטת את גבולות החירות של הפרט, החופש מהתערבות השלטון בפעולותיו; היא מתווה את הצדק (והלגיטימציה של החוק), באשר לא ייתכן משפט פלילי צודק כשההפלה אינה צודקת; היא נוגעת למידת הכוח הראויה בידי רשויות האכיפה; והיא בוודאי כוללת משמעות כלכלית בעולם מוגבל במשאבי אכיפה.<sup>9</sup> שאלת ההפלה הרת גורל וקודמת לשאלות חשובות אחרות בדיני העונשין וביתר ענפי המשפט הפלילי. היא קודמת לשאלות של החלק הכללי בחוק העונשין, משום שחלק זה הוא מכשיר שנועד לאפשר החלה נכונה וצודקת לכל עבירה; בהיעדר עבירות, אין צורך וטעם בחלק הכללי. שאלת ההפלה קודמת גם לדיני הראיות ולסדרי הדין הפליליים, שהם משרתו של הדין המהותי ובאים לאפשר את הגשמתו באופן ראוי, שיתחשב גם באינטרסים ובערכים אחרים. בלי דין מהותי אין צורך בהם. ובכל זאת, מפתיע לגלות עד כמה מעט תשומת לב אקדמית ניתנת

\* מרצה, המכללה האקדמית צפת; מרצה מן החוץ באוניברסיטת חיפה, במכללה למנהל, במרכז האקדמי כרמל ובמרכז האקדמי למשפט ועסקים לדיני עונשין, דיני ראיות, סדר דין פלילי ופשע מקוון; לשעבר תובע וסיגור בפרקליטות הצבאית. תודה רבה לעורכים, ד"ר אלקנה לייסט ועו"ד רענן גלעדי במיוחד, על עבודת הנמלים שעשה בשיפוץ המאמר, ותודה רבה גם לעו"ד ישי שרון על ההערות המועילות. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרישימה עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

1 אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה - על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" **משפטים** מב 243 (2012).

2 ראו למשל ד"ר 2316/95 **גימאת נ"מ**, פ"ד מט(4) 589 (1995).

3 כך בעניין הארכת מעצר ראשונית של חייל עובר להבאתו בפני שופט. ראו בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999). כמה שנים לאחר מכן בוטל סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, שאפשר קיום דיון בהארכת המעצר ללא נוכחות החשוד. ניתוח מבחני פסקת ההגבלה שם ארך כשבעה עמודים. ראו בש"פ 8823/07 **פלוגי נ' מ"י** (מיום 11.2.10), שהוגש על ידי הסניגוריה הציבורית.

4 ראו את ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (מיום 4.5.06).

חשובים מאין כמוהם ואיני מפקפק בצורך ללמד. אלא שכולם משרתים של החלק הספציפי של דיני העונשין. הם מרכיבים יחדיו את גופו של המשפט הפלילי המהותי, אך לא את לבו ונפשו, שרק הם יוכלו להשיב **לשאלת היסוד למה התנהגויות מסוימות אסורות?** תלמידי דיני עונשין מתרגלים לקבל כמובן מאליו את קיומן של העבירות, וניגשים להתמודד עימן בכלים שבהם צוידו על-ידי מוריהם. וברור שיקבלו כמובן מאליו, באשר מלומדי המשפט הפלילי נוטים לעשות זאת, ובתי המשפט עושים זאת. זהו **מעגל שוטה של דין פלילי שטח**.

איך הופכים את מגמת ההשטחה של הדין הפלילי לטובת דין עמוק וצודק יותר?

### ג. משרשרת ההפלה לפסקת ההפלה

בספרי **הפשע המקוון** הצגתי 'שרשרת הפלה', המאפשרת מבט נורמטיבי בכל סוג התנהגות, בין כזה שהופלל ובין כזה שלא. השרשרת לא נכתבה עבור שיטת משפט קיימת אלא ביקשה להציע דרך להפלה ראויה בשיטת משפט דמוקרטית, שלב אחר שלב. לא דובר בהמצאת שיקולי הפלה יש מאין, אלא בניסיון לרתום תובנות קיימות כדי לבחון אם מוצדק להכריז על סוג התנהגות - **כל סוג** - כעבירה פלילית. התוצאה הייתה הצרנה של רעיונות מוכרים והמשגתם לכדי שרשרת תיאורטית שמאפשרת ניתוח של כל עבירה בכל שיטת משפט. כל התנהגות ניתנת לבחינה דרך ארבע שאלות עוקבות ומצטברות, שעל כל אחת הרחבתי לפרטי פרטים.<sup>5</sup> אין לגשת למדרגה גבוהה לפני קודמתה, וכך הפלה עשויה ליפול בשלב מוקדם (ושלב האיזון לא יושיענה). ואלה הן ארבע השאלות המרכיבות את שרשרת ההפלה, בקיצור רב מאד ולפי הסדר: **1. פוגעותנות:** האם סוג ההתנהגות הנדון מזיק? זאת בחנתי באמצעות מבט בנוסח ההתנהגות, בטענת הנזק ובעוצמת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות והנזק, שאותו כיניתי 'הסיבתי' ההתנהגותי'. **2. תכליתיות:** האם הדין הפלילי מסוגל למנוע את הנזק שבעטיו יצאה ההפלה לדרך? זאת בחנתי דרך שני משתנים: משתנה 'האכיפות' בודק אם הדין הפלילי מסוגל למנוע את סוג ההתנהגות הנדון בעזרת מימוש שיטות עבודתו: איתור עבריינים, תפיסתם, איסוף ראיות וענישה שתצמצם את ההתנהגות; ואילו משתנה 'צרות-היתר' או מבחן 'ההפלה הסלקטיבית'

לשאלת ההפלה. כך בחוץ לארץ, הן בכתיבה והן בלימוד דיני עונשין;<sup>6</sup> וכך בישראל. אין אפילו טרמינולוגיה אחידה: הפלה / קרימינולוגיה / פליליזציה, לגליזציה / דה-קרימינולוגיה / הסדרה.<sup>7</sup> ואין כמעט ניתוח ישיר של שאלת ההפלה במובנה הנורמטיבי: כיצד ראוי ליצור עבירות, ומשנצרו - כיצד ראוי לתחום את היקפן. מלומדי המשפט הפלילי בישראל, כעמיתיהם בעולם, מתמקדים בחלק הכללי של דיני העונשין, ולעתים נוגעים בחלק הספציפי.<sup>8</sup> גם ספרות ההדרכה בישראל (text books), שזכה לעדנה בשנים האחרונות, אינה מרבה בניתוח ההפלה; וזאת בהנחה שהיא בכלל מתייחסת אליה.<sup>9</sup>

גם בבית המשפט זוכה שאלת ההפלה לתשומת לב מועטה עד אקראית. לפני חוקי היסוד הדבר היה הגיוני יותר: לא הוצגה בפני בית המשפט דרך משפטית ברורה לדין הפלה, ולכן גם כשנתקל בעבירה מקוממת, לא ערך ניתוח הפלה.<sup>10</sup> באופן מעניין, המצב לאחר חוקי היסוד לא השתנה משמעותית. אני סבור שהדבר נוגע רק לסעיף שמירת הדינים (10) בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, משלוש סיבות: סעיף כזה אינו קיים בחוק-יסוד: חופש העיסוק, שמאפשר תקיפה של איסורים ישנים; לא חסרה חקיקה פלילית חדשה, אך תקיפה חוקתית חסרה גם חסרה; וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עדיין מאפשר הצרה חוקתית (פרשנית) של עבירות.

זירה חשובה נוספת שהייתה אמורה לעסוק באופן אינטנסיבי ומובנה בשאלת ההפלה, ואינה עושה כן, היא זירת שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתבי אישום. כתבי אישום רבים מוגשים בלי שהתובע החתום עליהם נתן את דעתו כלל לשאלת החוקתיות של העבירה וגבולותיה. ואף שהמשפט הפלילי מאפשר כיום לסניגורים לתקוף את שיקול דעת התביעה בהגשת כתב האישום,<sup>11</sup> נדירים המקרים שבהם סניגורים מצייבים סימני שאלה חוקתיים ביחס לשיקול דעת זה.

עבירות רבות מספור מפוזרות בספרי החוקים, ולא רק בחוק העונשין; והמשפט החוקתי כמעט שאינו משפיע עליהן, אף שהן מתקשרות באופן כה משמעותי לחירות הפרט, לכבודו, לקניינו ולפרטיותו. מדוע?

ייתכן מאד שהדבר קשור לאופן שבו נלמד המשפט הפלילי. **דיני העונשין נלמדים כשדה פורמלי.** הלימוד מתמקד בכלים בהם חי הדין הפלילי במקום בסיבה לחיאתו. היסוד הפיזי, היסוד הנפשי, הצדדים לעבירה, הסייגים לעבירה - כל אלו

5 ראו את הניתוח שנערך לשאלת ההפרטה של בית סוהר: בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (מיום 19.11.09).  
6 ראו את הניתוח החוקתי של סעיף 34א(א1) לחוק העונשין, המאפשר להטיל אחריות פלילית על אדם בגין מעשהו הבלתי מתוכנן של שותפו לעבירה. לשאלה זו יש גם פן שנוגע לאחריות פלילית ולא רק לענישה; אך הענישה תלויה בקיומו של מבצע אחר לעבירה קיימת: ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מ"י**, פ"ד נו(5) 529 (2002).  
7 ההעמדה לדין הגיעה בהמשך להליך המנהלי, אך הדין בבית המשפט העליון היה במסגרת הערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים. ראו ע"מ 4436/02 **תשעים הכדורים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים**, פ"ד נח(3) 782 (2004). ניתוחי בהרחבה את הפרשה האמורה במאמרי פסקת ההפלה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 254-262.

