

## יחסי מין בתמורה: האם ניתן להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות?

מאת

עמית פונדיק\* ואוריאל רוס\*\*

במאמר זה אנחנו טוענים שאין הצדקה תאורטית לעבירות ייחודיות לעולם הזנות, כדוגמת זו שנקבעה בחוק איסור צריכת זנות, התשע"ט–2019. כדי להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות צריך לאתר מאפיין שהופך את יחסי המין בזנות לפסולים (קרי יש להראות שעולם ללא זנות טוב מעולם שיש בו זנות). יש לאתר מאפיין שהופך את יחסי המין בזנות לפסולים מבלי להכניסם לקטגוריה הברורה של אונס, שאם לא כן עבירה ייחודית לעולם הזנות תקל בלא הצדקה עם אנסים. מנגד, המאפיין צריך להיות ייחודי לזנות, שאם לא כן אותה הצדקה להפלה תחול גם על יחסי מין שלא ראוי להפלים. מאמר זה מציג רצף של דוגמאות שבכולן יחסי המין לא היו מתקיימים ללא תמורה חומרית כלשהי, כספית או בעין: החל מזנות רחוב וכלה במופעים מסוימים של נישואין המבוססים על אינטרסים כלכליים אשר אינם מצדיקים את התערבות המשפט הפלילי. אנו מנתחים מגוון של משתנים שקיימים בזנות אך לא במקרים האחרים, ומראים כי חסרונם אינו משפיע על הפסול שהתאוריות השונות מוצאות בזנות. לפיכך טענתנו היא כי אפילו אם התאוריות הקיימות מסוגלות להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות, הן גורפות מדי, שכן הן חלות על מקרים רבים אחרים של יחסי מין שקשה לקבל שהמשפט הפלילי צריך להתערב גם בהם.

**הקדמה. א. תאוריית המסחור של ראדין.** 1. אישיות, שגשוג, השוק וקומנסורביליות. 2. פגיעת השוק באישיות ובשגשוג. 3. מסחור חלקי. 4. מין, מסחור וזנות. 5. הקושי בביסוס הצדקה להתערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות המבוססת על תאוריית המסחור של ראדין. **ב. האם חווי יחס גורמים גם הם למסחור? על הרצף שבין זנות לנישואין.** 1. רצף המקרים. 2. קריטריונים אפשריים לעצירת הרצף. 3. עניין של מידה? **ג. טיעון הרצף ותאוריות אחרות של מסחור.** 1. תאוריית המסחור של אנדרסון. 2. תאוריית המסחור של סנדל. **ד. אי־שוויון מגדרי.** 1. דברה סאן – זנות ואי־שוויון. 2. דיון וביקורת – אי־שוויון על הרצף. **ה. סיכום.**

\* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב.  
\*\* עורך דין בעל תואר ראשון במשפטים (בהצטיינות) מהפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב.

תודתנו נתונה לחנוך דגן ולחיים דרדק, וכן למשתתפי הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב ולמשתתפי הדיון ב-Jurisprudence Discussion Group באוניברסיטת אוקספורד. כמו כן ברצוננו להודות למערכת משפטים ולקוראים החיצוניים על הערותיהם והצעותיהם המועילות.

## הקדמה

טענות רבות נגד התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות מבוססות על שיקולים מסדר שני, קרי שיקולים העוסקים בבעיות שיוצרת ההתערבות באמצעות המשפט הפלילי, בתופעות הלוואי שלה ובמחיר שההתערבות עצמה תגבה מפרטים ספציפיים או מהחברה בכללותה. כך למשל ניתן לטעון שאין להפליל את העוסקות בזנות,<sup>1</sup> שכן אין להפנות את מאמצי האכיפה נגד הקורבנות,<sup>2</sup> ושאינן להפליל את הלקוחות, מהטעם של התערבות יתר בספרה הפרטית,<sup>3</sup> וניתן לטעון אף שאין להפליל צדדים שלישיים שמסייעים או משדלים לזנות, מהטעם של קשיי אכיפה או סדרי עדיפויות בתחום הפלילי.<sup>4</sup> לפי טענות אלו, שיקולים מסדר שני מביאים למסקנה שהמדינה אינה צריכה להתערב באמצעות המשפט הפלילי במניעת זנות, בדומה למקרים רבים אחרים שבהם שיקולים מסדר שני מביאים למסקנה שאין להתערב באמצעות המשפט הפלילי כדי למנוע מעשים לא ראויים (שקרים, בגידות ואולי גם התנהגות לא מנומסת).

טענות מסוג זה מניחות במשתמע שקיום יחסי מין במסגרת זנות הוא פסול, במובן זה שקיים שיקול נורמטיבי כלשהו מסדר ראשון שהיה יכול להצדיק את התערבות המשפט הפלילי אלמלא היו קיימים שיקולים אחרים, מסדר שני, הגוברים על שיקול זה. בבחינת קל וחומר, טענות הקוראות להתערבות של המשפט הפלילי בעולם הזנות חייבות גם הן להתייחס לקיום יחסי מין בזנות כאל מעשה פסול במובן זה. השיקול הנורמטיבי מהסדר הראשון יכול להיות מוסרי, חברתי, כלכלי או אחר – למעשה כל שיקול שיכול לכלל הפחות להביא למסקנה שעולם ללא זנות הוא עולם טוב מעולם שיש בו זנות.<sup>5</sup> הפללה של סוג מעשה מסוים מגייסת את הכוח הכופה של המדינה להוקעה ולמניעה של מעשה זה באמצעות המערכת הפלילית, והפללה כזו מוצדקת רק אם היא מונעת פגיעה באינטרס או בזכות חשובים דיים כדי להצדיק התערבות שכזו. העבירות העומדות בליבו של המשפט הפלילי, כגון רצח, אונס, תקיפה, שוד וכדומה, מקיימות את התנאי הזה במובהק, בהגנתן

1 מאחר שרוב העוסקים בזנות הם נשים ומאחר שהממד המגדרי חשוב לניתוח, מאמר זה מתמקד בעיקר בנשים.

2 זאת העמדה שמתבטאת במאמצים העכשוויים להפלת צרכני זנות בלבד. ראו הצעת חוק המאבק הלאומי בצריכת זנות, ומתן סיוע לשורדות זנות, התשע"ז–2017, פ/4136/20. לטענה זו בספרות ראו נויה רימלט "על זנות, מגדר ומשפט פלילי: הרהורים על הצעת החוק להפלת צרכני זנות" **משפט וממשל** יג 439 (2011).

3 ראו PETER DE MARNEFFE, LIBERALISM AND PROSTITUTION 105 (2009).

4 ראו David A. J. Richards, *Commercial Sex and the Rights of the Person: A Moral Argument for the Decriminalization of Prostitution*, 127 U. PA. L. REV. 1195, 1197, 1202 (1979).

5 השימוש שלנו במונח הרחב של "שיקול נורמטיבי" כבסיס להפלה נועד לפתוח את היריעה מבלי להגביל את הדיון לנקודת מוצא נורמטיבית כזו או אחרת. קיימות כמובן תאוריות שונות בנוגע לסוגם ולמשקלם של השיקולים המספיקים לצורך ביסוס עבירה פלילית ואיננו נוקטים עמדה כלפי תאוריות אלו כדי לאפשר דיון במנעד טיעונים רחב ככל שניתן. להרחבה בעניין ההצדקות השונות להפלה וסוגי העבירות השונות ראו Stuart P. Green, *Why it's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses*, 46 EMORY L.J. 1533 (1997).

על שלמות הגוף והרכוש של פרטים בחברה. אך גם עבירות מנהליות (רגולטוריות) דורשות שיקול נורמטיבי המצדיק אותן.<sup>6</sup> ללא נימוק משכנע מדוע מדובר במעשה פסול, לא ניתן להצדיק את התערבותו של המשפט הפלילי מלכתחילה, שכן אין שיקול מסדר ראשון המצדיק התערבות שכזו. שאלת קיומו של שיקול כזה קודמת אפוא לשאלה אם כעניין של מדיניות משפטית ראוי להתערב במעשה הפסול באמצעות המשפט הפלילי.

השאלה שבמרכז מאמר זה היא השאלה המקדמית, אם קיום יחסי מין **בהסכמה** בין אישה העוסקת בזנות ללקוח הוא אכן פסול במובן זה, ואם כן, מהו בדיוק אותו שיקול נורמטיבי שהופכו לכזה. ניתן כמובן לטעון שביחסי מין בזנות אין אף פעם הסכמה,<sup>7</sup> שההסכמה אף פעם אינה תקפה, או שגם אם הקטגוריה של זנות בהסכמה אפשרית תאורטית, הרוב המוחלט של יחסי מין במסגרת זנות הם ללא הסכמה, ולכן הדיון בקטגוריה של יחסי מין בהסכמה במסגרת זנות מיותר.<sup>8</sup> טענות אלו נותנות תשובה ברורה לשאלה מדוע יחסי מין במסגרת זנות פסולים, שכן לפי טענות אלו, מדובר ביחסי מין ללא הסכמה תקפה, קרי אונס. טענות אלו מצריכות התמודדות עם שאלות רחבות יותר שיוורדות לשורש יסוד ההסכמה. לדוגמה: אם התפיסה שרוב מקרי הזנות הם מחוסרי הסכמה תקפה בגלל צורך כלכלי דוחק או התמכרות כלשהי, ואישה במצוקה כלכלית או המכורה לסמים אינה יכולה אפוא להסכים הסכמה תקפה לקיים יחסי מין תמורת תשלום – האם היגיון דומה חל גם על נשים נשואות שאינן מסוגלות לקיים רמת חיים סבירה בכוחות עצמן או על נשים המפתחות תלות פסיכולוגית בבני זוגן וחרדות מסיום הקשר, מה שהופך את יחסי המין כולם בנסיבות כאלו למחוסרי הסכמה תקפה, קרי אונס? תהא התשובה אשר תהא, מאמר זה אינו מנסה לענות לטענות המתמקדות בתקפות ההסכמה, ומטרתו לבחון שאלה אחרת: **האם יש מאפיין שהופך את יחסי המין בזנות בהסכמה לפסולים מבלי להכניסם לקטגוריה הברורה של אונס?** על כן כל התייחסות במאמר זה לקיום יחסי מין במסגרת זנות מניחה שיחסי המין התבצעו בהסכמה תקפה, אלא אם נכתב אחרת.

במאמר זה ננסה לאתגר תפיסה חברתית רווחת שלפיה יש הבדל בעל משמעות בין אקטים מיניים המתקיימים בעולם הזנות לבין אקטים מיניים המתקיימים בהסכמה בכל מערכת יחסים אחרת, והבדל זה, יהא אשר יהא, הוא שמסביר מדוע האקטים המיניים שבעולם הזנות אסורים אפילו כאשר הם נעשים בהסכמה. הטענה שלנו היא שהגישות הקיימות בספרות אינן מצליחות להסביר מדוע כל יחסי המין המתקיימים במסגרת זנות

6 כן למשל עבירות הנוגעות להעסקת עובדים, עבירות ניירות ערך, עבירות הגבלים עסקיים, עבירות מס וכדומה, מוצדקות רק כשניתן לזהות שיקול נורמטיבי מסדר ראשון המצדיק אותן, כגון הצורך בהגנת עובדים מפני ניצול, הבטחת מסחר הוגן ומניעת מרמה בניירות ערך, שימור שוק תחרותי לטובת הצרכנים בחברה, וכן הגנה על מערכת המס המאפשרת לקיים את המדינה ואת הסדר החברתי. להרחבה על עבירות רגולטוריות, ראו שם, בעמ' 1544.

7 ראו Catharine MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Towards Feminist Jurisprudence*, 8 SIGNS 635, 646–647 (1983). כן ראו סקירה של עמדה זו אצל הילה שמיר "גישות פמיניסטיות לרגולציה של הזנות: מבט אוהד על הפער שבין המשפט עלי ספר לבין המשפט בפעולה" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 121, 131 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, התשע"ו).

8 שם, בעמ' 131.

בהסכמה פסולים, ואילו כל יחסי המין בהסכמה המתקיימים במסגרות אחרות מותרים. ננסה לבסס טענה זו באמצעות "טיעון הרצף": נציג רצף של דוגמאות שבכולן יחסי המין לא היו מתקיימים ללא תמורה חומרית כלשהי, כספית או בעין, אך האינטואיציה באשר לבעייתיות הגלומה בהן משתנה: החל מזנות רחוב שנתפסת כמופע הבעייתי ביותר וכלה במופעים מסוימים של נישואין המבוססים על אינטרסים כלכליים אשר על פני הדברים נתפסים ככאלו שאינם מצדיקים את התערבות המשפט הפלילי. נאתר מגוון של משתנים שקיימים במקרים המובהקים של זנות אך אינם קיימים בדוגמאות אלו, ונטען כי חסרונם אינו משפיע על הפגם הנורמטיבי שהתאוריות השונות מוצאות בזנות. לפיכך נטען כי אפילו אם התאוריות הקיימות מסוגלות להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות, הן גורפות מדי, שכן הן חלות על מקרים רבים אחרים של יחסי מין שקשה לקבל שהמשפט הפלילי צריך להתערב גם בהם. הטענה שלנו היא אפוא שקשה להצדיק עבירות הייחודיות לעולם הזנות, כמו חוק הפללת צרכני זנות, על בסיס התאוריות הקיימות.

על מנת להימנע מחזרה מייגעת על טיעון הרצף באשר לכל אחת מהתאוריות הקיימות בספרות, בחרנו להתחיל קודם כול בניסוח מפורט של האופן בו טיעון הרצף חל על תאוריה אחת, זו של מרגרט ראדין, המתמקדת במסחור (commodification) של יחסי המין.<sup>9</sup> ראדין מציגה עמדה שלפיה דברים מסוימים אינם ניתנים לניתוק מהאישיות (personhood) באמצעות עסקה שוקית (דברים אלו היא מכנה market inalienable), והזנות מבחינתה היא דוגמה מובהקת למסחור בעייתי, שכן אקטים מיניים הם מקרה פרדיגמטי של דבר הקשור בקשר הדוק לאישיותו של האדם, ולכן יש להיזהר ממסחרו. בחרנו להתחיל בתאוריה של מסחור, שכן המאפיינים שמבחינים את הזנות ממופעים אחרים של יחסי מין קשורים לרוב לעובדה שמדובר בטרוניקצייה חד-פעמית בין זרים בעלת מאפיינים מסחריים מובהקים, כגון תשלום בכסף והגדרה ספציפית למדי של ה"תמורה". לפיכך, תאוריות של מסחור המתמקדות במאפיינים ייחודיים אלו נראות בעלות פוטנציאל רב לאתר את הפסול הנורמטיבי ביחסי מין בתמורה ולבסס הצדקה מסדר ראשון להתערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות. מבין תאוריות המסחור הקיימות בחרנו בתאוריה של ראדין לא משום שהיא בהכרח הטובה ביותר, אלא משום שהיא כוללת את הפירוט הנרחב ביותר של המאפיינים שהופכים את המסחור של דבר-מה לבעייתי. ככזאת, התאוריה של ראדין היא המתאימה ביותר לבחינה מדוקדקת של רצף המקרים שעליו מבוסס הטיעון.

לאחר שנפרט כיצד טיעון הרצף מביא למסקנה שקשה להסתמך על התאוריה של ראדין כדי להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות, נסביר מדוע החלת טיעון הרצף על תאוריות אחרות מוביל למסקנה דומה. נציג בקצרה תאוריות מסחור נוספות, של אנדרסון וסנדל, ונדגים כיצד ניתן לחזור על טיעון הרצף גם בעניינן. לבסוף נפנה לתאוריה של סאץ כדוגמה לתאוריות העוסקות בהכפפה ובאי-שוויון מגדרי. לא נדון בה דיון ממצה אלא נסתפק בלהראות שאין ברשותה אמצעים להתגבר על טיעון הרצף שאינם זמינים לתאוריות המסחור, ולכן גם היא פגיעה לטיעון הרצף לפחות באותה מידה (נוסף על בעיות אחרות

9 ראו MARGRET JANE RADIN, CONTESTED COMMODITIES (1996).

שאינן קיימות בתאוריות של מסחור שנובעות מתחולתן הרחבה יותר מלכתחילה של תאוריות מהסוג הזה).

חשוב להבהיר כי הטענה שלנו שונה מהביקורות הקיימות בספרות, העוסקות בקושי של התאוריות הללו להבחין בין מכירת שירותי מין בתמורה למכירה של שירותים אחרים בתמורה.<sup>10</sup> ניתן לטעון למשל כי התאוריות הקיימות סובלות מתחולת יתר, שכן הפסול הבסיסי שהן מוצאות בזנות קיים גם במכירה של שירותי טיפול בילדים, של סיעוד, של ניקיון וכו'. הדיון בטיעונים הקיימים נעצר בשאלה אם יש משהו מיוחד ביחסי מין או במכירתם שמצדיק את היחס המיוחד של התאוריות הקיימות אליהם. בשונה מהביקורות הללו, הטענה שלנו היא שאפילו אם אכן יש משהו מיוחד ביחסי מין שהופך את מכירתם לבעייתית ושאינו קיים במכירת שירותים אחרים, התאוריות הקיימות עדיין סובלות מתחולת יתר, שכן הפסול שהן מזהות בזנות קיים גם בסוגים שונים ומגוונים של מערכות יחסים מיניות. המסקנה שלנו היא שאפילו אם הבעיה שבמכירת שירותי מין היא ייחודית לה, התאוריות הקיימות עדיין אינן יכולות לסייע בהצדקת התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות, שכן אותו שיקול מסדר ראשון שהן מספקות להתערבות זאת קיים גם במגוון רחב של מערכות יחסים שנתפסות כשונות מהותית מזנות.

למרות ניסיונו להקיף מגוון רחב ככל האפשר של הצדקות אפשריות להתערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות, אין המאמר עוסק בכל הצדקות האפשריות. כפועל יוצא של ההתמקדות בפסול שביחסי המין בזנות בהסכמה, בחרנו שלא לעסוק במאמר זה בניסיונות להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות בטענה כי ראוי להפליל יחסי מין בזנות בהסכמה לא בגלל פסול כלשהו שיש בהם אלא בגלל הקשר שבינם למעשים פסולים אחרים, ובייחוד לעבירת האונס (proxy crimes). כך למשל ניתן לטעון שאפילו אם יש מקרים של זנות בהסכמה, ברוב מקרי הזנות עדיין מדובר באונס ולכן מוצדק להפליל את כל מקרי הזנות;<sup>11</sup> שהקושי הראייתי להבחין בין זנות בהסכמה לזנות באונס מצדיק להפליל את כלל מקרי הזנות<sup>12</sup> וכו'. הצדקות אלו חשופות למגוון רחב של ביקורות, הן ככלל בשל

10 ראו בעיקר Martha Nussbaum, "Whether from Reason or Prejudice": Taking Money for Bodily Services, 27 J. LEGAL STUD. 693, 696 (1998); JASON BRENNAN, טיעונים כאלו מופיעים גם אצל & PETER JAWORSKI, MARKETS WITHOUT LIMITS: MORAL VIRTUES AND COMMERCIAL INTERESTS (2016); CÉCILE FABRE, WHOSE BODY IS IT ANYWAY? JUSTICE AND THE INTEGRITY OF THE PERSON (2006). טיעונים דומים משמשים גם את סאץ (Satz) עצמה כשהיא טוענת נגד התאוריות האחרות, אף שהתאוריה שלה עצמה חשופה גם היא לטיעונים מהסוג הזה, כפי שנטען בפרק האחרון. ראו DEBRA SATZ, WHY SOME THINGS SHOULD NOT BE FOR SALE: THE MORAL LIMITS OF MARKETS 150 (2010).

11 ראו Catharine MacKinnon, *Prostitution and Civil Rights*, 1 MICH. J. GENDER & L. 13, 14–13 (1993); CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 25–27 (1989) (להלן: MACKINNON, TOWARD A FEMINIST); **זנות – לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי** 21–22, 54–55 (נייר עמדה בהנחיית פרופ' שלומית אלמוג, 2009), <https://bit.ly/35Lqai2> (שם מובאת הגישה הרדיקלית ביחס להיעדר היכולת לתת הסכמה במסגרת של זנות וכן העמדה שלפיה הפללת העיסוק בזנות מבטאת תפיסה לפיה לא ניתן לתת הסכמה תקפה במסגרת זנות).

12 לדיון בדבר הפללת אונס כעבירת רשלנות ראו Doron Teichman, *Convicting with Reasonable Doubt: An Evidentiary Theory of Criminal Law*, 93 NOTRE DAME L. REV. 757, 795–797

חריגתן מעקרון האשם באותם מקרים שבהם כן הייתה הסכמה תקפה,<sup>13</sup> והן בשל החשש שהפללה כזאת תקשה על נשים העוסקות בזנות לפנות למערכת אכיפת החוק בעקבות מעשי אלימות ואונס.<sup>14</sup> בייחוד קשה להסתמך על הצדקות מעין אלו כדי להצדיק את חוק איסור צריכת זנות, התשע"ט–2019, שכן הפער בין עבירת האונס, שעונשה עד 16 שנות מאסר,<sup>15</sup> לקנס בסך 2,000 ש"ח שמטיל החוק על צרכני זנות, הוא גדול בהרבה מהנהוג בעבירות proxy.<sup>16</sup> הצדקות כאלו מעוררות את השאלה מדוע ראוי להקל בעונשם של אנשים שקיימו יחסי מין ללא הסכמה רק בגלל העובדה שהקורבן עוסקת בזנות, ומדוע נשים העוסקות בזנות אינן ראויות לאותה הגנה שניתנת לנשים אחרות מפני קיום יחסי מין שלא בהסכמתן. כך או כך, הצדקות אלו אינן רלוונטיות לשאלה שבה עוסק מאמר זה, שכן הן אינן טוענות כלל שיש פסול כלשהו בקיום יחסי מין במסגרת זנות בהסכמה.

ברומה לזה, המאמר גם אינו עוסק בהצדקות המסתפקות בתיאור הנזקים הפיזיים, הנפשיים והחברתיים הקשים שמהם סובלות העוסקות בזנות,<sup>17</sup> למרות הדומיננטיות של תיאורים אלו בשיח על הזנות ובהצדקות המופיעות בדברי ההסבר להצעת החוק לאיסור צריכת זנות.<sup>18</sup> הנזקים הרלוונטיים לדיון הם רק אלו שהעיסוק בזנות גורם אותם באופן ישיר, שכן אם קיים גורם שלישי משותף שגורם הן לעיסוק בזנות והן לנזק מסוים (כגון התעללות בילדות או מצוקה כלכלית קשה), הפסקת העיסוק בזנות לא תסייע למנוע נזק זה, להפחית ממנו או לטפל בו, שהרי הגורם השלישי גרם אותו. לדעתנו, אפילו אם ניתן לבסס את הטענה שעצם העיסוק בזנות גורם באופן ישיר לנזקים שתוארו בספרות, נזקים אלו כשלעצמם אינם מספיקים להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בזנות בהסכמה, מכמה טעמים: ראשית, יש מגוון רחב של פעילויות שגורמות לאנשים שעושים אותן נזקים כבדים, כגון עישון, צריכה מוגברת של סוכר, ספורט מקצועי כגון אגרוף או פוטבול וכיוצא באלה, ויש מקצועות רבים שהעוסקים בהם חשופים לסיכון לנזקים בריאותיים, בייחוד כאלו הכרוכים בעבודה פיזית קשה או במשמרות לילה. ניתן כמובן להצדיק התערבות משפטית במקרים אלו, למשל כדי לוודא שקיימת מודעות לסיכון ולצמצם ככל האפשר את היקפו, אבל כדי להצדיק שימוש במשפט הפלילי כדי להטיל איסור מוחלט על התנהגויות אלו

BINCY WILSON & LISA D. BUTLER, *Running a Gauntlet: A Review of* (2017) *Victimization and Violence in the Pre-entry, Post-entry, and Peri-/post-exit Periods of Commercial Sexual Exploitation*, 6 PSYCHOL. TRAUMA: THEOR. RES. PRAC. & POL'Y 494 (2013), המבקות את השימוש בוולונטריות בקריטריון רלוונטי בניחוח מקרי זנות.

13 ראו Richards, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1201.