8 בפרשת הנדלמן הציע בג"ץ לעותר להעלות את הטיעון החוקתי בערכאה הדיונית: בג"ץ 8424/01 **הנדלמן נ' נציב מס הכנסה** (לא פורסם, 30.09.2002). הטיעון החוקתי נגד האיסור על ייצוג שלא כדין לפי סעיף 12236 בפקודת מס הכנסה (מ-1996) הועלה בבית משפט השלום והתקבל: ת"פ (ת"א) 4696/01 **מ"י נ' הנדלמן** (פורסם בנבו, 14.4.2003). עד לדין בערעור ביטל המחוקק את הסעיף; אלמלא עשה כן ודאי הייתה קביעת השופט רוזן נהפכת, כעולה מאמרת אגב של השופטת המחוזית שיצר ראו ע"פ (ת"א) 70597/04 **הנדלמן נ' מ"י**, פסקה 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.12.05). במקרה אחר הועלתה טענה חוקתית נגד האיסור על החזקת פורנוגרפיה ילדים; לאחר

עליו באופן אחיד, מדויק ומוצלח. פסקת ההגבלה מצריכה שיקול דעת רחב.<sup>18</sup> בהקשרים מסוימים, רחב מדי.<sup>19</sup> בנוגע לאיסורים פלייליים, החלת מבחני פסקת ההגבלה היא מלאכה סבוכה, משום שרוב המרחק בין המופשט מאד לקונקרטי מאד ורוב המרחק בין שאלת ההפללה לבין פסקת ההגבלה, והגישור מורכב מאד. וכך גם ניתוח מושקע עלול להחמיץ שיקולים חשובים.<sup>20</sup> הכתיבה המעטה הקושרת בין המשפט החוקתי לזה הפיליילי אינה מסייעת במלאכה זו: לא כתיבה שהייתה סמוכה לקבלת חוקי היסוד (והייתה אופטימית מדי באשר להשפעתם או ביחס לפשטות החלום).<sup>21</sup> ולא כתיבה חדשה יחסית (שמתמקדת בשאלה אם פסקת ההגבלה בת החלה ביחס לעבירות מסוימות ובשאלת היחסים בין משפט חוקתי למשפט פליילי).<sup>22</sup> פסקת ההגבלה נבנתה כדי להיות כללית ולא כדי להשיב לשאלות של הפללה. כלליותה מותירה שיקול דעת שיפוטי רחב ולצדו הכרח במאמץ מחשבתי גבוה. השפה המופשטת של פסקת ההגבלה פירושה שאין ביכולתה לספק אמירה מפורשת או ברורה לכל מצב. כאן נכנסת פסקת ההפללה שמאפשרת לקשור בין מבחניה המופשטים של פסקת ההגבלה לבין מבחניה המופשטים של שרשרת ההפללה, הכל לקראת החלה של פסקת ההגבלה ביחס להפללת סוג התנהגות. פסקת ההפללה חוסכת זמן ומאמץ מאנשי הפרקטיקה, מקדמת אחידות, שקיפות ובקרה ומגדילה את הסיכוי לניתוח חד יותר. כיצד היא פועלת?

### ד. פסקת ההפללה: פרקטיקה של צמצום גבולות הדין הפיליילי

פסקת ההפללה היא מזיגה של שרשרת ההפללה לתוך מבחני פסקת ההגבלה; כך שבכל דיון חוקתי הנוגע לאיסור פליילי, ניתן יהיה לשלוף את אותם שיקולים ולא לעמול כדי למוצאם.

זהו נוסחה של פסקת ההגבלה המוכרת:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

ואלה הם רכיביה:

(1) "אין פוגעים בזכויות" - פגיעה בזכויות החוקתיות. זהו השלב המקדמי.

בודק אם אותו נזק נגרם ממילא בגין סוגי התנהגות אחרים. **iii. 'חלופיות':** האם יש דרכים נוספות למניעת הנזק? זאת בחנתי דרך שלושה אפיקים: אפיק 'קטיעת סיבתיות קדם-התנהגותית' עניינו הסרה מראש של תנאים ותמריצים חיוביים לסוג ההתנהגות הנדון (כגון בדרך של חינוך); אפיק 'קטיעת סיבתיות התנהגותית' עניינו חיתוך שלב ביניים בין סוג ההתנהגות הנדון לבין הנזק (כגון בדרך של פיקוח על ההתנהגות בזמן אמת); ולבסוף אפיק 'קטיעת סיבתיות פוסט-התנהגותית' עניינו ייצור תמריצים שליליים כדיעבד לסוג ההתנהגות (כגון הטלת סנקציות לא פליליות על ההתנהגות, או טיפול משקם). **iv. מאזן:** מהו הפתרון ההסדרתי הטוב ביותר למניעת הנזק? זאת בחנתי דרך הבנת פגיעת ההפללה ופירוקה לשתיים: פגיעת האיסור, הפגיעה שנובעת מעצם קיום האיסור (למשל פגיעה עיונית בחירות, יצירת שוק שחור); ופגיעת האכיפה, שנובעת מאכיפת האיסור (למשל פגיעה מעשית בחירות, משאבי אכיפה). כל זאת לקראת בחירת הפתרון ההסדרתי האופטימלי.

קושי מרכזי בשרשרת ההפללה הוא מורכבותה ודחיסותה: היא עשירה בשיקולים ומצריכה מאמץ ביישומה. כדי לתת לה משמעות מעשית יותר, לתת לה חיים פרקטיים, הצעתי במאמרי "פסקת ההפללה" למוזגה לתוך המשפט החוקתי הישראלי, ולשלב תיאוריה נורמטיבית עם כלי משפטי פורמלי מוכר: **פסקת ההגבלה**.<sup>27</sup> גרסתי שניתן לערוך דיוני הפללה מדויקים יותר מהמעטים שנערכו עד היום באמצעות יצירת גרסה מיוחדת וקונקרטית של פסקת ההגבלה, גרסה שאותה כיניתי "**פסקת ההפללה**". גרסה זו מאפשרת ניתוח שלם יותר מהגרסה הכללית של פסקת ההגבלה. מדוע? כידוע, פסקת ההגבלה היא כלי פורמלי לביקורת חקיקה, כלי שזכה וזוכה לניתוח אקדמי נרחב וליישום פרקטי עשיר למדי. פסקת ההגבלה מוכרת היטב לכל משפטנית מתחילה. היא מאפשרת לבחון חקיקה באור חוקתי, שמא דבר חוק פוגע בזכויות הפרט יתר על המידה. **קסמה בפשטותה:** היא כוללת מבחני משנה שנראים הגיוניים ופשוטים ליישום. זו ודאי הסיבה לפופולאריות שלה: ההיגיון הכללי שלה מצד אחד, ועמימותה מצד אחר - מבטיחים שפע טענות הנוגעות לה, בשלל הקשרים. פשטותה של פסקת ההגבלה היא סוד כוחה; **אלא שהיא גם סוד חולשתה.** קל להשיב על מבחן מופשט מאד; אך קשה להשיב

שנדחתה הטענה בבית משפט השלום והנאשם הורשע, נחתם הסדר טיעון בין הצדדים. ראו ת"פ (שלום-ת"א) 5174/06 מ"י נ' מיל (פורסם בנבו, 27.12.06).  
**9** ראו פסקת ההפללה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 247-248 והפניות שם; וכן דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פליילי" הפרקליט לה 155, 158 (1983); מרדכי קרמיניצר "האם המשפט הפליילי - ידו בכל?" ספר דניאל 935, 937 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).  
**10** ראו פסקת ההפללה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 249 והפניות שם.

**11** ראו שם, בעמ' 249-250. למונח פלייליזציה ראו: ע"פ 332/01 מ"י נ' שבס, פ"ד (נז) 496 (2003), בפסקה 21 לפסק דינו של השופט מצא.  
**12** המלומד היחיד שכתב על הפללה במובנה הכולל עשה כן בהזדמנות יחידה בעבודת הדוקטורט שלו, ומרכז עיסוקו האקדמי הוא בכלל תקשורת ומשפט. ראו יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד פרק 5 (2001). להצגת המודל של קרניאל ולביקורת קצרה ראו אסף הרדוף הפשע המקוון 45-46, 49-48 (2010); פסקת ההפללה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 264-266.

**13** ראו: פלטיאל דייקן (דיקטייון) דיני עונשין 41 (1954); יובל לוי, אליעזר לדרמן עיקרים באחריות פליילית שער ראשון - הגדרת האחריות הפליילית 14-19, 25, 47 (1981); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 116-117 (1984); גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך א 242 (2009) וכן גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 46, 49, 59

מהענישה, בעוד הפרטיות עלולה להיפגע גם במהלך האכיפה. (2) מבחן **ההסמכה** לרוב אינו מוסיף רובד ביקורתי משמעותי לפסקת ההגבלה. כך גם בפסקת ההפללה.

(3) מבחן **ההלימה**, שאינו זוכה ליישום משמעותי בפסיקה, עשוי להיוותר גם מחוץ לניתוח ההפללה; אם כי ניתן לקשור אותו להפללה דרך מבחן 'צרות-היתר' שהוא חלק מהתכליתיות: מבחן זה בודק עד כמה הדין רציני: עד כמה הוא באמת שואף למטרה שבבסיס ההפללה. מביטים הצידה, להתנהגויות אחרות שגורמות לנזק דומה; אם הדין מגלה כלפיהן אדישות ומאפשר אותן בלי התערבות, ניתן לגרוס שההפללה של ההתנהגות שעל הפרק אינה מתיישבת עם ערכי המדינה כפי שמשקפים מהבחירה ההסדרתית הנוגעת להתנהגויות אחרות. אחרת עלולה להיווצר 'הפללה סלקטיבית' שתאותת על פגיעה בשוויון או בערך אחר.

(4) מקובל לומר בישראל שהמשפט הפלילי בא להגן על ערכים. מה בין הגנה על ערכים לבין מבחן **התכלית הראויה**? המשותף הוא ששניהם עמומים מאד ואומרים מעט מאד. כדי לתת תוקף אמיתי למבחן התכלית הראויה בנוגע לשאלת ההפללה, יכולה הסנגורית המבקשת לתקוף את ההפללה לדרוש מהתביעה להצהיר מהי התכלית המדויקת של האיסור הפלילי הנדון, כלומר לספק הגדרה ברורה של הנזק אותו מבקשת ההפללה למונע לדעת התביעה. צעד זה נראה קטן אך הוא רחוק מאד מכך, והוא **צעד חשוב בכיוון העמקת הדין הפלילי**. על התביעה להכריז מה בא האיסור להשיג כדי שיהיה תכליתי. שום איסור אינו מובן מאליו, ואחרי שנדע מה תכליתו לפי שיטתה של המאשימה, נוכל לתקוף או להצר אותו חוקתית באופן אפקטיבי הרבה יותר. הנזק הנובע לכאורה מסוג התנהגות הוא הסיבה להפלתה של ההתנהגות, והוא נוסך תוכן חשוב בדין ההפללה העיוני והחוקתי. (5) מבחן **המידתיות** הוא השלב האחרון בפסקת ההפללה, ומורכב משלושה מבחני משנה:

(א5) מבחן **ההתאמה הרציונלית** בוחן אם החוק עשוי להשיג את מטרתו. אחרי שהוגדרה התכלית של האיסור, וכאמור זהו צעד שאינו פחות מדרמטי, בוחנים אם התכלית הזו אפשרית, בשני מובנים. **במובן האחד** נבדקת איתנות הקשר הסיבתי בין ההתנהגות המופללת לבין התוצאה: **'הסיבתי' ההתנהגותית**. ככל שההתנהגות אינה מביאה באופן מובנה לתוצאה המזיקה, לא תתקיים בדרך כלל התאמה רציונלית. **במובן השני**, פונים למבחן

(2) "בחוק ... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" -

**מבחן ההסמכה.**

(3) "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל" - **מבחן ההלימה.**

(4) "לתכלית ראויה" - **מבחן התכלית.**

(5) "במידה שאינה עולה על הנדרש" - **מבחן המידתיות.** מבחן זה מתחלק לפי הפסיקה לשלושה מבחני משנה:

(א5) **מבחן ההתאמה הרציונלית** - האם החוק יכול באופן רציונלי להשיג את תכליתו.

(ב5) **מבחן ההכרחיות** - האם החוק הכרחי להשגת תכליתו, או שמא קיים אמצעי פוגעני פחות מהחוק העשוי להשיג את עיקר תכלית החוק.

(ג5) **מבחן המידתיות במובן הצר** - האם תועלתו של החוק עולה על הפגיעה שהוא גורם.

כעת ננסח את **פסקת ההפללה הפרקטית**, על בסיס נוסחה של פסקת ההגבלה ותוך שימוש במונחי שרשרת ההפללה. כדי להקל על הבנתה ועל השימוש בה נשתול בתוכה את מספרי הרכיבים:

**(1) אין פוגעים באמצעות איסור פלילי בזכויות שלפי חוק-יסוד זה; (2) אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; (3) כאשר החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל, באופן שאינו יוצר 'הפללה סלקטיבית' ביחס לדברי חקיקה אחרים המתירים התנהגויות דומות; (4) כאשר החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה, שהיא מניעת נזקים מדויקים אשר התביעה הצהירה עליהם; (5) וכאשר פגיעת החוק היא במידה שאינה עולה על הנדרש, קרי: (א5) במידה שישנה 'סיבתי' התנהגותית בין ההתנהגות שאוסר החוק לבין התוצאה המזיקה שהחוק מבקש למונע, וישנה 'תכליתיות' שמשמעה 'אכיפות' והיעדר 'צרות-יתר' של החוק; (ב5) במידה שאין 'חלופיות', שמשמעה קיומו של אמצעי פוגעני פחות מהחוק להשגת עיקר תכליתו; (ג5) ובמידה שתועלת החוק עולה על פגיעותיו.**

ננתח בקיצור את מרכיביה של פסקת ההפללה הפרקטית. (1) את **הפגיעה בזכויות**, שהיא השלב המקדמי של מבחני פסקת ההגבלה, קל לעבור ביחס לאיסור פלילי. כל הפללה כרוכה בפגיעה בחירות במובן העיוני וכן בפגיעה בכבוד; כל העמדה לדין בעבירה שלצדה עונש מאסר כרוכה בפוטנציאל לפגיעה בחירות במובן המעשי. גם הקניין והפרטיות עלולים להיפגע כתוצאה

(2010); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין פרק 3 (מהדורה שנייה, 2010).  
 14 למשל, בנוגע לעבירת הזיק ציבורי ראו: ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה ה' היועמ"ש, פ"ד ח(1) 785 (1954).  
 15 ראו: בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ"מ" (פורסם בתקד"ן, 2006).  
 16 ראו: הפשע המקוון, לעיל ה"ש 12, פרק 1.  
 17 כך כידוע מכונים סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.  
 18 ראו אהרן ברק "פרשנותם של חוקי היסוד" משפטים כב 31, 37-40 (1992).  
 19 ראו משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" משפט וממשל ג 697, 706-707 (1996).  
 20 פסק הדין בפרשת תשעים הכדורים (לעיל ה"ש 7) ניתן במרס 2004 על ידי השופט גרוניס ונושא כ-30 עמוד, כמחציתם הוקדשו לדין החוקתי בשאלת ההפללה ומחציתם לפרשנות האיסור במקרה זה. אורך הניתוח של פסקת ההגבלה אינו נופל מפסיקה חוקתית שהכריזה על בטלות חוקים. חרף זאת, במאמרי פסקת ההפללה הראיתי את הקשיים והחסרים בנייתו. ראו ה"ש 1, בעמ' 254-260.

המשך מעמ' 7

ההגבלה הקיימת אלא מגשימה אותה. היא מאפשרת **תקיפה חוקתית** יעילה של כל איסור פלילי חדש, שאינו כפוף לשמירת הדינים; ואף של כל איסור פלילי ישן הפוגע בחופש העיסוק, שעליו שמירת הדינים אינה חלה מלכתחילה. לא קשה למצוא איסורים כאלו בחוק העונשין ומחוץ לו. כאמור, פסקת ההפללה מאפשרת לא רק תקיפה חוקתית, אלא גם **הצרה חוקתית**, דהיינו ניתוח פרשני שיאפשר לבית המשפט להימנע מביטול מוחלט של האיסור, ובכך לשמור על ריסון מול הרשות המחוקקת, אך בד בבד להצר את גבולות האיסור.<sup>26</sup> הצרה כזו יכולה להיעשות אפילו ביחס לאיסורי ליבה כמו רצח, כדי להוציא מגדרם מקרים כהמתת חסד. בשל יתרונותיה האמורים, ההצרה החוקתית היא למעשה המסלול הפרקטי הראשי עבור פסקת ההפללה. היא אף מתחברת היטב לסעיף 34 לחוק העונשין, הקובע את כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים. מסלול התקיפה החוקתית ישמר אם כן לאיסורים בעייתיים במיוחד.

### ה. הדגמת השימוש בפסקת ההפללה: ניתוח חוקתיות העבירה העתידית של צריכת זנות

בחלקו זה של המאמר אמחיש באופן תמציתי את אופן השימוש בפסקת ההפללה ביחס לעבירה בהתהוות, של צריכת שירותי זנות.<sup>27</sup> קצרה היריעה מעריכת ניתוח הפללה שלם. אסתפק בתרשים זרימה קצר. התרשים אינו מתיימר להציג עמדה אקדמית, משום שטרם ערכתי מחקר אקדמי בנושא. אנסה להיכנס לנעליו של סניגור עמוס ולהציג טיעון אינטואיטיבי (ללא מחקר כלל) של תקיפה/הצרה חוקתית של האיסור. אין בכך אמירה שמחקר אקדמי לא יסייע בחידוד השיקולים או במתן תוקף רב יותר לטיעון; ברור שייע. אלא שמטרתו להמחיש את האינטואיטיביות והפשטות של הכלי מצד אחד, ואת יעילותו מצד אחר ביחס לפסקת ההגבלה המופשטת. זאת, כדי לשכנע את ציבור הסיניגורים בתועלת ובקלות שבהן ביכולתם לעשות שימוש בכלי זה, באופן שיאתגר את התביעה ואת בית המשפט בטיעונים חוקתיים משמעותיים. הפירוט שיובא להלן עשוי להיות פירוט יתר ביחס לחלק מרכיביה של פסקת ההפללה, שכן מטרתו המחשה בלבד. בפרקטיקה לא יהיה צורך בדרך כלל להרחיב על רכיבים שתוצאתם אינה תומכת באופן מובהק בביטול או בהצרה של האיסור.