14 לדיון מפורט בהשלכות של הפללת זנות ראו Sylvia A. Law, *Commercial Sex: Beyond Decriminalization*, 73 S. CAL. L. REV. 523, 583 (2000).

15 ראו ס' 345(א)(5) לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

16 כך למשל, עונשה של עבירת הגנבה הוא שלוש שנות מאסר, ואילו עונשה של עבירת החזקת רכוש גנוב הוא חצי שנת מאסר (ראו ס' 384, 413 לחוק העונשין).

17 לתיאור נזקים אלו ראו למשל Judith Lewis Herman, *Introduction: Hidden in Plain Sight: Clinical Observations on Prostitution in Prostitution*, 2 J. TRAUMA PRAC. 1 (2004).

18 ראו דברי ההסבר להצעת חוק איסור צריכת זנות (הוראת שעה), התשע"ט–2018, ה"ח 1258 ("לזנות נלווים נזקים פיזיים ובריאותיים שונים, כגון זיהומים וסיכון מוגבר להידבקות במחלות מין, וכן נזקים נפשיים כגון תסמונות פוסט טראומטיות, התמכרויות ואובדנות").

נדרשת הצדקה נפרדת שתאתר את הפסול שבהתנהגות עצמה, פסול שנותר גם כשיש הסכמה תקפה ומדעת של הפועל לקחת על עצמו את הסיכון; שנית, הנזקים הללו הם שיקול חשוב נגד ההפללה, שעלולה להגדיל הן את הנזקים הפיזיים שאליהם חשופות הנשים החלשות ביותר מקרב העוסקות בזנות שנאלצות לרדת למחתרת והן את הסטיגמה החברתית שמתעצמת מעצם הפללת הזנות. כך למשל מחקר איכותני שנעשה בקנדה הראה שהפללת הלוקחות הביאה לכך שהעוסקות בזנות נאלצו להפחית את אמצעי הזהירות שלהן בעת בחינת לקוחות פוטנציאליים, דבר שהביא לעלייה באלימות ובתחלואה באיידס ובמחלות מין נוספות.<sup>19</sup> הנזקים הבריאותיים, שלהם גורמת הפללת הזנות, אף הובילו מגוון רחב של ארגונים בין-לאומיים, כגון ארגון הבריאות העולמי<sup>20</sup> ואמנסטי אינטרנשיונל,<sup>21</sup> כמו גם כתב העת המדעי THE LANCET,<sup>22</sup> לקרוא לביטול הפללת הזנות; שלישית, ההתמקדות בסטיגמה החברתית הייחודית הנלווית לעיסוק בזנות כהצדקה להתערבות המשפט הפלילי נראית לנו בעייתית במיוחד. באותה מידה שקיומה של סטיגמה חברתית על יחסים הומוסקסואליים איננה יכולה להצדיק את הפללתם, כך גם הסטיגמה על העיסוק בזנות איננה יכולה להצדיק את הפללתה. זאת ועוד, לא רק שקיומה של סטיגמה חברתית אינו יכול להצדיק הפללה, אלא שהפללת הזנות עלולה להחריף את הסטיגמה, ובכך להחמיר את הנזקים שייגרמו לעוסקות בזנות.<sup>23</sup> לבסוף, נראה שיש דרכים משפטיות להתמודד עם הנזקים לנשים העוסקות בזנות שהן טובות מהפללת הזנות (מיסוי הצרכנים כדי להשית עליהם את מלוא עלויות הפעילות שלהם, דיני עבודה וכו'). דרכי ההתמודדות האלו אינן מצריכות לאתר פסול נורמטיבי מסדר ראשון בזנות שמצדיק את התערבות המשפט הפלילי, והן יכולות להיות ראויות אפילו אם אין פסול כזה.

בחרנו גם להימנע מעיסוק פרטני בתאוריות המצביעות על החפצה כמאפיין העיקרי שהופך את יחסי המין במסגרת זנות לפסולים, מכמה טעמים:<sup>24</sup> ראשית, בפרק שראדין מקדישה לדיון ביחס שבין עמדת המסחר לתאוריות הללו, היא מראה שתופעות חברתיות

19 ראו Andrea Krüsi et al., *Criminalisation of Clients: Reproducing Vulnerabilities for Violence and Poor Health among Street-Based Sex Workers in Canada – A Qualitative Study*, BMJ OPEN (2014), <https://bit.ly/3ebZ8E1>. למחקר מקיף בנושא הדרכים השונות להפחתת נזקי הזנות הכולל פירוט הנזקים הנגרמים מההפללה ראו Michael L. Rekart, *Sex-Work Harm Reduction*, 366 THE LANCET 2123–2134 (2005).

20 World Health Organization [WHO], *Prevention and Treatment of HIV and Other Sexually Transmitted Infections for Sex Workers in Low – and Middle-Income Countries: Recommendations for a Public Health Approach*, HIV/AIDS PROGRAMME 17 (Dec. 2012), <https://bit.ly/3e7G0Hz>.

21 Amnesty Int'l, *Policy on State Obligations to Respect, Protect And Fulfil the Human Rights of Sex Workers*, POL 30/4062/2016 (May 26, 2016), <https://bit.ly/3jGinHb>.

22 נוסף על המאמר של Rekart (לעיל ה"ש 19), פרסם כתב העת THE LANCET בשנת 2014 סדרת מאמרים ("HIV and Sex Workers") שבוחנים את נזקי הזנות וקוראים לביטול הפללתה.

23 ראו לעיל ה"ש 19–22.

24 ראו למשל Laurie Shrage, *Should Feminists Oppose Prostitution*, 99 ETHICS 347, 349 (1989) (שם נטען שזנות מבטאת ומשרישה תפיסות פטריארכיות ופוגעניות בנוגע לנשים ולמעמדן בחברה). כן ראו Carole Pateman, *What's Wrong with Prostitution?*, 27 WOMEN'S STUD. Q. 53 (1999).

של מסחור והחפצה שלובות לעיתים קרובות זו בזו ואינן ניתנות לפיצול.<sup>25</sup> כך למשל מסחור כרוך בהחפצה, שכן סחר ברכיבי אישיות עבור תמורה כספית מתייחס לרכיבים אלו כחפצים או אמצעים ולא כמטרות בפני עצמם;<sup>26</sup> שנית, אף אם עמדת המסחור אינה מתארת את כלל המקרים שבהם האישה מוחפצת, עמדת המסחור נראית לנו מתאימה יותר לדיון ביחסי מין בתמורה, שכן במקרים אלו נראה כי הרכיבים הייחודיים למסחור, כגון התמורה הכספית וההקשר השוקי, הם מרכזיים להחפצת האישה; שלישית, היות שעמדת המסחור של ראדין כוללת את רכיב ההחפצה, הן כחלק מיסודות התאוריה והן כאינדיקציה חשובה לקיומו של מסחור, אנחנו מאמינים שחלק ניכר מהדיון שלנו בעמדת המסחור יכול לחול בשינויים המחייבים גם על תאוריות המתמקדות בהחפצה, ובחרנו להסתפק בהדגמה קצרה במקום בדיון מפורט; לבסוף, יש לשים לב שלפחות חלק מהתאוריות הללו מנסות במפורש לחלוק על הייחודיות של הזנות לעומת מערכות יחסים ארוכות-טווח נורמטיביות, וטוענות שגם באלו האחרונות יש אלמנטים של החפצה,<sup>27</sup> מה שמוציא אותן ממסגרת הדיון של מאמר זה, שעוסק בניסיונות לאתר מאפיין ייחודי שמבדיל יחסי מין בזנות מיחסי מין אחרים.

מבנה המאמר הוא כדלהלן: בפרק הראשון נציג את התאוריה של ראדין ונזכיר בקצרה את האתגרים העומדים בפני מי שמעוניין להתבסס על ראדין כדי להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות; בפרק השני נפתח את טיעון הרצף ונראה כיצד הוא חל על התאוריה של ראדין; בפרק השלישי נציג את תאוריות המסחור של אנדרסון וסנדל ונדגים כיצד טיעון הרצף חל גם עליהן; בפרק הרביעי נחזור על טיעון הרצף גם באשר לתאוריה של סאץ המתמקדת בהכפפה ובאי-שוויון מגדרי.

## א. תאוריית המסחור של ראדין

### 1. אישיות, שגשוג, השוק וקומנסורביליות

לפי ראדין, הכלל הרווח בגישות ליברליות הוא שניתן למסחר כל דבר או אובייקט שהוא חיצוני לפרט, בעוד הסובייקט נשאר מחוץ לתחולת השוק.<sup>28</sup> אולם, ראדין מבקשת לתאר תפיסת אישיות המציירת גבולות בין מה שעביר ומה שאינו עביר באמצעות השוק, בשונה מההבחנה הקלאסית שבין אובייקט לסובייקט. לצורך זה היא מגדירה אישיות כמורכבת משלושה רכיבים: חירות, זהות והקשר (contextuality). הכוונה לחירות במונח הקלאסי, כלומר היכולת לבחור בחירה החופשית מהתערבות ועצמאית ביחס לסביבה שלנו ולאנשים שבה.<sup>29</sup> זהות לפי ראדין היא המשכיות של אותו פרט אוטונומי לאורך זמן. המשכיות זו היא

25 RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 163.

26 שם, בעמ' 153.

27 ראו MACKINNON, TOWARD A FEMINIST, לעיל ה"ש 11, בעמ' 175. כן ראו שמיר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 130.

28 RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 31.

29 שם, בעמ' 55.



המאפשרת לפרט לעצב מאפיינים המייחדים אותו מאחרים הסובכים אותו.<sup>30</sup> ההקשר הוא הנסיבות הפיזיות-חברתיות שבמסגרתן הפרט מקבל החלטות ומעצב את זהותו.<sup>31</sup> ראדין טוענת שהכרה בחשיבותו של ההקשר בפיתוח זהות מחייבת פיתוח של תפיסת חירות חיובית המגדירה ומקדמת סביבה שמאפשרת עיצוב אישיות.

ראדין מבחינה בין שווקים ליטרליים לשווקים מטפוריים.<sup>32</sup> שוק ליטרלי הוא שוק פיזי רגיל שמתרחש בו סחר שוטף בין קונים ומוכרים. שוק מטפורי נבדל ממנו בהיותו תיאור שוקי של אינטראקציה שאינה נתפסת בעיני הצדדים לה כשוקית.<sup>33</sup> כללי השוק הם זהים: כל דבר<sup>34</sup> ניתן להמרה לכסף, ובאמצעות המרה זו ניתן להשוות את הערכים של דברים שונים זה לזה.<sup>35</sup> מלבד מנגנון ההערכה של השוק, בתוך המסגרת השוקית כל דבר ניתן לניתוק מהבעלים שלו (alienable) ולהעברה לאדם אחר, כל עוד הסכימו הצדדים על ההעברה ועל התמורה שניתנה בגינה. מנגנון ההערכה מספק מחיר שוק המשמש את השחקנים בשוק כדי לסחור ולהעביר דברים מיד ליד עבור תמורה. דבר שניתן להעבירו כך מתאפיין בעבירות שוקית (market alienability).<sup>36</sup>

מסחור (commodification) משמעו החלה של כללי השוק על דבר מסוים, וראדין מספקת קריטריונים ספציפיים שמאפשרים לזהות מסחור.<sup>37</sup> מסחור ליטרלי מתאפיין בחליפין של דברים בעולם, תמורת כסף, בהקשר חברתי של שוק. מסחור מטפורי מתאפיין בארבע אינדיקציות: החפצה, נחלפות (fungibility), קומנסורביליות ושווי כסף.<sup>38</sup> המשמעות של החפצה היא ייחוס סטטוס של חפץ או אובייקט לדבר שאינו אובייקט. משמעו של התואר "חפץ" הוא שאותו דבר ניתן להשפעה של אחרים. המשמעות של נחלפות היא התפיסה שלפיה דבר ניתן להעברה מבלי שהערך שלו ייפגע מההעברה. קומנסורביליות מתייחסת לתפיסת הערך שלפיה דבר מסוים ניתן להשוואה לדבר אחר. שווי כסף משמעו שכאשר מביאים שני דברים לגורם משותף לשם השוואה, אותו גורם השוואתי יהיה כסף. לטענתה, מדובר באינדיקציות מצטברות שאין הכרח שכולן יתקיימו כדי להגיע למסקנה שקיים מסחור מטפורי. למשל, יש מקרים שבהם רכיב ההחפצה מתקיים אך לא בהכרח מדובר במסחור, משום שנעדרים הרכיבים האחרים המרכיבים את ההנחות של השוק בנוגע לערך ולהעברה. עם זאת, קיומו של רכיב שווי הכסף לרוב יעיד על קיומם של שאר הרכיבים.<sup>39</sup> ראדין מדגישה שמסחור מטפורי אינו מוגבל למקרים שבהם מועבר

30 ש.ם.

31 ש.ם, בעמ' 56.

32 ש.ם, בעמ' 1.

33 כך למשל בהקשר של מתנות, ניתן לתפוס מתנה כתשלום עבור נאמנות או סינגל לכדאיות ורווחיות של מערכת יחסים לאורך זמן. התייחסות כזאת למתן מתנה תאפיין במסחור מטפורי.

34 "דבר" (Thing) משמש בידי ראדין לתיאור כל אובייקט, מאפיין או זכות שיכול שיועבר בין אנשים בעסקת שוק.

35 RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3.

36 ש.ם.

37 ש.ם, בעמ' 118.

38 ש.ם.

39 ש.ם.

שווה-כסף או שהרטוריקה משתמשת בכסף כדרך למדוד ערך.<sup>40</sup> הפגיעה במושג האישיות יכולה להתקיים גם ללא השוואה לכסף, משום שהנחת הקומנסורביליות המובלעת כאשר קיימת השוואה לכסף היא אינדיקציה למסחור מטפורי גם כאשר היא מופיעה לבדה.<sup>41</sup> בהמשך לאפיון הקשר שבין קניין לאישיות וכללי השוק, ראדין מבחינה בין דברים נחלפים, למשל קניין שנרכש לצרכים מכשירניים כמו השקעה בשוק ההון, לעומת דברים מכוונני-אישיות. על דברים נחלפים חלים כללי השוק, הם נשלטים על ידי כוחות השוק, ובכך עולים בקנה אחד עם תפיסה של קומנסורביליות ועבירות.<sup>42</sup> לעומת זאת דברים מכוונני-אישיות תואמים תפיסות של אינקומנסורביליות ואי-עבירות. העברה או ניתוק של דבר מכוונן אישיות מהפרט מביאה לפגיעה קשה בסובייקט. לטענתה, ככל שהדברים שנתפוס אותם כמכוונני-אישיות, כחלק בלתי נפרד מהאישיות שאינו ניתן להעברה, יהיו רבים יותר, כך תפיסת הסובייקט שלנו תהיה עבה ועשירה יותר.<sup>43</sup> כדי לאפשר ולקדם תפיסת אובייקט כזו, יש לעצב את התנאים החברתיים ואת הכללים המשפטיים בהתאם.

## 2. פגיעת השוק באישיות ובשגשוג

מנגנון הפגיעה שראדין מציגה מתבסס על ניתוח של רטוריקת שוק. לפי ראדין, רטוריקה שוקית או רטוריקה של מסחור משפיעה על תפיסת המציאות, ומכאן – על השגשוג האנושי. לטענתה של ראדין, הרטוריקה של השוק יוצרת שלוש בעיות עיקריות:<sup>44</sup> ראשית, היא נוטה להביא לידי הערכה בחסר של פגיעות שקשה למדוד אותן בכסף. למשל, בדיון הכלכלי על רגולציה של שוק השכירות קיימת נטייה להעריך בחסר את הקושי של משפחות להעתיק את מקום מגוריהן התופס תפקיד חשוב באישיותם של בני המשפחה. לטענתה של ראדין, ניתוח עלות-תועלת כלכלי אינו נותן ביטוי נאות לגודל הפגיעה באישיות, ובמקרים רבים אף מעלים אותה.<sup>45</sup>

שנית, עצם התייחסות לדבר הקשור באישיות במונחים של שוק, דבר שמוביל להנחה שאותו דבר ניתן להמרה בערך כספי וכי ניתן לנתק אותו מהסובייקט, היא פוגענית. למשל, ייחוס ערך כספי לפגיעה בשלמות הגוף (bodily integrity) של אישה בעקבות אונס ושקלול אותו ערך בחישוב עלות-תועלת של פעולת אונס (לעומת התועלת שמפיק האנס) היא פוגענית משום שהיא מניחה ניתוק בין שלמות גופה של האישה לאישיותה. עצם ההנחה שהאונס פגע באישיות פגיעה שניתן לפצות עליה במלואה בכסף, וההנחה שפגיעה זו ניתנת

40 שם, בעמ' 120.

41 האינדיקציות המתוארות אינן אפיסטמיות אלא מאפיינים מטאפיזיים של תופעת המסחור. כך למשל, קומנסורביליות אינה אינדיקציה במובן זה שמדובר בפרוקסי של מסחור אלא מרכיב חיוני המקיים את תפיסת השוק באשר להמירות ולנחלפות של ערכים ודברים הקשורים לאישיות. לעיסוק נרחב יותר באבחנה בין החפצה להכפפה ולמסחור כתופעות מטאפיזיות ראו שם, בעמ' 154.

42 שם, בעמ' 58.

43 שם, בעמ' 61.

44 שם, בעמ' 85.

45 שם.

להשוואה לתועלת שמפיק האנס באמצעות המרתן לשווה-כסף עלולות כשלעצמן להיות פוגעניות כלפי הפרט ולפגוע בשגשוגו.<sup>46</sup>

פגיעה שלישית שמתארת ראדין היא שרטוריקה מבנה מציאות.<sup>47</sup> עמדתה של ראדין מסתמכת על תאוריות פרגמטיות הכופרות בהבחנה החדה שבין תופעות הקיימות במציאות לשיח שבו אנשים משתמשים כדי לתאר את התופעות הללו.<sup>48</sup> תאוריות משפיעות על המציאות משום שהן נוצרות באמצעות מילים אשר מכילות מחויבויות ערכיות ועובדתיות מסוימות. מחויבויות אלו משפיעות על תיאורנו ועל ניתוחנו את המציאות, ובכך מבנות את המציאות עצמה. ראדין מחילה את הניתוח הזה על רטוריקת השוק, שמכילה מחויבות לקומנסורביליות של ערכים. שימוש בה, במיוחד כאשר לדברים מכונני-אישיות, עלול להוביל להתנהלות הפוגעת באישיות ובשגשוג האנושי. למשל, התייחסות לדברים כאלו כמשאב שוקי שניתן לנתקו מהסובייקט תוביל עד מהרה לתפיסתם ככזה בעיני פרטים בחברה, ובעקבות זאת לניתוק תדיר של דברים אלו מהפרט. בתוך מציאות זו תהיה תפיסת האדם רזה, והתנאים וההקשרים הנדרשים כדי להביא לשגשוגו לא יתקיימו.<sup>49</sup>

לצורך המחשת עמדתה ראדין משתמשת בדוגמת המתנות. רטוריקה של שגשוג תוכל לזהות מתנה כסימן להזדהות וכקשר בין-אישי ולא רק כעסקת חליפין.<sup>50</sup> עסקת חליפין מתנהלת בין שני פרטים נפרדים הדואגים לאינטרסים המובחנים שלהם.<sup>51</sup> לאינטראקציה כזו יש אלמנט של ניכור שאינו מתקיים כאשר נתינת המתנה היא אותנטית כאות לשיתוף. לפיכך ניתן להתבונן על מעשה כמו הענקת מתנה דרך שתי עדשות, אחת שוקית ואחת אישית: הראשונה מנכרת ומפחיתה מאישיות הצדדים, ואילו השנייה מעצימה. לטענת ראדין, רטוריקה הרגישה לניואנסים האלו ולרכיבי האישיות של פרטים בחברה תאפשר למדינה ליצור את התנאים הנדרשים לשגשוג רב ככל שניתן.<sup>52</sup>

### 3. מסחור חלקי

ההבחנה בין מופע ממוסחר למופע אישי של דבר מכונן-אישיות אינה מספיקה כדי להצדיק כלל אי-עבירות. כדי לקבוע כלל אי-עבירות צריך להסביר כיצד המופע הממוסחר פוגע בקיומם או ביציבותם של מופעים של אותו מעשה שאינם ממוסחרים.

46 שם, בעמ' 88.

47 שם.

48 ההוגה המרכזי שאליו מפנה ראדין בעניין זה הוא קלפורד גירץ. ראו Clifford Geertz, *Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Cultures*, in *THE INTERPRETATION OF CULTURES: SELECTED ESSAYS* 3 (1973).

49 RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 89. להמחשת נקודה זו ראו את Parable of the Super Benthamites (שם, בעמ' 91).

50 למאמר המציג את העמדה השוקית כלפי מתנות ראו Joel Waldfogel, *The Deadweight Loss of Christmas*, 83 AM. ECON. REV. 1328 (1993).

51 RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 94.

52 שם.

ראדין עורכת הבחנה בין מושג השנוי במחלוקת חיצונית למושג השנוי במחלוקת פנימית.<sup>53</sup> מחלוקת חיצונית מתקיימת כאשר אנשים שונים חלוקים בדבר תפיסת מסחור של דבר מסוים, למשל: חלק מהחברה יתפסו הענקת מתנה כאקט ממוסחר הנעשה לצורך השאת תועלת אישית, וחלק אחר יתפסו את אותה הפעולה כאקט לא ממוסחר, קרי ביטוי לחיבה ואינטימיות. בין הצדדים לתפיסות אלו קיימת מחלוקת חיצונית על מהותה של הענקת מתנה. אותו מושג יהיה שנוי במחלוקת פנימית אם פרט תופס פעולה מסוימת תפיסה דואלית, למשל: ניתן לראות ביצירת אומנות בעלת ערך אומנותי שלא ניתן לכימות בכסף, ובד בבד לקבל הערכת שמאי מספרית באשר לערך היצירה לצורכי ביטוח.<sup>54</sup> ראדין טוענת שמציאות החיים מורכבת, וכי תפיסת דבר כממוסחר ולא ממוסחר בעת ובעונה אחת אפשרית.

ראדין אינה טוענת שמסחור מספיק כדי לגרום לכל הפרטים בחברה לחוות את הדבר כממוסחר. לטענתה, יש לבחון בחינה פרטנית סוגיות של מסחור ולראות אם התייחסות דואלית לעניין מסוים יכולה להישאר יציבה. יציבות בהקשר זה משמעה היכולת לתפוס ולחוות דבר כלא ממוסחר בהקשרים מסוימים וכממוסחר בהקשרים אחרים. ניתוח המציאות בנוגע לדבר בעל משמעות דואלית יכול ללמד על יציבות זו ולהתריע מפני מקרים שבהם תפיסה שוקית מאיימת להשתלט על דבר מסוים. טענתה של ראדין היא שיש להימנע ממציאות שבה רכיבים הקשורים באישיות נתפסים כממוסחרים לגמרי משום שתפיסה ממוסחרת לחלוטין עלולה לגרום לנזקים שנמנו לעיל: טעויות הערכה, פגיעה באישיות של אלו שתופסים את מה שנראה לאחרים ממוסחר כמכונן את אישיותם וכן שלילת היכולת לחוות את הדבר כמכונן-אישיות. כללי אי-עבירות, המגבילים את התחולה של כללי השוק, יכולים להגן על הרכיב האישיותי שטבוע בדברים מסוימים, ובמקרים שבהם יש חשש לזליגה לכיוון של מסחור מלא של דבר הקשור באישיות, יש לקבוע כללי אי-עבירות.<sup>55</sup>

ראדין מסבירה כי תפיסה זו את המסחור מייצרת מנעד רחב של אפשרויות הסדרה בנוגע לסוגיות שונות. רגולציה והסדרים משפטיים מסוגלים להשפיע על היציבות של תפיסה דואלית של דבר מסוים ואף לחזק תפיסות לא ממוסחרות באמצעות מגבלות עבירות והמשמעות ההצהרתית שמגבלות אלו מייצרות. מכך נובעות שתי משמעותות למונח "מסחור חלקי" (incomplete commodification): המשמעות הראשונה נוגעת לחוויה הסובייקטיבית של פרטים באינטראקציה התופסים אותה דרך עדשה של אישיות לצד התפיסה הממוסחרת. המשמעות השנייה נוגעת למדיניות ההסדרה של אותו הדבר. לדוגמה, כשאדם תופס את עבודתו הן כרכיב באישיותו והן כהספקת שירות תמורת תשלום, הרי שעבודה בעיניו היא ממוסחרת חלקית.<sup>56</sup>

53 שם, בעמ' 102.

54 שם, בעמ' 103.

55 שם, בעמ' 104.

56 כך למשל חקיקת מגן ויצירת מסגרת קיבוצית להסדרת יחסי עבודה הן דוגמאות לתנאים מיוחדים המוחלים על עסקאות שוק בנוגע לעבודה. מסחור חלקי במונח של הסדרה מסוגל לקבע ולהעצים תפיסות של מסחור חלקי במונח הסובייקטיבי, בכך שאנשים מסוגלים לתפוס יחסי עבודה כמערכת יחסים מיוחדת ובעלת משמעות. ראדין מייחדת דיון נרחב להסדרים אלו ובייחוד להסדרת יחסי עבודה בצורה קיבוצית כדרך ביניים שבין גישת השוק לגישה היוצאת נגד מסחור של עבודה (שם, בעמ' 108).

#### 4. מין, מסחור וזנות

ראדין טוענת שזנות היא דוגמה מרכזית לתפיסתם של דברים מסוימים כמכונני-אישיות ולכן כקשורים בקשר הדוק לסובייקט, אך בו בזמן התרבות החברתית מושכת לכיוון מסחורם ולהתייחסות אליהם כאובייקטים.<sup>57</sup> בהדגימה את התפיסה הדואלית באשר למין ראדין מציגה מן העבר האחד את האידיאל המסורתי של יחסי מין כביטוי לשיתוף שוויוני,<sup>58</sup> ומן העבר השני את התפיסה הרווחת בחברה שלפיה מין יכול להיות ממוסחר.<sup>59</sup> לכאורה, לפי התאוריה שהוצגה עד כה, ניתן לטעון שיש לקבוע כלל אי-עבירות, איסור על מסחור של יחסי מין משום שקיומם של מופעים ממוסחרים של מין עלול לפגוע ביכולתה של החברה לתפוס יחסי מין כדבר מכונן-אישיות. עם זאת ההחלטה בנוגע לרגולציה המוחלת על דבר מסוים, או במילים אחרות, משטר המסחור החלקי הנדרש, צריכה להיגזר מהנסיבות ומהחשש שרטוריקת השוק תדחק מובנים לא ממוסחרים של הדבר הנתון. ראדין מציגה ניסוי מחשבתי בנוגע לעולם שבו מין ממוסחר מסחור מלא: פרסומות לרכישת מין ממלאות את הספרה הציבורית, מין ניתן להזמנה כמו מוצרים מחנות, וחברות למכירת שירותי מין מגייסות עובדים ועובדות ככוח אדם כמו לכל עבודה אחרת. לטענתה של ראדין, מציאות כזו תשפיע על השיח סביב מין. כישורים ויכולות הקשורים למין יידונו ויקבלו ערך לפי ערך השוק שלהם. ככל שרטוריקה זו תעמיק, היא תשפיע על החוויה המינית של פרטים בחברה, שכן לטענתה, הרטוריקה מבנה את חוויית המציאות. במצב כזה יהיה קשה שלא לייחס לבני אדם ערך כספי הנגזר ממיניות. לבסוף, במציאות כזו פרטים יתקשו לחוות ולתפוס מין כחלק מחוויית שיתוף ושוויון.<sup>60</sup> מסחור של מין פוגע בחברה כולה ולא רק בצדדים לעסקאות השוקיות, משום שקיומו של מוסד הזנות מאיים על יציבותו של המסחור החלקי הסובייקטיבי, קרי היכולת של פרטים לחוות מיניות כחוויה אישית ולא ממוסחרת. לפיכך הטענה נגד מסחור של מין היא שכדי להימנע מהאפקט המתואר, יש למנוע מכוחות השוק לעצב את התפיסות שלנו את המיניות כדי לאפשר למיניות שאינה ממוסחרת להמשיך ולהתקיים בחברה.<sup>61</sup>

ראדין מסיקה כי במציאות שלנו היום מין שנוי במחלוקת חיצונית ופנימית. משמע, אנשים שונים תופסים מיניות בצורה שונה (חלק בתפיסה שוקית וחלק לא) וכן לאנשים יש תפיסה דואלית של מיניות. תפיסת המין האידיאלית מתקשרת בקשר הדוק לתפיסת האישיות שהוצגה ושנתמכת בטיעונים של ראדין. מסיבה זו ראדין טוענת שאין לוותר

57 שם, בעמ' 131.

58 שם, בעמ' 132. יצוין כי קשה לטעון שלאורך ההיסטוריה זו הייתה תפיסתו המסורתית של מין. נדמה שהכוונה היא שהאידיאל הפרוגרסיבי של יחסי מין מבטא שיתוף שוויוני.

59 שם.

60 שם, בעמ' 133. ראדין מציינת שקיימות עמדות הטוענות שמיניות שוויונית ושיתופית באופן אידיאלי אינה יכולה להתקיים במציאות. להצגת עמדות אלו ולדיון בהן, ראו שם, בעמ' 134–135.

61 נציין כי ראדין אינה טוענת כי כל מסחור של מין בחברה ימנע בהכרח מכלל האנשים בחברה מלחוות מין כחוויה שאינה ממוסחרת. לדיון בעמדתה ולאופן שבו היא מנגידה אותה לעמדות "אפקט הדומינו" (שם, בעמ' 96).

לחלוטין על מין לטובת רטוריקת השוק, אלא ליצור הסדרה של מסחור חלקי שמשמרת את האידיאל מבלי להסב פגיעה חמורה יתר על המידה בנשים שעוסקות במין ממוסחר. ההמלצה האופרטיבית של ראדין היא לבטל את ההפללה של הזנות עצמה, אם היא קיימת, כדי להגן על העוסקות בזנות. לשיטתה, הפללה של זנות תדחק נשים רבות לפעול בשוק השחור עם כל הסיכונים הכרוכים בדבר, או לחלופין תכפה על נשים אלו מקור הכנסה אחר שעלול להיראות בעיניהן גרוע מזנות.<sup>62</sup> אולם, ראדין טוענת בכל זאת שיש לאסור ולהפיל פעולות שעלולות להרחיב את המסחור של מין במסגרת זנות כמו סרסור ושידול לזנות.<sup>63</sup> נוסף על זה יש לאסור על פרסום של זנות משום שפרסום כזה מעודד רטוריקה שוקית בעניין מיניות. איסור על פרסום מונע גם את אפקט הלגיטימציה שנובע מהתרת המסחור של מין וקיום מוסד הזנות.<sup>64</sup> תוצאה חיובית נוספת הנובעת מאיסור הפרסום היא הגדלת העלויות שצריך להשקיע כדי לשווק מין ממוסחר ובעקבות זאת צמצום הרווחים שהיו קיימים במציאות של מסחור מלא של מין והפחתת התמריץ לעסוק בזנות.<sup>65</sup> נדגיש כי המסקנה של ראדין נובעת מתחשיב פרגמטי הבוחן סוגיות מסדר שני, קרי כיצד הפללה של זנות תשפיע על נשים, ואין בכך הפחתה מן הפגיעה הנובעת ממסחור שאותה ראדין מציגה.

#### 5. הקושי בביסוס הצדקה להתערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות המבוססת על תאוריית המסחור של ראדין

ביקורות רבות ומגוונות הועלו נגד התאוריה של ראדין.<sup>66</sup> ביקורות אלו מעידות לא רק על חשיבותה הרבה של תאוריה זו בשיח האקדמי על מסחור וזנות אלא גם על הקשיים הרבים

62 שם, בעמ' 135.

63 שם.

64 שם, בעמ' 136.

65 שם.

66 כך למשל, נטען כי הקריטריונים של ראדין באשר למסחור ולפגיעה באישיות רגישים יתר על המידה לנסיבות הספציפיות של כל מקרה נתון. בעניין זה ראו Richard A. Epstein, *Rent Control and the Theory of Efficient Regulation*, 54 BROOKLYN L. REV. 741 (1988); Kenneth J. Arrow, *Invaluable Goods*, 35 J. ECON. LIT. 757 (1997) כמו כן, נטען כי ההבחנה בין "קניין נחלף" לבין "קניין שאינו נחלף" אינה חדה מספיק כדי להדריך במקרים ספציפיים. בעניין זה ראו Stephen J. Schnably, *Property and Pragmatism: A Critique of Radin's Theory of Property and Personhood*, 45 STAN. L. REV. 347 (1993). מבקרים נוספים הצביעו על היעדרותה של מוסכמה באשר לשגשוג אנושי ועל הקושי בהתבססות על מושג שנוי במחלוקת. ראו John A. Robertson, *Human Flourishing and Limits on Markets – Contested Commodities by Margret Jane Radin*, 8 CONSTELLATIONS 2139 (1997) כן ראו Jaeggi Rahel, *The Market's Price*, 95 MICH. L. REV. 400 (2001). ביקורות אחרות התמקדו בטענותיה של ראדין בנוגע לקשר שבין רטוריקה למציאות וטוענות שתפיסה זו מוזילה את המשמעות של אמת. ראו Linda Radzik & David Schmitz, *Contested Commodities*, 16 L. & PHIL. 603 (1997) כבעל ערך כלכלי אינו בהכרח שולל את היכולת לתפוס אותו כמכונן-אישיות. לעניין זה ראו Dena S. Davis, *Is Life of Infinite Value?*, 11 KENNEDY INST. ETHICS J. 239 (2001). בדומה לביקורת האחרונה, נטען כי אנשים מסוגלים לבודד חוויות ולשמר את התפיסות הערכיות שלהם בנוגע למציאות, ולכן הסיכוי להידרדרות למצב שבו לא יהיה ניתן לתפוס דברים כמכונן-אישיות הוא קלוש. ראו Scott Altman, *(Com)Modifying Experience*, 65 S. CAL. L. REV. 293 (1991).

שעלולים לעמוד בפני מי שיבקש להתבסס על התאוריה שלה כדי להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות. נוסף על זה, המסקנה כי על המשפט הפלילי להתערב בעולם הזנות רחוקה מלהיות מתבקשת אפילו כאשר מקבלים את התאוריה של ראדין במלואה (כלומר את התפיסה שעל המדינה לקדם שגשוג אנושי, בין היתר באמצעות המשפט הפלילי, ואת הטענה שקיום יחסי מין במסגרת זנות מביא למסחורם ולניטוקם מהאישיות, והדבר מביא לפגיעה מסוימת בשגשוג האנושי). בעיקר יש להתמודד עם הנימוקים שראדין עצמה מעלה נגד התערבות כזאת.<sup>67</sup> נימוקים אלה ברצוננו לחדד ולהדגיש כעת.

כפי שראדין בעצמה גורסת, ניתן לטעון שבחשבוך אחרון, עיסוק בזנות עשוי דווקא לקדם את השגשוג האנושי של העוסקות בכך,<sup>68</sup> משום שהתמורה הכספית המתקבלת מהעיסוק בזנות עשויה לאפשר לעוסקות בזנות אמצעים חומריים שיאפשרו להן לשגשג כפי שלא היה מתאפשר להן בעבודה אחרת או בהיעדר עבודה כלל. כך למשל אישה שעוסקת בזנות כדי לאפשר לעצמה או לילדיה טיפול רפואי נאות, תזונה הולמת, קורת גג וכיוצא באלה, מקדמת את שגשוג אישיותה במגוון דרכים. אומנם הניתוק של יחסי המין מאישיותה מביא לפגיעה מסוימת ביכולתה לשגשג, אך פגיעה זו עשויה להיות קטנה מהתרומה לשגשוגה הנובעת מהדברים שהתמורה הכספית מאפשרת לה לעשות. חשוב להדגיש שקושי זה אינו מבוסס על ההתנגדות לפטרנליזם. אפילו אם לא נניח שהפרט הוא שצריך לקבוע מה מקדם את שגשוגו שלו במידה המיטיבית, הדברים המוזכרים לעיל, כגון בריאות, תזונה וחינוך, הם דוגמאות פרדיגמטיות לדברים שמקדמים את השגשוג האנושי, ולכן לא ניתן להתעלם מהם במסגרת חובת המדינה לקדם את השגשוג האנושי של פרטיה.

ניתן כמובן לטעון שהמדינה היא שהייתה צריכה לספק את הצרכים הללו, לפחות ברמה כזאת שהייתה מייתרת את הצורך לעסוק בזנות, אולם אפילו אם הטענה משכנעת, היא איננה רלוונטית, שכן טענה זו עוסקת במצב עניינים אידיאלי ולא כזה הקיים במציאות. כל עוד התמורה מעיסוק בזנות מאפשרת לעוסקות בזנות לקדם את שגשוגן במידה שעולה על הפגיעה הנובעת ממסחור יחסי המין, הטענה שעיסוק בזנות גורם למסחור יחסי המין איננה מספיקה. כדי לתמוך בהתערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות יש להראות שמסחור יחסי המין פוגע בשגשוג האנושי גם כשמביאים בחשבון את כל הדברים שהנשים העוסקות בזנות לא תוכלנה להשיג ללא העיסוק בזנות. במילים אחרות, יש להראות שעולם שבו המשפט הפלילי מתערב בעולם הזנות הוא עולם שבו שגשוגן האישי של הנשים הללו מקודם טוב יותר מאשר בעולם שבו המשפט הפלילי אינו מתערב בעולם הזנות. כדי לעשות זאת לא די להראות שהתמורה הכספית פוגעת באופן מסוים בשגשוג האנושי של העוסקות בזנות, אלא שקיום יחסי מין בתמורה פוגע בחשבון האחרון בשגשוג האנושי של העוסקות בזנות, ולא ניתן להגיע למסקנה זו אם מתעלמים מכך שהתמורה עצמה עשויה לקדם את השגשוג האנושי במגוון דרכים.

67 ראו RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 123–130, 132.

68 שם, בעמ' 125–132.

ניתן לטעון שבמקרים רבים נשים העוסקות בזנות משתמשות בכסף שהן מקבלות לצרכים שאינם מקדמים את השגשוג האנושי שלהן, בייחוד כאשר הכספים מופנים לצריכת סמים, צורך שאף עלול להתגבר מעצם העיסוק בזנות, אגב יצירת מעגל קסמים אכזרי. לפיכך גם אם בחלק מהמקרים הנשים הללו ישתמשו בכסף או בחלקו לקידום השגשוג האנושי שלהן, בחשבון אחרון השגשוג האנושי שלהן ייפגע. טיעון כזה אינו עונה לשאלת המחקר שלנו, שכן הוא אינו מוצא פסול נורמטיבי בזנות עצמה אלא רק במאפיין נלווה שלה (צריכת הסמים). אפילו אם משום מה לא ניתן להסתפק בעבירות הסמים הקיימות כיום, ונדרשת עבירה נוספת שייחודית לעולם הזנות, העבירה המדוברת תהיה רק עבירה נלווית (proxy crime), וככזאת היא חורגת משאלת המחקר שלנו.<sup>69</sup> חשוב לנו להוסיף למעלה מן הצורך שטיעון זה גם אינו משכנע בעינינו, שכן ספק רב אם בכלל יש לו בסיס אמפירי. כך למשל בסקר הלאומי על תופעת הזנות בישראל נמצא שמצוקה כלכלית הייתה הסיבה להיכנס לעולם הזנות עבור 66% ממאות הנשים שנדגמו, והסיבה להישאר בעולם זה עבור 71% מהן. התמכרות לסמים או לאלכוהול צוינה כסיבה להצטרפות לעולם הזנות או להישארות בו רק בידי 7% מהנשאלות. זהו נתון חשוב במיוחד לאור העובדה שהנשאלות יכלו לציין יותר מסיבה אחת.<sup>70</sup>

קושי זה מתקשר לדילמה נוספת הנוצרת מכריכתן יחד של הפגיעה בצדדים הממסחרים את יחסי המין עם הפגיעה החברתית, שכוללת את הפגיעה בצדדים שלישיים, בשל הפיכת המסחור למקובל יותר בחברה.<sup>71</sup> במקרים שבהם העיסוק בזנות פוגע בצדדים שלישיים בחברה אך מקדם את השגשוג האישי של הצדדים הממסחרים, נוצרת דילמה לא פשוטה עבור מי שמנסה להתבסס על עמדת המסחור כדי להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות. האם יש לאמץ גישה תועלתנית ולנסות למקסם את השגשוג האנושי בכלל החברה? או שמא יש לאמץ גישה רולסיאנית שתביא בחשבון את מיהותם של הצדדים הממסחרים, קרי הנשים הנאלצות לעסוק בזנות, ולכן קידום השגשוג האנושי שלהן צריך לקבל עדיפות על שגשוגן האישי של נשים מבוססות שנפגע ממסחור יחסי המין בחברה? לכן אפילו אם צדדים שלישיים נפגעים מהמסחור הזה, לא ברור אם בחשבון אחרון השגשוג האנושי בחברה כולה נפגע. בשורה התחתונה, אפילו אם קידום השגשוג האנושי הוא מטרה שעל המשפט הפלילי לקדם, קשה לראות כיצד הוא יכול להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות כל עוד אין מתייחסים כלל לאפשרות שהתמורה הכספית עשויה לקדם את השגשוג האנושי לא פחות מאשר לפגוע בו.

69 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 11. אנו מודים למערכת **משפטים** שהסבה את תשומת ליבנו לנקודה זו.  
70 יואב סנטו ואברהם כרמלי **הסקר הלאומי על תופעת הזנות בישראל** 57–60 (לוח 4.19), 60–62 (לוח 4.20) (משרד הרווחה והמשרד לביטחון הפנים, פרופ' גיורא רהב יועץ מתודולוגי, 2016), <https://bit.ly/3oHwOys>. יש לציין כי בקרב העוסקות בזנות רחוב, הפער מצומצם במידה ניכרת, אבל המצוקה הכלכלית היא עדיין סיבה רווחת (כ-43%) מהתמכרות (כ-33%) (שם, בעמ' 89 (לוח 4.50)). התמקדנו במספר הכולל, כיוון שהעיסוק שלנו הוא בהצדקה להפללת זנות טרנזקטיבית ולא רק זנות רחוב (שאינן טוען שיש להפליל רק אותה מבלי להפליל זנות בבתי בושת, מכוני עיסוי וכו').

71 RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 125.



## ב. האם חוזי יחס גורמים גם הם למסחור? על הרצף שבין זנות ונישואין

מטרת הפרק היא להראות שאפילו אם ניתן להתגבר על הקשיים שהוזכרו לעיל ולהתבסס על התאוריה של ראדין כדי לאתר בעולם הזנות פסול נורמטיבי מסדר ראשון שמצדיק הפללה, אותו פסול קיים גם במקרים אחרים של יחסי מין בתמורה שנתפסים כשונים מהותית מעולם הזנות וכאלו שאינם מענייניו של המשפט הפלילי. בפרק זה נניח אפוא שהתאוריה של ראדין מסוגלת לספק הצדקה להתערבות המשפט הפלילי במקרים המובהקים של זנות, קרי עסקה חד-פעמית שבה יחסי מין מתבצעים תמורת סכום ספציפי של כסף שמסוכם במפורש ומראש, ונבחן כיצד תאוריית המסחור חלה על מקרים מורכבים יותר שבהם התמורה היא תנאי הכרחי לקיומם של יחסי המין, אך אין מדובר בטרנזקציה חד-פעמית אלא במערכת יחסים נמשכת.

בחלקו הראשון של פרק זה נציג רצף של דוגמאות שבכולן יחסי המין לא היו מתקיימים ללא תמורה חומרית כלשהי, כספית או בעין, אך האינטואיציה באשר לרמת המסחור והבעייתיות הגלומה בהן משתנה, החל מזנות רחוב שנתפסת כמופע הבעייתי ביותר וכלה במופעים מסוימים של נישואין המבוססים על אינטרסים כלכליים אשר על פני הדברים נתפסים כאלו שאינם מצדיקים את התערבות המשפט הפלילי. בחלקו השני של הפרק ננסה לאתר אלמנטים של מסחור שקיימים במקרים המובהקים של זנות אך לא בדוגמאות אלו, ונבחן אם וכיצד חסרונם משפיע על המסחור של יחסי המין במגוון המקרים שעל הרצף. קודם להצגת הדוגמאות נחזור ונדגיש כי ההתייחסות שלנו לסוגי המקרים הללו מתמקדת באותם מקרים שקיימת בהם הסכמה תקפה.<sup>72</sup> עמדת המסחור של ראדין אינה מתבססת על טיעונים של ניצול או כפייה והיא מאפשרת לבסס את הפסול שקיים בזנות אפילו אם היא נעשית בהסכמה תקפה, ולכן ההתמקדות שלנו במקרי הזנות בהסכמה אינה אמורה לערר קושי בפני עמדה זו. כמו כן, נציין כי המקרים מתוארים בקווים כלליים משום שהמתודה המופעלת היא אנליטית, המנסה לאתר קריטריון מבחין בין מקרים שונים של מסחור מיני. אנו מודעים כמובן לכך שמציאות החיים מורכבת יותר מתיאור מופשט של אינטראקציה מינית, אך אנו סבורים שיש ערך וחשיבות בתיאור ובניתוח המאפיינים הבסיסיים של המקרים הללו לצורך הסקת מסקנות נורמטיביות, בייחוד ככל שהשאלה הנדונה עוסקת בהחלה של איסור פלילי על סט מקרים מסוים. אין בכוונתנו להקל ראש במורכבות של המקרים האלו, וודאי שאין בכוונתנו לשפוט פרטים המוצאים עצמם בסיטואציות דומות במציאות.

### 1. רצף המקרים

**זנות טרנזקטיבית:** הקטגוריה של זנות טרנזקטיבית כוללת את כל המקרים שבהם יחסי מין נרכשים בתמורה לכסף במסגרת טרנזקציה שוקית. הדוגמאות הפרדיגמטיות של זנות טרנזקטיבית הן זנות רחוב, בתי בושת, נשים הפועלות עצמאית בדירות דיסקרטיות או בבית

72 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 7.

הלקוח ונערו ליווי. מאחר שמאמר זה עוסק בשאלת פסולתם של יחסי מין בתמורה, קטגוריה זו כוללת רק מקרים שמתקיימים בהם יחסי מין בין הצדדים, ושברור לשני הצדדים שמשולמת תמורה עבור יחסי המין גם אם התמורה ניתנת בגין רכיבים נוספים.