**התכליתיות** של שרשרת ההפללה, שמוודא שהדין הפלילי מסוגל להשיג את מטרתו (הנחה שנלקחת כמובנת מאליה אך שלא בצדק), בשתי בחינות משנה. **האחת** היא **האכיפה**: האם הדין הפלילי מסוגל לאתר את ההתנהגות והמתנהג, לתפוס אותו, לאסוף ראיות נגדו ולצמצם את ההתנהגות באמצעות ענישה פלילית. **השנייה** היא **‘צרות-היתר’**: האם סוג הנזק שמבקשים למנוע נגרם גם על-ידי סוגי התנהגות אחרים ובאין מפריע. מבחן **‘צרות-היתר’** תובע שנחדד את התכלית שהגדרנו קודם, כדי שנוכל להסביר מדוע אנו מפילים את א' אך לא את ב'. משהו יצטרך לספק הסבר שהדין הפלילי הפורמלי אינו מספק. אם יש בעיה באחד מהמבחנים הללו, קשה מאד לדמיון התאמה רציונלית. לא פשוט למצוא התאמה כזו, למשל, במידה שההפללה יוצרת שוק שחור משמעותי (ופירוש הדבר שיש בעיה גדולה באכיפה), היבט שמתחבר גם ל**‘פגיעת האיסור’** שבשרשרת ההפללה.

(ב5) מבחן **ההכרחיות** בוחן אם קיים אמצעי פוגעני פחות להשגת מרבית המטרה. שרשרת ההפללה תמלאו בתוכן של **חלופיות**, הנוגע לחיפוש אחר חלופת הפללה.<sup>23</sup> השלב השלישי בשרשרת ההפללה מתאים בדיוק למבחן זה, ומאפשר חיפוש שיטתי רחב ויעיל אחר חלופות הפללה. הבנה שלמה של המהלך הסיבתי, האופן בו סוג ההתנהגות גורם נזק, תאפשר לזהות נקודות הסדרה פוטנציאליות להתערבות במהלך זה ולמניעת הנזק. במידה שזיהינו כאלו, ובמידה שהן מאפשרות למנוע את הנזק, ובמידה שההסדרה החלופית פחות פוגענית מהפללה - הרי שלא פשוט לטעון שההפללה חוקתית.

(ג5) מבחן **המידתיות במובן הצר** מאזן בין תועלת החוק לבין פגיעותיו.<sup>24</sup> התועלת מאיסור שעבר את הבחינות עד כה היא מניעת הנזק שביקשנו למנוע או לכל הפחות צמצום משמעותי שלו.<sup>25</sup> בהיעדר חלופה מוצלחת, וגם בהינתן שהאיסור מסוגל לעשות טוב, עדיין יש לשקול אם האיסור מביא יותר טוב מאשר רע. כאן ניתן לשקול את הפגיעות הנובעות מהאיסור שתיארתי קודם: **‘פגיעת האיסור’** ו**‘פגיעת האכיפה’**. איסור שעושה יותר רע מטוב - ודאי אינו חוקתי.

זו, בקצרה, פסקת ההפללה. היא אינה מצריכה צעד חוקתי או חקיקתי חדש של הכנסת, משום שהיא אינה סותרת את פסקת

21 ראו דן ב"ן "חוקי היסוד והעבירות הספציפיות" **מחקרי משפט** יג 251, 251-252 (1995); יהודית קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** מב 64, 79, 82, 94-95, 120 (1996).

22 ראו שי לביא "צדק מתקן בפלילים - עיון מחודש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים - לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511, 519-518, 550 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר, שי לביא - עורכים, 2010). והתגובה: מרדכי קרמיניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" מגמות בפלילים - לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 609, 622, 624 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר, שי לביא - עורכים, 2010).

23 לשאלת נוסח האיסור, שמתקשרת גם כן למבחן ההכרחיות, אצלול בהרחבה בהמשך דרכי: ראו אסף הרדוף הפללה תכליתית (טייטה).

24 אני משתמש במילה 'פגיעות' ולא במילה 'נזק' כדי לא לבלבל עם ההצדקה להפללה, הפגיעה הערכית שבבסיס ההתנהגות.

25 אם הטענה היא שההפללה באה להשיג מסר אקספרסיבי גרידא, הרי שיש לתהות אם היא מסוגלת לכך ואם היא הדרך הפחות פוגענית לכך. על כך ראו הפשע המקוון, לעיל ה"ש 12, בעמ' 64-66 וההפניות המובאות שם.

26 בפרשת אונגרפלד נדונה פרשנות האיסור על העלבת עובד ציבור הקבוע בסעיף 288 לחוק העונשין. עיקר הדיון הוקדש לפרשנות האיסור, אך נעשה גם ניתוח חוקתי

**נוסח האיסור והפגיעות שבבסיסו:** לנוסח האיסור יש, כמובן, השלכה על הבחינה החוקתית. הבחינה תתמקד סביבו: **"הרוכש שירות של מעשה זנות, דינו - מאסר שישה חודשים"**. אלו הפגיעות אותן מבקש האיסור למנוע, כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק: פגיעה בכבוד הזונה ובחירותה; פגיעה מופשטת בכבודן של נשים ובשוויון הזכויות שלהן בחברה; פגיעה פיזית בזונה ואינוסה; סחר בנשים; והגנה על זונות קטינות.<sup>28</sup>

**(1) פגיעה בזכויות:** ככל איסור פלילי, גם האיסור על רכישת שירותי זנות פוגע בחירות במובנה העיוני (האוטונומיה של כל אזרח) ובהמשך המעשי (האזרח שעומד לדין ומצוי בסכנת כליאה). גם כבודו של האזרח (ואולי גם פרטיותו) נפגע מהסטיגמה הפלילית שעלולה להיות מוטלת עליו, וכן מעצם ניהול הליך פלילי נגדו.

פרט לפגיעה בצרכן, נלווית פגיעה מובנית בחופש העיסוק של הזונה: אמנם ההצעה אינה מפלילה במישרין את מעשה הזנות, אך אין מעשה זנות ללא צרכן, וכאשר המשפט הפלילי נלחם בצרכן הוא פוגע ביכולתה המעשית של הזונה לעסוק בזנות; מה גם שניתן יהיה לעתים להעמיד לדין את הזונה בגין סיוע או שידול לצריכת זנות. יודגש: מכיוון שהזנות אינה מוסדרת בחוק כיום, אולי נשמע פרובוקטיבי לדבר על זכות משפטית לעסוק בזנות; אך כל עוד הזנות אינה מופללת, הכלל ביחס לאזרחית הוא שמה שלא נאסר עליה במפורש - מותר. אם לאדם מותר לעסוק במתן עיסוי אך הדין אוסר על קבלת עיסוי - חופש העיסוק של המעסה ודאי היה נפגע מכך.

**(2) הסמכה בחוק או לפיו:** במידה שהצעת החוק תתקבל, המבחן יתקיים.

**(3) הלימה לערכי מדינת ישראל:** כאמור, מבחן ההלימה לרוב אינו זוכה למשמעות בפסיקה, אלא נבלע במבחן התכליתי. כדי שהמבחן יתרום לשיקולי ההפללה, יש להניח שההלימה מביטה בערכי המדינה כפי שהם משתקפים מחוקיה האחרים. האם ערכי המדינה תואמים לאלו שמפורטים בתכלית הראויה? הרצון למנוע אינוס ופגיעה פיזית, סחר בנשים וזנות קטינות - משתקף היטב בחוק העונשין. מה לגבי כבוד האישה? כיצד מגנה המדינה על ערך זה בהקשרים אחרים? טלו למשל את נושאי הדרת הנשים, השירות הצבאי, דיני הנישואין והגירושין ועוד: האם ההגנה על כבוד האישה משתקפת כערך פוזיטיבי אמיתי בחברה, או שמא מדובר בהפללה סלקטיבית? ניתן לגרוס שזה לא אותו

דבר. אך אדרבא ואדרבא: אם זה לא אותו דבר, צריך להסביר מה שונה. מבחן ההלימה החוקתי מתקשר למבחן 'צרות-היתר' משרשרת ההפלה ומאלץ אותנו לחדד את הערך המוגן: לא כבוד האישה, אלא כבוד האישה ביחס לאוטונומיה על גופה. גם כאן ניתן יהיה להפנות להסדרים משפטיים אחרים ולתהות עד כמה כבוד האישה ביחס לאוטונומיה על גופה הוא ערך שמשתקף מהמשפט הישראלי: למשל, האיסור הפלילי על הפלות ודאי פוגע באוטונומיה של האישה על גופה. גם זה לא אותו דבר? הבחינה החוקתית היא ההזדמנות לנסות ולשער כיצד הדברים שונים. יתרונו של מבחן ההלימה הוא במבט הצידה, שמזכיר לנו הסדרים משפטיים אחרים שניתן לתהות על קנקנם וצדקתם, וכיצד הם דרים בשלום עם האיסור המוצע.<sup>29</sup> עם זאת נראה כי בסופו של דבר, אין זה סביר שאיסור יבוטל או אף יוצר בגין מבחן ההלימה לבדו. יש להמשיך אפוא למבחנים האחרים.

**(4) תכלית ראויה:** האם מניעת פגיעה בכבוד הזונה ובחירותה, מניעת פגיעה פיזית בזונה ואינוסה, מניעת סחר בנשים ומניעת הגנה על זונות קטינות - היא תכלית ראויה? ברור שכן.

**(5) מידתיות - התאמה רציונלית:** האם הפללת צריכת זנות תסייע למניעת הנזקים האמורים? שלב זה הוא מרכזי בבחינה החוקתית הקיימת בישראל. הוא מרכזי גם בפסקת ההפלה, שבוחנת אותו באפיקים חשובים, שמצד אחד הכרחיים לקביעת ההתאמה הרציונלית, ומצד אחר אינם זוכים לניתוח משמעותי באקדמיה ובפרקטיקה. מדובר בעמידה דקדקנית על 'הסיבותיות ההתנהגותית', ועל 'התכליתיות', שעניינה 'האכיפת' ומבחן 'צרות-היתר'. כל אחד מהם מאפשר דיון ארוך, אך נאמן להנחת המוצא, אסתפק בשלב זה בכתיבה אינטואיטיבית/לוגית.

**'הסיבותיות ההתנהגותית'** אמורה להיבחן ביחס לכל אחד מהנזקים הנטענים:

א. **פגיעה בכבוד האישה.** האם וכיצד נפגע כבוד האישה מצריכת שירותי זנות? הצורך להשיב על שאלה זו מחייבנו להשיב באיזה כבוד מדובר - כבוד הזונה שעל הפרק או כבוד הנשים בכללותן. בהנחה שהאיסור מכוון לזונה עצמה ולכבודה, ולא לטענה שנשים נפגעות מעצם קיומה של הזנות, הרי שיש לקשור בין ההתנהגות לבין הנזק. בחינה זו נעשית באופן לוגי. ראשיתה בהצבת ההתנהגות בצד אחד והנזק הנטען בצד האחר. זהו החלק הקל. החלק שלעיתים קשה יותר הוא

קצר לאיסור. ראו רע"פ 2660/05 **אונגרפלד נ' מ"י** פסקה 36-39 לפסק דין השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנב, 13.8.08). עתירה לדין נוסף נדחתה בדעת רוב, תוך נגיעה גם לבחינה החוקתית: ראו דר"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מ"י** פסקה 21-22 לפסק דין השופטת פרוקצ'יה (11.7.11). להצגת הדין וביקורת קצרה ראו פסקת ההפלה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 260-262.

**27** הצעת חוק איסור צריכת זנות וטיפול בקהילה (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010. מדובר בהצעת חוק פרטית שעברה קריאה טרומית במליאת הכנסת ביום 15.2.12. זאת לאחר שוועדת השרים לענייני חקיקה החליטה לתמוך בה באופן מותנה, ובכפוף לכך שההצעה תחזור לדין נוסף בוועדת השרים, לאישור לפני העברתה לקריאה ראשונה. **28** שם.

**29** הסינוגוריה הציבורית באמצעות ד"ר חגית לרנאו תקפה את הצעת החוק, בין היתר בטענה שכל עוד אין התאמה בין היחס הציבורי לתופעת הזנות לבין התפיסה הערכית העומדת ביסוד הצעת החוק. נדרשת עבודת הסברה רחבת היקף שתשנה את תפיסת החומרה של הבעיה בציבור הרחב, וזאת לפני חקיקת החוק. ראו: הערות הסינוגוריה הציבורית להצעת חוק איסור צריכת זנות וטיפול בקהילה (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010 (להלן: הערות הסינוגוריה), זמין ב-<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/2349B2FB-5EC7-4729-B908-C80BB11D52CE/33729/prostitution.pdf>.

שייטיב עם הסרסור ← מצב בו מבחינה מעשית קל יותר לנצל נשים ממדינות זרות ← **סחר בנשים**. עד כמה המהלך הסיבתי חזק? דומני שהוא בהחלט לא חלש, במבט לוגי (חולשותיו תעלינה בהמשך). צריכת זנות מאותתת על ביקוש, ובהנחת מחסור בנשים מקומיות שתעסוקנה בזנות, או אפילו מתוך רצון להתחרות בהן, נוצר תמריץ להבאת נשים זרות. אמנם, אין הכרח לוגי שהבאתן תהיה בכפייה; ועדיין, המהלך לוגי.

ד. **זנות קטינות**: נזק זה מתקשר לחוסר היכולת של קטינות לגבש בחירה אמיתית לעסוק בזנות (וההתייחסות לנזק זה בנפרד מניחה שנשים בוגרות מסוגלות, או לפחות מסוגלות יותר, לגבש בחירה כאמור). מה בינו ובין האיסור המוצע? הנה מהלך אפשרי אחד: צריכת זנות ← איתות על ביקוש ← רצון לספק את הביקוש ← מחסור בבגירות שתספקנה את הביקוש ← כניסת קטינות לשוק ← **זנות קטינות**. מהלך זה מזכיר את המהלך שנגע לסחר בנשים, אך לא ברור כיצד הם משתלבים יחד (אם כל אחד מהם פותר את אותה בעיה, אין צורך בשני לשם פתרונה) ולא ברור כיצד הקטינה מזהה את הביקוש ואת המחסור. הנה מהלך נוסף: צריכת זנות ← עירוב זנות בגירות וקטינות ← קושי הבחנה של לקוחות ושל הרשויות בין הקטינה לבגירה ← **זנות קטינות**. מהלך זה שונה מאד מקודמו: הוא מניח שתחת משטר שאינו מפליל זנות, קל יותר לזנות קטינות להתקיים בחסות זנות הבגירות. ברור שככל שהקטינה נחזית כבגירה, קשה יותר ללקוח להבחין בכך (אך אז גם סביר שלא ניתן יהיה לאכוף את העבירה של זנות קטינות, בהיעדר יסוד נפשי) וקשה יותר למשטרה, שכרגע אינה נלחמת בזנות ובצרכני זנות, להגיע לזנות קטינות ולהגן עליהן. מהלך זה אינו בלתי משכנע מבחינה לוגית, אך שוב - חולשותיו קיימות והן תעלינה בהמשך.

לאחר 'הסיביות ההתנהגותית' מגיעה **התכליתיות**, המורכבת מאכיפות ומצרות-יתר.

**מבחן 'האכיפות'**: האם הדין הפלילי מסוגל למנוע צריכת זנות בעזרת מימוש שיטות עבודתו. אם אין הוא מסוגל לכך, אין התאמה רציונלית בין האיסור לתכליתו. מבחן זה מתפרק לארבעה מבחני משנה בהקשר שלפנינו:

א. **יכולת לאיתור צרכני זנות**: כיום אין זה מסובך לאתר צרכני זנות, משום שהזנות והצריכה אינן מופללות (וגם מה שמופלל,

הצגת הסבר אינטואיטיבי (שכמובן על תומכי ההפלה לגבות בתימוכין אמפיריים). כך זה מתחיל: צריכת זנות ← **פגיעה בכבוד האישה**. ברור שמשוואה זו חסרה כמה מהלכים, שעל תומכי ההפלה להשלים. הנה אפשרות אחת אינטואיטיבית: צריכת זנות ← הצרכן משפיל את האישה לפני/במהלך/אחרי המעשה ← **פגיעה בכבוד האישה**. הנה אפשרות נוספת: צריכת זנות ← האישה חשה מושפלת מעצם מעשה הזנות ← **פגיעה בכבוד האישה**. בשתי האפשרויות יש חולשה מסוימת במהלך הסיבתי. החולשה בראשונה היא שאין כל הכרח שהצרכן ינקוט אקט אקטיבי להשפלת האישה; וגם אם כן - ניתן להסתפק בהפלת האקט האקטיבי בלבד (ראו בהמשך, בהקשר של ניסוח האיסור). החולשה בשנייה היא שלא כל אישה תחוש השפלה מעצם המעשה; זאת, כמובן, בהנחה שהאישה היא אדם בגיר שבחר בזנות (ולא אכנס כאן לדין פילוסופי על חופש הבחירה;<sup>30</sup> ברור שמהצד זו אינה נראית בחירה טובה).<sup>32</sup> בהנחה שהאיסור מכוון לנשים בכללותן, לפגיעה במגדר הנשי ובשוויון הזכויות של הנשים בחברה מעצם תופעת הזנות, ניתן לתאר מהלך כאמור: צריכת זנות ← צמיחת התופעה ← תחושה ציבורית שגוף האישה הוא סחורה ← **פגיעה בכבוד המגדר ובשוויון**. עד כמה חזק מהלך זה? אני מתקשה לומר. האם מתופעת הזנות נובעת תחושה ציבורית כאמור? האמנם נפגע כבוד המגדר והשוויון במצב כזה? האם הפמיניזם הוא שחווה את הפגיעה או זה שמצביע עליה? איני יודע.