אנו מאגדים את כל המקרים הללו לכלל קטגוריה אחת, שכן לטעמנו מדובר במקרים מובהקים של מסחור. מיניות האישה נתפסת כאובייקט לסיפוק צרכיו המיניים של הלקוח. מיניותה נתפסת כדבר נחלף, קרי ניתן לכאורה להעבירו מן האישה ללקוח תמורת תשלום ללא פגיעה באישה ובמיניותה, וכן הצדדים תופסים את המין כדבר שניתן להעריך ולייחס לו שווי כספי המתבטא בתמורה שניתנה. מכאן והלאה נתייחס אל הזנות הטרנזקטיבית כמקרה הפרדיגמטי שבו יחסי המין ממוסחרים, ועל כן ניתן להשתמש בטיעון של ראדין כדי לספק הצדקה עקרונית להתערבות המשפט הפלילי (גם אם בסופו של דבר אין להתערב בעולם הזנות בשל תוצאות הצפויות מעצם ההתערבות של המשפט הפלילי).<sup>73</sup>

**שוגר דדי:** איש עשיר נקשר בהסכם עם אישה צעירה,<sup>74</sup> ולפיו זה יספק לה צרכים חומריים כדוגמת כסף, תשלום שכר לימוד, שכר דירה והטבות חומריות אחרות בתמורה לקיום מערכת יחסים אינטימית הכוללת קשר אישי וקיום יחסי מין. הצדדים מסכימים מראש בפירוט על המחויבויות הפיזיות והכלכליות של כל אחד מהצדדים להתקשרות. שני הצדדים מודעים לאופי הקשר על כל המשתמע מכך. דוגמה זו אינה פרי הדמיון אלא מתקיימת במציאות ומכונה שוגר דדי (sugar daddy). מדובר בכינוי המתייחס לזוגיות בין צד אמיד ומבוגר יחסית לבין צד צעיר המבקש ליהנות מההטבות המטריאליות של ניהול מערכת יחסים עם בעל אמצעים. המפגש בין צדדים פוטנציאלים לקשר שכזה מתקיים בכמה צורות שונות, למשל: נשים או גברים צעירים המחפשים בן זוג אמיד עשויים להגיע כדרך קבע למיקומים הידועים בתור מקומות מפגש של פרטים אמידים מתוך ניסיון לתפוס את תשומת ליבם.<sup>75</sup> לחלופין, קיים היום מגוון של אתרי היכרויות ייעודיים המפגישים בין צעירים לעשירים. לרוב אתרים אלו מאפשרים לצדדים לזהות בני זוג פוטנציאלים המעוניינים בסוג הקשר הרצוי.<sup>76</sup>

תופעת השוגר דדי שונה מתופעת הזנות הטרנזקטיבית, שכן ההתקשרות כוללת יחסי מין בתמורה לכסף, אך נוסף על הכסף התמורה כוללת גם הטבות חומריות בעין. מה שחשוב יותר לענייננו, הצדדים נמצאים במערכת יחסים מתמשכת, והקשר יכול לכלול לא רק רכיב מיני אלא גם רכיב של יחסים לא מיניים כגון חיבה, חברות ותחומי עניין משותפים. על אף ההבדלים נדמה כי יישום הקריטריונים של ראדין באשר למסחור המתקיים במערכת יחסים שכזו מוביל למסקנה כי גם מקרה זה מתאפיין במסחור, הן ליטרלי והן מטפורי. במערכת

73 RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 135.

74 אין הכרח כי הצד האמיד יהיה גבר והצד הצעיר אישה, אך נדמה שכעניין שבעובדה, מרבית המקרים עוקבים אחר התבנית המגדרית הזו. ראו Alex Miller, *Sugar Dating: A New Take on an Old Issue*, 20 BUFF. J. GENDER L. & SOC. POL'Y 33 (2011–2012).

75 ראו Barthelemy Kuate-Defo, *Young People's Relationships with Sugar Daddies and Sugar Mummies: What Do We Know and What Do We Need to Know?*, 8 AFR. J. REPROD. HEALTH 13 (2004).

76 ראו למשל, VD VIP-date, bit.ly/3e8jCxu (last visited Oct. 30, 2020); SUGAR-Daddy, bit.ly/34LcIvn (last visited Oct. 30, 2020).

היחסים המתוארת במקרה זה, יחסי מין נסחרים בין הגבר לאישה בתמורה לכסף והטבות כלכליות אחרות. הצדדים נפגשים במסגרת ייעודית שהם רואים בה מעין שוק למציאת שותף או שותפה, ומסכימים ביניהם על תנאי התקשרות מפורשים. בדומה לזנות הטרנזקטיבית, גם בדוגמה זו מיניות האישה משמשת אובייקט לסיפוק המיני של הגבר, מיניותה נחשבת בת-ניתוק מאישיותה ושווה לתמורה הכספית ולטובות ההנאה המועברות אליה.

הפגיעות שנגרמות ממסחר אמורות אף הן להתקיים במקרה זה. הפגיעה הראשונה היא הנזק שנגרם לאישה הממסחרת רכיב מכונן באישיות שלה, במקרה זה מיניות. כניסה לקשר מיני תמורת כסף בצורה זו עלולה לגרום לניתוק המיניות מהקשר האינטימי והאישיותי. יתרה מזו, כניסה למערכת יחסים נמשכת שבה יחסי המין ממוסחרים עלולה להקשות על האישה לתפוס מיניות ואינטראקציות מיניות תפיסה דואלית, שכן יחסי המין המתקיימים בתוך מערכת יחסים זו מוכתמים בהקשר ממוסחר, שבו מטרת היחסים היא בין היתר קבלת הטבות כלכליות.

באשר להשפעה על כלל החברה, ניתן לטעון כי במקרה זה הפגיעה החברתית פחותה בשל הדיסקרטיות של הסכמים אלו והיעדר הנראות שלהם. עם זאת, גם החיפוש אחר בני זוג פוטנציאליים בעולם השוגר דדי נעשה כאמור באתרי אינטרנט ובמקומות בילוי ציבוריים. כמו כן, בשנים האחרונות יש מודעות הולכת וגוברת לקיומה של התופעה בשל כתיבה אקדמית, סיקור עיתונאי ומדיה חברתית.<sup>77</sup> יתרה מזו, אם דיסקרטיות ההסכמים והיעדר נראות שלהם הם שמצמצמים את הפגיעה החברתית, ניתן לטעון טענה דומה על רוב המופעים של זנות טרנזקטיבית, שכן אם היעדר הנראות של תופעה זו מצמצם את הפגיעה בשגשוג האנושי של שוגר דדי יחסית לזנות טרנזקטיבית, ניתן ליישם את הפרמטרים שמביאים לכך בעולם הזנות. למשל, ניתן להגביל את פרסום הזנות לאתרים ייעודיים, לאסור על פעילות פומבית של זנות רחוב ובתי בושת אגב אפשרות פעילות דיסקרטית או בבית הלקוחות. הפגיעה בשגשוג האנושי הנובעת ממסחר יחסי המין במקרי השוגר דדי דומה אפוא לפגיעה במקרי הזנות הטרנזקטיבית, ואם פגיעה זו מצדיקה את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות, דומה שהיא מבססת שיקול עקרוני להתערב גם בעולם השוגר דדי.<sup>78</sup>

**כלות בהזמנה:** מדובר במקרים שבהם נשים ממדינות נחשלות נישאות לגברים זרים אשר מבטיחים להם יציבות כלכלית ואפשרות להגר למדינה מפותחת. מערכות יחסים כאלו מתחילות בצורות שונות. חלקן באמצעות אתרי אינטרנט ייעודיים וחלקן באמצעות ביקורים של גברים המעוניינים בקשר כזה במדינות שבהן הנשים נמצאות.<sup>79</sup> אנו עוסקים באותם מקרים שבהם מערכת היחסים בכלל ויחסי המין בפרט לא היו מתקיימים ללא שיפור חיה

77 ראו לדוגמה כתבות מפרסומים מוכרים בעניין Ruth Padawer, *Keeping Up with Being Kept*, N.Y. TIMES (Apr. 10, 2009), [nyti.ms/31X9q6f](http://nyti.ms/31X9q6f); Caroline Kitchener, *How Sugar Daddies Are Financing College Education*, THE ATLANTIC (Sep. 19, 2014), [bit.ly/2Gafalk](http://bit.ly/2Gafalk).

78 יכול להיות שזו מסקנה שתקל על תומכי התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות לקבל, אך יש לזכור שמדובר רק בשלב הראשון ברצף המקרים.

79 לפירוט אודות התופעה ראו Oksana Yakushko & Indhushree Rajan, *Global Love for Sale: Divergence and Convergence of Human Trafficking with "Mail Order Brides" and International Arranged Marriage Phenomena*, 40 WOMEN & THERAPY 190 (2017).

של האישה מבחינה כלכלית, כלומר התמורה החומרית היא תנאי הכרחי לקיומם של יחסי המין. לצורך הדיון נניח כי בשלב מסוים מערכת היחסים מתמסדת בכרית נישואים וזוכה לגושפנקה משפטית.

שלא כבמקרים הקודמים, מקרה זה מתאפיין בכך שחלק ניכר מהתמורה הכספית ניתן בעין, בצורת מימון רוב, או כל, הוצאות משק הבית המשותף בידי הצד החזק, האפשרות לקבל אזרחות או תושבות במדינה מפותחת יותר ממדינת המקור, ההטבות הכלכליות שבאות בצידה ולעיתים אף שיתוף בנכסים. הבדל נוסף הוא שבניגוד לזנות טרנזקטיבית ולהסדרי השוגר דדי שנוצרים באתרי האינטרנט המיועדים לכך, האופי של היחסים במקרה של כלות בהזמנה אינו נדון בהכרח בין הצדדים במפורש אלא לעיתים הם מבינים אותו במשתמע. עם זאת מבחינת עמדת המסחור של ראדין, נדמה כי דוגמה זו תאופיין במידה רבה של מסחור מטפורי. האופן שבו הצדדים ניגשים לאינטראקציה היא שוקית, שכן התכלית היא להבטיח יעדים כלכליים, והתמורה שניתנת כוללת בין היתר יחסי מין.

**נישואי נוחות:** במקרים המובהקים מדובר בנשים הפועלות למציאת בן זוג אמיד כדי לפתח מערכת יחסים נמשכת שתכלול בין היתר קבלה של תמורות חומריות ניכרות (בכסף או בשווה־כסף), ותמורות אלו הכרחיות לקיומה של מערכת היחסים. נציין כי אנו כוללים בקטגוריה זו גם מקרים של נישואי נוחות פסיביים, שבהם אין האישה פועלת למציאת נישואי נוחות אך פוגשת במקרה בן זוג פוטנציאלי בעל אמצעים כלכליים רבים. האישה מחליטה להתחייב לבן הזוג, בין היתר בשל היתרונות הכלכליים שטמונים בהחלטה זו. במסגרת זו השניים מנהלים מערכת יחסים מינית, וכעבור זמן נישאים ומנהלים חיים משותפים, כאשר הגבר נושא בכל או ברוב ההוצאות המשותפות. קטגוריה זו כוללת גם מקרים של "נישואי נוחות בדיעבד", מקרים שבהם המניעים הכלכליים תפסו תפקיד זניח בתחילה אל מול הקשר האינטימי ויחסי הקרבה בין בני הזוג. בשלב כלשהו היחסים ביניהם הידרדרו למצב שבו הקשר היה מתפרק אילו הייתה האישה מסוגלת לקיים את רמת החיים הרצויה מבחינתה מחוץ לנישואין, אבל הם ממשיכים לקיים מערכת יחסים הכוללת יחסי מין כדי להימנע מגירושין.<sup>80</sup> כמו במקרים הקודמים אנחנו מתמקדים באלה שהמשותף להם הוא העובדה שהאישה מודעת לכך שמערכת היחסים לא הייתה מתחילה, מגיעה לשלב הנישואין, או ממשיכה, לולא היה הגבר בעל אמצעים ונכונות לממן את החיים המשותפים, ולולא הסכימה לקיום יחסי המין כחלק ממערכת היחסים.

מבחינת הקריטריונים של מסחור נראה כי אין הבדל רב בין נישואי נוחות לבין "כלות בהזמנה". בכל המקרים הללו מדובר במערכות יחסים מתמשכות הכוללות אינטראקציות מיניות בתמורה לביטחון ולהטבות כלכליות, כאשר האישה מודעת ליחסי החליפין המובלעים במערכת היחסים. למרות השוני שבנסיבות, נקודת מבטה של האישה במקרים עד כה אינה משתנה: יחסי המין מבוצעים עבור תמורה כלכלית, היא מוחפצת, מיניותה

80 סוג זה של מקרים אינו כולל מצבים שבהם הצד שנשאר בקשר מחליט לנסות לשקם אותו כדי להשיב לו את הממדים האינטימיים שאבדו, ובמסגרת זו ממשיך לקיים את האספקט המיני של הקשר. במקרים כאלו הצד שמעוניין בשיקום מערכת היחסים מעוניין ביותר מקבלת התמורות הכלכליות, ולכן מערכת היחסים אינה מותנית בתמורות הכלכליות.

נתפסת כדבר נחלף ובעל ערך כספי, ולפיכך ניתן לטעון כי גם במקרים הללו יחסי המין ממוסחרים, ואף על פי כן נישואי נוחות כאלו אינם נתפסים כלל כעניינו של המשפט הפלילי.

## 2. קריטריונים אפשריים לעצירת הרצף

לכאורה, אף שבכל המקרים לעיל יחסי המין לא היו מתקיימים ללא תמורה כספית, ניתן להבחין בין זנות טרנזקטיבית לבין שאר המקרים שעל הרצף באמצעות סוג ההסכם: בזנות טרנזקטיבית מדובר לרוב באינטראקטייה חד-פעמית, ואילו בשאר המקרים מדובר בהישנות של מערכת היחסים בין הצדדים לאורך זמן. לפיכך יש מקום לשאול אם יש בשוני זה כדי לסמן גבול בין מקרי הזנות המובהקים לשאר המקרים. העיסוק בשאלה זו מעורר שתי שאלות משנה: ראשית, מהם הפרמטרים המדויקים שיוצרים את ההבדל בין מערכת יחסים חד-פעמית למערכת יחסים נמשכת; שנית, אם גישת המסחר של ראדין רגישה לפרמטרים אלו.

ניתן לעסוק בשאלות הללו דרך ההבחנה המקובלת בדיני חוזים בין חוזי עסקה (transactional contract), כגון אינטראקטייה חוזית חד-פעמית לרכישת מוצר, לבין חוזי יחס (relational contract) המהווים תשתית ליחסים חוזיים מתמשכים והם ספציפיים פחות באופיים, כגון חוזי שותפות או תעסוקה.<sup>81</sup> חוזה עסקה מוגדר כטרנזקטייה קצרה וחד-פעמית, כאשר האינטראקטייה בין הצדדים היא מצומצמת.<sup>82</sup> תנאי העסקה מוגדרים היטב והתמורה שניתנת נאמדת בכסף או בשווה-כסף. בחוזה חד-פעמי שכזה אין אופק עתידי ליחסים והצדדים אינם מתחייבים זה לזה מלבד לנעשה בהווה.<sup>83</sup> לעומת זאת, חוזה יחס מתאפיין בכניסה וביציאה הדרגתית מההתקשרות ובחלופה של טובין ושירותים שאינם מוגדרים בחדות. ההתייחסות של הצדדים לקשר היא כאל מכלול, ומיוחס ערך רב גם ליחסים העתידיים בין הצדדים.<sup>84</sup> מלומדים אף ציינו שבמערכות יחסים חוזיות ונשנות ההתנהלות של הצדדים הופכת למוסדרת לפי נורמות פנימיות שאינן חוזיות.<sup>85</sup> לפי גישות אלו, התחשבות הצדדים בערך העתידי של האינטראקטייה משפיעה על התנהלותם שלהם בהווה. למשל, צד המפיק ערך רב מקשר מסוים, יימנע מפעולות שעלולות לפגוע בקשר או להעמידו בסכנה מחשש לאובדן הערך העתידי, אפילו כאשר יש לו זכות חוזית לעשות כן. ננסה לפרוט לכמה פרמטרים את ההבחנה בין קיום יחסי מין במסגרת זנות טרנזקטיבית, שדומה לחוזי עסקה, לקיום יחסי המין בשאר הדוגמאות שעל הרצף שדומות לחוזי יחס, ולבחון כיצד כל אחד מהפרמטרים הללו משפיע על מסחר יחסי מין, כאשר המשותף לכל

81 איאן מקניל (Macneil) הוא מלומד שהוביל את הכתיבה בנושא זה בארצות הברית. לכתביו ולדיון בהם ראו IAN R. MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT (1980); IAN R. MACNEIL, CONTRACTS: EXCHANGE TRANSACTIONS AND RELATIONS (1978). לדיון מעמיק ולסקירה של עבודותיו ראו Paul J. Gudel, *Relational Contract Theory and the Concept of Exchange*, 46 BUFF. L. REV. 763 (1998).

82 ראו MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT, לעיל ה"ש 81.

83 שם.

84 שם, בעמ' 13.

85 ראו למשל Stewart Maculay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, AM. SOC. REV. 28 (1962).

המקרים הוא שיחסי המין לא היו מתקיימים בלעדי התמורה הכספית. נבחן בייחוד את הקריטריונים הבאים בסדר עולה של חשיבות: טרנזקצייה חד-פעמית לעומת עסקאות חוזרות ונשנות, תמורה כספית לעומת תמורות אחרות, הסכם שמעצים את הצד החלש לעומת הסכם שמוותר את פערי הכוחות כפי שהם, הסכמה מפורשת על התמורה לעומת הסכמה משתמעת, הסכמה על תמורה מדויקת לעומת תמורה עמומה וכן היותה של התמורה הכספית תנאי הכרחי ומספיק לקיום יחסי המין לעומת היותה תנאי הכרחי בלבד.

#### (א) חד-פעמיות לעומת חוזרתיות

הבדל בולט בין זנות טרנזקטיבית לשאר המקרים שעל הרצף הוא היותה של זנות זו טרנזקצייה חד-פעמית בין הצדדים, ואילו שאר המקרים מתאפיינים בחוזרתיות של השחקנים לאינטראקצייה. ניתן לטעון שהעובדה שיחסי המין מתבצעים בין צדדים חוזרים ומוכרים מקרבת את המקרים האחרים למערכת יחסים שאינה מבוססת על כסף, או לפחות גורמת לרכיב הכספי להיראות בולט פחות, ושבעקבות זאת יש צמצום ואף מניעה של מסחור יחסי המין. חד-הפעמיות של יחסי המין מתקשרת למאפיין טיפוסי נוסף של הזנות הטרנזקטיבית: ריבוי הפרטנרים המיניים. ניתן לטעון שהפגיעה הנובעת מהמסחור מתעצמת ביחס למצב שבו מדובר בפרטנר קבוע, אפילו כאשר יחסי המין עימו לא היו מתקיימים לולא התמורה הכספית.<sup>86</sup>

עם זאת, נדמה כי הקריטריונים של ראדין אינם רגישים בעצמם לחוזרתיות של הצדדים לאינטראקצייה או למספר הפרטנרים המיניים, שכן מסחור כהגדרתה נגרם כאשר פרט מנתק דבר החיוני לאישיותו תמורת כסף. הפגיעה נגרמת במידה רבה בשל ההתייחסות הפנימית של הצדדים שממסחרים רכיב חיוני לאישיותם ובשל הקושי שלהם לתפוס את הרכיב הממוסחר כדבר הקשור לאישיות. על פני הדברים, כאשר מסחור שכזה נעשה כדרך קבע ובמערכת יחסים נמשכת, אין סיבה לחשוב שהפגיעות הללו לא יתקיימו. יתרה מזו, ההתחייבות למסחור יחסי מין בקשר ארוך-טווח ואינטנסיבי אף יכולה לייצר איום חריף יותר על היכולת לתפוס מיניות תפיסה דואלית, קרי הן שוקית והן משמעותית לאישיות. האינטנסיביות של הקשר, הימשכותו לאורך זמן וכן ההעדפה של הצד המשלם שמערכת היחסים תהיה אקסקלוסיבית עלולות לשלול ממקבלת התמורה את היכולת לחוות מין בצורה או במסגרת שאינה ממוסחרת (הדבר בוודאי נכון לכלות בהזמנה ולנישואי נוחות, ואולי אף לשוגר דדי). דווקא בזנות, שבה יחסי המין הממוסחרים מתנהלים במסגרת של עיסוק שאינו אקסקלוסיבי, לעומת מערכת יחסים מתמשכת, נותרת אפשרות לקיים מערכות יחסים ארוכות-טווח במנותק מקיום מין עבור תמורה. מערכות יחסים כאלו יכולות לאפשר לנשים אלו לחוות אינטראקציות מיניות חיוביות ולשמר התייחסות דואלית למין. לפיכך, השפעתה של החוזרתיות על המסחור עלולה להיות הפוכה, שכן הפגיעות באישיות הנובעות מהמסחור עלולות אף להתעצם במסגרת מערכת יחסים נמשכת.

86 ריבוי הפרטנרים יכול להיות גם בסיס להבדל מורכב יותר, שלפיו ריבוי זה אינו מאפשר התפתחות של ממדים אחרים בקשר שבין הצדדים שיכולים לתרום לשגשוג האנושי, כגון חיבה וקשר אישי, אך ממדים אלו מתקיימים במערכות יחסים אחרות שעל הרצף. הבדל זה נידון להלן בתת-פרק ב.2(1).

זאת ועוד, הישנות של אינטראקציה מינית לאורך זמן אינה מתקיימת אך ורק במערכות יחסים ארוכות-טווח. לחלק מהעוסקות בזנות יש לקוחות קבועים וחוזרים או מעט לקוחות. קשה לקבל שכל ההבדל בין יחסי מין ממוסחרים ללא ממוסחרים מצטמצם לשאלה אם מדובר בלקוח מזדמן או קבוע. אם החזרתיות כשלעצמה היא פרמטר חשוב מבחינת מסחור יחסי המין, קשה להצדיק את התערבותו של המשפט הפלילי בעולם הזנות במקרים שבהם מדובר בלקוחות המוכנים להתחייב לצריכה קבועה של שירותי מין בתשלום מאישה אחת או במקרים שבהם אישה מספקת שירותי מין בתשלום למספר מצומצם של לקוחות. מובן שיש פרמטרים חשובים אחרים שניתן למצוא רק במערכות יחסים חוזרות, אך קשה לקבל שלחזרתיות עצמה או למספר הלקוחות יש השפעה ישירה על המסחור.

### (ב) תמורה כספית לעומת תמורות אחרות

הבדל נוסף שניתן לאתר בין זנות טרנזקטיבית לחלק מהמקרים האחרים הוא באופי התמורה. במקרים של זנות טרנזקטיבית התמורה כוללת בדרך כלל תשלום של כסף, אך לפחות בחלק מהמקרים האחרים, מערכת היחסים יכולה להתקיים ללא העברת כסף בין הצדדים אלא רק באמצעות תשלום הגבר על ההוצאות המשותפות. במובן זה ניתן לטעון כי להעברת כסף של ממש בין הצדדים יש אופי ממוסחר יותר מבמקרים שבהם התמורה ניתנת בעין. אף שחלק ניכר ממערכות היחסים האחרות עלול לכלול גם העברת כסף בקביעות, נניח לצורך הדיון שיש מספיק מקרים שבהם תשלום בכסף אינו קיים או שהוא זניח בהיקפו ביחס לשאר התמורות החומריות.

אף על פי שהבחנה זו עשויה להיראות כהבדל חשוב בין זנות טרנזקטיבית לשאר המקרים, בחינת הפרמטרים של ראדין מעלה כי קשה לטעון על בסיסה להיעדר מסחור של יחסי המין. ראשית, אלמנט הניתוק והנחלפות המהווה את הבסיס לניכור הפוגע באישיות מתקיים ללא קשר לשאלה אם מדובר בתמורה כספית או בתמורה בעין. נוסף על זה, ראדין מונה את המאפיינים של קומנסורביליות ושווה-כסף. קומנסורביליות, דהיינו תפיסה הרואה ביחסי מין דבר שהוא שווה ערך לאובייקטים חומריים אחרים, תהיה קיימת באינטראקציה בין שנקודת הייחוס לערך של המין מתבטאת בכסף ממש ובין שהיא מתבטאת בדירת מגורים, בתשלום חשבונות או בכל הטבה אחרת בעלת ערך כלכלי שניתנת לכימות בכסף. במקרה של קבלת תמורה בעין, תפיסת הקומנסורביליות קיימת, שכן בכל המקרים שתוארו לעיל, קבלת התמורה הייתה תנאי הכרחי (הסיבה בלעדיה אין) לקיום יחסי המין, ויחסי המין נתפסים שווי ערך לתמורה שתתקבל. לבסוף, גם אם נניח לצורך הדיון כי חלק מהתמורות, כמו זכויות הגירה ומעמד חברתי, אינן ניתנות להשוואה לכסף, יש לזכור כי מסחור מטפורי אפשרי לפי ראדין גם כשהתמורה אינה כסף או שוות כסף.<sup>87</sup>

זאת ועוד, ניתן להצביע על הבדל דומה גם בתוך הקטגוריה של זנות טרנזקטיבית, בין מקרים שבהם ניתן תשלום בכסף למקרים שבהם התמורה ניתנת בצורת אוכל, בגדים, מקום לינה או במקרים קיצוניים יותר – סמים. מקרים אלו מעידים על מצוקה כלכלית קשה ביותר של העוסקת בזנות שיש בה כדי לערער על עצם הסכמתה למעשה, אך כשהסכמת האישה ליחסי המין תקפה, היותה של התמורה בעין ולא בכסף אינה נראית כמונעת את מסחור יחסי

87 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 37.

המין, ולכן קשה לקבל שמדובר בהבדל חשוב מבחינת התאוריה של ראדין. שאם לא כן, לא הייתה הצדקה להתערבות המשפט הפלילי בכל מקרי הזנות הטונקטיבית שבהם התמורה ניתנת בעין ולא בכסף.