את אותו מהלך אערוך בקיצור נמרץ ביחס לנזקים הנטענים האחרים.

ב. **פגיעה פיזית בזונה**: נזק זה עניינו אינוס ו/או אלימות כלפי הזונה. אין בידי נתונים על אחוז הפגיעה הפיזית בזונה מתוך כלל צריכת הזנות; אך ברי שאין הכרח לוגי שצריכת זנות תוביל לפגיעה פיזית. מכל מקום, לפגיעה הפיזית בזונה בוודאי יש מענה בעבירות אחרות.

ג. **סחר בנשים**: נזק זה עניינו התעשייה שבבסיס הזנות והערכים הנפגעים ממנה: חירות האדם ובהמשך לה כבודו, הזכות לשלמות גופו, לפרטיותו וכדומה. לעת עתה איני שסחר בנשים מזיק כשלעצמו. הנה מהלך אפשרי: צריכת זנות ← איתות על ביקוש ← רצון לספק את הביקוש ← מחסור בנשים שמעוניינות לספק את הביקוש / רצון לספק את הביקוש באופן

30 אם הטענה היא שאין לזונה חופש בחירה, הרי שההפלה של צריכת זנות אינה נחוצה, באשר כל זונה נאנסת; אם לא על ידי הלקוח שאינו מודע לכפייה, אז ודאי על ידי הסרסור. שיש להאשימו באינוס, עבירה חמורה מסרסרות.

31 הסניגוריה הציבורית גרסה כי הדין הפלילי מגן וראוי שיגן על הסכמה ולא על רצון חופשי ומלא. ראו שם. לעמדה חולקת ראו גילי ורון 'הגורל אכזר, אנחנו לא' עורך הדין 44 (אפריל 2012), זמין ב- [http://www.israelbar.org.il/UploadFiles/orach-hadin\\_new\\_issue\\_15.pdf](http://www.israelbar.org.il/UploadFiles/orach-hadin_new_issue_15.pdf).

32 ראו דברי הסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 27, המציעים להקים תוכנית הדרכה ללקוחות שאליה יישלחו אנשים שנעצרו לראשונה בגין עבירה זו, ולהימנע מהגשת כתב אישום נגדם אם סיימו את התוכנית במלאה ועמדו בדרישותיה.

33 הסניגוריה הציבורית הצביעה על דיס-הרמוניה בהצעת החוק: חציצה בין אותן השירותים למקבלו זרה לדין הפלילי ורוב המדינות שמפלילות לקוחות, מפלילות גם את הזונות. ראו: הערות הסניגוריה, לעיל ה"ש 29.

34 לטיעון שהאיסור המוצע יביא להורדת הזנות למחלת הקשר בינה לבין עבריינים, כמו גם לקשיי אכיפה ואיסוף ראיות ואף להפלה עקיפה של הזנות עצמה, ראו שם; וכן ישי שרון 'סוף הפללה בלא מחשבה תחילה' עורך הדין 47, 48-49 (אפריל 2012), זמין ב- <http://www.israelbar.org.il/UploadFiles/orach->

עושה רושם, אינו זוכה לאכיפה רצינית; סרסרות (למשל). כשהצריכה תופלת, האיתור יסתבך, במיוחד לאור העובדה שסביר להניח שהזנות לא תמהרנה להסגיר את לקוחותיהן. האיתור יצטרך להישען על מודיעין, סוכנות סמויות ועוד.

ב. **יכולת תפיסת צרכני זנות:** במידה שאותרו, לא צפוי קושי מיוחד בתפיסת הצרכנים, באשר הפעילות היא פיזית מקומית (להבדיל מפעילות מקוונת, למשל).

ג. **יכולת איסוף ראיות שמספיקות להעמדה לדין:** תפיסה על חם תאפשר העמדה לדין על בסיס עדויות המשטרה. תפיסה אחרת תצריך הודאה מצד הלקוח או הפללה מצד הזונה, שאינה צפויה במקרים רבים לשתף פעולה בחקירה ובוודאי לא במשפט. עדיין, ניתן לאסוף ראיות ביחס לצריכת זנות.

ד. **יכולת לצמצום סוג ההתנהגות האסור באמצעות ענישה:** האם סנקציות פליליות יכולות לצמצם צריכת זנות? מבחן משנה זה מניח ששלושת קודמיו התקיימו. האם במצב כזה ענישה תוכל לצמצם צריכת זנות באמצעות הרתעה, שלילת יכולת וכדומה? ייתכן שתתקיים הרתעה נוכח העונשים עצמם, שאינם כבדים אך גם אינם נעימים, ונוכח הסטיגמה הנלווית לצרכן זנות. שלילת יכולת אינה נראית רלוונטית נוכח העונש הקל יחסית המוצע. שיקום הוא דווקא אפשרות שהחוק מנסה לעודד.<sup>32</sup> שאלה שצריכה להישאל היא עד כמה יכול האיסור על צריכת זנות לצמצם את הצריכה בשעה שהחוק מתיר באין מפריע את הזנות עצמה: כל עוד יש היצע, יש תמריץ מעשי לצרכן לפנות ולבקשו.<sup>33</sup> שאלה נוספת נוגעת לשוק השחור: הסיכוי שהאיסור על צריכת הזנות יביא להפחתת פוחת כשקיים שוק שחור לזנות, משום שהפללת הצריכה של זנות תעצים את החיבור בין הזנות לבין הסחר בנשים, באשר תצמח 'שותפות רעים' של שירותים שניתנים מחוץ לעין החוק - סחר באדם, וצריכת זנות.<sup>34</sup>

**מבחן 'צרות-היתר':** זהו המבחן האחרון לפני שניסיק התאמה רצינונית (ניתן כבר כעת להתרשם עד כמה פסקת ההפלה הופכת את מבחן ההתאמה הרצינונית לרציני ומלא תוכן אמיתי). הוא בוחן אם הנזקים שבשמן נולד האיסור מתגבשים באין מפריע מסוגי התנהגות אחרים.

דומה שהתשובה ביחס לשלושה נזקים - אינוס ותקיפה, סחר

וזנות קטינות - היא פשוטה יחסית: האיל והחוק הפלילי נלחם באינוס (סעיף 345 לחוק העונשין והעבירות הנלוות) ובתקיפה (סעיף 378 והעבירות הנלוות), בסחר בנשים (סעיף 377 ועבירות נלוות) ובזנות קטינות (סעיפים 203ב + 203ג) - קשה אינטואיטיבית להצביע על 'צרות-היתר' בהפללת צריכת זנות. כלומר, מבחינת נזקים אלה, האיסור אינו צר באופן בלתי חוקתי. בנוגע לפגיעה בכבוד האישה, עולות שאלות שעלו קודם, במבחן ההלימה, בנוגע לחידוד הנזק הנוטע. האם הפגיעה שמבקשים למנוע בכבוד האישה נוגעת לזונה עצמה או לנשים בכללותן, למגדר הנשי? שוב אינו שהיא נוגעת לזונה עצמה כישות אוטונומית ולא לזנות כתופעה שמטרידה דווקא נשים שאינן עוסקות בזנות. האם המשפט אכן מבקש למנוע באופן שיטתי פגיעה בכבוד אישה? במובנים מסוימים כן, למשל בנוגע למלחמה בהטרדה מינית. במובנים אחרים פחות. כפי שהומחש קודם, מבחן 'צרות-היתר' מצריך אותנו לחדד את הערך הנפגע ולהסביר מדוע כאן מוצדקת הפללה ובהקשרים אחרים לא. העניין מזמין דיון מעמיק שלא אוכל להיכנס אליו במסגרת אינטואיטיבית זו. אציג בקצרה שני סוגי התנהגות שמציבים סימן שאלה הנוגע למבחן ההתאמה הרצינונית וצרות-היתר.

**הסוג האחד** נראה דומה מאד ומעלה תהיה מדוע זנות כן והוא לא; כוונתי לצריכת שירותי **חשפנות**. גם אלו ניתנים לתיאור במהלך סיבתי דומה עד זהה למהלך המוצע ביחס לזנות. האם הגיוני וצודק להילחם בזנות ובצריכתה בלי להילחם בחשפנות ובצריכתה? ברור שבעתיד תיתכן גם מלחמה בחשפנות. אך האם כיום יש סיבה להבחין בין השתיים, בנוגע לפגיעה בכבוד האישה? איני בטוח. דומני שכיום החשפנות מותרת או לכל הפחות לא נאסרה במפורש, **על כל חוליותיה:** החשפנות, צריכתה, תיווכה, פרסומה, החזקת מקום לשם עריכתה וכדומה. **הסוג השני** מעלה סימני שאלה מסוג אחר: **הזנות עצמה.** מדוע לאסור על הצריכה אך לא על הזנות? אם הזנות מסוכנת לאישה, האם לא ראוי לשמור עליה מפני עצמה? בנוסף, מבחן 'צרות-היתר' בוחן לא רק את הדין הפלילי אלא את הדין בכללותו. האמנם הדין מבקש למנוע את נזקי הזנות? עניין זה מתקשר גם למבחן ההכרחיות, שאליו נעבור עתה.

**(ב5) מידתיות - מבחן ההכרחיות:** האם קיים אמצעי פוגעני פחות

hadin\_new\_issue\_15.pdf

35 הצעת החוק עצמה הדגישה שהיא חלה בנוסף לסעיפי העונשין האמורים ולא במקומם. אין זה מופרך להפלייל התנהגות א' כדי להוסיף כרית ביטחון להפללת התנהגות ב'; אך ככל שהקשר בין א' לבין ב' נחלש, ההצדקה של כרית הביטחון הולכת ופוחתת.

36 לכאורה, כל עבירה ניתן למנוע באמצעות חינוך, ולכן מה הטעם להעלות חלופה כזו? לכך אשיב באופן כללי ובאופן ספציפי. באופן כללי, האפשרות לצמצם חלק משמעותי מהדין הפלילי או למיצער חלק משמעותי מביצוע עבירות - אין פירושה שמסלול החינוך כחלופה להפלה אינו משכנע. להפך: אולי אם תוטל על מערכת החינוך חובה מוגברת לחנך לשמירת החוק - אפשר יהיה לחסוך קרבנות ומשאבים. באופן ספציפי, ככל שהעבירה מתקשרת למשהו שאינו נתפס כמגונה חברתית באופן עמוק ורחב (להבדיל למשל מאנוס או רצח), כוחו של החינוך כחלופה להפלה עשוי להיות חשוב במיוחד, כדי לשנות את התפיסה החברתית כך שתוקיע תופעות מסוימות ולאפשר לתלמידים ואף לסטודנטים, ובאמצעותם לחברה בכללותה, להפנים את הנזק הבלתי נראה לעין מתופעות כמו זנות.

37 הסינוגוריה הציבורית לא חלקה עצמאית הניצול של נשים וילדים העוסקים בזנות היא תכלית חברתית חשובה וראויה, אלא שלדעתה יש להשיגה בהרחבת הזדמנויות העבודה ובחינוך והסברה שיאפשרו למנוע את נזקי הזנות ולשנות את התרבות בישראל. ראו: הערות הסינוגוריה, לעיל ה"ש 29; שרון, לעיל ה"ש 34, בעמ' 49.

משום שהיא מביאה או עלולה להביא באופן טיפוסי לנזק, שהוא בסיס ההצדקה לאיסור. בהנחה שאנו מעוניינים למנוע אונס, סחר בנשים, זנות קטניות והשפלה מובנית - ייתכן שהפתרון הוא דווקא הסדרה חוקית של הזנות. משטר רישוי מפקח עשוי להבטיח שהזונה תעסוק בכך מרצונה. הדבר חשוב במיוחד למלחמה בסחר בנשים כשהזונה הגיעה ממדינה זרה. הוא עשוי לצמצם משמעותית את מקרי האונס וההשפלה דווקא משום הוצאת הזנות מהמקום בו היא מצויה כרגע - בין שמיים וארץ, בין הסדרה להפללה. הסיכוי לאונס ולהשפלה בוודאי גבוה יותר ביחס לזנות רחוב מאשר לזנות מורשית בפיקוח.<sup>38</sup> (ג) **קטיעת סיבתיות פוסט-התנהגותית** תרה אחר דרכים לייצר תמריצים שליליים (ששונים מאלו שמייצר המשפט הפלילי) לצריכת זנות. ניתן לבחור במשטר מנהלי שיציע טיפול משקם לצרכני הזנות (ולא פחות חשוב: לזונות עצמן)<sup>39</sup> תוך הטלת סנקציות בלתי פליליות במידה שיסרבו, כמו קנס מנהלי או הכנסת שמות הצרכנים לרשימה, אקט שיכול להתרע מאד, שלא לדבר על האקט של פרסום שמות הצרכנים ללא העמדתם לדין (נניח - לאחר אזהרה בפעם הראשונה); והסתמכות על הסנקציות החברתיות שגם כיום רלוונטיות ביחס לצריכת זנות, שלרוב נעשית במחשכים ובבושה. במקרים המתאימים ניתן לייצר עוולות מדיניות, למשל ביחס ללקוח משפיל.

**(ג5) מידתיות - מבחן המידתיות במובן הצר:** כעת הזמן לאזן בין התועלת של ההפללה לבין פגיעתה. התועלת היא מניעת או הפחתת הנזקים, בהנחה שאמנם תושג. פגיעת ההפללה מתפצלת לפגיעת האיסור ולפגיעת האכיפה.

**'פגיעת האיסור':** ראשית, מעצם קיום האיסור נפגעות חירות הצרכנים וחירות העיסוק של הזונות; ואף אם איננו מוצאים ערך רב בחירויות אלו, עדיין יש לתת להן משקל כלשהו, כחברה שמעריכה את רצונות פרטיות. שנית, פגיעה נוספת שנובעת מקיומו של האיסור עלי ספר היא לידתו של שוק שחור או הרחבתו (כאשר התקיים גם קודם שוק שחור, לא משום שההתנהגות נאסרה, אלא משום שהיא חרגה מנורמות משפטיות אחרות, כמו מיסוי). מצבו המוזר של החוק הישראלי ביחס לזנות כיום, שאוסר על חלקים מסוימים בשרשרת הזנות ומתעלם מאחרים, מביא לכך שכבר כיום יש שוק שחור ביחס לזנות ולסרסרות ולהחזקת מקום לזנות, ולצדו שוק אפור, שאינו פלילי אך גם אינו חוקי. השוק השחור **צפוי לייצר**

מהאיסור הנדון להשגת מרבית מטרת האיסור? ביחס להפללה, מבחן זה כולל את **ה'חלופיות'**, שלה שני היבטים בהקשר הנוכחי: ניסוח האיסור מצד אחד; וחלופת הפללה מצד אחר.

א. **ניסוח האיסור:** ההגדרה המוצעת, "הרוכש שירות של מעשה זנות", על פניה עמומה מאד. מהו מעשה זנות, מהו שירות ומהי רכישה? עמימות היא מתכון לפגיעה בלתי הכרחית בזכויות אדם. תחת ניסוח כזה, מחר יהיו תובעת שתטען שגם חשפנות היא בבחינת זנות, ותובע שיטען שגבר שמתגמל במתנות את בת זוגו למיטה (שאינה בת זוגו לחיים) רוכש שירות של מעשה זנות. דומני שהאיסור האמור רחב יתר על המידה. בנוסף, ניתן לתהות שמא אפשר לצמצם את הניסוח כך שיתפוס רק את אלו שגרמו לנזקים האמורים. מבט באיסורים אחרים מטיל ספק בהכרחיות האיסור על צריכת זנות כדי למנוע אונס (אסור וחמור), סחר בנשים (כ"ל) וזנות קטניות (אסור ופחות חמור).<sup>35</sup> בנוגע לכבוד האישה, אפשר לנסח את האיסור כך שיחול רק במצבים בהם הצרכן פגע אקטיבית בכבוד האישה או למצער עצם עיניו לנוכח מצוקתה הניכרת, למשל כאשר היא מפגינה סימנים ממשיים של הסכמה בלתי ברירה, של חוסר רצון להימצא במקום בו נמצאת.

ב. **חלופת הפללה:** אפיק זה ממחיש את **החולשה הגדולה ביותר, לתחושת, של הצעת החוק:** הבחירה בהפללה דווקא. חיפוש שיטתי עשוי לאפשר דרכים למנוע את הנזק בלי להשתמש בדין הפלילי. המהלך הסיבתי שטרחנו לפרט קודם - משתלם כעת, משום שאפשר לנסות ולהציע דרכים לקטוע אותו, הכל בהתאם לנזק הנטען ולמהלך הסיבתי הנטען. מטעמי מקום, וגם כדי להמשיך לדמות את פעולתו של סיגור עסוק, לא אכנס לדיון מלא בכל נזק ובכל מהלך ובכל קטיעה אפשרית. אסתפק בהמחשה.

(א) **קטיעת סיבתיות קדם התנהגותית** תרה אחר דרכים למנוע את ההתנהגות לפני שקרתה, בהסרת תנאים ותמריצים חיוביים לה. למשל, בהנחה שהנזק הוא פגיעה בכבוד נשים, ניתן לחנך ולערוך מסעות תעמולה<sup>36</sup> בעד כבוד נשים ונגד מין בתשלום, וכן לפתוח אפשרויות תעסוקה הולמות לעוסקים בזנות.<sup>37</sup> בהנחה שהנזק הוא אינוס נשים, ייתכן שהדרך הטובה יותר לקטוע אותו היא דווקא להכשיר ולהסדיר את הזנות והצריכה, כמפורט מיד.

(ב) **קטיעת סיבתיות התנהגותית** תרה אחר דרכים לחתוך את הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לבין הנזק. לטענתי, כל התנהגות שנאסרת אינה נאסרת משום שאינה נושאת חן בעינינו, אלא

38 על כך ראו גם רשימה קצרה שכתבתי במקום אחר: "רישיון לזנות - על זה לא חשבו בכנסת" Ynet (17.2.12), זמין ב- <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4191066,00.html>

39 שוב לכאורה, ניתן לטעון שמסלול השיקום אטרקטיבי באופן כללי ולכן אין טעם להעלותו. ושוב, תשובתי היא שבאופן כללי, ראוי היה ששקיע יותר חשיבה ומשאבים במסלול חלופי זה, שמסייע לפרט להתיישר עם החברה במקום להענישו בראש חוצות; ובאופן ספציפי, ככל שהעבירה היא תופעה חברתית שאינה זוכה לגינה חברתית קשה, כך השיקום עשוי לסייע לפרט (ודרכו גם לחברה בכללותה) לראות את האור ולהבין את הנזק לו תרם ואת הקרבתו למולם עצם עין, ובכך להיות חשוב במיוחד כחלופה מידתית יותר להפללה.