### (ג) שימור לעומת צמצום פערי הכוחות

במערכת יחסים חוזרת, לצד החלש עשויה להיווצר אפשרות להשפיע במידה רבה יותר על תנאי החוזה. למשל, ייתכן שאישה במערכת יחסים מסוג שוגר דדי אינה מחויבת לבצע פעולות מיניות לפי דרישה, וביכולתה להשפיע על עיצוב השגרה ועל מערכת היחסים לפי העדפותיה. החופש לעשות זאת נגזר מהאינטרס של בן הזוג במערכת היחסים העתידית ומהאיום שבכוחה של בת הזוג להביא את מערכת היחסים לסופה. ניתן לטעון כי היכולת המוגברת לעצב את תנאי האינטראקציה המינית מרככת את אפקט המסחור והפגיעה באישיות שנגרמת ממנו. לפי טענה זו, מסחור במערכת יחסים מתמשכת נבדל איכותית ממסחור בזנות טונקטיבית.

עם זאת, יכולתו של צד אחד לאיים על הצד האחר בסנקציה של סיום הקשר תלויה כמובן ביכולתו של הצד המאיים לספוג את ההשלכות של סיום הקשר בעצמו. מאפיין מרכזי של כל המקרים שתיארנו לעיל הוא החלטתה של האישה להישאר בקשר בשל התמורה הכלכלית הנובעת ממנו. במצב כזה, ככל שהתלות הכלכלית והפסיכולוגית של האישה בתמורה הכספית גדולה יותר, כך היכולת שלה לקבוע בחופשיות את תנאי האינטראקציה תהיה מצומצמת יותר. לעומת זנות טונקטיבית, שגם בה כמובן יש תלות כלכלית, אך תלות זאת איננה באדם ספציפי אחד, ולכן יכולתה של האישה לקבוע את התנאים המדויקים של האינטראקציה המינית עשויה לעיתים להיות גדולה במערכת יחסים חד-פעמית יותר מבמערכת יחסים חוזרת. לפיכך, בחלק מהמקרים של חוזי היחס מהסוג הזה יחסיות החוזה עלולה דווקא לחזק עוד יותר את הצד החזק ולאפשר לצד האמיד לקבוע את תנאי האינטראקציה המינית באמצעות איום מפורש או מובלע בהפסקת התמיכה הכלכלית. נוסף על זה, נדמה כי פערי כוחות קטנים יותר אינם הופכים את יחסי המין בתמורה לממוסחרים פחות, שכן אף אחת מהאינדיקציות למסחור שראדין מציינת אינה מושפעת ממצבם הכלכלי של הצדדים. אם זנות טונקטיבית היא המקרה הפרדיגמטי של מסחור יחסי מין, קשה לקבל שמסחור זה מצטמצם כאשר מדובר בצדדים שווים מבחינה כלכלית, שכן הפגיעה נובעת מעצם ניתוק יחסי המין מהאישיות ללא קשר לשיעור התמורה שאחד הצדדים מסוגל לדרוש ושהצד האחר מסוגל לספק.

זכור, הטיעון של ראדין בעניין המסחור של מין אינו מוגבל להשפעה על הצדדים לאינטראקציה ומתפרס גם על התפיסה של שאר הפרטים בחברה את יחסי המין. העובדה שהתנאים שבהם המין ממוסחר הם עדיפים על זנות טונקטיבית אינה משנה את התפיסה הבסיסית שלפיו מין ומיניות יכולים להיסחר בשוק תמורת כסף, וכי אלו משקפים את הערך של יחסי המין. למשל, אם נשאל את הניסוי המחשבתי של ראדין על זנות ונדמיין עולם שבו פרטים מקיימים יחסי מין במערכות יחסים של שוגר דדי בלא שנלווית לכך סטיגמה שלילית,<sup>88</sup> יהיה קל לחזור על הטיעון של ראדין שלפיו הרטוריקה בנוגע לאינטראקציות

88 ראו לעיל פרק 4.א.



רומנטיות בין הצדדים בעולם כזה תאבד מההיבט האישייתי לטובת התמקדות בבנות זוג פוטנציאליות כאובייקטים מיניים ובבני זוג פוטנציאלים כאובייקטים כלכליים. לפיכך, קשה לקבל שפערי הכוחות שבין הצדדים רלוונטיים לעניין מסחור יחסי המין, וקשה לקבל שהתמשכות מערכת היחסים היא שיוצרת את ההבדל בין זנות טרנזקטיבית לשאר המקרים.

#### (ד) התייחסות מפורשת לעומת התייחסות משתמעת

ניתן להצביע על הבדל בין המקרים השונים שעל הרצף מבחינת המידה שבה המסחור נערך במפורש או במשתמע. בזנות טרנזקטיבית, כמו גם בחלק מהמקרים של שוגר דדי, שני הצדדים ניגשים לאינטראקטייה הממוסחרת בגלוי, כאשר המניעים ותנאי העסקה ברורים. צד אחד מספק שירותי מין והצד האחר מספק תמורה כספית או תמורה חומרית שוות-כסף. לעומת זאת במקרה של נישואי נוחות המסחור של הקשר המיני נעשה ככל הנראה בעיקר במשתמע, הן בצד שירותי המין והן בצד התמורה. חשוב לשים לב שניתן לאתר שני הבדלים אפשריים הנוגעים להתייחסות הצדדים להסכמות ביניהם: הבדל אחד הוא בניסוח הצדדים את ההסכמות ביניהם (במפורש או במשתמע), והבדל אחר הוא בתוכן ההסכמות הללו (אם מדובר בתמורות מסוימות שטיבן והיקפן ברורים לשני הצדדים). נדון בכל אחד מההבדלים האפשריים הללו בנפרד. לצורך זה הדיון בתת-החלק הזה יניח שהאישה מודעת היטב לתוכן התמורות ולטיבן, והשאלה שתעמוד במרכז היא אם ההתייחסות לתמורות המוסכמות משפיעה על מסחור יחסי המין (את הדיון במסוימות התמורות נערוך בתת-החלק הבא).

מבחינת הטיעון של ראדין, ייתכן שיש להבדל הזה משמעות. הפגיעה באישיות שראדין מתארת נגרמת כאשר פרט חווה מסחור של דבר החיוני לאישיותו. כשמדובר במסחור מטפורי, רטוריקת המסחור המופעלת בנוגע לאינטראקטייה מסוימת עשויה להתאפיין ברמות עומק שונות.<sup>89</sup> לפיכך האופן שבו הצדדים מדברים על האינטראקטייה הממוסחרת עשוי להשפיע על החוויה שלהם. ככל שרטוריקה מסוימת בוטה יותר, האינטראקטייה תהיה מנכרת יותר, ובשל כך תהיה הפגיעה חמורה יותר. עם זאת, אף אם האופי הממוסחר של האינטראקטייה ממוסך והפגיעה בצדדים תצטמצם קמעא, קשה לקבל שהמסחור של יחסי המין יפחת במידה רבה במקרים שבהם שני הצדדים מבינים היטב את טיב העסקה (יחסי מין בעבור תמורות חומריות מסוימות), אך אינם נותנים לתוכן ההסכמות שלהם ביטוי מפורש. אומנם אנשים שונים עשויים לחוות את המסחור בצורה שונה, וייתכן שהם יפעילו מנגנוני הפרדה והתמודדות כדי להקטין את הפגיעה, אך נראה כי לא די בהתייחסות משתמעת כדי להעלים את המאפיינים הממוסחרים של האינטראקטייה. יש לזכור כי ההבדל האפשרי הנוכחי מתמקד רק בביטוי שהצדדים נותנים להסכמות אלו (במפורש או במשתמע), ולכן ההנחה היא שהנשים שמסחרות את יחסי המין מודעות היטב לתוכן ההסכמות ולטיבן. במקרים כאלו האישה מבינה היטב שיחסי המין מוחלפים בעבור תמורות חומריות מסוימות, וכתוצאה מכך התפיסה שלה את יחסי המין כחפץ נחלף הניתן לניתוק מהאישיות בעבור תמורות חומריות מסוימות נותרת בעינה. לפיכך, הפגיעה בשגשוג האנושי שנגרמת ממסחור יחסי מין נותרת בעינה גם כאשר הצדדים אינם נותנים ביטוי מפורש לתמורות אלו. לכן אף אם הרטוריקה עשויה לצמצם במשהו את הפגיעה של מסחור יחסי המין בשגשוג

89 דיון באינדיקציות וברמות השונות של המסחור ראו RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 118.

האנושי, לא נראה שמדובר בהפחתה כה גדולה שיכולה להצדיק התייחסות שונה של המשפט הפלילי לזנות טרנזקטיבית לעומת שאר המקרים שעל הרצף. נוסף על זה ניתן לשער כי גם במקרים מסוימים של זנות טרנזקטיבית, ובייחוד במקרה של לקוחות חוזרים, ההסכמות תהפוכנה למשתמעות יותר ככל שהאינטראקציה נעשית סדירה יותר וכל צד לומד להכיר את ההעדפות ואת הגבולות של הצד האחר. מבחינת ההשפעה החברתית, קשה לייחס חשיבות רבה לשאלה אם המסחור נעשה במפורש או במשתמע, שכן ההשפעה החברתית השלילית שמטרידה את ראדין נוצרת ממתן הלגיטימיות לניתוק יחסי המין מהאישיות בעבור תמורות חומריות ספציפיות, ובעיה זו נותרת בעינה גם במקרים שבהם ההסכמה נעשית במשתמע. לפיכך, קשה לקבל שמפורשות ההסכמות היא הפרמטר שמבדיל את הזנות הטרנזקטיבית משאר המקרים שעל הרצף שבהם התמורה החומרית הכרחית לקיום יחסי המין.

### (ה) מסוימות לעומת עמימות

גם אם חזרתיות או מפורשות ההסכמות אינן משפיעות ישירות על מסחור יחסי המין, ייתכן שמקור האינטואיציה בעניינן נמצא בפרמטר אחר: העמימות של התמורות המוחלפות. בזנות טרנזקטיבית התמורות מסוכמות בספציפיות רבה ביותר, הן מבחינת סכום התשלום המדויק והן מבחינת סוג יחסי המין. ככל שמתקדמים ברצף לעבר נישואי נוחות, גוברת העמימות באשר לטיב, להיקף ולתדירות של התמורות הספציפיות שהצדדים יעבירו זה לזו וזו לזה. בייחוד הצדדים אינם מצמידים תמורות ספציפיות זו לזו – ולכל אינטראקציה מינית אפוא לא מוצמד תג מחיר מדויק – אלא החלפת התמורות היא כוללת. זאת ועוד, לא רק שאין מסוימות באשר לכל אחת מהתמורות בנפרד, אפילו הסך הכולל שלהן נותר עמום. חשוב להדגיש שעמימות זו איננה שורה רק על צדדים שלישיים אלא גם על הצדדים עצמם, מאחר שגם הם אינם מגדירים את היקפה הכולל של העסקה, וודאי שאינם משייכים ערך מדויק לכל רכיב מסוים בתמורה. במילים אחרות, היעדר המסוימות אינו רק עניין אפיסטמי, קושי לדעת למה בדיוק הסכים כל צד, אלא עניין אונטולוגי, שכן ניתן לטעון שהמסוימות של כל תמורה ותמורה, כמו גם של סך התמורות, אינה חלק מההסכם מלכתחילה. השפעתו של פרמטר זה על המסחור מעוררת שאלות מורכבות יותר. מבחינת מסחור ליטרלי ניתן לטעון שעמימות התמורות אכן מפחיתה את המסחור של יחסי המין, ואולי אף מונעת אותה כליל, שכן שוק ליטרלי מתאפיין בכך שהן הצדדים עצמם והן צדדים שלישיים יודעים את ערך השוק של הדבר הנחלף ומגדירים אותו. מנגד, עמימות נוטה להתקיים גם במערכות יחסים מסחריות מובהקות, במקרים שבהם מדובר בעסקאות חוזרות ונשנות. במקרים כאלו הצדדים מפתחים היכרות וציפייה לשיתוף פעולה מתמשך לאורך זמן, ובעקבות זאת חילופי שירותים וטובין בין הצדדים נעשים עמומים, וחבויות הדדיות מתקזזות במשך היחסים מבלי שצד יעמוד בדווקנות על יתרה לטובתו או לחובתו.<sup>90</sup> מה שחשוב לעניינו זה שהיותן של התמורות עמומות אינו שולל בהכרח את ההבנה של הצדדים שהתמורות הן חפציות, נחלפות, קומנסורביליות ושוות-כסף, קרי מקיימות את כל ארבע

90 ראו Maculay, לעיל ה"ש 85.

האינדיקציות של ראדין למסחור מטפורי.<sup>91</sup> דוגמה מובהקת במיוחד היא יחסי עבודה שלפיהם עובד מבצע פעולות ומשימות שוטפות גם בלא הוראה ישירה, מבלי שביצוען מקושר במפורש לרכיב ספציפי במשכורתו ולעיתים אף בחריגה ממסגרת העבודה המוסכמת בין הצדדים. יתרה מזו, יש עובדים אשר זוכים לרכיב תגמול תלוי-ביצועים משתנה (בונוס), ואין אפוא בהכרח הסכמה על סכום התמורה הכוללת, ולמרות כל זאת אין חולק ששוק העבודה הוא שוק ליטרלי.<sup>92</sup>

כשעוברים למסחור מטפורי, שהשפעתו החברתית מטרידה את ראדין לא פחות מזו של מסחור ליטרלי, הדברים נעשים מורכבים אף יותר. גם אם לצדדים עצמם לא ברור היקף התמורה המדויקת, ברור להם שיש תמורה, קרי שהאישה מחליפה רכיב חשוב באישיותה (יחסי מין) בתמורה כספית או שוות-כסף, שבלעדיה היא לא הייתה מסכימה לקיום יחסי המין. מבחינת האינדיקציות למסחור מטפורי שראדין מציינת נראה שכולם מתקיימים במידה מסוימת. העמימות אינה מונעת ייחוס סטטוס של אובייקט לדבר שאינו אובייקט (יחסי המין כרכיב באישיות), שכן העובדה שהצדדים אינם מגדירים במדויק את התמורה שניתנת אינה משנה את ההתייחסות ליחסי המין כדבר שניתן להשפעה באמצעות התמורה שניתנת עבורו. העמימות גם אינה מונעת את ההתייחסות ליחסי המין כדבר נחלף, שכן בסיס ההסכם נשאר העברה של יחסי המין בתמורה לדבר אחר מבלי שערכם נפגע מעצם ההעברה. מבחינת הקומנסורביליות, אומנם היעדר המסוימות אינו מאפשר את תרגום יחסי המין לערך שוקי מדויק, אך העובדה שידוע שניתנה תמורה בעד יחסי המין מלמדת שהם ניתנים להשוואה לכסף. במילים אחרות, אומנם לא ידוע מה השווי המדויק של יחסי המין, אבל ידוע שיש להם שווי, ושווי זה אינו עולה על סך התמורות שהאישה תקבל בעד כל הפעמים שבהן קיימה יחסי מין במסגרת מערכת היחסים. במובן הזה העמימות אינה מונעת גם את הפיכתם של יחסי המין לשווה-כסף, ודאי כשבוחנים את מערכת היחסים כולה כעסקה אחת כוללת שבה כלל האינטראקציות המיניות נעשו עבור תמורה שוות-כסף כלשהי.

#### (ו) תמורה כספית כתנאי הכרחי או מספיק

היעדר המסוימות מתקשר להבדל אפשרי נוסף בין המקרים שעל הרצף, הנוגע לטיב היחס שבין התמורה הכספית לבין יחסי המין. הדיון עד כה הניח כי מסחור של יחסי המין מתקיים כל אימת שיחסי המין לא היו מתקיימים ללא התמורה הכספית (דהיינו כאשר התמורה הכספית היא תנאי הכרחי לקיום יחסי המין). אולם ניתן לטעון מנגד כי מסחור מתקיים רק כאשר התמורה הכספית היא גם הכרחית וגם מספיקה, שכן כל עוד יש תנאים נוספים על התמורה הכספית שהכרחיים לקיום יחסי המין, סכנת המסחור אינה קיימת ולכן תמורה כספית כזו אינה מביאה לפגיעה בשגשוג האנושי. דרך אחרת לתאר את אותו הבדל היא השאלה מה מתרחש במפגש בין הצדדים: האם האינטראקציה בין הצדדים מוגבלת רק ליחסי מין, כמו בזנות טרזנקטיבית, או שמא המפגש בין הצדדים כולל גם ממדים נוספים, כגון שיחות ובילויים משותפים? ניתן לטעון כי ממדים אלו מהווים את המצע ליצירת תנאים

91 ראו RADIN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 119.

92 לדין נרחב של ראדין למסחור של שוק העבודה ראו שם, בעמ' 104.

הכרחיים נוספים לקיום יחסי המין, כגון חיבה וקשר אישי, שנוכחותם תורמת לשגשוג האנושי של הצדדים, מה שאין זנות טרנזקטיבית יכולה לעשות. דרך שלישית לתאר את ההבדל הזה היא באמצעות סוגיית ריבוי הפרטנרים המיניים, שהוזכרה לעיל (ב.2.א). ניתן לטעון שריבוי הפרטנרים מונע מהאישה העוסקת בזנות טרנזקטיבית את האפשרות לפתח עם פרטנרים אלו קשר אישי מלא ועשיר יותר שיתרום לשגשוגה, ואילו במקרים אחרים שעל הרצף הצדדים כן יכולים לפתח קשר אישי גם אם יחסי המין לא היו מתקיימים ללא התמורה הכספית. לפיכך ריבוי הפרטנרים בזנות טרנזקטיבית מפשיט את יחסי המין מכלל ממד אחר ומותירו כאקט פיזי בלבד ומעיד שהתמורה הכספית אינה רק תנאי הכרחי לקיום יחסי המין אלא גם תנאי מספיק.

ניתן להסביר את הטענה לעיל בבחינת השפעת ההבדל הזה על המסחור הליטרלי והמטפורי של יחסי המין. ראשית, בניגוד לזנות טרנזקטיבית, במקרים שבהם התמורה הכרחית אך לא מספיקה קשה להצביע על מסחור ליטרלי. אין שוק שבו מוצמד תג מחיר מדויק לקיומם של יחסי המין, כיוון שיחסי המין הללו מתבצעים במסגרת מערכת יחסים שמושגת גם על מאפיינים הקשורים באישיותם של הצדדים. שנית, ניתן לטעון שבמקרים אלו אין אפילו מסחור מטפורי. כאשר התמורה הכספית היא רק תנאי הכרחי אחד אך יש תנאים הכרחיים נוספים לקיומו של הקשר שתורמים בעצמם לשגשוג האנושי של הצדדים, ניתן לטעון כי יחסי המין אינם נתפסים כמנותקים מאישיותם של הצדדים, ולכן הבעיות החברתיות הנוצרות ממסחורם לא תתקיימנה. כדי לבסס את הטענה הזו ניתן לבדוק אם האינדקסיות המצביעות על מסחור מטפורי מתקיימות במקרים אלו. כך, ניתן לטעון שהעובדה שיחסי המין לא היו מתקיימים ללא רכיב אישיותי שנוסף על התמורה הכספית מונעת את התרגום שלהם לכסף, שכן הכסף לבדו לא היה מספיק לקיומם (שווה-כסף). לכן יחסי המין גם אינם ניתנים להשוואה מלאה לדבר אחר (קומנסורביליות). זאת ועוד, ניתן לטעון שיחסי מין כאלו אינם ניתנים לניתוק מהאישיות בעד תמורה כספית מבלי שהאישיות תיפגע, שכן יש רכיב אישיותי שנתפס כהכרחי לקיומם (נחלפות). לבסוף, ניתן לטעון כי יחסי המין אינם נתפסים כחפץ שניתן להשפעה חיצונית מלאה, שכן התמורה הכספית לבדה לא הייתה מספיקה לגרום לקיומם (החפצה).

חשוב להדגיש שטענה זו אינה מניחה כי די בקיומו של כל תנאי הכרחי נוסף שאינו כסף או שווה-כסף כדי לשלול את המסחור. כך, ברור שגם בזנות טרנזקטיבית יכולים להיות תנאים הכרחיים מסוימים לקיומם של יחסי המין נוסף על התשלום, כמו למשל היעדר ריח גוף או היעדר אלימות, אולם התקיימות תנאים אלו אינה תורמת לשגשוגה של האישה העוסקת בזנות אלא רק מונעת פגיעה נוספת באישיותה על הפגיעה הנוצרת ממסחור יחסי המין, ולכן תנאים מהסוג הזה אינם מונעים את המסחור. במקום זאת אנו עוסקים במקרים שבהם יש במערכת היחסים עצמה תרומה מסוימת לשגשוג האנושי של האישה, כגון האפשרות לגדל יחד ילדים, לפתח ולקיים קשרי חיבה, חברות ואמון ולבלות זמן יחד, ועם זאת מערכת היחסים לא הייתה מתקיימת ללא התמורה הכספית. לפיכך ניתן לטעון כי אפשר לקטוע את הרצף שבין זנות טרנזקטיבית לנישואי נוחות בהצבעה על ההבדל בין מקרים

שבהם התמורה הכספית מספיקה (ובפרט, בזנות טרנזקטיבית), למקרים שבהם התמורה הכספית הכרחית אך לא מספיקה (בייחוד נישואי נוחות).<sup>93</sup> הבדל זה מאתר קבוצת ביניים מעניינת של מקרים. מצד אחד קיומם של תנאים הכרחיים הקשורים לאישיות האישה יוצרים הבדל ברור בין מקרים אלו לבין הזנות הטרנזקטיבית, כפי שפורט לעיל, ומצד אחר העובדה שהתמורה הכספית הכרחית לקיום יחסי המין יוצרת הבדל ברור גם בין מקרים אלו לבין מערכות יחסים שנתפסות בחברה כנורמטיביות או ראויות יותר, בין שמדובר בתפיסות פרוגרסיביות המבוססות על שוויון או על כבוד הדדי ובין שמדובר בתפיסות רומנטיות המצויות בסרטים הוליוודיים או בתפיסות דתיות מסוימות (כך למשל, שבועת הנישואין בחתונות נוצריות מסוימות כוללת הצהרות מפורשות בדבר התחייבות הצדדים לדבוק זה בזו וזו בזה ללא קשר למצבם של בני הזוג, ובייחוד למצבם הכלכלי). לכן גם אם ההבחנה בין מספיקות להכרחיות יכולה להבדיל בין מקרים אלו לזנות טרנזקטיבית, הפער שקיים בין מקרים אלו לבין התפיסות הנפוצות באשר למערכות יחסים ראויות מצדיק בחינה נוספת של השאלה אם במקרים אלו יש בכל זאת אלמנטים כלשהם של מסחור.

אמנם מבחינה אנליטית אפשר לייחס חשיבות רבה להבחנה בין מספיקות התמורה הכספית להכרחיותה, אך חשוב לשים לב שעצירת הרצף באמצעות הבחנה זו מבוססת על כמה הנחות לא טריוויאליות בנוגע לפסיכולוגיה האנושית ולתפיסתה את הקשר בין יחסי המין לבין התמורה הכספית שהכרחית לקיומם. בייחוד יש להניח שתמורה כספית זו אינה גורמת לצדדים לתפוס אותם כממוסחרים. כך, כאשר בוחנים את האינדיקציות למסחור מטפורי, יש להניח שתפיסות הצדדים של החפצה, נחלפות, קומנסורביליות ושווי-כסף הן דיכוטומיות, ולכן היותה של התמורה הכספית תנאי הכרחי אך לא מספיק מביאה לכך שאינדיקציות אלו אינן מתקיימות כלל. אשר להחפצה, יש להניח כי יחסי המין אינם נתפסים כדבר הניתן להשפעה בכסף למרות העובדה שהם לא היו מתקיימים לולא התמורה הכספית. אשר לנחלפות, יש להניח כי הצדדים ימשיכו לתפוס את יחסי המין כדבר שעצם ניתוקו מהאישיות יוביל לפגיעה באישה שאינה ניתנת לפיצוי בכסף, אף שהכסף עשוי להיראות לכל הפחות תחליף חלקי ליחסי המין, שהרי הוא רכיב הכרחי לקיומם. בדומה לזה, יש להניח שגם קומנסורביליות היא עניין של הכול או לא כלום, ולכן קיומו של רכיב אישיותי הכרחי נוסף על התמורה הכספית מונע אפילו השוואה חלקית של יחסי המין למשהו אחר. לבסוף, כדי להשתמש בהבדל הזה כדי לעצור את הרצף, יש להניח שלא ניתן לערוך שום השוואה של יחסי המין לכסף, אפילו לא כמקרב, למרות קיומו של רכיב כספי מדיד שבלעדיו לא היו מתקיימים יחסי המין. במילים אחרות, יש להניח שבהיעדר יכולת לערוך

93 קריטריון אפשרי נוסף עשוי להבדיל בין המקרים שבהם התמורות הכלכליות היו הכרחיות ומספיקות כבר מתחילת הקשר, לבין המקרים שבהם התמורות לא היו מספיקות (ואולי אף לא הכרחיות) בתחילת הדרך אך נעשו כאלו ברבות השנים. נמנענו מלדון בקריטריון הזה במפורט שכן לא ברור לנו כיצד הוספת הממד ההיסטורי יכולה לסייע בעצירת הרצף, ובייחוד מדוע הפגיעה ממסחור יחסי מין בהווה פחותה רק מכיוון שאלו לא מוסחרו בעבר. להפך, נראה לנו שאם יש הבדל כלשהו בין שני המקרים, אז במקרים שבהם יחסי המין מוסחרו רק בהמשך הדרך, הפגיעה בשגשוג האנושי עשויה להיות רבה יותר שכן המסחור מעמת את הפרטים הממסחרים עם האובדן של יכולתם להתייחס לרכיב חשוב באישיותם כלא ממוסחר.