40 לחשש כאמור ראו גם: הערות הסיגוריה, לעיל ה"ש 29.

41 על כך ראו T. Alexander Aleinikoff, Constitutional Law in the Age of Balancing, 96 YALE L.J. 943, 945, 972-978, 992-994 (1987); מיכאל בירנהר "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקר משפט יט 591, 595-596 (2003).

42 שני שרי המשפטים האחרונים, שניהם גם אנשי אקדמיה, התבטאו בגנות רוח-היתר של הדין הפלילי: פרופ' דינאל פרידמן במסגרת האקדמית, לעיל ה"ש 9, בעמ'

(כפי שממחישים האיורים על סרסרות ופרסום זנות). הקשיים הרבים שעולים מפסקת ההפלה של צריכת זנות מלמדים על איסור שצפוי להתקשות לעמוד במבחן חוקתי. אך בסופו של יום, כפי שכתבתי באופן כללי, שאלת האיזון לעולם תהא פתוחה לפרשנות: האם האיסור יעמוד במבחן חוקתי, יבוטל או יוצר. עיקר התקפה וההצרה תכונה לשלבים שקודמים לאיזון עצמו, בהם קשה יותר להסתתר מאחורי עמימותו של רעיון האיזון.<sup>43</sup>

**1. סיכום**

הדין הפלילי הולך ומתרחב. באקדמיה המשפטית בעולם המגמה הזו מטרידה מספר הולך וגדל של מלומדים. בישראל, שיח ההפלה עודנו מנומנם, אך אין זאת אומרת שאין פה התרחבות יתר; להפך.<sup>42</sup> הדין הפלילי אינו פתרון קסם לכל תחלואי החברה.<sup>43</sup> הסינוגוריה הציבורית המבקשת להעביר את המסר האמור עשויה לעשות את שעשתה בעניין צריכת הזנות, ולהביע עמדתה בפני משרד המשפטים והכנסת בטרם ייוולד איסור חדש. בהמשך, אם ייוולד איסור חדש בכל זאת, תוכל כל סינוגורית לעשות שני דברים: לתקוף אותו חוקתית; ולהצר אותו חוקתית. דיני העונשין, אין מדגישים מספיק, הם ענף של המשפט הציבורי.<sup>44</sup> האם לא הגיעה העת לחזק את הרובד החוקתי שלו?

קצת לאחר קבלת חוקי היסוד, הלכו הטיעונים החוקתיים והתפשטו, עד שהביאו לביקורת שיפוטית לא על החקיקה אלא דווקא על הטוענים.<sup>45</sup> בחלוף השנים נתגלה שהתקיפה החוקתית היא מכשיר שיכולתו להביא לביטול חוקים מוגבלת ביותר, אם משום שהמחוקק נוהג ריסון לאור חוקי היסוד ואם מפני שדווקא בתי המשפט נוהגים ריסון לאור יחסי הרשויות השבריריים. דומני שמטעמי ריסון שיפוטי, ולא דווקא משום שאין בנמצא איסורים מפוקפקים, הסיכוי להכרזה על בטלותם של איסורים פליליים אינו גבוה. אך אין זאת אומרת שהפן החוקתי של המשפט הפלילי צריך להישאר זנות.

**ההצרה החוקתית** היא בהחלט אפשרות ריאלית שלא תעורר בבית המשפט חשש מביקורת מבית המחוקקים, באשר פרשנות חקיקה היא חלק הכרחי ומקובל בעבודת בית המשפט. מנגד, ההצרה החוקתית תוכל להוליד זיכיים בעבירות רחבות מדי, לאפשר דין פלילי צודק וטוב יותר, ולתרום משמעותית לחירות האזרחים ולאוטונומיה שלהם. רק צריך לסייע לבתי המשפט לראות את שביל ההצרה. הכדור החוקתי מצוי במגרשי ההגנה.

**את אותם הנזקים** בגינם מבקשים להוליד את האיסור, **ואפילו להחמירם**. הסיכוי להשפלה ולפגיעה בכבוד גובר כשצריכת הזנות היא במשכיים, וכך גם הסיכוי לאונס, לזנות קטניות ולסחר בנשים. זה רלוונטי לא רק למבחן ההתאמה שנדון קודם, אלא גם לפגיעה שנובעת מעצם ההפלה: השוק השחור אינו יכול לשמור על תנאי התברואה והתעסוקה של הזונה, ועשוי לחזק את הקשר בין זנות לסמים ולמחלות ולאלימות ולפגוע בנשים עליהן האיסור מבקש להגן. מנגד, ייתכן שהשוק השחור יהיה קטן יותר מהשוק ה"לבן" או האפור הנוכחי, ועל כן פגיעותיו עשויות להיות מעטות יותר מבחינה מספרית, גם אם חזקות יותר בעוצמתן.

**'פגיעת האכיפה'**: מאכיפת האיסור ניתן לשער שייגרמו פגיעות בחירות המעשית של הצרכנים; כפייה על הזנות להעיד במשטרה ובמשפט; אכיפה סלקטיבית במצב בו המעשים נפוצים;<sup>46</sup> פגיעה בפרטיות הזונה והצרכן בעיקר בתפיסה בעת מעשה הזנות; השפלה של הפרט בהעמדתו לדין בעבירה שהקלון שלה גדול בהרבה מעונש המאסר שלה; וכדומה. במידה שפגיעות ההפלה גדולות מתועלתה, ניתן לתור אחר חלופת הפלה, או למצער לבחור בחלופת הכלום - אי-הסדרה.

**לסיכום פרק זה**, אלו החולשות העיקריות שנמצאו בהפלת צריכת הזנות: היעדר התאמה רציונלית, לנוכח קשר סיבתי בלתי משכנע בין ההתנהגות הנאסרת לבין הנזקים הנוטענים, לנוכח קשיים מסתמנים ב"אכיפות", ולנוכח 'צרות יתר' ועצימת עיניים למול חלק משרשרת הזנות שנותר בלתי מופלל (הזנות עצמה) ולמול התנהגויות דומות אחרות (חשפנות); חלופות שמסתמנות כדרך טובה למנוע או לצמצם את הפגיעות העולות מצריכת הזנות באופן פוגעני פחות מהפלה; צפי לשוק שחור, שלא רק לא ימנע את הפגיעות בזנות ובכבוד האישה באופן כללי אלא אף יחמיר אותן ויחזק את הקשר בין זנות, סרסרות וסחר באדם; צפי לאכיפה סלקטיבית; ועוד. בחינה חוקתית של האיסור שטרם נולד מזמינה הצרה משמעותית שלו (למשל איסור רק על צריכת זנות בניסיונות מחמירות מסוימות), ואולי אף חשיבה מחדש על ההפלה הקיימת של חלקים אחרים בשרשרת הזנות.

באופן אישי, אני נוטה לחשוב שהמשפט הישראלי צריך לבחור: הפלה מלאה של שרשרת הזנות או הסדרה מלאה שלה. שתיהן גיוניות יותר מאשר שרשרת חלקית. אין להתעלם מבעיות הזנות; אך מסופקני אם הדין הפלילי הוא הפתרון ההולם לכן

158; פרופ' יעקב נאמן זמן קצר לאחר כניסתו לתפקיד, ביחס לעבירות כלכליות: [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3764080,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3764080,00.html). וראו את ביקורתו של פרופ' בעוז סגרו על פליליות היתר בישראל, למשל במאמרו "היש בכוחה של ההגנה מן הצדק לעשות צדק?" **הסינוגר** 4 (2007).

43 הסינוגוריה הציבורית ביקרה את הצעת ההפלה של צריכת זנות בגין גישה של עודף קרימינליזציה, הרחבת הדין הפלילי והעמקתו "כאילו היה פתרון קסם לכל בעיה חברתית", והבהירה שלא כל תופעה בלתי רצויה מצדיקה דווקא את השימוש בו. ראו: הערות הסינוגוריה, לעיל ה"ש 29.

44 ראו: Markus D Dubber, Criminal Law between Public and Private Law, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 191, 200-201 (RA: 200-201) (DUFF et al., eds, 2010).

45 ראו ביקורת מתוך בית המשפט העליון על ריבוי יתר של טענות חוקתיות בשנים שלאחר קבלת חוקי היסוד: השופט זמיר בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד (מט) 4 (201), 221, 470-471 (1995), ובבג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת** פ"ד (נ) 485, 496 (1996); השופט חשין בבג"ץ 7357/95 **המפריס נ' מ"י**, פ"ד נ (2) 769, 5 ס' לפסק דינו (1996). פסק דין שעסק בחוקתיות איסור פלילי כלל ביקורת מצד השופטים גרוניס, ביניש ומצא על שימוש מופרז בטענות חוקתיות כדבר שבשגרה. ראו פרשת תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 7.