השוואה מלאה או מדויקת לא יערכו הצדדים שום השוואה בין יחסי המין לתמורה הכספית שהכרחית לקיומם. אלא שבניגוד לכל ההנחות הללו, ניתן לטעון שהיותה של התמורה הכספית ניתנת לכימות מדויק עשויה להאפיל על רכיבים הכרחיים אחרים שקשים יותר לכימות, ובכך להביא להדגשת חשיבותו של הכסף בעיני הצדדים. יש לציין שגם ראדין עצמה ככל הנראה לא הייתה מקבלת את התפיסה שיחסי מין שלא היו מתקיימים לולא התמורה הכספית אינם ממוסחרים, שכן היא מתייחסת לעבודה כדבר ממוסחר חלקית, אף שפעמים רבות התמורה הכספית ההכרחית היא לא תנאי מספיק, ויש רכיבים ביחסי עבודה שקשורים בקשר הדוק לאישיותו של העובד.

זאת ועוד, אף אם הצדדים עצמם יצליחו לשמור על תפיסת יחסי המין כדבר שהוא בלתי נפרד מאישיותם, לא ברור שלתמורה כספית זו לא תהיה השפעה על מסחור יחסי המין בחברה. בחלק ניכר מהמקרים יצליחו הצדדים להסתיר מאחרים את התפקיד המכריע של התמורה הכספית, אבל במקרים רבים אחרים צופים מן הצד עשויים להאמין, לעיתים גם בטעות,<sup>94</sup> שהתמורה הכספית הכרחית לקיומה של מערכת היחסים. באותם מקרים, כדי שיחסי מין כאלו לא יגרמו לרטוריקה של מסחור בחברה, נדרשת הנחה נוספת, ועל פיה צדדים שלישיים המתבוננים מהצד באינטראקציה כזאת כאשר הם מאמינים שהתמורה הכספית היא הכרחית לקיום יחסי המין, עדיין לא יראו אותם כמנותקים מהאישיות של הצדדים. הנחה זו איננה טריוויאלית כלל, משום שלצדדים שלישיים הצופים במערכת היחסים מהצד קל לזהות ולהעריך את התמורות החומריות המועברות בין הצדדים יותר משקל להם לזהות ולהעריך את הרכיבים האישיותיים שנלווים למערכת יחסים זו. למשל, במקרה שבו אישה מתחתנת עם איש עסקים עשיר בנישואי נוחות ומתגרשת ממנו מייד כשהוא יורד מנכסיו, התמורה הכספית נתפסת לכל הפחות כתנאי הכרחי לקיומם של מערכת היחסים ובייחוד יחסי המין, אפילו אם היו גם מרכיבים אישיותיים שהיו הכרחיים לקיום הקשר. לצופה מן הצד קל להבחין בתמורה הכספית ובחשיבותה למערכת היחסים יותר משקל לו להבחין ברכיבים אישיותיים אחרים, שאולי היו קיימים ואולי לא. כזכור, הפגיעה ממסחור שראדין טוענת לה מבוססת במידה רבה על השפעתה של הרטוריקה השוקית על הפסיכולוגיה האנושית. כאשר כסף הוא תנאי הכרחי לקיומה של מערכת יחסים מינית, קשה לקבל את הטענה שרטוריקה שוקית לא תתקיים או למצער לא תתפשט. ניתן לחזור על התרגיל המחשבתי שראדין מציעה בעניין הזנות ולדמיין עולם שבו מערכות יחסים שבהן התמורה הכספית היא תנאי הכרחי לקיום יחסי המין הן נפוצות ולגיטימיות לחלוטין. קשה לקבל שדבר זה לא ישפיע כלל על התפיסה החברתית של יחסי המין ולא יקדם רטוריקה שוקית שעלולה להתפשט גם אל מערכות יחסים אחרות. לכן העובדה שניתן להצביע על הבחנה מופשטת המבוססת על הפער שבין הכרחיות למספיקות התמורה הכספית אינה

94 נוסף על המקרים שבהם התמורה הכספית היא הכרחית והצופה מן הצד יודע, משער או מנחש שהיא אכן כזאת, יש גם מקרים שבהם התמורה הכספית איננה הכרחית אבל הצופה מאמין בטעות שהתמורה כן הכרחית (בשל הדמיון בין מערכת היחסים הנצפית למערכות יחסים אחרות שבהן התמורה הכספית הכרחית). לפיכך ההשפעה של מסחור יחסי המין על החברה כולה עלולה להיות קטנה מהשפעתה על הצדדים (בגלל אותם מקרים שבהם הצדדים מצליחים להסתיר את תפקיד התמורה) או גדולה ממנה (בגלל אותן טעויות). לצורך הדין אנחנו מניחים שעדיין מדובר בהשפעה שאיננה זניחה כך או כך ולכן לא ניתן להתעלם ממנה.

מספיקה כשלעצמה כדי להצדיק את קטיעת הרצף בין זנות לנישואי נוחות. תומכי גישת המסחור הסבורים שניתן לקטוע את הרצף באמצעות הבחנה זו יצטרכו להצדיק לא רק את הנחות היסוד הגלויות של ראדין אלא גם הנחות נוספות באשר לתפיסתם של הצדדים עצמם ושל החברה ככלל יחסי מין שהתמורה הכספית היא הכרחית לקיומם, ועבודה זו לא תהיה פשוטה כלל.

### 3. עניין של מידה?

עד כה הנחנו שכדי להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות על בסיס מסחור יחסי המין יש צורך להפריד דיכוטומית בין המקרים שעל הרצף שבהם יש מסחור של יחסי המין לאלו שבהם אין: בחנו אם הבדלים שונים בין זנות טרנזקטיבית למקרים האחרים יכולים לבסס את הטענה שבזנות טרנזקטיבית יש מסחור של יחסי המין שגורם לפגיעה בשגשוג האנושי ואילו בשאר המקרים אין. ניתן לטעון שאף אם הבדלים אלו אינם מצביעים על היעדרו של מסחור בחלק מהמקרים שעל הרצף, הם עדיין מצביעים על הבדלים ניכרים במידת המסחור. זאת ועוד, אפילו אם כל אחד מהקריטריונים אינו מספיק לבדו כדי לייצר הבדל גדול במידת המסחור, ניתן לטעון שכאשר מצרפים כמה קריטריונים יחד, נוצר הבדל גדול בין הזנות הטרנזקטיבית לשאר המקרים שעל הרצף מבחינת מידת המסחור של יחסי המין שמצדיק את קטיעת הרצף. למשל, ניתן לטעון שמידת המסחור של יחסי מין בנישואי נוחות היא פחותה מבזנות טרנזקטיבית, שכן במקרה הראשון התמורה היא לרוב גם משתמעת, גם עמומה וגם מתלווה לתנאים הכרחיים נוספים לקיום יחסי המין התורמים לשגשוגם של הצדדים, ואילו בזנות טרנזקטיבית הצדדים מסכימים במפורש על תמורה ספציפית שמספיקה לקיומם של יחסי המין ושאינה קשורה כלל לאישיותם. כאשר משלבים את כל הפרמטרים הללו יחד, ניתן לטעון שנוצר הבדל גדול דיו בין המקרים שניתן להצדיק על בסיסו את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות מבלי להצדיק בד בבד גם את התערבות המשפט הפלילי בנישואי נוחות.

קשה להעריך את הטענה הזאת, שכן לא ברור כיצד ניתן להעריך את מידת המסחור של משתנה ספציפי כלשהו. יש לזכור גם כי ייתכן שקיימים משתנים רבים ונסיונות שניתן לטעון שיש להם השפעה כמותית על מידת המסחור. לפיכך אפילו אם קריטריון מסוים או שילוב של כמה מהם יוצר הבדל כמותי ברמת המסחור בין המקרים השונים שעל הרצף, יש לשקללו עם הבדלים אחרים בין המקרים שעל הרצף שמשפיעים על מידת המסחור.<sup>95</sup> אף שראדין טוענת כי יש לבחון פרגמטית כל מקרה של מסחור בפני עצמו בשל הפגיעה שעלולה לצמוח ממנו, היא אינה מספקת כלים אשר מאפשרים לסמן סף של רמת מסחור שמעליו ראוי להתערב. לפיכך ניסיון להבחין בין רמות שונות של מסחור בהתבסס על עמדתה של ראדין עלול להיות קשה. ניתן כמובן לנסות ולפתח תאוריית מסחור כזאת, אבל כל עוד תאוריה כזאת אינה בנמצא, טענתנו עדיין עומדת: התאוריות הקיימות אינן מסוגלות

95 למשל ראו את הדיון לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 86, בנושא השפעת המסחור במסגרת מערכת יחסים אקסקלוסיבית.

להבחין בין המקרים שעל הרצף מבחינת הפסול הנורמטיבי הקיים בהם וההצדקה להתערבות המשפט הפלילי.

נוסף על זה נראה כי תגובה כזאת איננה מתייחסת לשאלת המחקר שבה אנו עוסקים במאמר זה ומקבלת למעשה את טענתנו המרכזית, שכן היא מקבלת את המסקנה שאותו סוג פגיעה שמצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות הטרנזקטיבית, קרי מסחור יחסי המין והפגיעה שמסחור זה גורם לשגשוג האנושי, קיים גם בשאר המקרים שעל הרצף. אלא שלפי התגובה הזאת, במקרים רבים שעל הרצף היקף הפגיעה מצומצם יותר והוא אינו מספיק כדי לגבור על שיקולים אחרים (כמו עלות האכיפה הפלילית למשל). ניתן להשוות תגובה זו לטענה בנוגע לעבירות רכוש שלפיה יש להפליל רק גנבה של מוצרים מעל שווי מסוים. ההצדקות המשכנעות לטענה כזאת, אם יש כאלו, תתמקדנה בכך שגנבה קטנה אינה מצדיקה את העלויות הכלכליות והחברתיות הכרוכות בהפעלת המשפט הפלילי – לא בכך שאין שיקולים נורמטיביים מסדר ראשון שיכולים להצדיק את הפללת הגנבות הקטנות, שהרי עולם ללא גנבות קטנות הוא עולם טוב מעולם שיש בו גנבות קטנות. טענות לאי-הפללת מערכות יחסים אחרות שעל הרצף המבוססות על היקף המסחור אינן מאתרות את ההבדל הנורמטיבי שאחריו תר המאמר הזה, אלא מנסות להבחין בין הזנות הטרנזקטיבית לשאר המקרים שעל הרצף באמצעות שיקולי סדר שני שמסבירים מדוע בחשבון אחרון על המשפט הפלילי לא להתערב במקרים האחרים למרות קיומה של הצדקה מאותו סוג להתערבות גם בעניינם. במובן זה, התגובה הזאת מקבלת את טענתנו המרכזית, שאם יש הצדקה מסדר ראשון להתערבות של המשפט הפלילי בעולם הזנות הטרנזקטיבית, אותה הצדקה חלה גם על שאר המקרים שעל הרצף.

### ג. טיעון הרצף ותאוריות אחרות של מסחור

ככל שהטענות שהצגנו עד כה משכנעות, ההבחנות שצינינו לעיל אינן מאפשרות לקבוע גבול ברור בין מופעים לאורך הרצף שעליהם עמדת המסחור של ראדין חלה ואלו שעליהן עמדתה אינה חלה. לכן עמדת המסחור של ראדין תופסת מנעד רחב מאוד של מקרים, החל מזנות טרנזקטיבית ועד ליחסי מין המתקיימים בתוך מערכות יחסים ארוכות-טווח. לאחר שבחנו בפרוטרוט את עמדתה של ראדין, נטען בפרק זה כי טיעון הרצף חל באופן דומה גם על עמדותיהם של אנדרסון וסנדל, שני הוגים מרכזיים בתחום המסחור ובפילוסופיה פוליטית ככלל, כדי להדגים שטיעון הרצף אינו מוגבל לתאוריה ספציפית אחת אלא חל ככלל על תאוריות של מסחור.

#### 1. תאוריית המסחור של אנדרסון

##### (א) ערכים, חירות ואוטונומיה

אנדרסון עוסקת בהשפעת החלתם של כללי השוק על ערכי החברה, אך היא עושה זאת דרך עדשה של חירות ואוטונומיה.<sup>96</sup> אנדרסון טוענת שעמדה המחויבת לערכים ליברליים של

96 ראו ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 141 (1993).



חירות ואוטונומיה תידרש להגבלה של כללי השוק.<sup>97</sup> לגישתה, פרט נהנה מחירות כאשר עומדות לפניו אפשרויות בעלות חשיבות, שדרכן הוא יכול לתת ביטוי לתפיסות הערכיות שלו.<sup>98</sup> כמו כן, פרט נחשב אוטונומי כאשר מעשיו או פעולותיו עולים בקנה אחד עם התפיסות הערכיות שאותן הוא מאמץ רפלקטיבית.<sup>99</sup> כנגזר מכך, כדי להבטיח חירות למספר גדול של אנשים, יש צורך בקיומן של ספרות מובחנות הנשלטות על ידי נורמות פנימיות המכירות בתפיסות ערכיות מסוימות ומעניקות להן משמעות. למשל, איגוד של אומנים מזרם מסוים מספק לחברים בו סביבה ויכולת להביא את תפיסותיהם הערכיות לידי ביטוי. הגישה לאיגוד (ספרה) כזה מגדילה את חירותם של החברים בה באמצעות הספקת אפשרויות הנתפסות כבעלות ערך עבורם ומגדילה את האוטונומיה שלהם בכך שבתוך האיגוד הם מסוגלים לפעול לפי תפיסותיהם המשותפות.

אנדרסון מסבירה כי כוחות השוק מקעקעים את הנורמות הפנימיות של הספרות החברתיות באמצעות הכנסתם שיקולים כלכליים החיצוניים לספרה. למשל, אומן הזקוק לפרנסה עשוי ליצור אומנות פופולרית, המוצאת חן בעיני ההמונים אך אינה מבטאת את אותם ערכים אומנותיים החשובים לאומן עצמו. ככל שהשפעה זו גדלה, הערכים והנורמות המתקיימים בתוך הספרה הנתונה מתערערים, ובכך החירות של הפרטים נפגעת, שכן האפשרויות העומדות בפניהם לבטא את תפיסותיהם הערכיות פוחתות.<sup>100</sup>

אנדרסון מציגה כמה מאפיינים של כוחות השוק והנורמות שהם יוצרים: היעדר אישיות, אנוכיות, הדרה (אקסקלוסיביות) וסיפוק להעדפות. אנדרסון מסבירה שלפי כללי השוק, ההתחייבויות החלות על צדדים לאינטראקציה מתמצות בהסכמות הספציפיות שהצדדים התנו ביניהם. היעדר האישיות בא לידי ביטוי בכך שצדדים לטרנזקציה משתמשים זה בזה לצורך קידום העדפותיהם האישיות, וכן כי הגישה למשאב מסוים נגזרת אך ורק מהיכולת לשלם ולא ממאפיינים של השחקן בשוק.<sup>101</sup> אנוכיות מתבטאת בציפייה שכל פרט ידאג אך ורק לאינטרסים הצרים של עצמו. הכוונה בהדרה היא שערכו של דבר מסוים נובע מהיכולת של בעליו למנוע מאחרים להשתמש בו. הזכות להדיר, שהיא אבן יסוד בקניין פרטי, היא אשר מבססת את הערך בהחזקה או ברכישה של דבר תמורת כסף בשוק. ללא היכולת למנוע שימוש של אחרים במשאב מסוים יצנח מחיר השוק של אותו משאב במידה ניכרת. אנדרסון מוסיפה שספרה המתנהלת לפי כללי השוק מתאפיינת בסיפוק העדפות, כלומר שחלוקת המשאבים בשוק מתבצעת לפי חוזק ההעדפות של הפרטים בה, מתוך הנחה שבעל ההעדפה החזקה ביותר יהיה מוכן לשלם את סכום הכסף הרב ביותר. אנדרסון מבקרת את הגישה השוקית, שכן במסגרת זו הערכים שמביאים את הפרט לייחס ערך לדבר מסוים, או הסיבות שבגינן פרט מעוניין בהשגת דבר מסוים, אינן רלוונטיות כלל בתחשיב.

אנדרסון מציינת כי במסגרת השוק פרטים מתייחסים לדברים כניתנים לשימוש לצורך סיפוק העדפות. ההנאה שפרט מפיק מדבר מסוים מוגבלת לחווייתו האישית, ובדרך כלל

97 ש.ם.

98 ש.ם.

99 ש.ם.

100 ש.ם, בעמ' 144.

101 ש.ם, בעמ' 145.

באה על חשבון יכולתו של אחר להפיק הנאה מאותו משאב.<sup>102</sup> אנדרסון מנגידה את חוויית ההנאה ממשאב שוקי לחוויית ההנאה הנובעת מערך משותף, הנאה שנובעת מכך שפרטים אחרים גם הם נהנים מהדבר ומעריכים אותו באופן דומה.<sup>103</sup> חוויה משותפת כזו מתאפשרת במנעד רחב של ספרות ומסגרות בחברה שבהן אנשים חולקים תפיסות ערכיות משותפות, כגון משפחות, קהילות והתאגדויות מצורות שונות.

אנדרסון טוענת שיחסי מין המתקיימים במסגרת זנות, בהשפעתם של כוחות השוק, מבטאים הנאה של הלקוח במנותק, ואף בניגוד, להנאה של האישה.<sup>104</sup> החלת כללי השוק על ספרה מסוימת מכניסה אליה כאמור ערכים שוקיים של סיפוק העדפות והתייחסות לדבר באופן מכשירני. החלת כללי השוק על יחסי מין גורמת לצד הרוכש להעריך את האישה כמכשיר לצורך השגת הנאה מינית. בבסיסה של הערכת האישה כמכשיר קיימת התייחסות לאישה העוסקת בזנות כקניין וכבעלת ערך נחות, כמי שנועדה לסיפוק העדפותיו של הלקוח. המקרה של זנות מדגים כיצד כללי השוק מקבעים תפיסות ערך מסוימות ואף שליליות של דברים שהיה אפשר להעריך אותם הערכה ראויה יותר. אנדרסון ממשכה וטוענת כי הזנות פוגעת הן בחירות והן באוטונומיה של הנשים העוסקות בזנות. באשר לפגיעה בחירות, כל עוד תהיה לגברים גישה ליחסי מין בתמורה, המבטאים את כוחו של הגבר לקיים יחסי מין עם אישה אגב תפיסת האישה כקניין שניתן להשתמש בו, כן יזלגו תפיסות אלו לתוך הספרה הפרטית ולתוך מערכות היחסים האינטימיות שלהן.<sup>105</sup> ככל שתפיסות אלו תשתרשנה בספרה האישית, כך תוגבל גישתה של האישה ליחסי מין הזוכים למשמעות משותפת. לפיכך זנות פוגעת במנעד האפשרויות בעלות הערך העומדות בפני נשים בספרה האישית. באשר לפגיעה באוטונומיה. אנדרסון גורסת כי ההחלטה למכור יחסי מין משמעה מכירה של גופה של האישה והכפפת רצונותיה ותפיסותיה הערכיות לתפיסותיו של הגבר לצורך סיפוק העדפותיו. לפי הגדרתה של אנדרסון, פרט נעדר אוטונומיה כאשר פעולותיו אינן עולות בקנה אחד עם תפיסות הערך שאימץ, ולטענתה, המקרה של זנות הוא דוגמה פרדיגמטית לפגיעה באוטונומיה.

### (ב) טיעון הרצף ואנדרסון

כאמור, לפי אנדרסון, מאפייני השוק הם היעדר אישיות, אנוכיות, הדרה וסיפוק העדפות, וכאשר אלו מאפיינים דברים וחוויות שניתנים להערכה משותפת, יש בהם כדי להביא לפגיעה בחירות ובאוטונומיה. לפיכך עלינו לבחון כיצד מאפיינים אלו מתבטאים לאורך טיעון הרצף, וכשהם באים לידי ביטוי, יש לבחון אם יש בכך כדי להביא לפגיעה בחירות ובאוטונומיה. אם המאפיינים והפגיעה מתקיימים לאורך כל המופעים שעל הרצף, הפסול הנורמטיבי הקיים לפי עמדת המסחור של אנדרסון ביחסי מין בתמורה המתקיימים במסגרת

102 שם, בעמ' 144 (כשמדובר במשאב מוגבל, הצריכה שלו מוגבלת, וכך פרטים בשוק מתחרים על סיפוק העדפותיהם באמצעות אותה כמות מוגבלת של המשאב).

103 למשל מתן מתנה בין בני משפחה וחברים, כששני הצדדים מעריכים את האקט כסימן של אינטימיות וחיבור, לעומת תפיסת המתנה כדבר שהמקבל יכול להשתמש בו שימוש עצמאי בלבד.

104 ראו ANDERSON, לעיל ה"ש 96, בעמ' 152.

105 שם, בעמ' 153.

זנות קיים לא רק בזנות אלא גם במערכות יחסים אחרות שעל הרצף, ובייחוד בנישואי נוחות.

זנות טרנזקטיבית, שהיא המקרה הראשון שעל הרצף, היא דוגמה פרדיגמטית לזנות, ועל כן אנו מניחים כי אלו המקרים אשר אנדרסון מתייחסת אליהם ישירות בעמדתה כלפי זנות. המקרה של שוגר דדי אומנם מתרחק צעד מהמקרה הפרדיגמטי, אך בכל זאת מדובר בצדדים המתייחסים לקשר באופן מכשירני, ומבקשים לספק את העדפותיהם האישיות מתוך אנוכיות ללא קשר מיוחד למאפיינים האישיים של הצד שכנגד. צד אחד מבקש לקבל תמורה כלכלית, והצד האחר מבקש לספק העדפות מיניות. ציפיות הצדדים מוסדרות במידת מה של מסוימות, ושום צד אינו חב לאחר דבר מלבד ציפיות אלו. לפיכך, ההנאה שכל צד מפיק היא אישית ואינה עולה בקנה אחד עם הנאה משותפת האחד מחברו, ומכאן ניתן להסיק כי מאפייני השוק שאנדרסון מתארת חלים על מקרה זה.

באשר לפגיעה הנובעת מכך בחירות ובאוטונומיה, סביר להניח כי ההתייחסות לאישה באופן מכשירני, ככלי לסיפוק העדפותיו המיניות של הגבר, קיימת אף במקרה של שוגר דדי. ככל שהתייחסות זו הולכת ומשתרשת במערכת היחסים בין הצדדים, כך חירותה של האישה באינטראקציה נפגעת, שכן הגישה שלה למסגרת שבה ניתן להפיק הנאה ומשמעות משותפת מיחסי מין כמבטאים אינטימיות ומחויבות, מוגבלת. יתרה מזו, במיוחד במקרה של שוגר דדי, כשהצדדים מסכימים להיות במערכת היחסים המתוארת באופן אקסקלוסיבי, פגיעה זו מחמירה, שכן נחסמת בפני האישה האפשרות לטפח ולקיים מערכות יחסים אישיות בר בוד, דבר אשר לא בהכרח נמנע במקרים של זנות טרנזקטיבית. הפרקטיקה של שוגר דדי עלולה לפגוע גם באוטונומיה, שכן במסגרת יחסים אלו גופה והעדפותיה של האישה מוכפפות לאלו של הגבר. כאמור, האוטונומיה של האישה נפגעת כאשר מעשיה עולים בקנה אחד עם ההעדפות של אחר.

בדומה לזה ניתן לטעמנו לחזור על טיעונים אלו באשר למקרה של כלות בהזמנה ולמקרה של נישואי נוחות. המאפיינים של היעדר אישיות, אנוכיות, סיפוק העדפות והתייחסות לצד שכנגד באופן מכשירני, כדבר שניתן להשתמש בו, מתקיימים במקרים שבהם המניע הכלכלי הוא דומיננטי בעיצוב מערכת היחסים. לפי עמדתה של אנדרסון, תמריצים כלכליים גורמים לחדירה של נורמות מהשוק לתוך ספרות אישיות, ונדמה שתהליך זה מתקיים במקרים שתיארנו לאורך הרצף. נוסף על זה, אם התפיסה הערכית הטבועה בזנות מתקיימת גם במקרים אלו, עלולה להיות זליגה של הערכה כזאת לתוך התא המשפחתי ולפגוע בחירותן של הנשים שבתוך ספרות האלו. אף שבהצגת הפגיעה בחירות אנדרסון מתמקדת בהחצנות הנגרמות לנשים אשר בני זוגן הם לקוחות זנות, פגיעה דומה עלולה להיגרם ישירות לנשים אשר נמצאות במערכות יחסים ארוכות-טווח שבהן נורמות השוק מעצבות את האופן שבו יחסי המין מתקיימים. לעומת הפגיעה בחירות שאנדרסון טוענת לה, הנגרמת בעקיפין (באמצעות זליגת נורמות מפרקטיקה חיצונית לתוך התא המשפחתי), במערכות היחסים ארוכות-הטווח שעסקנו בהן נורמות השוק והערכת יחסי המין הן במערכות היחסים פנימה. הפגיעה (הישירה) הצפויה עלולה אפוא להיות אף חמורה מהפגיעה (העקיפה) בנשות צרכני הזנות.

לצורך השלמת התמונה נבקש לבחון אם לקריטריונים המבחינים שעסקנו בהם לעיל יש נפקות לצורך הבחנה בין המקרים השונים על הרצף לפי עמדתה של אנדרסון. בהקשר של ראדין בחנו כיצד הישנות של האינטראקציות עלולה להשפיע על הפגיעה הנובעת ממסחור. בהקשר של אנדרסון נדמה כי אין בהישנות כדי להפחית מהפגיעה הנטענת. מנקודת המבט של האוטונומיה של האישה העוסקת בזנות, בכל מקרה שבו גופה נמכר ומועמד לשימוש של גבר לצורך סיפוק העדפותיו המיניות שלא בהלימה להעדפותיה ולערכיה של האישה, נגרמת פגיעה באוטונומיה. מכאן נובע שריבוי מקרים שבהם יחסי מין ניתנים בתמורה מביא לפגיעה באוטונומיה בין שמדובר בפעמים מעטות למספר רב של לקוחות ובין שמדובר במקרים רבים לאורך מערכת יחסים מתמשכת של שוגר דדי או נישואי נוחות. נוסף על זה, כפי שציינו לעיל, כשמדובר במערכות יחסים אקסקלוסיביות כגון שוגר דדי ונישואים, הפגיעה בחירות גדלה, שכן הגישה לאפשרויות נוספות מצטמצמת. אם כך, הישנות האינטראקציות המיניות אינה מספקת הבחנה איתנה לצורך יצירת גבול בין המקרים של זנות טרנזקטיבית לבין שאר המקרים שבחנו לאורך הרצף.

גם ההבחנה בין תמורה כספית לתמורה בעין אינה יכולה לסייע בעצירת הרצף. הדגש לפי עמדת המסחור של אנדרסון אינו על שווי הכסף אלא על הנורמות האופפות אינטראקציה מסוימת ועל הפגיעה הנגרמת מנורמות אלו (במקרה זה נורמות השוק) בחירות ובאוטונומיה. בתיאורה את המאפיינים של זנות, אנדרסון מדגישה כי מדובר בחוויה שנועדה לספק העדפות הכוללות את היותה של האישה בבחינת כלי לשימוש בניגוד לחוויה משותפת של אינטימיות ומחויבות. קשה לקבל כי מתן תמורה בעין כדוגמת שכר דירה, תכשיטים או כל הנאה חומרית אחרת לעומת מתן כסף מזומן, שולל את המאפיינים השוקיים של האינטראקציה (אנוכיות, סיפוק העדפות וכדומה) והופכים אותה לחוויה משותפת.

נפנה להבחנה בין התייחסות מפורשת של הצדדים להתייחסות משתמעת. כאמור, עמדתה של אנדרסון באשר לפגיעה בחירות מסתמכת על כך שגברים הצורכים מין בתמורה מייבאים למערכות היחסים ארוכות-הטווח שלהם הערכה שלילית כלפי נשים, וכי מהערכה זו נגזרות פרקטיקות בעייתיות במסגרת היחסים האינטימיים בין הצדדים המשרישים אותם והחוסמים גישה ליחסי מין כחוויה משותפת. נדמה אפוא כי כשהצדדים (ובמיוחד הגבר) מתייחסים ליחסי המין ככאלו הנעשים בתמורה, אפילו כאשר ההסכמה עליה נעשית במשתמע, הפרקטיקות האמורות ימצאו את דרכן לתוך למערכות היחסים ארוכות-הטווח באופן דומה למקרים בהם התמורה מוסכמת במפורש. גם כאן אין סיבה לחשוב שההתייחסות המשתמעת לטיבן ולהיקפן של התמורות שניתן למצוא במקרים של כלות בהזמנה, שוגר דדי ונישואי נוחות תשלול את הבעייתיות הזאת. כך, כל עוד הבעיה נטועה בגישתו של הגבר ליחסים, הערכה שלילית כלפי נשים עלולה להישמר אף במקרים שבהם נעדרת מסוימות באקט המבוצע או בתמורה שתינתן בגינו. כל עוד התייחסות זו קיימת, תיפגע גישתה של האישה ליחסים אינטימיים המבטאים הערכה של יחסי המין כחוויה משותפת.

באשר להבחנה האחרונה, בין תמורה כתנאי הכרחי לקיום יחסי המין לבין תמורה כתנאי מספיק לכך, נראה כי כדי להסתמך על ההבחנה הזו יש להניח כי היקף יבוא הנורמות

השוקיות ממערכת יחסים שבה התמורה הכספית הכרחית אך לא מספיקה יפחת במידה ניכרת ממקרים שבהם התמורה היא גם מספיקה, אף שעצם הכניסה למערכת היחסים וקיום יחסי המין במסגרתה לא היו מתקיימים לולא התמורה הכספית. קשה לקבל שהיקף יבוא נורמות השוק או הפגיעה הנוצרת מהן שונה איכותית בין המקרים, אך את הטענה שיש הבדל כמותי ביניהם קל יותר לקבל.

יתרה מזו, ניתן להבין את הדוגמאות שבהן אנדרסון משתמשת בהצגתה את אופן חדירתן של נורמות השוק לספרות אחרות גם ככאלו שבהן הכסף אינו תנאי מספיק אלא הכרחי. למשל, במקרה שבו אומן יוצר אומנות פופוליסטית לצורכי פרנסה אגב ערעור של הנורמות האסתטיות הפנימיות לעיסוק המקצועי שלו, סביר להניח שכסף אינו תנאי שמספיק לבדו להביא לבחירתו של האומן לעסוק ביצירת אומנות (פופוליסטיות או אחרות), וכי נדרשים תנאים נוספים הקשורים לערכיו האישיים של האומן שהביאו אותו לעסוק באומנות מלכתחילה, אלא שהערכים המניעים את הבחירה הזאת מושפעים מהשוק לשלילה ומביאים את האומן, בצירוף של כוחות השוק, לעסוק ביצירת אומנות פופוליסטית. לפיכך נראה כי תמריצי השוק מביאים איתם את המאפיינים הייחודיים להם ומסיבים את הפגיעה בחירות ובאוטונומיה, גם כאשר הכסף הוא תנאי הכרחי בלבד. נוסף על זה, אנדרסון מצביעה על הפגיעה העקיפה בחירותן של נשים שאינן עוסקות בעצמן בזנות. פגיעה זו עלולה להתרחש גם כאשר הכסף הוא תנאי הכרחי בלבד לקיום יחסי המין, כל עוד הלקוח מתייחס לאישה לפי התפיסה הערכית הנלווית לרכישת מין בתמורה. אף שלא נוכל לקבוע בוודאות שבכל מקרה כזה זו אכן תהיה התייחסותו של הגבר, כפי שטענו לעיל, כדי לסבור שהכרחיות הכסף לא תביא להתייחסות זו יש להניח כמה הנחות מרחיקות לכת בדבר היכולת להפריד בין רכיב הכסף ליחסי המין. מכל מקום, השורה התחתונה היא שלא נראה שהתאוריה של אנדרסון מספקת כלים שאינם זמינים לראדין להתגברות על טיעון הרצף.

## 2. תאוריית המסחור של סנדל

### (א) דברים שכסף לא יכול לקנות

סנדל מנתח בספרו את מוסד השוק החופשי ומצביע על כמה קשיים שהשוק מייצר. הוא מציין למשל שכאשר חלוקה של משאב מוגדרת לפי כוחות השוק, הגישה לאותו משאב הופכת לקשה יותר עבור אנשים דלי אמצעים.<sup>106</sup> נוסף על זה, כאשר קיימת אפשרות למכור דבר מסוים בשוק תמורת כסף, ייתכנו מקרים שבהם אנשים הנתונים במצוקה כלכלית יאלצו למכור אותו מתוך תחושת היעדר ברירה.<sup>107</sup> טיעונים אלו רלוונטיים פחות לענייננו, שכן הם אינם מצביעים על פסול בזנות עצמה אלא מתמקדים בפערים הכלכליים הקיימים בחברה. כמו כן אם הבעיה העיקרית בזנות היא שאנשים דלי אמצעים אינם יכולים לרכוש שירותי מין, הפתרון הראוי לא היה הפללת הזנות אלא סבסודה. נוסף על זה, אם הבעיה העיקרית בזנות היא שהעוסקים בה מצויים במצוקה כלכלית שגורמת להם לתחושת חוסר ברירה, הפתרון הראוי היה מתן מענה למצוקה הכלכלית עצמה (או למצער, לתחושות שהיא

106 ראו MICHAEL J. SANDEL, WHAT MONEY CAN'T BUY 59 (2008).

107 שם.

יוצרת). חשוב יותר לענייננו, טיעונים אלו רק מראים שעולם ללא מצוקה כלכלית הוא עולם טוב יותר.

הטיעון החשוב יותר לענייננו הוא זה: מלבד הקשיים הנוגעים לאי-שוויון כלכלי בחברה, סנדל מתמקד בתופעה הנגזרת מפעולת השוק והיא השחתתה של המשמעות הערכית של דברים הנסחרים בשוק.<sup>108</sup> סנדל טוען שמסחור של דבר משמעו להתייחס לדבר הנסחר כמשאב שנועד לשימוש של המחזיק בו. תפיסתו של דבר כמשאב דוחקת החוצה ושוללת את היכולת של הפרט לתפוס את אותו הדבר תפיסה ערכית השונה מערכי השוק המתבטאים בעיקר במחיר ובשימוש.<sup>109</sup> לצורך המחשה סנדל מציג דוגמה העוסקת בהתייחסות לקריאת ספרים וללימוד כמעשים שיש בהם ערך בפני עצמם, ערכים של סקרנות, ידענות ופתיחות רעיונית. הורים לעיתים משתדלים להנחיל לילדיהם את הערכים הללו כדי לעודד אותם לקרוא, ללמוד ולהרחיב אופקים.<sup>110</sup> לעומת גישה חינוכית זו יש דרך חלופית לעודד ילדים לקרוא והיא להציע להם פרס כספי עבור הספק קריאה יומי, קרי מתן תמריץ שוקי לטובת ההתנהגות המבוקשת.<sup>111</sup> סנדל טוען שהתמריץ השוקי מונע מילדים הנהנים ממנו לתפוס קריאה כאקט המבטא את הערכים שציינו לעיל וגורם להם לראות בקריאה כלי להשאת רווחים בלבד. אם כן, טענתו של סנדל היא שהתייחסות לדבר כמונחים שוקיים ותפיסתו כמכשיר להפקת ערך כספי דוחק לשוליים (crowds out) את המשמעות הערכית הטבועה בו. לפי סנדל, בדומה לדוגמה לעיל, יש דברים שלא ראוי לאפשר לקנותם בכסף, שכן הניסיון לסחור בהם ותפיסתם כמשאב פוגעים באותה מהות ערכית שאותה מבקשים להעביר או להנחיל.<sup>112</sup>

אם כן, לפי עמדתו של סנדל, החלת כללי השוק הכוללים תמריצים כלכליים לקיום יחסי מין מונעת מהצדדים לאינטראקציה לחוות יחסי מין כאקט המבטא ערכים חשובים כמו אהבה, אינטימיות, חברות ואכפתיות. לטענתו, אם החברה תופסת ערכים אלו כחשובים ומרכזיים, עליה לאסור אקטים המקעקעים אותם.

### (ב) טיעון הרצף וסנדל

איננו משוכנעים שהגישה של "מתוך שלא לשמה בא לשמה", שנגדה יוצא סנדל, תמיד פוגעת בערך שאותו היא מנסה להנחיל, כפי שסנדל טוען. אבל אפילו אם נקבל את עמדתו של סנדל במלואה, ניתן לראות שהיא מהדהדת את הטענות של אנדרסון, ולכן נעסוק בה בקצרה יחסית. שניהם עוסקים בהשפעתה של החלת כללי השוק על הערכתם של אנשים דבר מסוים, ושניהם עורכים הבחנות בין הערכה של דבר כבעל ערך אינטרינזי (לפי סנדל) או היותו בעל ערך משותף (לפי אנדרסון). לבין דברים המוערכים באופן אינסטרומנטלי (אצל סנדל) או נתפסים כדבר שניתן לעשות בו שימוש לסיפוק העדפות בלבד (לפי

108 שם, בעמ' 60.

109 שם.

110 שם, בעמ' 34.

111 שם.

112 סנדל (Sandel) מביא דוגמאות לדברים כאלו, למשל הערך שבהשתתפות בהליך הדמוקרטי, היכולת לנכוח בריון בבית המחוקק, הערך שאובד בתשלום עבור נאום אישי ועוד (ראו שם, בעמ' 11, 55).

אנדרסון). ההקבלה בין הטיעונים ביחס לזנות נובעת מכך שככל שנבקש לאפשר לפרטים בחברה להעריך יחסי מין כדבר בעל ערך משותף (או גבוה), הרי שיש לקבוע משטרים המגבילים את היכולת של פרטים בחברה לספק יחסי מין עבור תמורה. ככל שיישום הרצף ביחס לעמדתה של אנדרסון עומד, כך הוא עומד ביחס לעמדתו של סנדל, הן בשל הדמיון הרב בין העמדות והן בשל העובדה שסנדל אינו מספק קריטריונים פרטניים יותר מאנדרסון להגדרה מתי דבר הופך לממוסחר או כפוף לכללי השוק, או אמות מידה ספציפיות לדברים שיש לאסור את מסחורם.

## ד. אי-שוויון מגדרי

בפרקים הקודמים טענו כי תאוריות של מסחור אינן יכולות לעצור את הרצף, ולכן אותה הצדקה מסדר ראשון שהן מספקות להתערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות חלה על מגוון רחב מדי של מקרים. מטרת הפרק הנוכחי היא להדגים שטיעון הרצף אינו מוגבל לתאוריות של מסחור. סוג אחר של תאוריות שעשויות לספק הצדקה מסדר ראשון להפללת הזנות מדגיש את ההיבט המגדרי של הזנות ומתמקד בפגיעה של הזנות בשוויון בין המינים. פרק זה מתמקד בהוגה מרכזית אחת, דברה סאץ, שמבססת את הפסול שבזנות על הפגיעה בשוויון. לאחר שנסקור בקצרה את עיקרי טענתה, נראה כי תאוריה זו פגיעה לטיעון הרצף לפחות באותה מידה שבה תאוריות המסחור פגיעה לו, שכן אין ברשותה משאבים תאורטיים להתגבר על טיעון הרצף שאינם זמינים גם לתאוריות המסחור. לאחר מכן נמשיך ונטען כי תאוריות מגדריות פגיעות אף יותר מתאוריות של מסחור לטיעון הרצף, בשל תחולתן הרחבה יותר מלכתחילה.

### 1. זברה סאץ – זנות ואי-שוויון

הפסול הנורמטיבי בזנות שעליו סאץ מצביעה בספרה הוא שזנות מבטאת ומשמרת תפיסה חברתית של נשים כנמנות על קבוצה נחותה, ושתפקידן לספק את הצרכים המיניים של גברים.<sup>113</sup> לפיכך עמדתה של סאץ מתמקדת בפגיעה שזנות מסיבה לנשים כקבוצה, ובייחוד פגיעות הנוגעות לאי-שוויון.<sup>114</sup> סאץ מבחינה בין שני סוגים של אי-שוויון שממנו סובלות נשים: אי-שוויון חלוקתי במישור החומרי, הנוגע לחלוקת כסף ונכסים בחברה, ואי-שוויון במעמד החברתי.<sup>115</sup> לטענתה, אי-שוויון במעמד החברתי קיים בדמות סטראוטיפים שליליים באשר לנשים, יכולותיהן והתפקידים המתאימים להן, הייררכייה של גברים ונשים שלפיה גברים עליונים ביחס לנשים, פרקטיקה של הדרת נשים מתפקידי מפתח בחברה וכן סטיגמה המוצמדת לנשים.<sup>116</sup>

סאץ מדגישה כי היא אינה סבורה שזנות היא שגורמת לאי-שוויון החומרי, אך טוענת כי זנות וכן פרקטיקות נוספות כדוגמת פורנוגרפיה מבטאות ומשרישות תפיסה חברתית של

113 ראו SATZ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 136.

114 שם.

115 שם, בעמ' 145–146.

116 שם.

נשים כקבוצה נחותה.<sup>117</sup> אם כן, לפי סאץ, הפסול הנורמטיבי בזנות הוא ההשפעה שיש לזנות על תפיסתם של גברים את הנשים בחברה, וכן על תפיסתן של נשים את עצמן בחברה, משום שזנות מתבססת על שתי הנחות: הראשונה, שיש לגברים צרכים מיניים שניתן לספק רק באמצעות גישה לגופה של אישה; השנייה, שתפקידן של נשים לספק את הצרכים הללו.<sup>118</sup> הנחות אלו מביאות לאי־שוויון מגדרי לפי סאץ משום שנעדרת תפיסה חברתית נגדית שלפיה על גברים לדאוג לצורכיהן המיניים של נשים (ובשל כך התפיסה הזו אינה שוויונית). נוסף על זה, העובדה שנשים העוסקות בזנות חשופות לאלימות ולמקרי אונס בשיעורים גבוהים בהרבה מאלו שנשים שאינן עוסקות בזנות חשופות להם מלמדת על התפיסה החברתית שלפיה נשים (אלו) נחותות.<sup>119</sup> סאץ מוסיפה כי סביר להניח שקיומה של זנות בחברה אינו משפיע רק על תפיסתם של צרכני זנות את הנשים אלא גם על תפיסת החברה ככלל את הנשים.<sup>120</sup>

כמו כן, סאץ מבחינה בין זנות לבין מקצועות ממוגדרים אחרים כגון דוגמנות ותפקידי מזכירות ואדמיניסטרציה.<sup>121</sup> לטענתה, זנות סובלת מסטיגמה חזקה במיוחד בחברה (לעומת מקצועות ממוגדרים אחרים), ומכיוון שמדובר בתחום שבעיקר נשים עוסקות בו, הרי שרוב הסטיגמה השלילית תוצמד לקבוצת הנשים, באופן שאינו פרופורציונאלי לחלקן באוכלוסייה.<sup>122</sup> כמו כן כאמור, זנות מציגה נשים ככאלו שכפופות לגברים וחושפת אותן לאלימות ולמקרי אונס.<sup>123</sup> לבסוף, נורמליזציה של תשלום עבור יחסי מין עלולה להפוך מין בתמורה לחלק שכיח במקצועות רגילים, דבר שיגרום להדרתן של נשים שאינן מעוניינות במתן מין עבור כסף משוק העבודה.<sup>124</sup>

## 2. דיון וביקורת – אי־שוויון על הרצף

עתה משראינו את עמדתה של סאץ ואת טענותיה על השפעתה של זנות על אי־שוויון מגדרי, יש לשאול אם עמדה זו מסוגלת לספק הבחנה בין יחסי מין בתמורה המתקיימים במסגרת זנות לבין יחסי מין בתמורה המתקיימים במערכות יחסים הנתפסות כנורמטיביות. כדי לבחון סוגיה זו נציג בקצרה כיצד העמדה של סאץ תיושם במקרים השונים לאורך רצף המקרים שתיארנו לעיל.

קודם שנפנה לרצף נבקש להצביע על כמה מאפיינים מעניינים בעמדתה של סאץ. ראשית, מעמדתה של סאץ עולה שאין פסול נורמטיבי מובנה ביחסי מין המתקיימים בעולם הזנות. להפך, סאץ חולקת במפורש על ההנחה שיש משהו ייחודי ביחסי מין.<sup>125</sup> הבעייתיות בזנות היא הקשרית ונובעת ממעמדן של נשים בחברה ומתפיסתן כנחותות מגברים. מכך

117 ש.ס.

118 ש.ס, בעמ' 148.

119 ש.ס.

120 ש.ס, בעמ' 149.

121 ש.ס, בעמ' 150.

122 ש.ס.

123 ש.ס.

124 ש.ס.

125 ש.ס, בעמ' 148.



נובע כי אם המצב החברתי של נשים וגברים היה שווה, לא היה ניתן לזהות פסול כלשהו בזנות.<sup>126</sup> מאפיין נוסף של עמדה זו היא אסימטריה בין נשים לגברים. לפי סאץ, עיסוק גברים בזנות עבור גברים (ואפילו גברים עבור נשים) אינו מתאפיין בפסול נורמטיבי כלל. סאץ מבהירה שאפילו אם גברים מסוימים העוסקים בזנות סובלים מהתייחסות אליהם כנחותים, קבוצת הגברים ככלל אינם סובלים מזה, ולכן אין בעיה של אי־שוויון מגדרי בהקשר זה.<sup>127</sup> מבלי להתעמק במשמעות של מאפיינים אלו נציין כי התבססות על עמדה זו לצורך הפללה של זנות תצריך בחינה מתמשכת של מצבן של נשים בחברה כדי לבחון אם ועד כמה האיסור הפלילי עודנו רלוונטי.<sup>128</sup> כמו כן, על האיסור להתייחס רק לזנות ולפרקטיקות דומות שנוקטות נשים עבור גברים ולהתעלם ממקרים של זנות בידי גברים.

בחזרה לטיעון הרצף. כפי שצינו לעיל, המקרה של זנות טרנזקטיבית הוא המקרה הפרדיגמטי של זנות אשר העמדות הטוענות לפסול בזנות רואות לנגד עיניהן, ועל כן נניח שהתאוריה של סאץ מצליחה לאתר פסול נורמטיבי שיכול להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות. במקרה של שוגר דדי נדמה כי הפסול נשמר. כאמור, הגבר משלם עבור מערכת יחסים ויחסי מין עם האישה, ולכן מסגרת זו מבטאת את אותן מוסכמות בעייתיות המתקיימות בזנות: כפיפות האישה לגבר, המתבטאת בכך שהוא רוכש את הזכות להשתמש בגופה לצרכיו, וכן מבטאת היא תפיסה שלפיה תפקיד האישה הוא לדאוג לצרכיו המיניים של הגבר, שכן יחסי מין סדירים הם מטרה מרכזית של הצד האמיד ביחסים מסוג שוגר דדי. באשר למקרים של כלות בהזמנה, מדובר בפרקטיקה המבוססת על אי־שוויון חומרי ומעמדי בין נשים לגברים. גברים ממדינות מפותחות מנצלים את יתרונם הכלכלי והמעמדי על פני נשים ממדינות נחשלות כדי לזכות במערכת יחסים הכוללת יחסי מין סדירים. יתרה מזו, חלק מהתמורה הניתנת לנשים הוא שיפור במעמדן החברתי כשהן הופכות לבנות זוגם של הגברים ועוברות למדינות שבהן מצבן יהיה טוב יותר. במסגרת זו ניתן לטעון כי מערכות יחסים מסוג זה מבוססות על תפיסה מגדרית הייררכיית ועל תפיסה שאחד מתפקידיהן העיקריים של הנשים במערכת היחסים הוא לספק את צרכיו המיניים של הגבר. כמו כן, לא מן הנמנע כי אם פרקטיקה כזו תהיה רווחת בחברה, היא מסוגלת להשפיע על תפיסתן של נשים כקבוצה הן בעיני גברים והן בעיני נשים באופן דומה להשפעה של זנות טרנזקטיבית. לבסוף, אשר לנישואי נוחות, נדמה כי המאפיינים שצינו בנוגע לכלות בהזמנה מתקיימים אף הם, שכן מדובר בניצול פערי כוחות מעמדיים וחומריים של הצדדים כדי לקבע את תפקידה של האישה כנחותה יחסית לגבר ואחראית לסיפוק העדפותיו וצרכיו המיניים. אף על פי שמערכות יחסים אלו נתפסות כלגיטימיות יותר מ"יבוא" נשים ממדינות נחשלות, פערי המעמדות בין נשים לגברים והאמירה המובלעת בעניינם נשמרים גם במקרים אלו.<sup>129</sup>

126 שם, בעמ' 149.

127 שם, בעמ' 150.

128 נציין כי סאץ בעצמה סבורה כי אין להפליל זנות על בסיס הטיעון שלה בשל ההשלכות השליליות של הפללה על שוויון מגדרי (שם, בעמ' 151).

129 ניתן לטעון שנישואי נוחות כוללים מקרים רבים יותר של היפוך מגדרי, שבהם הגבר הוא המקבל תמורות כלכליות מבת זוגו האמידה, ולכן ניתן להתבסס על התאוריה של סאץ כדי לעצור את הרצף לפחות באותם מקרים. עם זאת כפי שצינו לעיל, התאוריה של סאץ לא חלה גם על זנות טרנזקטיבית של

בהנחה שהמקרים שצינו על הרצף מתאפיינים בפסול הנורמטיבי של אי-שוויון, יש לבחון אם הקריטריונים שבהם עסקנו עד כה מאפשרים לעצור את תחולתה של עמדת אי-השוויון של סאץ בכל הנוגע ליחסי מין בתמורה המתקיימים במערכות יחסים ארוכות-טווח. הקריטריון הראשון שהצגנו הוא הישנות המקרים לאורך זמן. נדמה כי קריטריון זה אינו משפיע על עמדתה של סאץ, שכן כשפרקטיקה מסוימת מבטאת התייחסויות לא שוויוניות כלפי קבוצת הנשים, הרי שהפסול מתקיים. הישנות של יחסי מין (בין שמדובר במספר רב של פרטנרים ובין שמדובר לעיתים תכופות בפרטנר יחיד) המבטאים תפיסות אלו אינה אמורה להפחית מהפגיעה הנטענת אלא דווקא להחמירה. באשר להשפעה של הישנות האינטראקטיבית על יחסי הכוחות, ציינו לעיל שהישנות האינטראקטיבית עלולה להביא דווקא להגדלה של פערי הכוחות. זאת ועוד, כשהיחסים המתקיימים בין הצדדים מבטאים בין השאר את תפקידה של האישה לספק את העדפותיו של הגבר ואת תפיסתה כנחותה ממנו, עצם הישנות האינטראקטיבית עלולה להביא לקיבועה של התפיסה הזאת הן אצל בני הזוג והן בחברה הסובבת.

באשר לתמורה כספית לעומת תמורה בעין נזכיר כי עמדתה של סאץ אינה מתמקדת במאפיין התמורה במסגרת זנות אלא בתפיסות החברתיות את העוסקות בזנות. בשל כך נדמה כי אין בסוג התמורה כדי להשפיע על התפיסות השליליות הקיימות במסגרת של זנות טרנוקטיבית ובשאר המקרים שלאורך הרצף. יתרה מזו, אפילו אם היה אפשר לפתח את התאוריה של סאץ ולתת בה לסוג התמורה מעמד של קריטריון מבחין, היה הדבר עלול לקרב את עמדתה לעמדות המסחור שעסקנו בהן עד כה. הדברים רלוונטיים בייחוד לעמדתה של אנדרסון, שעוסקת באופן שבו התמורה עצמה מחדירה נורמות של אי-שוויון לתוך ספרות פרטיות. לפיכך אם סוג התמורה אינו מאפשר לעמדת המסחור של אנדרסון להבחין בין המקרים על הרצף, כפי שטענו לעיל, קשה לראות כיצד סוג התמורה יאפשר לעמדתה של סאץ לעשות זאת.

קריטריונים נוספים שעסקנו בהם הם עמימות והיעדר מסוימות. אף במקרה של סאץ נדמה כי קריטריונים אלו אינם מספקים גבול ברור בין המקרים. למשל, מקרים רבים של כלות בהזמנה מתאפיינים ברמה נמוכה של מסוימות בנוגע ליחסי המין המבוקשים ואף בעמימות באשר למהות הקשר ככלל. למרות זאת במקרים רבים תפקידה של התמורה במערכת היחסים ידוע לצדדים ואף גלוי למשקיפים מהצד. לפחות במקרים אלו סביר להניח כי יחסים כאלו מבטאים אי-שוויון מגדרי, משפיעים על תפיסתן של נשים הנמצאות באינטראקטיבית את עצמן וכן במעגל הרחב יותר משפיעים על תפיסתה של החברה את הנשים ככלל. מבחינה זו אנחנו סבורים שהתאוריה של סאץ אינה מספקת אמצעים לעצירת הרצף שאינם זמינים לתאוריות המסחור.

לבסוף, באשר להכרחיות לעומת מספיקות, נדמה כי גם המקרים שבהם התמורה היא הכרחית לקיום יחסי המין אך לא מספיקה – יתאפיינו באי-שוויון. כאמור, במקרים שבהם האישה לא הייתה מסכימה לקיום יחסי המין לולא קיבלה תמורה חומרית תמורתם, סביר להניח שהדינמיקה התמורתית והתפיסות המובלעות בזנות בנוגע לנשים תתקיימנה אף

גברים, ולכן אין מדובר בהבחנה בין זנות טרנוקטיבית לשאר המקרים שעל הרצף אלא בהבחנה בין גברים לנשים בכל נקודה שעל הרצף.

במקרים האלו. כדי לשלול את קיומו של אי־שוויון במקרים שבהם הכסף הכרחי אך לא מספיק, יש להניח כי הצדדים לא יתייחסו לאישה במסגרת היחסים ככלי לסיפוק העדפותיו של הגבר עבור תמורה כלשהי. בהתחשב בכך שהכסף או התמורה שהגבר מספק בעבור היחסים הוא תנאי הכרחי לקיומם, קשה לראות כיצד תיווצר תפיסה שוויונית של יחסי המין, וניתן לשער שצרכיו המיניים של הגבר יקבלו עדיפות גם במקרים אלו. יתרה מזו, ההישענות על קריטריון זה לפי עמדתה של סאץ מעוררת קשיים נוספים: ראשית, בהנחה שהקריטריון משכנע, תוצאה של השימוש בו היא סיווג של מערכות יחסים שבהן הכסף הוא תנאי הכרחי לקיום הקשר לאותה קטגוריה של המקרים שבהם מערכות היחסים אינן תלויות כלל בתמורה כתנאי להתהוותן או הימשכותן. קשה לקבל שמצב (אי) השוויון המגדרי במערכות יחסים המבוססות על קבלת תמורה כתנאי הכרחי לקיום יחסי המין דומה או אף זהה למערכות יחסים שבהן התמורה אינה משחקת תפקיד כזה. יש בעייתיות בתאוריה המצביעה על פסול נורמטיבי בזנות שמתייחסת למערכת יחסים שבה הכסף הוא תנאי הכרחי לקיום יחסי המין כאל מערכת יחסים שבה אין הכפפה. תאוריה כזאת תתייחס כך, מבחינת קריטריון ההכפפה, גם למערכת יחסים שלא הייתה מתקיימת לולא תלותה הכלכלית של האישה בגבר ולקשרים שבהם ה"דבק" שמחבר ומחזיק את בני הזוג יחד אינו כלכלי אלא רגשי. לבסוף, כפי שציינו לעיל בהקשר של תמורה כספית לעומת תמורה בעין, הישענות על קריטריון הנוגע לתמורה עצמה עשוי לקרב את עמדתה של סאץ לעמדות המסחור, אשר כאמור אינן מצליחות בעצמן לבסס הבחנה איתנה בין המקרים לאורך הרצף.

ניתן לנסות להתגבר על טיעון הרצף באמצעות התמקדות ב**עוצמתה** של ההכפפה, קרי לקבל את הטענה שכל המקרים שעל הרצף כוללים הכפפה אך לטעון שההכפפה בזנות היא בעוצמה הרבה יותר, כזו המצדיקה את התערבות המשפט הפלילי, ואילו ההכפפה במקרים אחרים שעל הרצף, ובייחוד בנישואי נוחות, היא אומנם בעייתית אך לא בעוצמה שמצדיקה את התערבות המשפט הפלילי. אולם בהיעדר קריטריונים ברורים למדידת עוצמת ההכפפה קשה להתמודד עם עמדה כזאת. מאחר שהתאוריות הקיימות אינן מציעות קריטריונים מפורטים כאלו, תגובה כזאת אינה עונה לטענה המרכזית של מאמר זה, שלפיה הגישות הקיימות בספרות אינן מצליחות להסביר מדוע כל יחסי המין המתקיימים בהסכמה במסגרת זנות פסולים, ואילו כל יחסי המין בתמורה המתקיימים במסגרות אחרות מותרים. גם בהיעדר קריטריונים ברורים, לא ברור כלל אם עוצמת ההכפפה במערכות היחסים האחרות שעל הרצף היא אכן פחותה. ניתן למשל לטעון שאישה שתלויה למחייתה באדם אחד בלבד ולא בלקוחות רבים כפופה לאותו אדם יותר משאישה העוסקת בזנות כפופה לכל אחד מהלקוחות שלה בנפרד. ניתן לטעון גם שכלל שמתקדמים ברצף, לגבר יש השפעה ואף שליטה רבה יותר על ממדים נוספים בחייה של האישה מלבד יחסי המין, כמו לוח הזמנים שלה, החוג החברתי שלה, היקף הוצאותיה האישיות וכו'. ניתן לטעון גם שההכפפה במקרים הללו עוצמתית יותר היות שמגוון הצרכים שהאישה מספקת לגבר, ואילו הוא מצידו אינו מחויב לספק לה באופן הדדי, רחב יותר (החזקת הבית, הכנת אוכל, גידול ילדים וכו'). כאמור, ללא תאוריה סדורה באשר לעוצמת ההכפפה קשה להעריך את התגובה הזאת, אבל נקל לראות שאין מדובר בפתרון קסם לבעיית הרצף.

לא רק שהתאוריה של סאץ אינה מספקת לתומכי הפללת הזנות אמצעים להתגבר על טיעון הרצף, אף ניתן לדעתנו להוסיף לרצף עוד מקרה שלתאוריות המסחר יש אמצעים תאורטיים להתגבר עליו, ואילו התאוריה של סאץ תתקשה לעשות זאת. כאמור, רכיב התמורה, וייתכן שאף רכיב יחסי המין, אינו חלק הכרחי בעמדתה של סאץ, שכן הפסול הנורמטיבי הנוטען מתמקד בתפיסתן של נשים כקבוצה בחברה הן בעיני גברים והן בעיני עצמן. אם התפיסות הנגזרות מפרקטיקה מסוימת מקיימות אי־שוויון מגדרי, הן תהיינה פסולות. מאפיין זה חושף את עמדתה של סאץ לביקורת מסוג נוסף והוא היעדר היכולת להבחין בין אי־שוויון שנגרם מזנות לאי־שוויון שנובע מפרקטיקות מגדריות שאינן נוגעות למיניות ואף אינן נעשות בתמורה, ולכן אם עמדתה מספקת שיקול מסדר ראשון להתערבות של המשפט הפלילי בעולם הזנות, היא מספקת שיקול דומה להתערבות המשפט הפלילי גם בפרקטיקות נוספות אלו.<sup>130</sup>

לצורך ביסוס ביקורת זו נבחן את הדוגמה הבאה: נדמיין זוג נשוי הגרים יחדיו. תפקידה של האישה הוא להישאר בבית ולדאוג לצרכיו החומריים של הגבר באמצעות ניקיון הבית, טיפול בכביסה, שטיפת כלים ובישול, ואילו הגבר עוסק בפרנסת המשפחה. בבית רווחת התפיסה שתפקידה של האישה במערכת היחסים היא לדאוג לצרכיו של הגבר, ולכן עליה להישאר בבית ולהימנע מעבודה ומשהות רבה מדי מחוץ לבית. נדמה כי אף שמקרה זה אינו נוגע למיניות, מדובר בפרקטיקה המקבעת ומשרישה תפיסות אי־שוויוניות באשר לקבוצת הנשים. במסגרת המתוארת האישה נחותה מן הגבר, שכן תפקידה בחיים הוא לדאוג לצרכיו החומריים. כמו כן, התפיסות המובלעות באורח חיים שכזה אינן שוויוניות, שכן נעדרת תפיסה נגדית שלפיה על הגבר לשרת את האישה בדומה לשירות שהוא מקבל. נוסף על זה, פרקטיקה זו מביאה לפגיעות דומות לאלו שסאץ מדגישה בעניין הזנות: הן מקבעות דעות קדומות על נשים, על יכולותיהן ועל תפקידיהן בחברה, שכן הן מתייחסות לנשים כמיועדות למטלות הבית ולדאגה לצרכי הגבר, הן מדירות נשים מתפקידי מפתח בחברה, ובכך מונעות התייחסות אליהן כבעלות מעמד שווה לגברים, ולבסוף מבססות מערכת יחסים הייררכיית בין גברים ונשים.

תגובה אפשרית אחת של תומכי התאוריה של סאץ יכולה להיות מסוג "bite the bullet", כלומר להסכים עם זה שאכן מדובר במקרים שבהם יש אי־שוויון מגדרי שיוצר שיקול מסדר ראשון להתערבות המשפט הפלילי גם במקרים אלו, ואז להתמקד בשיקולים מסדר שני הנוגעים לבעיות שיוצרת ההתערבות של המשפט הפלילי כדי לטעון שהתערבות כזאת אינה ראויה, מקדימה את זמנה וכו'. איננו משוכנעים ששיקולים מסדר שני מסוגלים לסייע ולעצור את הרצף, אך דיון זה הוא כאמור מחוץ לגבולות מאמר זה, שכן הוא מקבל למעשה את טענת המאמר שלפיו אותו "פסול" הקיים בזנות קיים גם במגוון רחב של מערכות יחסים שנתפסות בחברה ככאלו שאינן מעניין המשפט הפלילי כלל.

לחלופין, תומכי התאוריה של סאץ יכולים לטעון שניתן להצביע על כמה מאפיינים עיקריים של מערכות יחסים אלו אשר מבחינים אותם משאר המקרים שתיארנו על הרצף.

130 בכך הדיון כאן חורג מעט ממסגרת המאמר, שמתמקד בתחולת היתר של התאוריות הקיימות על מערכות יחסים מיניות. עם זאת הטיעון המופיע כאן שונה מהביקורות הקיימות בספרות, שכן הוא אינו מתמקד במקצועות ממוגדרים אחרים אלא, עדיין, בחילופי תמורות בתוך מערכות זוגיות ארוכות־טווח.

ראשית, במצב העניינים המתואר סביר להניח כי הגבר תלוי במידה רבה בעזרתה ובתמיכתה של האישה. לפיכך ניתן לטעון כי תלותו של הגבר בשירותיה של האישה מאיינת את ההייררכייה המגדרית הקיימת במערכת היחסים הזו. עם זאת אנו סבורים שיחסי תלות אינם שוללים מטבעם יחסי כפיפות בין צדדים ואינם בהכרח מונעים התייחסות לאחד הצדדים ולקבוצה שאליה הוא משתייך כשווים. למשל: במאה התשע-עשרה היו בעלי עבדים בארצות הדרום של ארצות הברית תלויים במידה רבה בעבדיהם לצורך טיפוח שדותיהם, שינוע סחורתם ושמירה על מעמדם החברתי-הכלכלי. למרות התלות בעמל כפם של עבדיהם, קשה לטעון כי נעדרו שם יחסי כפיפות בין הצדדים, או כי לא התייחסו לאוכלוסיית העבדים כאוכלוסייה נחותה. יתרה מזו, במקרים רבים תלות ביכולותיו, בכישוריו ובמשאביו של אחר מייצרת תמריץ חזק להכפיף ולנצל את אותו צד נדרש, וכך לא רק שיחסי תלות אינם שוללים יחסי הכפפה ואי-שוויון, אף ניתן לדמיין כי הם מעודדים אותם, או לכל הפחות מסבירים את הרצון לקיימם.

שנית, ניתן לטעון כי המצב המתואר אינו אי-שוויון אלא חלוקת תפקידים בין הצדדים. תפקיד האישה בתא המשפחתי אינו נחות מתפקידו של הגבר, אלא רק אחר. אף אם יש משהו בטענה זו, נדמה כי עמדתה של סאץ אינה רגישה לכך. כאמור, פועל יוצא של הסדר שכזה הוא יצירת סטראוטיפים וסטיגמות באשר לכישוריהן של נשים, לתפקידן בחברה וליכולתן לבצע תפקידים חשובים בספרה הציבורית בחברה. חשוב לציין כי איננו מבטאים עמדה נורמטיבית באשר לזוגות ולמשפחות אשר בוחרים במסלול שכזה או בחלוקת תפקידים כזו או אחרת. טענתנו היא שאם יש סיבות טובות לחשוב שהסדרים אלו אינם דומים להסדרים האחרים שבחנו לאורך הרצף, שבהם קיום יחסי מין היה חלק מרכזי במהות האינטראקציה, הרי שהן מקשות על עמדתה של סאץ, שכן הפסול הנורמטיבי שלו היא טוענת אינו מתמקד לא בתמורה ולא ביחסי המין אלא באי-שוויון שבין הצדדים.

אם יישום עמדתה של סאץ במקרה האמור משכנע, ואם הקריטריונים הנוספים שעסקנו בהם אינם מאפשרים להבחין בין מקרה זה לשאר מקרי הרצף, הרי שעמדתה מצביעה על פסול נורמטיבי שמתקיים לא רק לאורך רצף המקרים של יחסי מין בתמורה אלא גם על מערכות יחסים ארוכות-טווח שאינן ממוסחרות כלל. לפיכך התבססות על פסול שכזה לצורך הצדקת ההפללה של יחסי המין בזנות וזיהוי עקבי של המקרים שבהם הפסול מתקיים תביא לתחולת יתר של אותה הצדקה, והיא תחול אפוא על מערכות יחסים רבות המבוססות על תפיסות אי-שוויוניות באשר לנשים ולגברים.

הביקורת המבוטאת בדוגמה האחרונה אינה טוענת כי שוויון אינו ערך נורמטיבי חשוב, אלא כי שימוש בו לצורך הפללה עלול להביא למסקנה שאותו פגם שקיים לכאורה בזנות קיים גם במערכות יחסים ארוכות-טווח רבות שאינן שוויוניות. הפללה מבוססת-שוויון המבקשת לפסוח על מערכות יחסים ארוכות-טווח נעדרות-שוויון תיזכר להבחנה כלשהי בין מופעים שונים המקבעים ומעמיקים אי-שוויון שתצדיק הפללה של חלקם וקבלה של אחרים. כאמור, הבחנה איכותנית תהיה קשה במקרה כזה, ויהיה צורך להסתפק בטיעונים מסדר שני כגון היקף הפגיעה בפרטיות, חוסר הכדאיות של התערבות מדינתית במערכות יחסים ארוכות-טווח או רצון להתמודד עם חוליים חברתיים בהדרגה. כאמור, אין בכוננתנו להתווכח עם טיעונים אלו, אלא רק להדגיש כי מדובר בטיעונים מסדר שני בלבד, אשר

נאלצים להודות כי אין הבדל בין הפסול הנורמטיבי שמצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות לפסול הנורמטיבי שקיים לפי תאוריה זו ביחסי מין המתקיימים במערכות יחסים ארוכות-טווח רבות, אף על פי שאלו נתפסים כשונים מהותית מיחסי המין המתקיימים בעולם הזנות.

## ה. סיכום

שאלת המחקר שעמדה במרכז מאמר זה היא אם יש מאפיין שהופך את יחסי המין בזנות בהסכמה לפסולים מבלי להכניסם לקטגוריה הברורה של אונס. בניגוד לתפיסה חברתית רווחת שרואה בעיסוק בזנות בהסכמה כפוגע פגיעה ייחודית בצדדים עצמם ובחברה כולה, טענתנו היא שלא ניתן להתבסס על אף אחת מהתאוריות שבחנו כדי להצדיק את התערבות המשפט הפלילי רק בעולם הזנות. טיעון הרצף שהצענו במאמר זה מראה שאפילו אם מניחים שתאוריות אלו מסוגלות להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות, קשה להסביר מדוע אותה הצדקה לא חלה גם על מקרים נוספים רבים שנתפסים ככאלו שבהם המשפט הפלילי אינו צריך להתערב.

ניתן כמובן לטעון שאפילו אם אי אפשר לעצור את הרצף בין זנות טרנזקטיבית לבין נישואי נוחות, יש להפיל רק מקרים של זנות טרנזקטיבית, בשל מגוון שיקולים מסדר שני שמביאים למסקנה שהפללה של שאר המקרים שעל הרצף איננה ראויה. למשל: ניתן להיתלות בשיקולי פרטיות או עלויות ובקשיי אכיפה כדי להצדיק את אי-ההפללה של נישואי נוחות. דומה שהתבססות על שיקולים מעין אלו מקילה ראש בכך שלאותם שיקולים יש משקל רב גם בהקשר של הפללת הזנות הטרנזקטיבית, שכן גם הפללה כזאת כרוכה בפגיעה בפרטיותם של המעורבים בכך ומלווה בקשיי אכיפה ניכרים.<sup>131</sup>

לפיכך דומה שהבחירה הנותרת היא בין שלוש אפשרויות קצה: (1) הפללת כלל המקרים שעל הרצף, כולל מגוון סוגים של נישואי נוחות, שכן ככולם קיימת אותה הצדקה להתערבות המשפט הפלילי; (2) התייחסות ליחסי מין בזנות כאל אונס בטענה שהפגם הנורמטיבי בזנות הוא היעדר הסכמה תקפה – ואז יש להפעיל את המשפט הפלילי במלוא עוצמתו ולסווג את צרכני הזנות (ואולי אף צרכנים של מופעים אחרים של יחסי מין בתמורה) כאנסים, וסרסורים, מפרסמים ומשכירי דירות דיסקרטיות – כמסייעים או משדלים לעבירת האונס; (3) התייחסות ליחסי המין בזנות בהסכמה ככאלו שאין בהם שום פסול – ואז יש לא רק לבטל את חוק איסור צריכת זנות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), התשע"ט–2019 אלא גם לעדכן לפי זה את שאר העבירות בחוק שקשורות לזנות. סרסורים, מפרסמים ומשכירי דירות דיסקרטיות יש להפיל רק אם יש שיקול עצמאי מסדר ראשון להפילם, כמו למשל במקרים שבהם ניתן להוכיח את היותם מסייעים או משדלים לעבירת האונס, סחר בבני אדם וכו'.

131 לדיון מקיף בקשיי ההפללה של זנות והשלכותיה ראו Law, לעיל ה"ש 14.